

Rivista N°: 3/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 24/07/2015

AUTORE: Andrea Patroni Griffi*

IL BILANCIAMENTO NELLA FECONDAZIONE ASSISTITA TRA DECISIONI POLITICHE E CONTROLLO DI RAGIONEVOLEZZA**

1. Bilanciamenti, giudizio di ragionevolezza e questioni di inizio vita – 1.1 La legge sull'interruzione volontaria di gravidanza come modello legislativo di ragionevole bilanciamento – 2. La ragionevole tutela dell'embrione e la produzione di un numero "strettamente necessario" – 3. Il divieto legislativo di analisi genetica preimpianto dinanzi ai giudici costituzionale ed europeo – 3.1 L'andamento irragionevolmente altalenante nella tutela dell'inizio vita secondo dottrina e Corte di Strasburgo – 3.2 Il rapporto con l'ordinamento EDU e la persistente esigenza di tutela dell'embrione nella sentenza n. 96/2015 – 4. Fecondazione eterologa e discrezionalità legislativa – 4.1 La ragionevolezza come controllo ampio e l'assenza di riferimento all'embrione nella sentenza n. 162/2014 – 5. Fecondazione assistita tra giudici e scelte ragionevoli del legislatore nello Stato pluralista. Conclusioni.

1. Bilanciamenti, giudizio di ragionevolezza e questioni di inizio vita

La fecondazione assistita rappresenta una straordinaria cartina di tornasole di analisi dei rapporti tra scelte del legislatore, decisioni della politica e sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale, nell'ambito della ricerca di ragionevoli punti di equilibrio. Un bilanciamento di molteplici, eterogenei diritti e interessi costituzionali, i cui contorni non sono sempre chiari¹.

* Associato di Istituzioni di diritto pubblico nella Seconda Università degli Studi di Napoli — andrea.patronigriffi@unina2.it

** Il presente saggio riprende, sviluppa e aggiorna sino alla sentenza della Corte costituzionale n. 96/2015 alcune considerazioni che ho svolto nella relazione su *Political appreciation and judicial control in Italian Law on assisted reproduction technologies*, Unesco Chair in Bioethics, 9th World Conference, Napoli, 19-21 novembre 2013 e nella relazione su *Il bilanciamento nelle questioni di inizio vita tra decisioni politiche e controllo dei giudici*, Convegno italo-spagnolo su *Questioni di inizio vita. Fecondazione assistita e aborto nel dibattito bioetico*, Centro interuniversitario di ricerca bioetica CIRB – Centro de estudio en Bioderecho, Etica y Salud de Murcia CEBES, Napoli 26 giugno 2014.

¹ Né sono staticamente cristallizzati i possibili contenuti di esercizio anche alla luce del progresso tecnico-scientifico.

Nell'ordinamento costituzionale, sui temi inerenti alle frontiere dei diritti nelle questioni di inizio vita, diversi sono gli equilibri consentiti al legislatore nel bilanciare in modo ragionevole diritti e interessi costituzionali.

Il legislatore deve intervenire nel rilevato ambito di una legge costituzionalmente necessaria, al fine di assicurare una tutela minima delle plurime posizioni coinvolte. La discrezionalità è ampia, ma il legislatore non si muove in un indifferente costituzionale, in quanto la Costituzione pone limiti all'estensione delle legittime scelte legislative², come più volte ribadito dal giudice delle leggi.

Mediante gli strumenti del sindacato di ragionevolezza la Corte costituzionale giunge progressivamente a riscrivere con l'inchiostro della Costituzione la legge n. 40 del 2004³. Senza dimenticare, sul piano sovranazionale, l'importanza che rivestono tali decisioni sotto il profilo del dialogo, non sempre realizzato, tra le Corti, tra giudice delle leggi e Corte di Strasburgo, come comprovato, dopo la sentenza Costa e Pavan, dagli scarni, quasi preoccupati riferimenti all'ordinamento Cedu contenuti nella sentenza n. 96/2015.

Il fatto è che, nella disciplina dell'inizio vita, emergono, sia sul piano costituzionale sia sul piano sovranazionale europeo, gli istituti più classici del diritto pubblico nel confronto tra diritto e politica: il bilanciamento tra i diritti e le libertà, i limiti all'esercizio degli stessi diritti, lo scrutinio di ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore. Sicché può dirsi che nella "ricerca di un [ragionevole] bilanciamento"⁴ vi è la principale soluzione alle questioni giuridiche poste dalle bioetiche. Laddove si pone quale incompatibile con l'ordinamento pluralista qualsiasi "ritorno a forme di monolitismo etico"⁵.

Le scelte della politica, se anche assumono la dignità di legge formale, non possono riempire la legge di contenuti normativi che, pure perseguendo la finalità di tutela di diritti e interessi costituzionali, raggiungano tali obiettivi con un eccessivo, e quindi sproporzionato, sacrificio di diritti ed interessi concorrenti. Con il definitivo tramonto della sovranità del Parlamento, e di fronte a leggi che, invece di contemperare i contrapposti diritti ed interessi secondo i dettami di un ordinamento pluralista, effettuano, talora, "scelte di campo"⁶, diventa decisivo il ruolo di ultimo custode svolto, in definitiva, dal giudice delle leggi⁷. Ma non solo. Di

² Nell'ambito di una "bioetica costituzionale", cfr. L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. CHIEFFI, Paravia, Torino 2000, I ss.

³ Soprattutto, si vedrà, con la sentenza n. 162/2014, che fa cadere il generale divieto legislativo di fecondazione eterologa, e con la sentenza n. 96/2015 che, in una stringata, ma assai significativa decisione additiva, incide sul divieto di diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche.

⁴ *Percorsi tra bioetica e diritto: alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI, Giappichelli, Torino 2010.

⁵ S. RODOTÀ, *Introduzione*, in *Questioni di bioetica*, Laterza, Bari, 1997, VIII.

⁶ Di "matrice ideologica" della legge n. 40 parla già R. BIN, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'ALOIA, Giappichelli, Torino 2005, 22. V. anche M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. del dir.*, 3/2004, spec. 453.

⁷ Ma anche dalle Corti sovranazionali, da un lato, e dai giudici comuni, dall'altro, liberati definitivamente da ogni residuo mito liberale di *bouche de la loi*, sia nella rilevata apertura di ambiti di "diffusione" del sindacato

fronte alle istanze di diffusione del sindacato di costituzionalità, e all'emergere di tentativi di controllo diretto di convenzionalità, emerge forte il ruolo dei giudici⁸ comuni, di legittimità e di merito⁹, nonché il ruolo intimamente "costituzionale", al di là delle necessarie implicazioni di una tale espressione¹⁰, delle Corti sovranazionali europee.

Tutto questo è vero, ma va anche scongiurato il rischio di un "giudice legiferante"¹¹.

Il sindacato sulla ragionevolezza¹² va effettuato con un attento *self restraint* da parte della Corte costituzionale. Tale controllo consente alla Corte di svolgere il proprio ruolo di custode della Costituzione e di porre freno all'arbitrio della politica, solo quando si sviluppa nel rigoroso ricorso alle tecniche di verifica e agli strumenti di sindacato di cui la Corte nel tempo si è dotata¹³. Il canone della ragionevolezza è tecnica di giudizio delicata quando si confronta con una tutela legislativa semmai sproporzionata, come talora la Corte rileva nelle questioni di inizio vita¹⁴, di fronte a libertà e interessi che hanno, per definizione, ancoraggio costituzionale nei vari termini del bilanciamento.

In tale ambito, il ricorso alla tecnica del giudizio sulla ragionevolezza, che si erge ormai a principio autonomo¹⁵, se non praticato con assoluto rigore, rischia di potersi tradurre nella sostituzione dell'arbitrio del legislatore con quello altrettanto pericoloso, al di fuori dei circuiti della legittimazione politico-rappresentativa, dello stesso giudice delle leggi, che così andrebbe, in concreto, ad effettuare indebite valutazioni di tipo politico¹⁶. Sarebbe inconcepi-

costituzionale sia nella loro capacità di applicare direttamente le norme costituzionali, in assenza di *interpositio legislatoris*.

⁸ Cfr. R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame «concreto» dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Pisa, Aracne 2014.

⁹ Tale passaggio, in parte necessario, non è certo esente da pericoli, da cui per primi gli stessi giudici, scevri di ogni volontà di protagonismo politico, dovrebbero avere sempre cura di rifuggire.

¹⁰ Da ultimo, sia consentito rinviare a A. PATRONI GRIFFI, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, su *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, <http://www.edizioniesi.it/dperonline/>, 2015.

¹¹ Per riprendere l'efficace immagine, espressione di un sostanziale ossimoro, di L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, su *Rivista AIC*, 2/2014, 10.

¹² Non è certo possibile riportare la sterminata autorevole dottrina in tema di ragionevolezza, che ormai è modo di essere quasi costante nelle motivazioni della Corte nelle questioni più controverse. Può essere utile partire da L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 899 ss., per poi approfondire la ricchissima dottrina dei Maestri lì richiamata.

¹³ G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000, *passim*.

¹⁴ Di "test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza" parla espressamente la Corte, come si vedrà *infra* nella sentenza n. 162/2014.

¹⁵ Ormai, come si rileva, il giudizio di ragionevolezza si è "emancipato" dal riferimento al solo principio di eguaglianza o al diritto alla salute, venendo spesso impiegato da solo, anche declinato quale incoerenza o irrazionalità. Cfr. ad esempio M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, su *cortecostituzionale.it*, 2013.

¹⁶ Il controllo sulla ragionevolezza costituisce strumento quotidiano nell'operare della Corte e rappresenta un limite assai penetrante, capace di travolgere lo stesso esito legislativo del processo politico di bilanciamento. Uno strumento assai delicato, che la Corte si è costruito, nella sua giurisprudenza. Potenzialità e rischi di tale importante strumento emergono già negli Atti del seminario svoltosi al Palazzo della Consulta, Roma 13 e 14

bile, infatti, sostituire l'irragionevolezza di una scelta politica con una diversa scelta operata dalla Corte. Si determinerebbe, in tal caso, un'ancor più grave lesione delle garanzie costituzionali, che la Carta fondamentale ha voluto impernate, ad effettiva tutela del suo carattere rigido, su di un organo costituzionale "giudice", di legittimità e mai di merito, delle legge¹⁷. Ferma restando la concreta difficoltà di distinguere tali ambiti rispetto ad ambiti tipici della bioetica di non facile collocazione.

La Corte costituzionale si dimostra tradizionalmente consapevole di un tale pericolo. Nel sindacato sulla ragionevolezza, nella maggior parte dei casi, la Corte si richiama al ragionevole bilanciamento quale forma di controllo "minimale", cioè di verifica che non sia compromesso nel suo "minimo" la posizione costituzionale coinvolta, sia essa diritto o interesse. Sicché, per tale via, la Consulta si pronuncia più frequentemente nel senso del rigetto, e non dell'accoglimento, della questione di costituzionalità, facendo rientrare la sottostante scelta legislativa nell'esercizio legittimo di discrezionalità. E a tale conclusione la Corte perviene coerentemente anche nelle ipotesi in cui non condivide, nel merito, la scelta, magari criticata in *obiter dictum*, che senza che ciò si traduca in una declaratoria di incostituzionalità¹⁸.

Il richiamo alla ragionevolezza, dunque, quando la Corte si trova di fronte a questioni sensibili del dibattito politico, viene spesso declinato proprio come "non irragionevolezza" della legge; oppure la Corte sembra richiedere, per sancire l'illegittimità della legge, che la scelta sia "manifestamente irragionevole o arbitraria"¹⁹. Nella giurisprudenza in tema di fecondazione assistita, invece, la Corte sembra abbandonare siffatta prudenza, sino ad arrivare, in particolare nella sentenza n. 162/2014 ad accogliere la questione di costituzionalità, pur avendo espressamente ribadito che sarebbe bastata una disciplina legislativa "non irragionevole" ad impedire di sindacare l'esercizio della discrezionalità fatto dal legislatore.

ottobre 1992, pubblicati in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano 1994.

¹⁷ E ciò proprio a chiusura del sistema delle garanzie, e quindi al di fuori dello stesso circuito politico-rappresentativo e del campo di azione del principio maggioritario. Necessità di preciso ancoraggio al parametro e costituzionale e rischi di abusi del giudizio di ragionevolezza sono da sempre adombrati anche nella più autorevole dottrina. V. per tutti P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, cit., 21 ss., spec. 42.

¹⁸ Si può ricordare, ad esempio, Corte cost., sent. 249/2010, che respinse la questione di costituzionalità del reato cosiddetto di "clandestinità", in cui il giudice delle leggi circoscrive l'ambito del giudizio sulla ragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa "solo ove si traduca in *scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie*", per poi muovere delle possibili censure alle scelte operate dal legislatore che ha introdotto una tale forma di reato; per concludere però che "simili valutazioni attengono, tuttavia, all'opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria: piano di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità".

¹⁹ Come ricordato a titolo esemplificativo nella nota che precede.

1.1. La legge sull'interruzione volontaria di gravidanza come modello legislativo di ragionevole bilanciamento

Il fatto è che la Consulta, nonostante gli iniziali tentativi di sottrarsi al sindacato sulla legge 40, non può che giungere a “rifiutare”, in sostanza, lo stesso impianto politico dell'originario testo normativo, nelle parti che reputa incompatibili con i principi di uno Stato pluralista sino a riscrivere²⁰ la disciplina della fecondazione assistita.

Eppure il legislatore del 2004 in realtà aveva un importante, collaudato modello di riferimento per il bilanciamento nelle questioni di inizio vita, rappresentato dalla legge n. 194/1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza, che costituirà significativamente per la Corte il *tertium comparationis* nel dispositivo e nelle argomentazioni della sentenza n. 96/2015.

Quello contenuto nella legge n. 194 era un “naturale” modello di riferimento - da cui il legislatore del 2004 si è invece allontanato - se si pensa a come si arrivò nel 1978 a realizzare quel ragionevole assetto dei diritti coinvolti, che è riuscito a durare nel tempo nonostante la delicatezza e sensibilità politica del tema²¹ e a “reggere” così dinanzi alla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, come noto, aveva individuato i termini del legittimo bilanciamento, operato nella legge 194, sia nel diritto del concepito a proseguire il suo processo vitale²² sia nel diritto alla vita e alla salute fisica e psichica della madre. La donna può dunque legittimamente effettuare, nelle forme, termini e limiti predisposti dal legislatore, l'interruzione di gravidanza²³, senza che, peraltro, per questo si possa configurare un “diritto all'aborto”²⁴.

La legge n. 194/1978, per l'appunto, lungi dal riconoscere un diritto di abortire, disciplina una facoltà, regolata nella legge stessa, di accesso all'ivg, per tutelare la vita o la salute della madre. Alla luce di tale normativa, emerge anche la posizione del nascituro - e non solo i diritti della madre - sul piano degli interessi costituzionalmente rilevanti e degni di adeguata, ragionevole tutela. La tutela costituzionale della vita del concepito può essere sacrificata nel bilanciamento con il diritto alla vita e con il diritto alla salute della donna, nel suo ampio con-

²⁰ “È la Corte costituzionale a riscrivere la legge in modo laico”. Così, già M. D'AMICO, A. PUCCIO, *Laicità per tutti*, Milano 2009, 20.

²¹ V. già S. BAROLE, *Ammonimenti e consigli nuovi in materia di referendum e di aborto*, nota a Corte cost., sent. n. 26 del 1981, in *Giur. cost.*, 1, 1981, 140 ss.

²² I. NICOTRA, *“Vita” e sistema dei valori nella costituzione*, Giuffrè, Milano 1997, 122 ss. parla del “fondamento costituzionale del diritto “a nascere””.

²³ Nella dottrina amplissima, per una ricostruzione su interruzione volontaria della gravidanza e Costituzione, v., ad esempio, L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, Paravia – Bruno Mondadori Editori, Torino 2000; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Giuffrè Milano 2007, 97 ss.; R. FATTIBENE, M. P. IADICICCO, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in *La nascita. I mille volti di un'idea*, a cura di R. PRODOMO, Giappichelli, Torino 2006, 209 ss.

²⁴ Così come si dirà non può riconoscersi un diritto alla maternità *a tutti i costi*, in ogni situazione, con ogni mezzo e per qualsiasi fine, giungendo semmai a scegliere un figlio “geneticamente perfetto” tramite un ricorso senza limiti alla diagnosi genetica preimpianto e alla fecondazione eterologa.

tenuto ricostruttivo sotto il profilo sia fisico sia psichico, solo nell'ambito delle condizioni di legge.

In tal senso, si è messo in evidenza come si possa e si debba parlare del concepito come di un "soggetto potenziale o oggetto di una tutela 'a geometria variabile', dipendente dal suo grado di sviluppo e dal settore coinvolto"²⁵. Il nascituro si pone quale centro di imputazione giuridica di un interesse costituzionalmente protetto, che deve comunque essere considerato nel bilanciamento e che dunque legittima il restringimento, ma non anche la compromissione, della sfera di esercizio di altri diritti.

Nella stessa storica sentenza n. 27/1975, anteriore all'adozione della legge 194, la Corte sottolineò, come noto, il "fondamento costituzionale" della "tutela del concepito"²⁶, ma anche 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" e che "l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza *totale ed assoluta*, negando ai secondi adeguata protezione".

Nella sentenza n. 35/1997, poi, relativa all'ammissibilità del referendum che mirava a liberalizzare l'aborto, la Corte evidenzia che l'abrogazione andrebbe a travolgere "disposizioni a contenuto normativo costituzionalmente vincolato sotto più aspetti, in quanto renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei *diritti* costituzionali inviolabili *alla vita*".

Con il passaggio, nell'ambito delle questioni di inizio vita, dal tema dell'aborto a quello della fecondazione assistita, anche la legge n. 40/2004 emerge davanti alla Corte per la sua rilevanza nell'aver colmato un vuoto legislativo, contrario ad una minima tutela delle posizioni coinvolte.

Se quelle del feto e dell'embrione sono due condizioni ontologicamente diverse, nondimeno anche con riferimento alla tutela dell'embrione si pone l'esigenza di bilanciamento tra interessi. La dimensione costituzionale della tutela dell'embrione umano non potrebbe consentire al legislatore, nel bilanciamento, di percorrere inaccettabili derive eugenetiche²⁷, come emerge, in modo implicito ma chiaro, nella stessa ultima, fondamentale sentenza n. 96/2015 della Corte costituzionale, in tema di diagnosi preimpianto.

²⁵ Espressioni peraltro non di una dottrina collegata alla cosiddetta "bioetica cattolica", ma di C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2012, 40.

²⁶ "Ritiene la Corte che la tutela del concepito - che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) - abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la "protezione della maternità" e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito".

²⁷ J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002, spec. 67 ss.

La Consulta si era già pronunciata per l'inammissibilità del referendum abrogativo totale della legge sulla fecondazione medicalmente assistita²⁸, alla luce della necessità costituzionale di avere comunque una disciplina in materia, anche a garanzia dello stesso concepito. La Corte, in tal senso, nella sentenza n. 45/2005, sottolinea che "si tratta della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore... che indubbiamente coinvolge una *pluralità di rilevanti interessi costituzionali*, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un *livello minimo* di tutela legislativa".

Tale "livello minimo di tutela" non può ragionevolmente non tradursi, nella considerazione anche dell'embrione, in relazione, ad esempio, alle vicende attinenti alla produzione, all'uso, alla selezione e alla manipolazione dello stesso.

2. La ragionevole tutela dell'embrione e la produzione di un numero "strettamente necessario"

La ragionevole tutela dell'embrione viene in rilievo nel bilanciamento tra diritti e interessi costituzionali emergenti nella disciplina della fecondazione assistita. E la legge n. 40/2004 - come emerge già nella sentenza n. 347/1998²⁹ e soprattutto, con riferimento al proposto referendum sulla legge n. 40/2004, nella sentenza n. 45/2005³⁰ - ha l'indubbio merito di ergersi, come visto, a legge costituzionalmente necessaria³¹, riempiendo un vuoto legislativo sulle questioni di inizio vita, dove emergono quella rilevata "pluralità di rilevanti interessi costituzionali" bisognevoli di un "livello minimo" di tutela e di bilanciamenti ragionevoli.

²⁸ Per una completa ricostruzione, relativa ai diversi quesiti referendari, di tutti gli atti e commento agli stessi, cfr. *I referendum sulla fecondazione assistita*, a cura di M. AINIS, Milano 2005.

²⁹ E quindi in assenza di una disciplina legislativa di settore e con i giudici che fornivano in via giurisprudenziale risposte anche profondamente "diverse" alle domande di accesso alle relative tecniche.

³⁰ "In coerenza con la già citata sentenza n. 347 del 1998, che aveva fatto intendere che una legge - quale che fosse - sulla procreazione medicalmente assistita non fosse abrogabile nella sua interezza". C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Riv. BioDiritto*, n. 2/2014, 70.

³¹ La legge è costituzionalmente necessaria, fermo restando l'esercizio di discrezionalità legislativa nella concreta disciplina, non avendosi anche un contenuto costituzionalmente vincolato. Distinzione che appare più problematica in questa giurisprudenza. V. A. RUGGERI, *Tutela "minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005; S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005. Il "bilanciamento realizzato attraverso la legge 40 assume una rilevanza meramente descrittiva e non valutativa", nel senso che la Corte lascia volutamente da parte ogni giudizio sulla legittimità della legge 40. Così, S. PENASA, *La necessaria concordanza tra formanti il livello di litigiosità giurisdizionale: quale parametro di valutazione dei diversi modelli di regolazione legislativa nel biodiritto?*, in *Forum BioDiritto 2008: Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, a cura di C. CASONATO, P. VERONESI, C. PICIOCCHI, Cedam, Padova 2009, 57 ss., spec. 75.

La legge n. 40, tuttavia, pone limiti e divieti assoluti e generali che mal si conciliano con una “bioetica rispettosa dei valori costituzionali”³² e realizza, in diversi ambiti, una tutela irragionevole dell’embrione che non può non venire censurata dalla Corte.

Il punto di svolta, in cui la Consulta entra in modo forte sul vaglio della ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore nella legge 40, è rappresentato dalla sentenza 151/2009³³.

La Corte, come noto, con questa decisione, fa cadere due dei limiti più stringenti all’accesso alle tecniche di procreazione assistita: il divieto di creare più di tre embrioni e il divieto di congelare quelli non impiantati.

Si tratta in realtà di scelte che il legislatore non avrebbe dovuto direttamente fissare in modo generale ed assoluto. Sono valutazioni che attengono, in significativa parte, al campo di apprezzamento del medico, a garanzia del diritto alla salute della donna, che accede alla fecondazione in condizioni personali, di salute, di età anche molto diverse, e che non possono essere regolate per legge in modo uniforme, se non violando il canone della ragionevolezza e il principio di eguaglianza nel suo contenuto più profondo, in quanto connesso al divieto di regolare in maniera eguale situazioni diverse.

La Corte sottolinea che l’individuazione di un limite, fisso per legge, comporta il rischio di una concreta lesione del diritto alla salute delle donne³⁴, quando non si riconoscano

³² Per usare ancora l’espressione, antecedente l’adozione della stessa legge 40, di L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica e diritti dell’uomo*, cit., XI ss., che pure indica sotto il profilo del metodo e dei contenuti, la strada per la “costruzione di una bioetica costituzionale” (XVI ss.). Dubbi su diverse scelte operate dal legislatore sono da subito sollevati in dottrina: v., tra gli altri, M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, 3, 453 ss.; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 501 ss.; se si vuole, A. PATRONI GRIFFI, *L’embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, relazione al convegno *Quale statuto per l’embrione?*, Napoli, Università degli Studi Federico II – Aula Pessina, 1 giugno, 2005, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 giugno 2005.

³³ Per alcuni commenti v., ad esempio, S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009; 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 difendere»?*, *ivi*, 2009, 1696 ss.; D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra detto e non detto. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla L. n. 40/2004*, in *Giur. Italiana*, 2/2010, 289 ss.; G. BALDINI, *Diagnosi genetica pre-impianto nell’evoluzione normativo-giurisprudenziale*, su *altalex.com*, 2012; M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2009; ma soprattutto, anche per una ricostruzione accurata di come si arriva alla sentenza n. 151, *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, a cura di M. D’AMICO, I. PELLIZZONE, Franco Angeli, Milano 2010.

³⁴ Tale limite “finisce, quindi, per un verso, per favorire - rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito - l’aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; 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’articolo 14, comma 4, salvo il ricorso all’aborto”.

ambiti di prudente, flessibile apprezzamento medico, che possa tenere in adeguato conto dell'individualità della persona³⁵. In tal modo impostati i termini del bilanciamento, la Consulta rileva il “contrasto con l'articolo 3 della Costituzione, riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza”, dove in realtà le stesse esprimono, nel caso di specie, una sostanziale endiadi. Non è consentito al legislatore di sancire ragionevolmente “il medesimo trattamento a situazioni dissimili”. Laddove, peraltro, l'irragionevole eguale trattamento di situazioni diverse comporta, al contempo, anche il rischio, come detto, di lesione del diritto fondamentale alla salute della donna³⁶.

Ciò nondimeno, nella sentenza la Corte continua a considerare meritevole di tutela costituzionale l'embrione umano. Sicché, se nel bilanciamento con il diritto alla salute della madre e con il principio di eguaglianza, la Consulta sancisce l'irragionevolezza della scelta del legislatore, lo stesso giudice delle leggi non ritiene invece incostituzionale “il principio della “stretta necessità” nella produzione di embrioni”³⁷, sia pure non predeterminato nel numero massimo di tre in modo rigido e assoluto. La Corte infatti sottolinea significativamente nella sentenza che “l'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare”.

3. Il divieto legislativo di analisi genetica preimpianto dinanzi ai giudici costituzionale ed europeo

Il divieto originario posto nella legge n. 40 di diagnosi genetica preimpianto, così come sindacato, nella diversità degli strumenti ed effetti delle decisioni, dinanzi ai giudici costituzionale e di Strasburgo, rappresenta un osservatorio privilegiato di indagine del canone di ragionevolezza, anche sotto il profilo specifico della coerenza complessiva dell'ordinamento nelle scelte effettuate con la legge n. 194/1978, prima, e la legge n. 40/2004, poi. Si tratta inoltre di un osservatorio assai significativo dei rapporti, dei dialoghi, talora dei monologhi, nell'ordinamento costituzionale multilivello, soprattutto tra la Corte europea dei diritti dell'uomo, di cui alla sentenza Costa e Pavan, e la Corte costituzionale, all'indomani della

³⁵ “Ciò in quanto la previsione legislativa 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” “La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita” è illegittima per violazione degli articoli 3 e 32 della Costituzione.

³⁶ La lesione della ragionevolezza si lega anche alla “lesione dell'articolo 32 della Costituzione, per il pregiudizio alla salute della donna ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso”.

³⁷ C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 73.

sentenza n. 96/2015, che si risolve in un ulteriore intervento demolitorio della Corte su quel che ormai “resta” dell’impianto originario della legge 40. Si tratta di una decisione additiva che, nelle invero sintetiche, ma pregnanti motivazioni, richiama, come si vedrà, solo in una parentesi, la decisione della Corte EDU, mentre riafferma con determinazione il ruolo del giudice delle leggi e l’impossibilità di disapplicazione diretta della legge da parte dei giudici comuni anche dopo la decisione della Corte di Strasburgo.

Invero, la Corte aveva avuto occasione di pronunciarsi sul divieto di diagnosi genetica preimpianto, contenuto nella legge 40, da parte di coppie fertili, ma affette da malattia genetica³⁸, molto tempo prima, nella nota e criticata ordinanza n. 369/2006³⁹. Sennonché in quella circostanza la Consulta “decide di non decidere”⁴⁰. Eppure il divieto di analisi genetica preimpianto poneva in origine importanti motivi di dubbio sulla ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore del 2004, tanto che addirittura in sede giurisprudenziale comune si era cercato di elaborare “un diritto vivente che, con interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 13 e 14 della legge, era giunto a ritenere lecita la diagnosi preimpianto in talune circostanze”, individuando, “soluzioni interpretative per consentire la diagnosi preimpianto alle coppie sterili o infertili e tentativi creativi per consentirla anche alle coppie fertili”⁴¹.

³⁸ Relativamente all’articolo 13 della legge n. 40/2004 “nella parte in cui non consente di accertare, mediante diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell’utero della donna ammessa alla procedura di procreazione medicalmente assistita siano affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori, quando l’omissione di detta diagnosi implichi un accertato pericolo grave e attuale per la salute psico-fisica della donna”, come rileva il Tribunale di Cagliari nell’ordinanza di remissione e riportato nella citata ordinanza della Corte costituzionale.

³⁹ Cfr. L. CHIEFFI *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita; alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni dell’impianto dell’embrione e quelle della donna ad avviare una procreazione cosciente e responsabile*, in *Giur. Cost.*, 2006, 4730 ss. Il giudice remittente aveva cercato di individuare una via di interpretazione conforme a Costituzione della legge 40 sul punto, come sottolinea A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., 3846 ss. V anche M. D’AMICO, *Il giudice costituzionale e l’alibi del processo*, in *Giur. Cost.*, 3859 ss., spec. 3861, C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell’interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*, *ibidem*, 3849 ss.

⁴⁰ Così sia A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3846 ss. sia A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all’illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell’ord. n. 369 del 2006)*, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006.

⁴¹ C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 73. Invero, in un sistema di sindacato accentrato di costituzionalità, alla luce del chiaro tenore del testo legislativo, erano forse questi tentativi non consentiti di ricorso all’interpretazione adeguatrice, che non può tradursi in strumento per aggirare il momento del sindacato accentrato di legittimità davanti alla Corte, quale unico giudice naturale della legge. Circa l’esigenza di “razionalizzare l’uso indiscriminato” dell’interpretazione conforme v. già G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006, 170. Si veda anche, se si vuole, A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”. Profili problematici e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli 2012, 289 ss.

3.1. L'andamento irragionevolmente altalenante nella tutela dell'inizio vita secondo dottrina e Corte di Strasburgo

I motivi di incongruenza del divieto legislativo dell'analisi genetica preimpianto apparivano da subito evidenti, se rapportati a quanto nel nostro stesso ordinamento si riconosce sin dalla legge n. 194/1978, nel ragionevole bilanciamento tra contrapposti diritti e interessi, nella disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza. Come si ebbe modo subito di rilevare⁴², si manifesta, all'indomani dell'adozione della legge n. 40/2004, l'irragionevole "compresenza nel nostro ordinamento di una norma che realizza in diverse sue opzioni regolatorie una tutela massima dell'embrione creato in vitro, per poi abbassare nei meccanismi della legge n. 194, il livello di tutela della vita di fronte ad un feto ormai formato"⁴³. In Italia si determinava un "andamento irragionevolmente altalenante" nella tutela dell'inizio vita con la compresenza, nell'ordinamento, di una disciplina normativa che, nell'esercizio della discrezionalità del legislatore ha inteso porre una tutela massima dell'embrione nella legge n. 40/2004, prima dell'opera di "riscrittura" operata dalla Corte, per poi abbassare, nei meccanismi già stabiliti nella legge n. 194/1978 il livello di tutela della vita di fronte ad un feto ormai formato e che si trova nel vivo del grembo materno.

Tali due distinte opzioni legislative, dove pure vengono in rilievo analoghi, anche se non identici, termini di bilanciamento, determinano, nella loro coesistenza, ampia irragionevolezza della scelta operata peraltro dal legislatore che è intervenuto successivamente nel tempo⁴⁴. La legge n. 40/2004 ha inteso tutelare in misura massima l'essere vivente embrione, che costituisce un "incerto umano", sul piano del prosieguo del suo processo vitale,

⁴² Sia consentito ricordare, A. PATRONI GRIFFI, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, cit., 2005, spec. 4 s. Sul rapporto tra legge 194 e legge 40 v. anche F. Meola, «...fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194» (art. 14, comma 1, legge 19 febbraio 2004, n. 40). *Appunti su un inciso alquanto controverso*, in *Forum BioDiritto 2008: Percorsi a confronto Inizio vita, fine vita e altri problemi*, a cura di C. CASONATO, P. VERONESI, C. PICIOCCHI, Cedam, Padova 2009, 193 ss.

⁴³ Motivo d'illegittimità della disciplina deriva in tal senso proprio dalla "coesistenza di entrambe le norme, frutto di bilanciamenti diversi, operati dal legislatore in tempi diversi" che così "comporta, forse, l' "irrazionalità" - più ancora dell'irragionevolezza - della scelta del legislatore successivo, che tutela in misura massima l'essere vivente embrione, quando poi ha già stabilito un grado inferiore di tutela giuridica di quello stesso soggetto, per quando sarà invece divenuto feto". Di qui la possibilità di ricostruire, sul piano costituzionale, la necessità di consentire indagini genetiche preimpianto sull'embrione, in presenza di gravi malattie di origine genetica, "incidendo così, con un minore sacrificio dei beni tutelati, sul prosieguo di un processo vitale che si trova ancora ai suoi meri, incerti primordi"; e scongiurando, in tal modo, l'incoerente e quindi illegittimo "andamento irragionevolmente altalenante", potendo la madre interrompere la vita del concepito, sviluppata in feto di più mesi. Di fronte a soggetti portatori di gravi malattie genetiche ereditarie appariva da subito irragionevole, "nel bilanciamento almeno con il diritto alla salute psichica di queste persone, il divieto di analisi genetica preimpianto, per poi spostare il momento della decisione tragica all'interruzione volontaria della gravidanza dopo l'immane amniocentesi". A. PATRONI GRIFFI, *op. ult. loc. cit.*

⁴⁴ F. MEOLA, *op. ult. loc. cit.* sottolinea la "preminenza che la L. n. 194 del 1978, *rectius* il bilanciamento di valori in esso operato dal legislatore, riveste nel complessivo quadro normativo". Tesi che risulta confermata proprio dal tenore del dispositivo della sentenza n. 96/2015 della Corte costituzionale.

quando poi ha già stabilito un grado inferiore di tutela giuridica per quando sarà invece divenuto feto nel corpo della madre.

Sono queste argomentazioni e questa strada che la Corte costituzionale avrebbe potuto percorrere in quella criticata ordinanza di sostanziale *non liquet* del 2006, senza attendere invece il 2015 in una sentenza che in realtà era già stata scritta nel suo contenuto e nelle sue argomentazioni dalla dottrina e poi dalla Corte edu.

È stata in definitiva la Corte europea dei diritti dell'uomo, pure nella differenza degli ordinamenti, degli strumenti processuali ed effetti decisionali, ad operare da sostanziale giudice costituzionale della ragionevolezza legislativa, rilevando semplicemente che "il concetto di «bambino» non è assimilabile a quello di «embrione»". Il giudice di Strasburgo infatti "non vede come la tutela degli interessi menzionati dal Governo [italiano] si concili con la possibilità offerta ai ricorrenti di procedere ad un aborto terapeutico qualora il feto risulti malato, tenuto conto in particolare delle conseguenze che ciò comporta sia per il feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la coppia di genitori, soprattutto per la donna"⁴⁵. Quindi, "[è] giocoforza constatare che, in materia, il sistema legislativo italiano manca di coerenza. Da un lato, esso vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia"⁴⁶.

La volontà dei ricorrenti di avere un bambino, che non sia affetto da una grave malattia genetica, di cui sono portatori sani, costituisce espressione legittima dello spazio rimesso dalla Convenzione alla "propria vita privata e familiare". Per questo occorre, in tali casi, assicurare l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, altrimenti obbligandosi quelle stesse coppie a cercare di procreare naturalmente e poi ad interrompere dolorosamente le gravidanze⁴⁷.

La Corte europea dei diritti dell'uomo così condanna l'Italia sul divieto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita da parte di coppie portatrici di malattie genetiche e sul relativo divieto di analisi preimpianto sulla base della violazione dell'articolo 8 della Convenzione⁴⁸ e sul connesso rispetto del principio di autodeterminazione. La decisione resa a Stra-

⁴⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 agosto 2012, caso *Costa e Pavan c. Italia*, punto n. 62.

⁴⁶ Punto n. 64.

⁴⁷ Punto 65: "Le conseguenze di un tale sistema sul diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti sono evidenti. Per tutelare il loro diritto a mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia di cui sono portatori sani, l'unica possibilità offerta ai ricorrenti è iniziare una gravidanza secondo natura e procedere a interruzioni mediche della gravidanza qualora l'esame prenatale dovesse rivelare che il feto è malato". Punto 66: "la Corte non può non tenere conto, da un lato, dello stato di angoscia della ricorrente, la quale, nell'impossibilità di procedere ad una diagnosi preimpianto, avrebbe come unica prospettiva di maternità quella legata alla possibilità che il figlio sia affetto dalla malattia in questione, e, dall'altro, della sofferenza derivante dalla scelta dolorosa di procedere, all'occorrenza, ad un aborto terapeutico"

⁴⁸ "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare".

sburgo è assai rilevante e significativa, al di là di tutto lo scenario problematico che si apre relativamente al seguito di tale sentenza, su cui si inizia da subito ad interrogare la dottrina⁴⁹.

3.2. Il rapporto con l'ordinamento EDU e la persistente esigenza di tutela dell'embrione nella sentenza n. 96/2015

In tal senso, la sentenza n. 96/2015, con gli effetti propri di una decisione di accoglimento, sia pure declinata nelle forme di una particolare "additiva", nel far cadere il divieto legislativo di diagnosi genetica preimpianto per le coppie portatrici di gravi malattie genetiche, poteva rappresentare invero un'importante occasione per chiarire proprio il punto relativo ai rapporti tra ordinamento interno e Cedu, in relazione agli effetti dell'intervenuta sentenza di condanna di cui alla decisione Costa e Pavan.

La Consulta non coglie, o forse - ed è sintomatico - lascia volutamente cadere, questa "preziosa occasione" di chiarire il da farsi "nei casi analoghi in cui si richiede applicazione della stessa normativa censurata a Strasburgo"⁵⁰.

Peraltro, neanche si cita la di poco precedente sentenza n. 49/2015, in cui la Corte, pur pronunciandosi con una decisione di inammissibilità, svolge, a partire dall'istituto della confisca urbanistica⁵¹, più articolate e complesse argomentazioni in relazione al rapporto tra Cedu e ordinamento interno, che hanno suscitato grande attenzione in dottrina, che ha sottolineato come la Corte abbia fissato "nuovi paletti" alla Cedu nell'ordinamento interno⁵²; men-

⁴⁹ Cfr. A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Tribunale di Roma, I sezione Civile, che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan*, su *Diritti Comparati.it*, 2013; A. IANNUZZI, V. ZAMBRANO, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L'emersione del "desiderio" di concepire un figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno*, su *costituzionalismo.it*, 2014; C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 1/2013; 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 *Rivista AIC*, 2/2014, 17 ss., che sottolinea e analizza proprio il crocevia "fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40, diretta esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e questioni di legittimità costituzionale".

⁵⁰ "...la Corte pare aver perso la preziosa occasione di affrontare in profondità la questione della forza da riconoscere alle sentenze di condanna, variamente gradate, di Strasburgo, allo scopo di chiarire cosa l'amministrazione o il giudice comune può concretamente fare per porre fine alla violazione accertata dalla Cedu anche nei casi analoghi in cui si richiede applicazione della stessa normativa censurata a Strasburgo". Così E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta online*, 2/2015, 533.

⁵¹ Tutto origina dalla decisione Cedu, seconda sezione, sentenza 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, secondo cui l'applicazione della confisca urbanistica in assenza di condanna costituisce una violazione dell'articolo 7 della Convenzione.

⁵² A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 7 che rileva il rischio di "un nazionalismo costituzionale esasperato, di un "patriottismo" costituzionale, già definito dallo stesso A. "ingenuo ed infecundo" anche in A. RUGGERI, *CEDU, diritto "euounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *Consulta online*, 2013, 13

tre altri hanno parlato di “monologhi” tra le Corti⁵³ e di un “predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu”⁵⁴ sostenuto dalla Consulta.

La sentenza n. 96/2015 poteva rappresentare, in tal senso, per la Corte la sede per meglio chiarire la propria posizione. Invero, sul punto la Consulta in modo piuttosto *tranchant* si limita a sottolineare come “correttamente il giudice rimettente ha adito la Corte costituzionale”, in quanto non gli è “consentito un’applicazione in via diretta delle norme convenzionali in luogo di quelle nazionali”. Al riguardo, ribadisce che la Convenzione si pone su di un piano subcostituzionale, “non crea un ordinamento giuridico sovranazionale ma costituisce un modello di diritto internazionale pattizio, idoneo a vincolare lo Stato, ma improduttivo di effetti diretti nell’ordinamento interno”⁵⁵.

Questa impostazione si trasmette in certo qual modo anche al rapporto tra i rispettivi giudici, costituzionale e di Strasburgo. Sicché per la Corte non vi era alcuno “spazio per un’eventuale disapplicazione della normativa nazionale” né era percorribile in via ermeneutica “una esegesi correttiva delle disposizioni censurate, in senso estensivo dell’accesso alle tecniche di PMA”. Non si può ammettere alcuna disapplicazione di norme di legge “sospettate di incostituzionalità” per contrasto con la Convenzione, anche dopo la decisione Costa e Pavan. Mentre la Corte ricava proprio da ciò la rilevanza della questione sollevata, dalla cui soluzione dipende l’accoglimento delle domande presentate dai ricorrenti in sede cautelare.

Per quanto riguarda l’illegittimità del divieto legislativo di diagnosi genetica preimpianto, come sancito nella legge 40, la sentenza n. 96/2015 non argomenta in modo particolarmente approfondito, ma ciò nondimeno lascia intendere quali corretti scenari di ragionevole bilanciamento si aprono alla futura disciplina legislativa.

L’argomento centrale della sentenza è in realtà quello stesso da tempo evidenziato, come visto, in dottrina e nella decisione Costa e Pavan, senza però che su di esso la Corte si dilunghi particolarmente. Il richiamo esplicito alla Costa Pavan è messo in una parentesi, quasi a volerne sminuire la portata, laddove la Corte richiama una “palese antinomia normativa (sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo)”, in quanto, in riferimento alle “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”⁵⁶, “il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali - quale consentita...” dalla legge 194. Di qui “la violazione anche

⁵³ G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Archivio penale*, 2015.

⁵⁴ D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4/2015.

⁵⁵ La Corte ancora ribadisce che una tale collocazione delle disposizioni della CEDU, nel sistema delle fonti, resta immutata anche dopo il Trattato di Lisbona.

⁵⁶ V. già A. D’ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, a cura di S. RODOTÀ, P. ZATTI, I, Giuffrè, Milano 2010, spec. 1362 s.

dell'art. 32 Cost., in cui incorre la normativa in esame, per il mancato rispetto del diritto alla salute della donna” e la necessità di “far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute”.

La questione non riguarda peraltro un preteso diritto al figlio sano né tanto meno al figlio perfetto. La Corte riporta il tema al corretto ambito della lesione del diritto alla salute della madre, che non trova un ragionevole “positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all’aborto”.

Il bilanciamento si pone in definitiva come il vero presupposto della ragionevolezza, in quanto vanno sempre considerati tutti gli interessi in gioco, compresa la *ragionevole* tutela dell’embrione. Nell’impianto della sentenza n. 96/2015, rileva l’interesse alla tutela della vita umana nelle sue stesse fasi iniziali e la Corte correttamente non omette di ricondurre l’interesse costituzionale alla vita del nascituro tra i termini del necessario, ragionevole bilanciamento costituzionale, confermando ancora una volta l’interesse costituzionale per la situazione giuridica del concepito pur nello stato iniziale e “incerto” di embrione.

Così, *anche* la Corte costituzionale giunge finalmente ad accertare il su rilevato “andamento irragionevolmente altalenante” sulla tutela della vita umana all’interno dell’ordinamento giuridico, dove si garantisce, in modo illogico, lo stesso bene ed interesse costituzionale in due contrastanti opzioni legislative. Anzi, la sentenza n. 96/2015 richiama nello stesso dispositivo di tipo “additivo” la legge n. 194 del 1978. Il criterio di grave pericolo “per la salute fisica o psichica della donna” diviene, infatti, “presupposto per l’interruzione tardiva di gravidanza”, utilizzato “come *tertium comparationis* che enuncia i presupposti necessari per accedere alla diagnosi preimpianto”⁵⁷. La sentenza dichiara l’illegittimità del divieto di diagnosi genetica preimpianto contenuto nella legge 40 nella parte in cui tali norme “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, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche”.

Le “rime obbligate”, di cui alla sentenza additiva, si sostanziano proprio nel richiamo a tali norme contenute nella legge n. 194.

È un passaggio importante questo perché consente di rilevare come la Corte costituzionale non abbia inteso in alcun modo introdurre piena “liberalizzazione” della diagnosi genetica preimpianto e assicurare accesso alla fecondazione assistita e alla connessa diagnosi di coppie fertili in senso assoluto e senza limiti.

Le dinamiche di piena “liberalizzazione” della diagnosi preimpianto per le coppie fertili, per assicurare ogni volere e desiderio dei genitori, al di fuori di casi di gravi patologie, si

⁵⁷ “...stabilendo così un parallelismo tra le due fattispecie e garantendo l’immediata operatività della pronuncia”. Così, G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale)*, in *Diritti comparati*, 2015.

pongono come altrettanto ideologiche e non rispettose del ragionevole bilanciamento costituzionale dei diritti e interessi costituzionali coinvolti dell'originaria impostazione "proibizionista" di cui al testo originario della legge 40. Si tratta di tenere sempre presenti i rischi di degenerazioni eugenetiche, incompatibili con l'ordinamento costituzionale⁵⁸.

Non risponde all'impianto dei valori costituzionali, e connessi principi, diritti e interessi, un accesso alla diagnosi genetica preimpianto al fine di predeterminare, per ipotesi paradossale, il colore degli occhi del nascituro o per selezionare un "figlio su misura"⁵⁹, l'individuo "migliore" per caratteristiche e capacità secondo l'immagine genitoriale⁶⁰. Né una qualsiasi esigenza di protezione della salute del nascituro può giustificare accesso alla procreazione assistita e alla diagnosi genetica preimpianto, che si giustifica per patologie che si caratterizzano per un certo grado di gravità, anzi per "rilevanti anomalie o malformazioni"⁶¹. Peraltro, ancora più problematico è il tema di fronte a medicina predittiva del mero rischio statistico di insorgenza di future patologie.

La Corte, in tale direzione, giunge anche a riconoscere, nella sentenza n. 96/2015, che è poi "compito del legislatore 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"⁶².

La Corte accerta l'incostituzionalità del divieto di diagnosi genetica preimpianto come contenuto nella legge n. 40. Spetta però al legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, fissare limiti e modalità di accesso ad una tale diagnosi con norme a maglie larghe e che possano riempirsi di contenuti variabili nel tempo alla luce delle sopravvenute evidenze scientifiche.

Rileva in definitiva, anche qui e su di un diverso piano, quel principio di produzione di un numero di embrioni "strettamente necessario", restando confermati la dimensione e l'ancoraggio costituzione della tutela dell'embrione umano.

⁵⁸ J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, cit., 64 ss.

⁵⁹ S. BIANCHETTI, *Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica*, in *Giur. it.*, 6, 2006, 1173. V. anche P. I. D'ANDREA, *La procreazione medicalmente assistita al confine con l'eugenetica*, su *Biodiritto.org*.

⁶⁰ Di qui appare riconosciuta implicitamente l'illegittimità, per assurdo, di un legislatore che voglia passare, come detto, da un impianto proibizionista, quale quello della legge n. 40, ad altro che, all'opposto, rimetta tutto all'autodeterminazione delle coppie, consenta accesso alla procreazione assistita e alla diagnosi genetica preimpianto alle coppie fertili per operare, in ipotesi estrema, una scelta dell'embrione "migliore" da impiantare per realizzare un qualsivoglia desiderio, privo di garanzia costituzionale, semmai di un figlio "perfetto".

⁶¹ Volendo utilizzare le significative parole della Corte.

⁶² "... (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa). Ciò non essendo, evidentemente, in potere di questa Corte, per essere riservato alla discrezionalità delle scelte, appunto, del legislatore".

Sull'interesse alla tutela dell'embrione umano ben possono prevalere i diritti delle persone, ma dovrebbe ritenersi illegittima una disciplina legislativa che non preveda alcun tipo di garanzia e limite alla produzione, uso e distruzione di embrioni umani non ragionevolmente giustificato dalla tutela di interessi e diritti da considerarsi prevalenti nel bilanciamento costituzionale.

Il diritto alla salute della madre prevale, nella diagnosi preimpianto, sull'interesse alla tutela dell'embrione. A maggior ragione, posto che il diritto alla salute della madre giustifica il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza. Ma il risultato del ragionevole bilanciamento potrebbe anche mutare laddove siano diversi i diritti e gli interessi coinvolti.

In tale ottica acquista particolare rilievo l'esame della sentenza n. 162/2014 in tema di fecondazione eterologa, la cui decisione nel senso dell'irragionevolezza del divieto legislativo non era del tutto scontata, in luce di possibili diversi termini di bilanciamento da ricostruire nel caso di specie ed in cui pure forse era possibile riconoscere margine alla scelta discrezionale operata dal legislatore.

4. Fecondazione eterologa e discrezionalità legislativa

La Corte costituzionale, anche nella decisione che fa cadere il divieto generale, posto nella legge n. 40/2004, di ricorso alla tecnica della fecondazione eterologa⁶³, ricorre sempre alle tecniche connesse al sindacato di ragionevolezza. La sentenza n. 162/2014 mette al centro della decisione proprio l'analisi del bilanciamento effettuato dal legislatore nella materia *de qua* ed il connesso sindacato sulla ragionevolezza, che appare particolarmente ampio e penetrante, delle scelte effettuate dal legislatore che pone nella legge un divieto generale di accesso alle tecniche di fecondazione assistita eterologa⁶⁴.

⁶³ Per un commento a Corte cost. sent. n. 162/2014 v. tra gli altri V. BALDINI, *Diritto alla Genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, su *Diritti Fondamentali*, 2014; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, su *Confronti costituzionali*, 2014; A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, su *diritti-cedu.unipg.it*, 2014; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, su *giurcost.org*, 2014, S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; M. G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, su *Controntocostituzionali.it*; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 162/2014*, in *Foro it.*, 2014, I, 2324; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, su *giurcost.org*, 2014; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, su *Rivista AIC*, 2/2014. Cfr. poi, per una generale ricostruzione e analisi, *L'illegittimità costituzionale della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, a cura di M. P. COSTANTINI e M. D'AMICO, Franco Angeli, Milano 2014.

⁶⁴ V. già *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. COSSIRI e G. DI COSIMO, *Quaderni di biodiritto*, Aracne, 2013.

Il percorso seguito dalla Corte nell'utilizzare il canone di ragionevolezza è assai lineare in certi punti, in particolare nella parte ricostruttiva del principio, mentre procede forse con qualche eccesso di semplificazione sia nella parte, come dire, applicativa del principio di ragionevolezza al bilanciamento dei diritti nel caso di specie, con richiamo anche al canone dell'assenza di proporzionalità tra lo strumento legislativo prescelto del divieto ed il fine di tutela perseguito, sia nel mancato cenno ad elementi tratti dalla Cedu e relativa giurisprudenza pure esistente ed in passato richiamata per rimettere gli atti al giudice *a quo*.

Nella parte ricostruttiva, la Consulta riconosce il campo rimesso alla competenza del legislatore ad esercitare la propria discrezionalità, in particolare, su "questioni [che] toccano temi eticamente sensibili", come per definizione avviene nella bioetica. E la Corte, richiamando suoi precedenti, sottolinea che "la procreazione medicalmente assistita coinvolge «plurime esigenze costituzionali»⁶⁵ e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango..." che, "nel loro complesso, richiedono «un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa»⁶⁶ ad ognuno".

Le soluzioni legislative devono trovare, sul piano normativo, in uno Stato pluralista, soddisfacente, equilibrata disciplina giuridica che, per essere tale, deve sapere esprimere "l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana". È vero che tale individuazione appartiene "primariamente alla valutazione del legislatore"⁶⁷. Ma "resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un *non irragionevole* bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano".

La Corte, dunque, dopo avere riconosciuto la competenza del legislatore a disciplinare anche le questioni eticamente sensibili, sottolinea, come - in particolare in tali ambiti - sia sempre necessario operare, nell'esercizio della discrezionalità legislativa, scelte che realizzino ragionevoli bilanciamenti tra tutti i diritti ed interessi costituzionali coinvolti. La Consulta rivendica con fermezza il proprio ruolo di sindacare la legittimità dei bilanciamenti realizzati dal legislatore attraverso il vaglio del controllo sulla ragionevolezza, senza per questo volere, né potere entrare nel campo delle scelte di opportunità, ad essa precluso.

La Corte identifica, in realtà, un tale pericolo e cerca di allontanarlo forse sin dall'utilizzo dell'espressione della necessità del carattere "non irragionevole" della scelta legislativa. La doppia negazione, utilizzata nella formula della "non irragionevolezza" - altrimenti riducendosi a mera clausola di stile - vuole proprio indicare come la scelta tra le diverse opzioni politiche possibili, che costituisce l'esito del bilanciamento, è decisione interamente rimessa al legislatore⁶⁸.

⁶⁵ Richiamando Corte cost., sent. n. 347/1998.

⁶⁶ Richiamata sul punto Corte cost., sent. n. 45/2005, sull'ammissibilità del referendum abrogativo della legge 40/2004.

⁶⁷ Viene in tal senso ancora richiamato il precedente della sent. n. 347/1998.

⁶⁸ È il processo politico parlamentare, la dialettica ivi realizzata tra maggioranza e opposizioni, l'eventuale, opportuno coinvolgimento nelle procedure di rappresentanti di istanze professionali e sociali coinvolte a determinare l'esito del bilanciamento e la scelta finale della politica. Di "*partecipazione pluralistica alla definizione*

La doppia negazione, insita nella formula della “non irragionevolezza”, dovrebbe in definitiva denotare come la Corte debba svolgere un controllo minimo su di un tale piano, a sottolineare, nelle decisioni in cui si fa uso dell’espressione richiamata, come il giudice delle leggi non vada tanto a sindacare la “piena” ragionevolezza della scelta legislativa, ma si accontenti che la stessa sia almeno, per l’appunto, non irragionevole⁶⁹.

Non è un caso che, spesso, la Corte, quando declina il controllo di ragionevolezza con la formula della doppia negazione, pervenga a una decisione di rigetto, ritenendo che comunque la scelta effettuata dal legislatore sia “non irragionevole”. Ad esempio, nel “caso Ilva”, in vicenda in cui pure rileva il diritto alla salute, la Corte valuta la norma sottoposta a controllo “ispirata alla finalità di attuare un non irragionevole bilanciamento tra i principi della tutela della salute e dell’occupazione, e non al totale annientamento del primo”, giungendo a ritenere il diritto emergenziale ivi contenuto fondato sul piano della ragionevolezza e così rigettare la questione di costituzionalità⁷⁰. È l’assenza di “manifesta irragionevolezza” a far rigettare la questione di costituzionalità.

La Corte, in definitiva, con il richiamo alla “non irragionevolezza”, sottolinea la natura minimale del sindacato che generalmente prelude a una pronuncia di rigetto⁷¹. Non così nella sentenza n. 162/2014.

4.1. La ragionevolezza come controllo ampio e l’assenza di riferimento all’embrione nella sentenza n. 162/2014

Nella decisione della Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa, il richiamo alla necessità della “non irragionevolezza” della scelta legislativa, da un lato, ed il ribadire, in linea con quanto visto nella sentenza n. 45/2005, la natura “costituzionalmente necessaria” della normativa sulla fecondazione assistita, dall’altro, sono propedeutici invece ad una decisione di accoglimento. L’esercizio di discrezionalità in tema di fecondazione assistita non è predeterminato nei suoi contenuti, ma risulta rimessa al ragionevole bilanciamento del legislatore, che trova un ulteriore importante limite nell’incostituzionalità del divieto, almeno come sancito dalla legge 40, di fecondazione eterologa.

ne dei contenuti regolativi della volontà parlamentare” scrive P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell’indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Esi, Napoli 2007, spec. 173 e 182.

⁶⁹ Un po’ come nella formula della “non manifesta infondatezza” si indica come il giudice *a quo* si limita alla valutazione dell’esistenza di un dubbio circa la costituzionalità, dovendo poi valutare sulla fondatezza o no della questione la Corte, quale giudice *ad quem*.

⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 85/2013, su cui V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente*, su *Rivista AIC*, n. 3/2013; M. Boni, *La politiche pubbliche dell’emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, su *federalismi.it*, 2014.

⁷¹ Una ricerca con parola chiave “non irragionevole” o “non irragionevolezza” nelle banche dati delle decisioni della Corte corrobora una tale considerazione. Per un’analisi di un decennio di giurisprudenza v. *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M. SCUDIERO e S. STAIANO, Jovene, Napoli 1999.

L'opera di adeguamento della "controversa"⁷² legge n. 40/2004, di cui sono stati da subito evidenti "ombre e luci"⁷³, alla Costituzione, da un lato, ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha qui un passaggio cruciale, che pure suscita alcune questioni problematiche sull'espansione del controllo di ragionevolezza e sui termini del bilanciamento come ricostruiti dalla Corte.

Una decisione *tranchant* a livello concettuale, e tutta risolta, peraltro, sul piano dell'ordinamento costituzionale interno e dei relativi parametri. Mentre, in precedenza, la Corte⁷⁴ aveva restituito gli atti al giudice *a quo* in ragione della "sopravveniente" giurisprudenza Cedu⁷⁵, peraltro quasi in una "inversione tra pregiudiziale di costituzionalità e pregiudiziale di convenzionalità, a favore di quest'ultima". Tanto che la sostanziale irrilevanza delle norme convenzionali nel caso di specie avrebbe potuto condurre a formulare un giudizio a carico della Corte di "responsabile ritardo di una decisione nel merito che poteva essere presa già allora"⁷⁶. In effetti, la Cedu, che era stata ragione di remissione degli atti al giudice *a quo*, diviene in definitiva irrilevante, in quanto la questione viene in definitiva risolta ricorrendo ai parametri costituzionali.

La ragionevolezza, nella sentenza, diviene strumento privilegiato per effettuare un controllo ampio e pervasivo, che consente di "relativizzare" il parametro generalissimo dell'eguaglianza al fatto concreto, alla sua ricaduta "contestualizzata". È questo il delicato passaggio nella sentenza dall'affermazione del diritto in astratto al suo concreto, problematico bilanciamento. Evidenzia la Corte che per la "contestualizzazione del divieto in esame, occorre constatare che esso, impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale". Il "più malato", il soggetto completamente sterile, si vedrebbe, nelle argomentazioni della Corte, privato della possibilità di avere figli, laddove proprio la fecondazione eterologa consentirebbe un tale risultato.

⁷² *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. CELOTTO, N. ZANON, Franco Angeli, Milano 2004.

⁷³ *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, a cura di C. CASONATO e E. CAMASSA, Università degli Studi di Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Quaderno n. 47, Trento 2005.

⁷⁴ Corte cost., ord. n. 150/2012.

⁷⁵ Cedu, sentenza 3 novembre 2011, caso S.H e altri c. Austria, dove la Grande Camera aveva riformato la decisione di primo grado.

⁷⁶ A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014. Per G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, su *giurcost.org*, 2014 si ha da parte della Consulta con la sentenza n. 162 una sostanziale "rivendicazione a sé della competenza a censurare la legittimità costituzionale della legge del 2004, a fronte della significativa condanna comminata lo scorso 2012 dalla Corte di Strasburgo". V. già, R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, su *Consulta online*, 2013e, a prima lettura, A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, su *Consulta online*, 2012.

Peraltro, in tal senso, la Corte accede qui ad un modello di famiglia, lontano dalla sua configurazione tradizionale, a cui sembrava risultare spesso legata nella sua giurisprudenza, un modello di famiglia per definizione “aperta”, che va oltre il legame classico di sangue almeno per uno dei genitori del futuro figlio che “proviene” da un gamete esterno alla coppia.

Il divieto legislativo di fecondazione eterologa viola, nelle argomentazioni della Corte, ragionevolezza, diritto alla salute, autodeterminazione.

La Corte fonda l’irragionevolezza della scelta legislativa del divieto assoluto di fecondazione eterologa sul principio di autodeterminazione e sul diritto alla salute; parametri che vengono lesi, per l’irragionevole e quindi illegittimo bilanciamento rispetto a diritti e interessi contrastanti. Il fatto che il divieto legislativo non sia “frutto di una scelta consolidata nel tempo”⁷⁷ è argomento, utilizzato dalla Corte, che appare invero, di per sé considerato, debole, ben potendo il legislatore nell’esercizio della propria discrezionalità ritenere di vietare una condotta prima consentita nell’ordinamento.

Sull’autodeterminazione, la Corte afferma che “la scelta di tale coppia [con un componente sterile] di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi”⁷⁸.

Centrali diventano qui il principio di autodeterminazione e il diritto alla salute: il primo si erge ad autonoma libertà fondamentale, sicché “le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall’impossibilità di tutelare *altrimenti* interessi di pari rango”⁷⁹; il secondo diviene quasi un mero corollario dello stesso principio di autodeterminazione.

La decisione di procreare per la Corte, anche in caso di “coppia assolutamente sterile o infertile”, riguarda “la sfera più intima ed intangibile della persona umana” e quindi “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”. In sostanza, l’accesso alla tecnica di fecondazione assistita, mediante il ricorso ad un gamete esterno, rientra per la Corte comunque nel contenuto della libera determinazione di procreare della coppia ad è espressione della libertà di autodeterminazione della stessa.

Bisogna porre adeguata attenzione al passaggio, in cui si parla di “incoercibilità” dell’autodeterminazione⁸⁰. L’autodeterminazione non è tanto, forse, una libertà costituzionale autonoma, ma si lega all’esercizio di *altra* libertà costituzionale, di cui rappresenta, nel relativo ambito, la capacità del soggetto titolare di liberamente determinarsi in quello spazio e che sempre incontra possibili limiti, purché certo ragionevoli. L’autodeterminazione, anche se definita incoercibile, non basta da sola ad ergersi a fondamento di un autonomo, non enumera-

⁷⁷ Punto 5 del Considerato in diritto.

⁷⁸ “...libertà che... è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare”, mentre la Corte non richiama invece l’ampia ricostruzione dell’autodeterminazione nel sistema Cedu.

⁷⁹ E la Corte qui richiama la sent. 332/2000.

⁸⁰ Sulla configurabilità dell’autodeterminazione come diritto costituzionale, cfr. tra gli altri S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009.

to diritto alla maternità ad avere figli in ogni modo e in ogni condizione, senza tenere in adeguato conto tutti i diritti e interessi costituzionali coinvolti. In ogni caso, comunque anche un'autonoma, "incoercibile" libertà di autodeterminazione incontra limiti come tutte le libertà fondamentali, dovendosene per l'appunto ritrovare il punto concreto di ragionevole, reciproco bilanciamento.

L'ulteriore richiamo è al diritto alla salute che, come noto, e la Corte ribadisce, va inteso nel modo più ampio, non solo nel suo significato fisico, ma anche e soprattutto psichico⁸¹. In tal senso la Corte sottolinea che "in relazione a questo profilo, non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia", tenendo conto del fatto 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"⁸².

Sull'altro versante del bilanciamento, invece, la Corte in sostanza richiama *solo* l'interesse "della persona nata dalla PMA di tipo eterologo, che potrebbe essere leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale o per la violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica". Interessi che è facile, per la Corte, "ridimensionare", nel complessivo bilanciamento, rispetto al principio di autodeterminazione e al diritto alla salute della coppia, evidenziando peraltro l'esistenza nell'ordinamento comunque di "perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro"⁸³.

La Corte considera, al punto 13, che "il divieto in esame [di fecondazione eterologa] cagiona in definitiva una lesione fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali... devono ritenersi congruamente garantite". Considerare la posizione del nato non è la stessa cosa di riferirsi al concepito.

Invero, nel configurare i termini generali del bilanciamento, nell'ambito del rilevato principio di "necessarietà" di produzione degli embrioni, poteva essere contenuto nella sentenza anche un riferimento, che manca, agli embrioni umani, appositamente creati ai fini della fecondazione eterologa, uno solo dei quali va a proseguire il suo processo vitale sino alla nascita. Interesse che, pur non configurando certo un diritto assoluto, o un'istanza di tutela che non incontra limiti, rappresenta comunque una posizione che la Corte stessa ha riconosciuto, come visto, degna di considerazione e "ragionevole" tutela.

L'interesse alla tutela degli embrioni, prodotti per l'accesso alla fecondazione eterologa andava anch'esso enunciato, nel ricostruire l'assetto generale dei diritti e interessi coin-

⁸¹ Come da consolidata giurisprudenza costituzionale, in parte richiamata nella stessa sentenza n. 162.

⁸² Invero, il diritto alla salute della coppia, che viene in rilievo nella fecondazione eterologa, non sembra porsi sullo stesso piano di quanto evidenziato sulla tutela del diritto fondamentale alla salute della donna nella diagnosi preimpianto.

⁸³ V. TIGANA, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, su *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

volti nel legittimo bilanciamento, cui il legislatore è chiamato a dare ragionevole sistemazione. Ciò indipendentemente dalla soluzione poi trovata dinanzi alla Corte nel senso dell'illegittimità del divieto assoluto e generale di fecondazione assistita eterologa.

La considerazione dello specifico interesse costituzionale dell'embrione umano a proseguire il suo processo vitale non giustifica di per sé un divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di persone affette da sterilità o infertilità, ma può giustificare il divieto legislativo in altri casi e per altre finalità che non rispondono alla tutela del diritto alla salute o di altri diritti e interessi costituzionali.

Comunque, così ricostruiti dalla Consulta i termini del bilanciamento, il giudice delle leggi considera incostituzionale il "censurato divieto, nella sua assolutezza", non per un'apodittica lesione di libertà di autodeterminazione e diritto alla salute, ma perché "risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco", che determina una lesione *in concreto* verificata, per l'appunto attraverso il canone della ragionevolezza, che dà spessore tangibile al parametro dell'eguaglianza, ritenuto lesa nei suoi vari risvolti di razionalità⁸⁴, manifesta iniquità, proporzionalità. Quanto però tali richiami siano davvero circostanziati, nelle argomentazioni della Corte, sul piano della concreta lesione, in assenza di una completa ricostruzione dei termini di bilanciamento, non è facile rilevare.

Importante è il richiamo alla lesione del principio di proporzionalità, in ragione del divieto assoluto e generale, posto dal legislatore.

La proporzionalità, per definizione, come sottolinea la Corte⁸⁵, consente di riconoscere l'ambito dell'ampia scelta discrezionale rimessa al legislatore, per poi meglio valutare la concreta scelta operata dalla legge. La proporzionalità presuppone che gli strumenti scelti nella legge siano "proporzionati", per l'appunto, all'obiettivo e all'interesse tutelato dal legislatore stesso.

Peraltro, nella sentenza in esame in tema di inizio vita, viene richiamata la nota sentenza n. 1/2014, che ha sancito la parziale incostituzionalità della legge elettorale, nella definizione del *test* di proporzionalità, 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". In tal senso, la Corte evidenzia come il rapporto tra mezzi prescel-

⁸⁴ La Corte nella sentenza ravvisa la lesione del "canone di razionalità dell'ordinamento", che viene rintracciato nell'"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" (richiamando anche sent. 87/2012).

⁸⁵ "Lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone, inoltre, a questa 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»". Di qui anche il richiamo a Corte cost., sent. 1130/1988.

ti dal legislatore e obiettivo perseguito caratterizza il funzionamento del principio, *test* di proporzionalità, indipendentemente dal campo di applicazione dello stesso.

Ora, lo scopo della legge sulla fecondazione assistita, dichiarato in apertura della legge 40, ricorda la Corte, è quello “di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”, sicché risulterebbe del tutto sproporzionata e irragionevole “la preclusione assoluta” di accesso alla tecnica di procreazione assistita di tipo eterologa, che “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, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*”.

Volendo ricordare, infine, un ulteriore elemento di disuguaglianza della scelta legislativa la Corte rileva anche “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 potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi”. Argomento bello ed affascinante quanto pericoloso, che non può che essere considerato *ad adiuvandum*, nel ragionamento della Corte, perché lo stesso motivo, considerato quale autonoma causa di irragionevolezza della scelta legislativa, sarebbe in grado di comportare, almeno portato alle estreme conseguenze, l’incostituzionalità potenziale di ogni disciplina restrittiva di un diritto in Italia, che abbia in altra parte del mondo diverso e più ampio statuto giuridico.

L’esclusione dell’accesso alla fecondazione eterologa è, in definitiva, irragionevole e sproporzionata, nella ricostruzione della Corte, quando riferita a coppie, in cui un componente sia affetto da una patologia che causi sterilità o infertilità, che non possa essere curata.

Peraltro, la irragionevolezza del divieto legislativo legato alle condizioni di salute relative all’infertilità e sterilità non curabile si riconnette, sullo stesso piano costituzionale, all’evidenza medico-scientifica di tali patologie⁸⁶. Ciò appare inevitabile, ma non per questo si traduce in una “carta bianca”, come efficacemente rilevato⁸⁷, rilasciata alla scienza, dovendo necessariamente risultare le relative pratiche ancorate nell’ordinamento, a partire dai valori costituzionali, dalla relativa normativa, anche deontologica, così come “vive” nelle interpretazioni dei giudici.

In tale situazione, l’autodeterminazione della coppia non può essere ragionevolmente limitata per il giudice delle leggi da altri interessi concorrenti.

Ora, nell’impostazione criticabile della legge n. 40, la finalità della “soluzione dei problemi riproduttivi” si accompagna, come noto e criticamente discusso, nello stesso articolo di apertura, al richiamo espresso del fine di tutela dei “diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”. Nella decisione della Corte, quando la ragionevolezza assume la veste concreta del *test* di proporzionalità, nella ricostruzione del rapporto tra gli strumenti (divieto assoluto

⁸⁶ A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull’eterologa*, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

⁸⁷ 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)*, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

di fecondazione eterologa) e finalità della legge, la considerazione dell'interesse del concepito, pur costituzionalmente fondato, resta invero al di fuori dell'argomentare giuridico della Consulta, che riduce, come rilevato, l'interesse dell'embrione, degno di tutela costituzionale, al semplice diritto del nato a conoscere le origini biologiche o al mero rischio psicologico del nato da fecondazione eterologa. Si tratta invero di un interesse costituzionale, su cui la stessa giurisprudenza del giudice delle leggi, come visto, si è soffermata, e che al di là della infelice e ideologica formula utilizzata nell'articolo 1 della legge 40 e al di là della questione relativa alla natura del relativo "statuto"⁸⁸, costituisce esso stesso un ineludibile termine da tenere in ragionevole considerazione nel bilanciamento, che pure lo può vedere soccombere, come detto, rispetto ad altri diritti ed interessi di chi è già persona.

Nel vaglio sulla costituzionalità del divieto legislativo andava meglio considerato anche il dato che, nell'ambito della fecondazione eterologa, in cui peraltro il "diritto" a procreare viene per un genitore a realizzarsi al di là di una genitorialità genetica, rileva quale termine di bilanciamento anche l'interesse degli embrioni umani, prodotti nel quadro di una procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, a proseguire il loro processo vitale. Tale interesse, a cui è da riconoscere ancoraggio costituzionale e che risulta comunque recessivo con i diritti di chi è già nato, non viene qui invece espressamente considerato ai fini del vaglio del ragionevole bilanciamento tra diritti e interessi costituzionali a fondamento del controllo sul legittimo esercizio della discrezionalità del legislatore.

La considerazione dello specifico interesse costituzionale dell'embrione umano a proseguire il suo processo vitale certo non potrebbe giustificare di per sé, va ribadito con la Corte, un divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di persone affette da sterilità o infertilità, ma può giustificare il divieto legislativo in altri casi e per altre finalità che non rispondono alla tutela del diritto alla salute e che non possono essere coperti, per ogni possibile ipotesi di accesso alla eterologa, dal semplice, generico richiamo all'autodeterminazione.

5. Fecondazione assistita tra giudici e scelte ragionevoli del legislatore nello Stato pluralista. Conclusioni

Nello Stato pluralista il legislatore *deve* intervenire nelle questioni bioetiche. Nel farlo deve essere guidato da un metodo. Il metodo è il bilanciamento dei diritti ed interessi coinvolti secondo proporzionalità e ragionevolezza. Il rispetto del metodo è condizione necessaria per il legittimo esercizio della discrezionalità legislativa, che altrimenti verrà "corretto" dal giudice delle leggi.

È per questo che, nelle questioni di inizio vita, il pervasivo canone o principio di ragionevolezza svolge, come visto, un ruolo fondamentale nell'opera di sostanziale riscrittura della legge n. 40/2004 su diversi, significativi aspetti.

⁸⁸ Statuto biologico, etico e giuridico, su cui diverse sono le posizioni, irto di complessità, ma che non per questo può essere semplicemente tenuto in silenzio nel bilanciamento complessivo.

È la Corte stessa, nella sua giurisprudenza, a ritenere costituzionalmente necessaria la presenza di una disciplina legislativa delle principali questioni bioetiche, dove sono coinvolti plurimi interessi di rilievo costituzionale. Se l'intervento di una disciplina legislativa è necessaria, altra questione è quella relativa ai limiti che incontra la relativa legge per essere *ragionevole*, soprattutto quando questa intenda maggiormente tutelare, nell'esercizio della propria discrezionalità, alcuni diritti e interessi coinvolti nel bilanciamento, prediligendo l'adozione di strumenti e l'imposizione di limiti funzionali alle finalità e obiettivi dichiarati dalla legge⁸⁹.

Non vi è dubbio che il fenomeno riproduttivo sia naturale crocevia fra libertà e limiti ed alcuni divieti possono forse essere considerati anche come "limiti necessari"⁹⁰. Ma se dall'affermazione di principio si passa alla possibile casistica in concreto il tema si complica nella qualificazione del limite, riferito all'esercizio di una libertà, quale "necessario" o invece al contrario irragionevole.

La questione vera si pone sul piano dei contenuti, limiti e modalità di esercizio dei diritti, più che sul piano scivoloso del riconoscimento di ulteriori libertà, quale ad esempio l'autonomo diritto all'autodeterminazione della coppia o il diritto a procreare, intesi come diritto ad avere un figlio sano o addirittura il "migliore" possibile.

Anche a volere ritenere che la Costituzione tuteli un autonomo "diritto" alla maternità, *rectius* alla genitorialità, inclusivo, nei suoi contenuti, dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita⁹¹, la vera questione centrale, in una "bioetica costituzionale", si pone sul piano del concreto bilanciamento delle forme e limiti di esercizio degli stessi⁹², prima ancora che rispetto al riconoscimento di "nuovi" diritti⁹³.

Su di un tale piano, di fronte alle scelte fatte dal legislatore, il giudizio di ragionevolezza trova nuovi importanti applicazioni in tema di bioetica, come mostrano, in modo esemplare, le sentenze n. 162/2014⁹⁴ e n. 96/2015. Questo non deve tanto fare immaginare un nuovo e diverso canone di ragionevolezza della Corte, riempito di contenuti dalla ricerca

⁸⁹ Soprattutto qualora il legislatore giunge a prediligere "un punto di vista etico/religioso". Cfr. G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso*, in *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. COSSIRI e G. DI COSIMO, *Quaderni di biodiritto*, Aracne, 2013, 13 ss.

⁹⁰ G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Giappichelli, Torino 1999, 27 ss. rileva come, rispetto all'attività riproduttiva con ricorso alle tecnologie, non possono non individuarsi anche dei "limiti necessari all'autonomia del soggetto", ad esempio, in tema di "fecondazione artificiale *post mortem*" (*op. ult. cit.*, 41 ss.).

⁹¹ E nell'analizzata sentenza n. 162 "l'accesso alle tecniche di PMA, di tipo omologo e/o eterologo, viene inteso come una forma di (necessaria) concretizzazione del diritto alla genitorialità, in relazione a soggetti... afflitti da patologia". Così, V. BALDINI, *op. cit.*, 6 s.

⁹² F. PASTORE, *Il diritto di procreare: natura, titolarità, limiti*, in *Diritti della persona e problematiche fondamentali Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di V. BALDINI, Giappichelli, Torino 2004, 159 ss.

⁹³ Come posto il tema sin da F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995.

⁹⁴ S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, su *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014. V. anche C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, su *Confronti costituzionali*, 2014.

scientifico. Non la scienza, ma la Corte resta anche in tema bioetico custode della ragionevolezza delle scelte legislative⁹⁵.

Di fronte al divieto generale di fecondazione eterologa in caso di infertilità o sterilità non vi è la questione di un legislatore “ridotto quasi al silenzio”⁹⁶, quanto quella di un legislatore che, nello Stato pluralista, trova un proprio spazio di regolazione in campo bioetico, che, anzi, deve costituzionalmente (sapere) necessariamente riempire, nel rispetto dei principi supremi di fronte a così delicati bilanciamenti. E così la disciplina legislativa della diagnosi genetica preimpianto non può trovare giustificazione, come visto, all’originario divieto nelle esigenze di tutela dell’embrione, quando nello stesso ordinamento si è sancito che quel bene giuridico e interesse costituzionale di tutela dovrà soccombere nelle condizioni della disciplina dell’accesso alla interruzione volontaria di gravidanza.

Il legislatore deve quindi rifuggire scelte troppo radicali che si esprimano in divieti e limiti generali ed assoluti che, difficilmente supererebbero il controllo dinanzi al “custode della ragionevolezza”, comportando un’illegittima compromissione di un termine del bilanciamento. Ciò soprattutto laddove la politica si esprima in un’ottica ideologicamente predeterminata in direzione di imporre una data visione valoriale, lesiva del pluralismo e dello spazio di autodefinizione della persona, ineludibile estrinsecazione della propria dignità.

La legittima tutela dell’interesse costituzionale alla tutela dell’embrione umano non può compromettere, in un ragionevole bilanciamento, il nucleo essenziale di diritti fondamentali di chi è già persona. Ma anche l’interesse costituzionale alla tutela dell’embrione, pur nella sua natura di “incerto umano”, è degno di rilievo costituzionale e può condurre ad individuare limiti ragionevoli all’esercizio della discrezionalità legislativa, che però non compromettano, nel ragionevole bilanciamento, diritti e libertà di chi è già persona, in particolare quando inerenti alla salute.

La giurisprudenza della Corte non deve negare spazi di scelta all’apprezzamento discrezionale del legislatore, ma sapere fissare al contempo paletti per un ragionevole esercizio di tale discrezionalità⁹⁷.

Nella disciplina delle questioni bioetiche, nello Stato costituzionale pluralista, all’estremo opposto dello Stato etico, occorre ricondurre il dibattito politico, e quindi l’esito dello stesso nel dettato legislativo, in una visione capace di muoversi nel rispetto dei diversi e contrapposti diritti coinvolti.

⁹⁵ Sul rapporto tra scienza e giurisprudenza nel dibattito bioetico, v. da ultimo le relazioni di R. BALDUZZI, C. CASONATO, L. CHIEFFI, S. PENASA, A. SANTOSUOSSO, in Atti del convegno su *La Medicina nei Tribunali*, Seconda Università degli studi di Napoli, 5 febbraio 2015. V. già *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D’ALOIA, Giappichelli, Torino 2005.

⁹⁶ M. G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, cit., parla di un legislatore “stretto” tra “il rispetto dell’autodeterminazione della coppia, le conquiste della scienza e le decisioni in merito alla razionalità della legge, queste ultime esclusivo appannaggio della Corte costituzionale”.

⁹⁷ L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, su *Rivista AIC*, 2/2014, 5 invero rileva come si abbia ormai “una significativa restrizione degli spazi di incidenza della normazione primaria proprio in quei settori (la bioetica e le scelte eticamente controverse) in cui dare preminenza alle scelte del legislatore”.

Se questa non può che essere l'aspirazione ideale a quale tendere, è anche vero che ineludibilmente, nelle concrete questioni, si apre uno spazio, nell'individuazione del punto di bilanciamento, di possibili ambiti di contrasto tra scelte normative e ruolo, che incontra esso stesso dei limiti, del sindacato giurisdizionale.

Ciò è da considerarsi, entro certi limiti, quasi fisiologico. Se i divieti assoluti e generali, che non consentono di distinguere la diversità delle situazioni, posti nella legge in campo bioetico possono risultare spesso irragionevoli, perché nel bilanciamento non tengono conto di tutti i contrastanti interessi coinvolti⁹⁸, è anche vero che la possibilità di porre limiti e fissare modalità e garanzie, nelle relative procedure, continuano a rientrare nella discrezionalità legislativa. Anzi, stante l'analizzata natura costituzionalmente necessaria della legge sulla fecondazione assistita, sarebbe egualmente irragionevole un legislatore che, per ipotesi di scuola, passasse dal porre divieti generali ed assoluti a "liberalizzare", per esempio, ogni pratica, e per qualsiasi ragione e finalità, di diagnosi preimpianto⁹⁹ o di fecondazione eterologa e maternità surrogata.

Lo spazio da assegnare alla regolamentazione normativa in tali ambiti costituisce esso stesso scelta rimessa alla politica: ma anche rispetto a tale scelta la Costituzione non è indifferente. Il "principio di autodeterminazione", sulla cui possibilità di ricostruirlo in Costituzione in modo autonomo o solo in esercizio di altro diritto costituzionale enumerato si è sopra discusso, non può certo invocarsi per ritenere di non doversi dare alcuna, specifica disciplina giuridica alle questioni bioetiche, di maggiore rilievo.

Se ci troviamo di fronte ad ambiti di "normativa costituzionalmente necessaria", come sottolinea la Corte, su ricordata, già nel 2005 e ribadisce nella sentenza n. 162/2014, l'assenza di una qualche disciplina, sia pure "a maglie larghe", che comunque assicuri contemperamento tra certezza del diritto e applicazione flessibile al caso concreto, costituirebbe un *vulnus* per l'ordinamento costituzionale.

Non solo non è auspicabile, ma neppure costituzionalmente consentito, tornare ad un sostanziale vuoto di disciplina legislativa dell'inizio vita. Da evitare il rischio, nel silenzio della politica, di una diretta, illimitata interpretazione delle istanze provenienti dal corpo sociale da parte dei giudici, i quali, in assenza di una disciplina normativa settoriale, non possono che ricorrere direttamente all'applicazione dei principi anche di rango costituzionale, adottando soluzioni che ben possono essere, esse stesse, irragionevoli e criticabili quanto e più di quelle della politica stessa. Si possono ricordare, al riguardo, in assenza della legge n. 40, le de-

⁹⁸ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Trento, 96 sottolinea che "il biodiritto contemporaneo si caratterizza per essere materia che rifugge le discipline assolute e fondamentaliste, quelle – per così dire – "senza se e senza ma", e che si connota per soluzioni che dipendono di volta in volta da delicati equilibri e bilanciamenti di interessi diversi".

⁹⁹ V. *supra*.

cisioni, anche contrastanti, adottate dai giudici civili in tema di maternità surrogata¹⁰⁰ o fecondazione *post mortem*¹⁰¹.

D'altro canto, la disciplina delle questioni bioetiche non può risolversi nella tipizzazione normativa di ogni possibile condotta al fine di consentire o vietare le infinite situazioni e condotte bioeticamente rilevanti¹⁰². In questi campi, occorre una disciplina normativa la più "flessibile" possibile, rispetto a frontiere mobili, mai statiche, ma in dinamica evoluzione, come sono quelle della bioetica¹⁰³.

La sede naturale dell'individuazione dinamica di tali "nuove frontiere del diritto"¹⁰⁴, in uno Stato di democrazia pluralista, non può che essere il Parlamento, dove bilanciare gli inevitabili conflitti tra contrapposti diritti e interessi tutti aventi dignità costituzionale. Spetta al Parlamento, prima ancora del *quomodo*, decidere l'*an*: non solo *come*, ma anche se disciplinare la singola questione bioetica o lasciarla, allo spazio di autodeterminazione della persona. Ma se è vero che le regole sulla vita si muovono "tra diritto e non diritto"¹⁰⁵, è anche vero, come sottolineato ed espresso dalla Corte¹⁰⁶, che una legge sull'inizio vita è costituzionalmente necessaria ad assicurare comunque quel rilevato "livello minimo di tutela legislativa".

Certo, occorrerebbe nella società un *humus* assai fertile, per potere trasporre, mediante un dibattito plurale, il "precipitato etico" in diritto all'esito della mediazione politica. Etica e diritto si pongono su versanti distinti¹⁰⁷. Ma l'elaborazione della regola giuridica non è una monade rispetto al dibattito etico. Ed è la politica, infatti, a segnare in concreto il processo e i futuri contenuti di questo "precipitato".

¹⁰⁰ Il Tribunale civile di Roma, giudice unico, ord. 17 febbraio 2000, in *Guida dir.*, 9, 2000, 74 ss. autorizzò il ricorso alla maternità surrogata mediante il cosiddetto "utero in affitto", ricostruendo spazi di un possibile "diritto a procreare", che assumeva anche il significato "di essere madre senza gravidanza", in quanto sarebbe stato possibile ricavare direttamente dall'interpretazione dei principi dell'ordinamento giuridico, la liceità del contratto di maternità surrogata e della relativa prestazione medica.

¹⁰¹ Tribunale di Palermo, ord. 29 dicembre 1998, in *Guida dir.*, 4, 1999, 90.

¹⁰² Una siffatta disciplina legislativa rischierebbe comunque, in ragione della velocità del progresso medico-scientifico, di tradursi in regole ben presto superate.

¹⁰³ Frontiere della bioetica è espressione utilizzata nel titolo del libro con prefazione di G. BERLINGUER *Le frontiere della bioetica. Domande e risposte su nascita, genetica, clonazione, salute*, a cura di E. MANCINI, A. MORELLI, Giunti, Napoli 2004.

¹⁰⁴ *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, con *Introduzione* di P. Barcellona, Dedalo, Bari, 2001. Nei brevi contributi emergono considerazioni fondamentali sui temi della bioetica e dell'inizio vita, quali: "l'inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica" (E. SEVERINO, 15), ma al tempo stesso l'intrinseca "politicità delle decisioni" (A. CATANIA, 25), "il paradosso di limiti superabili" (E. RESTA, 43), il pericolo dell'"illimitatezza dei desideri ed erosione delle norme" (R. BODEI, 59) o anche "l'oltrepassamento della soglia dei desideri" (G. MARRAMAIO, 73) e "proliferazione dei desideri" (F. CIARAMELLI, 81), nel quadro del tema di scenario dei limiti al contenuto del diritto (F. Modugno, 123).

¹⁰⁵ Volendo qui parafrasare S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006.

¹⁰⁶ V. *supra*.

¹⁰⁷ "La legge morale vive nella coscienza individuale" scrisse la Corte cost., sent. n. 9/1965, parafrasando Kant.

La legge avrà però fallito, sul piano della ragionevolezza della relativa scelta, laddove avrà cercato di imporre proprie soluzioni in realtà “etiche”, o addirittura religiose, sia pure adottate secondo i meccanismi del principio maggioritario, che nella bioetica rischiano di ridursi a meri simulacri di democrazia, quando non rispettose dei principi fondamentali dell’ordinamento pluralista, che trova nel bilanciamento¹⁰⁸ la sua più intima realizzazione.

Se questo avviene, non si sarà fatto altro in definitiva che spostare il tempo ed il luogo naturale della scelta ragionevole, al momento patologico del sindacato dinanzi al giudice delle leggi, per riscrivere nelle rime obbligate dalla Costituzione la legge illegittima, seppure approvata in Parlamento semmai a larga maggioranza¹⁰⁹. L’assolutismo dei valori della propria appartenenza trova forse ragione nell’elaborazione etica o religiosa, ma anche laddove coincidente con una maggioranza parlamentare, non ha spazi di legittimo esercizio nel diritto. Ed è questo un rischio che va particolarmente rifuggito nelle questioni bioetiche.

Le contrapposizioni ideologiche impediscono il raggiungimento di un accordo politico, perché viene negata in radice la dignità delle posizioni dell’avversario e dunque ogni spazio di possibile confronto, che è l’essenza stessa della politica in una democrazia pluralista. Emerge così l’esigenza, da un lato, di un ampio, per quanto possibile, consenso politico, al di là della mera numerica maggioranza parlamentare¹¹⁰, ma anche di una normativa a maglie larghe, di un diritto mite, che lasci ragionevole spazio all’autodeterminazione della persona e alla flessibile applicazione del diritto al caso concreto sia nella pratica medica sia dinanzi ai giudici¹¹¹.

Il fatto è che, come magistralmente rilevato, “la mancanza di valori condivisi non può essere sostituita da «un’etica dei più», imposta attraverso lo strumento legislativo, dunque a mezzo della più classica tra le procedure maggioritarie”¹¹². La “costruzione del *consenso valoriale*”¹¹³ è la prospettiva migliore del legiferare in bioetica. Senza un tale modo di procedere, ponderare nel legiferare, ridurre a sintesi ragionevole i contrapposti diritti e interessi costi-

¹⁰⁸ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

¹⁰⁹ Da tempo, viene rilevata in modo condivisibile “la debolezza di un impianto affidato unicamente al principio di maggioranza. S. RODOTÀ, *Introduzione, op. cit.*, XI.

¹¹⁰ Importanti gli strumenti di maggiore partecipazione, nel rispetto, su di un piano generale, di un “principio di sussidiarietà quale metodo di legislazione” (P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell’indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, cit., 182.). Una tale partecipazione, ad un dibattito “altamente politico”, consentirebbe di garantire se non anche un consenso alla futura disciplina, una preventiva, sorta di “analisi di impatto sociale” della stessa.

¹¹¹ Da tempo, ampia dottrina sottolinea la necessità di ricorrere ad un tale modo di normare in tema di bioetica. Per alcuni riferimenti a tale posizione, v. già L. BUFFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della “sovranità” dell’individuo nella produzione giuridica*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 2/2010, 6, spec. nt 29, che richiama in tal senso scritti di RODOTÀ, CHIEFFI, PERLINGIERI, CASONATO, RIMOLI, ZATTI, GAMBINO, GIANFORMAGGIO, VERONESI, MANFRELLOTTI, PATRONI GRIFFI.

¹¹² S. RODOTÀ, riportato da C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2012, 156.

¹¹³ P. GIUSTINIANI, *Bioetica e laicità dello Stato*, in *Bioetica. Percorsi e incroci*, a cura di P. FAVO, A. STAGLIANÒ, Esi, Napoli 2008, 122 ss., spec. 129.

tuzionali, non si fa altro che rimettere il tutto ai giudici, non senza rischi e pericoli¹¹⁴ anche nella sede del controllo di ragionevolezza.

¹¹⁴ Sino ad adombrare, come ricordato, un “giudice legiferante”. L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, cit., 10.