

Bioetica

Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"

CORTE COSTITUZIONALE, 10 giugno 2014 (ud. 8 aprile 2014), n. 162 - Pres. G. Silvestri - Rel. G. Tesaurò

L'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004, ove si stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo anche quando necessarie per superare specifici problemi di sterilità e infertilità della coppia, nonché gli artt. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e 12, comma 1, di detta legge, che configura appunto l'illecito amministrativo di fecondazione eterologa, sono incostituzionali per violazione degli artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost. (libertà di autodeterminazione in ambito familiare e libertà procreativa, che comprende il diritto di ricorrere a tecniche artificiali; diritto alla salute). La limitazione di quei diritti, cui si accompagna una disparità di trattamento rispetto a coppie affette da patologie trattabili con procreazione assistita omologa, appare irragionevole perché non necessaria alla salvaguardia degli interessi del nato, dei richiedenti e del donatore di gameti, che possono essere adeguatamente garantiti da una disciplina positiva peraltro in larga misura già predisposta dall'ordinamento.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.- Il Tribunale ordinario di Milano, il Tribunale ordinario di Firenze ed il Tribunale ordinario di Catania hanno sollevato, in riferimento agli artt. 3 Cost. (tutte e tre le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (la prima e la terza ordinanza), nonché (la prima ordinanza) agli artt. 29 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (di seguito: CEDU), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (tutte le ordinanze) e degli artt. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e 12, comma 1, di detta legge (la prima e la terza ordinanza).

La legge n. 40 del 2004 reca norme in materia di procreazione medicalmente assistita (infra: PMA) e permette, «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», il ricorso alla PMA, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla stessa (art. 1). L'art. 4, comma 3, di detta legge stabilisce che «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo»; l'art. 9, concernente il «Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre», dispone, in primo luogo, che, «Qualora 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 il 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» (comma 1); in secondo luogo, prevede che, «In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 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» (comma 3). L'art. 12, comma 1, stabilisce, infine, che «Chiunque 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 amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro».

2.- Secondo tutti i rimettenti, il citato art. 4, comma 3, si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto, avendo la legge n. 40 del 2004 lo scopo di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», il divieto dallo stesso stabilito realizzerebbe un diverso trattamento delle coppie affette da sterilità o da infertilità, nonostante esse versino in situazioni sostanzialmente omologhe e, quindi, debbano avere l'eguale possibilità di ricorrere alla tecnica più utile di PMA, al fine di porre rimedio alla patologia dalla quale sono affette.

Ad avviso del Tribunale ordinario di Milano, tutte le norme censurate recherebbero vulnus anche agli artt. 2,

Giurisprudenza

Diritto penale

29 e 31 Cost., in quanto - benché il primo di detti parametri riconosca e tuteli il diritto alla formazione della famiglia (oggetto anche del secondo parametro) - non garantiscono alle coppie colpite da sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare e di autodeterminazione in ordine alla medesima, con pregiudizio, secondo il Tribunale ordinario di Catania, per le coppie colpite dalla patologia più grave, del diritto di formare una famiglia e costruire liberamente la propria esistenza. Per entrambi i rimettenti, la considerazione che il divieto in esame non tuteli l'integrità fisica e psichica di dette coppie e che in materia di pratica terapeutica la regola debba essere l'autonomia e la responsabilità del medico, il quale, con il consenso del paziente, effettua le necessarie scelte professionali, evidenzerebbe il contrasto delle disposizioni con gli artt. 3 e 32 Cost.

Sotto un ulteriore profilo, secondo il Tribunale ordinario di Catania, gli artt. 2 e 31 Cost. sarebbero lesi, poiché la soluzione dei problemi riproduttivi della coppia sarebbe riconducibile al diritto fondamentale alla maternità/paternità e le norme censurate avrebbero realizzato un irragionevole bilanciamento del diritto alla salute della madre biologica e della madre genetica, del diritto costituzionalmente protetto alla formazione della famiglia e dei diritti del nascituro, anche in considerazione del carattere ipotetico dell'eventuale sofferenza psicologica provocata dalla mancata conoscenza della propria origine genetica e dell'esistenza di un istituto quale l'adozione, che ammette le relazioni parentali atipiche.

Il Tribunale ordinario di Milano censura, infine, le norme sopra indicate, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 della CEDU, approfondendo gli argomenti che, a suo avviso, dimostrerebbero l'esistenza di siffatto contrasto anche avendo riguardo alla sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo 3 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria.

(omissis)

3.1.- Le questioni di legittimità costituzionale oggetto di scrutinio costituiscono una nuova proposizione di quelle, in parte analoghe, sollevate dai giudici a quibus nel corso dei medesimi processi principali, decise da questa Corte con l'ordinanza n. 150 del 2012 che - dopo averle ritenute ammissibili - ha disposto la restituzione degli atti, per un rinnovato esame delle stesse, alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria.

I Tribunali ordinari di Firenze e di Catania, nell'osservanza di siffatto onere, hanno formulato una nuova e diversa prospettazione delle stesse questioni, esplicitando gli argomenti che, a loro avviso, dimostrano la perdurante rilevanza e la non manifesta infondatezza esclusivamente delle censure riferite agli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.; non hanno, quindi, più proposto quelle concernenti l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU. Queste ultime sono state, invece, reiterate dal Tribunale ordinario di Milano, il quale ha, tuttavia, diffusamente motivato sul punto ed è

palese che l'eventuale fondatezza dei relativi argomenti concerne esclusivamente il merito delle censure. Sotto questo profilo, non è, quindi, fondata l'eccezione con cui l'Avvocatura generale dello Stato ha eccepito l'inammissibilità delle questioni, deducendo la violazione del suindicato onere. L'ulteriore eccezione di inammissibilità, proposta sul rilievo che l'accoglimento delle censure determinerebbe incolmabili «vuoti normativi», sarà esaminata in seguito, unitamente allo scrutinio nel merito delle censure.

(omissis)

4.- Nel merito, le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. sono fondate nei termini di seguito precisati.

5.- Lo scrutinio delle censure va effettuato, avendo riguardo congiuntamente a tutti questi parametri, poiché 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. Questi, nel loro complesso, richiedono «un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa» ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005), avendo, infatti, questa Corte già affermato che la stessa «tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione» (sentenza n. 151 del 2009).

Le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano. Il divieto in esame non costituisce, peraltro, il frutto di una scelta consolidata nel tempo, in quanto è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico proprio dal censurato art. 4, comma 3. Anteriormente, l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era, infatti, «lecita [...] ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi» e, nell'anno 1997, era praticata da 75 centri privati (Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati presentata il 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 414, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII legislatura). Tali centri operavano nel quadro delle circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 (Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale), del 27 aprile 1987 (Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale) e del 10 aprile 1992 (Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuto e di midollo osseo), nonché dell'ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997, recante «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani» (avente ef-

ficacia temporalmente limitata, poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ordinanza del 4 giugno 1997).

Il primo di tali atti vietava, infatti, esclusivamente la possibilità di praticare la PMA eterologa all'interno di strutture del Servizio sanitario nazionale; il secondo aveva, invece, avuto cura di stabilire i protocolli per l'utilizzazione del seme «per le inseminazioni eterologhe», dettando altresì le regole di approntamento dello schedario delle coppie che si sottoponevano a tale pratica e dei donatori di gameti, nonché della tipologia di accertamenti da svolgere su questi ultimi; il terzo aveva ulteriormente specificato la disciplina concernente le modalità di raccolta, preparazione e crioconservazione del liquido seminale dei donatori, nonché dello screening cui doveva essere sottoposta la donna ricevente la donazione, «al fine di tutelare l'eventuale nascituro»; il quarto aveva, infine, vietato «ogni forma di remunerazione, diretta o indiretta, immediata o differita, in denaro od in qualsiasi altra forma per la cessione di gameti, embrioni o, comunque, di materiale genetico», nonché ogni forma di intermediazione commerciale finalizzata a tale cessione, disponendo l'obbligo da parte dei centri che la praticavano di comunicare taluni dati al Ministero della sanità.

Siffatto divieto neppure è, poi, conseguito ad obblighi derivanti da atti internazionali, dato che, come già è stato puntualizzato da questa Corte, la sua eliminazione in nessun modo ed in nessun punto viola i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 (che solo vieta la PMA a fini selettivi ed eugenetici e, peraltro, è ancora priva degli strumenti di attuazione) e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, recepiti nel nostro ordinamento con la legge di adattamento 28 marzo 2001, n. 145 (Ratifica della Convenzione di Oviedo) (sentenza n. 49 del 2005).

6.- Posta questa premessa, opportuna al fine della contestualizzazione del divieto in esame, occorre constatare che esso, impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale.

Deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecni-

ca di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera. In tal senso va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40 del 2004 sia appunto preordinata alla «tutela delle esigenze di procreazione», da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151 del 2009).

Va anche osservato che la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (come è deducibile dalle sentenze n. 189 del 1991 e n. 123 del 1990). Nondimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981) rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa. La libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale.

7.- La disciplina in esame incide, inoltre, sul diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica» (sentenza n. 251 del 2008; analogamente, sentenze n. 113 del 2004; n. 253 del 2003) e «la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica» (sentenza n. 167 del 1999). Peraltro, questa nozione corrisponde a quella sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo la quale «Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano» (Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946).

In relazione a questo profilo, non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia. Anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data, secondo quanto sopra esposto.

In coerenza con questa nozione di diritto alla salute, deve essere, quindi, ribadito che, «per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti»

Giurisprudenza

Diritto penale

(sentenza n. 161 del 1985), sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali.

Nel caso di patologie produttive di una disabilità - nozione che, per evidenti ragioni solidaristiche, va accolta in un'ampia accezione - la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell'individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra, inoltre, il limite del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sentenze n. 80 del 2010, n. 251 del 2008). Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta. Pertanto, va ribadito che, «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenza n. 151 del 2009), fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali. Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango.

8.- Il censurato divieto incide, quindi, sui richiamati beni costituzionali. Tuttavia, ciò non è sufficiente a farlo ritenere illegittimo, occorrendo a questo scopo accertare se l'assolutezza che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame.

9.- In linea preliminare, va osservato che la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita. La considerazione che il divieto è stato censurato nella parte in cui impedisce il ricorso a detta tecnica nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia, che è causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, deve escludere, in radice, infatti, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici.

La tecnica in esame (che va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta «surrogazione di maternità», espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia), alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta, inoltre, rischi per

la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica, purché eseguita all'interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati.

10.- L'unico interesse che si contrappone ai predetti beni costituzionali è, dunque, quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo, che, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, sarebbe leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica. Le censure, ad avviso dell'interveniente, sarebbero inoltre inammissibili, come sopra accennato, poiché il loro eventuale accoglimento determinerebbe incolmabili «vuoti normativi» in ordine a rilevanti profili della disciplina applicabile, venendo in rilievo «una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza del conditor iuris», che porrebbe esclusivamente «scelte di opportunità», riconducibili alla discrezionalità riservata al legislatore ordinario.

Questa eccezione evidenzia l'inestricabile correlazione esistente tra profili concernenti l'ammissibilità ed il merito delle questioni. Devono, per ciò stesso, essere esaminati congiuntamente.

L'eccezione di inammissibilità non è fondata, anche se va escluso che l'accoglimento delle questioni possa far rivivere gli atti amministrativi sopra richiamati, come sostenuto invece dalle parti private. Il contenuto del divieto introdotto dal citato art. 4, comma 3, e l'impossibilità di qualificare detta norma (e l'intera legge) come esclusivamente ed espressamente abrogatrice di una norma preesistente, nonché la natura di tali atti, rendono infatti palese che non ricorre nessuna delle «ipotesi tipiche e molto limitate» di reviviscenza che l'ordinamento costituzionale tollera (tra le più recenti, sentenza n. 70 del 2013).

11.- Posta questa premessa, deve essere ribadito 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, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa» e, quindi, sotto questo profilo, è «costituzionalmente necessaria» (sentenza n. 45 del 2005). Nondimeno, in parte qua, essa non ha contenuto costituzionalmente vincolato; infatti, nel dichiarare ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione, tra gli altri, dell'art. 4, comma 3, è stato sottolineato che l'eventuale accoglimento della proposta referendaria non avrebbe fatto «venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria» (sentenza n. 49 del 2005).

In relazione al «vuoto normativo» paventato dall'interveniente, rinviando alle considerazioni svolte di seguito per l'identificazione delle lacune eventualmente conseguenti all'accoglimento delle questioni, occorre, peraltro, ricordare che questa Corte sin dalla sentenza n. 59 del 1958 ha affermato che il proprio potere «di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può tro-

vare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne; mentre spetta alla saggezza del legislatore [...] di eliminarla nel modo più sollecito ed opportuno» e, di recente, ha ribadito che, «posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa - tanto più se attinente a diritti fondamentali - la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio» (sentenza n. 113 del 2011).

L'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende, infatti, imprescindibile affermare che il relativo sindacato «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (sentenza n. 1 del 2014), non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso. Diversamente, si determinerebbe, infatti, una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato, soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario. Una volta accertato che una norma primaria si pone in contrasto con parametri costituzionali, questa Corte non può, dunque, sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio e deve dichiararne l'illegittimità, essendo poi «compito del legislatore introdurre apposite disposizioni» (sentenza n. 278 del 2013), allo scopo di eliminare le eventuali lacune che non possano essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione, qualora ciò sia ammissibile.

Nella specie sono, peraltro, identificabili più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo, anche perché il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li ha opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi.

11.1.- La ritenuta fondatezza delle censure non determina incertezze in ordine all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica in oggetto. L'accoglimento delle questioni, in coerenza con il *petitum* formulato dai rimettenti, comporta, infatti, l'illegittimità del divieto in esame, esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute. In particolare, secondo quanto stabilito dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, all'evidenza direttamente riferibili anche alla PMA di tipo eterologo, il ricorso alla stessa, una volta dichiarato illegittimo il censurato divieto, deve ritenersi consentito solo «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuoverne» 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 questo certificate. Il ricorso a questa tecnica, non diversamente da quella di tipo omologo, deve, inoltre, osservare i principi di gradualità e del consenso informato stabiliti dal citato art. 4, comma 2. Nessuna lacuna sussiste in ordine ai requisiti soggettivi, poiché la dichiarata illegittimità del divieto non incide sulla previsione recata dall'art. 5, comma 1, di detta legge,

che risulta ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo (come già a quella di tipo omologo); quindi, alla stessa possono fare ricorso esclusivamente le «copie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Ad analoga conclusione deve pervenirsi quanto alla disciplina del consenso, dato che la completa regolamentazione stabilita dall'art. 6 della legge n. 40 del 2004 - una volta venuto meno, nei limiti sopra precisati, il censurato divieto - riguarda evidentemente anche la tecnica in esame, in quanto costituisce una particolare metodica di PMA. È, inoltre, parimenti chiaro che l'art. 7 della legge n. 40 del 2004, il quale offre base giuridica alle Linee guida emanate dal Ministro della salute, «contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», avendo ad oggetto le direttive che devono essere emanate per l'esecuzione della disciplina e concernendo il *genus* PMA, di cui quella di tipo eterologo costituisce una *species*, è, all'evidenza, riferibile anche a questa, come lo sono altresì gli artt. 10 ed 11, in tema di individuazione delle strutture autorizzate a praticare la procreazione medicalmente assistita e di documentazione dei relativi interventi.

Siffatta considerazione permette, poi, di ritenere che le norme di divieto e sanzione non censurate (le quali conservano validità ed efficacia), preordinate a garantire l'osservanza delle disposizioni in materia di requisiti soggettivi, modalità di espressione del consenso e documentazione medica necessaria ai fini della diagnosi della patologia e della praticabilità della tecnica, nonché a garantire il rispetto delle prescrizioni concernenti le modalità di svolgimento della PMA ed a vietare la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione di maternità (art. 12, commi da 2 a 10, della legge n. 40 del 2004) sono applicabili direttamente (e non in via d'interpretazione estensiva) a quella di tipo eterologo, così come lo sono le ulteriori norme, nelle parti non incise da pronunce di questa Corte.

I profili sui quali si è soffermato l'interveniente, concernenti lo stato giuridico del nato ed i rapporti con i genitori, sono, inoltre, anch'essi regolamentati dalle pertinenti norme della legge n. 40 del 2004, applicabili anche al nato da PMA di tipo eterologo in forza degli ordinari canoni ermeneutici. La constatazione che l'art. 8, comma 1, di detta legge contiene un ampio riferimento ai «nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», in considerazione della genericità di quest'ultima locuzione e dell'essere la PMA di tipo eterologo una *species* del *genus*, come sopra precisato, rende, infatti, chiaro che, in virtù di tale norma, anche i nati da quest'ultima tecnica «hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime». Della nuova concezione della paternità il legislatore ordinario si è, peraltro, di recente dimostrato consapevole, modificando l'art. 231 del codice civile, il quale, nel testo novellato dall'art. 8 del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n.

Giurisprudenza

Diritto penale

219), stabilisce, significativamente, che «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio», risultando così sostituita l'originaria formulazione della norma, la quale disponeva, invece, che «Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio».

Una volta espunte dai commi 1 e 3 dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004, a seguito dell'accoglimento delle sollevate questioni, le parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3» risulta, infine, confermata sia l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità (il richiamo dell'art. 235 cod. civ. a seguito delle modifiche realizzate dagli artt. 17 e 106 del d.lgs. n. 154 del 2013 deve ritenersi ora riferito all'art. 243-bis cod. civ.) e dell'impugnazione ex art. 263 cod. civ. (nel testo novellato dall'art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013), sia che la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo all'istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest'ultimo.

12.- Dalle norme vigenti è, dunque, già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo che, in relazione ai profili ulteriori rispetto a quelli sopra approfonditi, è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario, oggetto degli artt. 12, 13, comma 1, 14 e 15 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, recante «Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane»). In relazione al numero delle donazioni è, poi, possibile un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto.

La questione del diritto all'identità genetica, nonostante le peculiarità che la connotano in relazione alla fattispecie in esame, neppure è nuova. Essa si è posta, infatti, in riferimento all'istituto dell'adozione e sulla stessa è di recente intervenuto il legislatore, che ha disciplinato l'an ed il quomodo del diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato (art. 28, comma 4, della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Diritto del minore ad una famiglia», nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera p, del d.lgs. n. 154 del 2013). Inoltre, in tale ambito era stato già infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti (art. 28, comma 5, della legge n. 184 del 1983). Siffatta esigenza è stata confermata da questa Corte la qua-

le, nello scrutinare la norma che vietava l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ha affermato che l'irreversibilità del segreto arrecava un insanabile vulnus agli artt. 2 e 3 Cost. e l'ha, quindi, rimossa, giudicando inammissibile il suo mantenimento ed invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato (sentenza n. 278 del 2013).

13.- Il censurato divieto, nella sua assolutezza, è pertanto il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento, non giustificabile neppure richiamando l'esigenza di intervenire con norme primarie o secondarie per stabilire alcuni profili della disciplina della PMA di tipo eterologo.

A tal proposito, va ricordato che la giurisprudenza costituzionale «ha desunto dall'art. 3 Cost. un canone di "razionalità" della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell'"esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità" [...] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa» (sentenza n. 87 del 2012). Lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone, inoltre, a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti 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. 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). A questo scopo può essere utilizzato il test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza, che «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» (sentenza n. 1 del 2014).

In applicazione di tali principi, alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis. Non rileva che le situazioni in comparazione non sono completamente as-

similabili, sia perché ciò è ininfluenza in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe» (sentenza n. 1009 del 1988), come appunto nel caso in esame.

Il divieto in esame cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite.

La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurde intollerabilmente a requi-

sito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per poter fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole. In definitiva, le norme censurate, pur nell'obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali sopra richiamati.

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

14.- Restano assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU.

...Omissis...

IL COMMENTO

di Antonio Vallini

La Corte costituzionale censura il divieto di procreazione assistita c.d. "eterologa", e la disparità di trattamento che esso determina rispetto a chi soffre di patologie trattabili con fecondazione artificiale "omologa", perché irragionevolmente limitativo della libertà di autodeterminarsi in ambito familiare e del diritto alla salute, non risultando quel divieto necessario a salvaguardare esigenze del figlio o di altri soggetti coinvolti, adeguatamente tutelate da una disciplina della metodica, e dei suoi effetti, tra l'altro in larga misura già vigente. La sentenza si fa apprezzare per l'enfasi con cui certi principi vengono definitivamente affermati - la libertà procreativa comprende senz'altro la facoltà di ricorrere alla medicina riproduttiva e di instaurare relazioni genitoriali non biologiche; la salute costituisce ormai la bussola di una regolamentazione costituzionalmente adeguata della fecondazione assistita (anche a costo di qualche forzatura) - vuoi per il metodo seguito, che rifugge pregiudiziali etiche per confrontarsi, laicamente, con principi costituzionali codificati, argomentazioni dotate di consistenza empirica, esigenze di coerenza del sistema. In questo modo la Consulta si attribuisce un potere di sindacato in ambito biogiuridico decisamente più solido e penetrante di quello proprio, ad esempio, della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La fine delle esitazioni delle Corti

Dopo l'ordinanza interlocutoria n. 150 del 2012 (1), questa volta la Corte costituzionale deci-

de di decidere: e la decisione è dirompente - anche se certo non inattesa (2).

Viene infatti rimossa dall'ordinamento una norma emblema dell'ideologia punitiva che anima(va)

(1) In *www.penalecontemporaneo.it*, con breve commento redazionale. Sui contenuti dell'ordinanza *infra* nel testo.

(2) L'insostenibilità costituzionale del divieto venne evidenziata sin da subito da larga parte della dottrina. Tra i penalisti, numerosi i contributi di Canestrari e Dolcini, anche in *questa Rivista*: del primo, ad es., *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*,

2004, 418 s., del secondo *Il divieto di fecondazione assistita "eterologa"...in attesa di giudizio*, 2011, 353 s.. V. poi Risicato, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 680 ss.; Vallini, *Procreazione medicalmente assistita*, in AA.VV., *Leggi penali complementari*, a cura di Padovani, Milano, 2007, 587 ss.

Giurisprudenza

Diritto penale

la l. 40 del 2004 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» - da ora in poi PMA) (3): il divieto di utilizzare «a qualsiasi titolo [...] a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente» (art. 12, comma 1), vale a dire di PMA c.d. «eterologa», come definita dall'articolo 4, comma 3 (altra disposizione dichiarata incostituzionale, insieme agli artt. 9, comma 1 e 3, ove pure si rinveniva un riferimento alla «violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»). L'apparato sanzionatorio, pur amministrativo, era fortemente afflittivo, tanto che qualche commentatore gli aveva riconosciuto una «sostanza» penale (4). Agli autori di quella condotta di illecita «utilizzazione» di gameti si indirizzava la sanzione pecuniaria di euro da 300.000 a 600.000; se esercenti la professione sanitaria si applicava, congiuntamente, la sanzione interdittiva della sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale, di cui all'art. 12, comma 9, prevedendosi altresì, ai danni della struttura sanitaria, la sospensione per un anno della autorizzazione a compiere pratiche di PMA (o addirittura la revoca, in caso di recidiva, o di violazione di altri divieti di cui all'art. 12). A favore dell'uomo e della donna a cui le pratiche fossero state applicate operava, invece, la causa di non punibilità di cui all'art. 12, comma 8, non estendibile ai donatori di gameti, sanzionabili come concorrenti nell'illecito (5).

Dirimente era stata, d'altronde, l'introduzione del divieto, che d'un tratto aveva impedito pratiche di fecondazione eterologa da tempo legittimamente attuate (in difetto di norme, anche penali (6), che le proibissero) presso centri privati nel rispetto di circolari e codici di autoregolamentazione (ai centri pubblici si dirigevano i divieti stabiliti da altre ordinanze ministeriali) (7). L'entità del c.d. «turismo procreativo» che ne conseguiva - mi-

gliaia di coppie che si recavano all'estero per sottoporsi alle pratiche là consentite (8) - dava la misura dell'impatto della nuova normativa e di una sorta di discriminazione per censo, non avendo tutte le coppie sterili eguale possibilità di sostenere i costi del viaggio e delle cure nelle cliniche straniere (la Corte, in questa stessa sentenza, rileva il fenomeno ad ulteriore dimostrazione dell'incompatibilità del divieto con l'art. 3 Cost.) (9).

Il coraggio della Corte nell'affrontare così frontalmente, e censurare così nettamente, scelte tanto impegnative del legislatore, si lascia apprezzare anche considerando come non mancassero, volendo, spunti per una soluzione più di compromesso. Diremo in seguito dell'insidioso argomento del «vuoto normativo»; qui preme ricordare, piuttosto, come la Gran Camera CEDU (*S.H. e altri c. Austria*, 3 novembre 2011), nel giudicare in punto di «proporzione/necessità» il parziale divieto di eterologa congegnato dalla legge austriaca (10), aveva riconosciuto uno spazio di insindacabile discrezionalità del legislatore nazionale nel contemperare, tra l'altro, la libertà procreativa, quale espressione della «vita privata e familiare» tutelata dall'art. 8 CEDU, con la «necessità di proteggere la morale» (limite pure prospettato dall'art. 8 CEDU) (11). Si proponevano, essenzialmente, tre argomenti: uno comparatistico (il potere decisionale del singolo legislatore nel limitare una libertà tanto più si estende quanto meno univoco è, negli ordinamenti degli Stati parte, il riconoscimento di quella stessa libertà); uno storico (la plausibilità della scelta del legislatore austriaco andava valutata rispetto al contesto culturale e al livello di conoscenze mediche riscontrabili, al più tardi, al momento dell'intervento della corte costituzionale austriaca che aveva «salvato» la normativa (12), ponendo i presupposti per il ricorso a Strasburgo); uno animato da *self re-*

(3) Un aggiornato panorama di quel che resta dell'impianto originario della l. 40/2004 è proposto da Santifilippo, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in www.penalecontemporaneo.it.

(4) Canestrari, *op.cit.*, 418; Risicato, *op.cit.*, 682 ss.; Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Il governo del corpo*, II, a cura di Canestrari-Ferrando-Mazzoni-Rodotà-Zatti, Milano, 2011, 1588.

(5) Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 98 s.. *Contra* Losappio, *Procreazione assistita*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo-Paliero, 2a ed., Padova, 2007, 2061; Dolcini, *La procreazione*, cit., 1590 s.

(6) Petrone, *Aspetti penalistici della nuova genetica*, in *Cass. pen.*, 1986, 1669 s.

(7) Cfr. Flamigni, *La procreazione assistita. Fertilità e sterilità tra medicina e considerazioni bioetiche*, 2a ed., Bologna, 2011,

94 ss.; Id., *A proposito della donazione di gameti*, in www.carloflamigni.com, 20 s. Le norme allora rilevanti sono dettagliatamente richiamate nel testo della sentenza in esame.

(8) V. i dati su www.osservatorioturismoprocreativo.it

(9) L'argomento è ampiamente sviluppato ad es. da Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 1592 ss.

(10) *Fortpflanzungsmedizingesetz*, Bgbl n.275/1992. L'art. 3 ammette, in circostanze eccezionali, l'utilizzo di liquido seminale di soggetto terzo alla coppia, mediante tecniche di fecondazione in vitro, mentre si vieta sempre e comunque la donazione di ovuli e l'uso di gameti anche maschili in caso di fecondazione assistita *in vitro*.

(11) Sulla complessa vicenda v. Vallini, *op.ult.cit.*, 122 ss.; più di recente, Dolcini, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, in *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, a cura di Poggi, Roma, 2013, 23 ss.

(12) *Verfassungsgerichtshof*, sent. del 14/10/1999, in www.ris.bka.gv.at.

straint culturale/istituzionale (la sostenibilità di certe discipline che intervengono su temi eticamente sensibili è meglio valutabile dal legislatore nazionale, espressione dello specifico contesto sociale in cui quelle discipline agiscono) (13). In questo modo, la Gran Camera sconfessava l'“impugnata” decisione della 1^a Camera CEDU del 1/4/2010, che aveva diversamente declinato i dati comparatistici, e soprattutto aveva censurato la disparità di trattamento rispetto ad altri interventi di PMA consentiti dalla stessa normativa austriaca, ai sensi dell'art.14 CEDU (divieto di discriminazione), norma invece negletta dalla Gran Camera. La pronuncia, non definitiva, della 1^a Camera aveva suscitato un prematuro entusiasmo in alcuni giudici italiani, che proponevano questioni di costituzionalità aventi ad oggetto il divieto di “eterologa” di cui alla l. 40/2004, le quali principalmente insistevano sulla violazione degli artt. 8 e 14 CEDU e 117 Cost. (14). A seguito della decisione della Gran Camera, la Corte costituzionale, con la già citata ordinanza del 2012, aveva restituito gli atti ai giudici *a quibus*, chiedendo un nuovo esame dei motivi alla luce dello *ius superveniens*.

Le successive ordinanze di rimessione dei Tribunali di Firenze, Milano e Catania (15) su cui si fonda la decisione in commento compivano una virata strategica, argomentando principalmente, se non esclusivamente, da riferimenti costituzionali interni. L'Avvocatura di Stato lamentava l'elusione, a un tempo, della richiesta della Consulta di rivalutare i motivi *ex art.* 117 Cost., e delle sollecitazioni pro-mananti dalla sentenza definitiva della Corte EDU.

La Corte rigetta simili obiezioni, entrando decisamente nel merito delle questioni *così come sollevate*. Concordiamo con tale ridimensionamento dell'importanza, in questo caso, della sentenza della Gran Camera. Essa, in certa misura, vale soltanto per la normativa austriaca, ritenuta convenzionalmente compatibile in ragione di un argomento storico non egualmente spendibile (anzi, forse, diversamente spendibile) in rapporto alla ben più recen-

te disciplina italiana (16). Inoltre, la Corte EDU non ha sancito l'intrinseca compatibilità con la Convenzione di un divieto di eterologa, bensì ha asserito di *non essere legittimata a interferire* con le dinamiche istituzionali che, in sede nazionale, presiedono alla implementazione di opzioni normative in materia, *quali che siano*, così concedendo a ogni singolo ordinamento di “autodeterminarsi”, per così dire, prescindendo da indicazioni sovranazionali in realtà mancanti. Orbene, nell'ordinamento italiano quelle opzioni sono naturalmente soggette all'eventuale sindacato del Giudice delle leggi - alla stregua di norme costituzionali la cui portata, in ogni caso, non potrebbe essere “relativizzata” da indicazioni pro-mananti dalla Corte EDU (17) - il quale non può riproporre un atteggiamento di *self restraint* motivato da ragioni che risentono dei margini e degli scopi della giurisdizione di una Corte sovranazionale: solo da una posizione sovranazionale è sensato articolare un giudizio di “ragionevolezza” prevalentemente sulla scorta di una comparazione tra norme di diversi ordinamenti nazionali; solo da quella posizione ci si può trincerare dietro un'effettiva lontananza dallo specifico contesto culturale, sociale e istituzionale in cui la singola norma “vive”, per dichiararsi inadatti a decidere.

V'è, infine, un dato ben più di sostanza. Gli spazi di salvaguardia del diritto all'autodeterminazione in ambito familiare e procreativo sembrano *ben più estesi* prendendo a riferimento la Costituzione italiana, che non già la CEDU, ed è dunque alla prima che deve farsi riferimento nella prospettiva di implementare *la maggior tutela disponibile* (18). Così, l'art. 8 CEDU - non certo la nostra Carta fondamentale - contempera la libertà procreativa con una (non meglio definita, e per vero inquietante) “morale pubblica” (19). Inoltre, l'art. 32 Cost. tutela un diritto alla salute che assume rilievo centrale discutendo di medicina riproduttiva, privo di un adeguato corrispondente nella CEDU (20). Infine, il parametro dell'art. 3 Cost. è il fulcro della nostra giurisprudenza costituzionale, sicché la Consulta ben dif-

(13) V. Penasa, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in www.forumcostituzionale.it, 8 ss.

(14) Secondo il noto paradigma della disposizione interposta, elaborato a partire dalle sentenze della Corte cost. n. 348 e 349 del 2007.

(15) Reperibili in www.penalecontemporaneo.it, con commenti di Malfatti e Verri.

(16) Liberali, *Il margine di apprezzamento riservato agli stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, in www.associazionedei-costituzionalisti.it, n. 1/2012, 9 s.

(17) Corte cost., sent. n. 349/2007; analogamente, tra le più recenti, nn. 236/2011 e 311/2009.

(18) È il criterio, come noto, sancito dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 317/2009.

(19) V. le problematiche considerazioni di Scovazzi, *La protezione della morale come limite all'esercizio dei diritti umani (e come causa di scivoloni)*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, a cura di Pineschi, Milano, 2006, 451 ss.

(20) Bestagno, Art. 2, in *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole-De Sena-Zagrebel'sky, Padova, 2012, 47.

Giurisprudenza

Diritto penale

facilmente saprebbe esimersi dal valutare denunciati profili di ragionevolezza/uguaglianza, così come invece la *Grande Chambre* ha tranquillamente eluso analoghe doglianze che prendevano a riferimento l'art. 14 CEDU.

La libertà procreativa e la sconsecrazione del tabù "naturalistico"

Fino a che punto un ordinamento laico e secolarizzato, fondato sul primato della persona e della sua libertà di autorealizzazione individuale e sociale, può tollerare un illecito di concepimento; il divieto, cioè, di concepire figli, concepirla in un certo modo, o in presenza di certe condizioni familiari? Vi è che l'atto di procreare si esaurisce nella sfera più intima e privata delle relazioni umane, in ogni accezione che il concetto di intimità e di privatezza assume: luogo fisico e metaforico, ambito di realizzazione dei più genuini e profondi aspetti della personalità del singolo individuo, perciò sottratto alla intrusione materiale, morale o giuridica di terzi, ivi compreso lo Stato; e al tempo stesso, in linea di principio, non interferente con la sfera delle prerogative altrui. In quell'ambito, procreando non s'offende nessuno, anzi si «favorisce» (meglio, si genera) «la vita», e si compone una famiglia. Impedendo di concepire, l'ordinamento scardina quella porta che dovrebbe salvaguardare da ogni interferenza sgradita il tabernacolo della sfera privata, quindi si avventura occhiuto, inopportuno, morboso, anzi violento, fino in quella "stanza" (reale o metaforica) dove si svolge il più intimo degli atti, e là osa imporre le sue regole. Ebbene, quel "tabernacolo" è la "libertà da" salvaguardata dagli artt. 8 e 12 CEDU, come confermato da una ampia giurisprudenza della Corte di Strasburgo (21), perciò rilevante nel nostro ordinamento in virtù dell'art. 117 Cost.; una libertà egualmente ricavabile da norme costituzionali, che la Consulta riconosce una volta di più negli artt. 2, 3 e 31 Cost. (22).

Cambia qualcosa, quando non di una stanza da letto si tratti, bensì di una clinica dove un medico è in procinto di applicare una tecnica di procreazione assistita? Senz'altro no, perché in quel luogo si realizza esattamente la stessa intima e insindacabile aspirazione ad avere un figlio (23). Anche su questo punto la giurisprudenza CEDU è univoca (24). Con questa decisione, lo diventa anche la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale. Si sancisce così, implicitamente, ma definitivamente, che *l'artificialità/tecnicità del metodo* non connota di disvalore l'atto. Non si vede perché dovrebbe valere il contrario, se non assumendo a *totem* la necessaria "naturalità" della generazione umana, al di fuori d'ogni supporto costituzionale e in virtù d'una sensibilità astratta, vista l'estrema medicalizzazione, ormai, anche della procreazione c.d. "naturale" (25), anzi l'intrinseca "artificialità" di tutta l'evoluzione ed esperienza umana (26).

Ancora. Il fatto che *l'esteriorizzazione tecnica* di alcune fasi del concepimento (che le rende, nei fatti, *disciplinabili e governabili*), e il loro necessario affidamento alle competenze di un professionista terzo (potenziale destinatario di sanzioni dissuasive), rendano *più effettivo* un impedimento legale che difficilmente saprebbe orientare condotte che si consumano nel chiuso di un'alcova, non rende certo *costituzionalmente più plausibile* quel medesimo impedimento (27). Esso continua a costituire una intrusione pubblica in un ambito istituzionalmente privato, che come tale richiede eguale, rigorosissima giustificazione. Anche questo ci insegna, oggi, tra le righe, la Corte, così smentendo la tesi secondo la quale certe "disdicevoli" (?) scelte procreative non sarebbero lecite, bensì "meramente tollerate", quando esaurite in una relazione del tutto privata - stante un onere, e un'impossibilità obiettiva, di interferenza in quell'ambito - potendo invece essere impedito il contributo di un terzo, in quella relazione non personalmente coinvolto (28). Nessuna tolleranza, bensì il doveroso rispetto di una libertà

(21) Per riferimenti Campiglio, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Il governo del corpo*, 2, cit., 1499.

(22) *Ex plurimis* Baldini, *L'accesso alle tecniche di pma: libertà o diritto?*, in *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, a cura di Baldini-Soldano, Firenze, 2007 8 s.; Celotto, *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di Celotto-Zanon, Milano, 2004, 25. Nella giurisprudenza costituzionale v. in particolare la sent. 12 luglio 2000 n. 332.

(23) Forder, *La procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 1999, 351; Ferrando, *Libertà, responsabilità, procreazione*, 308 ss.; Musumeci, *Costituzione e bioetica*, Roma, 2005, 46 ss.; Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Bari,

1999, 227 ss.

(24) Penasa, *op.cit.*, 4 ss.

(25) Rodotà, *Repertorio*, cit., 232.

(26) Palazzo, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di Fioravanti, Milano, 2001, 420; persino D'Agostino, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Torino, 2011, 195 ss., 209 s., finisce con l'ammettere che "non siamo naturali del tutto".

(27) Così invece, nella sostanza, Casini-Casini-Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. *Commentario*, Torino, 2004, 75.

(28) Mantovani, *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 679.

di primario rilievo, che comporta altrettale rispetto dell'atto tecnico senza il quale l'esercizio di quella libertà non sarebbe in certi casi possibile.

Il discutibile riferimento al diritto alla salute

La sentenza in esame rileva, altresì, una violazione dell'art. 32 Cost., perché le tecniche di PMA eterologa sono l'unico trattamento disponibile di un grave problema di salute riproduttiva, determinato dall'impossibilità di uno o entrambi i *partners* di produrre gameti utili per la fecondazione. La contraddizione è colta anche rispetto all'art. 3 Cost.: per incongruenza rispetto alla *ratio* dichiarata della legge (che nell'art. 1 intende la PMA come "metodo terapeutico" volto alla soluzione di problemi di sterilità o infertilità); per una discriminazione rispetto a coppie affette da patologie riproduttive *meno gravi*, superabili mediante PMA omologa, invece consentita; per il fatto di irrigidire irragionevolmente gli spazi di operatività della prassi clinica, la quale, per soddisfare il diritto alla salute dei pazienti, deve potersi differenziare da caso a caso senza imposizioni aprioristiche di un legislatore che osi "farsi medico" (argomento, quest'ultimo, mutuato dalla precedente decisione di incostituzionalità n. 151 del 1° aprile 2009 avente ad oggetto l'art. 14, 2° comma, l. 40/2004, in tema di numero massimo di embrioni producibili e trasferibili) (29).

Ora, senz'altro, in linea di principio, la PMA è trattamento sanitario che se non ripristina, è vero, funzioni organiche compromesse, tuttavia è in grado di surrogarle, per ciò solo corrispondendo alle pretese dell'art. 32 Cost., tanto quanto, ad esempio, una dialisi o la somministrazione di ormoni sintetici sostitutivi (30). Vietando la PMA, tra l'altro, l'ordinamento approfitta di una dolorosa difficoltà individuale per attuare imposizioni impensabili rispetto a soggetti in piena salute (31); mentre invece difficoltà del genere, con logica esattamente contraria, dovrebbero sollecitare interventi positivi e solidali, volti a ristabilire una situazione di uguaglianza sostanziale. La tensione, dunque, ci pare sussista anche sotto altro profilo con l'art. 3, 1° comma (disparità di trattamento tra soggetti che

possono procreare naturalmente e soggetti che hanno bisogno, allo stesso fine, della PMA) e persino 2° comma, Cost. (poiché, appunto, invece che ovviare a un motivo di disuguaglianza sostanziale, se ne fa occasione per realizzare un'ulteriore disuguaglianza anche sul piano normativo).

Ci pare però discutibile che questi stessi argomenti possano valere anche quando, per problemi del *partner* maschile, vi sia bisogno di ricorrere a un donatore per fecondare gli oociti della donna. In questo caso vi è una discrasia tra destinatario del trattamento e titolare del problema di salute: il primo è il soggetto sano (la donna), il secondo non è in alcun modo implicato nella procedura strettamente sanitaria, la quale non gli consente di produrre spermatozoi utili per la fecondazione nonostante la patologia (32). Il risultato che si ottiene non è lo stesso che si sarebbe ottenuto ove la patologia non vi fosse stata; il nato non sarà figlio biologico del genitore maschio richiedente; a un figlio sarà equivalente soltanto su di un piano sociale, normativo ed affettivo.

Non è dunque un caso che la Corte sia attenta nell'alludere a un problema di salute non del singolo, bensì *della coppia*. Questo "slittamento", quanto a titolarità del bene, avrebbe però meritato qualche precisazione: davvero l'art. 32 Cost. consente di riferire il diritto alla salute a una "istituzione" plurisoggettiva, o comunque "duale" (33)? A supporto di questa sua impostazione, la Corte evoca la nota nozione lata di "salute" sancita nelle premesse della Convenzione istitutiva dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. Tuttavia quella nozione, se estende il concetto di "malattia" ad affezioni che compromettono la psiche e più in generale il benessere anche sociale, non pare supporti, di per sé, la riferibilità di una malattia a "soggettività" diverse dall'individuo. O, forse - come emerge a più attenta lettura - i problemi riproduttivi sono intesi come problemi di coppia nel senso che incidono sulla *salute psichica e sul benessere relazionale dei singoli membri della coppia* (34)? Se così fosse, può davvero considerarsi cura di un problema di salute psichica (come tale persino doverosa *ex art.* 32 Cost.) qualsiasi intervento fattuale (e giuridico, come ap-

(29) riguardo alla quale rinviamo a Vallini, *op.ult.cit.*, 225 ss. nonché Manetti, *La sentenza sulla PMA, o del legislatore che volle farsi medico*, in www.costituzionalismo.it.

(30) Rinviamo a Vallini, *op.ult.cit.*, 40 ss., anche per una ricostruzione del dibattito al riguardo.

(31) Bartoli, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 110.

(32) Ad es. Santosuosso, *La procreazione medicalmente as-*

sistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Milano 2004, 67.

(33) Critico Rocchi, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, n. 2/2012, 7 ss.

(34) V. il quadro offerto da Righetti-Galluzzi-Maggino-Baffoni-Azzena, *La coppia di fronte alla Procreazione Medicalmente Assistita. Aspetti psicologici, medici, bioetici*, Milano, 2009, 65 ss.

Giurisprudenza

Diritto penale

punto il riconoscimento della filiazione eterologa) volto a rimuovere *cause materiali/esistenziali* che scatenano quel problema? Rispondendo affermativamente, le conseguenze potrebbero essere le più indeterminate, e ardite. Per rimanere nella materia *de qua*: possono forse ritenersi trattamenti sanitari, costituzionalmente rilevanti, del disagio psichico dei *partners* dovuto all'impossibilità di concepire o sostenere una gravidanza, anche l'adozione a favore di coppie omosessuali, o la maternità surrogata (condotta attualmente delittuosa ex art.12, comma 6, l. 40/2004, che comporta la realizzazione una PMA su donna differente dalla richiedente, disposta poi a cedere il figlio, e che la stessa Corte, in sentenza, ritiene fattispecie del tutto distinta dalla "eterologa")?

Pare più cauto ritenere che certe forme almeno di PMA, come quella con donazione di gameti *maschili*, costituiscano esercizio di una *libertà*, non (anche) di un *diritto alla salute*. Il che significa che lo Stato è principalmente tenuto a consentire simili pratiche, non a sostenerle con interventi positivi (che rimangono comunque possibili, o auspicabili, anche ex art. 3, 2° comma, Cost.). Da un punto di vista strettamente penalistico, quanto precede vuol dire, tra l'altro, che fonte di legittimazione dell'intervento sanitario nei confronti della donna sana, in caso di PMA eterologa realizzata con spermatozoi donati, è l'art. 50 c.p., o volendo l'art. 51 c.p., per la sua strumentalità rispetto al diritto costituzionalmente rilevante all'autodeterminazione in ambito riproduttivo. Non si potrà invece affermare l'atipicità *tout court* di interventi apparentemente corrispondenti alle fattispecie dell'art. 582, sul presupposto, in questo caso non valido, che non possa costituire fatto di lesioni un comportamento la cui omissione sarebbe essa stessa fatto tipico di lesioni (mediante omissione), in quanto mancato

impedimento di una malattia da parte di un garante (35).

Quanto, poi, a pratiche analoghe a quella che qui principalmente interessa, come la maternità surrogata, la mancanza di una diretta funzionalità alla cura di problemi di salute rende, per così dire, più ragionevole l'apposizione di eventuali divieti intesi a salvaguardare interessi che ben possono bilanciare una "mera" libertà procreativa: come, nel caso specifico, il valore costituzionale della maternità, che rispetto a certe forme almeno di surrogazione di maternità (quelle in cui la richiedente impegna propri gameti) appare incompatibile con qualsiasi ipotizzabile disciplina, sia quella che attribuisca il figlio alla madre richiedente e biologica (così comprimendo il diritto alla maternità della madre gestazionale), sia quella che compia la scelta opposta (così offendendo la maternità biologica ed affettiva della richiedente) (36).

Ad ogni modo, la rilevata enfasi della Corte nel sottolineare i nessi con l'art.32 Cost., anche a costo di qualche forzatura, tradisce forse una strategia che trascende la questione specifica, e sulla quale ci soffermeremo più avanti.

L'inganno prospettico degli interessi del figlio, l'ideologia insostenibile della "famiglia biologica", e altre labili giustificazioni

Evidenziate le prerogative costituzionali conculcate dal divieto in oggetto, la sentenza procede a misurare se, non di meno, quel divieto possa trovare una valida *ratio* nella soddisfazione di interessi eguali o prevalenti (dopo aver escluso che esso risulti imposto da qualche fonte internazionale, o esprima il contenuto "costituzionalmente vincolato" di una legge, comunque, "costituzionalmente

(35) È l'argomento di De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, 2° ed., Torino, 2011, 331 s.

(36) Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 148 ss. Segnaliamo peraltro il fenomeno-meritevole di approfondimento in altra sede - di coppie o *single* che si recano all'estero ove la pratica di surrogazione è ammessa e disciplinata. Là ottengono, in questo modo, un figlio (per lo più con seme dell'uomo richiedente, ovulo di anonima donatrice, e locazione di utero di altra donna ancora) e lo denunciano alle autorità come proprio, così formando un atto di nascita del tutto regolare secondo la legge straniera e trascrivibile in Italia (non sussistendo il limite dell'ordine pubblico: v. Trib. civ. Napoli, dep.14/7/2011, in www.unipd-centrodirittumani.it), senza integrare, secondo prevalente giurisprudenza, il reato di alterazione di stato di cui all'art.567 c.p. V. Dolcini, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Carlo Flamigni e Maurizio Mori*, in corso di pubblicazione su *Notizie di Politeia*; v. poi Trib. Venezia, GIP,

decr.10895/2011, ined.; Trib. Bologna, GIP, decr.13/4/2011, ined.; Trib. Caltagirone, GUP, 3/11/2011, ined.; Trib. Salerno, 28/10/2011, ined.; Trib. Catania, GUP, decr. 30.6.2012, ined.; Trib. Trieste, GUP, 4/10/2013; Trib. Viterbo, GUP, 15/10/2013, ined.; Trib. Asti, 24/2/2014, ined.; Trib. Milano, Sez. V pen., 15/10/2013, in www.penalecontemporaneo.it, nota Trincherà; cfr. altresì Trib. Minorenni Taranto, 7/6/2012, ined. In senso apparentemente contrario Trib. Brescia, 26/11/2013, in www.penalecontemporaneo.it, nota Trincherà. Condannano per il reato di falso di cui all'art.495, comma 2, n. 1 c.p.: Trib. Varese, GUP, 29/1/2014, ined.; Trib. Milano, GUP, 8/4/2014, in www.penalecontemporaneo.it, nota Winkler. V. infine le decisioni CEDU *Menesson c. Francia*, ric. n. 65192/11, e *Labasse c. Francia*, ric. n. 65941/11 (in www.penalecontemporaneo.it, nota Trincherà), che affermano il diritto del minore a veder riconosciuto il proprio *status filiationis* nei confronti dei genitori che lo avevano avuto, all'estero, mediante surrogazione di maternità.

necessaria" (37)). Si valuta, in particolare, se la «norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti [cioè alla tutela di altri valori costituzionali coinvolti], in quanto, tra più misure appropriate, prescriva[e] quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisc[e] oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi». Vale a dire: assodata l'esistenza di uno spazio di discrezionalità del legislatore nel temperare, in ambiti così sensibili, istanze contrapposte, resta alla Corte l'onere di esaminare se davvero fosse necessario sacrificare interamente le une a favore delle altre mediante un *divieto assoluto*, o se non fosse invece possibile - e, perciò, doveroso - intentare una *disciplina positiva* capace di garantire spazi plausibili di soddisfazione delle une e delle altre. Per quanto la Consulta riconduca questa impostazione a suoi precedenti (38), proponendo in effetti gli argomenti, tutt'altro che inediti, di un giudizio di ragionevolezza e di bilanciamento tra valori costituzionali (39), ci pare che in questi passaggi risuonino, nitidamente, stilemi caratteristici delle decisioni della Corte EDU in punto di artt. 8 e 14 CEDU (40) (oltre che di altre Corti costituzionali e della Corte di giustizia UE), ampiamente riproposti nelle stesse decisioni sul caso *S.H. c. Austria*. Anche i giudici di Strasburgo valutano, infatti, il buon uso della discrezionalità del legislatore nazionale in ambiti «eticamente sensibili», mediante un giudizio di «proporzione» che insiste sulla «necessità» del divieto legale rispetto - tra l'altro - alla «protezione dei diritti e delle libertà altrui». La decisione in commento, pur non essendo influenzata, nel meri-

to, dalla giurisprudenza EDU, costituisce dunque egualmente espressione di un dialogo sempre più serrato tra le Corti, che sta stimolando l'elaborazione di una comune metodologia e, ormai, di un comune linguaggio.

Possiamo compiacerci del fenomeno per le sue implicazioni più generali. E però, ancora una volta, rispetto al caso specifico vorremo esprimere qualche pur minima perplessità. Ma procediamo con ordine.

La Corte archivia rapidamente l'ipotesi che il divieto di fecondazione eterologa sia posto a tutela della salute della donna richiedente, o della donatrice. Quella metodica, per vero, dal punto di vista tecnico in niente differisce dalla PMA omologa, e non comporta rischi superiori a quelli di qualsiasi pratica sanitaria (41). Neppure si considerano, vivaddio, altre difese del divieto a tratti emerse nel dibattito giuridico e bioetico, palesemente viziate da precomprensioni valoriali non supportate dal dato normativo, o alimentate da un viscerale «orrore morale», e che qui ricordiamo per amor di completezza. Si pensi, ad esempio, a chi ancora traccia un parallelo tra «eterologa» e adulterio (42), individuando quest'ultimo in una qualsivoglia *turbatio sanguinis*, fosse pure attuata mediante una «fredda operazione di laboratorio» (43), dunque a prescindere da un contatto carnale con terzo estraneo alla coppia, e anche in presenza di un pieno consenso del legittimo *partner*; non riuscendo oltretutto a spiegare come mai l'adulterio procreativo - quello «tradizionale», davvero offensivo della fedeltà coniugale e profondamente destabilizzante per l'unità della coppia - non venga punito in termini comparabili (44). Logicamente fallaci (dando

(37) In tal senso la Corte aveva peraltro già deciso ammettendo un *referendum* su queste ed altre norme della l. 40/2004, poi fallito per mancato raggiungimento del *quorum* (sentenze nn. 45 e 49 del 2005).

(38) Da ultimo la nota sentenza n.1 del 2014, con cui sono state dichiarate incostituzionali diverse norme dei testi unici delle leggi per l'elezione della Camera e del Senato, sulla base di un giudizio volto a valutare se fossero stati ragionevolmente temperati il «principio di eguaglianza del voto» e l'esigenza di «agevolare la formazione di una adeguata maggioranza parlamentare».

(39) V. ad es., tra i penalisti, Insolera, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera-Mazzacuva-Pavarini-Zanotti, 4° ed., Torino, 2012, 401 ss.; Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 279 ss.

(40) Pitea, *Art. 8*, in *Commentario breve alla Convenzione Europea*, cit., 307 ss.; Dolso, *Art. 14, ibidem*, 527 ss.

(41) I termini della questione di poco mutano muovendo dal presupposto, per noi preferibile, che la PMA con donazione di gamete maschile non sia posta a salvaguardia della salute della donataria. È ben lecito sottoporsi a trattamenti sanitari

non strettamente terapeutici anche per fini, talora, puramente edonistici (si pensi ad esempio alla chirurgia estetica); a maggior ragione lo deve essere quando il trattamento sia funzionale alla soddisfazione di un interesse diverso dalla salute ma costituzionalmente rilevante, come appunto un interesse alla procreazione.

(42) Ritiene, criticamente, sia questa la *ratio* del divieto: Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 1556 ss.

(43) Cass., Sez. II, 12 giugno 1964, Giannone, *Cass. pen.*, 1965, 134 s., che escludeva invece l'integrazione del reato di adulterio ex art. 559 c.p. attraverso la realizzazione di una PMA eterologa.

(44) Canestrari, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, *Ind. pen.*, 2000, 1100; Losappio, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, in *Ind. pen.*, 1999, 659 s. Quanto alla supposta correlazione funzionale tra divieto di PMA eterologa e principio costituzionale della «unità familiare» rinviamo alle osservazioni critiche già sviluppate in Vallini, *op.ult.cit.*, 111 s.; sull'inconsistenza empirica dell'argomento v. altresì Flamigni, *A proposito*

Giurisprudenza

Diritto penale

per dimostrato quel che si dovrebbe dimostrare) sono poi le frequenti evocazioni del “pendio scivoloso”, che vorrebbero giustificare il divieto di una condotta di cui non si sa, evidentemente, focalizzare l'intrinseco disvalore, supponendo che essa sia ineludibilmente correlata con, o precorritrice di, altre e differenti condotte queste sì disdicevoli, senza tuttavia individuare a sostegno di tale correlazione alcuna valida legge causale, o massima di esperienza (45). Se si teme che la PMA eterologa dia la stura a un “mercato di gameti” con conseguente, possibile “strumentalizzazione” del corpo di persone in condizioni di indigenza (ammesso, e non concesso, che la remunerazione del donatore sia sempre e comunque un “male” intollerabile (46)), che allora si vieti e si punisca quel mercato (come effettivamente la l. 40/2004 già vieta e punisce: v. art. 12, comma 6), non la fecondazione eterologa in sé e per sé, la quale ben può alimentarsi di donazioni attuate per mera solidarietà. Se si ha paura di avallare programmi di confezionamento del figlio su misura, o di eugenetica, destinati persino ad alterare i connotati della specie umana, che allora si contrastino queste pratiche; tanto la PMA eterologa, nelle più modeste ambizioni degli uomini comuni che ad essa solitamente fanno ricorso, e, soprattutto, stante il vincolo normativo imposto dalla stessa l. 40/2004, è e deve essere praticata al solo fine di superare problemi di salute della coppia. Appena più sensato il timore di favorire la produzione di fratellastri inconsapevoli, che poi, incontrandosi e amandosi, potrebbero dar luogo a “incesti riproduttivi” altrettanto inconsapevoli, incrementando il rischio di perpetuare malattie genetiche. Tale rischio, già di per sé statisticamente inconsistente e non diverso da quello correlato alla diffusione, peraltro incontrollabile, di filiazioni adulterine o per adozione (47), si contiene entro limiti di assoluta irrilevanza adottando alcune elementari accortezze, a partire dalla limitazione numerica delle donazioni di gameti da parte di uno stesso donatore (48).

della donazione di gameti, cit., 23 ss.

(45) Per una critica all'uso dell'argomento dello *slippery slope* nel discorso biogiuridico: Vallini, *op. ult. cit.*, 54 ss.

(46) Taluni medici affermano che una minima remunerazione non lucrativa, quanto meno a copertura delle spese, eviterebbe che l'eterologa sia alla fine attuata soltanto con ovuli residuati da pratiche di PMA, sovente di scarsa qualità: http://www.repubblica.it/salute/benessere-donna/2014/07/01/news/eterologa_pronte_le_prime_linee_guida_italiane-90453724/?ref=search.

(47) Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad.cost.*, 2004, 546.

Sicché a conti fatti, secondo la Corte, l'unico interesse di cui sensatamente potrebbe temersi una lesione, una volta rimosso il divieto di PMA eterologa, è quello *del figlio*, il quale potrebbe subire un pregiudizio psicologico ed esistenziale a causa della dissociazione tra genitorialità genetica e sociale, e vedrebbe altresì pregiudicato il diritto di conoscere la propria identità genetica (49).

Vedremo subito come la sentenza, coerentemente con l'impostazione di principio di cui si è detto, affronti questa valutazione misurando se non sia concepibile, o se già addirittura non esista, una *disciplina positiva* dei modi e degli effetti della PMA eterologa tale da garantire un adeguato temperamento tra le libertà e i diritti che quella pratica soddisfa e gli interessi del figlio, talché il divieto assoluto predisposto dalla l. 40/2004 apparirebbe irragionevole, perché non necessario. Sicché, lo svolgimento di un tale *test* finisce col coincidere con uno scrutinio circa la stessa ammissibilità delle questioni di costituzionalità in ragione dell'eventuale “vuoto normativo” che esse, se accolte, potrebbero produrre.

È però - ecco le nostre perplessità - così argomentando la Corte non sviluppa appieno un argomento a nostro parere *tranchant*, che gli veniva suggerito, in particolare, dall'ordinanza di remissione del Tribunale di Catania, e che lei stessa prefigura quando segnala come «la PMA di tipo eterologo *mir[i] a favorire la vita*». Un illecito di concepimento, quale quello in discussione, per un questione di pura *logica* non può *mai* essere *idoneo* - dunque *men che mai necessario* - a salvaguardare gli interessi del figlio, per la semplice ragione che *impedisce il concepimento e dunque la nascita di qualsiasi figlio* (50) (e prima ancora la formazione di un embrione, ragion per cui è del tutto fuori luogo evocare, in questi casi, il paradigma della tutela dell'embrione, come invece in alcune delle ordinanze di rimessione).

In realtà, se il senso di un divieto si apprezza dalle sue conseguenze empiriche, questo illecito di

Vedi i calcoli di Flamigni, *A proposito di donazione di gameti*, cit., 33 s.

(48) Flamigni-Mori, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Milano, 2005, 139.

(49) Argomento assai diffuso: tra i tanti Mantovani, *Diritto penale, parte speciale*, I, 4a ed. Padova, 2011, 63; Casini-Casini-Di Pietro, *op. cit.*, 74; Santosuosso, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 68; da ultimo Rocchi, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit. 10 ss.

(50) Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 336; Lalli, *Libertà procreativa*, Napoli, 2004, 20 s., 32 s.

concepimento, come altri, non intende affatto garantire gli interessi di un ipotetico nascituro, di cui prescrive l'inesistenza, bensì mira a impedire la formazione di certe tipologie di famiglia, nel caso di specie quelle fondate su legami genitoriali non biologici. Si persegue, dunque, lo scopo di assicurare un monopolio alla famiglia naturale (nel senso, materialista, di una naturalità biologica) e tradizionale (secondo un modello idilliaco e a-storico, posto che la "tradizione" della "nostra" istituzione familiare in realtà conosce ampiamente l'inserimento - clandestino o consensuale - di figli non naturali) (51). Sennonché, lo Stato non può impedire - men che mai sanzionare (sia pure indirettamente) - relazioni familiari sgradite perché non corrispondenti a paradigmi etici prediletti: glielo impediscono gli artt. 2, 30, e 31 Cost. - norma che anzi sollecita la formazione di famiglie numerose (52) - così come l'art. 8 CEDU. Anche a questo proposito dalla sentenza si traggono nette indicazioni, peraltro già deducibili da importanti precedenti, come quella in tema di coppie omosessuali (sent. 15/4/2010 n. 138). Se l'art. 29 Cost. salvaguarda le prerogative di un certo modello di famiglia, ciò non vuol dire affatto che osteggi altre e differenti "comunioni degli affetti", che anzi sono oggetto di una valorizzazione *positiva* ai sensi dell'art. 2 Cost., in quanto formazioni sociali entro le quali l'individuo sviluppa la propria personalità; e, quando siano in gioco figli, ai sensi degli artt. 30 e 31 Cost. (53). A dirla tutta, il concetto di "naturale", nell'art. 29 Cost., è inteso da autorevole lettura come una clausola aperta utile a definire le caratteristiche dell'istituto giuridico "famiglia" sulla base della cangiante fenomenologia concreta di quel particolare aggregato umano, senza pretendere di costringerlo entro modelli astratti, "artificiali" (54): è dunque da vedere se, nell'attuale congiuntura storica, sociale e culturale, caratterizzata nei fatti da una pluralità di opzioni riproduttive, anche in considerazione delle possibilità offerte dalla tecnica, non suoni semmai "artificiale" l'imposizione a tutti

i costi di un paradigma esclusivo di genitorialità biologicamente "naturale".

D'altronde, entro i territori del diritto di famiglia, il divieto di fecondazione eterologa appare predisporre una difesa di retroguardia, velleitaria e irragionevole, di un presunto primato della genitorialità "mediante copula", contro gli "assalti" della genitorialità soltanto sociale e affettiva, intesa come sciagura in sé e rispetto al benessere della coppia e del figlio. La disciplina in punto di filiazione e attribuzione/riconoscimento della paternità è ormai da tempo ispirata da un *favor affectionis* e da un principio di responsabilità genitoriale, a garanzia dell'esigenza primaria del figlio di ricevere adeguata assistenza materiale e affettiva, la quale non è condizionata dal dato biologico, come confermano anche le scienze psicologiche (55); sicché il *favor veritatis*, quando perseguito, lo è appunto in funzione dell'attribuzione di una responsabilità al genitore naturale che a quella responsabilità intenda sottrarsi (56). La stessa l. 40/2004, in caso di (sinora illecita) attuazione di una PMA eterologa, esclude ogni rapporto di filiazione rispetto al donatore di gameti, e attribuisce la paternità al soggetto richiedente. La recentissima riforma dell'art. 231 c.c. in virtù dell'art. 8 del d.lgs. 28/12/2013, n. 154, è viepiù emblematica: non si parla più di potestà, bensì di *responsabilità* genitoriale, e si estende la "presunzione di paternità" al caso in cui il figlio non solo sia stato concepito, ma in alternativa sia nato in costanza di matrimonio. Il padre che in linea di principio spetta al nato, dunque, ben può essere quello che egli si trova ad avere nel contesto familiare che lo accoglie, a prescindere da quale fosse il contesto in cui, invece, ebbe luogo il fatto "biologico" del concepimento.

Una qualche precisazione si impone, peraltro, rispetto al parallelo che spesso, come in questa sentenza, viene proposto tra PMA eterologa e istituto dell'adozione di cui agli artt. 291-314 della l. 184/83, a voler ulteriormente dimostrare come il nostro ordinamento positivamente qualifichi situazioni familiari che prescindono da legami di san-

(51) V. già Palazzo, *Tendenze e prospettive*, cit., 417 s.

(52) Casonato, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione di impatto normativo*, in *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, cit., 29.

(53) V. già Bartoletti-Marengi-Vallini, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Leg.pen.*, 2005, 7.

(54) Bessone, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario alla Costituzione*, sub artt. 29 e 30, Bologna, 1976, 22; Paterniti, *La famiglia nel diritto penale*, Milano, 1970, 104.

(55) Lombardi, *Implicazioni psicologiche della riproduzione artificiale eterologa (AID)*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 669 ss.; Ca-

nova, *Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 669 ss.; Flaminio, *A proposito della donazione di gameti*, cit., 30 ss.

(56) Vedi ad es. la cit. Trib. Napoli, 14/7/2011. In dottrina v. già, tra i tanti, Dogliotti-Figone, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano 2004, 122; Ferrando, *Libertà*, cit., 138; Roma, *Le prove genetiche della paternità*, in *Il governo del corpo*, cit. 449 s.; per riferimenti alle indicazioni dello stesso tipo promananti dal sistema CEDU cfr. altresì Campiglio, *op.cit.*, 1506 s.

Giurisprudenza

Diritto penale

gue. L'istituto dell'adozione si inserisce, in realtà, in una diversa prospettiva teleologica (57): mira a tutelare, primariamente, i diritti di un bambino già esistente e in condizione di abbandono, solo di riflesso un'aspirazione genitoriale, e per niente un diritto alla salute riproduttiva. Chi volesse, potrebbe dunque sostenere che in quel caso l'ordinamento in realtà "tollera" la formazione di una famiglia "non biologica" come "minor male" rispetto alla prospettiva attuale di un abbandono del minore. È dunque da altri riferimenti, quali quelli che abbiamo indicato, che deve principalmente ricavarsi l'evidenza che famiglie non "biologiche" vengono invece apprezzate dall'ordinamento.

Profili di disciplina nello *ius conditum e condendum*

L'individuazione di norme già vigenti, in grado di configurare una adeguata disciplina della pma eterologa, e la possibilità di una agevole integrazione mediante ulteriori e limitati interventi normativi, è un passaggio decisivo della sentenza, per più ragioni.

Prima ancora di costituire un *test* di maggiore ragionevolezza, quanto a bilanciamento tra beni contrapposti, rispetto a un divieto assoluto della pratica - secondo quanto abbiamo detto sopra - la questione veniva prospettata dalla Avvocatura dello Stato come preliminare ad ogni valutazione di merito, assumendo che non fosse costituzionalmente sostenibile un vuoto normativo in una materia così delicata, quale quello che avrebbe potuto seguire ad un giudizio di incostituzionalità.

Risponde la Corte: la tesi della insostenibilità del vuoto normativo non è di per sé decisiva; in ogni caso, il vuoto normativo in larga misura non sussiste, e comunque, per quel che resta, appare agevolmente colmabile. Con esiti senz'altro di maggior ragionevolezza, rispetto a quelli derivanti dalle drastiche scelte del legislatore del 2004.

Quanto al primo punto, la Consulta ricorda d'aver già ammesso un *referendum* (poi fallito) volto ad abrogare il divieto di PMA eterologa, giacché il buon esito della consultazione popolare non avrebbe fatto «venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario» (58).

Più in generale, il ritardo del legislatore nell'articolare una disciplina costituzionalmente adeguata, e necessaria, di certe fattispecie - come gli è costituzionalmente non consentito, bensì *imposto* - non può essere argomento valido per impedire alla Corte di attuare il proprio sindacato, ché altrimenti la Corte sarebbe ostaggio di quella stessa inettitudine del legislatore che è chiamata a sanzionare.

In ogni caso - pur non potendo rivivere la normativa implicitamente abrogata dal divieto di eterologa introdotto nel 2004 - nessuna grave lacuna sarebbe riscontrabile nel caso di specie (59). In quanto ipotesi speciale di PMA, alla PMA eterologa restano applicabili tutti precetti della l. 40/2004 e delle relative norme di attuazione, a tutela dei diritti dei soggetti implicati così come delle prerogative del nato, e che regolamentano, in specie: condizioni e limiti all'accesso (artt. 1, 4, 5 e 6, che ammettono soltanto coppie eterosessuali, formate da coniugi, o conviventi, maggiorenni in età potenzialmente fertile, entrambi viventi, e al solo scopo di superare problemi di sterilità o infertilità, secondo criteri di gradualità e residualità, e in virtù di un consenso informato); modalità esecutive (art. 14, che a seguito delle modifiche introdotte dalla cit. Corte cost. n. 151/2009 impone la formazione, e il trasferimento, di un numero di embrioni adeguato alle peculiarità del caso clinico, con possibile crioconservazione di quelli soprannumerari e subordinazione dell'impianto alla salvaguardia di preminenti esigenze di salute della madre; v. altresì l'art. 14, comma 8, che permette la crioconservazione di gameti maschili e femminili, «previo consenso informato e scritto»); pratiche vietate (maternità surrogata e commercio di gameti ed embrioni; sarà invece possibile la diagnosi preimpianto, in quanto espressione di un diritto all'informazione e autodeterminazione sanitaria, e la correlata selezione di embrioni sani: v. *infra*); requisiti sostanziali e formali dei centri di procreazione medicalmente assistita e oneri di documentazione delle pratiche (v. artt. 10 e 11 l. 40/2004); conseguenze sugli *status* familiari (artt. 8 e 9: attribuzione al nato della condizione di figli legittimo o riconosciuto della coppia richiedente; impraticabilità delle azioni di stato dei genitori verso il figlio; esclusione di ogni relazione parentale con il donatore e di ogni diritto od obbligo nei suoi confronti; obbligo della madre di

(57) Così ad es. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna Parlamentare*, 2005, 360 ss.; Casini-Casini-Di Pietro, *op.cit.*, 76 s.; Flamigni-Mori, *La legge*, cit. 147.

(58) *Supra*, nt.38

(59) V. già Baldini, *Diritti della persona e fecondazione assistita. La relazione tra sistema CEDU, ordinamento comunitario e ordinamento interno prima e dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*, a cura Baldini-Soldano, Firenze, 2011, 164.

dichiarare la propria identità nell'atto di nascita, a contrastare, tra l'altro, accordi di maternità surrogata).

Alla procreazione eterologa si estenderanno, altresì, le indicazioni tecniche di dettaglio contenute nelle linee guida (d.m. salute 11/4/ 2008), le quali potranno essere agevolmente integrate da poche regole in tema, ad esempio, di numero massimo di donazioni di gameti praticabili da uno stesso donatore. In virtù di ordinarie tecniche interpretative, aggiunge la Corte, si potranno trarre ulteriori fondamentali indicazioni dalla disciplina concernente la donazione di tessuti e cellule umane. Così, ad esempio, la necessaria gratuità, volontarietà della donazione, e il necessario consenso e anonimato del donatore, così come le relative garanzie sanitarie, potranno desumersi dagli artt. 12, 13, comma 1, 14 e 15 del d.lgs. 6/11/ 2007 n. 191; peraltro, indicazioni sanitarie e procedurali dedicate esattamente alla donazione di cellule riproduttive si rinvenivano già nel d.lgs. 25/1/ 2010, n. 16, richiamato in alcune delle ordinanze di rimessione.

Quanto, più nello specifico, all'esigenza di un ragionevole contemperamento tra diritto all'anonimato dei donatori e diritto all'identità genetica - ben praticabile, non trattandosi di prerogative "assolute" (60) - la Corte invita (l'interprete, e il prossimo legislatore) a trarre indicazioni dalla più recente elaborazione normativa e giurisprudenziale in tema di adozione, e in specie dall'art. 28, comma 4, della l. 184/1983, come modificato dall'art. 100, comma 1, lett. p, d.lgs. n. 154 del 2013, ove si disciplinano «l'an ed il *quomodo* del diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato», superando «il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti», sulla scorta delle indicazioni contenute nella sentenza della Corte cost. n. 278 del 2013, in tema di salvaguardia dell'anonimato della madre naturale che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata.

Il quadro normativo, insomma, se non completo, è di certo univoco, e agevolmente perfezionabile per lo più mediante normazione secondaria e/o regionale, atti amministrativi, linee guida e forme di

autoregolamentazione. La procreazione eterologa è, dunque, pressoché *già attuabile*. Alcune Regioni si dichiarano pronte ad operare (61).

Tra i vuoti normativi che vengono comunque a profilarsi - se così possono considerarsi - conviene rammentare il caso in cui, per un fortuito scambio di materiale genetico, nell'utero di una donna richiedente un trattamento di PMA omologa venga trasferito un embrione prodotto, in tutto o in parte, con gameti « di soggetti estranei alla coppia richiedente» (ad esempio di altra coppia richiedente altra PMA omologa). Tale condotta avrebbe forse potuto integrare l'illecito amministrativo di cui all'art. 12, comma 1, nella sua forma colposa, nel caso di errore per negligenza, imprudenza o imperizia circa la derivazione dei gameti da soggetti estranei alla coppia - errore che non avrebbe fatto venir meno il dolo specifico del "fine procreativo". Eliminata quella fattispecie, stentiamo oggi ad individuare altre disposizioni incriminatrici, o sanzionatorie, precisamente attinenti a un caso così singolare (o al caso, leggermente diverso, in cui lo sciagurato "scambio" non riguardi i gameti, bensì embrioni in origine regolarmente formati con i gameti dei richiedenti, in una fase più avanzata della procedura). Peraltro, in situazioni del genere, non è tanto il difetto di una disposizione punitiva che si avverte, bensì di una univoca disciplina degli *status* familiari che ne possano derivare.

Implicazioni, metodo e prospettive. La PMA da questione "etica" a questione "sanitaria"

La sentenza in esame, letta "in combinato disposto" con la precedente n. 151/2009, cit., consolida una impostazione dal notevolissimo potenziale.

La constatazione dell'eguale statuto costituzionale della procreazione naturale e medicalmente assistita, in quanto entrambe espressioni di una libertà all'autodeterminazione familiare, è davvero densa di implicazioni. Perché, su questo presupposto, chi propone argomenti a sostegno della legittimità di un qualche limite di accesso alle tecniche di PMA è gravato, ogni volta, da un onere ulteriore. Deve infatti accettare l'imposizione di limiti dello stesso tipo anche a forme di procreazione naturale; se non è disposto ad ammetterli, deve giustificare la propugnata discriminazione non limitandosi ad ar-

(60) Cfr. già Canestrari, *Procreazione*, cit., 418 s.; Manna, *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano 2000, 1129; Villani, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 123. Per riferimenti alla giurisprudenza CEDU: Campiglio, *op. cit.*, 1503 ss.

(61) Ad esempio la Toscana: v. <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2014/06/30/eterologa-la-toscana-parte-subitoFirenze02.html?ref=search>.

Giurisprudenza

Diritto penale

gomentare dalla distinzione, in sé insignificante, tra “naturalità” ed “artificialità”, tantomeno dalla “praticabilità” o “non praticabilità” fattuale dell’impedimento. Vi è, in effetti, chi osservava come il divieto ora rimosso fosse *a priori* incompatibile con l’art. 3 Cost., stante la mancanza di un eguale divieto rivolto alla procreazione eterologa attuata, per così dire, per vie “naturali” (62).

Insomma: l’art. 3 Cost., in questa prospettiva, diventa il cardine d’ogni valutazione di legittimità dei divieti in materia di procreazione assistita; la disciplina della procreazione naturale assurge a *tertium comparationis*. Posto, poi, che la procreazione naturale è tendenzialmente svincolata da ogni limite di legge, tale approccio preme nel senso di una tendenziale *liberalizzazione* della procreazione assistita, almeno finché, per suo tramite, si realizzino progetti di filiazione realizzabili anche mediante copula.

L’insistenza della Corte sul diritto alla salute, anche in questa occasione come già (e allora più opportunamente) nella precedente sent. n. 151/2009 in tema di numero massimo di embrioni producibili e trasferibili, merita dunque d’essere valutata come evidenza di un orientamento alternativo che si intende imprimere alla disciplina della PMA, nel momento in cui, a suon di dichiarazioni di incostituzionalità, la si emancipa dall’avversione del legislatore del 2004 contro l’incidenza della tecnica sulla riproduzione umana. Quell’insistenza opera non solo come valorizzazione di un’ulteriore, incomprimibile prerogativa individuale, ma anche come *contrappeso* e *limite* rispetto alla prospettiva di una tendenziale *deregulation*, quale si prefigura argomentando soltanto dal principio di libertà procreativa.

Prendendo sul serio le premesse, poi tradite, della stessa l. 40/2004, la fecondazione assistita deve essere valutata e disciplinata, insomma, alla stregua di una questione *sanitaria*, non già *bioetica* - ché da

questo secondo punto di vista essa non è competenza del legislatore, rimanendo insindacabili le opzioni di valore che ognuno privatamente realizza decidendo come procreare. E però quella pratica acquista, al contempo, un valore costituzionale *solo fintantoché funzionale alla soluzione di problemi di salute*. Questo il messaggio che fa filtrare la Corte, in alcuni passaggi di questa sentenza persino esplicitamente: un ricorso alla PMA per ragioni differenti dalla salvaguardia della salute - ad esempio per fini eugenetici, o edonistici - non riscontrerebbe eguale simpatia presso il giudice delle leggi.

Quelli sono dunque i margini - a dire il vero angusti - entro i quali al legislatore è forse ancora consentito *vietare* (anche perché, tra l’altro, analoghi spazi non sono per lo più percorribili per vie naturali, sicché vien meno l’incompatibilità con l’art. 3 Cost.). Quelli sono gli ambiti in cui - ci concediamo l’azzardo di un pronostico - verrà forse a collocarsi la prossima decisione sul divieto (sancto dagli artt.1 e 2) di accedere alla PMA da parte di coppie non affette da sterilità o infertilità, eppure a rischio di trasmissione di gravi malattie ereditarie (63). Difficilmente la Corte potrà esimersi dal dichiarare l’incostituzionalità di quel limite (o almeno dal rivolgere un grave monito al legislatore) (64), che determina una palese disparità di trattamento rispetto alla disciplina dell’interruzione volontaria di gravidanza (impedendo di prevenire, mediante diagnosi e selezione preimpianto su embrioni *in vitro*, gravidanze indesiderate che si possono invece lecitamente interrompere); disparità oltretutto già censurata dalla Corte EDU con una decisione che preme sul nostro ordinamento *ex art. 117 Cost.* (65). Tuttavia, crediamo, l’eventuale modifica attuata o pretesa - che verrebbe a completare il quadro già tracciato da una consolidata interpretazione costituzionalmente orientata, in virtù della quale la diagnosi preimpianto, da supposto delitto, si è fatta diritto (66) - non sarà nel senso

(62) Bin, *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, cit., 50 s.; Losappio, *Bioetica*, cit. 659 ss.; Bartoli, *op.cit.*, 108 ss.

(63) Ordinanza di rimessione del Trib. Roma del 14.1.2014.

(64) Alla luce della sentenza che qui commentiamo, possiamo immaginare che la tendenziale inadeguatezza della normativa di risulta non inibirà, di per sé, la Corte dal dichiarare l’incostituzionalità. Altri limiti “tecnici” potrebbero tuttavia ostare ad un accoglimento della questione: v. 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 *www.penalecontemporaneo.it*, 24 ss.

(65) Camera CEDU, II sezione, *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012, in *www.penalecontemporaneo.it*, nota Verri. Cfr al riguardo Malfatti, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e in-*

coerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i “giochi di parole” divengono decisivi, in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2012; Nardocci, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l’ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, *ibidem*, n. 1/2013, 22 marzo 2013. La sentenza ha indotto il Tribunale di Roma investito del medesimo caso “Costa-Pavan”, prima che a sollevare questione di costituzionalità, a disapplicare *tout court* le norme censurate a Strasburgo. Rinviando a Vallini, *op.ult.cit.*, *passim*.

(66) Per una sintetica e aggiornata ricostruzione di questo complicato ma interessantissimo percorso: Vallini, *op.ult.cit.*, 3 ss.

di una indiscriminata ammissione per qualunque fine alle pratiche di PMA, ma opererà nei termini di uno stretto coordinamento con i presupposti di cui all'art. 4 della l. 194/78; i quali ammettono il ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza, ancora una volta, *solo quando funzionale alla salvaguardia della salute psico-fisica della donna*. Insomma, quel "limite" che sovente si chiede di individuare trattando di pratiche che suscitano più o meno seri dilemmi antropologici (67), viene dalla Corte svincolato dal parametro della morale pubblica che la Corte EDU, stante l'art. 8 CEDU, ancora valorizza, e piuttosto correlato ad un'esigenza di coerenza interna del sistema giuridico; in specie alla teleologia dell'art. 32 Cost., ponendo le premesse per una auspicabile, urgente coordinamento della disciplina della PMA con quella della l. 194/78. Potremmo sintetizzare: dalla bioetica, finalmente, al biodiritto (68).

Da questa visuale poco si può immaginare, peraltro, di quel che accadrà agli illeciti non già di concepimento, bensì a tutela del concepito - ultimo baluardo ancora intatto della l. 40/2004. Quegli illeciti, cioè, che non intendono vincolare scelte procreative, bensì impedire azioni che intervengono su un embrione a fini per lo più di sperimentazione scientifica, e che nella legge si trovano elencati specialmente nella norma penale dell'art. 13 (69).

Già pendono questioni di costituzionalità aventi ad oggetto, tra l'altro, l'art.13 Cost., intese a rendere lecita la donazione a fini di ricerca di embrioni residuati da pratiche di PMA (70). A questo proposito, il bilanciamento che dovrà compiersi appare più refrattario a logiche "deduttive". Su questo punto specifico non sarà più in gioco, infatti, la salute della donna, dotata d'un valore senz'altro prevalente rispetto alle prerogative del nascituro, "che persona ancora deve diventare" (Corte cost., sent.

n. 27 del 18 febbraio 1975) e che persona non è considerato nemmeno dalla legge in tema di PMA, come anche le sentenze costituzionali che tale legge hanno ad oggetto sembrano implicitamente confermare (71). A confrontarsi saranno, principalmente, due valori difficilmente commisurabili: da un lato l'interesse alla libertà della ricerca scientifica (artt. 9 e 33 Cost.), a sua volta strumentale a un interesse alla salute declinata, però, in termini collettivi (interesse all'evoluzione della scienza medica in vista della cura di gravissime malattie); dall'altro lato il valore intrinseco dell'embrione, che pur non essendo persona, lo è "in potenza", e può intendersi comunque quale ente esponenziale della dignità della specie umana.

Quali saranno gli sviluppi di questo ulteriore test di ragionevolezza è davvero difficile immaginarlo. Quel che si può dire è che con la decisione in esame la Corte si predispose un programma non solo quanto al merito, ma anche quanto al *metodo* da adottare rispetto a questioni biogiuridiche. Metodo ormai chiaramente ispirato da rigore e pragmatismo: si pondera e si confronta il rilievo costituzionale di implicazioni effettive ed empiricamente riscontrabili, alla stregua di univoche disposizioni della Carta fondamentale, senza dedicare seria attenzione - lo si è visto - ad argomenti che troppo evidentemente risentono dell'astratta immaginazione o delle angosce di chi li propone. Conforme a questa impostazione è, tra l'altro, il modo con cui la Corte liquida certe illazioni moralistiche (72), e la solo fugace attenzione che dedica al paradigma della "dignità" umana (o delle azioni umane), cui dà o darebbe rilievo l'art. 2 Cost. Concetto nobilissimo, ma argomento scivoloso e per lo più inutilizzabile, se non *ad adiuvandum*, per il suo difetto di pregnanza semantica (73), sicché per suo tramite si rischia di attribuire un valore normativo costituzionale a visioni etiche di parte, sul presupposto (in-

(67) Da una prospettiva senz'altro laica: Vineis, *Equivoci bioetici*, Torino, 2006, 42. Al riguardo sia consentito rinviare alle osservazioni che proponiamo in Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 63 ss.

(68) V. Sessa, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, *Ind.pen.*, 2004, 889 ss.

(69) La distinzione, per quanto in parte supportata dalla stessa articolazione della legge, è relativa. Così, ad esempio, l'art.14, che disciplina le modalità di attuazione di una PMA a fini procreativi, in parte si riferisce a condotte che ricadono su embrioni già formati, e prevede peraltro divieti - come quello di crioconservazione - finalisticamente correlati a divieti di sperimentazione (la quale può attuarsi su embrioni crioconservati, soprannumerari rispetto a precedenti pratiche di PMA). Per contro, alcuni illeciti di cui all'art.13 sono di concepimento, ri-

ferendosi alla stessa creazione di embrioni per finalità di ricerca o eugenetiche. Vi è poi la fattispecie della clonazione riproduttiva, così come alcune ipotesi di ingegneria eugenetica, che elementi di un illecito di concepimento, e a tutela del concepito.

(70) Trib. Firenze, ord. 7 dicembre 2012 n. 4942, in *Gu.dir.*, 2013, 8, 20 ss.. Il provvedimento per vero considera anche, sotto altri profili, l'art. 32 Cost. come riferito alla salute individuale e alla autodeterminazione in ambito sanitario.

(71) Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 183 ss., 192 s., 202 ss.

(72) Come quelle che insistono sulle supposte motivazioni "egoistiche" ed "edonistiche" dei richiedenti una PMA, o sull'escrabiabile "fine di lucro" dei medici disponibili a praticarla.

(73) Quando non precisato, nei contenuti, da riferimenti normativi internazionali, espressivi di opzioni ampiamente condivise e storicizzate: Palazzo, *Tendenze e prospettive*, 422 ss.

Giurisprudenza

Diritto penale

dimostrabile) che esse e non altre esprimano il senso più profondo della dignità stessa (74). Si pensi, ad esempio, al paradigma della “naturalità” come espressione di “dignità” della procreazione umana, evocato appunto in tema di procreazione eterologa (75); o all’argomento della “mancanza di dignità” del nato da eterologa (per inciso poco rispettoso dei moltissimi nati da eterologa che tra di noi vivono, con i quali, volendo, basterebbe scambiare due parole per far cadere interi scaffali di argomentazioni avverse alla pratica).

Un bel contributo di semplificazione, che immunizza il dibattito biogiuridico da argomenti emotigeni d’ogni segno, riconducibili all’arte della “retorica” più che della “dialettica”, finendo col disegnare un manifesto di davvero sana laicità (76).

Giacché la vera laicità del giurista, riteniamo, sta prima di tutto nel metodo, che deve essere aperto, attentamente dialogante, rigorosamente razionale, tecnicamente inappuntabile, e quindi attento alle ricadute empiriche delle soluzioni proposte, procedendo mediante argomenti verificabili e falsificabili (entro i limiti consentiti, è ovvio, da una scienza sociale, e del linguaggio, che si confronta con valori) (77). A qualunque esito questa impostazione condurrà nel prossimo futuro, essa è già di per sé una conquista storica, che induce tra l’altro buone aspettative nel penalista che sa scorgere, nella sentenza n. 162/2014, i tratti, in fondo, di un giudizio di *necessaria ed effettiva offensività* dell’illecito punitivo (78).

(74) Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “postsecolarismo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 559; De Francesco, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Vinciguerra-Dassano, Napoli, 2010, 288.

(75) Eusebi, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. pen.*, 2005, 359.

(76) Parafrasiamo Dolcini, *Laicità, “sana laicità” e diritto penale. La chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1017 ss., autore che enfatizza in particolare modo il *vulnus* che imposizioni etiche in punto di procreazione recherebbero al principio di laicità (v. da ultimo anche *Procreazione assistita, procreazione eterologa: quali prospettive?*, in *Politeia*, 2013, 81 s.). Cfr. altresì Manna, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, 352 s.; Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza pen-*

listica, Torino, 2008, 30, 38 s., 41 ss., e in part. 45 s.; Di Cosimo, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, in www.pena-lecontemporaneo.it.

(77) Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 11 ss., 18 ss., 49 ss., 53 ss. (con specifico riferimento all’argomento della “dignità”).

(78) Il giudizio di offensività, in ambito penale, tiene conto di come la sanzione penale necessariamente comporti una potenziale incidenza sulla libertà personale; corrispondente a quel giudizio è dunque una valutazione di compatibilità costituzionale di un precetto che già di per sé circoscrive analoghi diritti fondamentali (a prescindere, dunque, dalla natura della sanzione), v. Manes, *op. cit.*, 285 Sui nessi tra laicità ed offensività: Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 483 ss.; Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 448 ss.; Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Laicità e diritto*, a cura di Canestrari, Bologna, 2007, 12 ss.