

Un divieto sproporzionato e irragionevole. La Corte costituzionale e la fecondazione eterologa nella sentenza n. 162 del 2014

di Alessandra Pioggia

Con la sentenza n. 162 del 2014 la Corte costituzionale dichiara con nettezza l'incostituzionalità della scelta formulata dal legislatore della legge 40 del 2004 di vietare la tecnica di fecondazione assistita attraverso gameti provenienti da donatori esterni alla coppia: la cosiddetta fecondazione eterologa.

L'argomento che sorregge tutto l'impianto della pronuncia, ripetuto a più riprese e sotto diversi profili, è quello della irragionevolezza del divieto censurato. Una irragionevolezza fondata sulla sproporzione del rimedio: impedire la fecondazione eterologa, rispetto al problema che si assume voler evitare attraverso tale soluzione legislativa: il rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale. Da tale sproporzione discende l'assoluta irragionevolezza nel bilanciamento che in questo modo il legislatore ha inteso realizzare fra il diritto della coppia a formare una famiglia e quello del nascituro a conoscere la propria identità genetica.

Quest'ultimo diritto, come la Corte riconosce ampiamente, è già stato oggetto di regolazione in situazioni che pongono questioni di identità genetica non condivisa con quella dei genitori, e la sua necessaria tutela ha suggerito soluzioni che lo hanno contemperato ragionevolmente con gli altri diritti in gioco, senza mai esitare in soluzioni radicali come quella di vietare le pratiche che danno luogo ad una genitorialità non naturale. Nel caso dell'adozione, la segretezza delle informazioni sui genitori naturali è temperata dalla possibilità, nei casi e nei modi previsti dalla legge, dell'adottato e dei genitori adottivi di conoscere le informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici. Nel caso della scelta della madre di non essere

nominata nell'atto di nascita, è stata la stessa Corte a ritenere in contrasto con la Costituzione l'irreversibilità del segreto, rimuovendola e invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale, garantendo, al tempo stesso, il suo diritto all'anonimato (sentenza n. 278 del 2013).

A proposito del diritto del nato a conoscere la sua provenienza, tuttavia, non si può non notare come, rispetto ai casi dell'adozione e della scelta materna di non essere menzionata nell'atto di nascita, l'ipotesi della fecondazione eterologa presenti delle peculiarità rilevanti. I donatori di gameti, infatti, non possono essere configurati come "genitori", sia pure solo biologici. Nel momento in cui ci si separa, donandolo, da un proprio gamete non c'è alcun "figlio". Il gamete ha la possibilità di dare effettivamente luogo ad un embrione vitale soltanto se unito ad un altro gamete e l'embrione ha la possibilità di svilupparsi soltanto una volta impiantato in un utero femminile. Dal gamete al figlio, quindi, il percorso è lungo e coinvolge altri individui. Su quali di questi possano essere alla fine chiamati "genitori" l'ordinamento, attraverso il rinnovo dell'articolo 231 del codice civile, ma anche attraverso la legge 40, parla chiaro: si tratta dell'uomo e della donna che formano la coppia nell'ambito della quale il figlio nasce. Del resto, anche dopo la sentenza della Corte resta vigente la previsione di cui all'articolo 9, comma 3 della legge 40, in base alla quale "il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato", dimostrando come sia anche giuridicamente errato utilizzare il termine "genitori" per i donatori. Ciò naturalmente non fa venire meno il diritto a conoscere la propria identità genetica, ma certamente consente di tutelare tale diritto in forme diverse da quelle previste nei casi in cui si sia separati dai propri genitori naturali. Ad essere oggetto di conoscibilità ad esempio possono essere, così come accade in Spagna, informazioni generali sui donatori senza che ne sia rivelata l'identità, salva l'ipotesi del pericolo certo per la vita e la salute del bambino nato.

In questa prospettiva allora appare più chiaro anche perché la Corte, dopo aver posto il problema, nei passaggi successivi della propria pronuncia, ritenga, per così dire, risolta, ad ordinamento vigente, la questione della conoscibilità o meno dell'autore della donazione di gameti attraverso il rinvio al principio dell'anonimato del donatore, presente nella disciplina sulla donazione di tessuti e cellule umani. Una previsione che peraltro non vieta in assoluto l'accesso alle informazioni mediche del donatore, comprese quelle genetiche, aprendo la strada ad un modello simile a quello spagnolo.

Quel che è certo, comunque, è che i giudici costituzionali mostrano di non considerare affatto l'attuale obbligo di anonimato del donatore un ostacolo alla legittimità della fecondazione eterologa, ferma restando in capo al legislatore la scelta sull'eventuale, ma certamente allo stato non necessaria, modifica di tale previsione.

Molto più articolate sono le considerazioni che la Corte riserva alla ricostruzione del diritto della coppia ad avere dei figli. Quest'ultimo è riconosciuto innanzi tutto come espressione di una libertà, una libertà fondamentale ed essenziale nel nostro sistema costituzionale, quella di autodeterminarsi. L'aggancio all'autodeterminazione dell'individuo, libertà intima e profonda che tocca la sfera intangibile della persona umana, assume un significato di grande momento: il fondamento costituzionale che regge la tutela della scelta di diventare genitori si basa prima ancora che sulla protezione della famiglia (art. 31), sul riconoscimento dei diritti fondamentali della persona umana e sulla tutela offerta al suo pieno sviluppo come individuo (artt. 2 e 3). Ciò non può non influenzare anche il concetto stesso di famiglia, che come può dirsi formata anche in assenza di figli, così può ugualmente dirsi tale quando i figli non possiedano il patrimonio genetico dei genitori. I giudici non vanno oltre quanto necessario alla decisione, ma non c'è dubbio che la stretta relazione fra autodeterminazione e modalità di costituzione di

una famiglia possa aprire la strada anche ad altre riletture di quest'ultima nozione. Basti pensare all'altra recentissima sentenza sulla illegittimità costituzionale della disciplina che nel nostro ordinamento prevede la cessazione automatica degli effetti del matrimonio ove uno dei due coniugi ottenga la rettificazione di sesso, acquisendo con ciò una identità sessuale identica a quella dell'altro. Anche qui la Corte fa significativamente riferimento alla libertà di autodeterminarsi delle persone e alla irragionevole compressione di tale diritto che deriva da un sistema giuridico, il nostro, che non prevede una soluzione, se pur diversa da quella del matrimonio eterosessuale, per garantire stabilità e tutela alle unioni fra persone dello stesso sesso (sentenza 170 del 2014). La logica è identica: prevedere un unico modello di realizzazione e riconoscimento dei legami affettivi o genitoriali e vietare, o comunque rendere impossibile, qualcosa di diverso, viola la libera autodeterminazione delle persone e impedisce la piena realizzazione di sé a coloro le cui condizioni e le cui scelte non si adeguano al modello prevalente. Naturalmente ciò non comporta che la libertà di autodeterminarsi nella costruzione di tali legami possa esplicarsi senza limiti, ma impone che tali limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico e certamente meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possano concretarsi in divieti assoluti. Il richiamo è alla necessità di bilanciare, nel pieno rispetto della proporzionalità dei sacrifici imposti a ciascuno, diritti e interessi collegati fra di loro.

Nella ricostruzione della tutela costituzionale della scelta di diventare genitori la Corte, però, non si ferma al riconoscimento di tale decisione come espressione di una libertà intima e profonda. La piena realizzazione di sé attraverso la procreazione è anche espressione di un altro diritto fondamentale: quello alla salute. Ciò vale sotto un duplice profilo. Da un lato non c'è dubbio che la frustrazione della possibilità di autodeterminarsi, realizzandosi anche come genitore, crei una sofferenza psicologica nella quale sta una lesione della salute dell'individuo, intesa, così come è oggi e da tempo, anche come benessere psichico

e sociale. Il divieto di pratiche idonee a realizzare la propria aspirazione ad avere un figlio tramite la fecondazione eterologa, viola quindi la salute degli individui, infliggendo loro una sofferenza psichica e vulnerando il loro benessere sotto questo sensibilissimo profilo. Dall'altro lato, è anche evidente come l'impossibilità fisica di procreare costituisca una "disabilità", se pur largamente intesa, e come sia preciso dovere della Repubblica, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 32 della Costituzione, tutelare la salute garantendo "una cura" a tale disabilità. Quale sia la cura, tuttavia, non può essere oggetto di pura discrezionalità legislativa. Per intendersi il legislatore non potrebbe sostenere che la sterilità di coppia si cura con l'adozione. Laddove la scienza medica riconosca l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee, saranno queste a dover essere assicurate dalla Repubblica.

Né si può dire che la fecondazione eterologa non sia una terapia, in quanto incapace di curare la sterilità o l'infertilità, e in contrasto con la "naturale" modalità della procreazione. L'argomento è immediatamente contestabile, dal momento che, a volerlo prendere sul serio, non costituirebbero terapie neppure la dialisi o una protesi ortopedica.

Ma c'è di più. La Corte ha già lucidamente rigettato da tempo l'idea che la salute corrisponda all'integrità del corpo secondo la funzione che la "natura" gli ha assegnato, riconoscendo piuttosto come essa si possa invece realizzare proprio nell'adeguamento del corpo a quella percezione di sé e del proprio benessere che ciascuno vive nella sua sfera più intima e profonda (sentenza n. 161 del 1985). La sentenza che trenta anni fa utilizzava tale ordine di considerazioni riguardava la legge sul transessualismo, ma non c'è dubbio che molti degli argomenti possano essere estesi al rapporto fra corpo e benessere nel caso della fecondazione eterologa, basti pensare, ad esempio, alla possibilità di gravidanza che tale pratica terapeutica consente alla donna sterile.

Dalle considerazioni della Consulta sopra richiamate emerge una dimensione articolata dell'aspirazione a divenire genitori: oggetto insieme di una libertà,

espressione dell'autodeterminazione individuale, e di un diritto sociale, quello alla salute.

Nel suo manifestarsi come libertà intima e profonda che tocca la sfera intangibile della persona umana essa è incoercibile, ovvero impossibile da vietare ad alcuni (in particolare alle persone sterili) nella sua manifestazione ed espressione concreta. Potrà essere sì limitata, ma unicamente nella misura in cui le condizioni che vengono poste alla sua espressione siano strettamente necessarie e proporzionate alla tutela di un altro diritto al quale la Costituzione riconosca eguale garanzia.

Nel suo manifestarsi come aspetto del diritto alla salute, l'aspirazione alla genitorialità impone invece alla Repubblica di intervenire positivamente affinché non soltanto tale diritto non sia violato da norme che provocano irragionevoli e sproporzionate lesioni del benessere psichico delle persone, ma sia pienamente realizzato, mettendo a disposizione le tecniche che la scienza medica ritiene idonee a superare lo stato di disabilità che impedisce di realizzarlo. Tale compito spetta innanzi tutto alle istituzioni pubbliche del servizio sanitario nazionale, non potendosi ripetere la situazione previgente l'intervento della legge 40, in cui le pratiche eterologhe erano di fatto consentite solo alle strutture private. Una volta riconosciuto il collegamento fra tale tipo di fecondazione e il diritto alla salute, alla Repubblica spetta il compito fondamentale di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono alla sua realizzazione in maniera eguale per tutti coloro che ne abbiano bisogno. Significativamente la Corte richiama l'irragionevole disparità che si è realizzata fino ad oggi fra coloro che potevano permettersi di recarsi all'estero, e accedere perciò ai trattamenti vietati in Italia, e coloro che non avevano tale possibilità economica.

In sintesi, la fecondazione eterologa non soltanto non può essere vietata, ma deve essere garantita dal servizio sanitario come valida alternativa terapeutica a coloro che presentino una sterilità non curabile diversamente.

Ma la Corte non si ferma qui. Dopo aver riconosciuto l'incostituzionalità del divieto di ricorrere a tecniche di fecondazione che utilizzino gameti esterni alla coppia, i giudici si fanno carico di dimostrare come, una volta eliminato tale divieto, la disciplina vigente, fatta salva la necessaria integrazione delle sole linee guida del Ministero, sia già idonea a regolare la gran parte delle questioni che si pongono in proposito.

La Corte esclude che possano rivivere le norme originariamente abrogate dalla legge 40, ma dimostra, al tempo stesso, come quelle che restano vigenti siano in larga misura sufficienti alla disciplina della fecondazione eterologa. In parte ciò dipende dalla circostanza per cui il legislatore della legge 40, consapevole del fatto che ciò che vietava in Italia era possibile nel resto d'Europa, si era già preoccupato di regolare l'ipotesi in cui una coppia, recatasi all'estero a questo fine, avesse effettivamente concepito un bambino utilizzando gameti donati. Quindi risultano oggi regolati dalla stessa legge oggetto di scrutinio di costituzionalità molti degli aspetti che riguardano la genitorialità eterologa.

In primo luogo la certezza "giuridica" di paternità e maternità del figlio nato a seguito di una fecondazione con gameti esterni alla coppia, a garanzia del figlio stesso e a protezione della famiglia in questo modo costituita. Ai sensi dell'articolo 9 della legge 40, il ricorso alla fecondazione eterologa non consente al coniuge o al convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti di esercitare l'azione di disconoscimento di paternità e la madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata nell'atto di nascita del figlio. Il quadro è completato dalla previsione, anch'essa vigente e già citata prima, in base alla quale il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto, né essere titolare di obblighi.

Non è possibile qui non notare la particolare tutela che viene offerta alla relazione di genitorialità con coloro che anche la legge considera il padre e la madre del figlio eterologo, una tutela che appare molto più stringente di quanto accada nel caso di concepimento cosiddetto “naturale”. In questo caso il bilanciamento fra i diritti del figlio concepito attraverso una donazione di gameti e i diritti del padre e della madre sposta ragionevolmente l’ago verso i primi, proteggendo il nato ed assicurando ad esso un legame giuridicamente indissolubile con i genitori.

Per quanto concerne la pratica di fecondazione, la Corte ritiene correttamente che la disciplina dettata dalla legge con limitato riferimento all’unica prevista come possibile, quella cosiddetta omologa, valga ora anche per quella eterologa. Basterà allora far riferimento alle disposizioni della legge 40 per sapere chi può accedervi: coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi, in cui uno od entrambi i partner siano affetti da sterilità o infertilità assolute; in che modo debba svolgersi il procedimento terapeutico: gradualità delle tecniche e consenso informato della coppia che vi si sottopone; presso quali strutture: pubbliche e private autorizzate dalle regioni e iscritte al relativo registro nazionale; e, infine, ciò che resta vietato: la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione di maternità.

Per quanto non ricavabile dalla legge 40, la Corte ritiene possano valere alcuni principi discendenti da altre leggi vigenti. In particolare la disciplina sulla donazione di cellule e tessuti umani (d.lgs. 191 del 2007) che, esemplificativamente, prevede la gratuità e volontarietà della donazione, disciplina le modalità del consenso del donatore, ne prevede, come già considerato, l’anonimato e, infine, regola le esigenze di tutela del donatore e del ricevente sotto il profilo sanitario.

Con buona pace di coloro che, dopo la notizia dell’avvenuta dichiarazione di incostituzionalità del divieto di eterologa, hanno sostenuto che senza una legge che

organicamente torni a disciplinare i diversi aspetti della fecondazione con gameti donati, non sarà possibile porla in essere anche nel nostro Paese, la Corte, dopo aver dimostrato che non ci troviamo certo di fronte ad un vuoto normativo, si limita a richiamare la necessità di un aggiornamento delle linee guida del Ministero, limitatamente, peraltro, alla questione del numero delle donazioni possibili da parte del medesimo donatore di gameti.

A questo punto appare davvero difficile fermare un processo così ben avviato.