

La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*

di Giacomo D'Amico**
(3 luglio 2014)

La pronuncia che qui si commenta costituisce l'ennesima – ma non ultima – tappa del processo di graduale verifica della compatibilità costituzionale delle prescrizioni recate dalla legge n. 40 del 2004, il cui impianto complessivo, pur non risultando stravolto, appare oggi sensibilmente modificato. Non è necessario ricordare le precedenti decisioni, anche perché sufficientemente note; è interessante, invece, rilevare come la Corte abbia alternato significative pronunzie caducatorie (sentt. 151 del 2009 e 162 del 2014) a discutibili decisioni interlocutorie (ordd. 369 del 2006 e 150 del 2012). Questo dato, al di là delle (indubbiamente) preminenti ragioni in punto di diritto che hanno determinato l'inammissibilità o la restituzione degli atti, è indicativo del travaglio della stessa Corte nell'adottare decisioni sul merito delle questioni sollevate.

Peraltro, la natura controversa delle questioni di cui si discute è confermata dall'elevato numero di ordinanze di rimessione fin qui emanate su norme della legge n. 40 del 2004 (quindici), specie se confrontato con quello delle ordinanze relative ad un'altra legge assai contestata, quella sull'aborto (sedici in un lasso di tempo di gran lunga maggiore).

Nel caso di specie, la decisione della Corte ha avuto ad oggetto la norma recante il divieto di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) di tipo c.d. eterologo (secondo la terminologia utilizzata dal legislatore ed ormai affermatasi nella prassi, ma che allude alla diversa ipotesi di organi, tessuti o sostanze organiche provenienti da una specie diversa da quella considerata).

Come già avvenuto all'indomani dell'approvazione della norma in esame, anche in occasione della pubblicazione della pronunzia *de qua* la dottrina e l'opinione pubblica specializzata si sono profondamente divise. In particolare, da una parte (C. Casonato, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confrontocostituzionali.eu, 17.6.2014), l'intervento della Corte è stato salutato come una tappa fondamentale nel riconoscimento dei diritti di libertà attinenti alla sfera riproduttiva, mentre, dall'altra parte (A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 11.6.2014), è stata sottolineata la deriva scienziata che starebbe alla base della decisione.

La tesi che si intende qui sostenere è che la pronunzia in esame, pur avendo un effetto mediatico notevole, costituisce un coerente (e, per questa ragione, non sorprendente) sviluppo di una linea interpretativa seguita dalla Corte già nella sent. 151 del 2009. Non manca, invero, qualche contraddizione, specie in relazione all'ord. 150 del 2012; nondimeno, paiono prevalenti gli elementi di continuità con la precedente giurisprudenza, che, pertanto, ridimensionano la portata apparentemente dirimpente della sent. 162 del 2014.

Nel merito, il dato che balza subito agli occhi del lettore è quello relativo ai parametri costituzionali (artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.) sui quali si fonda la decisione [cfr. A. Ruggeri, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo con la Corte EDU*, in www.forumcostituzionale.it,

* Scritto sottoposto a *referee*.

14.6.2014, e G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale*, in www.giurcost.org, 13.6.2014]. La restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, decretata con l'ord. 150 del 2012, sull'assunto della sopravvenuta decisione della Grande Camera della Corte EDU (*S.H. ed altri c. Austria*), lasciava supporre che la Corte costituzionale riprendesse le fila del suo sindacato dalle questioni prospettate rispetto all'art. 117, I co., Cost., in relazione alle norme della Convenzione EDU. Esaminando le nuove ordinanze di rimessione (cioè adottate dopo l'ord. 150 del 2012) si scopre, però, che alla possibilità di pervenire ad una declaratoria di incostituzionalità sulla base delle norme CEDU non hanno creduto più neanche i giudici rimettenti, uno solo dei quali (Trib. Milano) ha riproposto la questione nei termini sopra indicati. V'è da aggiungere che le vecchie ordinanze di rimessione prospettavano in via preliminare la questione relativa alla violazione dell'art. 117, I co., Cost., di tal che, in quell'occasione (a differenza di quella odierna), il Giudice delle leggi sarebbe stato obbligato ad esaminare prioritariamente la conformità alle norme CEDU. Quanto appena detto non giustifica, però, il diverso atteggiamento tenuto dalla Corte nei due giudizi, che pure riguardavano le medesime norme.

Di particolare interesse per la ricostruzione del percorso argomentativo seguito dalla Corte nella sent. 162 è l'individuazione del *petitum* delle tre ordinanze di rimessione, che non è la caducazione secca, sempre e comunque, del divieto di ricorrere alla donazione di gameti da parte di un soggetto esterno alla coppia, ma l'illegittimità del divieto in parola, limitatamente alle coppie assolutamente sterili o infertili, quali sono le ricorrenti nei tre giudizi *a quibus*; dunque, anche volendo, la Corte non avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto in sé e per sé, a meno di non ricorrere ad un'illegittimità consequenziale, che sarebbe apparsa oltremodo forzata.

Se così è, si comprende la ragione del richiamo al diritto alla salute, che include non solo il benessere fisico ma anche quello psichico dell'individuo. In questa prospettiva, appare effettivamente irragionevole che il legislatore assicuri una cura per le coppie parzialmente infertili o sterili e non per quelle che lo sono in maniera assoluta ed irreversibile. Non è casuale che nella sentenza non si parli mai esplicitamente di un diritto a procreare o ad avere un figlio, preferendo piuttosto discutere di «scelta» o di «determinazione» a formare una famiglia e a diventare genitori. Scelta o determinazione che, per ammissione dello stesso Giudice delle leggi, «costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi», già qualificata come autonomo diritto fondamentale dell'individuo nelle sentt. 438 del 2008 e 253 del 2009 (sia pure incidentalmente in due giudizi promossi in via d'azione avverso leggi regionali) ed il cui fondamento costituzionale è stato più volte evidenziato, anche se in ambiti diversi da quello esaminato in questa sede (v. sentt. 230 e 107 del 2012, 236 del 2011, 21 del 2009). In generale, la Corte ha ricondotto l'autodeterminazione «al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale» (sent. 307 del 1990). Se dunque non pare dubitabile il suo fondamento costituzionale, non può dedursi da ciò l'assolutezza del principio di autodeterminazione (sent. 162 del 2014, ult. cpv. del p. 6 cons. dir.; per una diversa lettura della sentenza, M.G. Rodomonte, *È un diritto avere un figlio?*, in www.confronticostituzionali.eu, 17.6.2014).

In definitiva, non si riconosce l'esistenza di un diritto ad avere figli ma si ribadisce l'esigenza di assicurare la tutela del diritto alla salute in un contesto in cui le conoscenze della scienza medica hanno reso possibili tecniche di riproduzione che esulano dalla maternità surrogata e che vanno limitate ai soli casi di sterilità ed infertilità assolute ed irreversibili. L'irragionevolezza della scelta legislativa sta, pertanto, nell'aver posto un divieto assoluto che non trova giustificazione nell'esigenza «di garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame» (p. 6 c.d.). Né a questo ambito può ricondursi l'interesse alla genitorialità naturale della persona nata dalla donazione di gameti, che paradossalmente può essere pienamente realizzato solo vietando che la stessa persona venga generata.

Il Giudice delle leggi esclude altresì che l'accoglimento delle questioni possa determinare un vuoto normativo, preoccupandosi, forse più di quanto gli fosse richiesto, di dimostrare l'esistenza di una normativa "minima" in materia o comunque di principi ricavabili anche da pronunce della stessa Corte, da integrare con l'aggiornamento delle linee guida, il cui carattere periodico è già previsto dalla legge n. 40. Al riguardo, il sentiero interpretativo delineato dalla Corte non è privo di ostacoli, se è vero che difficilmente la questione dell'anonimato del donatore e del connesso diritto all'identità genetica può essere risolta seguendo le indicazioni desumibili dalla sent. 278 del 2013, relativa ad un caso assai diverso, quello del diritto all'anonimato della madre naturale, nel caso di adozione, e del contrapposto diritto del figlio a conoscere le proprie origini (cfr. A. Pioggia, *Un divieto sproporzionato e irragionevole*, in www.astrid-online.it, 2).

Così inquadrati i termini del giudizio di ragionevolezza operato dalla Corte (v., *amplius*, S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in www.forumcostituzionale.it, 16.6.2014), la presente pronuncia appare in linea di continuità con la sent. 151 del 2009, che, pur riguardando una norma diversa, si fonda su argomentazioni simili: la violazione dell'art. 3 Cost., in quanto il legislatore aveva riservato il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché la violazione dell'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna ed eventualmente del feto. Anche in quel caso l'intervento demolitorio è stato solo parziale, facendo salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico.

Non sembra, pertanto, che la pronuncia della Corte avalli un'inversione rispetto al «programma di sviluppo della personalità e di promozione dell'eguaglianza prefigurato dalla Costituzione» (così A. Morrone, *op. cit.*, 6); la centralità del diritto alla salute nel percorso argomentativo seguito dalla Corte e la sua natura di «fondamentale diritto dell'individuo» parrebbe semmai portare ad una conclusione diversa. Né il principio di autodeterminazione può essere declinato in modo tale da vanificarne la portata, come emerge, tra l'altro, dall'art. 2 della Convenzione di Oviedo (rubricato «*Primauté de l'être humain*»), secondo cui «L'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science».

D'altra parte, la Corte, nella pronuncia in esame, non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del generale divieto di ricorrere a tecniche di tipo eterologo, limitandosi ad eliminare dalla originaria previsione il caso delle coppie assolutamente infertili o sterili, e, di conseguenza, escludendo per quest'ultima ipotesi la sanzionabilità delle

relative condotte (ex art. 12, co. 1). La scelta – questa sì – politica di vietare in generale il ricorso alla donazione di gameti è rimasta fuori dal sindacato di costituzionalità. Non pare, quindi, che possa rimproverarsi al Giudice delle leggi la colpa dell'Ulisse dantesco, condannato per aver osato seguire, al di là dei limiti dettati dall'etica, la sua sete di conoscenza («l'ardore ch'i' ebbi a divenir del mondo esperto e de li vizi umani e del valore», Canto XXVI, *Inferno*).

** Professore associato di Diritto costituzionale – Università di Messina