

L'irragionevolezza della legge sulla procreazione medicalmente assistita (*marginalia*)

DI ALESSANDRO ODDI (*)

1. Breve cronaca di una legge... mal concepita

A distanza di oltre undici anni dalla sua entrata in vigore, la [legge 19 febbraio 2004, n. 40](#) («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita») continua ad essere al centro di un acceso dibattito politico e giuridico, i cui toni poleмici riecheggiano quelli che avevano già caratterizzato la lunga e travagliata discussione parlamentare (1). Si può dire che ci troviamo dinanzi ad una delle leggi più controverse e contestate della storia repubblicana, tanto da essere oggetto, subito dopo la sua approvazione, di numerose questioni di legittimità costituzionale in via incidentale (due delle quali, tuttora pendenti (2)) e di ben cinque iniziative referendarie (una, che mirava all'abrogazione dell'intera legge, dichiarata inammissibile (3); le altre quattro, che invece miravano ad abrogazioni parziali del testo, pur essendo state dichiarate ammissibili (4), non sono andate a buon fine per il mancato raggiungimento del *quorum* (5)). Senza considerare le varie pronunce di merito con le quali i giudici civili ed amministrativi hanno apertamente contrastato il rigore della legge in parola (soprattutto per quanto concerne la diagnosi genetica preimpianto), pervenendo spesso ad una sostanziale disapplicazione delle relative disposizioni (6).

Il rigore, appunto. Perché è proprio questo, a tacer d'altro, il vizio di fondo della legge sulla procreazione medicalmente assistita: un rigore assiologico che rasenta il dogmatismo.

Esso si manifesta, ora più ora meno accentuato, sotto un triplice aspetto:

1) in primo luogo, nella scelta - a dir poco opinabile (7) - di individuare non soltanto l'inizio della vita, ma della stessa soggettività giuridica, nella fecondazione dell'ovocita, facendone discendere (non senza vistose contraddizioni) una lunga serie di limiti, obblighi e divieti (severamente sanzionati) all'impiego dell'embrione a fini procreativi. Tanto da far sorgere il dubbio - ulteriormente rafforzato dal bando alla fecondazione eterologa (8) - che il vero obiettivo della legge non sia quello - proclamato - di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (9), bensì quello di proteggere l'embrione (in quanto "soggetto di diritto", sia pure del tutto peculiare) (10), finanche a discapito della salute della donna (11). Proprio come vuole la Chiesa cattolica, notoriamente ostile a qualunque forma di procreazione diversa da quella "naturale" (12);

2) in secondo luogo, nell'ammettere la procreazione artificiale esclusivamente come rimedio terapeutico - per di più sussidiario - ad una condizione patologica di sterilità o infertilità (13), e non già come un'opzione alternativa, rimessa alla libertà di scelta e alla responsabilità dei singoli individui, rispetto alla procreazione derivante da un rapporto sessuale;

3) in terzo luogo, nell'intento - che traspare dall'intera legge - di salvaguardare e legittimare un ben preciso paradigma di famiglia: quella "normale", costituita da una coppia eterosessuale stabile, preferibilmente unita in matrimonio (14).

È persino superfluo rimarcare come un assetto normativo così congegnato si ponga in stridente contrasto - ancor prima che con questa o quella disposizione costituzionale - con i principi fondanti di uno Stato pluralista, democratico e laico (15) (oltretutto con l'evoluzione del diritto di famiglia e con la stessa realtà sociale, qual è sotto gli occhi di tutti (16)).

Tali principi esigono che la disciplina di materie moralmente ed eticamente controverse - come l'inizio e la fine della vita - rifugga da qualunque forma di integralismo (facendo propria ed

imponendo d'autorità la *Weltanschauung* della maggioranza), ma costituisca il frutto di un ragionevole bilanciamento - di un "compromesso", per dirla con Kelsen (17) - tra le diverse posizioni culturali e tra i diversi interessi coinvolti, in modo che nessuno di essi ne riesca irrimediabilmente sacrificato. Esigono, quindi, che quella disciplina sia quanto più possibile dialogica, inclusiva ed essenziale ("per principi"), che si limiti a tracciare i confini esterni (sui quali esista un accordo politico unanime o pressoché unanime), lasciando tutto il resto alla responsabilità individuale (18).

La legge n. 40/2004 rappresenta l'esatto contrario di tutto questo. È una legge unilaterale, chiusa, vagamente paternalistica, giacché assume e pretende di imporre all'intera collettività un sistema di valori di chiara matrice etico-religiosa, per di più abusando sia della sanzione penale sia della sanzione amministrativa (19). È, nel complesso, una legge irragionevole.

Lo ha rilevato, fin da subito, la quasi totalità della dottrina giuridica, che in molti casi ha ravvisato nell'abrogazione *in toto* l'unico rimedio possibile. Ma soprattutto lo ha rilevato la Corte costituzionale, sulla base di argomenti che, sebbene si riferiscano (inevitabilmente) alle sole disposizioni censurate dai giudici rimettenti, per il loro tenore ben si prestano - lo vedremo nei paragrafi che seguono - a revocare in dubbio la validità, se non dell'intero testo legislativo, della gran parte di esso.

2. Le pronunce della Corte costituzionale

La legge n. 40/2004 è stata finora oggetto di tre diverse pronunce di illegittimità da parte della Consulta:

- con la [sentenza 8 maggio 2009, n. 151](#) (redattore Finocchiaro), sono stati dichiarati incostituzionali l'art. 14, comma 2, nella parte in cui prevede, ai fini dell'applicazione della procedura della procreazione medicalmente assistita, la formazione di un numero limitato di embrioni, fino ad un massimo di tre, da impiantare contestualmente; e l'art. 14, comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni - da realizzare non appena possibile, come stabilito da tale norma - debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna;

- con la [sentenza 10 giugno 2014, n. 162](#) (redattore Tesauro), è stato dichiarato incostituzionale l'art. 4, comma 3, nella parte in cui vieta alle coppie (che posseggono i requisiti soggettivi richiesti dalla legge) il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita (20) di tipo eterologo (*rectius*: il ricorso alla donazione di gameti), qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili; nonché il relativo apparato sanzionatorio (artt. 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1) (21);

- con la [sentenza 5 giugno 2015, n. 96](#) (redattore Morelli), sono stati dichiarati incostituzionali gli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), della l. 22 maggio 1978, n. 194 («Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza»), accertate da apposite strutture pubbliche.

Tutte e tre le pronunce si basano essenzialmente sulla violazione dell'art. 3 Cost., nella sua duplice accezione normativa di principio di eguaglianza e di principio di ragionevolezza (22), riguardato sia da solo sia in relazione ad altre disposizioni costituzionali. Per maggiore chiarezza, conviene ripercorrere i passaggi fondamentali delle relative motivazioni.

3. Segue: la sentenza n. 151/2009

Nella prima sentenza, si rileva preliminarmente come la legge n. 40/2004 appresti una tutela attenuata all'embrione, poiché, anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando l'individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. In altre parole, nella stessa prospettiva della legge n. 40/2004 la tutela dell'embrione non è assoluta, ma è limitata dalla necessità di individuare un

giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione. Si tratta, pertanto, di una scelta politica di fondo, compiuta dal legislatore e già avallata in passato dalla stessa giurisprudenza costituzionale, in occasione della declaratoria d'illegittimità dell'art. 546 c.p., «nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre»: declaratoria motivata, fra l'altro, con la perentoria affermazione che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare» (23).

Muovendo da tale presupposto, la Corte osserva che il divieto sancito dall'art. 14, comma 2, escludendo ogni possibilità di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque superiore a tre, determina la necessità della moltiplicazione dei cicli di fecondazione (in contrasto anche con il principio, espresso all'art. 4, comma 2, della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita), poiché non sempre i tre embrioni eventualmente prodotti risultano in grado di dar luogo ad una gravidanza. Le possibilità di successo, infatti, variano in relazione sia alle caratteristiche degli embrioni sia alle condizioni soggettive (soprattutto l'età, il cui progressivo avanzare riduce gradualmente le probabilità di una gravidanza) delle donne che si sottopongono al trattamento (24).

Siffatto limite finisce quindi, per un verso, col favorire - rendendo necessario il ricorso alla reiterazione dei cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito - l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie da iperstimolazione; per altro verso, determina, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto. Ciò in quanto la previsione legislativa - che, di fatto, stabilisce un vero e proprio protocollo terapeutico (ma, in questo caso, sarebbe più corretto parlare di una *medical malpractice*) - non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, 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.

Per la Corte, tale assetto normativo si pone dunque in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza (che qui assume, più specificamente, le sembianze concettuali della contraddittorietà intrinseca e della incongruenza) e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore disciplina in maniera eguale situazioni diverse; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna - ed eventualmente del feto - ad esso connesso (25).

Del resto, la giurisprudenza costituzionale è ormai costante nel ritenere che la discrezionalità legislativa (26) incontri un limite nelle 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 dev'essere l'autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (27).

In definitiva, per effetto della pronuncia della Corte, spetterà al medico effettuare di volta in volta, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, un corretto bilanciamento - secondo scienza e coscienza (e con il consenso dell'interessata) - fra la tutela degli embrioni (producendone soltanto quelli strettamente necessari) e la tutela della salute della donna (cui reca nocimento la ripetizione delle stimolazioni ovariche), in vista dell'ottenimento di una gravidanza (28). Il che implica, inoltre, una deroga al divieto generale di crioconservazione sancito dall'art. 14, comma 1 (il cui testo, tuttavia, non viene toccato dalla declaratoria d'incostituzionalità), nel (solo) caso in cui sussista la necessità di ricorrere alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica (29).

4. Segue: la sentenza n. 162/2014

Nella seconda sentenza, si sottolinea come la procreazione medicalmente assistita coinvolga plurime esigenze costituzionali (30) e come, di conseguenza, la legge n. 40 del 2004 - legge

costituzionalmente necessaria, pur non avendo un contenuto costituzionalmente vincolato - incida su una molteplicità di interessi di tale rango. Di qui, l'esigenza di un bilanciamento che assicuri un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno di essi (31), atteso che - come rilevato nella decisione precedente - la stessa tutela dell'embrione non è assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione. Si tratta di questioni che - sottolinea la Corte - toccano temi eticamente sensibili, rispetto ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore (32), ferma restando la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali s'ispirano.

Ciò premesso, la Corte ritiene che il divieto, per la coppia assolutamente sterile o infertile, di ricorrere alla fecondazione eterologa (33) (divieto introdotto per la prima volta proprio dalla legge n. 40/2004 (34) e non imposto da alcun vincolo internazionale (35)) sia privo di un adeguato fondamento costituzionale (36).

Esso incide, per un verso, sul diritto di diventare genitori e di formare una famiglia con figli (artt. 2, 3, 29 e 31 Cost.), il quale costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi nella propria sfera privata e familiare (37); per un altro verso, sul diritto alla salute (art. 32 Cost.), nella sua duplice dimensione fisica e psichica (38).

a) Sotto il primo profilo, la sentenza ribadisce che l'apposizione di un limite alla libertà di autodeterminazione, soprattutto quando si concreti in un divieto assoluto, deve essere ragionevolmente e congruamente giustificata dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (39). La scelta di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali; e ciò, anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera.

D'altro canto, se è vero che la nozione costituzionale di «famiglia» non implica necessariamente la presenza della prole, è altrettanto vero che il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione, il quale mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (40), sicché è evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa. La libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia non sono certo prive di limiti, ma questi, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, per quanto meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale.

b) Sotto il secondo profilo, non appaiono dirimenti le differenze che intercorrono tra fecondazione omologa e fecondazione eterologa, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia. Anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano le predette tecniche, infatti, è 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.

In coerenza con questa nozione di diritto alla salute, la Corte ribadisce che gli atti dispositivi del proprio corpo, quando siano rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti (41), sempreché non risultino lesi altri interessi costituzionali.

Nel caso di patologie produttive di una disabilità («nozione che, per evidenti ragioni solidaristiche, va accolta in un'ampia accezione»), la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell'individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra, inoltre, il limite del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (42). 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 (43), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce dell'anzidetta nozione.

Viene quindi ribadito il principio - già affermato dalla sentenza n. 151/2009 - che, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo dev'essere l'autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali, fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali. Non si tratta - puntualizza la Corte - di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tener conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango (44).

Oltre ad incidere sui predetti beni costituzionali, il divieto stabilito dal legislatore neppure costituisce l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in questione.

Qui il ragionamento della Corte diviene più articolato e muove dalla triplice puntualizzazione che la PMA di tipo eterologo: a) va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la "surrogazione di maternità", espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004 (divieto, questo, che conserva la sua piena validità ed efficacia); b) in quanto rimedio ad una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, persegue una finalità eminentemente terapeutica, il che esclude in radice un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici; c) alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica, purché eseguita all'interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati.

Ciò posto, la PMA di tipo eterologo, una volta caduto il relativo divieto, finisce con l'essere assoggettata - anche per via d'interpretazione analogica e/o estensiva delle disposizioni vigenti - alla medesima disciplina attualmente prevista dalla legge per la PMA di tipo omologo: sia per quanto concerne i requisiti (soggettivi ed oggettivi), le condizioni e le modalità per accedere alla tecnica *de qua*, sia per quanto concerne lo stato giuridico del nato ed i suoi rapporti con i genitori.

Dalle norme vigenti, infatti, è già possibile desumere una regolamentazione della PMA di tipo eterologo che è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali, pur nelle diversità delle fattispecie. Resta aperto il problema del numero delle donazioni, che tuttavia può essere risolto attraverso un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia ed il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto.

Neppure è nuova - nonostante le peculiarità che la connotano in relazione alla fattispecie in esame - la questione del diritto all'identità genetica: questione che si è già posta rispetto all'adozione e che il legislatore ha risolto disciplinando l'an ed il quomodo del diritto dei genitori adottivi di accedere alle informazioni riguardanti l'identità dei genitori biologici dell'adottato (45). Inoltre, in tale ambito era stato già infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti (46). Siffatta esigenza è stata poi confermata dalla stessa Corte costituzionale con la declaratoria d'illegittimità - per violazione degli artt. 2 e 3 Cost. - dell'art. 28, comma 7, della l. 4 maggio 1983, n. 184 («Diritto del minore ad una famiglia»), come sostituito dall'art. 177, comma 2, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice in materia di protezione dei dati personali»), nella parte in cui non prevede - attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza - la possibilità per il giudice di interpellare la madre - che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 («Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a

norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127») - su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione (47).

Sulla base di tali premesse, appare evidente che il divieto in parola, nella sua assolutezza, costituisce il frutto di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento, non giustificabile neppure richiamando l'esigenza di intervenire con norme primarie o secondarie per stabilire alcuni profili della disciplina della PMA di tipo eterologo.

Al riguardo, è ben noto come la giurisprudenza costituzionale abbia da tempo ricavato dall'art. 3 Cost. un canone di *razionalità* della legge svincolato da una normativa di raffronto e fondato sull'esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa (48). Lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone inoltre alla Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti (49). A tal fine, può essere utilizzato il test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza, che richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi (50).

In applicazione di tali principi, alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40/2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, è stabilita proprio in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis* (51). Né rileva che le situazioni raffrontate non sono completamente assimilabili: sia perché ciò è ininfluenza rispetto al canone di razionalità della norma, sia perché il principio sancito dall'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico (52), in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe (53) (esattamente come nel caso di specie). Quel divieto comporta, dunque, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40/2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali risultano già congruamente garantite dalla legislazione vigente.

Ma non solo. La circostanza che lo stesso legislatore - ben consapevole dell'esistenza del fenomeno comunemente noto come "turismo procreativo" (54) - abbia avvertito l'esigenza di regolamentare, in vista della tutela del nato, gli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese mette in evidenza un ulteriore profilo di irrazionalità della disciplina che ci occupa: questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per poter fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi (55). E non si tratta di un mero inconveniente di fatto, bensì del diretto effetto delle disposizioni esaminate, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole.

In definitiva - conclude la Corte - ci troviamo in presenza di norme che, pur nell'intento di tutelare un valore di rango costituzionale, stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi. Disciplina che, perciò, dev'essere annullata (56).

5. Segue: la sentenza n. 96/2015

Nell'ultima sentenza, la Corte rileva innanzitutto «un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto [...] all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni» (57).

Ed invero, l'impossibilità di ricorrere alla procreazione artificiale poneva tali coppie di fronte ad un crudele *aut aut* (58): rinunciare ad avere un figlio (ossia rinunciare ad «uno tra i diritti primordiali» dell'individuo (59)), oppure concepire - in maniera "naturale" - un figlio che molto probabilmente sarebbe stato colpito dalla malattia trasmessagli dai genitori, salva la possibilità di ricorrere poi al rimedio - assai più grave e traumatico - dell'aborto terapeutico (60).

Tale profilo di irragionevolezza - *sub specie* di contraddittorietà estrinseca - era già stato evidenziato, senza mezzi termini, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: «the Italian legislation lacks consistency in this area. On the one hand it bans implantation limited to those embryos unaffected by the disease of which the applicants are healthy carriers, while on the other hand it allows the applicants to abort a foetus affected by the disease. [...] // The consequences of such legislation for the right to respect for the applicants' private and family life are self-evident. In order to protect their right to have a child unaffected by the disease of which they are healthy carriers, the only possibility available to them is to start a pregnancy by natural means and then terminate it if the prenatal test shows that the foetus is unhealthy» (61).

Nel richiamare e condividere tale valutazione, la Corte costituzionale argomenta che «[l]a normativa denunciata costituisce [...] il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento - ed è lesiva del diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria - nella parte in cui non consente, e dunque esclude, che, nel quadro di disciplina della legge in esame, possano ricorrere alla PMA le coppie affette da patologie siffatte, adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata. Ciò al fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro, alla stregua del medesimo "criterio normativo di gravità" già stabilito dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978».

La parte motiva della sentenza si conclude invitando il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, ad «introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa)».

6. Ulteriori profili di irragionevolezza della legge n. 40/2004

Quelli finora risolti dalla Corte costituzionale non sono, tuttavia, gli unici dubbi di legittimità - sempre per violazione dell'art. 3 Cost. - che scaturiscono dalla legge n. 40/2004. Ne restano altri, egualmente gravi. Qui ci soffermiamo su uno di essi, già materia di *quaestiones legitimittatis* pendenti (62): quello relativo all'art. 13 («Sperimentazione sugli embrioni umani»).

Anche tale disposizione, infatti, costituisce il frutto di un irragionevole bilanciamento tra interessi diversi, nella parte in cui: a) vieta qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano; b) consente la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano solo nel caso in cui si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative; c) vieta in ogni caso la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi dalla procreazione.

È evidente che - tralasciati gli interrogativi lessicali cui dà adito (innanzitutto, quelli attinenti al criptico distinguo tra «sperimentazione» e «ricerca clinica e sperimentale») - un divieto siffatto (assistito da un apparato sanzionatorio assai severo: v. i commi 4 e 5 del medesimo art. 13), impedendo qualsiasi utilizzo a fini sperimentali, non soltanto degli embrioni soprannumerari, ma persino di quelli residuati da procedimenti di PMA (ossia degli embrioni malati o non biopsiabili, sicuramente inidonei all'impiego per scopi procreativi ed inevitabilmente destinati al perimento nell'arco di qualche anno), incide in misura sproporzionata - al punto di negarla - sulla libertà della ricerca scientifica e della scienza (artt. 9 e 33 Cost.), nonché, di riflesso, sulla tutela della salute umana, nella sua duplice dimensione di «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32 Cost.).

Ancora una volta, dunque, il legislatore mostra di avere a cuore più la tutela dell'embrione *ex se* (riguardato come entità intangibile, benché sostanzialmente indefinita) che non quella di chi è già venuto al mondo. E questo è - se non assurdo - quantomeno irrazionale (63).

Note:

(*) Dottore di ricerca in diritto costituzionale.

(1) Per un inquadramento generale del tema e delle sue svariate implicazioni, non soltanto giuridiche, v. almeno S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012; A. BARENGHI (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, Assago, 2011; R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, 2008; E. CAMASSA - C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Ombre e luci*, Trento, 2005; C. CASONATO - C. PICIOCCHI - P. VERONESI (a cura di), *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Assago, 2009; A. CELOTTO - N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004; A. COSSIRI - G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, 2013; A. D'ALOIA - P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Il governo del corpo*, I, Milano, 2011, 1341 ss.; M. D'AMICO - I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010; M. DOSSETTI - M. LUPO - M. MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione assistita. Problemi e responsabilità*, Milano, 2010; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; ID., *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007 (spec. 151 ss.); R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, Milano, 2012, 611 ss.

(2) Cfr. Trib. Napoli, ord. 3 aprile 2014 (G.U. 17 settembre 2014, n. 39) [solleva questione di legittimità costituzionale delle seguenti disposizioni della legge n. 40/2004: 1) art. 13, comma 3, lett. b), e comma 4, in relazione agli artt. 3, 32 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, nella parte in cui prevede quale fattispecie di reato il divieto assoluto - senza alcuna eccezione - di selezione eugenetica degli embrioni, non facendo salva l'ipotesi in cui tale condotta sia finalizzata all'impianto nell'utero della donna dei soli embrioni non affetti da malattie genetiche o portatori sani di malattie genetiche; 2) art. 14, commi 1 e 6, in relazione agli artt. 2, 3 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, nella parte in cui prevede quale fattispecie di reato il divieto assoluto - senza alcuna eccezione - di soppressione degli embrioni, non facendo salva l'ipotesi in cui tale condotta sia finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna degli embrioni affetti da malattie genetiche (tali questioni saranno discusse davanti alla Corte costituzionale nell'udienza pubblica del 6 ottobre 2015, relatore Morelli)]; Trib. Firenze, ord. 7 dicembre 2012 (G.U. 17 luglio 2013, n. 29) [solleva questione di legittimità costituzionale delle seguenti disposizioni della legge n. 40/2004: 1) art. 13 (divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso), per contrasto con gli artt. 9, 32 e 33, primo comma, Cost.; 2) art. 6, comma 3 (divieto assoluto di revoca del consenso alla PMA dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo), per contrasto con gli artt. 2, 13 e 32 Cost.; 3) artt. 13, commi 1, 2, 3, e 6, comma 3, «in quanto affetto da illogicità ed irragionevolezza», per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost.].

(3) Cfr. Corte cost., sent. 28 gennaio 2005, n. 45.

(4) Cfr. Corte cost., sentt. 28 gennaio 2005, nn. 46, 47, 48 e 49.

(5) In proposito, v. M. AINIS, *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005.

(6) V., ad es., Trib. Firenze, 17 dicembre 2007; Trib. Cagliari, 24 settembre 2007; T.A.R. Lazio, sez. III-*quater*, 21 gennaio 2008, n. 398. Ma v. anche Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, e Trib. Bologna, 29 giugno 2009, le quali

- anticipando la sentenza della Corte costituzionale n. 96/2015 (v. § 5) - hanno affermato la liceità della diagnosi preimpianto sugli embrioni *in vitro* e, attraverso una (assai disinvolta) lettura costituzionalmente orientata della legge, hanno ritenuto di poter già consentire a coppie non sterili né infertili in senso tecnico, ma portatrici sane di malattie geneticamente trasmissibili, di accedere alle tecniche di PMA. In dottrina, cfr. B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in www.rivistaaic.it; E. MALFATTI, *L'accesso alla procreazione medicalmente assistita, tra "integrazioni" della legge e nuove aperture giurisprudenziali*, in www.forumcostituzionale.it.

(7) Cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, a cura di L. Ceppa, Torino, 2010; L. LOMBARDI VALLAURI, *Embrione e diritto*, in R. PRODROMO (a cura di), *Il futuro della bioetica. Una scienza nuova per il XXI secolo*, Torino, 2008, 11 ss. Cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 10 aprile 2007, Evans c. Regno Unito; Id., Grande Camera, 8 luglio 2004, Vo c. Francia [«there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life» (§ 82)].

(8) Art. 4, comma 3.

(9) Art. 1, comma 1.

(10) Giova ricordare che la legge n. 40/2004 non fornisce una definizione di «embrione» (né la forniscono le relative Linee guida): il che ingenera non poche questioni sul piano teorico e pratico, ulteriormente complicate dall'utilizzo di una terminologia spesso impropria (come ben dimostra, ad es., l'impiego della parola «concepito» per designare l'embrione *in vitro*: cfr. R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 625 ss.). V., invece, l'art. 1, comma 2, della legge spagnola 26 maggio 2006, n. 14, *Sobre técnicas de reproducción humana asistida*: «A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde» (per la legge spagnola, dunque, si può parlare di «embrione» solamente a partire dal quindicesimo giorno dall'inseminazione); l'art. 2 della legge svizzera 18 dicembre 1998, *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*: «Dans la présente loi, on entend par: [...] i. *embryon*: le fruit de la fusion des noyaux jusqu'à la fin de l'organogenèse»; nonché il § 8 della legge tedesca 13 dicembre 1990, *Gesetz zum Schutz von Embryonen* (Embryonenschutzgesetz - ESchG): «Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes gilt bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag».

(11) Sicché riesce difficile non dare ragione a quanti - come C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, in E. CAMASSA - C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 32 - ritengono che in realtà si tratti, più che di procreazione medicalmente assistita, di «procreazione giuridicamente ostacolata».

(12) Cfr. E. DOLCINI, *La legge sulla fecondazione assistita, un esempio di "sana laicità"*, in www.statoechiese.it; C. FLAMIGNI - M. MORI, *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo!*, Torino, 2014 (i quali ultimi, non a caso, ribattezzano la legge sulla PMA "legge Berlusconi-Ruini").

(13) Cfr. artt. 1 e 4, comma 1.

(14) Cfr. art. 5, in forza del quale «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Non si comprende, peraltro, che senso abbia prevedere che la coppia, per accedere alla PMA, debba essere coniugata o convivente (con l'onere di "autocertificarlo" al medico: v. art. 12, commi 2 e 3), trattandosi di un requisito che - a prescindere dai problemi che pone la sua verificabilità *ex ante* rispetto alle coppie di fatto (chi, quando e con quali mezzi ha il compito di accertare che sussista un'effettiva convivenza?) - non è richiesto, nel nostro ordinamento, per la procreazione naturale e potrebbe comunque venir meno, con la separazione, dopo il concepimento. Difficilmente comprensibile appare anche l'esclusione dalla PMA del minore ultrasedicenne e del minore emancipato, atteso che il primo può riconoscere il figlio naturale (art. 250, comma 5, c.c.) ed il secondo è stato ammesso (in quanto ultrasedicenne) al matrimonio (artt. 84 e 390 c.c.).

(15) V., in particolare, S. BARTOLE, *Stato laico e Costituzione*, in A. CERETTI - L. GARLATI (a cura di), *Laicità e stato di diritto*, Milano, 2007, 3 ss.; S. RODOTÀ - F. RIMOLI, *Bioetica e laicità. Nuove dimensioni della persona*, Roma, 2009.

(16) Sul punto, mi permetto di rinviare ad A. ODDI, *La famiglia tra società e diritto. Prolegomeni*, in questa Rivista.

(17) Cfr. H. KELSEN, *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, 193 ss.

(18) Non si possono non richiamare, qui, le parole - sempre attuali - di J.S. MILL, *Sulla libertà* (1859), trad. it., a cura di G. Mollica, Milano, 2000: «Il solo aspetto della condotta per cui si è responsabili di fronte alla società è quello che concerne gli altri. Per la parte che riguarda solo se stesso, l'indipendenza dell'individuo è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente l'individuo è sovrano» (p. 55). «Ogni individuo è il vero custode della propria salute, sia corporea sia mentale e spirituale. L'umanità ottiene maggiori vantaggi tollerando che ciascuno viva come gli sembra meglio, anziché obbligandolo a vivere come sembra meglio agli altri» (p. 63).

(19) Cfr., criticamente, E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Il governo del corpo*, I, Milano, 2011, 1537 ss. (spec. 1597 ss.).

(20) Secondo il d.m. 11 aprile 2008 («Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita»), «[p]er tecniche di procreazione medicalmente assistita si intendono tutti quei procedimenti che comportano il trattamento di oociti umani, di spermatozoi o embrioni nell'ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza. Questi procedimenti includono: la inseminazione omologa, la fecondazione *in vitro* e il trasferimento embrionale, il trasferimento intratubarico dei gameti, il trasferimento intratubarico degli zigoti, il trasferimento intratubarico degli embrioni, la crioconservazione dei gameti e degli embrioni. Queste tecniche sono attualmente rappresentate da una gamma di opzioni terapeutiche a diverso grado di invasività sia tecnica che psicologica sulla coppia». Esse vengono suddivise in «Tecniche di I, II e III livello», a seconda «della loro complessità e del grado di invasività tecnica».

(21) Analoga questione di legittimità costituzionale era stata rinviata ai giudici rimettenti - per un rinnovato esame della stessa, alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria - con la controversa ordinanza 7 giugno 2012, n. 150. V. anche l'ord. 9 novembre 2006, n. 369, che dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 40/2004, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., dal Tribunale di Cagliari.

(22) In generale, sul principio di ragionevolezza, v., fra gli altri, AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994; A.S. AGRÒ, Art. 3, 1° comma, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 133 ss.; A. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 31 ss.; A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1994, ad vocem; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 650 ss.; J. LUTHER, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 341 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996; L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 899 ss.; A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2000, 567 ss.; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, 678 ss.; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; M. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi. Logiche e politiche della Corte costituzionale*, Milano, 1974.

(23) Così sent. 18 febbraio 1975, n. 27.

(24) È interessante notare che qui la Corte assume una serie di dati scientifici come fatti notorii, il cui ingresso nel giudizio di costituzionalità prescinde, quindi, da un'apposita attività istruttoria.

(25) In dottrina, cfr. M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008, 45, la quale evidenzia come la disciplina dettata dall'art. 14 rappresenti l'«aspetto più irragionevole e ingiusto» della legge italiana sulla PMA.

(26) Al riguardo, v. A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 667 ss.

(27) Cfr., in particolare, la sent. 26 giugno 2002, n. 282: «La pratica terapeutica si pone [...] all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, secondo comma, secondo periodo, della Costituzione pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica. Questi diritti, e il confine fra i medesimi, devono sempre essere rispettati, e a presidiarne l'osservanza in concreto valgono gli ordinari rimedi apprestati dall'ordinamento, nonché i poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione. // Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente 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 dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. // Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia. [...] // Tutto ciò non significa che al legislatore sia senz'altro preclusa ogni possibilità di intervenire. Così, ad esempio, sarebbe certamente possibile dettare regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici "a rischio", onde meglio garantire - anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti - l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie. Ma un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" (cfr. sentenza n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica». V. anche le sentt. 17 marzo 2006, n. 116; 14 novembre 2003, n. 338. In dottrina, cfr. R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 1 ss.; A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, Milano, 2011, 15 ss.; A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, ibidem, 51 ss.; G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 432 ss.; L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, 1450 ss.

(28) Si configura, cioè, una "delega di bilanciamento" in favore del medico, assimilabile a quella più sovente attribuita dalla stessa Corte ai giudici comuni (cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 120 ss.). Delega che, d'altra parte, riguardo alla PMA trova riscontro sia nelle Linee guida del 2008 [«Spetta al medico, secondo scienza e coscienza, definire la gradualità delle tecniche utilizzando in prima istanza le opzioni terapeutiche più semplici, meno invasive e meno onerose, tenendo in debito conto l'età della donna, le problematiche specifiche della coppia, le presumibili cause dell'infertilità e della sterilità di coppia, i rischi inerenti le singole tecniche, sia per la donna che per il concepito, nel rispetto dei principi etici della coppia stessa e in osservanza della legge»] sia nell'art. 44 del Codice di deontologia medica del 16 dicembre 2006 [«La fecondazione medicalmente assistita è un atto integralmente medico ed in ogni sua fase il medico dovrà agire nei confronti dei soggetti coinvolti secondo scienza e coscienza. Alla coppia vanno prospettate tutte le opportune soluzioni in base alle più recenti ed accreditate acquisizioni scientifiche ed è dovuta la più esauriente e chiara informazione sulle possibilità di successo nei confronti dell'infertilità e sui rischi eventualmente incidenti sulla salute della donna e del nascituro e sulle adeguate e possibili misure di prevenzione»].

(29) Cfr. M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena di difendere?»*, ibidem, 1696 ss. V. anche R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 726 ss., ad avviso del quale «l'obbligo di procedere al trasferimento degli embrioni previsto in maniera tale da non creare "pregiudizio [per la] salute della donna" comporta» due conseguenze indirette. La prima «è il definitivo riconoscimento della legittimità della DGP, quale mezzo per garantire il diritto della donna (ma, in realtà, anche dell'uomo), di conoscere lo stato di salute degli embrioni ottenuti. Diritto che oltre ad essere espressamente previsto dal comma 5° dell'art. 14, è presupposto fondamentale per prevenire l'inizio e/o la prosecuzione di gravidanze patologiche e che oggi potrà essere meglio garantito anche dall'eliminazione del divieto di produzione di embrioni nel numero massimo di tre, stante la necessità di disporre di un certo numero di embrioni per poter effettuare una DGP dai risultati affidabili». La seconda «è la possibilità, da parte della donna, di rifiutare il trasferimento degli embrioni risultati malati a seguito di DGP» (p. 728 s.).

(30) In questo senso, cfr. sent. 26 settembre 1998, n. 347, che dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c. (nella parte in cui non preclude l'azione di disconoscimento della paternità al padre legittimo che abbia prestato il proprio consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., dal tribunale di Napoli.

(31) Cfr. sent. 28 gennaio 2005, n. 45.

(32) Cfr. sent. 26 settembre 1998, n. 347.

(33) La legge n. 40/2004, pur vietando «il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo» (art. 4, comma 3), non sanziona in alcun modo le coppie che vi facciano egualmente ricorso, stabilendo anzi che «[n]on sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche» stesse (art. 12, comma 8). Per la tesi che tale clausola di non punibilità debba operare anche in favore del donatore di seme, v. E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 1590 s.

(34) Come rammenta la stessa Corte costituzionale nella sentenza che ci occupa (§ 5 del «Considerato in diritto»), prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era pienamente lecita ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi. Nell'anno 1997, essa era praticata da 75 centri privati, i quali operavano nel quadro delle circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 («Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale»), del 27 aprile 1987 («Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale») e del 10 aprile 1992 («Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuto e di midollo osseo»), nonché dell'ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997 («Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani»).

(35) Cfr. sent. 28 gennaio 2005, n. 49.

(36) È ben noto come da tempo la Corte abbia fatto propria la teoria - elaborata in sede dottrinale da Carlo Esposito (v., soprattutto, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1959) - secondo la quale ogni posizione giuridica riconosciuta dalla Costituzione incontra, oltre a quelli espressamente previsti, limiti ulteriori giustificati dal concorso di interessi costituzionalmente rilevanti. Tale teoria si contrappone a quella che invece postula l'esistenza di "limiti naturali" rispetto ad ogni garanzia costituzionale (cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 56 ss.).

(37) Cfr. Corte eur. dir. uomo, Seconda Sezione, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia; Id., Grande Camera, 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria; Id., Prima Sezione, 1° aprile 2010, S.H. e altri c. Austria; Id., Grande Camera, 10 aprile 2007, Evans c. Regno Unito.

(38) Sull'assenza, nel «Considerato in diritto» della pronuncia, di qualunque riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. e, tramite questo, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, v. A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in www.forumcostituzionale.it.

(39) Cfr. sent. 24 luglio 2000, n. 332.

(40) Cfr. sent. 10 febbraio 1981, n. 11.

(41) Cfr. sent. 24 maggio 1985, n. 161.

(42) Cfr. sentt. 26 febbraio 2010, n. 80; 4 luglio 2008, n. 251.

(43) Cfr. sent. 12 gennaio 2011, n. 8.

(44) Intravede nella decisione della Consulta il rischio di una "deriva scienziata" per la tutela dei diritti fondamentali A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it.

(45) Art. 28, comma 4, della l. 4 maggio 1983, n. 184 («Diritto del minore ad una famiglia»), come modificato dall'art. 100, comma 1, lett. p), del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 («Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219»), che ha sostituito il riferimento alla «potestà dei genitori» con quello alla «responsabilità genitoriale».

(46) Cfr. art. 28, comma 5, l. n. 184/1983.

(47) Cfr. sent. 22 novembre 2013, n. 278.

(48) Cfr. sent. 12 aprile 2012, n. 87.

(49) Cfr. sent. 22 dicembre 1988, n. 1130.

(50) Cfr. sent. 13 gennaio 2014, n. 1.

(51) Tale aspetto paradossale del divieto in questione viene sottolineato da C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 237: «per aver accesso alle tecniche di procreazione assistita bisogna essere sterili o infertili in buona (art. 4.1) ma non eccessiva misura (art. 4.3)».

(52) V., al riguardo, R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998.

(53) Cfr. sent. 3 novembre 1988, n. 1009.

(54) Per un'idea sulle dimensioni e sulle caratteristiche di tale fenomeno, v. C. FLAMIGNI - A. BORINI, *Fecondazione e(s)terologa*, Roma, 2012.

(55) Giova in proposito ricordare che attualmente, tra i Paesi a noi più vicini, soltanto la Lituania e la Turchia vietano la fecondazione eterologa (cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria, § 38). Per ulteriori dati comparatistici, v. C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003; C. CASONATO - T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006; P. PASSAGLIA (a cura di), *La fecondazione eterologa* (marzo 2014), in www.cortecostituzionale.it (Documentazione - Studi di diritto comparato).

(56) Il primo caso concreto di attuazione giudiziaria del *decisum* costituzionale è rappresentato dall'ordinanza del Tribunale di Bologna, sez. I civile, 14 agosto 2014, la quale «dichiara il diritto dei ricorrenti a ricorrere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo secondo le migliori e accertate pratiche mediche; // autorizza la società convenuta [che gestisce una struttura privata abilitata - n.d.a.] ad applicare la tecnica richiesta dalla coppia ricorrente nel rispetto delle disposizioni richiamate in motivazione e delle più aggiornate ed accreditate conoscenze tecnico-scientifiche in materia di PMA con donazione di gameti». Occorre inoltre segnalare che il 28 luglio 2014 la Giunta regionale della Toscana ha deliberato l'adozione di apposite «Direttive sulla Procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa», ritenuta l'esigenza - «in attesa della eventuale disciplina unitaria adottata dal Ministero della Salute» - che tale «metodica [...] venga realizzata in condizioni di massima sicurezza a tutela della salute dei cittadini e della efficienza ed efficacia dei trattamenti sanitari eseguiti nei Centri Medici privati, privati convenzionati e pubblici nel territorio della Regione Toscana, fornendo allo scopo principi e criteri affinché possa essere applicata con più uniformità possibile a livello regionale».

(57) Artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1. V., peraltro, le Linee guida del 2008, che impongono di tener «conto anche di quelle peculiari condizioni in presenza delle quali - essendo l'uomo portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV od HCV - l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infecondità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico, di cui all'art. 4, comma 1 della legge n. 40 del 2004».

(58) ... sempreché, ovviamente, gli aspiranti genitori non avessero deciso - avendone di mezzi - di recarsi all'estero per ottenere ciò che in Italia - prima dell'intervento della Corte costituzionale - era vietato.

(59) Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 138.

(60) Cfr. artt. 4 e 6 l. n. 194/1978.

(61) Così Corte eur. dir. uomo, Seconda Sezione, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia (§§ 57 e 58).

(62) V. *supra*, nota 2

(63) Cfr. R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 17 ss.; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 1561 [«Nell'insieme, la disciplina della sperimentazione su embrioni umani assume nella legge connotati fortemente sbilanciati a favore dell'integrità dell'embrione, mentre i beni in conflitto - libertà di ricerca scientifica e salute collettiva - trovano scarsa considerazione da parte del legislatore»]; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 710 [«Mal si comprende la ragione che ha spinto il legislatore a preferire che gli embrioni che non potranno avere un futuro nel corpo di una donna debbano andare, per legge, incontro ad una morte "inutile" quando avrebbero potuto essere impiegati per un "utile" scopo a fini di sperimentazione e ricerca. Basta infatti pensare alla possibilità di compiere studi sulle cellule staminali embrionali (e sulle loro potenzialità di utilizzo) per rendersi conto di quale importanza potrebbe avere la ricerca di quel genere»]. In proposito, v. anche la risoluzione approvata a maggioranza dalla *Commissione di studio sull'utilizzo di cellule staminali per finalità terapeutiche*, istituita nel 2000 dal Ministro della Sanità, prof. Umberto Veronesi, e presieduta dal prof. Renato Dulbecco: «anche in Italia, in vari laboratori che attuano programmi di fecondazione *in vitro*, esiste un elevato numero di embrioni soprannumerari, formati nel contesto di un progetto procreativo, ma che, per varie ragioni, non sono più destinati all'impianto. // La scelta di destinare una parte di questi embrioni a ricerche dalle quali possono derivare notevoli benefici per l'umanità non comporta una concezione strumentale dell'embrione, né costituisce un atto di mancanza di rispetto nei confronti della vita umana, in specie se si considera che l'alternativa è di lasciare che questi embrioni, per i quali non è più possibile la destinazione per cui sono stati formati, periscano. // Quando ci si trova di fronte a situazioni dilemmatiche, il

meglio che si possa fare - se si esclude l'inazione, che comunque è una scelta - è di bilanciare i valori in gioco. // Nel nostro caso, a fronte dell'inevitabile destino riservato a una parte degli embrioni crioconservati e non più impiantabili, la Commissione ritiene che la bilancia penda a favore della destinazione di tali embrioni agli scopi di una ricerca suscettibile di salvare la vita di milioni di esseri umani e ritiene che tale destinazione manifesti, nella situazione sopra descritta, un rispetto per la vita umana ben superiore al mero "lasciar perire". La soluzione sopra delineata è quella che raccoglie i maggiori consensi sul piano delle valutazioni espresse da numerose istituzioni e comitati nazionali ed internazionali. // Essa è ispirata da una logica dell'espansione del raggio della ricerca e può quindi consentire, in un tempo più breve rispetto alle logiche restrittive, di pervenire alle conoscenze scientifiche di base che permetteranno il passaggio alla fase della sperimentazione clinica. Sul piano dei principi, tale soluzione trova sostegno nel principio di beneficialità, il quale, sia pure con differenti accentuazioni, è un tratto comune alle principali dottrine morali, ispira l'etica della ricerca biomedica, ed è fonte dei doveri di responsabilità che noi abbiamo verso le persone che soffrono. // In forza di ciò, tale soluzione dà corpo alla nostra responsabilità verso le prossime generazioni, alle quali indubbiamente ridonderanno i benefici degli sforzi che oggi facciamo nella lotta contro le malattie e la sofferenza. Non va dimenticato infine che questa posizione è ispirata ad un atteggiamento collaborativo e prudente, proteso ad evitare il più possibile i contrasti ed attento a rispettare al massimo le diverse convinzioni in campo».

Data di pubblicazione: 22 giugno 2015.