

IL DIVIETO DI FECONDAZIONE ETEROLOGA VIOLA IL DIRITTO COSTITUZIONALE ALLA SALUTE?

1. Le questioni di costituzionalità.

Il divieto di fecondazione eterologa stabilito dall'art. 4 comma 3 della legge 40/04 e da altre disposizioni ad essa collegate viene ritenuto, da due dei Giudici remittenti, contrastante anche con l'articolo 32 della Costituzione.

In particolare l'ordinanza del Tribunale di Milano del 2/2/2011 rileva che "con il divieto di fecondazione eterologa si rischia di non tutelare l'integrità fisica e psichica delle coppie in cui uno dei componenti non presenta gameti idonei a concepire un embrione".

Secondo il Giudice, "non pare contestato che le tecniche di PMA debbano essere qualificate come rimedi terapeutici": ciò "sia in relazione ai problemi che ne risultano implicati, sia perché consistono in un trattamento da eseguirsi sotto diretto controllo medico, finalizzato a superare una causa patologica comportante un difetto di funzionalità dell'apparato riproduttivo di uno dei coniugi (o conviventi) che impedisce la procreazione, rimuovendo, nel contempo, le sofferenze psicologiche connesse alla difficoltà di realizzazione della scelta genitoriale".

Le pratiche di fecondazione eterologa sono definite dal Giudice di Milano "protocolli terapeutici" e, pertanto, sarebbe applicabile al divieto in questione il dettato della Corte Costituzionale ribadito nella sentenza n. 151 del 2009, che ha dichiarato illegittimo il limite massimo di tre embrioni producibili: "la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali".

Queste premesse – per la verità non particolarmente approfondite – portano il Giudice di Milano a sollevare questione di costituzionalità del divieto sia in riferimento all'art. 32 comma I che in riferimento all'art. 32 comma II della Costituzione: se è comprensibile e coerente il richiamo al primo comma ("La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo ..."), perché si sostiene che tale divieto impedisce di tutelare pienamente la salute, appare oscuro il riferimento al secondo comma della norma costituzionale ("Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"): anche ammettendo che la PMA sia un "trattamento sanitario", non si riesce a comprendere come il *divieto* di procedere allo stesso corrisponda ad un *obbligo di sopportare un trattamento sanitario*.

Fra l'altro si deve ricordare che la valutazione di incostituzionalità espressa con la sentenza Corte Costituzionale 151/09 cit. era fondata sulla violazione del *primo* comma dell'art. 32 della Costituzione, cioè sull'irragionevole aumento del rischio di patologie alla salute della donna e del feto derivante dalla reiterazione delle stimolazioni ormonali, mentre in nessun modo veniva recepita la ricostruzione della normativa come obbligatoria la donna ad un trattamento sanitario.

Anche l'ordinanza del Tribunale di Catania 21/10/2010 solleva la questione di costituzionalità del divieto di fecondazione eterologa con riferimento, tra l'altro, all'articolo 32 commi I e II della Costituzione.

Secondo il Giudice remittente il divieto “rischia di compromettere l'integrità fisiopsichica delle coppie infertili o sterili”; infatti “le coppie con problemi di sterilità potrebbero essere costrette, nei casi in cui, in base a valutazioni di tipo medico-scientifico, si dovesse accertare che l'unico metodo sicuro atto a risolvere i loro problemi procreativi fosse il ricorso alla fecondazione di tipo eterologo, a sottoporsi a delle pratiche mediche meno indicate, dai risultati più incerti e magari pericolosi per la salute, stante il divieto di ricorrere alla metodologia scientifica nel caso concreto più adatta e più sicura da un punto di vista medico”.

Come si vede, il Giudice presuppone che le tecniche integrino una “cura”: successivamente si afferma, infatti, con le stesse argomentazioni del Giudice di Milano, che esse debbano essere qualificate come “rimedi terapeutici”: si richiama, quindi, la giurisprudenza della Corte Costituzionale, formata con le sentenze n. 282 del 2002 e 151 del 2009, che statuisce che “salvo che non entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è di norma il legislatore a poter stabilire direttamente e specificatamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione”.

In aggiunta a queste considerazioni, il Tribunale di Catania ravvisa un pericolo per la integrità psicofisica della coppia, in violazione dei limiti imposti dal rispetto della persona umana e in violazione del diritto fondamentale alla salute, nel “turismo procreativo”: “molte coppie sono costrette a recarsi all'estero, in quei paesi dove tale tecnica è ammessa, affrontando sia il disagio psicologico ed emotivo di allontanarsi dal luogo degli affetti per ottenere ciò che in Italia è concesso solo alle coppie con meno gravi rischi di infertilità, sia il rischio di essere contagiati da malattie trasmesse dal donatore o dalla donatrice, per carenza di controlli o di informazioni”.

Si deve subito notare, con riferimento a questa seconda ordinanza, che essa presenta in maniera non realistica la situazione in cui si trovano di fronte le coppie sterili in conseguenza del divieto di pratiche di fecondazione eterologa: tali coppie, nelle quali uno dei componenti è affetto da sterilità assoluta (come nel caso della donna ricorrente in quella causa: affetta da menopausa precoce, per essa è stata appunto diagnosticata una sterilità assoluta), il divieto in questione non permette affatto di accedere a tecniche diverse “meno indicate, dai risultati più incerti e pericolose per la salute”. La fecondazione eterologa (nel caso in questione: l'ovodonazione) è *l'unico* rimedio possibile (infatti la diagnosi emessa nei confronti della donna è che “l'unica via seriamente percorribile per risolvere i problemi di infertilità era il ricorso alla ovodonazione”). Ancora una volta, insomma, il divieto di cui si discute non “costringe” le coppie a sottoporsi a trattamenti più rischiosi, ma, più semplicemente, vieta il ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale.

2. Il procedimento davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

La prospettazione del divieto di fecondazione eterologa come lesivo del diritto alla salute non era presente nei ricorsi proposti davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella controversia S.H. e altri contro l'Austria.

Come è noto le ordinanze di remissione alla Corte Costituzionale si fondano quasi esclusivamente sulla violazione dell'art. 117 della Costituzione, norma “tramite” per veicolare nel nostro ordinamento i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo così come interpretati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; in particolare una terza ordinanza di remissione, quella del Tribunale di Firenze del 6/10/2010, eccipisce solo la violazione degli artt. 3 e 117 della Costituzione in riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea.

La sentenza della Grande Camera della Corte Europea del 3/11/2011, che ha ribaltato il giudizio espresso dalla Prima Sezione della Corte il 1/4/2010, affermando l'insussistenza della violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione da parte della legislazione austriaca che vieta parzialmente il ricorso a pratiche di

fecondazione eterologa, fa sì che – di fatto – quella della lesione del diritto alla salute sia l'unica prospettiva ancora sostenibile, non potendosi, appunto, più ritenere che il divieto violi l'articolo 117 della Costituzione alla luce dell'interpretazione "autentica" della Convenzione fornita dalla Corte Europea.

Si diceva che, nella causa europea, questa prospettiva era assente da parte dei ricorrenti; la violazione del diritto alla salute sembra una "specialità" italiana, non a caso proposta alla Corte solo da due associazioni italiane (Hera Onlus e Infertilità Onlus) che sostenevano che "l'infertilità dovrebbe essere affrontata come un aspetto della salute umana" e ponevano l'accento sul fenomeno del turismo procreativo, in quanto "le coppie che si recano all'estero per il trattamento di infertilità sono esposte al rischio di norme di qualità basse e di stress finanziario ed emotivo".

Non si può non sottolineare come tale prospettiva sia stata ignorata dalla Grande Camera (ma, in realtà, nemmeno la Prima Sezione, nella pronuncia del 2010, aveva fondato la sua pronuncia sotto questo profilo); del resto i ricorrenti austriaci non l'avevano affatto proposta: ci si deve chiedere se ciò sia mera conseguenza del fatto che la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non salvaguarda esplicitamente il diritto alla salute o se, in realtà, l'estraneità della tematica "tutela del diritto alla salute della coppia" alla controversia decisa in sede europea corrisponda all'inconsistenza di essa. La trattazione permetterà di giungere ad una risposta a questo interrogativo.

3. La rilevanza della sentenza della Corte Costituzionale n. 151 del 2009

Fin da subito si deve rimarcare la sostanziale differenza della problematica portata all'esame della Corte Costituzionale con quella già oggetto di pronuncia con la sentenza n. 151 del 2009.

In quella sede si valutava la ragionevolezza del limite massimo di tre embrioni producibili stabilito dall'articolo 14 comma 2 della legge 40: quindi si regolamentava una fase della tecnica in cui la produzione di embrioni era già in atto. Non a caso la Corte Costituzionale fondava la sua pronuncia di illegittimità della normativa sulla constatazione che la legge rivelava un "limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza" (in parole povere: possano morire in conseguenza del mancato attecchimento); si consentiva, quindi, "un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge".

Al termine delle ulteriori considerazioni (che qui non è necessario ricordare), la Corte giungeva, quindi, al giudizio di irragionevolezza della normativa, in quanto il numero massimo fissato impediva al medico di valutare il singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto.

Il divieto di ricorso alle pratiche di fecondazione eterologa si situa, invece, in una fase diversa, *anteriore*, delle procedure di fecondazione artificiale: essa, infatti, vieta la produzione di embrioni in determinati casi e, quindi, non permette affatto al medico di esercitare la sua valutazione discrezionale e tecnica.

Il divieto in questione, quindi, riguarda la fase dell'accesso alle tecniche e, non a caso, viene dettato dall'art. 4 che, appunto, riguarda l' "accesso alle tecniche", a sua volta inserito nel Capo II che ha il medesimo titolo.

In determinate situazioni le coppie non possono procedere *tout court* alle tecniche di procreazione medicalmente assistita in forza del divieto. Ai medici, quindi, in quelle situazioni non viene attribuita o negata discrezionalità nella pratica medica; viene, piuttosto, impedito di procedere oltre. Così come il medico, di fronte ad una coppia di minorenni che chiede di sottoporsi alle tecniche di PMA, deve rispondere negativamente, nello stesso modo deve rispondere di fronte ad una coppia in cui uno dei componenti è

assolutamente sterile: “non si può procedere alla PMA perché l’unica forma utile, quella eterologa, è vietata” (qui si richiama le osservazioni preliminari svolte con riferimento all’eccezione di costituzionalità del Tribunale di Catania).

La diversa natura della situazione oggi all’esame della Corte Costituzionale rispetto a quella valutata con la sentenza n. 151 del 2009 si deduce anche dalla constatazione che la salute che quella pronuncia intendeva tutelare *non* è la salute il cui diritto i giudici remittenti ritengono leso: la sentenza n. 151 intendeva tutelare la salute *della donna che si sottopone alla procreazione medicalmente assistita*: essa, secondo la Corte, era messa in pericolo dalle ripetute stimolazioni ormonali necessarie per la necessità di reiterazione dei cicli di fecondazione (moltiplicazione dei cicli di fecondazione, aumento dei rischi di insorgenza delle patologie che alla iperstimolazione sono collegate); la Corte voleva, poi, tutelare la salute della donna *incinta* in conseguenza dell’applicazione delle tecniche di PMA, collegata al rischio di gravidanze multiple.

I Giudici remittenti, invece, ritengono leso il diritto alla salute della *coppia* (non solo della donna) sotto il profilo dell’impossibilità a generare un figlio; per usare un termine ormai noto, sarebbe leso *il diritto della coppia alla salute riproduttiva*, mentre, ovviamente, nessun rischio analogo a quello valutato dalla sentenza 151 può venire in considerazione, in quanto il divieto impedisce di procedere oltre nelle tecniche.

4. La legge 40: le tecniche di PMA non sono attinenti alla tutela della salute.

Un’analisi attenta della legge 40 del 2004, però, dimostra che il legislatore non considera affatto le tecniche di PMA come relative alla tutela della salute. Ciò in quanto tali tecniche non sono considerate “cure”, terapie.

L’articolo 1 comma 2, in primo luogo, permette il ricorso alle tecniche solo come *extrema ratio*, quando non esistono altri rimedi terapeutici efficaci per rimuovere le cause della sterilità o infertilità: distingue, quindi, chiaramente tra le *terapie* che rimuovono le malattie e le *tecniche* che non le curano. Si può notare l’uso ripetuto del termine *tecniche*, ad indicarne la natura differente.

Ma anche l’espressione “procreazione medicalmente assistita”, a ben vedere, sembra adottata proprio per indicarne una natura diversa rispetto alle terapie: il medico non riesce a “rimuovere le cause della sterilità e infertilità”, si limita a fornire “assistenza medica” alle pratiche di procreazione artificiale.

L’articolo 4 comma 1 conferma questa distinzione, permettendo l’accesso alle tecniche di PMA solo se l’infertilità o sterilità *sussiste e permane* e, quindi, non viene curata.

Le norme sull’accesso alle tecniche sono coerenti con questa impostazione.

Se si trattasse di terapia di una patologia, apparirebbe incomprensibile e illegittimo ogni limitazione all’accesso o divieto concernente determinati tipi di tecnica: perché impedire una terapia a una coppia di soggetti *non conviventi*, oppure a una coppia di soggetti *minorenni*? Eppure entrambe le coppie potrebbero – se non fossero coppie sterili – generare naturalmente figli.

E perché, appunto, vietare la *fecondazione eterologa*? Eppure si tratta, nel caso di sterilità assoluta di uno dei componenti la coppia, dell’unico rimedio utile per generare un figlio.

E ancora: come si può concepire l’adozione o l’affidamento di bambini come *alternativa ad una terapia*? Eppure l’articolo 6 comma 1 prevede come obbligatoria l’indicazione alla coppia di questa possibilità, “alternativa alla procreazione medicalmente assistita”.

E inoltre: come è possibile che il ricorso ad una terapia dipenda dal *consenso di un’altra persona*? Eppure, se la coppia è infertile, il ricorso alla procreazione medicalmente assistita sarà possibile solo se entrambi i componenti vi consentono e, di conseguenza, il rifiuto di uno dei due impedirà all’altro di accedervi (gli impedisce di *curarsi*?).

E infine – e soprattutto: come è possibile che venga stabilita l'impossibilità di revocare il consenso ad una *terapia* dopo un certo momento (la fecondazione dell'ovulo)? Le regole sul consenso informato contemplano il principio esattamente opposto, che cioè il consenso deve permanere durante tutta la durata della terapia. Si noti che l'impossibilità di revoca del consenso scatta *prima* che la presunta terapia abbia successo, perché l'embrione creato *in vitro* non è stato ancora trasferito nell'utero materno e una gravidanza non ha avuto inizio.

5. Le tecniche di PMA sono terapie?

Se questa è la valutazione legislativa delle tecniche – che cioè esse non sono terapie di una patologia, ma qualcosa di diverso e ulteriore e, pertanto, il legislatore si riserva la libertà di limitarne l'accesso, vietarne alcune tipologie e, più in generale, regolamentarle in ragione della sussistenza di interessi contrapposti (primi fra tutti quelli dei concepiti) – occorre ribadire che si tratta di una valutazione corrispondente alla realtà delle tecniche.

Effettivamente le tecniche di fecondazione artificiale non sono state sviluppate per curare le patologie delle persone, ma piuttosto per giungere alla produzione di embrioni pur in presenza di tali patologie, di cui non si procede a terapia.

La fecondazione eterologa permette di comprendere adeguatamente questa affermazione. Nel caso di donna totalmente sterile (è il caso della donna affetta da menopausa precoce), impossibilitata a "produrre" ovociti fecondabili dal seme maschile, il rimedio è, come si è visto, quello dell'ovodonazione. Ebbene: da una parte l'uomo non verrà in alcun modo "curato", ma gli verrà richiesto esclusivamente di fornire il proprio seme al di fuori di un rapporto sessuale; dall'altra parte, anche la donna non sarà "curata", atteso che sarà un'altra donna ad essere sottoposta a stimolazione ormonale e al prelievo di ovociti; il tentativo di fecondazione sarà eseguito in provetta e, solo a questo punto l'ovulo fecondato verrà trasferito nel corpo della donna: ma quest'ultimo trattamento non sarà una "terapia" nei confronti della donna, in quanto il trasferimento avverrà soltanto se il suo corpo non presenterà patologie attinenti alla possibilità di accogliere l'embrione.

Il caso di sterilità assoluta maschile – cioè dell'incapacità dell'uomo di produrre spermatozoi aventi potenzialità generativa – porta a considerazioni analoghe: l'uomo sterile non sarà in alcun modo curato (egli rimarrà del tutto estraneo alle tecniche di fecondazione artificiale), altro uomo fornirà il proprio seme e la donna avrà trasferito un embrione senza, a sua volta, essere curata in alcun modo (perché, di per sé, ella è in grado di fornire ovociti fecondabili ed è, ancora, in grado di ricevere embrioni in una gravidanza).

Quindi le tecniche di PMA non curano alcuna patologia di uno dei componenti della coppia richiedente. Il considerare tali tecniche "terapie" e il ritenere, quindi, la fecondazione eterologa una terapia dell'infertilità della coppia sterile o infertile porta, inevitabilmente, a considerare qualunque limitazione incomprensibile e inaccettabile.

Si pensi all'esempio di una coppia in cui *entrambi* i componenti sono irrimediabilmente sterili: l'uomo, perché incapace di fornire seme capace di fecondare, la donna, perché incapace di fornire ovociti fecondabili. Questo esempio trova una sua soluzione nell'utilizzo di due diverse persone, un uomo e una donna, per acquisire i gameti, fecondarli in provetta e poi trasferire l'embrione nel corpo della donna facente parte della coppia richiedente.

Ma se la donna è affetta da diverso tipo di infertilità, vale a dire dell'incapacità a portare avanti una gravidanza, sia perché il suo utero non riesce a far "attecchire" gli embrioni trasferiti, sia perché le gravidanze eventualmente iniziate finiscono inevitabilmente in un aborto spontaneo? Improvvisamente il divieto di maternità surrogata appare contrastare con il diritto alla salute della coppia e non trova più giustificazioni; eppure tale rimedio (o quello, ipotizzato da alcuni scienziati e vietato esplicitamente dalla

legge 40, dell'ectogenesi, cioè dell'utero artificiale in cui l'embrione dovrebbe crescere per nove mesi senza essere trasferito nel corpo di una donna) sembra l'unico "rimedio terapeutico" a quella infertilità di coppia.

Questo ultimo esempio che abbiamo fatto non è affatto teorico: come è noto il business della fecondazione artificiale si nutre in larga parte del denaro erogato da coppie in età avanzata (rispetto a quella in cui avviene la maternità naturale); ebbene, le statistiche (anche quelle ministeriali sull'attuazione della legge 40; ma la letteratura scientifica è vasta) dimostrano che il corpo delle donne sopra i 35 anni presenta in misura nettamente superiore, e via via crescente con il progredire dell'età, una duplice problematica attinente alla possibilità di avere un figlio: difficoltà a fornire ovociti fecondabili ma anche – e soprattutto – enorme difficoltà ad instaurare una gravidanza (in conseguenza del mancato attecchimento dell'embrione nell'utero della donna) e a portarla a termine (frequenza di aborti spontanei altissima).

Si deve ricordare che, benché i tecnici della fecondazione artificiale considerino un successo l'instaurazione di una gravidanza (dato che rientra nelle statistiche scientifiche), l'unico obiettivo della coppia è il "bambino in braccio", cioè *la nascita di un figlio al termine della gravidanza*: quella è l'unica vera "terapia", per accedere alla prospettiva di cui stiamo discutendo. Anzi: l'interruzione spontanea della gravidanza porta con sé, oltre a pericoli per la salute fisica della donna, una delusione e un dolore nella coppia che difficilmente non potrebbe essere classificata come "malattia" (e che, talvolta, porta a vere e proprie malattie psichiatriche).

E, allora, come è noto, la fecondazione eterologa è un serio rimedio al primo dei due problemi, perché permette di acquisire gameti femminili fecondabili (e, se necessario, anche seme maschile) che altrimenti non sarebbero disponibili; non risolve, però, il secondo rimedio (incapacità di instaurare o portare a termine la gravidanza), cosicché le percentuali di successo ("bambino in braccio") per le coppie in età avanzata restano inevitabilmente assai basse. Ecco che la maternità surrogata non può non essere vista come un rimedio – anzi: l'unico rimedio – rispetto al quale il divieto posto dal legislatore è posto in violazione dell'articolo 32 della Costituzione.

Ma, proseguendo nell'esempio concreto che abbiamo fatto, è evidente la connessione tra la prospettiva dell'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa per violazione del diritto costituzionale alla salute e la possibilità per le coppie omosessuali di accedere alle tecniche di PMA. Sappiamo che un altro limite all'accesso è costituito dalla necessità che i componenti della coppia siano un uomo e una donna; sappiamo, peraltro, che – se si pone la questione sotto il profilo del diritto alla salute e dell'impedimento ad accedere a terapie – potrebbero non reggere le considerazioni che giustificano il divieto di accesso alle coppie omosessuali, tenuto conto della diversa considerazione – soprattutto di carattere giurisprudenziale – che viene recentemente riservata a questi legami. Ebbene, la situazione di una coppia omosessuale maschile è ovviamente identica all'esempio appena fatto, mentre quella di una coppia omosessuale femminile all'esempio precedente (necessità di un seme maschile estraneo).

La considerazione dell'infertilità di coppia come "malattia" e delle tecniche di PMA come "terapia" porta ad altre considerazioni paradossali: una coppia si "ammala" nel momento in cui decide di concepire un figlio e scopre che non riesce ad ottenerlo o è già malata nel momento in cui si instaura il legame affettivo? Una coppia di minorenni si ammala nel momento in cui entrambi diventano maggiorenni? Se la coppia rinuncia ad avere un figlio oppure procede all'adozione "guarisce"? Interrompere il legame affettivo e, per il componente fertile della coppia, instaurare un legame con altro soggetto fertile è un "rimedio terapeutico"?

Tiriamo le fila: la coppia che si scopre irrimediabilmente sterile in conseguenza della sterilità assoluta e incurabile di uno o di entrambi componenti si trova in una *condizione che*, se la coppia intende avere un figlio, *genera sofferenza*. La coppia non è "malata", perché l'impossibilità di avere un figlio è ormai un *presupposto*, un *dato acquisito* (ovviamente dopo che le analisi e gli accertamenti lo hanno dimostrato)

e, soprattutto, perché non vi è nessuna “terapia” da adottare (e, magari, quelle che apparivano possibili si sono dimostrate fallimentari).

La sofferenza psicologica della coppia, le difficoltà conseguenti all'impossibilità di avere un figlio possono considerarsi una “malattia”?

6. Il diritto costituzionale alla salute come diritto individuale.

Un dato totalmente tralasciato dai Giudici remittenti è costituito dalla formulazione letterale dell'articolo 32 comma I della Costituzione: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale *diritto dell'individuo* e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti”. La salute, quindi, è un *diritto individuale*, che viene riconosciuto in capo ad ogni singola persona.

La discrasia tra il testo e quello delle ordinanze di remissione è eclatante: “si rischia di non tutelare l'integrità fisica e psichica *delle coppie*”; “si rischia di compromettere l'integrità fisio-psichica *delle coppie infertili o sterili*”.

Non è certo questa la sede per approfondire il motivo di questa formulazione della norma costituzionale: non vi è dubbio, però, che (forse al di là delle intenzioni dei costituenti) essa funge da elemento di rigorosa delimitazione del concetto di salute, concetto “agganciato” alla singola persona fisica; quindi dato *concreto, misurabile*, niente affatto evanescente o “liquido”. Tutta la norma costituzionale è rivolta al singolo, all'individuo: a favore dello stesso la salute viene riconosciuta come diritto fondamentale, ad esso vengono garantite le “cure” delle sue malattie, anche se si trova in una situazione di indigenza; è l'individuo che non può essere sottoposto coattivamente ad un determinato trattamento sanitario (“Nessuno ...”); è il rispetto della *sua* persona umana ad essere limite ad una legge che volesse imporgliene uno.

A ben pensare, la differenza della situazione oggi prospettata con quella giudicata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 151 del 2009 già ricordata si accentua anche sotto questo profilo: a motivare il giudizio di illegittimità costituzionale era una valutazione concernente il pericolo per la salute *della donna* e, in qualche misura, *del feto*: pericolo *concreto*, concretamente presente durante la fase della stimolazione ormonale o durante la fase della gravidanza; nessun pericolo per la salute della *coppia* veniva preso in considerazione, nessun astratto rischio per il benessere fisiopsichico dei due componenti unitamente considerati veniva ritenuto rilevante; l'uomo non veniva nemmeno menzionato, proprio in quanto non coinvolto nella reiterazione dei cicli di stimolazione ormonale e ovviamente nella gravidanza: e ciò – si noti bene – nonostante che la maggiore o minore di probabilità di successo delle tecniche fosse una problematica presente ed esplicitamente menzionata.

La Corte Costituzionale, in definitiva, sotto questo profilo ha assunto in quella sentenza una linea perfettamente conforme a quella della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: irrilevanza di un fantomatico “diritto alla salute della coppia”.

Il Tribunale di Catania, pur non esplicitamente, sembra aver presente questo ostacolo (il diritto costituzionale alla salute come diritto individuale e concreto) e, quindi, cerca di prospettare l'eccezione con riferimento a situazioni concrete che facciano balenare un pericolo effettivo alla salute di uno o dell'altro dei componenti la coppia.

Il tentativo viene innanzitutto effettuato con il passaggio che abbiamo già stigmatizzato all'inizio: quello che prospetta, per le coppie irrimediabilmente sterili impedito di ricorrere alla fecondazione eterologa, la possibilità “di sottoporsi a delle pratiche mediche meno indicate, dai risultati più incerti e magari *pericolose per la salute*”; ma, si è già detto, in realtà la coppia irrimediabilmente sterile e consapevole della sua condizione (così come era la coppia ricorrente davanti al Tribunale di Catania), di fronte al divieto di fecondazione eterologa non ha alcuna possibilità di ricorrere a pratiche diverse e, quindi, nessun pericolo concreto per la salute di uno dei due componenti è prevedibile.

Anche l'argomentazione concernente i pericoli del cd. "turismo procreativo" è diretta a prospettare un pericolo concreto per la salute di uno o dell'altro componente: si paventa, infatti, "il rischio di essere contagiati da malattie trasmesse dal donatore o dalla donatrice, per carenza di controlli o di informazioni". Non è difficile sottolineare la assoluta genericità della prospettazione, il suo sganciamento da qualsiasi dato fornito dalle parti: quali sarebbero i Paesi in cui non vi sono i controlli e le informazioni? E perché la coppia dovrebbe recarsi proprio in quei Paesi? E quali garanzie sussisterebbero nel nostro Paese rispetto a questi pericoli?

Si aggiunga che la motivazione implicita – in alcuni Paesi la fecondazione eterologa è permessa, *quindi* deve essere permessa anche in Italia – è di per sé inaccettabile e, del resto, è stata respinta proprio dalla Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha preso atto della diversità dei regimi concernenti il divieto di fecondazione eterologa nei Paesi aderenti alla Convenzione e ne ha tratto la conclusione della sua *legittimità* e dell'impossibilità di imporla agli Stati che la vietano.

Ma quest'ultima prospettazione apre la strada ad un'ulteriore definitiva riflessione: il Tribunale di Catania sostiene, infatti, che quelle coppie sarebbero *costrette* a recarsi all'estero: il "viaggio della speranza" non sarebbe, quindi, una *scelta volontaria*, ma una decisione *inevitabile* adottata da una coppia che ha la necessità di guarire dalla sua malattia.

7. Il ricorso alla PMA come scelta libera e volontaria.

Giungiamo, quindi, a chiedersi se l'infertilità di coppia è una "malattia" e se il ricorso alla fecondazione eterologa debba essere considerata una "terapia": anzi l'unica terapia possibile che il medico *deve* poter prescrivere e adottare e alla quale le coppie sterili *non possono non sottoporsi* per guarire, tanto da essere *costrette* a recarsi all'estero in conseguenza del divieto vigente in Italia.

Questa ricostruzione è palesemente irrealistica: essa, infatti, esclude del tutto i dati della *libertà* e della *volontà* delle persone che, invece, sono ben presenti e decisive in tutta la procedura.

Dire che la PMA sia una *terapia per una malattia* significa, infatti, ritenere: a) *inevitabile l'instaurazione del rapporto di coppia*; b) *inevitabile la decisione della coppia di avere un figlio*. Sì, perché l'instaurazione di una patologia che necessita di una terapia non può essere conseguenza di *condotte volontarie*. In sostanza la prospettazione dei Giudici remittenti presuppone che l'uomo e la donna non abbiano potuto evitare di instaurare un legame sentimentale e non possano evitare di cercare di avere un figlio una volta che lo hanno desiderato: ecco che l'impossibilità di giungere al risultato sperato si trasforma in una *malattia* dalla quale i due componenti la coppia possono guarire *soltanto ottenendo il risultato voluto*.

Sottesa a questa ricostruzione vi è, ovviamente, un'ideologia che trasforma i desideri in diritti e l'impossibilità di soddisfarli in malattia.

Non abbiamo le capacità di affrontare questo tema filosofico e, quindi, ci limitiamo a rimarcare come la realtà effettiva sia *del tutto diversa*: in realtà uomo e donna possono *decidere* se instaurare una relazione affettiva stabile o se non instaurarla, il loro comportamento non essendo affatto *determinato* dal sentimento reciproco; e a questa decisione può – perché no – concorrere anche la possibilità di generare figli (in qualche modo ritenuta rilevante anche dal diritto civile e comunque dal diritto canonico); e, ancora, il sorgere del desiderio di avere figli non comporta una *coazione* della coppia a generarli ad ogni costo: l'uomo e la donna possono rinunciare a generare figli, possono decidere di adottarne, possono decidere di interrompere la relazione.

La decisione di ricorrere alle pratiche di fecondazione artificiale, quindi, è un atto assolutamente libero e discrezionale, e ad esso le coppie non sono affatto vincolate, non sono affatto *costrette*.

Si aggiunga, per di più, che le percentuali bassissime di “bambini in braccia” di tutte le tecniche di PMA permettono ancora di più di comprendere la natura discrezionale e niente affatto scontata del ricorso ad esse da parte delle coppie: molte di esse, infatti, sono consapevoli che il rischio per la “salute fisiopsichica della coppia” (per usare l’espressione dei Giudici remittenti) è assai più alto in caso di ricorso ad esse, tenuto conto dello stress, dei pericoli per la donna in conseguenza della stimolazione ormonale, dei probabili ripetuti fallimenti e dell’altrettanto probabile fallimento definitivo; una rinuncia – sofferta, ma comune ai due compagni – al desiderio di un figlio “proprio” o la decisione comune di ricorrere all’adozione possono, talvolta, essere ritenute dalla coppia una scelta meno pericolosa per il mantenimento del legame e, quindi, per la salute psichica di ciascuno dei suoi componenti.

Ecco che la prospettazione, propria solo dei Giudici italiani, della lesione del diritto costituzionale alla salute pare nascondere una buona dose di *ipocrisia*, di *finzione* che, nel procedimento davanti alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo è del tutto mancata da parte degli stessi ricorrenti e poi da parte della Corte (in entrambe le articolazioni, Prima Sezione e Grande Camera).

Si legga il paragrafo 56 della sentenza della Grande Camera: “Dal punto di vista dei ricorrenti, l’articolo 8 della Convenzione era applicabile al loro caso. Asserivano inoltre che *la normativa impugnata costituiva una diretta ingerenza nei loro diritti ... in quanto ... il trattamento medico da loro richiesto costituiva una tecnica medica prontamente disponibile che aveva fatto rilevanti progressi negli ultimi anni ... Non si trattava, quindi, di un obbligo positivo, ma di un caso classico di ingerenza, che non era necessaria in una società democratica e che era sproporzionata*”.

Il ragionamento era *lineare e realistico*: atteso che le tecniche sono sicure, i coniugi, avendo un *diritto di procreazione* (discendente dal diritto alla vita privata) pretendono di poter scegliere liberamente *senza alcuna ingerenza da parte dello Stato*.

La risposta del Governo (paragrafo 63 della sentenza della Grande Camera), benché negativa, adotta la medesima impostazione: “Anche se *il diritto al rispetto della vita privata comprende anche il diritto di realizzare il desiderio di avere un figlio*, ciò non significa che lo Stato abbia l’obbligo di consentire indiscriminatamente tutti i mezzi tecnicamente realizzabili di riproduzione né tantomeno di metterli a disposizione delle persone interessate”.

Ciò di cui si discute, quindi, è un *diritto di libertà* e i suoi limiti derivanti dall’ingerenza dello Stato in questa libertà: e la Corte Europea (in senso sfavorevole all’Austria in primo grado, in senso ad essa favorevole nella sentenza definitiva della Grande Camera) ha deciso su questa questione: “La Corte ritiene che il provvedimento in questione fosse previsto dalla legge ... e che perseguisse uno scopo legittimo ... ciò non è in discussione tra le parti che hanno concentrato i loro argomenti *sulla necessità dell’ingerenza*. A tal riguardo la Corte ricorda che, al fine di stabilire se i provvedimenti impugnati fossero necessari in una società democratica deve considerare se, alla luce nel caso nel suo insieme, i motivi adottati per giustificarli erano pertinenti e sufficienti ai fini dell’articolo 8 comma 2” (parr. 90 e 91 sentenza Grande Camera).

Questo – e solo questo – è il tema sotteso alla controversia sulla fecondazione eterologa: la posizione degli individui di fronte ad uno Stato democratico nel quale la limitazione alla libertà personale deve essere limitata a casi eccezionali e giustificati.

8. La tutela degli altri soggetti.

Un’ultima considerazione si impone.

La trasformazione artificiosa di una pretesa di libertà, come quella vantata dai ricorrenti nel caso austriaco, nella rivendicazione di un diritto ad una terapia e nella denuncia della lesione di un diritto

costituzionale alla salute, conduce inevitabilmente alla *sottovalutazione dei diritti e degli interessi degli "altri soggetti coinvolti"*, contro l'esplicita affermazione dell'articolo 1 della legge 40 ("la presente legge ... assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito").

Proprio la lettura della sentenza della Grande Camera più volte richiamata indica che la fecondazione eterologa non è affatto innocua rispetto all'interesse di altre persone. Si tratta degli unici passaggi, fra l'altro, in cui ad essere richiamati sono proprio i *pericoli per la salute* degli altri soggetti.

Già la Corte Costituzionale austriaca richiamava, ad esempio, "il rischio di sfruttamento della donna (donatrice)" e già la Prima Sezione della Corte Europea aveva preso in considerazione "il rischio di sfruttamento delle donne, in particolare quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato"; analoghe considerazioni avanzavano il Governo tedesco e quello italiano ("La procreazione medicalmente assistita implica seri rischi. La donazione dei gameti potrebbe esporre le donne economicamente svantaggiate a pressioni e incoraggiare il traffico di ovuli"); così anche "Aktion Leben" ("La donazione di ovuli incrementerebbe il rischio di sfruttamento delle donne, di commercializzazione del corpo femminile e implica interventi medici molto rischiosi per i donatori").

Sì, perché l'ovodonazione presuppone una donatrice che si sottoponga – benché non affetta da alcuna patologia (anzi: proprio perché del tutto sana) ad un bombardamento ormonale che, spesso, provoca la sindrome da iperstimolazione ovarica (talvolta mortale) e, successivamente, ad un intervento chirurgico di prelievo degli ovociti dal suo corpo. L'ovodonazione, per di più, riduce la fertilità della donna donatrice, perché il numero degli ovociti prodotti dal corpo femminile durante la vita non è illimitato.

Davvero le norme che vietano la vendita dei gameti e impongono la donazione gratuita possono essere ritenute sufficienti per evitare casi di sfruttamento? Il commercio mondiale degli organi da trapiantare ha ampiamente dimostrato come alcuni cittadini di Paesi poveri siano sfruttati per fornire "materiale" da trapiantare in Paesi ricchi.

Di questi rischi i Giudici remittenti non fanno cenno alcuno; eppure, come si è visto, il Tribunale di Catania aveva ben presente la donazione di ovociti provenienti da Paesi del terzo mondo (e, quindi, verosimilmente, da donne povere di quei Paesi), ma lo ha ricordato solo per rimarcare il rischio di trasmissione di malattie infettive ...

Ma è soprattutto la considerazione del diritto alla salute del figlio ad essere sorprendentemente tralasciata nelle ordinanze di remissione. Il tema è, invece, ampiamente trattato da molte parti.

Prendiamo ad esempio la difesa del Governo tedesco intervenuto davanti alla Grande Camera: "Lo scopo del divieto (di ovodonazione) era quello di proteggere il benessere dei bambini assicurando l'identità inequivocabile della madre. La distinzione (tra madre biologica e madre genetica) e la conseguente ambiguità dell'identità della madre *potrebbero compromettere lo sviluppo della personalità del bambino e potrebbero creare notevoli problemi nella ricerca della sua identità*. Ciò è pertanto contrario all'interesse del bambino. Un altro pericolo sta nel fatto che la madre biologica, consapevole del bagaglio genetico, potrebbe ritenere la donatrice dell'ovulo responsabile delle malattie o dei difetti del bambino e rifiutarlo. Un altro conflitto che potrebbe sorgere e danneggiare i rapporti tra la madre genetica e quella biologica con il bambino è costituito dal fatto che l'ovulo donato risulti fecondo nella provetta mentre la donatrice stessa non riesca a rimanere incinta attraverso la tecnica della fecondazione in vitro. Per i motivi sopra esposti, *detta distinzione della maternità è considerata una seria minaccia per il benessere del bambino ...*".

Il Governo austriaco metteva l'accento sul pericolo di "selezione dei nascituri"; sottolineava, poi che "si doveva tenere conto del legittimo interesse dei bambini ad essere informati sulla loro vera discendenza che, con ovuli e sperma donati, potrebbe essere nella maggior parte dei casi impossibile": davanti alla Prima Sezione aveva fatto riferimento allo "stress emotivo" per il bambino, ma già la Corte Costituzionale austriaca aveva parlato di "gravi questioni riguardo al benessere dei bambini così concepiti".

Aktion Leben, invece, poneva l'accento sugli effetti della donazione di sperma: "La fecondazione in vitro potrebbe inoltre provocare problemi di identità al bambino così concepito e, nel caso di donazione di sperma, potrebbe provocare *il rischio di trauma al bambino* che volesse stabilire rapporti con il padre biologico".

Davvero si può sostenere che si tratti di timori infondati o fantasiosi? Davvero si può negare quanto (in parte misteriosamente) la ricerca delle origini di ciascun individuo può influenzarlo, interessarlo, ossessionarlo fino a farlo ammalare?

Eppure la "necessità di tutelare l'identità genetica del nascituro" è ritenuta assai poco rilevante dai Giudici remittenti, non di tale importanza "da rendere giustificabile e ragionevole la creazione di una situazione di disuguaglianza fra soggetti, violando così l'art. 3 della Costituzione in relazione ad un diritto costituzionalmente tutelato quale quello alla formazione di una famiglia e alla maternità/paternità" (*in poche parole: i diritti degli adulti sono più importanti dei problemi che potrebbero sorgere al bambino*).

Tranquillizziamoci: siamo – dice il Giudice di Catania – in un "sistema che conosce altri istituti giuridici che prevedono la possibilità di una discrepanza da genitorialità genetica e genitorialità legittima, quale l'adozione e in cui, con la piena parificazione del figlio adottato ai figli nati dalla coppia, prevale una idea dei rapporti di filiazione che pone a fondamento delle relazioni giuridiche familiari i rapporti affettivi (la comunità di affetti) e l'assunzione di responsabilità (ponendo solo sullo sfondo e non come necessità la relazione biologica, che è anzi rescindibile rispetto ai genitori dell'adottato)".

Bellissima spiegazione: assai poco adatta ad un bambino che, improvvisamente, chiederà chi è suo padre o chi è sua madre.

Il Giudice, in realtà, non ha alcun interesse *effettivo* verso la salute psichica *concreta* del bambino e ritiene che queste giustificazioni *giuridiche* siano sufficienti; e così pone l'adozione dei bambini abbandonati come dimostrazione che vivere con genitori biologici o non biologici è indifferente, tacendo del tutto la *sofferenza* che tanti di quei bambini vivono e che, spesso, è solo alleviata dall'amore dei genitori adottivi.

Dobbiamo, in definitiva, deciderci: interessa davvero la *salute* delle persone o conta la soddisfazione dei desideri degli adulti?