

# ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

*Rivista di studi giuridici e politici*

1

2015 • ANNO XXXVI  
gennaio/marzo

---

---

AUTONOMIE TERRITORIALI  
E DIRITTI FONDAMENTALI

---

---

**DIRETTORE DELLA RIVISTA**  
Gianluca Gardini

**COMITATO SCIENTIFICO**  
Gianluca Gardini (Direttore)  
Marcos Almeida Cerreda  
Brunetta Baldi  
Francesco Bilancia  
Stefano Civitaresse Matteucci  
Justin Orlando Frosini  
Alfredo Galán Galán  
Giancarlo Gasperoni  
Tomaso Francesco Giupponi  
Peter Leyland  
Marco Magri  
Andrea Morrone  
Alessandra Pioggia  
Giuseppe Piperata  
Claudia Tubertini

**REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB**

presso Regione Emilia-Romagna  
Servizio innovazione e semplificazione amministrativa  
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna  
Tel. 051 5275953  
E-mail: [istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it](mailto:istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it)  
Sito web: [www.regione.emilia-romagna.it/affari-ist/federalismo](http://www.regione.emilia-romagna.it/affari-ist/federalismo)

**REFERENTI REGIONE EMILIA-ROMAGNA**

**Francesca Paron**  
[fparon@regione.emilia-romagna.it](mailto:fparon@regione.emilia-romagna.it)  
**Francesca Palazzi**  
[fpalazzi@regione.emilia-romagna.it](mailto:fpalazzi@regione.emilia-romagna.it)

**EDITORE**

Maggioli Editore presso c.p.o. Rimini,  
via Coriano, 58 – 47924 Rimini  
tel. 0541.628111 – fax 0541.622100  
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a.  
Servizio Abbonamenti: tel. 0541.628779  
Sito web: [www.maggioli.it](http://www.maggioli.it)  
E-mail: [abbonamenti@maggioli.it](mailto:abbonamenti@maggioli.it)  
**Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2008**

**Tutti i diritti riservati** – È vietata la riproduzione, anche parziale,  
del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore

**STAMPA**

Stabilimento Maggioli s.p.a. – Santarcangelo di Romagna (RN)

Maggioli s.p.a. è iscritta al registro operatori della comunicazione

Publicazione registrata al Tribunale di Bologna il 4 luglio 1980, n.4824  
Direttore responsabile: Piero Venturi

**COMITATO DI REDAZIONE**  
Marina Caporale  
Marzia De Donno  
Giulia Massari



**Condizioni di abbonamento**

*La quota di abbonamento alla Rivista per il 2015 è di € 116,00 da versare sul c.c. postale n. 31666589 intestato a Maggioli s.p.a. – Periodici, Via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN). La Rivista è disponibile nelle migliori librerie.*

*Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 25,00.*

*Il prezzo per ciascun fascicolo arretrato è di € 29,00.*

*I prezzi suindicati si intendono Iva inclusa.*

*La quota di abbonamento alla Rivista in formato digitale per il 2015 è di € 82 + Iva.*

*L'abbonamento decorre dal 1° gennaio*

*con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno.*

*La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca,*

*da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo.*

*La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti.*

*Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.*

*I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.*



# INDICE

## SAGGI E ARTICOLI

- 5        La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa  
*Paolo Veronesi*
- 35        Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia  
*Lorenza Violini*
- 61        Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa  
*Francesca Angelini*
- 89        Le difficoltà nell’attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani  
*Federica Grandi*
- 121        L’obiezione di coscienza nei consultori pubblici  
*Alessandra Pioggia*
- 141        La sicurezza dei farmaci in Italia, tra vincoli sopranazionali e riparto interno di competenze  
*Giulia Massari*

## NOTE E COMMENTI

- 173        Lo Stato vieta, i Sindaci consentono. La crisi del paradigma eterosessuale del matrimonio  
*Carlo Alberto Ciaralli*

- 195 El reconocimiento jurídico de la diversidad sexual en la España de las autonomías: la Ley 11/2014 del Parlamento de Cataluña  
*Markus González Beilfuss*
- 223 L'informativa antimafia e i sistemi di monitoraggio sulle grandi opere: il caso "Expo Milano 2015"  
*Laura Pergolizzi*
- 251 Amministrazione comunale per ordinanze e bonifica dall'amianto degli immobili: profili procedurali e contenuti  
*Piera Maria Vipiana*

## OSSERVATORIO REGIONALE

- 273 Le elezioni regionali del 2014 in Calabria  
*Roberto De Luca*
- 299 Table of contents and abstracts
- 305 Note sugli autori

## La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa

*Paolo Veronesi*

*La sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 dichiara illegittimo il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge 40/2004. Si tratta di una decisione coraggiosa, con la quale la Corte, evitando comode “scorciatoie”, entra direttamente nel merito della questione. L'articolo evidenzia le ragioni giuridiche e costituzionali della pronuncia, analizzando e contestando le obiezioni che le sono state mosse. Nella parte finale, l'articolo indica i modi con cui le Regioni – dinanzi alle incertezze dimostrate dalle istituzioni nazionali – hanno concretamente e praticamente risposto a questa decisione.*

### 1. Premessa

Nel perdurare della consueta inerzia del legislatore, la sent. cost. n. 162/2014 costituisce solo l'ultima tappa della penetrante opera di demolizione giurisprudenziale in corso già da tempo sugli sghembi capitelli della legge 40/2004<sup>1</sup>. Con tale pronuncia la Consulta ha dichiarato

---

(1) Si pensi alla sent. cost. n. 151/2009 (che ha ritenuto illegittimi sia l'obbligo del contemporaneo impianto di un numero di embrioni non superiore a tre, sia il conseguente divieto di crioconservazione degli embrioni prodotti) o alle pronunce dei giudici di merito che hanno ritenuto legittima la diagnosi genetica preimpianto richiesta dalle coppie sterili (ad es., Trib. Cagliari 12 novembre 2012), ammessa poi anche per le coppie non sterili, se portatrici di malattia genetica (ad es., Trib. Salerno 9 gennaio 2010, n. 191 e, da ultimo, Trib. Roma 26 settembre 2013). Su questo punto si è peraltro espressa anche la Corte Edu, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270, condannando il divieto italiano in materia. Di un «processo di sgretolamento» della legge 40, in corso sin dal 2004, ragiona, tra gli altri, C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica tra legislatore, giudici e corti*, in *Biolaaw Journal*, 2, 2014, p. 68. La pessima qualità della legge 40/2004 ha del resto, e sin da subito, fatto auspicare una simile deriva: si v. il mio *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.* 2004, pp. 523 ss. Prima della sent. n. 162, la Corte si è pronunciata sulla stessa *questio* – sollecitata dai medesimi remittenti – nell'ord. n. 150/2012; in quel caso essa restituì però gli atti ai giudici *a quibus* dopo che la sent. CEDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, SH. e altri c. Austria, aveva ribaltato la decisione della sez. I, 1° aprile 2010 (avallando così la scelta austriaca di limitare l'accesso alla fecondazione eterologa, peraltro *non vietata in modo assolu-*

infatti costituzionalmente illegittime le norme che imponevano il *divieto assoluto* di ricorrere a tecniche di procreazione assistita di tipo c.d. eterologo (ossia mediante l'ausilio della donazione di gameti); una proibizione che collocava l'ordinamento italiano tra i pochissimi, in Europa, a tracciare un simile *niet* senza sfumature<sup>2</sup>. Si tratta dell'ennesimo segmento della legge a essere neutralizzato e razionalizzato: e non è neppure detto che sia l'ultimo<sup>3</sup>.

## 2. Una corretta “perimetrazione” degli interessi rilevanti nel caso

Nello sviluppo del suo *iter* decisorio, la Corte innanzi tutto procede a un serrato “sindacato esterno” sulla scelta del legislatore di plasmare il divieto *de quo*; emergono in tal modo le aberrazioni in cui esso è incorso già nella “mappatura” dei diritti coinvolti nella fattispecie. In altri termini – e *con riguardo al solo divieto di fecondazione eterologa per i soggetti assolutamente sterili e infertili* – i vizi della legge affiorano già vagliando la «fase di perimetrazione del conflitto o di definizione degli interessi» effettivamente coinvolti nella vicenda<sup>4</sup>. Insomma, il legislatore non è neppure partito con il “piede giusto”: ha selezionato solo gli ingredienti giuridici funzionali ai suoi preconcetti, dimenticando tutte le altre istanze comunque coinvolte nella fattispecie.

La Corte si dedica quindi allo «scrutinio delle censure» mosse al divieto assoluto di fecondazione eterologa, «avendo riguardo congiuntamente a tutti» i parametri costituzionali utilizzati dai giudici *a quibus* e davvero rilevanti nella fattispecie (gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.); non potrebbe

to): su questa interessante vicenda processuale, che non ha mancato di far discutere, si rinvia, *ex plurimis*, ai numerosi commenti comparsi sul sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

(2) C. NARDOCCI, *La fecondazione di tipo eterologo e le soluzioni accolte in alcuni ordinamenti giuridici di Stati membri dell'Unione Europea*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di “fecondazione eterologa”*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 337 ss.

(3) Al momento, risultano pendenti, davanti alla Corte costituzionale, una *quaestio* di legittimità avente a oggetto le norme che impedirebbero di procedere alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, nonché un'altra richiesta relativa sia all'impossibilità di revocare il consenso dopo la fecondazione dell'ovulo, sia al divieto di svolgere ricerche scientifiche sugli embrioni inutilizzati.

(4) Che costituisce un momento essenziale del giudizio di bilanciamento: A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 277.

del resto fare altrimenti, posto che «la procreazione medicalmente assistita coinvolge “plurime esigenze costituzionali” (sent. n. 347/1998), e [...] incide su una molteplicità di interessi di pari rango». Questi ultimi, «nel loro complesso, richiedono “un bilanciamento [...] che assicuri un livello minimo di tutela legislativa” ad ognuno (sent. n. 45/2005)»; dunque, dimenticarne alcuni (o esagerare il rilievo dei “prediletti”) inevitabilmente delinea – al contrario – un quadro costituzionalmente imperfetto dei problemi da disciplinare.

Non deve quindi scandalizzare se – chiamata a verificare l’operato del legislatore in ordine al divieto *de quo* – la Corte ne metta a nudo l’approssimazione giuridica e l’arroganza ideologica<sup>5</sup>. Ai fini di un ben calibrato controllo di costituzionalità – e in ragione dello specifico *the-ma decidendum* delineato dai rimettenti – essa *deve* pertanto integrare i “fattori” da prendere in esame nel caso. Posto ciò, non pare quindi congruo rimproverare alla Consulta di non essersi collocata entro il “campo d’azione” delineato dal Parlamento, limitandosi a una verifica sulla sola coerenza “interna” del suo operato<sup>6</sup>. Se – come avviene nel caso – lo “spettro” profilato dal legislatore è evidentemente deficitario, anche l’immagine normativa che ne scaturisce apparirà infatti deformata (e, fuor di metafora, costituzionalmente illegittima). In simili circostanze la Corte *deve* insomma offrire rilievo anche a ciò che il legislatore ha colpevolmente disatteso<sup>7</sup>.

Detto questo, «la scelta [...] politica di vietare in generale il ricorso alla donazione di gameti è rimasta» comunque fuori dal sindacato di costituzionalità; la Corte colpisce infatti solo un’assai specifica declinazione di

---

(5) Solo un ribaltamento della realtà può così indurre i tenaci sostenitori della legge 40 (v. ad esempio M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all’indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l’adozione per la nascita*, in *Biola Journal*, 2, 2014, p. 137) ad accusare di “furore ideologico” proprio i critici della stessa.

(6) Così L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *AIC – Osservatorio costituzionale*, luglio 2014, p. 10.

(7) Occorre insomma che la Corte definisca l’esatta «topografia del conflitto», avendo riguardo agli interessi concorrenti nel caso: v. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 62 ss.

tale divieto (quella applicabile ai soggetti totalmente sterili)<sup>8</sup>. Essa non si è dunque collocata davvero e del tutto “all'esterno” dei circuiti tracciati dal Parlamento, depurandoli soltanto delle lacune e degli eccessi illegittimi derivati dagli errori appena segnalati.

Adottando un simile approccio, il divieto *assoluto* di fecondazione c.d. eterologa svela pertanto la sua arbitrarietà: impedendosi anche alla coppia formata da membri del tutto sterili o infertili di utilizzare questo metodo, si azzera infatti la loro «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» in materia. Di contro, «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... alla tecnica di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, poiché anch'essa attiene a questa sfera»<sup>9</sup>. Ed è evidente che una libertà così “ritagliata” non configura affatto – come qualcuno obietta – un «diritto ad avere un figlio sempre e comunque»<sup>10</sup>, bensì quello – più circoscritto – «di essere liberi di tentare di averlo»<sup>11</sup> anche mediante l'ausilio della scienza medica.

Quanto astrattamente consentito dalla tecnica non viene quindi ammesso senza confini o senza ritegno<sup>12</sup>. La Corte non esclude infatti che più mirati divieti in materia possano presentare una qualche significativa ragione d'essere: lei stessa ne evidenzia anzi l'attuale (e legittima) vigenza

---

(8) G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (3 luglio 2014).

(9) Punto 6 del Considerato in diritto.

(10) *Contra* v., ad esempio, C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia*, cit., p. 81, per la quale, nella sent. n. 162/2014, la Corte di fatto riconosce un vero e proprio “diritto al figlio”. Analogamente, I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *Biolaaw Journal*, 2, 2014, p. 54, ragiona di «una sorta di diritto al figlio *ad ogni costo e a tutti i costi*».

(11) Cfr. S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 239 ss. e I. PELLIZZONE, *Il riconoscimento della “libertà di scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche figli”*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di “fecondazione eterologa”*, cit., p. 16.

(12) *Contra* quanto sostiene A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (11 giugno 2014).



di una corposa serie<sup>13</sup>. Insomma, «la libertà e la volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia», pur nell'ambito di un percorso di procreazione eterologa, «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 [...], non possono consistere in un divieto assoluto [...] a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale»<sup>14</sup>.

La Corte avrebbe altresì potuto aggiungere che, se fosse davvero legittimo vietare questo tipo di fecondazione, ciò dovrebbe paradossalmente determinare analoghe proibizioni in materia di filiazione “naturale”. Se lo scopo è infatti escludere ogni *turbatio sanguinis*<sup>15</sup>, prevenire gli eventuali disagi psicologici del futuro bambino e tutelarne il diritto di conoscere le proprie origini biologiche<sup>16</sup> – al punto da impedirgli addirittura di venire in essere – sarebbe allora coerentemente indispensabile vietare e punire anche le ipotesi di filiazione adulterina o provocata da un *partner* occasionale<sup>17</sup>. Balza anzi agli occhi il maggior effetto disgregante sugli equilibri familiari causato da una procreazione “eterologa” perseguita per “vie naturali” rispetto a quella praticata medicalmente previa la matura complicità e il consapevole accordo dei *partners*<sup>18</sup>.

---

(13) Come infatti si legge al punto 6 del Considerato in diritto, «la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia [...] di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti». I numerosi limiti e i sostanziali divieti d'accesso alla fecondazione omologa ed eterologa verranno meglio illustrati *infra* spec. §§ 5 e 8 (nota 103).

(14) Punto 6 del Considerato in diritto.

(15) I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, p. 933 ss.

(16) V. *infra* § 6.

(17) A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 106.

(18) Non si riesce davvero a comprendere perché la scelta condivisa di diventare genitori, sia pure attraverso una fecondazione eterologa, debba considerarsi immancabilmente distruttiva e non invece rafforzativa di una dedizione reciproca dei componenti la coppia: I. CORTI, *Divieto di fecondazione eterologa. Riflessioni critiche?*, in A. COSSIRI, G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, Aracne, 2013, p. 140. Anzi, un recentissimo studio svedese, pubblicato su *Reproductive Health*, testimonierebbe che la fecondazione eterologa non impatta in alcun modo sulla stabilità della coppia.

Né può ribattersi che simili eventi – se provocati attraverso il coito – sarebbero comunque protetti dalla natura assolutamente privata delle relative vicende: il divieto di fecondazione eterologa, già sancito nella legge 40/2004, si applicava e veniva sanzionato<sup>19</sup> anche quando ci si fosse sottoposti alla pratica con modalità indiscutibilmente private e al riparo da qualsiasi “complicità” statale<sup>20</sup>.

### 3. Segue: quale “diritto alla salute”?

L'errore commesso dal legislatore nel definire la cornice giuridico-costituzionale della vicenda viene ulteriormente valorizzato ponendo mente alla mancata considerazione delle conseguenze che un divieto assoluto in materia può provocare sullo stesso “diritto alla salute della coppia” sterile. Un diritto che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale – e in linea con quanto sancito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità – va ritenuto «comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica»<sup>21</sup>; la tutela della prima, anzi, «deve essere di grado pari» a quello della seconda<sup>22</sup>. Ponendosi lungo questa collaudata traiettoria, per la Corte non sono quindi «dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo»: «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»<sup>23</sup>.

Non deve poi stupire il richiamo a un “diritto alla salute della coppia”

---

(19) Il divieto era infatti punito dalla legge con pesantissime sanzioni amministrative destinate agli operatori sanitari (l'art. 12, comma 8, esentava invece da ogni responsabilità la coppia): v. E. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita “eterologa” in attesa di giudizio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 353. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 416, aveva ragionato – a tal proposito – di una “frode delle etichette”, sottintendendo la natura sostanzialmente “penalistica” della punizione, peraltro non accompagnata dalle garanzie che caratterizzano il processo penale.

(20) A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 106.

(21) V., ad esempio, già la sent. n. 161/1985 e – più di recente (e tra le tante) – le sentt. n. 167/1999 (punto 7 del Considerato in diritto), n. 251/2008 (punto 11 del Considerato in diritto) e n. 113/2004 (punto 4 del Considerato in diritto).

(22) Cfr. la sent. n. 167/1999 (punto 7 del Considerato in diritto).

(23) Punto 7 del Considerato in diritto.

anziché dei suoi singoli componenti, pur non sottacendosi i dubbi che questa affermazione ha suscitato tra i commentatori<sup>24</sup>. Del resto, è la stessa legge 40/2004 a fare spesso e *indifferentemente* cenno, entro la trama delle sue norme, sia alle «coppie» decise a sottoporsi alla procreazione assistita<sup>25</sup>, sia ai «soggetti» e ai «richiedenti» la pratica<sup>26</sup>. Non mancano inoltre, nella sentenza, i richiami alla dimensione anche strettamente individuale dell'esercizio del diritto in discorso<sup>27</sup>. È quanto avviene laddove la Corte evoca il diritto alla salute fisica e psichica di *ciascuno* dei soggetti coinvolti, il quale «costituisce un diritto fondamentale di *ogni essere umano*», sottolineando altresì come lo specifico oggetto del contendere sottenda «*atti dispositivi del proprio corpo*» (al singolare)<sup>28</sup>. Si pensi altresì al passaggio testuale in cui la Corte assume la sterilità assoluta come una «patologia produttiva di disabilità», avvertendo che, con ciò, «non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei *componenti di una coppia*»<sup>29</sup>; analoghe valutazioni valgono per il passaggio ove la Corte afferma che la scelta di avere o meno dei figli rientra «nella sfera più intima e intangibile della persona umana»<sup>30</sup>.

Insomma, una lettura “in filigrana” delle argomentazioni della Corte dimostra com'esse si riferiscano agli scompensi riproduttivi «intesi come problemi di coppia nel senso che incidono sulla *salute psichica e sul benessere relazionale dei singoli membri della coppia*» (anche nei loro

---

(24) In particolare, si v. G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, p. 7, per il quale – ex art. 32, comma 1, Cost. – «la salute [...] è un diritto individuale, che viene riconosciuto in capo a ogni singola persona». Sulla stessa falsariga v. anche I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto*, cit., p. 52.

(25) V., ad esempio, l'art. 5, comma 1; l'art. 6, comma 2; l'art. 12, comma 2.

(26) Cfr., ad esempio, l'art. 6, commi 3 e 5.

(27) Lo rileva anche B. LIBERALI, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di “fecondazione eterologa”*, cit., p. 77.

(28) Punto 7 del Considerato in diritto. Corsivo non testuale.

(29) V. ancora il punto 7 del Considerato in diritto. Corsivo non testuale.

(30) Punto 6 del Considerato in diritto.

reciproci rapporti)<sup>31</sup>. Ragionare sinteticamente di un “diritto alla salute della coppia” comprime insomma un discorso che rimane, in radice, assai più articolato<sup>32</sup>; esso allude al fatto per cui la patologia riproduttiva del singolo (o dei singoli) può talvolta impedire alla famiglia *ex art.* 29 Cost. e alle formazioni sociali di analoga natura (art. 2 Cost.) di svolgere appieno il loro ruolo di supporto alla “realizzazione personale” dei soggetti che le compongono.

Le obiezioni non si sono fatte attendere. Si è pertanto affermato che «sottratta a questa ricostruzione vi è [...] un'ideologia che trasforma i desideri in diritti e l'impossibilità di soddisfarli in malattia»<sup>33</sup>; perché allora impedire la surrogazione di maternità o la possibilità per le coppie omosessuali di accedere alle tecniche di PMA<sup>34</sup>? A prescindere dalla “bontà” di simili divieti *assoluti* – che altrove stanno mostrando crepe – va tuttavia da sé che, in tutte queste ipotesi, il coinvolgimento dei terzi e della medicina appare di tenore decisamente diverso rispetto al caso in cui ci si limiti a fornire un aiuto biologico e tecnico alla procreazione portata a termine all'*interno* alla coppia. Nella fecondazione eterologa è inoltre coinvolto non già un “desiderio” qualsiasi, bensì l'impossibile attivazione di una “capacità” altrimenti fisiologica dei soggetti, bloccata dalla patologia di uno o di entrambi i componenti la coppia (cui la medicina consente invece di ovviare).

A ogni buon conto, concentrandosi sulla “salute della coppia” in sé, la Corte si pone nello stesso ordine d'idee del legislatore, il quale ha as-

---

(31) A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 835. Per l'idea che il “benessere relazionale” e le esigenze di “socializzazione” rientrano nella nozione di salute *ex art.* 32 Cost., v., ad esempio, la sent. n. 167/1999, punti 6 e 7 del Considerato in diritto.

(32) Valorizzando ciò, M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Biolaw Journal*, 2, 2014, p. 23, sostiene dunque che, scegliendo di esaminare la *quaestio* a partire dall'art. 2 Cost. – ed affermando che la scelta di ricorrere alla scienza per diventare genitore, «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può non essere incoercibile» – la Corte aprirebbe (addirittura) nuovi scenari anche per la procreazione dei/delle *singles*.

(33) G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 8. Analogamente, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., § 10, afferma che «quella che emerge dalla pronuncia... è, in sostanza, una concezione della libertà meramente individualistica, egoistica, sradicata da relazioni intersoggettive».

(34) G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 5. V. anche A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., § 9.

sociato la possibilità di procedere alle tecniche di procreazione assistita (appunto) alle sole coppie e non già ai/alle *singles*<sup>35</sup>. Le incongruenze e le asimmetrie sottese al non coerente sviluppo delle iniziali scelte legislative vengono, in tal modo, ancor più evidenziate. Del resto, non mancano certo norme costituzionali che – proprio in riferimento alla dimensione familiare – riconoscono e s’incentrano sui «diritti della famiglia» (art. 29) o sui diritti-doveri «dei genitori» (art. 30). Prescrizioni che non escludono la dimensione anche individuale di simili diritti, come ha più volte evidenziato la stessa Corte costituzionale<sup>36</sup>.

**4. Segue: perché la fecondazione eterologa è un trattamento sanitario**  
Sarebbe stato forse opportuno che la Corte avesse replicato in modo più netto a chi continua a sostenere che la procreazione assistita non è un’autentica “terapia” in quanto non favorirebbe alcuna effettiva “guarigione”<sup>37</sup>. Questo argomento – innanzi tutto – non trova infatti alcuna conferma nell’art. 1, comma 2, della legge 40/2004 (e, quindi, nella stessa “logica” della legge): affermando che «il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano *altri metodi terapeutici* efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità», la disposizione evidentemente colloca anche questa *metodica* nell’ampio *genus* delle terapie<sup>38</sup>. Del resto, lo stesso art. 32 Cost., nel plasmare i

---

(35) Non a caso, la Corte torna su questo aspetto nei passaggi in cui evidenzia l’inesistenza di un vuoto normativo conseguente alla dichiarazione di illegittimità del divieto *de quo* (cfr. punto 11.1 del Considerato in diritto): i «requisiti soggettivi» di cui all’art. 5, comma 1, della legge 40 – in base al quale possono fare ricorso alla procreazione assistita soltanto le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» – si applicheranno infatti anche alle (ora ammesse) ipotesi di fecondazione eterologa.

(36) Si v., ad esempio, la sent. n. 183/1994, ove la Corte afferma che gli artt. 3, 29 e 30 Cost., non escludono che il legislatore possa stabilire quando sia comunque conveniente disporre l’adozione da parte di *singles*. Si pensi altresì alla sent. n. 245/2011, in cui la violazione del diritto fondamentale a contrarre matrimonio degli stranieri irregolari è colto nella sua stessa incidenza sul corrispondente diritto del/la cittadino/a italiano/a che voglia sposarsi con uno/a straniero/a. Nella sent. n. 332/2000 si dichiara poi l’illegittimità delle norme che subordinavano la possibilità di essere reclutati nelle varie armi all’essere senza prole.

(37) V., di recente, e per tutti, I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 933.

(38) Cfr. G. REPETTO, “Non di sola Cedu”. *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 163. Similmente già C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004*, *ivi*, 2004, p. 541 ss., la quale peraltro affer-

tratti indefettibili del diritto alla salute, si riferisce – come noto – ai ben più generici “trattamenti sanitari”.

A dire il vero, tra le righe della sua sentenza la Corte non lesina di cimentarsi anche su questo terreno: ponendo l’accento sulla circostanza per cui l’essere irrimediabilmente sterili costituisce un’innegabile «patologia produttiva di disabilità», la Corte di fatto demolisce proprio le già rammentate argomentazioni<sup>39</sup>. La PMA viene insomma inquadrata per quello che è: un trattamento sanitario, somministrato da personale altamente specializzato, il quale «se non ripristina [...] funzioni organiche compromesse, tuttavia è in grado di surrogarle»; né più né meno di una dialisi, di una protesi, dell’assunzione di ormoni sintetici sostitutivi, dell’insulina, di enzimi essenziali<sup>40</sup>. Sulla scia di suoi collaudati precedenti<sup>41</sup>, la Corte ribadisce pertanto che «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 tener conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati»<sup>42</sup>.

Sovrapponendo perciò le argomentazioni della decisione in commento con quanto messo efficacemente in fila già dalla sent. n. 151/2009 – oltre che in una numerosa serie di interventi giurisprudenziali – ne risulta ulteriormente avvalorata l’idea per cui, su questo versante, «il vizio originario della legge 40/2004 non sia» tanto «riconciliabile alle singole scelte normative compiute [...], ma più globalmente alla impostazione di metodo della legislazione adottata in un ambito peculiare quale quello medico-scientifico»<sup>43</sup>. La sua intrinseca debolezza risiederebbe cioè

---

mava che la PMA non sarebbe comunque una terapia, in quanto inidonea a eliminare le cause della sterilità o dell’infertilità.

(39) Punto 7 del Considerato in diritto.

(40) A. VALLINI, *Sistema e metodo*, cit., p. 835.

(41) V., in particolare, le sentt. n. 282/2002, n. 338/2003, n. 151/2009, n. 8/2011, n. 274/2014.

(42) Punto 7 del Considerato in diritto.

(43) S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità del legislatore*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (16 giugno 2014), § 1.

nell'approccio intransigente e ideologico a una materia che, per sua natura, dev'essere invece duttile al punto da adattarsi il più possibile alle esigenze dei casi concreti. Un "fronte" in cui – come ha sottolineato la stessa Corte – è essenziale che la *dura lex* lasci il campo a opportune «deleghe di bilanciamento in concreto»<sup>44</sup>, praticate, in questo caso, dai medici di concerto con i diretti interessati. Né tale approdo è destinato a tradursi in un "via libera" senza limiti a ciò che la scienza rende possibile<sup>45</sup>: in materia di fecondazione eterologa, ad esempio, continuano a vigere i severi divieti cui si farà più precisamente cenno<sup>46</sup>.

Valga, a tal proposito, la vicenda del già previsto obbligo di procedere a un unico e contemporaneo impianto di un numero di embrioni comunque non superiore a tre, dichiarato illegittimo dalla citata sent. n. 151/2009. Non è affatto vero che «il limite dei tre embrioni era esattamente individuato al fine di dare a ciascuno la possibilità di svilupparsi in utero»<sup>47</sup>. In materia non si può infatti disconoscere quanto ricavabile dall'esperienza medico-scientifica, impedendo altresì ai professionisti di calibrare i loro interventi alla luce delle concrete esigenze e alla particolare fisiologia di chi deve ricorrere a essi. Insomma, la medicina insegna che c'è "donna e donna", nonché – più precisamente – c'è "patologia riproduttiva e patologia riproduttiva", così come ci sono donne in grado di sopportare più cicli di stimolazione ovarica e altre che rischiano invece, in tal modo, di compromettere irrimediabilmente la loro salute. Non è certo il legislatore il soggetto più vicino a queste realtà, né quello più competente a coglierne le singole pieghe nei vari casi, imponendo – in aggiunta – grossolani divieti.

È poi di certo arguto affermare che se la procreazione assistita fosse davvero una terapia, apparirebbe incomprensibile e illegittimo impedirne la somministrazione alle coppie di soggetti *non* conviventi, ai minorenni e a chi non possa fare a meno di ricorrere alla donazione di ga-

---

(44) R. BIN, *Giudizio "in astratto" e delega di bilanciamento "in concreto"*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3574 ss. V. la giurisprudenza citata *supra* alla nota 41.

(45) È la preoccupazione di A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., §§ 10 e 11.

(46) V. più diffusamente *infra* §§ 5 e 8.

(47) L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa*, cit., p. 7.

meti. E come si potrebbe poi pacificamente sostenere che l'adozione costituisca l'alternativa a una terapia? Come giustificare inoltre che il ricorso a un simile trattamento dipenda dalla volontà di una persona diversa dal soggetto sterile-malato? E perché stabilire l'impossibilità di revocare il consenso alla sua somministrazione dopo un certo momento (la fecondazione dell'ovulo)<sup>48</sup>?

Che sia illegittimo impedire il ricorso a una procreazione di tipo eterologo è argomentato proprio nella sentenza in commento, mentre già molto è stato detto sulla palese incostituzionalità della previsione che proibirebbe agli interessati di sottrarsi al trattamento già avviato<sup>49</sup> o sull'idea che la salute vada ricondotta alla coppia<sup>50</sup>. Quanto alle restanti obiezioni, la ragion d'essere delle peculiari evenienze del caso deriva evidentemente dal singolarissimo statuto della patologia in discussione; dal fatto che quest'ultima presenti essenziali e originali "ingredienti" di carattere psico-fisico; dalle concrete esigenze di bilanciare adeguatamente «i diritti di tutti i soggetti coinvolti» nella vicenda (*ex art. 1 della stessa legge 40/2004*)<sup>51</sup>. Del resto, non è un trattamento medico anche la donazione d'organi *inter vivos*? In questo caso la salute o la stessa vita del malato non dipendono forse dal consenso e dalla disponibilità di un altro soggetto sul quale s'interviene con modalità anche invasive? E se lo stress psico-fisico in cui si dibatte la coppia sterile scaturisce davvero dall'assenza di prole, perché considerare aberrante che – sotto questo profilo – l'adozione non possa costituire "anche" il rimedio a un simile stato di cose, sanandosi altresì un altro "male" già in essere<sup>52</sup>? Non è stata poi la stessa Corte a collegare il diritto alla salute dei portatori di

---

(48) G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 4 s. Di un figlio, inteso dalla sentenza come «cura» della coppia, ragiona anche I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto*, cit., p. 54.

(49) Si rinvia anche al mio *Il corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 159 ss. Sul punto risulta pendente – come già ricordato *supra* – una *quaestio* di costituzionalità.

(50) V. *supra* § 3.

(51) Da qui la legittimità di escludere i minorenni e di ottenere il consenso di entrambi i membri della coppia (anche a tutela del nascituro, oltre che dei diritti del padre sterile).

(52) Sulla principale *ratio* dell'adozione – approntare un rimedio per i bambini già nati che versano in stato d'abbandono morale e materiale – si v. *infra* § 6.



*handicap* addirittura all'esigenza che venga loro concesso un diritto di passaggio coattivo su fondo altrui<sup>53?</sup>

### 5. *Problemi di “bilanciamento”*

Potrebbe addirittura bastare – sbagliare la “mappa” dei diritti coinvolti in una fattispecie è assai grave – ma la Corte ribadisce che «ciò non è sufficiente» a far ritenere illegittimo «il censurato divieto»<sup>54</sup>. Essa evidenzia quindi come dall'errore iniziale del legislatore siano derivate – a cascata – ripercussioni negative anche sulla “qualità” dei bilanciamenti ospitati dalla disciplina. Per verificarlo (e provarlo) la Corte abbandona l'analisi solo “esterna” e “statica” dell'impostazione giuridico-costituzionale della vicenda, muovendosi invece su un piano che potremmo definire “interno” e “dinamico”. Essa ricorda pertanto che l'individuazione di un «ragionevole punto d'equilibrio delle contrapposte esigenze» coinvolte nel caso – nel costante «rispetto della dignità della persona umana» – spetta «primariamente alla valutazione del legislatore (sent. n. 347/1998); resta tuttavia 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»<sup>55</sup>.

La Corte prepara perciò il terreno del suo controllo affermando che le limitazioni alla libertà di autodeterminarsi, qual è «la scelta... di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche figli», «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 (sent. n. 332/2000)»<sup>56</sup>. Bisogna perciò accertare «se l'*assolutezza* che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame»<sup>57</sup>.

---

(53) Si v. la sent. n. 167/1999, a ulteriore conferma che il «concetto di salute rinvenibile nella giurisprudenza costituzionale... appare assai ampio»: M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in AA.Vv., *Diritto alla salute tra uniformità e differenze*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 20.

(54) Punto 8 del Considerato in diritto.

(55) Punto 5 del Considerato in diritto.

(56) Punto 6 del Considerato in diritto.

(57) Punto 8 del Considerato in diritto.

In questo quadro, la Corte ricorda quindi «che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge 40/2004 sia appunto preordinata alla “tutela delle esigenze della procreazione”, da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia riconosciuto a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sent. n. 151/2009)». Essa rammenta così di avere «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” (sent. n. 151/2009)»<sup>58</sup>, potendo perciò concludere che «il censurato divieto, nella sua assolutezza, è pertanto il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco»<sup>59</sup>.

Estremamente significativo è il primo passo che la Corte compie sul terreno di questi accertamenti: essa infatti osserva che «in linea preliminare la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita». La Corte spezza così la convinzione per cui la procreazione assistita sarebbe inevitabilmente un “male”: un’opzione morale del tutto legittima ma non suffragata da basi giuridiche che ne legittimino l’imposizione *erga omnes*. La Corte precisa invece che – «alla luce delle notorie risultanze della scienza medica» – la procreazione eterologa non comporta «rischi per la salute dei donanti e dei donatori eccedenti la normale alea insita in qualunque 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»<sup>60</sup>. Gli argomenti di tal fatta perdono così qualsiasi efficacia, evidenziando tutta la loro strumentalità<sup>61</sup>: in base a essi dovrebbe vietarsi anche una comune appendicite (che, come noto, non è esente da rischi). Va anzi aggiunto che – per chi si ponga nell’ottica appena criticata – appare evidentemente capzioso non concludere che il ricorso ad amanti occasionali per

---

(58) Punto 5 del Considerato in diritto.

(59) Punto 13 del Considerato in diritto.

(60) Punto 9 del Considerato in diritto.

(61) Li ripropone I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 933.

raggiungere il medesimo risultato sia addirittura più rischioso dell'utilizzo medicalmente assistito di seme e ovuli controllati in laboratorio e "donati" da persone attentamente selezionate<sup>62</sup>. Perché dunque non vietare anche questi comportamenti "insani"?

Evocare poi minacce per la salute collettiva – conseguenti a pratiche di procreazione eterologa – sembra in realtà dettato da paure in larga parte irrazionali<sup>63</sup>. Se si vogliono infatti prevenire incesti inconsapevoli, con ciò proteggendo la salute degli eventuali nascituri<sup>64</sup>, non è affatto necessario ricorrere a un divieto assoluto e senza scampo, bensì elaborare discipline che impongano alcuni elementari accorgimenti. Facendo tesoro delle esperienze straniere, andrebbe quindi limitato il numero delle donazioni possibili «a quanto adeguato a rendere statisticamente insignificante il rischio»<sup>65</sup>. A questo scopo, la norma annullata sacrificava invece in misura troppo intensa altri diritti pur evidentemente coinvolti dalla fattispecie; essa insomma "costava troppo", nel senso che «il legislatore avrebbe potuto raggiungere lo stesso scopo con un minor sacrificio di altri interessi rilevanti» nel caso<sup>66</sup>.

Le medesime preoccupazioni poste alla base del divieto *de quo* si presentano, del resto, in forma del tutto simile (quando non addirittura più intensa) in ogni caso di prole nata da adulterio<sup>67</sup> o da genitori adottati<sup>68</sup>. Non si comprende dunque perché queste eventualità non suscitino analoghe preoccupazioni (sollecitando identici divieti).

Rilievi del tutto simili valgono altresì ove si contestasse alla fecondazione eterologa di dare inevitabilmente luogo a un pernicioso "merca-

(62) A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 109.

(63) V., ad esempio, A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 207.

(64) Così, ad esempio, I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., pp. 933 s.

(65) A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., 110, nonché *Id.*, *Sistema e metodo*, cit., p. 838.

(66) R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 81, 82 ss.

(67) V., ad esempio, G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova, Cedam, 1999, p. 351.

(68) Cfr., ad esempio, M. MORI, *La "novità" della bioetica*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 410, il quale sottolinea l'esistenza di una notevole percentuale di prole adulterina.

to dei gameti” o di avallare la futura progettazione biologica di figli *à la carte*<sup>69</sup>. Non è evidentemente così, posto che i limiti alla fecondazione eterologa già ora vigenti – anche dopo l’intervento della Consulta – sono più che idonei a evitare simili derive. La legge 40/2004 vieta infatti «la commercializzazione di gameti o di embrioni», proibendo altresì, nell’ordine, la «surrogazione di maternità», «ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti», l’alterazione del patrimonio genetico degli stessi, la clonazione, la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa o la produzione di ibridi e chimere (art. 13, comma 3). Prescrizioni che costituiscono una barriera più che solida a “pendii scivolosi” di vario genere. A questo del resto dovrebbe servire il diritto: non a vietare, usando l’ accetta, per l’inconsulto timore di uno *slippery slope*, ma a governare opportunamente quest’ultimo per ampliare la sfera delle possibilità umane.

### 6. I diritti della persona nata da fecondazione eterologa

Le uniche preoccupazioni davvero sensate riguardano pertanto i diritti propri della «persona nata da PMA di tipo eterologo»<sup>70</sup>; il venire in essere mediante una simile pratica determina cioè una lesione di suoi specifici diritti costituzionali?

A tal proposito, paiono davvero privi di spessore gli apodittici rilievi per cui la fecondazione eterologa comprometterebbe «comunque l’identità personale e il diritto al libero e autonomo sviluppo della personalità» del nato<sup>71</sup>, oltre che (addirittura) la sua «dignità»<sup>72</sup>, inficiandone altresì la

(69) I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 933 ss.

(70) Punto 10 del Considerato in diritto.

(71) E. BILOTTI, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, Relazione al Convegno “*Quale diritto per i figli dell’eterologa*”, svoltosi presso la Camera dei deputati il 3 giugno 2014. Analogamente, L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto*, in AA.VV., *La procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi tenuto presso l’Accademia dei Lincei il 31 gennaio 2005, Fasano, 2005. *Contra*, tra i tanti (e ragionevolmente), M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 460 ed E. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita “eterologa”*, cit., 354. Per una rassegna di osservazioni di stampo psicologico v., *ex plurimis*, M.C. ZURLO, *Filiazione, tecniche di biomediche e procreazione assistita*, in R. PRODOMO (a cura di), *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 81 ss.

(72) M. CLARA, *I nemici della fecondazione eterologa e il loro convitato di pietra*, in M. D’AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, Milano, Franco Angeli, 2012,

corretta crescita. Perché allora non estendere queste affermazioni anche alla procreazione derivante da violenza sessuale o da adulterio? L'argomento è insomma strumentale e dà per provato ciò che non lo è affatto. Né appare decisivo sottolineare i possibili disagi psicologici sofferti dalla persona nata mediante una procreazione assistita di tipo eterologo. Tale "pericolo" è ravvisabile in pressoché tutte le pratiche umane<sup>73</sup>; non solo nell'adulterio "procreativo" e nell'adozione, ma anche nella stessa filiazione naturale entro la coppia: chi può infatti mai garantire che il nato non imputi ai genitori la "sofferenza del vivere"? Tale pericolo potrebbe inoltre presentarsi con maggiore evidenza nell'ipotesi di procreazione realizzata da soggetti *prima facie* inidonei ad allevare bambini: perché non agire quindi anche su questi versanti?

Insomma, non si scorge come la (del tutto) teorica eventualità di un tale "tormento filiale" possa giustificare il sacrificio attuale e assoluto della scelta procreativa delle persone completamente sterili<sup>74</sup>. Sono del resto numerose le ricerche che – ai fini di una formazione equilibrata della personalità del bambino – attestano l'importanza che quest'ultimo sia accolto in un ambiente favorevole e stimolante, anche a prescindere dall'esistenza di una parentela biologica (la quale, come insegna la cronaca, non è apprezzabile in sé)<sup>75</sup>. E ulteriori studi provano altresì come il rapporto genitoriale conseguente a una procreazione eterologa generi meccanismi psicologici (e addirittura ormonali) del tutto simili a quelli di una filiazione naturale<sup>76</sup>.

---

p. 27, cita, a tal proposito, l'opinione separata del giudice De Gaetano, favorevole alla restrittiva sent. della Grande Camera della CEDU 3 novembre 2011, in cui – senza alcuna spiegazione e con accenti apodittici – si afferma che è necessario proibire la fecondazione eterologa «al fine di attestare il carattere inalienabile della dignità propria di ciascun essere umano».

(73) Come peraltro riporta I. CORTI, *Divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 142, questa preoccupazione non viene confermata dagli studi psicopedagogici, né «risultano problematiche specifiche relative ai figli, dipendenti dalla modalità del concepimento naturale o artificiale».

(74) A. PIOGGIA, *La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro*, in *GenIUS*, 2, 2014, p. 88.

(75) V., ad esempio, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, cit., p. 231. Per un *excursus* sulle ricerche a tal proposito v. M.P. COSTANTINI, *Tutele e garanzie nella donazione di gameti: le possibili risposte dell'ordinamento italiano*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, cit., p. 43.

(76) Per un'agile rassegna di tali ricerche v. D. OVADIA, *Genitori senza geni*, in *Le Scienze – Mente & Cervello*, gennaio 2015, p. 54 ss.

I dubbi di cui sopra acquistano tuttavia una maggiore precisione di contorni ragionando del diritto del nato alla conoscenza della propria precisa identità biologica; e ciò non solo ai fini della tutela della sua salute in concreto (la quale, in taluni casi, potrebbe richiedere il ricorso al donatore di gameti che ne ha permesso la nascita)<sup>77</sup>.

Conoscere le proprie origini è senz'altro un diritto fondamentale, come tale previsto anche dall'art. 7 della Convenzione internazionale dei diritti del fanciullo, la quale tuttavia opportunamente precisa che esso va protetto «nella misura del possibile»<sup>78</sup>. In altri termini – come del resto la Corte afferma di ogni prerogativa costituzionale<sup>79</sup> – il concetto di limite è insito *anche* in questo specifico diritto; nel senso che lo stesso diritto a conoscere le proprie origini non è per nulla illimitato, né i suoi legittimi confini creano immancabilmente «un ostacolo al raggiungimento di un'identità completa e integrata» dell'interessato<sup>80</sup>. Esso va dunque calibrato in rapporto agli altri diritti con i quali può venire in collisione e non deve diventare un *totem*.

Questi assunti non contraddicono affatto l'art. 30, ult. c., Cost., con il quale si pongono anzi in perfetta consonanza. Non è insomma affatto vero che, «riservando alla legge il compito di dettare norme e limiti per la ricerca della paternità», tale disposizione implicitamente affermerebbe il diritto invincibile di ogni persona a conoscere le proprie origini biologiche<sup>81</sup>. Al contrario, l'art. 30 dà per assodato che la legge possa anche (e opportunamente) limitare il diritto alla ricerca della paternità<sup>82</sup>.

---

(77) I. CORTI, *Divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 143: in questi casi taluni ordinamenti hanno perciò dato la prevalenza assoluta al diritto del nato sul diritto all'anonimato del donatore.

(78) Analoghe cautele presenta anche la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale (29 maggio 1993), la quale obbliga gli Stati aderenti a trattenere le informazioni sull'identità dei genitori dell'adottato, e a metterle a sua eventuale disposizione, sempre però nei limiti fissati dalle leggi statali.

(79) Si v., ad esempio, le notissime sentt. n. 1/1956, n. 36/1958 e n. 57/1976.

(80) Così invece M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa*, cit., p. 147.

(81) Così, ad esempio, I. NICOTRA GUERRERA, *Anonimato del donatore e diritto all'identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 795.

(82) Si v. al proposito quanto affermato nelle sentt. n. 70/1965 e n. 50/2006. Sul punto cfr. F. MEOLA, *La scelta di procreare tra (poche) libertà e (molti) limiti: considerazioni a margine al-*

Ecco perché nel nostro ordinamento non mancano discipline che sacrificano il *favor veritatis* al cospetto di altri (e prevalenti) interessi del minore<sup>83</sup>. Dalla stessa giurisprudenza costituzionale si evince del resto che la “bussola”, in questi casi, è rappresentata dal «migliore sviluppo della persona del figlio» (ove è proprio il principio di “verità biologica” a passare – evidentemente – in secondo piano)<sup>84</sup>. Ed è ancora il *favor veritatis* a poter essere disatteso nel caso in cui la madre che abbia chiesto di non essere nominata al momento del parto non maturi poi alcun ripensamento al proposito<sup>85</sup>. È dunque senz’altro vero che questo specifico diritto del nato da fecondazione eterologa è del tutto «degnò di essere tutelato in via legislativa», ma ciò soltanto «dopo un ragionevole e complesso bilanciamento di tutti i fattori in gioco»<sup>86</sup>.

È anche con riguardo a questo profilo che la Corte pone a raffronto il divieto assoluto di fecondazione eterologa con la disciplina dell’istituto dell’adozione; quest’ultima presenta evidenti analogie con la filiazione generata da un provvidenziale dono di gameti. Nel senso che – pur nell’innegabile diversità “originaria” dei due fenomeni<sup>87</sup> – sono del tutto

---

la recente legge sulla procreazione assistita, in R. PRODOMO (a cura di), *Progressi biomedici*, cit., p. 139 ss.

(83) Si pensi, per esempio, alla presunzione di paternità del marito (art. 231 c.c.), ai rigidi termini di prescrizione imposti all’azione di disconoscimento di paternità (art. 244 c.c.), al riconoscimento dei figli incestuosi, subordinato alla previa autorizzazione del giudice, il quale dovrà avere riguardo all’interesse del figlio e alla necessità di evitargli qualsiasi pregiudizio (art. 215 c.c.), al riconoscimento del figlio che non ha compiuto sedici anni, il quale necessita del consenso dell’altro genitore, o del figlio che ha già sedici anni, che impone di incassare il suo assenso (art. 250 c.c.).

(84) Si rinvia all’accurata ricostruzione giurisprudenziale di E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell’art. 30, quarto comma, della Costituzione*, Padova, Cedam, 1998, p. 55 ss., 63 ss.

(85) V. ora la sent. n. 278/2013, che sensibilmente corregge la precedente sent. n. 425/2005. Ciò dopo le celebri pronunce della Corte Edu, Odievre c. Francia, Grande Camera, 13 febbraio 2003, n. 42236/98, e – soprattutto – Godelli c. Italia, sez. II, 25 settembre 2012, n. 33783/09, con la quale si condannava la disciplina italiana in quanto troppo rigida nel non consentire alla madre di rivedere la sua decisione di mantenere l’anonimato (così sacrificando anche il corrispondente diritto del figlio a ricostruire le sue origini).

(86) E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità*, cit., p. 20 ss., 65 ss.

(87) Come affermato da molti commentatori, per i quali l’adozione rimedierebbe a un male già esistente, non invece creandolo: v., per tutti, A. BARBERA, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, in AA.Vv., *La procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del

simili i problemi riguardanti la prole che avverta l'irrefrenabile impulso a rintracciare le proprie origini biologiche. Lo prova (paradossalmente) proprio chi – contestando tale assimilazione – utilizza la giurisprudenza interna e della CEDU, relativa a un simile diritto degli adottati, proprio per argomentare l'esistenza di un diritto a conoscere le proprie origini biologiche anche nell'ipotesi *de qua*<sup>88</sup>.

Per la Corte – anche su questo specifico punto – è del resto «già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo ... ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione dei 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 ...)», eccetera.

Al proposito, vigono poi anche altre discipline, proprio di recente “rimodellate” dalla Corte o dallo stesso legislatore, alle quali la Consulta fa esplicito richiamo in sentenza. È il caso della già menzionata sent. n. 278/2013 (ove la Corte rimodula il diritto all'anonimato della madre, affermando che l'irreversibilità del segreto arrecava un'insanabile lesione ai diritti del nato, invitando perciò il legislatore a introdurre una normativa che consenta di accertare se la madre non abbia cambiato idea) e del nuovo art. 231 c.c. (in cui si «stabilisce, significativamente, che “il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio”, a prescindere, cioè, dal fatto biologico del concepimento)<sup>89</sup>.

Né la mancata indicazione di un numero fisso di donazioni è tale da impedire alla Corte di esprimersi sulla *quaestio*. A questo fine, sarebbe comunque agevole procedere a «un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei... tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limi-

---

Convegno, cit., p. 355. Come a dire che in questi casi – se non si fraintende – nascere sarebbe immancabilmente un “male”.

(88) V., ad esempio, L. VIOLINI, A. OSTI, *Gli argomenti contro l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in A. COSSIRI, G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata*, cit., p. 119 ss.

(89) V. il punto 11 del Considerato in diritto.



te ragionevolmente ridotto»<sup>90</sup>. È stata del resto la stessa Corte a giudicare ammissibile un *referendum* che aveva appunto lo scopo di abrogare *sic et simpliciter* il divieto di fecondazione eterologa, sottolineando che l'accoglimento di una simile proposta non avrebbe fatto «venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario»<sup>91</sup>. Sarebbe stato incomprensibile se essa fosse tornata oggi sui suoi passi, affermando cioè di non poter produrre effetti del tutto simili a quelli che sarebbero derivati dalla richiesta referendaria legittimata nel 2005.

In tutti i casi sin qui menzionati si tratta insomma di lacune non idonee a impedire che la Consulta facesse valere fino in fondo le proprie prerogative. Sin dal 1958 essa ha del resto «affermato che il proprio potere “di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne”», mentre spetta alla «saggezza del legislatore» intervenire con tempismo<sup>92</sup>, oppure «ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo»<sup>93</sup>.

La Corte non valorizza invece – facendovi solo cenno – un ulteriore argomento che ha tutta l'aria di essere “razionalmente” decisivo nel caso. A ben vedere, infatti, «un illecito di concepimento quale quello in discussione... non può mai essere idoneo – e 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»<sup>94</sup>. Con esso non si persegue perciò l'interesse di nessun (ipotetico) nascituro, la cui esistenza viene infatti del tutto frustrata (negandogli addirittura e radicalmente il diritto alla vita). Ragionare di questo dibattito è comunque istruttivo: da esso si trae infatti la significativa conferma che – anche per coloro i quali sostengono abitualmente il contrario – lo stesso “diritto alla vita” va, almeno in talune circostanze, adeguata-

---

(90) Punto 12 del Considerato in diritto.

(91) Così nella sent. n. 49/2005, punto 3.3. del Considerato in diritto.

(92) Sent. n. 59/1958 e sent. n. 113/2011, punto 8 del Considerato in diritto.

(93) Sent. n. 113/2011, punto 8 del Considerato in diritto.

(94) A. VALLINI, *Sistema e metodo*, cit., p. 838. Così già G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, cit., p. 336 e M. AINIS, *Le libertà negate*, Milano 2004, p. 85.

mente bilanciato<sup>95</sup>. Insomma, in questo caso – e solo perché utile ai loro scopi – i cosiddetti “difensori della vita” sembrano incoerentemente viaggiare verso altri lidi.

### *7. Oltre il bilanciamento, altre irrazionalità della legge 40/2004*

Tiriamo le fila. Nel vietare sempre e comunque la fecondazione c.d. eterologa, il legislatore non ha preso in esame tutta la tavolozza dei diritti coinvolti nella vicenda. Il bilanciamento predisposto dalla legge ha così messo in luce numerose falle e insopportabili disequilibri. Non solo: il legislatore ha sbagliato anche a reperire un ragionevole punto di equilibrio tra i diritti che ha comunque assunto a parametro.

Ma c'è di più. La Corte denuncia infatti come il divieto assoluto della PMA di tipo eterologo «introduca un evidente elemento di irrazionalità» “interno” alla stessa legge. In contrasto con la sua esplicita *ratio legis* – volta a «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1) – la legge 40/2004 rende infatti assolutamente impossibile alle «coppie affette dalle patologie più gravi» – i totalmente sterili – di realizzare i loro diritti all'autodeterminazione, alla «genitorialità, alla formazione di una famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute»<sup>96</sup>. Per accedere alla PMA era insomma necessario «essere sterili sì, ma non troppo»<sup>97</sup>.

Non è finita. La regolamentazione comunque offerta alla fecondazione eterologa praticata all'estero – benché ispirata dall'esigenza di fornire adeguata protezione al nato – introduceva, a ben vedere, un ulteriore motivo d'irrazionalità della disciplina. Ammettere che i coniugi potessero praticare altrove quanto vietato in Italia – assieme al divieto di riconoscere la paternità e di non nominare la madre – suggeriva infatti una comoda via d'uscita agli altrimenti ferrei divieti del legislatore. Si palesava così «un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che

---

(95) V. già il mio *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 175.

(96) Punto 13 del Considerato in diritto.

(97) Come chiosa C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in [www.confronticostituzionali.it](http://www.confronticostituzionali.it) (17 giugno 2014).

assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi»<sup>98</sup>.

Sebbene quello appena descritto costituisca un argomento *a fortiori*, esso non costituisce tuttavia – afferma la Corte – «un mero inconveniente di fatto», bensì il «diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente a un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole». Il disfavore espresso dalla legge non era infatti rivolto alla pratica in sé, bensì solo ai medici che l'avessero somministrata in Italia, posto che i genitori non sarebbero stati puniti neppure in questo caso.

Sul punto, la decisione della Corte non è dunque ispirata al ragionamento per cui «in alcuni Paesi la fecondazione eterologa è permessa, quindi deve essere permessa anche in Italia»<sup>99</sup>: *era infatti la stessa normativa a legittimare questa pratica (purché si svolgesse all'estero)*. Nessuna assimilazione dunque – come pure è stato sbandierato – con l'azione pedofila perpetrata dal cittadino italiano in un Paese che la tolleri, o con la mutilazione genitale della figlia compiuta all'estero da persone residenti in Italia. In entrambe le ipotesi – non a caso – le leggi vigenti puniscono sempre e comunque questi comportamenti delittuosi, manifestando, in tal modo, il profondo disvalore associato all'una o all'altra azione<sup>100</sup>. Fermo restando che non esiste poi alcun diritto fondamentale ad avere rapporti sessuali con i bambini e men che meno a imporre una mutilazione genitale alle proprie figlie: è anzi vero proprio il contrario. Niente di tutto ciò si riscontrava invece – stante la vigenza del divieto – nella fecondazione eterologa realizzata all'estero da una coppia italiana; tale pratica continuava – di fatto – a essere protetta e “suggerita” dalla legge, nel mentre la s'impediva invece in Italia. La dichiarazione

---

(98) Punto 13 del Considerato in diritto. Sottolinea come si tratti di un argomento «piuttosto inconsueto nella giurisprudenza costituzionale», A. PIOGGIA, *La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa*, cit., p. 89.

(99) Così, criticamente, G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., 8. Analogamente, C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia*, cit., p. 83.

(100) Si v. l'art. 600-*quinquies* c.p. (che punisce le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile) e l'art. 604 c.p. (che punisce anche il fatto commesso all'estero). Si v. altresì l'art. 583-*bis* c.p., introdotto dalla legge 9 gennaio 2006, n. 7 (“Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile”).

d'illegittimità del divieto ha quindi permesso nulla più che l'*espansione della disciplina più favorevole, predisposta per la fecondazione eterologa praticata all'estero, anche ai casi realizzati entro i nostri confini*: la Corte ha così rispettato – anche su questo fronte – le coordinate adottate del legislatore, superandone soltanto le più intime (e discriminanti) contraddizioni.

### 8. Dopo la sentenza, tra Governo e Regioni

Sottolineando come il divieto di fecondazione eterologa celasse sia una discriminazione economica quanto un ingiusto trattamento rivolti ai cittadini meno facoltosi, la Corte lancia un evidente messaggio alle «istituzioni che dovranno vigilare sul modo in cui il ricorso a questa tecnica si svilupperà nel territorio nazionale, e, in particolare, sulla necessità che anche le coppie meno abbienti possano accedervi»<sup>101</sup>. In questo senso, però, i problemi non mancano; per meglio comprenderli è necessario ricostruire quanto è accaduto subito dopo la pronuncia della Corte. Non appena pronunciata la sent. n. 162, la Ministra della salute manifestò l'intenzione di intervenire urgentemente con un decreto legge al fine di consentire il rapido inizio dei trattamenti di PMA eterologa, inserendoli altresì nei livelli essenziali di assistenza ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.<sup>102</sup>. Un progetto di decreto legge venne così presentato nel Consiglio dei Ministri dell'8 agosto 2014; in quella sede il Presidente del Consiglio espresse però un parere contrario alla sua adozione, ritenendo che su una materia così densa di profili etici si dovesse pronunciare il Parlamento. La Ministra aderiva quindi alla posizione del Capo del Governo, ribadendo più volte che, in mancanza di un intervento legislativo, le Regioni non avrebbero dovuto assumere iniziative di sorta: ne sarebbe verosimilmente scaturito un rinvio *sine die*.

Simili prese di posizione sono parse tuttavia criticabili, posto che la stessa Corte aveva opportunamente evidenziato in sentenza come non fosse affatto necessario adottare un provvedimento legislativo per consen-

---

(101) M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, cit., p. 30.

(102) Si v. l'Audizione del Ministro alla Commissione XII (Affari sociali) della Camera dei deputati, il 29 luglio 2014.

ture l'avvio delle procedure (in gran parte *già* disciplinate dalla legge 40/2004 e da altre fonti)<sup>103</sup>: intervenire sulle Linee guida o adottare un d.m. sarebbe quindi stato più che sufficiente per colmare gli eventuali vuoti (comunque non essenziali). Del resto, nella già citata sent. n. 282/2002 la Corte ha sancito che l'assenza di norme di legge statali volte a disciplinare una pratica terapeutica «concorre a definire la portata dei principi che reggono la materia, e che, nella specie, non possono non ricollegarsi anzitutto allo stesso sistema costituzionale»<sup>104</sup>.

Né può quindi sostenersi che le Linee guida non potrebbero comunque intervenire su quanto non previsto dalla legge – ossia in materia di fecondazione eterologa – posto che sarebbero altrimenti impugnabili davanti al giudice amministrativo<sup>105</sup>. È invece chiaro che, dopo l'annullamento del relativo divieto, le norme legislative applicabili al caso – già vigenti per le restanti forme di P<sub>MA</sub> o in materie analoghe – risultano di fatto estese anche alla fecondazione eterologa (che è ora oggetto di un diritto); esse appaiono dunque più che idonee a porre i principi ai quali si dovranno ispirare ulteriori fonti e provvedimenti subordinati di rango statale o regionale.

Da queste considerazioni ha quindi preso corpo lo “strappo” messo in atto dalla Regione Toscana, la quale, con una sua particolareggiata delibera del 28 luglio 2014 – corredata da un ampio Allegato tecnico –

---

(103) Si pensi alle prescrizioni che la legge dedica ai requisiti soggettivi per l'accesso alle pratiche (con esclusione dei *singles*, delle coppie omosessuali, di chi può comunque procreare), ai divieti che continuano a riguardarla (ad esempio per la surrogazione di maternità o la commercializzazione di gameti ed embrioni), alle modalità espressive del consenso, all'indispensabile documentazione medica, ai criteri operativi che i medici devono assolutamente rispettare (ad esempio, la “gradualità”), alle invincibili conseguenze sullo *status* giuridico del nato (con l'innammissibilità dell'azione di disconoscimento di paternità, già sancita dalla Corte nella sent. n. 347/1998), sull'esclusione dell'insorgere di relazioni giuridiche parentali tra i donatori di gameti e i nati: la Corte se ne occupa in dettaglio al punto 11 del Considerato in diritto. Rilevano inoltre le numerose Direttive, attuate in Italia con appositi decreti legislativi, relative alle norme di qualità e di sicurezza della donazione, approvvigionamento, stoccaggio, distribuzione, controllo e rintracciabilità dei tessuti e delle cellule riproduttive destinate all'applicazione sull'uomo: vengono menzionate dalla stessa Corte – che invita a utilizzare al proposito gli «ordinari strumenti interpretativi» – e, ancor più nel dettaglio, dal Trib. Bologna, sez. I civ., 14 agosto 2014, che autorizza pertanto un centro medico ad applicare la tecnica in discorso alla coppia di ricorrenti pur in assenza dell'intervento del legislatore.

(104) Punto 4 del Considerato in diritto.

(105) M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa*, cit., p. 140.

ha predisposto una corposa disciplina tesa a regolare tutti gli aspetti medici, clinici e giuridici della PMA eterologa ancora privi di “copertura”. L’obiettivo era chiaro: consentire l’immediato avvio degli interventi nei Centri del proprio territorio, per i quali veniva addirittura stabilita la gratuità.

Tale delibera ha costituito il modello cui s’è successivamente ispirata la “Conferenza delle Regioni e delle Province autonome” nel predisporre il “Documento d’indirizzo sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014”<sup>106</sup>: un «accordo interregionale» avente «valenza transitoria» – nell’attesa cioè che il Parlamento intervenga – teso a fornire «indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale». Ne scaturiva un evidente “messaggio”: nonostante l’apparente sostegno alla tesi ministeriale, l’esistenza stessa del Documento dimostra infatti che un’ulteriore legislazione in materia non è davvero indispensabile<sup>107</sup>. Un approdo, quest’ultimo, che ha fatto finalmente breccia anche ai “piani alti”. Prova ne sia l’ondivago atteggiamento della Ministra: dopo aver predisposto il testo di un decreto legge (ritenendolo essenziale) – e contestato altresì l’attivismo degli enti territoriali – ella si è poi mostrata del tutto d’accordo con le scelte (ben diverse) operate dalla Conferenza delle Regioni<sup>108</sup>.

Nel Documento d’indirizzo si sottolinea pertanto «l’urgente necessità» che le tecniche di procreazione assistita omologa ed eterologa siano inserite nel d.P.C.M. di adeguamento dei LEA, così come definito nel “Pat-

---

(106) Questo documento è reperibile al sito dell’Istituto Superiore di Sanità. Ciò vale anche per tutti gli altri provvedimenti dai quali si sono ricavate le informazioni utilizzate in questo paragrafo.

(107) Il “Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”, è stato quindi istituito – presso l’Istituto Superiore di Sanità, Centro Nazionale Trapianti, e nell’ambito del Sistema Informativo Trapianti – dall’art. 1, comma 298, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 (Legge di stabilità 2015), che peraltro nulla dice circa il necessario rispetto della *privacy* dei donatori, dando luogo a un’incertezza che potrebbe non essere priva di effetti.

(108) R. VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi “indirizzi operativi” della Conferenza delle Regioni*, in *Studium Iuris*, 2014, p. 1256.

to per la Salute 2014-2016". Esso contiene pertanto una serie di puntuali prescrizioni e di circostanziate indicazioni cliniche che – man mano che tale accordo verrà recepito dalle singole Regioni o Province autonome – permetterà la somministrazione del trattamento. Tale Documento si occupa insomma dei variegati problemi operativi (anche di dettaglio) connessi alla tecnica in discorso<sup>109</sup>.

Dopo tale Documento d'indirizzo, la Conferenza ha altresì adottato un'ulteriore delibera che definisce la «tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa»<sup>110</sup>. Vi si ribadisce (con più forza) il principio per cui la PMA anche eterologa va comunque considerata un LEA sebbene si sia ancora in attesa del suo formale inserimento nell'apposito d.P.C.M.; si afferma pertanto (ed esplicitamente) che è condivisa dalle Regioni e dalle Province autonome la necessità di definire – in questa fase transitoria – «una tariffa unica convenzionale che quantifichi i costi per queste attività anche al fine di regolare le eventuali compensazioni relative alla mobilità interregionale». Segue una dettagliata «proposta di tariffe convenzionali da utilizzare nelle Regioni e Province autonome, oltre che per la relativa compensazione della mobilità interregionale».

Questo stesso documento tuttavia prende atto che «la Regione Lombardia ha comunicato che fino a quando le prestazioni di PMA non verranno ricomprese nel d.P.C.M. che individua i LEA, le stesse saranno a carico dell'assistito anche qualora venissero rese da strutture di altre Regioni». È una prima crepa che sembra aprirsi nel fronte, apparentemente monolitico, delle amministrazioni regionali.

Ciò che è accaduto dopo l'adozione di tali accordi – a prescindere dal caso tutto particolare della Regione Lombardia – conferma comunque che il nostro "federalismo sanitario regionale" presenta qualche pecca. Nel momento in cui si scrive esiste così un cospicuo gruppo di Regioni che non ha neanche recepito il Documento d'indirizzo cui aveva comunque prestatato il proprio consenso (da qui anche la diffida legale del 19 novembre 2014 notificata all'Assessora alla salute della Regione Si-

---

(109) Per una dettagliata ricostruzione del Documento v. R. VILLANI, *La caduta del divieto*, cit., p. 1252 ss.

(110) Il documento è datato 25 settembre 2014.

culia); un altro gruppo di enti lo ha invece adottato, mettendo meglio a fuoco qualche ulteriore regola applicativa; in molti casi lo si è invece recepito puramente e semplicemente (nulla di più). Ovunque i problemi sono però di carattere pratico e (per quanto riguarda le strutture pubbliche) finanziario.

Tra gli ostacoli si veda, ad esempio, il ritardo con cui alcune realtà regionali stanno precisando l'ammontare dei *ticket* per queste prestazioni sino a oggi non contemplate. E va anche rimarcato l'immobilismo di talune Regioni che – a gennaio 2015 inoltrato – stanno ancora «valutando la possibilità di applicare gli indirizzi operativi forniti dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e le relative tariffe»<sup>111</sup>; in pratica il nulla.

È chiaro che una procedura come quella in discorso – anche a seguito degli opportuni accertamenti medici introdotti dai Documenti sin qui evocati – non è di facile avvio. La donazione di gameti non è una “passeggiata” (soprattutto per le donne) e le verifiche cliniche cui si devono sottoporre i volontari e le volontarie sono spesso gravose. Risulta pertanto comprensibile che la messa a regime di una simile procedura, dopo dieci anni di “fermo” forzato, richiederà tempi adeguati.

Per questi motivi – tanto per fare un esempio – la Regione Emilia-Romagna, che è stata una delle prime a muoversi, ha sinora potuto realizzare ben pochi trattamenti nelle sue strutture pubbliche<sup>112</sup>. Anche presso le cliniche private della Regione risulterebbe in corso, al momento, un numero esiguo di procedure in fase avanzata: con un costo, per famiglia, che si aggirerebbe tra i 4.500 e i 5.000 euro<sup>113</sup>. In tutte le strutture sono poi moltissime le coppie in lista d'attesa: per quanto riguarda le aziende pubbliche si calcolano – forse pessimisticamente – anche tre o quattro anni di prevedibile ritardo. Non è affatto poco, specie conside-

---

(111) Così nella risposta del Presidente della Regione Campania (Stefano Caldoro) al *question time* di due Consiglieri regionali del 10 dicembre 2014 (reperibile al sito dell'Associazione “Luca Coscioni”).

(112) Dal *Resto del Carlino – Rimini* del 19 gennaio 2015, si apprende che tre gravidanze sono state avviate presso l'Ausl Romagna nel dicembre 2014, ma i problemi di reperimento dei donatori continuano.

(113) Si v. *La Repubblica – Bologna* dell'11 dicembre 2014.



rando che le percentuali di successo calano sensibilmente all'aumentare dell'età dei riceventi e che molte coppie supereranno – proprio durante l'attesa – il limite dei 43 anni, già ora fissato dalle linee guida regionali per essere ammessi alla procedura (sul quale – sia detto per inciso – il dibattito non manca). La legge 40/2004, in altri termini, continuerà a mietere vittime ancora per un bel po', né troveranno risposta (almeno a breve) talune delle censure contenute nella stessa pronuncia costituzionale: si continueranno insomma a discriminare, *de facto*, le coppie meno abbienti.