

Quando il *desiderio* di avere un figlio diventa un *diritto*: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità

Ilaria Rivera*

WHEN THE *DESIRE* TO HAVE A CHILD BECOMES A *RIGHT*: THE CASE OF THE ITALIAN LAW NO. 40/2004 AND ITS (RECENT) UNCONSTITUTIONALITY

ABSTRACT: The essay aims at exploring the social, cultural context and the political debate related to the Italian law on medically assisted reproduction (no. 40/2004); it is also offered a framework of the many “judicial misfortunes” that have progressively eroded the crucial points of the legislation. The prohibition of gametes’ donation (art. 4, c.3), recently repealed by the Constitutional Court (judg. no. 162/2014), will be carefully considered, dealing with the scenarios that this repeal opens. This paper will analyse the core of the reasons which led to introduce such a ban, trying to compose its outcomes with the reasons that have advocated its repeal; moreover, it will be highlighted that, despite the “warning” of the Court on the risk of a regulatory vacuum as a result of this verdict, the lifting of the ban involves some legal difficulties in application of the new legal framework. On the other hand, a particularly complex profile consists in the moral implications of the issue, which have accompanied the path of the law no. 40 since its genesis, causing its ideological and practical contradictions.

KEYWORDS: gametes’ donation; Italian Constitutional Court; medically assisted reproduction; right to have a child; protection of embryos.

SOMMARIO: 1. Tra diritti e desideri. Un’introduzione al tema – 2. La procreazione medicalmente assistita tra previsioni normative e imprecisioni applicative – 3. La tutela dell’embrione e la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 – 4. Il divieto di fecondazione eterologa al vaglio del giudice europeo. La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo *S.H. e altri c. Austria* e le sue ricadute nazionali – 5. La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014 e le ragioni dell’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa – 6. I problemi di una normativa “etica” – 7. Possibili scenari a seguito della sentenza n. 162 del 2014 – 8. Qualche osservazione (non) conclusiva.

1. Tra diritti e desideri. Un’introduzione al tema

Tutti ricorderanno una melodia che ha accompagnato la nostra infanzia, che suonava un po’ così: «I sogni son desideri di felicità...». Il richiamo è tanto povero dal punto di vista scientifico, quanto efficace dal punto di vista pratico. Parafrasando, infatti, i versi citati, è possibi-

* Dottoranda in Diritto penale, Giustizia penale e internazionale nell’Università degli Studi di Pavia.

le delineare un concetto di *felicità* inteso come appagamento dei bisogni e dei desideri che stimolano l'animo umano e ne orientano le scelte verso il raggiungimento di tali scopi.

Una simile chiave di lettura va confrontata con le recenti vicende giurisdizionali che hanno condotto alla dichiarazione d'incostituzionalità del divieto assoluto di fecondazione eterologa di cui all'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, ed un esito distorto di questa operazione potrebbe essere quello di ridurre il riconoscimento dei diritti al pari di una mera soddisfazione di queste "esigenze di felicità", più o meno pregnanti, la cui rilevanza sia suffragata almeno dal comune sentire sociale ed avallata dalle moderne scoperte tecnologiche.

È chiaro che tale esito rischia di destrutturare l'interno impianto ordinamentale statale, che poggia sulla certezza del diritto e sulla prevedibilità delle conseguenze giuridiche – situazioni che evidentemente non potrebbero essere garantite se i diritti fossero trattati al pari delle "esigenze di felicità" da cui si è partiti. La collocazione dei diritti, infatti, in una dimensione avulsa dalla precomprensione politica nelle aule parlamentari e destinata a fondarsi quindi sull'esclusiva facoltà del giudice di rilevarne la legittimità o meno caso per caso, comporta conseguenze piuttosto problematiche non solo sotto un profilo meramente classificatorio, dato il rischio di moltiplicazione dei diritti tutelabili, ma anche – e soprattutto – sotto un profilo di effettività della garanzia. Si porrebbe, infatti, il problema di individuare la sede più opportuna non tanto a produrre questi diritti, quanto soprattutto a salvarli.

2. La procreazione medicalmente assistita tra previsioni normative e imprecisioni applicative

Tralasciando per un attimo queste brevi considerazioni sui rapporti che si innestano tra politica, giurisdizione e diritti, cui si tenterà di fornire una risposta al termine del presente elaborato, occorre fare un passo indietro ed evidenziare sommariamente il contesto socio-politico, che ha portato all'approvazione della tanto criticata legge n. 40 del 2004. In particolare, prima dell'entrata in vigore di tale legge, la fecondazione eterologa era abitualmente praticata in taluni centri specializzati, nel rispetto delle circolari del Ministro della sanità del 1 marzo 1985, che vietava il ricorso all'eterologa nelle strutture del Servizio sanitario nazionale, del 27 aprile 1987, che disciplinava i protocolli da seguire e gli schedari delle coppie che facevano ricorso a tali pratiche, e del 10 aprile 1992, che prevedeva le modalità di raccolta, preparazione e crioconservazione del liquido seminale, nonché dell'ordinanza del Ministero della salute del 5 marzo 1997, in tema di «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani», che – come si desume dalla stessa rubrica – vietava la commercializzazione e «ogni forma di remunerazione, diretta o indiretta, immediata o differita, in denaro o in qualsiasi altra forma per la cessione di gameti, embrioni o, comunque, di materiale genetico».

In tale prospettiva, la necessità di un intervento legislativo¹ che disciplinasse puntualmente tutti gli aspetti relativi alla procreazione medicalmente assistita (PMA), non solo quella eterologa, ma anche

¹ Sottolinea la rilevanza e la delicatezza dei diversi interessi costituzionalmente coinvolti lo stesso giudice delle leggi, nell'ord. n. 347 del 1998, in cui, nel dichiarare l'inammissibilità della q.l.c. dell'art. 235 c.c. concernente l'azione di disconoscimento della paternità in caso di inseminazione eterologa, sottolinea che «preminenti in

quella omologa, derivava dalla sussistenza di forti divergenze² in ordine alla liceità di tali pratiche, ulteriormente esacerbate dal fatto di innestarsi su una materia “eticamente sensibile”. Una riprova del carattere fortemente controverso di una siffatta normativa era dato, infatti, dal giudizio negativo che attraversava larga parte del Parlamento e che animava anche gli esponenti della comunità cattolica. Ciò nonostante, la scelta del legislatore di mettere nero su bianco la previsione di limiti alla ricorribilità alle pratiche di PMA derivava anche dalla crescente sedimentazione di una comune sensibilità in sede europea sul tema e sull’opportunità di allinearsi agli altri Paesi al fine di dare un assetto più stabile all’intera disciplina.

D’altra parte, ciò che ne è derivato è una normativa fortemente contraddittoria, ricca di criticità – la maggior parte delle quali caduta in sede giurisdizionale (nazionale ed europea) – evidenziate dalla stessa Corte costituzionale in sede di ammissibilità del *referendum* abrogativo³, e, tuttavia, ritenute, superabili, in quanto poste a fondamento di una legge “costituzionalmente necessaria”, ossia della prima legge in grado di fornire una regolamentazione organica di tutta la materia concernente la PMA.

proposito sono le garanzie per il nuovo nato (v. le sentenze n. 10 del 1998; n. 303 del 1996; n. 148 del 1992; nn. 27 e 429 del 1991; e nn. 44 e 341 del 1990), non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all’art. 2 della Costituzione – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare», evidenziando, altresì, la peculiare posizione in cui verrebbe a trovarsi il giudice, nella situazione di carenza legislativa, antecedente all’approvazione della suddetta legge n. 40 del 2004, il quale dovrebbe, a questo punto, farsi carico di «ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali».

² Cfr. E. DOLCINI, *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, in *Corr. mer.*, 2009, 7. Per una ricostruzione dei primi commenti alla legge n. 40, si vedano, tra gli altri, F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004; C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d’impatto normativo*, in E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2005; F. VARI, *Concepito e procreazione medicalmente assistita*, Bari, 2008; A. LOIODICE, *Linee guida ministeriali sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, 254 ss.; R. VILLANI, *Procreazione assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, VII, Milano, 2006, 249 ss.; F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2005, 2, 361 ss.; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione medicalmente assistita: forti orientamenti, linee di tendenza: Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004; M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004; M.R. MORELLI, *I valori fondamentali della persona e tecniche di interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 237 ss.

³ La Corte costituzionale, con sentenza n. 45 del 2005, dichiarò inammissibile il *referendum* abrogativo avente ad oggetto l’intera legge n. 40, in quanto ritenuta legge “costituzionalmente necessaria”; d’altra parte, dichiarò ammissibili, con le sentenze nn. 46, 47, 48 e 49 del 2005, i quesiti referendari aventi ad oggetti singole disposizioni della normativa. Tuttavia, tali *referendum* furono dichiarati invalidi per mancato raggiungimento del *quorum*. Sul punto, si veda, M. AINIS, *I referendum sulla procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2005; E. LAMARQUE, *Referendum sulla procreazione assistita: l’inammissibilità del quesito totale*, in *Quad. cost.*, 2005, 2, 382; A. RUGGERI, *Tutela minima di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota “a prima lettura” di Corte Cost. n. 45-49 del 2005)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (senza data).

A questo proposito, occorre precisare che la legge sulla procreazione medicalmente assistita consente ai soggetti che siano titolari dei requisiti di cui all'art. 5 di tale legge («coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi») di fare ricorso alle tecniche di PMA «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» (art. 4, comma 1). In sostanza, la legge consente a tali soggetti – ad esclusione, quindi, delle coppie omosessuali, dei *single*, dei soggetti che vogliano far ricorso alla maternità surrogata⁴ o alla fecondazione *post mortem* – di richiedere la fecondazione di tipo omologo (con il prelievo di ovuli e di sperma provenienti dalla coppia stessa), vietando, al contrario, l'utilizzo di materiale genetico esterno alla coppia (fecondazione eterologa), sia che si tratti di liquido seminale esterno sia che si tratti di ovocita esterno. Ciò, tuttavia, rischia di porsi in contrasto proprio con il dichiarato fine della legge, che è quello di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana...» (art. 1). Invero, vietando la fecondazione eterologa, la legge sembra discriminare⁵ proprio quei soggetti che più hanno bisogno di ricorrere alla PMA in quanto portatori di patologie che ne cagionano l'infertilità o la sterilità assoluta e irreversibile.

In realtà, guardando tra le pieghe della normativa in esame, quello che emerge è il carattere residuale della PMA di tipo omologo (fecondazione *in vitro* - FIVET) rispetto alle altre cure terapeutiche volte a favorire la fecondazione e la generazione. Vi potrebbero, quindi, far ricorso solo le coppie le cui patologie possono essere «curate», in prima battuta, con protocolli terapeutici più blandi (ad esempio, il monitoraggio dell'ovulazione, la stimolazione dell'ovulazione ovvero l'inseminazione intrauterina semplice) e, ove questi risultino fallimentari, attraverso la procedura di fecondazione *in vitro*, certamente più complessa ed invasiva. Tale considerazione è tutt'altro che banale, in quanto conduce ad affermare la consequenziale esclusione della PMA per le coppie le cui patologie non possano essere curate con altre terapie mediche⁶ (infertilità o sterilità assolute o irreversibili), per le quali l'unica soluzione consisterebbe nella partecipazione, nel momento generativo, di un soggetto terzo per la donazione di materiale genetico proprio.

Non sono mancati, infatti, in dottrina coloro i quali hanno messo in rilievo come la differenza fondamentale tra le coppie che accedono alla fecondazione omologa e quelle che vorrebbero accedere all'eterologa riposi sullo stato della malattia invalidante, la cui maggiore gravità non potrebbe essere

⁴ Per un approfondimento su tale pratica e sulla sua (il)liceità, cfr., tra i tanti, M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 2000, 487; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000; A.B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002; C. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo, meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Famiglia*, 2005, 4-5, 777 ss.

⁵ Cfr. G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, 813 ss.; S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, tra ordinamento italiano e CEDU*, in www.rivistaaiic.it (2 luglio 2010).

⁶ Nel senso che tali patologie non avrebbero alcuna cura, da intendersi quale protocollo medico volto a ripristinare le funzionalità dell'organo malato, non potendo essere configurata come tale la fecondazione eterologa, vedi M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita (voce)*, in *Enc. giur.*, XXIV, 2004, 5.

in alcun modo sanata⁷ se non attraverso una finzione riproduttiva, nella quale alla coppia si affiancherebbero altri soggetti. La finalità della fecondazione omologa sarebbe, quindi, quella di rimuovere una causa impeditiva della procreazione, facendo sempre ricorso al materiale genetico interno alla coppia, e proprio tale finalità definirebbe i confini della sua legittimità⁸; al contrario, invece, il fine della fecondazione eterologa sarebbe quello di eludere un problema riproduttivo interno alla coppia, coinvolgendo un soggetto terzo che contribuisca al soddisfacimento del desiderio di avere un figlio. Desiderio, questo, che altrimenti non riuscirebbe in alcun modo ad essere appagato – se non, ad esempio, con l'adozione – e che lascia non poche perplessità in ordine alla sua pretesa fondamentale⁹.

Peraltro, a tal proposito, occorre rammentare che proprio l'istituto dell'adozione assume un ruolo fondamentale nell'articolato della legge n. 40 del 2004. Infatti, ai sensi dell'art. 6 di tale legge, che disciplina le modalità del consenso della coppia alle procedure di fecondazione medicalmente assistita – ai tempi della formulazione della normativa, solo di quella omologa –, il medico curante ha l'obbligo di prospettare alla coppia la possibilità di richiedere l'adozione o l'affidamento di cui alla legge n. 183 del 1984 come *alternativa* alla procreazione artificiale. Ma l'equiparazione tra le tecniche di procreazione artificiale e l'adozione mal si concilia con la finalità dell'adozione, che, come è nota, è quella di trovare un ambiente familiare idoneo al benessere minore. D'altra parte, la lettera dell'art. 6 sembra quasi suggerire che la procreazione artificiale di cui legge n. 40 del 2004 abbia un fine diverso da quello noto di trovare una soluzione alle ipotesi di sterilità o infertilità, laddove non si siano rinvenibili altre pratiche mediche efficaci: posta la prospettazione dell'*alternatività* con l'adozione, pare quasi che lo scopo dia quello di garantire, con qualsiasi mezzo, un figlio alla coppia che lo desidera.

⁷ A conforto dell'affermazione per cui la fecondazione eterologa non potrebbe essere qualificata come "terapia" dell'infertilità o della sterilità irreversibile della coppia, cfr. F. CASSONE, *La surroga materna tra tutela dell'integrità fisica e diritto alla salute*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 119, la quale evidenzia che «Un parametro invece in grado di tracciare in maniera più corretta il confine del «terapeutico» è quello che individua come curativi solo gli interventi che tendono a ripristinare il funzionamento dell'organo ammalato. Tale ripristino può, allora, avvenire con un'operazione sia ripartiva, sia sostitutiva [...] in questo modo, tanto la dialisi, quanto le protesi e la fecondazione artificiale omologa, che operano una sostituzione che consente all'organo su cui è realizzato l'intervento di tornare a svolgere la sua funzione specifica, sono senz'altro terapeutiche. Al contrario, le pratiche di fecondazione artificiale eterologa non rientrerebbero in questa classificazione [...] il prelievo del seme e/o dell'ovulo e la loro introduzione nell'utero realizzano chiaramente un'ipotesi di intervento che non dispiega affatto le sue finalità "benefiche" verso l'individuo su cui è compiuto».

⁸ Sulla distinzione tra fecondazione omologa ed eterologa e sulla qualificazione di terapia medica, si veda A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, 52 ss. Sul punto, interessante è la classificazione offerta da M.M. FRACANZANI, *Osservazioni in margine alla procreazione medicalmente assistita*, in F. VARI, *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2012, 38, che denomina *semisterile* la coppia che abbisogna di materiale genetico altrui ed *infecunda* la coppia che necessita solo dell'aiuto medico e che utilizza materiale genetico proprio.

⁹ Al tal proposito, si fa rinvio a Corte cost., sentenza n. 332 del 2000, in cui la Corte afferma, con riguardo alla normativa che prevedeva come requisito per accedere alla Guardia di finanza militare il fatto di non avere figli, che «un siffatto divieto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata».

In realtà, proprio il richiamo all'adozione, all'art. 6, consente un'ulteriore riflessione. Se, ad una prima lettura, l'onere posto in capo al personale medico sembra sbilanciare la disciplina verso l'interesse della coppia a soddisfare le proprie scelte procreative – come appena accennato –, è pur vero che la disposizione va letta in combinato disposto proprio con quel divieto (censurato dalla Corte) di fecondazione eterologa. Da questa lettura sinottica, si ricava che il ricorso alle pratiche di PMA è consentito, stando alla lettera della legge, *nella misura in cui non è possibile intervenire con altro opportuno protocollo terapeutico*, il tutto dopo un'attenta valutazione, con il supporto del personale medico, «in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa» – proprio in ragione del fisiologico portato di invasività psico-fisica della pratica scientifica *de qua*. E quest'attenta valutazione – che è valutazione di quel carattere residuale cui si accennava sopra – dovrebbe forse riguardare anche l'opportunità di un'adozione.

Emerge così che la differenza tra i due tipi di fecondazione non sussiste solo sotto un profilo prettamente patogenetico, ma anche sotto un profilo “teleologico” – come dimostra proprio l'opportunità di procedere all'adozione. Nel caso di fecondazione omologa, infatti, l'adozione pare costituire l'*alternativa* ove la coppia dovesse ritenere che la sottoposizione alla PMA possa essere rischiosa o, semplicemente, emotivamente stressante; al contrario, nel caso di fecondazione eterologa – nella vigenza del suo divieto – il ricorso all'adozione avrebbe rappresentato l'*unica alternativa possibile* per perseguire il desiderio di genitorialità, salva la scelta di recarsi all'estero per eludere il divieto in parola.

3. La tutela dell'embrione e la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009

Sin dal primo momento, la legge n. 40 del 2004 ha mostrato tutta la sua fragilità e l'evidente sbilanciamento verso la tutela dell'embrione¹⁰ (*rectius*, del concepito¹¹) – a discapito di quella degli altri soggetti coinvolti – che, come messo in evidenza dallo stesso giudice delle leggi nella nota sentenza n. 27 del 1975 (che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 546 c.p., che puniva penalmente l'aborto), «persona ancora non è»¹². Sbilanciamento che non ha mancato di essere sanzionato a più riprese dal giudice nazionale e da quello europeo in considerazione del preminente ruolo assunto dalla donna, il cui corpo non può ridursi a involucro diretto alla procreazione. In particolare, si inseri-

¹⁰ A tal proposito, è significativo il rimando alla sentenza della Corte di giustizia (Corte giust., Grande Camera, C-34/10, 18 ottobre 2011, *Brüstle c. Greenpeace*), che, nel negare la brevettabilità di invenzioni che comportino la distruzione di embrioni umani, chiarisce che «il contesto e lo scopo della Direttiva [cfr. Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche] rivelano che il legislatore dell'Unione ha inteso escludere qualsiasi possibilità di ottenere un brevetto quando il rispetto dovuto alla dignità umana può esserne pregiudicato».

¹¹ Cfr. F. VARI, *Concepito e procreazione medicalmente assistita*, cit., 127. Per un approfondimento sulla posizione del concepito nell'ordinamento nazionale ed internazionale, v., tra gli altri, A. LOIODICE, *Diritto costituzionale (concepito e)* (voce), in E. SGRECCIA, A. TARANTINO (a cura di), *Enciclopedia di bioetica e scienze giuridiche*, IV, Napoli, 2012, 477 ss.

¹² È interessante il confronto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nella sentenza *Vo. c. Francia* (ric. n. 53924/00) dell'8 luglio 2004, afferma espressamente che il «non nato» sia da considerare inequivocabilmente come «persona». In dottrina, P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009 pone in evidenza l'«incompletezza» della soggettività dell'embrione.

sce nel solco di un tale orientamento la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009¹³, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 14, commi 2 e 3, della legge n. 40 nella parte in cui limitava il numero degli embrioni producibili a quanto strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque non superiore ad un numero di tre (comma 2) e nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere realizzato senza pregiudizio della salute della donna (comma 3), in violazione degli artt. 3 e 32 Cost¹⁴. In questo modo, la Corte sanzionava tali norme *in difetto* e *in eccesso*: *in difetto*, perché sarebbe potuto risultare necessario, al fine di assicurare l'alta probabilità di riuscita dell'intera procedura, produrre un numero superiore a tre embrioni, in considerazione del fatto che alcuni di essi sarebbero potuti andare perduti, aprendo così, di fatto, la strada anche alle indagini diagnostiche genetiche, che necessitano della produzione di un numero considerevole di embrioni; in secondo luogo, *in eccesso*, perché l'impianto contemporaneo di tutti gli embrioni prodotti avrebbe potuto dar luogo a gravidanze plurime, il cui grado di fallimentarità sarebbe potuto dipendere anche dalle caratteristiche fisiche, nonché dallo stress psichico, della donna che si sottopone alla PMA.

Ebbene, entrambe le valutazioni offerte dalla Corte sono volte a sottolineare la necessità di temperare l'esigenza di tutelare l'embrione «[...] con la tutela delle esigenze di procreazione», a conferma della tutela *non assoluta* del concepito. Proprio in considerazione della molteplicità dei fattori che possono, quindi, condizionare la riuscita della pratica del "figlio in braccio", la Consulta, in un passaggio essenziale della pronuncia del 2009, sottolinea che, di norma, non è il legislatore a poter stabilire specificatamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Infatti, poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche che sono in continua evoluzione, «la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» (*cons. dir.* 6.1). Con tale percorso argomentativo, la Corte restituisce al ruolo del medico l'autorevolezza nelle scelte terapeutiche più opportune che gli è propria¹⁵, e che, per il tramite della legge sulla procreazione medicalmente assistita, aveva subito una considerevole riduzione in merito alla possibilità di operare valutazioni discrezionali, anche con riguardo alle modalità operative circa i cicli di stimolazione ovarica e di impianto degli embrioni.

¹³ Cfr. ordinanze di rimessione TAR Lazio, sez. III *quater*, 21 gennaio 2008, Trib. Firenze, 26 agosto 2008, Trib. Firenze, 15 luglio 2008. Per un commento, si vedano C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena di difendere"?*, in *Dir. fam.*, 2009; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009; M. D'AMICO, *La decisione n. 151 del 2009 della Corte costituzionale tra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in G. BALDINI, M. SOLDANO (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io?*, Firenze, 2011, 133-138.

¹⁴ La Corte costituzionale chiarisce la portata di tale pronuncia nella successiva ordinanza n. 97 del 2010, con cui dichiara inammissibili le medesime questioni sollevate, questa volta, dal Tribunale di Milano (ordd. 6 marzo 2010 e 10 marzo 2010).

¹⁵ L'affermazione della Corte sembra riecheggiare, infatti, il dettato dell'art. 12 del codice di deontologia medica, ai sensi del quale «al medico è riconosciuta piena autonomia nella programmazione, nella scelta e nella applicazione di ogni presidio diagnostico e terapeutico [...]». In tal senso, anche Corte cost., sentenze nn. 8 del 2011, la sopra citata 151 del 2009 e 282 del 2002.

4. Il divieto di fecondazione eterologa al vaglio del giudice europeo. La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *S.H. e altri c. Austria* e le sue ricadute nazionali

Occorre attendere, però, l'intervento della Corte di Strasburgo per vedere per la prima volta espressamente il divieto di fecondazione eterologa *sub iudice*. Lungi dal ripercorrere tutte le tappe, sebbene rilevanti, della vicenda che hanno condotto alla pronuncia europea, ci si limita qui a richiamarne i tratti essenziali che hanno influenzato, come si vedrà, anche i nostri giudici. Si fa riferimento alla sentenza *S.H. e altri c. Austria*¹⁶ (ric. n. 57813/00) del 1 aprile 2010, con la quale il giudice europeo ha dichiarato la violazione da parte della legge austriaca sulla fecondazione eterologa (vietata *in vitro*, non anche *in vivo*) degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (principio di non discriminazione) CEDU, considerando irragionevole la disparità di trattamento tra le coppie che avrebbero potuto accedere alla fecondazione *in vivo* e quelle che, al contrario, non avrebbero potuto fare ricorso alla fecondazione *in vitro*, e sottolineando, altresì, l'illogicità dell'argomentazione adottata dal Governo austriaco circa il divieto di ovodonazione, giustificata dalla necessità di contrastare lo sfruttamento e la mercificazione della donna. In quell'occasione, il giudice europeo chiariva che il dettato dell'art. 8 CEDU non impone allo Stato membro un *obbligo positivo*¹⁷ di adottare una determinata normativa concernente la PMA¹⁸; tuttavia, se lo Stato la introduce, «Il diritto di una coppia di farne uso per concepire un figlio rientra nelle sfere dell'art. 8 CEDU [...] pertanto i divieti di accesso ad alcune tecniche di procreazione artificiale [...] sono discriminatori, ai sensi dell'art. 14 CEDU, se non giustificati da finalità obiettive e ragionevoli e dal rispetto del criterio di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti».

Una volta aperta, così, la breccia sul divieto di fecondazione eterologa, i Tribunali di Milano (ord. 2 febbraio 2011), Firenze (ord. 6 settembre 2010) e Catania (ord. 21 ottobre 2010) sollevavano dinanzi alla nostra Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale del relativo divieto di cui all'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, incentrando gran parte delle proprie argomentazioni sulla prospettata violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, con particolare riguardo al significato loro attribuito nella recente sentenza della Corte di Strasburgo *S.H. e altri c. Austria*, e richiamandone espressamente ampi brani a suffragio della presunta incostituzionalità.

¹⁶ Corte EDU, prima sezione, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00), sentenza del 1 aprile 2010. Per un commento alla sentenza, si vedano, tra i tanti, I. PELLIZZONE, *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale*, in www.rivistaaiic.it (2 luglio 2010); A. OSTI, *Il caso S.H. e altri c. Austria: il diritto (di coppia?) a procreare e la fecondazione eterologa*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 131-27; L. VIOLINI, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, in *Quad. cost.*, 2010, 3.

¹⁷ Così, anche Corte EDU, *Dickson c. Gov. Regno Unito Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, sentenza del 4 dicembre 2007.

¹⁸ Più in generale, per una disamina della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui diritti c.d. "procreativi" e sulla loro riconducibilità all'art. 8 CEDU, si vedano Corte EDU, *Evans c. Regno Unito* (ric. n. 6339/05), sentenza del 10 aprile 2007; *A, B e C c. Irlanda* (ric. n. 44362/04), sentenza del 16 dicembre 2010; *Dickson c. Regno Unito* (ric. n. 44362/04), cit.

Nel frattempo, però, a spegnere le speranze di chi aveva confidato nell'ormai prossima dichiarazione di incostituzionalità dell'eterologa, era intervenuta la Grande Camera della Corte di Strasburgo che, nella sentenza *S.H. e altri c. Austria* del 3 novembre 2011¹⁹, aveva sovvertito completamente il precedente dispositivo ed era arrivata a giustificare la compatibilità della legge austriaca con l'art. 8 CEDU – mentre non aveva analizzato nel merito la censura relativa all'art. 14, che risultava, pertanto, assorbita – in considerazione del fatto che rientra nel potere discrezionale di ciascun Stato membro (il c.d. margine di apprezzamento²⁰) la predisposizione di una determinata normativa e l'effettuazione di tutta una serie di bilanciamenti dei diversi interessi coinvolti, la cui sindacabilità da parte della Corte europea è possibile solo ove tale normativa risulti manifestamente irragionevole ovvero non vi sia una proporzione tra i mezzi impiegati e i fini perseguiti. Peraltro, la scelta della Corte europea di non voler ingerire nelle dinamiche interne a ciascuno Stato al punto da imporre il riconoscimento di determinati diritti sembra essere confermata anche dalla considerazione del momento storico (*time factor*) in cui la normativa austriaca era stata adottata, sebbene, come sottolineato dalla stessa Corte di Strasburgo²¹, la pronuncia della Corte costituzionale austriaca del 1999 sulla legittimità della normativa sulla PMA si fondasse su un contesto scientifico certamente diverso e meno

¹⁹ Per un commento a tale sentenza, si vedano, tra i tanti, G. SALERNO, *La Grande Camera della Cedu inverte la rotta: legittimo il divieto di fecondazione eterologa. Chance ormai ridotte per l'incostituzionalità delle norme italiane contenute nella legge 40*, in *Guida al Diritto*, 46, 19-21; A. OSTI, *La sentenza S.H. e altri c. Austria: un passo «indietro» per riaffermare la legittimazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quad. cost.*, 2012, 1, 138-141; B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.rivistaaic.it, 2012, 3.

²⁰ Sul tema, tra i tanti, A. MCHARG, *Reconciling Human Rights and Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Modern Law Review*, 1999, 671 ss.; R.S.J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation*, in R. S.J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993; G. LETSTAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007; e proprio con riguardo a temi sensibili, quali la bioetica o le coppie omosessuali, J. SCHOKKENBROEK, *The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, 20 ss.; S. GREER, *The margin of appreciation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2000; ed ancora, F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista AIC, Archivio*; I. ANDRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in A. ODENINNO, E. RUOZZI, A. VITERBO, F. COSTAMAGNA, L. MOLA, L. POLI, *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario: atti dell'Incontro di studio tra i giovani cultori delle materie internazionalistiche*, 7 ed., Torino 9-10 ottobre 2009, Napoli, 2010, 7-28.

²¹ Corte EDU, Grande Camera, *S.H. e altri c. Austria*, cit., par. 117: «La Corte osserva che il parlamento austriaco non ha, ad oggi, proceduto ad un esame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale, considerando la rapida evoluzione della scienza e della società a tal riguardo. La Corte nota inoltre che la Corte costituzionale austriaca, nel constatare che il legislatore si era conformato al principio di proporzionalità di cui all'articolo 8 § 2 della Convenzione, aggiungeva che il principio adottato dal legislatore per consentire metodi omologhi di procreazione artificiale come regola e l'inseminazione con sperma donato come eccezione rifletteva lo stato della scienza medica all'epoca e il consenso che esisteva nella società. Ciò non significa comunque che tali criteri non possano essere oggetto di sviluppi di cui il legislatore dovrà tenere conto in futuro».

avanzato di quello odierno²². Se quindi, da una parte, la Corte europea valorizzava la priorità decisionale di ciascuno Stato membro per l'elaborazione e l'attuazione delle proprie politiche, d'altra, faceva leva sulla mancanza di un *consensus* europeo²³, soprattutto nelle materie eticamente sensibili, suscettibili di sollevare opinioni contrastanti.

Proprio alla luce di tale importante *revirement* della Corte europea nella sentenza *S.H. e altri c. Austria* del 3 novembre 2011, in attesa della quale, prudentemente, l'Avvocatura dello Stato nella propria memoria difensiva aveva richiesto lo spostamento dell'udienza e della pronuncia della Corte costituzionale sul punto, il giudice delle leggi decideva di adottare una pronuncia processuale (ordinanza n. 150 del 2012), ossia di restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, sulla base dell'innegabile pregnanza della sentenza europea, il cui sopraggiungere costituisce un *novum* giurisprudenziale di cui i giudici rimettenti non possono non tener conto per rivalutare la rilevanza della questione di costituzionalità, soprattutto in ragione del fatto che alcuni di essi avevano incentrato l'asse argomentativo dell'ordinanza di rimessione esclusivamente sulla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento agli artt. 8 e 14 CEDU (Tribunale di Firenze).

A ben guardare, però, il ragionamento svolto dalla Corte costituzionale potrebbe risultare fallace per due ordini di motivi: innanzitutto perché il giudice delle leggi considera assorbite, nell'alveo dell'art. 117, primo comma, Cost.²⁴, tutte le censure formulate con riguardo agli altri parametri costituzionali (artt. 2, 3, 29, 30, 31 e 32 Cost.), dando l'impressione di dare maggior peso al parametro convenzionale; in secondo luogo, perché, con tale pronuncia, sembrerebbe che la Corte voglia sottrarsi dal decidere sulla spinosa questione della fecondazione eterologa, omettendo, peraltro, di considerare le opportune differenze sussistenti tra la normativa austriaca che – si badi bene – consentiva la fecondazione eterologa nei limiti della donazione di liquido seminale maschile (fecondazione *in vivo*) e la normativa italiana che, stando all'articolato della legge n. 40 del 2004, non consentiva alcun ricorso alla stessa, limitandosi a disciplinare i rapporti che sarebbero potuti insorgere tra il donatore di gameti, il coniuge o convivente consenziente e “figlio dell'eterologa”, nei casi di violazione di tale divieto. Invero, come efficacemente evidenziato in dottrina e in giurisprudenza, il richiamo dei *dicta* europei e l'opera di trasposizione dei quei principi convenzionalmente sanciti nell'ordinamento nazionale andrebbe fatto nel rispetto e nella valorizzazione degli elementi propri del contesto giuridico in cui si

²² Cfr. G. REPETTO, “Non di sola CEDU...”. *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 151.

²³ In senso analogo, anche Corte EDU, *Evans c. Gov. Regno Unito Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, sentenza 10 aprile 2007, in cui la Corte conclude che gli embrioni risultanti dalla fecondazione *in vitro* non rientrano nell'ambito di tutela di cui all'art. 2 (diritto alla vita) CEDU, in quanto non si è ancora formata un consenso unanime a livello europeo sulla definizione scientifica e giuridica dell'inizio della vita umana. Sulla formazione di sensibilità differenti tra le diverse realtà statali, si veda C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012.

²⁴ Così, cfr. M. MANETTI, *La fecondazione eterologa non è soltanto affare della Corte di Strasburgo*, in A. COSSIRI, G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, 2013, 126, nonché, A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell'assorbimento dei visi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di incostituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org (12 giugno 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).

inserirlo²⁵. Pertanto, il giudice delle leggi ben avrebbe potuto effettuare un'operazione di *distinguishing* sul divieto espresso dalla legge n. 40 del 2004, in considerazione delle peculiarità normative interne.

5. La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014 e le ragioni dell'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa

Solo con la sentenza n. 162 del 10 giugno 2014²⁶, anticipata dal relativo comunicato stampa del 9 aprile 2014, la Corte costituzionale arriverà a censurare *expressis verbis* la legge n. 40 del 2004 per il divieto assoluto di ricorso alle pratiche di fecondazione eterologa, sulla base di un apparato motivazionale tutt'altro che pacifico, imperniando (stavolta) l'asse del proprio *decisum* attorno alla violazione dei parametri costituzionali puramente interni²⁷ e ritenendo assorbito il profilo di censura relativo alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. Si tratta di una scelta motivazionale – quella della Corte – che, anche se non formalmente incentrata sulle norme convenzionali ritenute violate (nell'interpretazione fornita, da ultimo, nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, *S.H. e altri c. Austria*), sembrerebbe richiamare proprio gli snodi essenziali di tale pronuncia.

In particolare, come sopra anticipato, la Corte di Strasburgo, nella sentenza *S.H. e altri c. Austria* del novembre 2011, ribaltando il giudicato della Prima sezione, giustificava il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla normativa austriaca principalmente in ragione del fatto che lo stesso non fosse assoluto (è vietata solo l'eterologa *in vitro*) e che gli Stati aderenti alla CEDU fossero liberi di operare discrezionalmente le proprie scelte politiche, operando i relativi bilanciamenti tra gli interessi coinvolti e ponderando le possibili ricadute sul sistema giuridico interno. Bilanciamenti che, però, come specificato dalla stessa Corte europea, avrebbero potuto essere sindacati e sanzionati dalla stessa nelle ipotesi di irragionevolezza o manifesta "sproporzione".

In questo modo, come si vedrà dinanzi, il giudice delle leggi – riprendendo il ragionamento sviluppato dalla Corte europea, pur giungendo ad esiti differenti – sembra censurare il divieto di PMA di tipo eterologo sia perché non prevede alcun tipo di deroga, ma soprattutto perché il bilanciamento che ha condotto il legislatore italiano a formulare il testo della legge n. 40 del 2004 sarebbe *irragionevole*,

²⁵ Così, *ex plurimis*, Corte cost. sentenze nn. 236 del 2011 e 317 del 2009. Sul punto, cfr. D. TEGA, *I diritti in crisi*, Milano, 2012, 160.

²⁶ Per un commento alla sentenza, si vedano M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, in www.confronticostituzionali.it (17 giugno 2014); A. MUSUMECI, "La fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in www.rivistaaic.it (luglio 2014); 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.

²⁷ Cfr. A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo con la Corte EDU*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (14 giugno 2014) e G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org (13 giugno 2014).

sia dal punto di vista letterale che dal punto di vista sistemico, in considerazione anche dell'evoluzione della coscienza sociale e dei progressi scientifici in materia.

Prima di analizzare, però, la solidità del percorso argomentativo ricostruito dalla Corte a sostegno dell'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, occorre, in primo luogo, delineare il *casus belli* da cui origina un siffatto ragionamento, ossia la lettera dell'art. 4, comma 3, che «[...] stabilisce il divieto di 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».

In particolare, la pronuncia della Corte costituzionale prende le mosse dalle ordinanze di rimessione dei Tribunali di Milano²⁸, Firenze²⁹ e Catania³⁰, che hanno sollevato, in riferimento all'art. 3 Cost. (tutte e tre le ordinanze), agli artt. 2, 31 e 32 Cost. (la prima e la terza ordinanza), e agli artt. 29 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU (prima ordinanza), questione di legittimità costituzione dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 (tutte e tre le ordinanze), e dell'art. 9, comma 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3» e art. 12, comma 1, di tale legge (prima e terza ordinanza).

Come anticipato, l'art. 4, comma 3, stabilisce il divieto di fare ricorso alle pratiche di fecondazione artificiale di tipo eterologo; mentre gli artt. 9 e 12 disciplinano le ipotesi in cui si contravvenga a tale divieto, magari recandosi in strutture sanitarie straniere che praticino le suddette tecniche, stabilendo, rispettivamente, che «[q]ualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2) del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice» (art. 9, comma 1) e che «[i]n caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» (art. 9, comma 3), con la conseguenza, peraltro, che «[c]hiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro» (art. 12, comma 1).

Nella pronuncia in esame, il giudice delle leggi perviene alla (problematica) declaratoria di incostituzionalità del divieto in parola³¹, in ragione dei parametri costituzionali interni e della ricostruzione del quadro normativo nazionale alla luce del mutamento del contesto sociale e delle progressioni tecno-

²⁸ Trib. Milano, ord. 8 aprile 2013.

²⁹ Trib. Firenze, ord. 29 marzo 2013.

³⁰ Trib. Catania, ord. 13 aprile 2013.

³¹ Divieto di ricorrere alle pratiche di fecondazione eterologa che – è opportuno ricordare – sebbene espressamente formulato all'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, va letto in combinato disposto con il successivo art. 9, commi 1 e 3, di tale legge, che disciplina il divieto, per il coniuge o il convivente che abbia prestato consenso, di esercitare l'azione di disconoscimento di paternità e l'impossibilità, per il donatore di gameti, di acquisire diritti o assumere obblighi nei confronti del nato. Da tale quadro normativo, emerge chiaramente la volontà del legislatore di regolamentare anche quelle ipotesi in cui tale divieto fosse stato violato, ad esempio recandosi in quei Paesi in cui tale pratica era permessa. Sulla possibilità – antecedente alla formulazione della legge n. 40 – di procedere all'azione di disconoscimento della paternità in caso di inseminazione eterologa, si veda Cass. civ., 16 marzo 1999, n. 2315. *Contra*, Trib. Napoli, 24 giugno 1999.

logiche e scientifiche. Ma tale strutturazione della pronuncia non costituisce solo una cifra di stile. Infatti, dal punto di vista sostanziale, tale scelta assume un'importanza significativa anche nel quadro dei rapporti tra i livelli giurisdizionali nazionali e sovranazionali perché consente alla Corte costituzionale di rivendicare la preminenza del proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, sebbene nella consapevolezza della imprescindibile considerazione dei *dicta* convenzionali.

Dopo aver ribadito brevemente che lo scrutinio costituzionale delle norme impugnate deve sempre essere compiuto esaminando tutti gli interessi coinvolti, che richiedono, in ogni caso, «un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005)» (*cons. dir.* 5), e che al giudice della legge spetta di verificare se vi sia stato un irragionevole bilanciamento tra le diverse esigenze, viene sinteticamente riportato il quadro regolamentare che disciplinava la fecondazione eterologa prima del suo espresso divieto. Un divieto che, stando alle parole della Corte, non trova riscontro in alcun principio costituzionale e che, viceversa, dovrebbe essere escluso proprio dalla lettura congiunta di alcune norme costituzionali.

A giudizio della Corte, infatti, proprio dal combinato disposto dagli artt. 2, 3 e 31 Cost., si ricava la libertà della coppia di formare una famiglia, che «anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali [...]» (*cons. dir.* 6). Nozione, quella di famiglia, che, così come prevista in Costituzione, non è necessariamente legata alla presenza in seno alla stessa dei figli (sentenze nn. 189 del 1991 e 123 del 1990); e, d'altra parte, qualora questi invece ne siano parte, non è necessario che vi sia un legame genetico con i rispettivi genitori, come dimostra l'ormai consolidato istituto dell'adozione.

La Corte dedica, poi, ampio spazio nella propria argomentazione, in risposta alle osservazioni svolte dai giudici rimettenti sulla possibile violazione dell'art. 32 Cost. da parte della normativa impugnata, alla ricostruzione del diritto alla salute, che deve essere inteso nel più ampio significato di integrità psico-fisica³² e che deve condurre il legislatore a tenere in considerazione anche «gli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite ... anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica e alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta» (*cons. dir.* 7). Per suffragare tale interpretazione, la Corte richiama anche le parole dell'atto costitutivo del 1946 dell'Organizzazione mondiale della Sanità, secondo cui «[i]l possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano», avvalorando così l'elaborazione di un concetto onnicomprensivo di salute, in

³² Cfr. Corte cost., sentenze nn. 251 del 2008; 113 del 2004; 253 del 2003; 167 del 1999. Per una panoramica sulla diverse sfaccettature del diritto alla salute, si vedano, tra i tanti, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 95 ss. e 141 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 772; *Id.*, *Salute. 1) Diritto alla salute – Dir.cost.* (voce), in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 5. In particolare, nel senso di salute come stato di benessere psico-fisico, si veda R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)* (voce), in *Diz. dir. pubb.*, VI, Milano, 2006, 5395. Interessanti, a tal proposito, sono le considerazioni svolte da M. CALOGERO, *La procreazione artificiale: una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, 66, il quale afferma che «[...] Il riferimento da parte del costituente alla nozione di salute invece che a quella di salute fisica autorizza ad ampliare notevolmente il significato da attribuire all'espressione "finalità terapeutica", facendovi rientrare non solo gli interventi necessari per la cura degli aspetti anatomici e funzionali dell'organismo, ma anche quelli rivolti a favorire il raggiungimento o la conservazione dell'equilibrio psichico».

grado di ricomprendere sia la sfera fisica che quella mentale. Peraltro, dopo aver richiamato la precedente sentenza n. 151 del 2009, nella quale afferma che rientra nel campo di autonomia e di responsabilità del medico la corretta individuazione delle scelte terapeutiche da apprestare al paziente, la Corte conclude con un assunto che rischia di essere foriero di interpretazioni contraddittorie. Secondo le parole della Corte, infatti, la questione all'esame non porterebbe tanto a considerazioni nuove sul diritto alla salute, tali da offrirne una prospettiva in chiave *soggettiva*, né tantomeno ad affermare il desiderio di autocompiacimento della coppia, quanto, piuttosto, ad una più compiuta riflessione su come dovrebbe essere riservata alla scienza medica la corretta individuazione delle patologie e la predisposizione delle relative cure. E al tal proposito, non è mancato chi abbia messo in evidenza che, così intesa, la scienza medica costituirebbe il fondamento di nuovi diritti³³ e il medico curante diventerebbe il soggetto più idoneo a garantirne l'attuazione.

Procedendo nel *reasoning* della Corte, come il divieto in questione non troverebbe fondamento nel dettato costituzionale e in quello internazionale (Convenzione di Oviedo del 1997 e Protocollo opzionale del 12 gennaio 1998, entrambi recepiti in Italia con legge n. 145 del 2001), non sarebbe dirimente neanche l'*horror vacui* che potrebbe derivare dagli effetti della sua incostituzionalità. È vero, sì, infatti, che la legge n. 40 del 2004 costituisce la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore [...] che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali» e che, quindi, è «costituzionalmente necessaria (sentenza n. 45 del 2005)»; d'altra parte, essa non ha contenuto costituzionalmente vincolato. Peraltro, già con la sentenza n. 59 del 1958, la Corte aveva affermato che la facoltà di «dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa [...]» (*cons. dir.* 11), facendo appello, al fine di evitare situazioni spiacevoli, alla saggezza del legislatore.

D'altro canto, (quasi) nella consapevolezza della problematicità del proprio *iter* argomentativo, il giudice delle leggi sembra preoccuparsi di dissipare ogni dubbio in ordine all'insussistenza nel testo costituzionale di ostacoli al riconoscimento della fecondazione eterologa³⁴, e di dimostrarne l'immediata

³³ In tal senso, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi ius*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org (13 giugno 2014), il quale evidenzia drammaticamente come portando questo tipo di ragionamento alle estreme conseguenze si finirebbe col sacrificare il riconoscimento legale dei diritti sull'altare della progressione della scienza e della tecnica. In particolare, l'A. obietta che «[s]i potrebbe pensare che la concezione sottesa alla pronuncia sia quella della scienza al servizio della persona e dei suoi diritti. A me pare, invece, che i diritti e la persona finiscono per dipendere sempre di più dalla scienza e dalla tecnica, come dimostra bene proprio questa importante motivazione», ponendosi, infine, un interrogativo cruciale: «Il diritto alla genitorialità e il diritto alla famiglia con prole derivano dalla libera autodeterminazione del soggetto [...] oppure sono il frutto della scienza e della tecnica? Il diritto ad essere genitore è un aspetto della persona o una possibilità consentita alla persona dalla medicina?». In senso analogo, R. NANIA, *Osservazioni sui profili costituzionali della "fecondazione eterologa"*, in F. VARI (a cura di), *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 55, il quale si chiede «se tutte le possibilità che la tecnica si candida ad offrire nel campo della manipolazione biologica debbano convertirsi immediatamente in opportunità e diritti di rango costituzionale indifferenti rispetto alle loro conseguenze».

³⁴ In tal senso, anche F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in G. RAZZANO (a cura di), *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno tenutosi presso l'Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 31 gennaio 2005, Fasano, 2005, 281 ss; A. BARBERA, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, in G. RAZZANO (a cura di), *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, cit., 355 ss.

percorribilità nel corpo delle restanti (e non censurate) norme. Ne deriva che, nella vigenza degli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 «all'evidenza direttamente riferibili alla PMA di tipo eterologo», il ricorso alla fecondazione eterologa sarebbe consentito solo «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere» le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere «documentate da atto medico» e da queste certificate. Tale tecnica sarebbe compatibile anche con l'art. 5 della legge, che disciplina i soggetti che possono accedere alla PMA, senza porre distinzione alcuna tra il tipo omologo o eterologo; nonché con l'art. 6, che contempla la disciplina del consenso; ed ancora, con gli artt. 7, 10 e 11 in materia, rispettivamente, di emanazione delle linee guida ministeriali di attuazione della legge e di individuazione delle strutture sanitarie abilitate a compiere le procedure di PMA. Infine, ben si armonizzerebbe con il testo dell'art. 12, che disciplina le sanzioni derivanti in caso di inosservanza dalle precedenti disposizioni. A giudizio della Corte, si tratterebbe, quindi, di «applicazione diretta» di tali norme anche alla fecondazione di tipo eterologo, e non d'interpretazione estensiva. Interpretazione estensiva che, invece, viene ritenuta operante con riguardo al dettato dell'art. 8, regolante lo *status* del concepito a seguito di PMA, che stabilisce che «[i] nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6».

Ampio spazio viene dedicato nell'apparato motivazionale a sostegno dell'incostituzionalità dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 alla violazione del principio di ragionevolezza³⁵, ossia del canone di razionalità³⁶ dell'ordinamento. Come evidenziato in diversi passaggi della pronuncia in questione, la legge sulla procreazione medicalmente assistita è frutto di una serie di bilanciamenti fra le diverse esigenze rilevanti; bilanciamenti tesi, in ogni caso, ad assicurare la tutela di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito (art. 1 di tale legge). In materie come la procreazione medicalmente assistita, soggette ai mutamenti della società civile “liquida”³⁷ e del progresso scientifico, il sindacato della Corte sulle scelte legislative è teso a verificare se «il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti

³⁵ Sul punto, Corte cost., sentenza n. 1 del 2014, in cui la Corte chiarisce che «[i]n ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa [...] siffatto scrutinio impone [...] di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stata 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. Tale giudizio deve svolgersi “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 perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti” (sentenza n. 1130 del 1988) [...]». In senso analogo, anche le sentenze nn. 151 del 2009, 345 e 245 del 2007. Nel senso di ragionevolezza come coerenza intrinseca della norma, anche alla luce della sua *ratio*, si vedano Corte cost., sentenze nn. 476 del 2002 e 204 del 1982. Per un approfondimento più analitico del canone della ragionevolezza e delle sue molteplici articolazioni, cfr., tra gli altri, G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; Id., *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 3953 ss; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007. Per un'analisi della ragionevolezza in campo medico, si veda 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).

³⁶ In tal senso, Corte cost., sentenze nn. 286 del 1999 e 240 del 1997.

³⁷ Cfr. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2003.

non sia 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» (*cons. dir.* 13). E tale scrutinio viene effettuato dando applicazione a un principio prossimo a quello della ragionevolezza, ossia il principio di proporzionalità³⁸, che – come specificato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 1 del 2014 – «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio [...] sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescrive quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non proporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» (*cons. dir.* 13).

In questo passaggio, in realtà, la conclusione a cui perviene la Corte pare piuttosto apodittica, laddove ritiene che la preclusione assoluta a ricorrere alla PMA di tipo eterologo sarebbe *intrinsecamente* irrazionale, perché colpirebbe proprio le categorie di soggetti più deboli, frustrando il loro desiderio di genitorialità e il loro diritto alla salute (neppure controbilanciato dal corrispondente dovere di tutelare l'embrione) e, tra quest'ultimi, soprattutto quelli che non disporrebbero delle risorse finanziarie per recarsi all'estero e richiedere l'attivazione della relativa procedura (c.d. turismo vo³⁹).

In sostanza, dall'analisi della ricostruzione argomentativa della Corte sembrano emergere due elementi dirimenti.

In primo luogo, è il concetto di diritto alla salute che si sgancia dalla sfera prettamente intima del soggetto e acquisire una portata *super-individuale*. In tal senso, la Corte sembra raccogliere la prospettiva offerta dai giudici rimettenti nelle rispettive ordinanze, configurando un diritto *della coppia* alla salute o – volendo giocare con le parole – un *diritto alla salute della coppia*, che dovrebbe trovare appagamento nella connaturale derivazione del rapporto di coniugio, ossia nella filiazione. Ma così si finisce per incorporare nel diritto alla salute una serie di aspettative, più o meno legittime, concernenti il rapporto di coppia, che concorrerebbero a determinarne il benessere, e a rendere *assoluti* quei bisogni che, in realtà, si prospettano come *soggettivi*.

Quello che desta poi perplessità è l'utilizzo del canone della ragionevolezza per dare vigore, nei termini sopra ricostruiti, ad un assetto motivazionale tutt'altro che lineare. *Quasi a voler stabilizzare con un libro un tavolo traballante*. In effetti, già in occasione della pronuncia n. 1 del 2014, la Corte aveva fatto ricorso alla ragionevolezza per dichiarare l'illegittimità del meccanismo (distorsivo) di attribui-

³⁸ Nel senso di proporzionalità come giusto equilibrio tra mezzi impiegati e fini perseguiti, si vedano, tra le tante, Corte cost., sentenze nn. 58 del 2006, 185 del 2003 e 416 del 2000.

³⁹ Per una ricognizione della disciplina della procreazione medicalmente assistita (PMA) negli altri Paesi dell'Europa, si veda C. CASONATO, T.E. FROSINI, *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006; A. PIGA, *Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo*, in L. LOMBARDI, S. DE ZORZO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita e le sue tecnologie. Generi, tecnologie e disuguaglianze*, Milano, 2013. A tal proposito, giova evidenziare che, oltre all'Italia, solo la Lituania e la Turchia vietano in assoluto le pratiche di fecondazione eterologa. La donazione di ovuli è vietata, oltre che in tali Paesi, anche in Germania, Norvegia e Svizzera. In alcuni Paesi, come Lussemburgo, Polonia, Danimarca, Francia e Svezia, la fecondazione eterologa, prima vietata, è oggi ammessa. Peraltro, le normative adottate a livello statale differiscono per i soggetti che possono beneficiarne: ad esempio, in Gran Bretagna, Spagna, Belgio, Svezia, la fecondazione eterologa è riconosciuta anche alle donne *single*; in altri Paesi, l'eterologa è concessa solo a coppie sposate (Germania) ovvero sposate o conviventi (Svezia, Francia) o quando il marito o il convivente della donna sia sterile o se si è in presenza di una malattia ereditaria (Norvegia).

zione del premio di maggioranza previsto dalla legge n. 270 del 2005. Non stupisce, quindi, che la Corte abbia fatto ricorso a tale principio anche per giustificare l'illegittimità del divieto di eterologa. Infatti, come emerge dalla sentenza n. 162 del 2014, il peccato originale del divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo consisterebbe nella sua *assolutezza*, e non nella sua previsione in sé, che – al contrario – avrebbe potuto ben tollerare l'individuazione di determinati limiti.

Ciò che stupisce è l'esito del bilanciamento operato dalla Corte in tale pronuncia, tutto a favore del diritto della coppia ad autodeterminarsi nelle proprie scelte procreative (diritto che sfocia anche nella facoltà di disporre del proprio corpo⁴⁰). Si tratta di un diritto che, a giudizio della Consulta, avrebbe come unico contraltare l'interesse del nato da PMA di tipo eterologo, il cui unico pregiudizio potrebbe dalla frattura⁴¹ esistente fra genitorialità genetica, biologica e legittima⁴² ovvero in ragione del desiderio di conoscere le proprie origini ai sensi dell'art. 28 della legge n. 183 del 1984⁴³. D'altra parte, sempre secondo le parole della Corte, tali rischi non avrebbero ragion d'essere, essendo agevolmente risolvibili nella comparazione con la legge n. 184 del 1983 sull'adozione, in cui il legislatore ha previsto espressamente ipotesi in cui la genitorialità genetica non coincida con quella legittima, e stabilendo opportune procedure attraverso le quali lo stesso adottato all'età di 25 anni (18 anni, qualora ricorrano gravi e comprovati motivi attinenti alla salute psico-fisica) possa accedere alle informazioni relative all'identità dei propri genitori biologici. Peraltro, un siffatto temperamento è stato valorizzato dalla Corte costituzionale anche in occasione della pronuncia sul c.d. parto in anonimato (sen-

⁴⁰ Come costantemente affermato nella giurisprudenza costituzionale, «gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti» (così, sent. n. 161 del 1985 e, da ultimo, sent. 162 del 2014). Sul punto, vedi M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1985, 54.

⁴¹ Cfr. M.L. DI PIETRO, E. SGRECCIA, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, Brescia, 1999, 169, che parlano di «maternità e paternità frammentate, dissociate, abortite».

⁴² In particolare, con l'espressione «maternità genetica», si fa riferimento alla donna che dona il proprio gamete femminile; con l'espressione «maternità biologica» si fa riferimento alla donna nel cui utero verrà impiantato l'embrione e che sarà deputata a portare avanti la gravidanza fino al parto. Infine, parlando di genitorialità legittima si fa rinvio a quella particolare posizione giuridica per cui un soggetto, non necessariamente genitore genetico o biologico, diventa titolare di diritti e obblighi nei confronti del figlio. Tali ulteriori specificazioni si rendono necessarie ove si considerino anche gli istituti della surroga di maternità e dell'adozione. Peraltro, tale classificazione acquista una significativa attualità nell'ipotesi, verificatasi di recente all'Ospedale Pertini di Roma, di «scambio degli embrioni» tra due coppie che si erano sottoposte a PMA omologa. Il Tribunale di Roma (I sez. civ., ord. 8 agosto 2014), nel rigettare il ricorso della coppia i cui gameti sono stati impiantati nel corpo della donna dell'altra coppia, volto ad ottenere la consegna dei figli genetici, ricostruisce la fattispecie alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e del quadro normativo nazionale ed internazionale, considerandola come una sorta di «eterologa da errore» o «surroga materna da errore», in ragione della mancanza del consenso di entrambe le coppie, ma soprattutto in ragione del fatto che è «[...] nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre. D'altro canto è solo la madre uterina che può provvedere all'allattamento al seno del bambino. Non può, pertanto, non ritenersi sussistente un interesse dei minori al mantenimento di *tale legame*, soprattutto alla luce del fatto che i bambini [...] abbiano già instaurato un significativo rapporto affettivo con entrambi i genitori e sono già inseriti in una famiglia». Viene, quindi, ritenuta prevalente la genitorialità biologica (o uterina) a discapito di quella genetica. In riferimento a tale vicenda, si rinvia alle «Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni», approvato dal Comitato nazionale per la Bioetica riunito in seduta Plenaria l'11 luglio 2014, in www.governo.it.

⁴³ Sul punto, si vedano, tra gli altri, G.F. FERRARI, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, 1566; A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in www.rivistaaic.it, 2012, 2.

tenza n. 278 del 2013), dichiarando l'*irragionevolezza* del diritto della madre all'anonimato a fronte del diritto del figlio a conoscere le proprie origini⁴⁴ e invitando il legislatore a reintervenire in materia al fine di introdurre appositi strumenti per verificare la costante sussistenza del rifiuto della madre ad essere menzionata.

Dalla pronuncia sembra quasi emergere il diritto (insopprimibile?⁴⁵) della coppia a procreare⁴⁶, in ragione delle acquisizioni scientifiche e tecnologiche, che porterebbe ad una visione *paidocentrica* della famiglia, da intendersi, però, non già nel senso che potrebbe desumersi dalla lettera dell'art. 30 Cost. («È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli [...]»), né tanto meno come concepita con l'istituto dell'adozione⁴⁷. Al contrario, la famiglia si configura qui come la formazione sociale in cui la presenza della prole diventa funzionale al raggiungimento del benessere della stessa. Ma in tal senso, si rischia di far dipendere la tenuta della coppia dalla possibilità o meno di avere figli, fino a chiedersi se sia corretto dire che il figlio sia la "cura" dell'infelicità della coppia. In realtà, occorrerebbe procedere con cautela in quanto, se si arrivasse ad avallare una tale conclusione, si rischierebbe di prevedere una sorta di diritto al figlio *ad ogni costo e con tutti i costi* (con riguardo alle spese economiche relative alle procedure procreative).

Peraltro, una tale visione mal si concilia con il dettato costituzionale e, anzi, al contrario, ne forza le potenzialità ermeneutiche. Innanzitutto, è difficile sostenere che dalla nozione di società naturale di cui all'art. 29 Cost. sarebbe ricavabile anche quella peculiare situazione di plurigenitorialità che connota l'ipotesi di accesso alla fecondazione eterologa. Vero è che, con il progresso della società, il concetto della famiglia si è gradualmente sganciato dalla configurazione matrimoniale per trovare riscontro, piuttosto, in formazioni unite da legami di affettività, anche se non solennemente consacrati nel vincolo coniugale. Tuttavia, la situazione che rischia di venirsi a creare con il riconoscimento della PMA di tipo eterologo contravverrebbe allo stesso articolo 30 Cost., che dispone l'obbligo dei genitori – senza alcuna differenza tra genitori genetici o legali – di mantenere, educare ed istruire i figli, legittimi e non, e quindi di provvedere alla formazione materiale, intellettuale e spirituale dell'infante⁴⁸. A tal riguardo, poi, occorre rammentare che lo stesso art. 9 della legge n. 40, nella parte in cui esclude l'acquisizione da parte del donatore di qualsiasi diritto o obbligo nei confronti del figlio, ne sancisce l'irresponsabilità, ponendosi in contrasto con il suddetto obbligo di cui all'art. 30 e con la stessa nozione di famiglia che si ricava dall'art. 29 Cost.

⁴⁴ Cfr. Art. 7 della Convenzione dell'ONU sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989 e che prevede il diritto di ogni fanciullo di conoscere, *nella misura del possibile*, le proprie origini, e art. 8.10 della Carta europea dei diritti del fanciullo.

⁴⁵ In senso negativo, si veda Trib. Milano, sentenza 23 novembre 2009, in cui il giudice afferma che non esiste nell'ordinamento giuridico italiano alcuna norma che riconosca il diritto insopprimibile a procreare.

⁴⁶ Sulla nozione di procreazione, si veda F. CASSONE, *Diritto a procreare e diritto alla bigenitorialità. Uno sguardo alle norme*, in *Minori giust.*, 2008, 60 ss.

⁴⁷ Cfr., sul punto, *ex plurimis*, Corte cost., sentenze nn. 315 del 2007, 383 del 1999, 283 del 1999, 348 del 1998, 10 del 1998, 303 del 1996, 361 del 1995, 148 del 1992, 27 del 1991, in cui la Corte afferma espressamente che «[...] l'istituto dell'adozione deve avere il proprio centro di gravità nella tutela del preminente interesse del minore, rispetto al quale devono essere subordinati tanto gli interessi degli adottanti (o aspiranti tali) quanto quelli della famiglia d'origine».

⁴⁸ Cfr. G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Torino, 2006, 66.

Inoltre, la possibilità di ricorrere all'eterologa neppure potrebbe ricavarsi dall'art. 31 Cost., nella parte in cui pone l'obbligo per lo Stato di agevolare la formazione della famiglia (comma primo) e di proteggere la maternità e l'infanzia (comma secondo). Tale disposizione si inserisce nell'ottica di proteggere e promuovere la famiglia anche dal punto di vista economico, attraverso la predisposizione di tutte quelle provvidenze sociali volte ad aiutare materialmente i genitori nella crescita e nel sostentamento dei figli. Pertanto, difficilmente si potrebbe dedurre da tale obbligo la necessità di consentire l'accesso a qualsivoglia pratica medica di procreazione medicalmente assistita. In senso contrario, non troverebbe alcuna spiegazione la preclusione per i *single* (salvo talune eccezioni) o le coppie omosessuali di accedere all'adozione⁴⁹ o alla fecondazione artificiale.

6. I problemi di una normativa "etica"

Al di là dei passaggi giudiziari europei che hanno portato, dapprima, all'ordinanza n. 150 del 2012 e, poi, alla più recente sentenza n. 162 del 2014, occorre evidenziare come la legge n. 40 del 2004 abbia dimostrato tutte le proprie criticità proprio nella progressiva demolizione da parte dei giudici comuni di talune sue norme. Posto, come abbiamo visto, che il clima nel quale tale normativa fu elaborata era fortemente controverso e che, difficilmente, sarebbe stato possibile formulare una regolamentazione della materia scevra da qualsiasi implicazione ideologica – salvo il caso in cui si fosse optato per una normativa di tipo permissivo⁵⁰ –, l'interventismo giurisdizionale, talora a difesa della legge⁵¹, tal'altra volta a smantellare l'impianto normativo, si inserisce nello scenario di sordità che caratterizzava le aule parlamentari, sebbene da più parti (da ultimo, anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁵²) sollecitate a modificare la normativa del 2004.

⁴⁹ Sul punto, cfr. B. LIBERALI, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa «La famiglia davanti ai suoi giudici», Catania 7-8 giugno 2013. Si segnala che, al momento in cui si scrive, è intervenuta la "storica" sentenza (30 giugno-30 luglio 2014) n. 299 del Tribunale per i minorenni di Roma, con la quale il giudice ha accolto il ricorso proposto da una coppia omosessuale per l'adozione della figlia biologica – nata a seguito di PMA eterologa praticata all'estero – di una delle due donne da parte della convivente, affermando come la fattispecie rientri nel campo di applicazione dell'art. 44 lett. d) della legge n. 184 del 1983, modificata dalla legge n. 149 del 2001, che disciplina l'istituto dell'adozione in casi particolari «nel superiore interesse del minore», ed evidenziando, altresì, che l'orientamento sessuale dei genitori non inciderebbe sulla crescita fisica e morale del figlio, e che quindi la preclusione dell'adozione sarebbe del tutto discriminatoria.

⁵⁰ Cfr. G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso*, in A. COSSIRI, G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata*, cit., 19.

⁵¹ Cfr. Trib. Catania, ordinanza del 3 maggio 2004; TAR. Lazio, sez. III *ter*, sentenza 9 maggio 2005, n. 3452.

⁵² Oltre alle sopra citate sentenze, rispettivamente della Prima Sezione e della Grande Camera, *S.H. e altri c. Austria*, si fa riferimento alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 agosto 2012, Seconda sezione, *Costa e Pavan c. Italia* (ric. n. 54270/10), in cui la Corte ha condannato l'Italia per violazione degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (principio di non discriminazione), proprio con riguardo alla legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non consente l'accesso alla diagnosi preimpianto alle coppie, come i ricorrenti, non sterili e non infertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (art. 4, comma 1). In particolare, i giudici europei sottolineano l'incoerenza del sistema legislativo italiano in materia, ponendo a confronto la disciplina posta dalla legge n. 40 del 2004, che vieta alla donna, in un momento antecedente all'impianto in utero, di sapere se gli embrioni prodotti siano affetti dalla stessa malattia genetica di cui la coppia è portatrice, e quella prevista dall'art. 4 della legge n. 194 del 1978, che consente alla stessa donna, qualora venga a conoscenza che il feto (non più embrione!) sia affetto dalla malattia genetica, di procedere ad

Parallelamente a quanto accaduto con la sentenza n. 1 del 2014 di illegittimità costituzionale della legge elettorale, anche la questione del divieto assoluto di fecondazione eterologa sembrerebbe confermare la Corte costituzionale assuma un ruolo tutt'altro che sussidiario nella preservazione della coerenza normativa, facendosi carico di "riscrivere", nel limite delle proprie possibilità, norme nate male⁵³ e applicate in modo ancora peggiore. Senza addentrarci in una riflessione più generale sul rapporto intercorrente tra la Corte costituzionale e il legislatore, che rischierebbe di essere viziata dallo spazio del presente elaborato, nonché di distogliere l'attenzione dalla tematica che ci si propone di indagare, si vuole qui soltanto rammentare come il giudice, qualunque sia il grado da questi assunto, anche se posto sul gradino più alto a tutela della coerenza dell'ordine costituzionale, non potrebbe in alcun modo supplire al compito del legislatore, sostituendosi efficacemente al dibattito politico che trova nelle aule parlamentari la sua *sedes* privilegiata.

È necessario – come opportunamente osservato da alcuni⁵⁴ – che la politica si riprenda "quel che le è proprio, senza pretendere – è ovvio – di ridurre la giurisdizione a semplice *techne* e il giudice ad *automate*, ma senza abdicare alla propria funzione sistematica".

In tal senso, la scena politica, in quanto luogo di *rappresentazione* e *rappresentanza* degli interessi degli elettori, dovrebbe tornare ad essere l'arena di confronto – ed di scontro – tra i diversi attori politici, al fine di produrre norme efficaci e socialmente accettate.

A tale considerazione si potrebbe obiettare che, difficilmente, in temi che coinvolgono sensibilità anche di tipo etico-religioso⁵⁵, sarebbe possibile mantenere una certa neutralità⁵⁶ o comunque il persegui-

aborto terapeutico. Sul punto, cfr. M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008, 60, laddove definisce siffatto divieto «uno degli aspetti più barbari della legge n. 40». Per un commento alla sentenza, si veda, tra gli altri, B. RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei "desideri"* (Corte EDU, Costa e Pavan c. Italia, sent. 28 agosto 2012 – 11 febbraio 2013), in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2013. Per un approfondimento sul seguito della sentenza della Corte EDU Costa e Pavan c. Italia e sulla disapplicazione da parte del Tribunale di Roma dell'art. 4 della legge n. 40 del 2004, vedi 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 (8 ottobre 2013) e A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it.

⁵³ Cfr. A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società*, 4, 2000, 583, secondo cui la ragionevolezza dovrebbe rappresentare il «modo istituzionale di esercizio della funzione normativa».

⁵⁴ Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1664.

⁵⁵ Sul rapporto tra diritti e scienza, si veda S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio-vita – Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012.

⁵⁶ Cfr. M. ATIENZA, *Giuridificare la bioetica. Una proposta metodologica*, in *Ragione pratica*, 1996, 81, che pone in evidenza le criticità relative al processo, in sede legislativa, di "giuridificazione della bioetica". Analogamente, R. BIN, *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (Relazione al Convegno "La nuova disciplina della procreazione medicalmente assistita: ombre e luci", Trento, 20 maggio 2004, spec. 6): l'A. sottolinea icasticamente che «[l']idea per cui lo stato deve uscire dalla società civile e lasciare alle libere scelte delle famiglie l'istruzione, l'assistenza, le scelte culturali eccetera, significa riconoscere non ai singoli, ma ai nuclei – e la coppia è un nucleo – la libertà di scelta e di gestione; come si concilia questa idea con uno Stato impiccione che sbircia sotto le lenzuola per controllare se i partner sono "omo" o "etero" (ma non troppo "etero", s'intende), costringe il giudice a ficcare l'occhio nella provetta, va a controllare quanti sono gli embrioni

mento di una prospettiva laica⁵⁷, perché il risultato a cui si perverrebbe sarebbe, in ogni caso, sbilanciato a favore di una o di un'altra posizione. Tuttavia, il problema, in questo caso, non è quello di scegliere la posizione migliore, ma quella meno irragionevole.

Ciò che dovrebbe costituire il fine ultimo di ogni scelta politica consapevole consisterebbe nella realizzazione, nel tessuto sociale diversificato, di un clima di mediazione ideologica, ottenuta grazie alla previsione di meccanismi compromissori di bilanciamento. Mediazione assiologica che, come abbiamo visto, non ha avuto luogo con riguardo alla legge sulla procreazione medicalmente assistita, come dimostrano anche le numerose pronunce dei giudici di merito ed amministrativi che hanno scardinato pezzo a pezzo la struttura normativa complessiva⁵⁸. Si pensi, ad esempio, alla diagnosi genetica preimpianto (PGD)⁵⁹ (da non confondere con la diagnosi prenatale, che, sebbene ne condivida le finalità, viene eseguita a gestazione già iniziata), considerata di dubbia accessibilità per le coppie che potessero far ricorso alla PMA omologa⁶⁰, dato il dettato sibillino della legge⁶¹, e soggetta a molteplici interventi giudiziari⁶².

conservati nel congelatore? Che tipo di ideale di società ne esce?»; ed ancora, ID., *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale* (Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004), Torino, 2005, 7 ss.

⁵⁷ Sul concetto di laicità, nella vastissima letteratura in materia, si vedano, ad esempio, G. DI COSIMO, *Laicità e democrazia*, in S. RODOTÀ, F. RIMOLI (a cura di), *Bioetica e laicità*, 2009, 201 ss; M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO (a cura di), *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Torino, 2007; C. TRIPODINA, *Dio o Cesare? Chiesa cattolica e Stato laico di fronte alla questione bioetica*, in www.costituzionalismo.it, 2007, 1. Significativa, a tal riguardo, la riflessione di F. STELLA, *Laicità dello Stato, fede e diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 309: l'A. sostiene che il giurista, anche se cattolico, non può rinvenire la propria scala valoriale nelle Sacre Scritture, ma solo nel testo costituzionale.

⁵⁸ Per una disamina delle traversie giurisdizionali della legge n. 40, cfr. G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla fecondazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2011, 517 ss; A. CIERVO, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 3669 ss.

⁵⁹ Si fa riferimento all'ordinanza del 16 luglio 2005 del Tribunale di Cagliari, con cui è stata sollevata q.l.c. dell'art. 13 della legge n. 40, per violazione degli artt. 2, 3, 32 Cost., «nella parte in cui non consente di accertare, mediante la diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna ammessa alla procedura di procreazione medicalmente assistita siano affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori». In quell'occasione, la Corte aveva dichiarato la questione inammissibile con ord. n. 369/2006, in ragione della contraddittorietà dell'ordinanza di rimessione che desumeva l'incostituzionalità di tale divieto non solo dall'art. 13, ma anche da altri articoli della legge, non impugnati, nonché dall'interpretazione dell'intero testo normativo. Per un commento, si vedano A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (Nota a margine dell'ordinanza n. 369 del 2006)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (17 novembre 2006); A. CELOTTO, *La Corte costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, 3846; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, ivi, 3859. Per una ricognizione della diagnosi preimpianto, si veda B. LIBERALI, *La diagnosi genetica reimpanto fra interpretazione costituzionalmente conforme, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in www.rivistaic.it, 2014, 2.

⁶⁰ Sul carattere controverso della formulazione della legge, da cui non è possibile dedurre in maniera espressa il divieto di ricorrere alla diagnosi preimpianto, cfr. G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi reimpanto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, XI, 521. *Contra*, S. LA ROSA, *La diagnosi genetica reimpanto: un problema aperto*, in *Fam. e dir.*, 2011, VII-IX.

In tematiche ricche di implicazioni assiologiche, occorre che il legislatore si faccia carico del compito di elaborare una struttura normativa che tenga in considerazione i molteplici aspetti rilevanti, ma che consenta anche una certa “flessibilità”. Insomma, sarebbe opportuno che il rigore normativo allentasse un po’ la presa a favore della valorizzazione delle scelte (consapevoli) dei singoli. Ad esempio, nel campo della procreazione medicalmente assistita, ciò che andrebbe perseguito è la previsione di meccanismi di responsabilizzazione del personale medico e di corretta informazione delle coppie che debbano prestare il proprio consenso alle pratiche in questione. Una responsabilizzazione, però, che non necessariamente deve essere inquadrata in una cornice sanzionatoria per potersi dire efficace. Certamente, il fatto di lasciare la possibilità di accedere a tali procedure alla libera determinazione dei soggetti coinvolti potrebbe favorirne l’abuso; tuttavia, in questo modo, si eviterebbero posizioni *integraliste*, da scongiurare in realtà sociali con tendenze pluraliste, come quelle degli Stati democratici moderni.

Altro profilo che potrebbe sicuramente trarre giovamento dalla codificazione di una normativa attenta alla molteplicità degli interessi coinvolti consisterebbe nel fatto di alleggerire il giudice del compito di intervenire, in posizione di mediatore tra il dettato normativo e le istanze dei singoli, per chiarire la

⁶¹ Invero, l’art. 13 della legge n. 40 del 2004 vieta «qualsiasi forma di sperimentazione su ciascun embrione umano» (comma 1) e «ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni» (comma 3), consentendo solamente «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano», sempre che «si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche, ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell’embrione stesso» (comma 2). L’art. 14 di tale legge, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale con la sent. n. 151 del 2009 dei commi 2 (numero di embrioni non superiore a tre) e 3 (l’obbligo di effettuare l’impianto non appena possibile), pur vietando in via generale «la crioconservazione e la soppressione degli embrioni» (comma 1), consente la stessa ove «il trasferimento nell’utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» (comma 3), prevedendo il diritto dei genitori ad essere informati sul numero e «sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell’utero» (comma 5). Successivamente, le Linee guida ministeriali (D.M. 21 marzo 2004) hanno stabilito che «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell’articolo 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale». Tale limitazione dell’indagine a fini esclusivamente osservazionali è stata poi annullata dal TAR Lazio con sentenza n. 398 del 2008 «in quanto tale divieto, introdotto da una norma regolamentare, restringe quanto previsto dall’art. 13 l. 40/04 in tema di interventi terapeutici e diagnostici sugli embrioni». A seguito di tale pronuncia, sono state adottate le nuove Linee guida ministeriali (D.M. 11 aprile 2008), che hanno conservato il divieto di diagnosi preimpianto per finalità di eugenetica posto dalle precedenti Linee guida, ed hanno eliminato la limitazione al carattere «osservazionale» delle indagini. Altra importante novità introdotta dalle nuove Linee guida è stata l’estensione, tra i soggetti legittimati ad accedere alla PMA ex art. 4, comma 1, legge n. 40 del 2004, anche alle coppie il cui *partner* sia affetto da malattia sessualmente trasmissibile per HIV, HBV o HCV.

⁶² Sulla legittimità della diagnosi preimpianto, attraverso un’interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 6, 13, 14, comma 5, della legge, cfr. Trib. Cagliari, sent. 24 settembre 2007, purché ricorrano determinate condizioni, ossia: sia stata richiesta dai soggetti aventi diritto ad essere informati sul numero e «sullo stato di salute degli embrioni prodotti»; abbia ad oggetto gli embrioni destinati all’impianto nella donna; sia strumentale all’accertamento di eventuali malattie dell’embrione e finalizzata a garantire a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e adeguata informazione. Ed, ancora, Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2007; TAR Lazio, sez. III *quater*, sent. 21 gennaio 2008, n. 398; dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009, Trib. Bologna, sent. 20 giugno 2009; Trib. Bologna, ord. 19 luglio 2010; Trib. Salerno, ord. 9 gennaio 2010, n. 191. Da ultimo, si vedano anche Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, n. 5925; Trib. Roma, ord. 23 settembre 2013 (caso *Costa e Pavan*).

portata di una normativa opaca e di controversa attuazione. D'altra parte, le articolate traversie giudiziarie, tutt'altro che favorevoli, che hanno interessato la legge sulla procreazione medicalmente assistita, dimostrerebbero che solo il giudice, chiamato ad operare in un tessuto normativo assiologicamente sovraccarico⁶³, potrebbe farsi promotore delle sensibilità *minoritarie*, divenendo l'unico canale concretamente soddisfattivo delle pretese individuali.

In realtà, quest'ultima considerazione rischia di risultare se si considera il fenomeno in questione limitatamente ai confini nazionali. Si assiste, infatti, soprattutto in quelle tematiche eticamente sensibili che coinvolgano gli aspetti salienti della persona umana (inizio e fine vita, gli atti dispositivi del proprio corpo o, se incapace, del corpo altrui), alla strutturazione di un processo osmotico di *codificazione* giudiziaria, che anticipa e orienta le scelte legislative nazionali. E ciò troverebbe, in qualche modo, conferma anche nella sopra citata sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014, in cui il giudice delle leggi, per avvalorare la struttura argomentativa a favore dell'incostituzionalità della legge elettorale italiana, richiama la giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca sull'incostituzionalità del sistema elettorale tedesco. In sostanza, il momento giudiziale parrebbe anticipare quello legislativo, in cui si comporrebbero a sistema la pluralità degli accenti particolari di cui il giudice si fa portatore.

7. Possibili scenari a seguito della sentenza n. 162 del 2014

Le perplessità che accompagnano l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, anche nella più recente esigenza di riformulazione, debbono trovare opportuna valutazione anche alla luce delle parole dell'attuale Ministro della Salute, Beatrice Lorenzin. In particolare, il Ministro ha dichiarato, in risposta anche a quelle Regioni⁶⁴ che vogliono dare attuazione immediata alla fecondazione eterologa, – dopo aver annunciato e poi ritirato, a seguito della bocciatura del Consiglio dei ministri, la proposta di decreto-legge – di voler consegnare al dibattito parlamentare⁶⁵ la possibilità di produrre un testo normativo organico in cui inserire tutte quelle regole a corollario della facoltà di ricorrere

⁶³ Parla di «sovraccarico morale» nelle tematiche bioetiche A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e diritto privato*, I, 2009, 1-58.

⁶⁴ Il riferimento, in particolare, è alla Regione Toscana e alle parole del Presidente della stessa, Enrico Rossi, che in un'intervista a *La Repubblica* (11 agosto 2014) spiega che la scelta di dare avvio all'eterologa tramite delibera regionale si inserisce nel solco della sentenza della Corte costituzionale, che non avrebbe portato «ad un vuoto legislativo». Di contrario avviso il Presidente della Regione Piemonte Chiamparino che auspica, invece, l'adozione di Linee guida comuni a tutte le Regioni (www.repubblica.it, 28 agosto 2014). Si segnala che, in data 4 settembre 2014, è stato approvato dalla Conferenza delle Regioni il testo delle *Linee guida* condivise (www.regioni.it, nella sezione "Conferenze"), che ha ricevuto l'assenso del Ministero della Salute: esso prevede, tra l'altro, che la fecondazione eterologa sarà gratuita o con ticket (LEA), accanto al principio dell'anonimato del donatore, salvo gravi esigenze mediche.

⁶⁵ Sulla evitabilità del passaggio parlamentare, in quanto la sentenza della Corte costituzionale non creerebbe alcun vuoto normativo (anche in ragione dell'estendibilità della normativa di cui al d.lgs. n. 191/2007, di attuazione della direttiva 2004/23/CE in materia di donazione di tessuti e cellule umane), si veda la recente iniziativa promossa da un gruppo di eminenti Costituzionalisti, firmatari del «Manifesto per l'immediata attuazione / il pieno rispetto della Sentenza n. 162 della Corte Costituzionale» (in www.associazionelucacoscioni.it), i quali auspicano, piuttosto, un aggiornamento delle *Linee guida*.

alla PMA di tipo eterologo⁶⁶ (quali, ad esempio, la previsione di limiti d'età dei donatori; la gratuità della donazione; il vincolo per il donante di non effettuare più di un certo numero di donazioni; l'obbligo di istituire una banca dati relativa alle informazioni dei donatori e dei soggetti nati da eterologa; il diritto del nato di conoscere le proprie origini biologiche; la possibilità di richiedere la compatibilità di colore della pelle, gruppo sanguigno e colore di capelli e occhi, nonché il diritto della coppia ad avere adeguata assistenza psicologica durante il percorso formativo di crescita del figlio), chiarendo, altresì, che la procedura volta ad attuare la fecondazione artificiale eterologa sarebbe a carico del Servizio sanitario nazionale, rientrando tra i LEA (livelli essenziali delle prestazioni).

È auspicabile, stavolta, una maggiore ponderazione sulla normativa da adottare, anche in considerazione degli ulteriori profili problematici della legge n. 40, per ora non colpiti da incostituzionalità, ma che, ben presto, potrebbero divenire oggetto del sindacato giurisdizionale e costituzionale. Si fa riferimento, in particolare, al divieto, che si ricava dalla lettera dell'art. 4, comma 1, della legge, per le coppie omosessuali⁶⁷ ovvero per i *single* di accedere alla fecondazione. L'esperienza ci insegna come il mutamento del sentire sociale possa condizionare la validità o meno di una norma o, quanto meno, contribuire a interrogarsi sulla sua perdurante attualità⁶⁸. Si fa riferimento a quanto accaduto di recente con le ordinanze di rimessione del Tribunale di Roma⁶⁹, con cui, a seguito della pronuncia della Corte di Strasburgo sul noto caso *Costa e Pavan c. Italia*, il giudice romano ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40, in riferimento agli

⁶⁶ Sul punto, cfr. interrogazione presso la Camera dei deputati al Ministero Lorenzin sugli intendimenti a seguito della sentenza n. 162 del 2014 (Resoconto stenografico dell'Assemblea – Seduta n. 255 di mercoledì 2 luglio 2014, consultabile in www.camera.it) e il testo dell'audizione del Ministro Lorenzin alla Commissione Affari Sociali alla Camera dei deputati del 29 luglio 2014, consultabile in www.salute.gov.it.

⁶⁷ Evidenzia l'ipocrisia della legge n. 40 del 2004 ad escludere dal novero dei soggetti che vi possano ricorrere le coppie omosessuali, nonché le coppie "eterologhe" R. BIN, *Il figlio di Lady Chatterley*, in *Quad. cost.*, 2002, 793 ss.

⁶⁸ Sia consentito il rinvio alla sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010, nella quale la Corte, pur riconoscendo alle coppie omosessuali adeguata tutela ex art. 2 Cost. in quanto «come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – *nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge* – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri», ne esclude l'equiparazione alle coppie eterosessuali unite in matrimonio, in ragione del fatto che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». Per un commento alla sentenza, si vedano, tra i tanti, R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.*, 2010, II, 1629; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, n. 10 del 2010, 997; P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. Cost.*, 2010, 361; F. ANGELINI, *I "compromessi sposi": la Corte fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in www.rivistaaic.it (2 luglio 2010); M. D'AMICO, *Una decisione ambigua*, in *Politeia*, 2010, 100, 84. Più ampiamente, sul tema, cfr. R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma etero-sessuale del matrimonio*, Torino, 2010 e ivi A. D'ALOIA, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*.

⁶⁹ Cfr. Trib. Roma, I Sez. civ., ordd. nn. 69 del 15 gennaio 2014 e 86 del 28 febbraio 2014.

artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto alle coppie non sterili né infertili, ma portatrici di patologie geneticamente trasmissibili, le quali, come efficacemente sottolineato da alcuni⁷⁰, avrebbero potuto accedere a tali pratiche solo se si fosse operata un'interpretazione del concetto di *infertilità* di cui all'art. 1 della legge n. 40, tale da intendersi come l'impossibilità di avere «figli vivi e vitali a causa di aborti ripetuti, problemi genetici o malattie infettive».

Dunque, sebbene nell'ordinamento italiano non sia possibile ricorrere direttamente al giudice delle leggi, col tempo potrebbe crescere la consapevolezza e la sensibilità giudiziaria sul tema e gli stessi giudici comuni potrebbero alimentare quel dialogo con la Corte costituzionale, chiedendo di far dichiarare l'incostituzionalità – nei termini dell'*irragionevole ponderazione* – della legge n. 40 anche in ordine all'esclusione di altri soggetti. E, a questo punto, la Corte, memore del percorso argomentativo contenuto nella sentenza n. 162 del 2014, difficilmente potrebbe riuscire a non riconoscere ad altri egual diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative e di perseguire la propria *salus* psicofisica con il supporto delle tecnologie mediche.

D'altra parte, occorre rammentare che aver aperto le porte alla fecondazione eterologa rischia di portare a ipotesi in cui non si abbiano solo una coppia e un donatore esterno, ma anche più donatori, laddove entrambi i soggetti che desiderino avere un figlio, sposati o conviventi che siano, siano affetti da una patologia tale da cagionare l'infertilità o la sterilità assoluta ed irreversibile. In tal caso, si porrebbero due paradossi: in primo luogo, il nato potrebbe scoprire non solo di non essere figlio di uno dei due genitori, ma addirittura di entrambi, con la probabilità di sviluppare un forte *stress* emotivo⁷¹; inoltre, in questo caso, non si vedrebbe la necessità per la coppia di ricorrere alla PMA eterologa, ben potendo accedere all'adozione.

La proposizione di un tale esempio potrebbe servire a dimostrare come la *ratio* dell'ormai decaduto divieto si fondasse sulla necessità di impedire di eludere l'*impossibilità* – e non, come nel caso della fecondazione omologa, la *difficoltà* – di generare, attraverso le moderne acquisizioni scientifiche. Tenendo a mente questo particolare profilo, potrebbe allora spiegarsi la scelta del legislatore di escludere qualsiasi tipo di pratica di fecondazione eterologa – sia *in vivo* sia *in vitro* – dalla quale deriverebbe la realizzazione di un progetto genitoriale non più naturale, bensì *autoreferenziale*.

Infatti, seppur nella consapevolezza che il desiderio di avere un figlio costituisca un'esigenza insopprimibile, una volta aperto il varco all'eterologa, si potrebbe giungere a derive inaspettate. Si potrebbe, ad esempio, voler riconosciuto e (quasi) garantito il diritto ad avere un figlio, e non solo: un figlio

⁷⁰ Cfr. C. FLAMIGNI, M. MORI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Milano, 2005, 60.

⁷¹ Di contrario avviso, seppur con riguardo alla questione dell'azione di riconoscimento del figlio naturale, cfr. Corte cost., ord. n. 7 del 2012, in cui la Corte afferma come «la crescente considerazione del *favor veritatis* [...] non si ponga in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la *verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore*, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un *rapporto di filiazione veridico* (sentenze 322 del 2011, n. 216 e n. 112 del 1997)» (corsivi nostri).

sano⁷², privo delle caratteristiche genetiche che possano renderlo portatore o affetto da una determinata malattia genetica, fino ad arrivare a voler un figlio con determinate caratteristiche fenotipiche⁷³. Cosa che, anche se al momento non è possibile, potrebbe portare nel tempo a convincere della sua irrinunciabilità. Occorrerebbe usare, quindi, particolare cautela quando ci si addentra in ambiti dal forte carattere assiologico, come quello della procreazione, in quanto si potrebbe arrivare a ricondurre quelli che nascono come bisogni sotto l'etichetta di diritti⁷⁴.

8. Qualche osservazione (non) conclusiva

Tirando le somme delle riflessioni svolte, ci si pone infine un quesito: che cos'è un figlio? Sorvolando su considerazioni di carattere prettamente religioso che arrivano a considerare la nascita di un figlio come la manifestazione più alta della grandezza di Dio, quello che più semplicemente ci si chiede è se il figlio, così come delineato nelle pieghe del tessuto normativo in esame, possa essere considerato come la realizzazione di un progetto familiare, che avrebbe ugualmente dignità d'essere anche in sua mancanza, ovvero se costituisca l'elemento imprescindibile affinché possa configurarsi il rapporto affettivo o coniugale. La cartina al tornasole del grado di *felicità* di quel rapporto.

La tentazione è quasi quella di ritenere il figlio come la proiezione della coppia genitoriale – una sorta di *portio parentum* – da cui attingerebbe valori e regole di vita. Ma, se da una parte, tale conclusione si sposerebbe sia con l'ipotesi di genitorialità biologica sia con l'ipotesi di genitorialità *artefatta* – tramite adozione o PMA – in quanto avvalorerebbe l'assunto per cui conta a ben poco la provenienza genetica a fronte dell'elemento affettivo, dall'altra sembrerebbe avallare la tesi della irrinunciabilità della presenza di figli nell'ambito del contesto familiare.

A voler parafrasare le argomentazioni addotte dalla Corte nella recente sentenza n. 162 del 2014, si potrebbe formulare il seguente sillogismo. La possibilità di accedere alle tecniche di fecondazione eterologa rientrerebbe nel diritto della coppia di autodeterminazione – affettiva, prima ancora che procreativa – di cui all'art. 2 Cost., che, a sua volta, sarebbe teso a salvaguardare la dignità della stessa dal momento della sua formazione e per tutte le fasi successive⁷⁵. In tale prospettiva, la scelta di accedere all'eterologa non sarebbe in alcun modo sindacabile né tantomeno bilanciabile⁷⁶, in

⁷² Cfr. E. Malfatti, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i 'giochi di parole' diventano decisivi*, in www.rivistaaic.it, 2012, 3; B. Randazzo, *La bulimia della Corte dei "desideri"*, cit.

⁷³ Sulle possibili derive eugenetiche della diagnosi preimpianto, si veda J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt am Main, 2001, trad. it. *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, a cura di L. Ceppa, Torino, 2002, 33.

⁷⁴ Cfr. G. Zagrebelsky, *Stato e Chiesa. Cittadini e cattolici*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 697 ss.

⁷⁵ Sul diritto alla procreazione come espressione della più generale libertà di determinarsi e di perseguire il pieno sviluppo della propria personalità, 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, *Il governo del corpo*, Milano, I, 2011, 1342.

⁷⁶ Per una nozione di dignità umana come valore "superfondamentale", si veda A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo il diritto costituzionale*, in www.rivistaaic.it. Contra, M. Luciani, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiottio, P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli, 2009, 1060 ss. Particolarmente efficace è l'immagine della dignità come *bilancia* su cui

quanto sintomatica della necessità di garantire al nucleo di (aspiranti) genitori una vita dignitosa ed appagante.

In realtà, come sopra accennato, in questo modo si rischia di estendere il concetto di dignità a dismisura⁷⁷, fino a farvi ricadere qualsivoglia esigenza sentita come vitale nella sfera più intima della propria coscienza.

Cionondimeno, se si intende la dignità come l'esaltazione della persona umana in tutte le sue manifestazioni psico-sociali, allora diventa ancora più complicato decidere su quale dignità dover appuntare la normativa sulla procreazione medicalmente assistita: se su quella della coppia desiderosa di dare frutto all'amorevole rapporto che la unisce ovvero su quella del nato.

Per cercare di arrivare ad una possibile soluzione del bilanciamento che si è prospettato, bisogna spendere qualche parola sui riflessi che l'adozione della pratica eterologa potrebbe comportare nella sfera personale del figlio così concepito. Niente assicura, infatti, che l'amore della coppia per il figlio nel corso degli anni rimanga immutato. Tutt'altro che lineari sono le dinamiche familiari, e il fatto di avere un figlio *non proprio* potrebbe portare uno dei due coniugi o, anche, entrambi a rifiutare – seppur non legalmente, quanto meno affettivamente – quell'individuo tanto voluto. D'altra parte, ciò potrebbe comportare un notevole disagio per il figlio, e per un duplice motivo: per il fatto di scoprire di non essere figlio genetico; e per il fatto di non sentirsi amato, proprio a causa di questo elemento.

Ancora: proprio il fatto di avere un figlio *in provetta* potrebbe scatenare nei genitori legittimi un perverso meccanismo per il quale, al progressivo emergere delle diversità fisiche o al potenziale affioramento di contrasti caratteriali, quest'ultimi potrebbero arrivare a rinfacciare la mancanza di un legame biologico, sgretolando, così, quell'iniziale progetto familiare che li aveva animati.

Ed infine, potrebbe accadere che il figlio, dopo esser venuto a conoscenza della verità biologica, senta un progressivo distacco nei confronti della famiglia di appartenenza, e cerchi di instaurare un rapporto affettivo con la persona che, sebbene sconosciuta, sente più affine, ossia il donatore; così come potrebbe accadere che i genitori legittimi muoiano e che il figlio pretenda, per un principio di prossimità, l'assistenza e il supporto morale e materiale del donatore, in attuazione di quelle norme costituzionali che ne sanciscono l'obbligatorietà da parte dei *genitori*. In tale evenienza, la lettera dell'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004 lo consentirebbe?

Ebbene, alla luce della breve casistica che si è cercato di ricostruire, si potrebbe concludere che, anche nell'ambito della normativa più permissiva, sarebbero molteplici i risvolti psicologici e sociali non

misurare i beni che si intendono tutelare offerta da G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.rivistaaiic.it, 2008. Ne sottolinea la «funzione residuale» nel bilanciamento tra ricerca scientifica e altri diritti costituzionalmente rilevanti R. BIN, *Freedom of Scientific Research in the Field of Genetics*, in R. BIN, R. LORENZON, N. LUCCHI (a cura di), *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, Milano, 2012, 136. Per una ricostruzione storica del concetto in discorso, cfr. P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003, 34 ss.; P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il «principio libertà» nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 82 ss.; R.D. GLENSY, *The right to Dignity*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, 74 ss.

⁷⁷ Nel senso di configurare la dignità umana come espressione della libertà di autodeterminazione personale, cfr. F. GAMBINI, *Il principio di dignità*, in P. CENDON (a cura di), *I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa*, I, Torino, 2005, 231 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

prevedibili né, tanto meno, giuridicamente disciplinabili in via preventiva⁷⁸. Ciò che muove l'animo umano non è, per sua natura, giuridificabile. Le regole morali possono non coincidere del tutto con quelle giuridiche.

D'altra parte, vi è da chiedersi se, abbandonando un approccio così rigido, si voglia veramente percorrere una strada così insidiosa. Ancorché la società moderna abbia dato riprova di accogliere modelli familiari *destrutturati* da un contesto matrimoniale, ma parimenti degni di considerazione e di tutela, nella previsione della molteplicità degli interessi coinvolti e della base affettiva che ne informa l'articolarsi, ci si limita ad osservare che il ricorso alla fecondazione eterologa, che porterebbe parimenti a situazioni plurisoggettive, non sarebbe animato da un senso di affettività condivisa. Il ruolo del donatore nella costruzione della nuova famiglia sarebbe totalmente residuale e confinato al momento di iniziale partecipazione materiale. Al contrario, quello che potrebbe portare a giustificare la proposizione di realtà familiari c.d. allargate sarebbe la consapevolezza che vi sia un solido elemento volontaristico alla base.

Peraltro, il riconoscimento della pratica eterologa potrebbe portare alla formazione di radici identitarie deboli, con potenziali risvolti negativi anche nella rete di relazioni a cui il figlio nel corso della propria esistenza potrebbe approcciarsi.

La soppressione del divieto in questione può comportare indubbiamente un miglioramento della qualità della vita familiare di tante coppie afflitte da patologie riproduttive irreversibili; cionondimeno, le valutazioni che ruotano attorno a una tale scelta non possono arrestarsi alla considerazione del modo più "efficace" per appagare un bisogno affettivo, ma devono spingersi al punto di mettere in dubbio la fondatezza di quel bisogno – o per lo meno al punto di valutare se da quel bisogno può nascere un diritto. Un bisogno che, nel caso di specie, nascerebbe accompagnato da una deficienza colmabile solo tramite il ricorso a pratiche di *fictio parentalis*. Ma la simulazione di una genitorialità non ne determina automaticamente la cosciente assunzione.

Il concetto di genitorialità, come delineato dagli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, infatti, implica la messa in opera di una serie di comportamenti, responsabilità, sentimenti, vincoli e rinunce, la cui onerosità andrebbe valutata anche alla luce degli equilibri della coppia e dei soggetti terzi del quale si richiede l'apporto. Così inquadrato, il progetto familiare volto alla procreazione e, quindi, alla filiazione tramite PMA eterologa si muoverebbe su un crinale scivoloso in ragione della farraginosità del modello familiare che ne deriverebbe e, soprattutto, in conseguenza del fatto di scaturire dalla smodatezza di un (mal celato) desiderio.

Sia che si tratti di fecondazione omologa che di fecondazione eterologa, è labile il confine tra desiderio e ostinazione. I continui cicli di stimolazione ormonale, gli interventi, le speranze, le delusioni renderebbero la fisiologicità della filiazione un'aspettativa infernale e il desiderio della stessa quasi una necessità per compensare lo *stress* di ricorrere alla fecondazione artificiale.

⁷⁸ Colgono le segno le parole di S. AMATO, *Caratteri di biodiritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, 1, 41, laddove evidenzia che, nel campo del biodiritto, «qualsiasi intervento normativo, e in qualsiasi forma si manifesti, appare in ogni caso inadeguato: o troppo rigido o troppo aperto. Può essere letto in funzione di quello che preclude o che potrebbe precludere (il timore del paternalismo legale) o alla luce di quello a cui prelude o a cui potrebbe preludere (il timore di una *slippery slope*)» (corsivo dell'A.).

Senza dubbio, sin dall'antichità, i desideri dell'uomo hanno rappresentato il motore delle sue azioni. Ne hanno mosso il passo e caratterizzato la personalità. Tuttavia, questi non sono rimasti sempre immutati e le modificazioni sociali e culturali hanno inciso anche sulla loro configurazione. Le "esigenze di felicità" mutano, e pure rapidamente. Con l'avanzare, poi, delle innovazioni scientifiche e del progresso tecnologico, essi hanno assunto una nuova *facies* e ricevuto quella legittimazione giuridica, a livello normativo come a livello giurisprudenziale, che gli era preclusa.

Un quadro del genere acquista una portata ancora più significativa se rapportato a una dimensione giuridica *globalizzata*, ove il riconoscimento dei diritti fondamentali beneficia della pluralità dei cataloghi che ne proclamano l'inviolabilità e della moltiplicazione dei momenti giurisdizionali di accertamento. Infatti, la sussistenza di livelli giurisdizionali disgiunti dalle relative realtà statuali, da una parte, garantisce una certa neutralità nella salvaguardia di un determinato diritto, in ragione della equidistanza dalle pastoie politiche nazionali; dall'altra, rischia di innescare un meccanismo a catena nel quale quei diritti che non trovano riconoscimento a livello nazionale potrebbero avere più fortuna in altre sedi. Del resto, un tale esito diventerebbe parossistico se valutato con riguardo a quelle aspirazioni che, seppur legittimi, veri e propri diritti non sono e che sarebbero tutelabili solo attraverso forzature interpretative.

Conclusivamente, proprio alla luce della portata *dirompente* dei bisogni umani e del loro potenziale processo di inveroamento giuridico, rimane un quesito da porci: siamo sicuri di voler consegnare ai tumulti dell'animo l'esistenza di un diritto?

The Italian Law no. 40/2004