



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 3/2014

2. BASTANO LE GARANZIE INTERNE PER DICHIARARE L'INCOSTITUZIONALITÀ DEL DIVIETO DI FECONDAZIONE ETEROLOGA

La disciplina sulla fecondazione eterologa introdotta dalla legge n. 40/2004 è incostituzionale: la Consulta con sentenza n. 162/2014 ha annullato il divieto del ricorso a tale tecnica di procreazione medicalmente assistita per i casi di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

I parametri su cui viene fondata la decisione sono gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost, «congiuntamente» tenuti in considerazione in quanto «la procreazione medicalmente assistita coinvolge “plurime esigenze costituzionali” (sentenza n. 347 del 1998) e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango».

Il bilanciamento fra tali interessi spetta *in primis* al legislatore, le cui scelte, tuttavia, sono assoggettabili al sindacato di costituzionalità onde verificarne la ragionevolezza.

La Corte a proposito del previsto divieto puntualizza che esso «non costituisce [...] il frutto di una scelta consolidata nel tempo» e «neppure è [...] conseguito ad obblighi derivanti da atti internazionali» per poi subito statuire che «è privo di adeguato fondamento costituzionale».

La decisione di avere o meno dei figli attiene alla «sfera più intima ed intangibile della persona umana» ed è pur vero che «la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli», nondimeno quest'ultima, come peraltro testimonia la disciplina dell'adozione, «è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico» a prescindere «dal dato della provenienza genetica». Certo la libertà di divenire genitori non può esplicarsi senza limiti, ma questi limiti «non possono consistere in un divieto assoluto».

La normativa in esame investe altresì il diritto alla salute, specie considerate le ricadute negative sulla salute anche psichica della coppia: al riguardo va rilevato come un intervento che incida «sul merito delle scelte terapeutiche [...] non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011)».

Individuati, quindi, i «beni costituzionali» coinvolti, la Consulta precisa che ciò che in realtà va accertato ai fini dello scrutinio di costituzionalità è se la «assolutezza» che connota il divieto «sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali», che il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo impinge.

L'impiego di tale tecnica «mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita» ed il fatto che la questione sollevata riguardi solo i casi di sterilità o infertilità assolute portano ad «escludere, in radice, [...] un'eventuale utilizzazione

della stessa ad illegittimi fini eugenetici». Essa, «rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti», se eseguita nel rispetto dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati e «sotto i rigorosi controlli delle autorità», non comporta, salvo la normale alea di qualsivoglia pratica terapeutica, rischi particolari per la salute dei donanti e dei donatari «alla luce delle notorie risultanze della scienza medica».

In effetti un «unico interesse [...] si contrappone» agli indicati beni costituzionali: «quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo», il cui pregiudizio rappresenta il nodo centrale delle argomentazioni dell'Avvocatura generale dello Stato, che nel respingere le eccezioni d'incostituzionalità esibiscono una «inestricabile correlazione [...] tra profili concernenti l'ammissibilità ed il merito delle questioni».

In particolare la Corte pare insistere sulla doverosità del suo intervento, atteso che «di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali –» sarebbe «tenuta comunque a porvi rimedio» (sent. 113/2011); non solo, ribadisce come semmai spetti al legislatore «nel modo più sollecito ed opportuno» colmare l'eventuale conseguente «vuoto normativo» (sent. 59/1958).

In ogni modo nel caso di specie sono «identificabili più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo», regolati appunto dal legislatore nella consapevolezza non solo della legittimità in diversi paesi europei della PMA di tipo eterologo, ma anche (e soprattutto) del fatto che i cittadini italiani in non pochi casi si sono recati all'estero per accedere alla terapia in parola.

L'annullamento della normativa censurata, del resto, «non determina incertezze in ordine all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica in oggetto» e nemmeno produce lacune «in ordine ai requisiti soggettivi», considerato che l'art. 5, comma 1, della legge n. 40/2004 ora «risulta ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo».

Allo stesso modo, una volta rimosso il divieto, sia la disciplina sul consenso recata dall'art. 6 della legge sia quella in tema di strutture autorizzate e di documentazione (artt. 10 e 11) sono applicabili ai casi di fecondazione eterologa, così come, in relazione a questi ultimi, l'art. 7 «offre base giuridica» alle Linee guida emanate in materia dal Ministro della salute.

Inoltre, la Corte si preoccupa di esplicitare che le norme di divieto o sanzione non oggetto di censura «conservano validità ed efficacia» e «sono applicabili direttamente (e non in via d'interpretazione estensiva)» alla PMA di tipo eterologo, così come le altre norme nelle parti non incise da sue pronunce.

Particolarmente accurata, poi, appare la disamina dello statuto giuridico del nato e dei rapporti con i genitori (su cui specialmente si appuntava la difesa erariale).

Affermato che le norme della legge 40/2004 al riguardo, «in forza degli ordinari canoni ermeneutici», sono applicabili anche al soggetto nato da fecondazione eterologa, la Consulta individua (e interpreta) gli ulteriori riferimenti positivi che reputa venir in rilievo, onde concludere che l'accoglimento delle questioni sollevate non comporta conseguenze pregiudizievoli rispetto alla posizione di tale soggetto per come già risulta tutelata nell'ordinamento.

L'«assolutezza» del divieto censurato allora è espressiva di un «irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco» operato dal legislatore in quanto collide con il «canone di razionalità dell'ordinamento» e determina «il sacrificio o la compressione [...] in misura eccessiva» di uno dei detti interessi.

La legge n. 40/2004 vuole «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), ma contemplando il divieto di PMA di tipo eterologo sancisce altresì «la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute», proprio per le coppie affette dalle patologie più gravi.

La lesione della «libertà fondamentale» di formare una famiglia con figli, inoltre, non trova giustificazione nelle esigenze di tutela del nato, che, in base alle norme vigenti, «devono ritenersi congruamente garantite».

La disciplina, poi, delle conseguenze della fecondazione eterologa effettuata all'estero, pur dettata per tutelare il nato, rivela «un ulteriore elemento di irrazionalità»: la «capacità economica»

delle coppie consente di accedere al trattamento, assurgendo così «intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale». Tutto ciò, invero, non rappresenta «un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole».

Con quest'ultimo profilo, tutt'altro che marginale nell'economia della decisione, la Corte dimostra di tenere in debito conto la situazione che in concreto aveva prodotto la previsione del divieto di PMA di tipo eterologo, valorizzandola quindi, ai fini, appunto, della decisione medesima, tramite la qualificazione del suo rilievo sul piano giuridico.

Tale «attenzione alla realtà», del resto, aveva guidato anche il legislatore che, contraddicendo se stesso (come puntualmente evidenziato dalla Corte), a fronte dell'opzione per un divieto assoluto aveva anche stabilito «il da farsi» nel caso (evidentemente ritenuto probabile) di sua trasgressione presso strutture situate fuori dai confini nazionali; aspetto, questo, invero già messo in luce da tempo dalla dottrina.

Soprattutto, prima del deposito delle motivazioni della sentenza in commento, quando era nota solo parte del dispositivo grazie al comunicato stampa del 9 aprile 2014, è stato osservato come, attese le molteplici implicazioni connesse allo *status* del nato da fecondazione eterologa e la «valenza assiologica immane» della materia, su cui era appunto intervenuta la Corte costituzionale, fosse doveroso da parte del legislatore «occuparsi anche di queste faccende» e non solamente dei conti pubblici (E. DEL PRATO, *Intento e procreazione*, Relazione al Convegno «Quale diritto per i figli dell'eterologa?», Camera dei Deputati, Roma, 3 giugno 2014, in www.dimf.it).

I profili di merito sono, quindi, di importanza capitale, ma anche quelli di rito (almeno alcuni) vanno messi in rilievo perché connessi, se si vuole, alla logica della giustizia costituzionale.

La Corte, infatti, supera tutta una serie di «ostacoli» procedurali (posti in particolare dalla Avvocatura dello Stato) e giunge alla decisione nel merito in buona sostanza sulla base di quanto premesso al punto n. 3.5 del considerato in diritto: «Spetta, inoltre, a questa Corte valutare il complesso delle eccezioni e delle questioni costituenti il *thema decidendum* e stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza, dichiarandone eventualmente assorbite alcune, quando si è in presenza di questioni tra loro autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità».

Come s'è visto tra i parametri utilizzati dalla Consulta non compare l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, invocato dal solo Tribunale di Milano: le relative censure, infatti, restano assorbite.

Ora, i giudici *a quibus* (Tribunale di Milano, Tribunale di Firenze, Tribunale di Catania) sono gli stessi che avevano promosso il giudizio di legittimità costituzionale deciso con la ordinanza n. 150/2012.

In quell'occasione, infatti, la Corte aveva disposto la restituzione degli atti perché i giudici rimettenti potessero effettuare nuovamente il giudizio sulla rilevanza alla luce della sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo del 3 novembre 2011, S.H. ed altri c. Austria, successiva alle ordinanze di rinvio e ritenuta dalla Consulta «un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta» poiché «incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus*».

Ogni Tribunale aveva evocato diversi parametri costituzionali (tra cui quelli in forza dei quali si è pronunciata la sentenza in commento), ma il solo art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 Cedu, era stato richiamato da tutti i rimettenti che, del resto, assumevano di essere tenuti, proprio in base alla giurisprudenza costituzionale, ad applicare le norme convenzionali nell'interpretazione data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza della I Sezione del 1° aprile 2010, [S.H. ed altri c. Austria](#), la quale, però, comportava un «serio problema di costituzionalità» delle disposizioni indubiate. Non solo, anche i giudici, che non si erano limitati ad evocare l'art. 117, comma 1, Cost., ma avevano fatto riferimento anche ad altri parametri, avevano prospettato la violazione del primo «in linea preliminare rispetto alle altre» e comunque avevano tratto argomenti a conforto delle ulteriori censure dalla sentenza della I Sezione, che però era stata

poi disattesa dalla citata sentenza della Grande Camera. Di qui la ritenuta necessità di restituire gli atti onde evitare «un'alterazione dello schema dell'incidentalità del giudizio di costituzionalità».

Se le questioni decise con la sentenza n. 162/2014 rappresentano il seguito naturale (*rectius* processuale) dell'ordinanza n. 150/2012, è lecito chiedersi come mai la Corte non abbia impiegato come parametro l'art. 117, comma 1, Cost., pur ora evocato dal solo Tribunale di Milano, né (conseguentemente) abbia fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, peraltro, nel frattempo si è anche pronunciata con specifico riferimento alla legge n. 40/2004 con la sentenza della II Sezione del 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*.

In particolare, poi, proprio alla luce della sentenza in commento, ove si esplicita che spetta alla Corte costituzionale definire il *thema decidendum* e l'ordine da seguire nel trattare le questioni e si decide solamente in base agli art. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., ci si interroga sul perché questi medesimi parametri, già invocati “ai tempi” dell'ordinanza n. 150/2012, non siano stati impiegati per decidere nel merito.

La risposta che appare più convincente è che probabilmente allora non si è trovato quel (almeno) largo consenso, che dovrebbe di norma sostenere le decisioni del Giudice delle leggi, e (giustamente) si è optato per un rinvio.

Considerata la delicatezza delle questioni (che «toccano temi eticamente sensibili», afferma la Corte), appare plausibile ritenere che i giudici della Consulta abbiano quantomeno aspirato alla unanimità: un *modus operandi* che si ascrive perfettamente alla logica della giustizia costituzionale, che specialmente si confà a quel singolare giudice chiamato ad esercitare funzioni così peculiari, quale è la Corte costituzionale.

Certo, l'adesione a questa logica ha comportato la dilazione nel tempo della soddisfazione delle attese di chi vedeva illegittimamente limitato l'esercizio di un proprio diritto fondamentale, ma anche procedendo in questo modo *si dà effettivamente giustizia costituzionale*.

In fondo la Corte già ha dimostrato in passato di non voler rifuggire dal sindacato sulla legge n. 40/2004, respingendo eccezioni di rito nemmeno poi così peregrine.

Ad esempio nella sentenza n. 151/2009 ha ritenuto ammissibili questioni sollevate con una vera e propria sentenza e non con ordinanza, così come invece prescrive l'art. 23 della legge n. 87/1953.

Il TAR Lazio, infatti, anziché adottare una separata ordinanza di rinvio, aveva provveduto ad investire la Corte direttamente con sentenza parziale (TAR Lazio, Roma, III Sezione *quater*, 21 gennaio 2008, n. 398).

La Corte, però, sembra essere più severa con se stessa che con i giudici che a lei si rivolgono.

Infatti, *mutatis mutandis*, quando per la prima volta ha ritenuto di dover disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, si è premurata di trascrivere su separata ordinanza (l'ordinanza n. 103/2008) le argomentazioni al riguardo già invero desumibili dalla sentenza n. 102/2008, con cui aveva deciso in parte le questioni di costituzionalità sollevate.

Ha dunque ritenuto di dover usare ai giudici di Lussemburgo la “cortesia procedurale” di sottoporre loro le questioni interpretative del diritto comunitario tramite l'ordinanza n. 103/2008 e non direttamente con la sentenza n. 102/2008, non confidando quindi nel fatto che la Corte di Giustizia avrebbe rinvenuto nel contenuto della sentenza gli elementi sostanziali del provvedimento idoneo ad investirla delle questioni.

La Corte costituzionale pare, quindi, attenta non poco ai profili processuali, che, come s'è visto, almeno nelle vicende relative alla legge n. 40/2004, non sembrano venir utilizzati (anche a costo di qualche forzatura) come *escamotage* per evitare di pronunciarsi sulle questioni capitali, che tale normativa implica; semmai pare avvalersene quale ulteriore strumentario per cercare di svolgere appieno le sue delicatissime funzioni istituzionali.

FEDERICO GIRELLI