

Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti

Chiara Tripodina*

THE “RIGHT” TO ARTIFICIAL REPRODUCTION IN ITALY: AN EMBLEMATIC STORY, AMONG LAW-MAKER, JUDGES AND COURTS

ABSTRACT: Through the steps of the history of medically assisted reproduction in Italy, that develops in an emblematic way among the law-maker, judges and Courts, the Author deals with the relationship between political law and case law in the protection of last generation fundamental rights.

KEYWORDS: abrogative referendum; Italian constitutional case-law; gametes’ donation; medically assisted reproduction; pre-implantation genetic diagnosis.

SOMMARIO: 1. Il “nuovo diritto” a procreare artificialmente – 2. Corte costituzionale: la sentenza n. 347 del 1998 sulla necessità costituzionale di una legge in materia di PMA – 3. Parlamento: la legge 40 del 2004 recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita – 4. *Referendum* abrogativo del 2005: il tentativo (fallito) di abrogare la legge 40 del 2004 – 5. Corte costituzionale: l’ordinanza n. 369 del 2006 (meramente processuale) sul divieto di diagnosi preimpianto – 6. Corte costituzionale: la sentenza n. 151 del 2009 sulla produzione di embrioni in un numero strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» – 7. Giurisprudenza di merito: soluzioni interpretative per consentire la diagnosi preimpianto alle coppie sterili o infertili e tentativi creativi per consentirla anche alle coppie fertili – 8. Corte europea dei diritti dell’uomo: la sentenza 28 agosto 2012, causa *Costa e Pavan vs. Italia*: il “diritto al figlio sano” e prime applicazioni in Italia - 9. Corte costituzionale: la questione di legittimità costituzionale pendente in materia di accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili - 10. Corte costituzionale: la sentenza n. 162 del 2014 sul divieto di fecondazione eterologa - 11. Conclusioni: la PMA tra diritto politico e diritto giurisprudenziale.

1. Il “nuovo diritto” a procreare artificialmente

Ancora cinquant’anni fa – fino a tutti gli anni Sessanta del Novecento – parlare di procreazione in termini di diritto avrebbe destato stupore: si procreava quando e se la natura lo concedeva; altrimenti ci si rassegnava a una vita senza figli o si percorreva la via stretta dell’adozione.

La procreazione diviene oggetto di rivendicazione in termini di diritto nel momento in cui esce dalla sfera degli accadimenti naturali per divenire oggetto di artificio, e dunque di scelta: quando la tecnica rende possibile il concepimento di un figlio laddove la natura non lo permetterebbe, lì nasce la rivendicazione del *diritto a procreare artificialmente*. Un tipico “diritto dell’età della tecnica”, precipitato

* *Professoressa associata di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze politiche, economiche e sociali, Università del Piemonte Orientale.*

delle nuove possibilità che il progresso della scienza medica pone dinnanzi agli uomini e che, della sequenza delle generazioni dei diritti, rappresenta l'ultimo approdo¹.

In particolare, la storia della procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi PMA) in Italia prende avvio in una «situazione di carenza [legislativa...] con implicazioni costituzionali»²: manca una legge che la disciplini, e tuttavia la pratica è diffusa sin dall'inizio degli anni Ottanta del Novecento³, governata solo da sparute circolari ministeriali. Alcuni casi arrivano nelle aule dei tribunali (soprattutto questioni di disconoscimento di paternità)⁴, e i giudici, nel silenzio della legge, incominciano a tessere diritto a partire dal sistema normativo esistente. Finché la questione approda, nel 1998, davanti alla Corte costituzionale, che con un monito invita il legislatore a colmare il vuoto normativo esistente.

Le legge arriva sei anni dopo, nel 2004. E da quella data in poi è un susseguirsi di pronunce di giudici e corti, che, brano a brano, ne colpiscono le parti – gli obblighi e i divieti – più caratterizzanti. E il processo di sgretolamento della legge è ancora in corso: è di pochi mesi fa la pronuncia della Corte costituzionale che ha dichiarato incostituzionale il divieto di fecondazione eterologa, e si è ora in attesa di una pronuncia sul divieto di PMA e diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili.

Pare allora interessante ricostruire e rileggere le tappe più significative della storia giuridica della PMA in Italia, perché essa si pone come emblematica di un certo modo di strutturarsi dei rapporti tra legislatore, giudici e corti nella disciplina dei diritti fondamentali di ultima generazione: quei diritti, cioè, sui quali la nostra Costituzione “non dice”, e che nascono dalle nuove possibilità - ma anche dalle nuove «minacce alla vita, alla libertà e alla sicurezza» - che «possono venire dal potere sempre più grande che le conquiste della scienza e delle applicazioni che ne derivano danno a chi è in condizione di usarne»⁵.

2. Corte costituzionale: la sentenza n. 347 del 1998 sulla necessità costituzionale di una legge in materia di PMA

La prima tappa significativa della storia della disciplina della PMA in Italia può farsi risalire alla sentenza della Corte costituzionale n. 347 del 1998.

In quella sentenza, la Corte era stata chiamata a giudicare sull'incostituzionalità dell'articolo 235 del codice civile, nella parte in cui, prevedendo la possibilità di esperire l'azione per il disconoscimento di paternità in capo al marito affetto da impotenza, pareva consentire questa possibilità anche al marito che, colpito da tale patologia, avesse precedentemente dato il consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie. La Corte concludeva il giudizio con una pronuncia di inammissibilità per

¹ Sulle generazioni dei diritti, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997; P. BARILE, *Nuovi diritti e libertà fondamentali*, in F. RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, 1991, 1 ss.

² Con le parole di Corte costituzionale, sent. 347/1998, poco più oltre richiamata nel testo.

³ L'11 gennaio 1983 nasceva la prima bambina con PMA in Italia.

⁴ Sulla giurisprudenza antecedente la l. 40/2004, P. VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, 279 ss.

⁵ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 263 s.

«l'estraneità della fattispecie oggetto del giudizio alla disciplina censurata», ma denunciava al contempo una «situazione di carenza [legislativa...] con implicazioni costituzionali».

In particolare la Corte lamentava la mancata tutela, a causa dell'assenza di una legge in tema di procreazione medicalmente assistita, di «plurime esigenze costituzionali», quali *in primis* «le garanzie per il nuovo nato» in relazione ai suoi «diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità». Diritti, continuava la Corte, che «è compito del legislatore specificare».

Precisando ulteriormente, la Corte lasciava in quella sentenza una frase destinata a divenire un importante pilastro nei rapporti legislatore-giudici nella disciplina delle materie eticamente sensibili: «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore». Tuttavia – aggiungeva – qualora la legge manchi, «spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali».

3. Parlamento: la legge 40 del 2004 recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita

A colmare la lacuna denunciata dalla Corte costituzionale provvide il Parlamento, approvando il 10 febbraio 2004 la legge n. 40, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»⁶.

Nonostante l'approvazione di una legge fosse considerata da più parti auspicabile – oltre che costituzionalmente necessaria, dopo la pronuncia della Corte – per mettere fine all'anarchia regnante in materia, la scelta concreta del legislatore del 2004 di porre l'embrione sul medesimo piano rispetto agli altri soggetti coinvolti nelle pratiche di PMA come soggetto portatore di diritti⁷ divise fin da subito il mondo politico, sociale, oltre che etico e scientifico. In seguito alla sua entrata in vigore, infatti, in ragione dello statuto giuridico forte riconosciuto all'embrione fin dall'istante del concepimento, molte delle pratiche mediche e scientifiche che avevano a oggetto embrioni e che sino a quel momento erano state ordinariamente poste in essere divennero vietate.

Se parte del mondo politico e parte della società fu appagata nel vedere approvata una legge dai contenuti così ideologicamente marcati, altra parte si dimostrò invece fortemente contraria, ritenendo che in uno stato laico e rispettoso della libertà di coscienza fosse possibile e doveroso su materie eticamente controverse addivenire a leggi compromissorie, in grado di fissare regole di compatibilità tra concezioni diverse e interessi contrapposti.

Tra gli strumenti per rimuovere la legge si tentarono sin da subito sia la via del *referendum* popolare abrogativo che quella della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

⁶ Per un primo commento alla legge, *ex multis*, M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 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 *Diritto pubblico*, 2004, 2, 501 ss.; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 3, 523 ss.

⁷ Dice l'art. 1: la legge «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

4. Referendum abrogativo del 2005: il tentativo (fallito) di abrogare la legge 40 del 2004

Il referendum abrogativo fu proposto con cinque quesiti – uno totale e quattro parziali – sui quali giudicò la Corte costituzionale il 13 gennaio 2005, con le sentenze nn. 45, 46, 47, 48, 49. La Corte ritenne ammissibili i quesiti di abrogazione parziale e inammissibile quello di abrogazione totale, 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, perché costituzionalmente necessaria per garantire una tutela minima ai nati da procreazione artificiale⁸.

Il referendum si svolse il 12 e 13 giugno 2005, ma non raggiunse il *quorum* necessario per la sua validità, dato che partecipò alla consultazione referendaria solo il 25,9% degli aventi diritto. La responsabilità di questa scarsa affluenza alle urne fu imputata, in gran parte, all'intervento delle alte gerarchie della Chiesa cattolica, che in quell'occasione fecero ampio uso degli strumenti massmediatici per persuadere i cittadini cattolici ad astenersi dal voto.

5. Corte costituzionale: l'ordinanza n. 369 del 2006 (meramente processuale) sul divieto di diagnosi preimpianto

Anche la via dell'incidente di costituzionalità fu tentata subito: la prima ordinanza in materia è del tribunale di Catania e risale al 3 maggio 2004. In quell'occasione, però, il giudice *a quo* respinse l'istanza di parte, ritenendola manifestamente infondata⁹.

Perché la questione approdasse alla Corte costituzionale si dovette attendere il 2006, quando il Tribunale di Cagliari pose la questione di legittimità costituzionale relativamente all'articolo 13 della legge 40, «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».

Rispetto alla prassi in atto prima dell'approvazione della legge, in effetti, la nuova disciplina legislativa aveva segnato una seria diminuzione di possibilità per le coppie ad alto rischio genetico che intendessero scegliere la via della prevenzione. Se, sino agli anni Novanta, "prevenzione" poteva significare solo diagnosi prenatale in corso di gravidanza e aborto terapeutico in caso di anomalia del nascituro con riflessi negativi sulla salute fisica o psichica della madre, da quegli anni in poi era stata resa accessibile la strada della diagnosi genetica preimpianto, che, utilizzando le tecniche della fecondazione *in vitro*, permetteva la produzione di più embrioni con materiale genetico interno alla coppia malata o portatrice sana della malattia genetica, e, previa selezione, l'impianto in utero dei soli embrioni sani. Tale tecnica, poiché evitava il dramma dell'aborto terapeutico, aveva incontrato ampio favore tra

⁸ M. ANIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005.

⁹ Il ricorso mirava alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di diagnosi preimpianto. A commento, M. OLIVETTI, *Decisione coerente, ma gli interessi vanno bilanciati*, in *Guida al diritto*, 2004, 23, 58 ss.; M. D'AMICO, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (13 maggio 2004).

le coppie ad alto rischio di trasmissione di malattie genetiche che intendevano scongiurare la nascita di un bambino malato. Dopo l'approvazione della legge 40, tale possibilità era di nuovo preclusa.

Le ragioni di perplessità in ordine alla ragionevolezza di tale parte della legge gravitavano soprattutto intorno alla considerazione che, se da un lato la legge mirava a garantire l'intoccabilità degli embrioni quale che fosse il loro "stato di salute", vietando di svolgere su di essi qualsiasi diagnosi preimpianto, dall'altro restava aperta la possibilità di aborto terapeutico dei feti accertati come geneticamente tarati in seguito a diagnosi preparto (l. 194/1978), con l'esito paradossale e irrazionale di tutelare in modo differente e intermittente la medesima posizione soggettiva – il concepito – garantendo in modo più forte lo stadio più remoto rispetto alla nascita (embrioni intoccabili vs. feti abortibili).

In quell'occasione, però, la Corte, a fronte dell'alto grado di politicità della questione, decise di non decidere, e si trincerò dietro un'ordinanza processuale di manifesta inammissibilità da molti giudicata pilatesca¹⁰.

6. Corte costituzionale: la sentenza n. 151 del 2009 sulla produzione di embrioni in un numero strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»

A una prima pronuncia nel merito sulla legge 40 la Corte costituzionale giunse nel 2009, con la sentenza n. 151, con la quale dichiarò l'illegittimità della legge in una delle sue parti più controverse: quella che, per ogni ciclo di fecondazione artificiale, imponeva la produzione di embrioni in un numero strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» (art. 14, comma 2)¹¹.

Prima dell'entrata in vigore della legge 40, al fine di limitare i disagi per l'aspirante madre causati dalla sottoposizione a stimolazioni ovariche plurime e a ripetuti interventi di prelievo di ovociti, si era affermata la prassi medica di produrre più ovociti in ogni ciclo di procreazione assistita, inseminarli tutti creando embrioni in soprannumero, impiantarne un massimo di due, e crioconservare gli altri per successivi interventi, nel caso in cui il primo tentativo non fosse andato a buon fine. Tutto ciò con una variabilità che dipendeva da diversi fattori da considerare quali, oltre alla qualità degli embrioni, la

¹⁰ Corte costituzionale, ord. n. 369/2006. A commento, A. CELOTTO, *La Corte costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 6, 3846 ss.; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, *ivi*, 3859 ss.; 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)*, *ivi*, 3849 ss.

¹¹ *Ex multis*, M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 3, 1688 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere?»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 3, 1696 ss.; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org (15 luglio 2009); S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (19 settembre 2009). La sentenza ha trovato conferma un anno dopo nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 97/2010.

salute e l'età della donna e i precedenti esiti di altre procedure di procreazione medicalmente assistita.

L'articolo 14, comma 2 della legge del 2004 vietava di continuare a procedere con questa prassi medica, imponendo quella alternativa della creazione di embrioni necessari a un unico e contemporaneo impianto, e comunque in numero non superiore a tre. Fine evidente della norma era quello di evitare la produzione di embrioni cosiddetti "soprannumerari" (cioè in numero superiore a quelli impiantabili in un'unica volta nell'utero materno), e dunque di rimuovere alla radice la controversa questione circa la loro destinazione.

Nella sentenza del 2009, la Corte costituzionale, in coerenza con le denunce dei giudici *a quibus* e della dottrina maggioritaria¹², constatò i risvolti negativi che la pratica imposta dalla legge finiva per avere nella prassi: per un verso, «rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non [desse] luogo ad alcun esito», con ciò aumentando i rischi di insorgenza di patologie tumorali che a tale iperstimolazione possono essere collegate; per altro verso, determinando, «in quelle ipotesi in cui maggiori [fossero] 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». Tutto ciò reso possibile dal fatto che «la previsione legislativa non riconosce[va] 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 legge, insomma, secondo la Corte, impediva ai medici di esercitare in conformità alla migliore pratica medica, limitandone ingiustificatamente l'autonomia e la conseguente responsabilità, con esiti esiziali sul diritto alla salute (della donna), costituzionalmente garantito dall'articolo 32 della Costituzione.

Imponendo di riservare il medesimo trattamento a situazioni dissimili, il legislatore – continuava la Corte – non violava solo il diritto a ricevere le cure più adeguate rispetto al proprio individuale caso clinico, ma anche contestualmente l'articolo 3 della Costituzione, «riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza», non tenendo in considerazione che nella procreazione assistita le possibilità di successo variano «in relazione sia alle caratteristiche degli embrioni, sia alle condizioni soggettive delle donne che si sottopongono alla procedura di procreazione medicalmente assistita, sia, infine, all'età delle stesse, il cui progressivo avanzare riduce gradualmente le probabilità di una gravidanza».

La sentenza della Corte costituzionale cancellava per questi motivi dalla disposizione impugnata le parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», lasciando salvo il residuo disposto dell'articolo 14, comma 2, per il quale «le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto precisato dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario». L'intervento demolitorio manteneva così salvo il principio della "stretta necessità" nella produzione di embrioni, ma

¹² R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, 2008.

il *quantum* che soddisfaceva questo principio non veniva più stabilito *erga omnes* per legge, ma veniva demandato all'autonoma valutazione del medico, chiamato a decidere la pratica migliore per il singolo caso concreto, in scienza e coscienza e in accordo con la volontà del paziente. Come «logica conseguenza» della caducazione delle parole del secondo comma dell'articolo 14, derivava anche la necessità della deroga al principio generale del divieto di crioconservazione stabilito nel primo comma del medesimo articolo, e pertanto la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale anche dell'articolo 14, comma 3, nella parte in cui non disponeva che «il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, [dovesse] essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

In altre parole, la disciplina che derivava dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale dei commi 2 e 3 dell'articolo 14 consentiva nuovamente, come precedentemente alla legge 40, la crioconservazione degli embrioni eventualmente prodotti in soprannumero: il medico, insieme ai pazienti che avessero voluto sottoporsi alla pratica della procreazione medicalmente assistita, avrebbe valutato quanti ovociti prodotti da ogni ciclo di stimolazione ovarica fecondare, quanti embrioni così prodotti impiantare, e quanti crioconservare per altri eventuali futuri impianti.

7. Giurisprudenza di merito: soluzioni interpretative per consentire la diagnosi preimpianto alle coppie sterili o infertili e tentativi creativi per consentirla anche alle coppie fertili

Nel frattempo, in seguito alla mancata decisione della Corte costituzionale sul divieto di diagnosi preimpianto, aveva trovato progressivo consolidamento tra i giudici 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 circostanze¹³.

In particolare, l'articolo 13, comma 2 della legge 40, laddove afferma che «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative», veniva interpretato nel senso che era da ritenersi lecita la diagnosi preimpianto qualora fosse richiesta da soggetti che legittimamente avessero avuto accesso alle pratiche di PMA ai sensi della legge (dunque coppie sterili o infertili); avesse a oggetto embrioni destinati all'impianto nel grembo materno; fosse strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e finalizzata a garantire agli aspiranti genitori un'adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare ex articolo 14, comma 5 della legge, potendo essi scegliere, in caso di esito infausto della diagnosi, anche di rifiutare l'impianto dell'embrione stesso, con conseguente sua cultura *in vitro* fino al suo estinguersi¹⁴.

¹³ Tribunale di Cagliari, 22-24 settembre 2007; Tribunale di Firenze, 17 dicembre 2007; Tar Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398; Tribunale di Bologna, 29 giugno 2009. Su questa evoluzione giurisprudenziale, E. MALFATTI, *L'accesso alla procreazione medicalmente assistita, tra "integrazioni" della legge e nuove aperture giurisprudenziali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (senza data).

¹⁴ TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, infatti, ha dichiarato illegittima per eccesso di potere la disposizione delle *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita* (d.m. 21 luglio 2004, ministro Sirchia), per la quale «è proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica» e «ogni indagine relativa allo stato di salute

Alla luce di questo orientamento giurisprudenziale, consolidato e mai negato nel tempo, si può dire che la diagnosi preimpianto costituisca a oggi nel nostro ordinamento non solo una possibilità lecita, ma un diritto – per di più da garantirsi gratuitamente dal Servizio sanitario nazionale¹⁵ – per le coppie sterili o infertili che ricorrano alla PMA, funzionale a una adeguata e completa informazione sullo stato di salute degli embrioni, ma anche a consentire alla donna una decisione consapevole sul loro trasferimento, che può anche essere rifiutato qualora possa rappresentare un serio pericolo per la sua salute psico-fisica, quale effetto della condizione patologica del concepito.

Residua però un profilo della legge sul quale non pare possibile alcuna interpretazione adeguatrice, pena l'andare contro la sua lettera: la permanente esclusione dalla possibilità di accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita, e con esse alle tecniche di diagnosi preimpianto, per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche; e dunque il dubbio sulla ragionevolezza di una disciplina che discrimina gli aspiranti genitori che necessitano dell'aiuto della tecnica per procreare in ragione delle loro "condizioni personali" (non fertili vs. fertili).

La questione di legittimità costituzionale sotto questo profilo avrebbe potuto essere già sollevata dal Tribunale di Salerno in occasione del giudizio, il 9 gennaio 2010, sul caso di una coppia fertile che chiedeva di poter ricorrere alla diagnosi preimpianto per non trasmettere malattie genetiche ai figli. Ma il giudice di Salerno, anziché sollevare la questione di fronte alla Corte costituzionale, ritenne di poter fare un'interpretazione adeguatrice della legge 40, nel senso di consentire l'accesso alle tecniche di PMA anche alle coppie fertili, giacché «il diritto a procreare [un figlio sano¹⁶], e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti, verrebbero irrimediabilmente lesi da una interpretazione delle norme in esame che impedissero il ricorso alle tecniche di PMA da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie a causa di patologie geneticamente trasmissibili».

Decisione criticabile, perché l'interpretazione adeguatrice rispetto alla Costituzione di un testo di legge è possibile solo ove a ciò non osti la lettera della legge stessa: non si può cioè dire che, laddove la legge scrive «infertile», va interpretata come se dicesse «fertile» perché così vuole la Costituzione. Se una legge è contraria a Costituzione, e l'errore non è rimediabile per via interpretativa perché la soluzione adeguata non è tra le possibilità ermeneutiche del testo della legge, l'unica via è sollevare la questione di legittimità di fronte alla Corte costituzionale, pena il sostituire la decisione del Parlamento con quella di un giudice che, ribellandosi alla soggezione alla legge, si fa egli stesso legislatore. Peraltro, agendo senza coinvolgere la Corte costituzionale e forzando il testo della legge, il giudice di Salerno, se da un lato raggiunse l'obiettivo di garantire quello che egli riteneva essere un diritto della coppia che ricorreva di fronte a lui, dall'altro precluse a tutte le altre coppie nella medesima condi-

degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale». È rimasta salva, invece, giacché non era oggetto di impugnazione, la parte della disposizione che prevedeva che, «qualora dall'indagine vengano evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione, il medico responsabile della struttura ne informa la coppia ai sensi dell'articolo 14, comma 5» e, «ove in tal caso il trasferimento dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura in vitro del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi».

¹⁵ Tribunale di Cagliari, 9 novembre 2012, che ha prescritto che «qualora la struttura sanitaria pubblica dovesse trovarsi nell'impossibilità di erogare [la diagnosi preimpianto] tempestivamente in forma diretta», la prestazione medica deve essere «erogata in forma indiretta, mediante il ricorso ad altre strutture sanitarie».

¹⁶ Il diritto «al figlio, per di più sano» è testualmente indicato in altra parte della sentenza.

zione la possibilità di vedere affermato quello stesso diritto in via generale e astratta per mezzo di una declatoria di illegittimità costituzionale¹⁷.

8. Corte europea dei diritti dell'uomo: la sentenza 28 agosto 2012, causa *Costa e Pavan vs. Italia*: il "diritto al figlio sano" e prime applicazioni in Italia

Sul diritto all'accesso alla PMA da parte di coppie fertili portatrici di malattie genetiche si è pronunciata anche la Corte europea per i diritti dell'uomo, con sentenza del 28 agosto 2012, nella causa *Costa e Pavan vs. Italia* (n. 54270/10)¹⁸. All'unanimità la Corte europea ha giudicato la legge 40 in violazione dell'articolo 8 della CEDU, nella parte in cui, vietando la PMA e la diagnosi preimpianto alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche, lede il loro diritto al rispetto della vita privata e familiare, sotto il particolare profilo del diritto a «mettere al mondo un figlio non affetto [dalla] malattia genetica di cui sono portatori sani»¹⁹.

La Corte non ha qualificato l'aspirazione dei ricorrenti come «diritto ad avere un figlio sano», bensì come diritto ad avere «la possibilità di accedere alle tecniche della procreazione assistita e poi alla diagnosi preimpianto per poter mettere al mondo un figlio non affetto da mucoviscidosi, malattia genetica di cui sono portatori sani», non potendo in ogni caso la diagnosi preimpianto «escludere altri fattori suscettibili di compromettere la salute del nascituro». Secondo la Corte, tale specifico diritto rientrerebbe «nel campo della tutela offerta dall'art. 8», rappresentando «una forma di espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti».

Tuttavia, l'articolo 8, al secondo paragrafo, prevede che non possa esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio del diritto alla vita privata e familiare, «a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Per la Corte, la legge 40 con i suoi divieti rappresenta senz'altro un'ingerenza nella vita

¹⁷ C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.costituzionalismo.it, 2010, 1, 1 ss.

¹⁸ Corte EDU, sent. 28 agosto 2012, ricorso n. 54270/10, *Costa et Pavan vs. Italia*, § 37. La sentenza è su www.echr.coe.int, e, nella traduzione italiana, su www.governo.it. Per un commento, E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in www.rivistaaic.it, 2012, 3, 1 ss.; 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 www.rivistaaic.it, 2013, 1, 1 ss.; F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, *ivi*, 1 ss. C. TRIPODINA, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa et Pavan vs Italia)*, in *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2013, 3, 923 ss.

¹⁹ Avverso questa decisione, il 22 novembre 2012, il Governo italiano aveva avanzato domanda di rinvio del caso dinnanzi alla Grande Camera, ai sensi dell'art. 43 CEDU; ma l'11 febbraio 2013 la *Grande Chambre* l'ha rigettata con provvedimento non motivato, rendendo così la sentenza definitiva ex art. 44, c. 3, lett. c), CEDU. La Corte EU ha dato notizia del rigetto con un comunicato stampa del 12 febbraio 2013 – CEDH 047 (2013) – rinvenibile su www.echr.coe.int; la notizia è riportata su www.governo.it, dove si può trovare anche, in lingua francese, la *Memoria del Governo italiano per il rinvio alla Grande Camera*.

privata delle persone, che tuttavia, da un lato, è prevista con legge, dall'altro, «può ritenersi intesa al perseguimento degli scopi legittimi di tutela della morale e dei diritti e delle libertà altrui». Potrebbe dunque ritenersi un'ingerenza legittima, tra l'altro di quelle rispetto alle quali, «in mancanza di un consenso europeo in materia, gli stati membri godrebbero di un ampio margine di apprezzamento», stante la natura morale, etica e sociale della questione coinvolta.

Senonché, nel caso in esame, la Corte ha giudicato l'ingerenza dell'ordinamento italiano sproporzionata e incoerente. In particolare, ha ritenuto la tutela dell'embrione, che sta alla base del divieto di diagnosi preimpianto, «inconciliabile 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». Alla luce di ciò, «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».

La Corte non ha, dunque, riscontrato una violazione diretta del divieto di diagnosi preimpianto con l'articolo 8 CEDU, bensì ha ricavato questa violazione alla luce di una triangolazione, in cui un ruolo determinante è stato fatto giocare alla disciplina italiana in materia di interruzione di gravidanza.

Non ha invece accolto la dedotta violazione dell'articolo 14 CEDU²⁰: sul punto la Corte ha fatto pienamente sua la ricostruzione del Governo, per la quale «il diritto italiano vieta l'accesso alla diagnosi preimpianto a qualsiasi categoria di persone». Ma così non è: come più sopra detto, in Italia si è affermato un diritto vivente per cui le coppie sterili o infertili hanno il diritto a ricorrere alla diagnosi preimpianto, così come un tale diritto è esteso dalle *Linee guida* alle coppie fertili, di cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili²¹.

Rispetto a questa pronuncia della Corte EDU non può non rilevarsi come essa, letta alla luce del diritto italiano, presenti alcune distonie, a dimostrazione di come la dimensione sovranazionale del diritto costituzionale contemporaneo, con la sua moltiplicazione dei piani di tutela, non consenta sempre ricostruzioni armoniche del contenuto e della portata dei diritti su ciascuno dei piani²². L'interruzione di gravidanza, infatti, è consentita in Italia non mai – direttamente e funzionalmente – per permettere l'aborto di un feto malato (neppure, più restrittivamente, di un feto affetto dalla specifica malattia di cui i genitori sono affetti o portatori sani e geneticamente trasmissibile), ma esclusivamente ai fini di tutelare la vita e la salute fisica o psichica della donna che il feto reca in grembo. Sicché l'eventuale interruzione di gravidanza di un feto portatore di malattia deve trovare *sempre* la sua giustificazione in questo accertato riflesso patologico sulla salute della madre: è la «realità e gravità del danno o pe-

²⁰ Critiche sotto il profilo della scarsa valorizzazione della violazione dell'art. 14 CEDU – sia pure in una valutazione complessivamente favorevole della decisione della Corte – C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano*, cit., 1 ss.; L. POLI, *La diagnosi genetica pre-impianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, 119 ss.

²¹ Le *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita* consentono infatti la PMA anche alle coppie fertili in caso di malattie infettive a trasmissione sessuale, come HIV o epatite B e C, al fine di depurare lo sperma dalla componente infettiva prima che l'embrione sia fecondato.

²² M. LUCIANI, *Diritti controversi alla Corte di Strasburgo*, in *l'Unità*, 3 settembre 2012, 15.

ricolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione» l'unica giustificazione costituzionalmente difendibile per una regressione di tutela del concepito²³.

Ed è la salvaguardia della vita o della salute della donna la sola *ratio* giustificativa che la legge 194/1978 accoglie per consentire l'interruzione volontaria di gravidanza: la donna deve accusare «circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica» (art. 4). Anche laddove la legge parla di «anomalie o malformazioni del nascituro», queste sole non possono mai giustificare l'aborto se non riverberano «in grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» (artt. 4 e 6). Ed è di nuovo a questa giustificazione – l'inidonea tutela della salute della madre, al fine di tutelare il concepito – che si è appellata la Corte costituzionale nella sentenza n. 151 del 2009.

La Corte EDU, invece, mai richiama il diritto alla tutela della salute della donna.

E non v'è poca differenza nell'affrontare il discorso sulla diagnosi preimpianto in termini di diritto alla scelta di un figlio sano, oppure in termini di diritto alla tutela della salute della donna. Non si tratta di ipocrisia in punto di diritto: è la linea di confine che divide, in Italia, ciò che è giuridicamente consentito da ciò che non lo è. Ed è una linea di confine che, nonostante le possibili e non nascondibili sovrapposizioni proprio lì dove il confine corre, va difesa in quanto tale.

Nonostante queste distonie, la sentenza di Strasburgo ha iniziato a produrre effetti all'interno del nostro ordinamento giuridico. È stata infatti richiamata sia dal Tribunale di Cagliari che dal Tribunale di Roma, in due casi di richiesta di accesso alla diagnosi preimpianto da parte di coppie portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Nel primo caso la coppia era infertile, e dunque il Tribunale cagliaritano, ponendosi in linea con il diritto vivente già affermato nel nostro ordinamento, non ha avuto problemi a ritenere, nella sentenza 9 novembre 2012, «certamente possibile un'interpretazione adeguatrice della norma interna, in quanto le norme della Convenzione, nel significato attribuito dalla Corte di Strasburgo con la recente pronuncia [...], appaiono conformi alla nostra Carta»²⁴.

Il caso romano era più problematico, riguardando una coppia fertile: il testo della legge, laddove consente l'accesso alla PMA, e di conseguenza alla diagnosi preimpianto, alle sole coppie sterili e infertili, non consentirebbe – come più volte detto – interpretazioni adeguatrici nella direzione indicata dalla Corte di Strasburgo. Il giudice *a quo* avrebbe, dunque, dovuto investire la Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale per violazione, tra gli altri, dell'art. 117, comma 1. Ma il giudice romano – che si trovava a dover decidere dell'istanza proprio della coppia Costa e Pavan di vedere riconosciuta efficacia immediata e diretta al pronunciamento del giudice europeo – ha ritenuto, con la sentenza del 26 settembre 2013, di non dover investire della questione la Corte costituzionale, e di potere dare alla sentenza europea «immediata esecuzione», essendo la regola da essa ricavabile «sufficientemente precisa e incondizionata da sostituirsi, senza margini di ambiguità, a quella interna contraria a convenzione»²⁵, riconoscendo così alla coppia il diritto alla diagnosi preimpianto e al trasferimento in utero dei soli embrioni sani.

²³ Corte Costituzionale, sent. n. 27/1975; confermata da sent. n. 35/1997.

²⁴ Tribunale di Cagliari, 9 novembre 2012.

²⁵ Tribunale di Roma, 26 settembre 2013. A commento, 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 da "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan*, in www.diritticomparati.it, 2013; nonché A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in*

9. Corte costituzionale: la questione di legittimità costituzionale pendente in materia di accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili

Altri giudici, sempre del Tribunale di Roma²⁶, hanno invece deciso di investire la Corte costituzionale della questione di legittimità del divieto di accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche, per violazione degli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione, nonché dell'articolo 117, comma 1, in relazione agli articoli 8 e 14 della Cedu. Per i giudici *a quibus*, infatti, la chiara lettera degli articoli 1, commi 1 e 2, e 4 della legge 40, nel consentire l'accesso alla PMA solo alle coppie sterili e infertili, non permetterebbe «né una diretta disapplicazione della norma interna, per contrasto con diritti di rango superiore a tutela della salute della donna e del nascituro, né un'interpretazione della norma interna che sia costituzionalmente orientata, permettendo di raggiungere, con una lettura conforme al diritto, lo scopo di tutelare il diritto alla salute della donna e del nascituro».

La Corte costituzionale dovrà dunque pronunciarsi su questo profilo della legge 40. Senza chiamare in causa il – pur invocato nelle ordinanze di rimessione – “diritto al figlio sano”, che non ha alcun fondamento nel nostro ordinamento giuridico, sicuramente il divieto di accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche appare di dubbia costituzionalità sotto più di un profilo.

La medesima logica che conduce a dare prevalenza alla tutela della salute della donna rispetto alla salvaguardia del feto nella disciplina sull'aborto, consentendole in taluni casi di interrompere la gravidanza in seguito a una diagnosi prenatale infausta, è infatti estensibile *a fortiori* al caso in cui, per tutelare la salute della donna, le si consentisse di procedere a una diagnosi preimpianto al fine di poter intraprendere la gravidanza con un embrione sano, evitandole l'esperienza devastante, tanto sotto il profilo fisico che psicologico, di una gravidanza sorvegliata e di una successiva interruzione della stessa. La legge 40, pertanto, risulta irragionevole (per *irragionevolezza intersoggettiva*), nella parte in cui consente che siano trattate in modo differente la donna che intende interrompere volontariamente la gravidanza dopo la diagnosi prenatale, al fine di tutelare la sua salute, e la donna che, con il medesimo fine, intende intraprendere una gravidanza assistita solo previa diagnosi preimpianto.

La legge risulta, inoltre, irragionevole (per *irragionevole bilanciamento tra diritti confliggenti*), nella parte in cui per tutelare in modo forte l'embrione, nega totalmente protezione alla salute della donna, già indicata, invece, dalla giurisprudenza costituzionale, come preminente in caso di conflitto con gli interessi del nascituro²⁷. Con una lesione, di riflesso, anche del diritto all'autonomia e responsabilità del medico di operare con il consenso del paziente le scelte professionali ottimali allo stato delle

esecuzione” di un giudicato della Corte Edu in tema di diagnosi preimpianto, in Diritto penale contemporaneo, www.penalecontemporaneo.it, 2013.

²⁶ Tribunale di Roma, 15 gennaio 2014; Tribunale di Roma, 28 febbraio 2014. Su queste ordinanze del Tribunale di Roma, come su quelle di Cagliari e Roma citate nel precedente paragrafo, 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*, in www.costituzionalismo.it, 2014, 2, 1 ss.

²⁷ Corte costituzionale, sent. n. 27/1975: «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare».

conoscenze scientifiche, risultando vietato l'utilizzo della metodologia a oggi meno gravosa per raggiungere il fine di tutela della salute della donna.

Ancora, la legge appare segnata dal vizio di *irragionevolezza strumentale*, laddove il mezzo che predispone (divieto di diagnosi preimpianto) non è funzionale al raggiungimento del fine che si propone (tutela del concepito): nel porre il divieto di soppressione del concepito nella fase embrionale, infatti, è la legge 40 stessa, all'articolo 14, commi 1 e 4, a far salvo «quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194», ammettendo la soppressione del concepito nella fase fetale. Con l'esito paradossale di vietare, tra le due – diagnosi preimpianto dell'embrione con esito eventuale la sua crioconservazione o diagnosi prenatale del feto con esito eventuale il suo aborto –, la pratica che impatta sulla vita del concepito nello stadio di sviluppo più remoto e nel modo più attenuato, lasciando consentita l'altra.

Da ultimo, ma non per importanza, ulteriore profilo di *irragionevolezza intersoggettiva* della legge si manifesta nel fatto che la diagnosi preimpianto non è vietata *in toto* in Italia, ma è consentita alle coppie sterili e infertili, oltre che alle coppie fertili di cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili. Ma, aperta la breccia nel muro del divieto assoluto alla diagnosi preimpianto, resta irragionevole l'esclusione dall'accesso alla medesima pratica delle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili: se, a tutela della propria salute, la donna sterile o infertile può chiedere di conoscere lo stato di salute dell'embrione, e decidere di conseguenza se procedere all'impianto, non si vede perché medesime ragioni di tutela della propria salute (se non più forti, alla luce della consapevolezza del proprio quadro genetico) non possano essere vantate dalla donna fertile portatrice di malattie genetiche trasmissibili: escluderla vorrebbe dire praticare nei suoi confronti una discriminazione sulla base di una diversa condizione personale (fertilità vs. infertilità o sterilità), che non può rivendicare alcuna ragionevolezza.

Dovrebbe, alla luce di tutto ciò, essere mutata anche la definizione giuridica di PMA: non più solo strumento per «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1, l. 40), ma anche strumento per tutelare la salute della donna fertile che voglia intraprendere una gravidanza e che sia affetta o portatrice sana di malattia geneticamente trasmissibile, o il cui compagno sia affetto o portatore sano di malattia geneticamente trasmissibile o di malattia virale sessualmente trasmissibile.

In ultima analisi, se la legge 40 ha da essere dichiarata incostituzionale nella parte in cui non consente l'accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, è per i numerosi profili di illegittimità e irragionevolezza elencati, e non per contrasto con un'inesistente – in Italia come in Europa – diritto al figlio sano²⁸.

10. Corte costituzionale: la sentenza n. 162 del 2014 sul divieto di fecondazione eterologa

Da ultimo, con la sentenza 162 del 9 aprile 2014, la Corte costituzionale ha inflitto un nuovo colpo alla legge 40, giudicando illegittimo il divieto di ricorso a fecondazione eterologa (art. 4, comma 3), nel-

²⁸ *Contra* G. GEMMA, *Diritto costituzionale ad avere figli sani*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte*, cit., 121 ss.

la parte in cui non ne è esclusa l'applicazione alla coppia alla quale «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili»²⁹.

La questione sulla legittimità costituzionale del divieto di PMA eterologa era, invero, approdata alla Corte già nel 2009. I Tribunali di Milano, Firenze, Catania³⁰ avevano allora fondato i loro dubbi di costituzionalità con riguardo a molteplici parametri costituzionali (artt. 2, 3, 29, 31, 32), tra i quali l'articolo 117, comma 1, Cost. per violazione degli articoli 8 e 14 della Cedu, nell'interpretazione offerta dalla prima sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione *Case of S.H. and others vs. Austria* del 1 aprile 2010, che aveva giudicato incompatibili con i citati articoli della Cedu la legge austriaca in materia di PMA, nella parte in cui vietava il ricorso ad alcune pratiche di fecondazione eterologa³¹.

Nelle more del giudizio costituzionale, tuttavia, tale sentenza era stata completamente rivista dalla *Grand Chambre*, che, con sentenza del 3 novembre 2011, aveva giudicato non incompatibili con la CEDU le restrizioni alla donazione di gameti previsti dalla legislazione austriaca. In particolare la Grande Camera, nel valutare l'ampiezza del margine di discrezionalità di cui godono gli Stati nelle cause che coinvolgono l'articolo 8 della CEDU, aveva ricordato come, da un lato, «laddove un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo sia in gioco, il margine consentito allo Stato [sia] di norma limitato»; ma, dall'altro, qualora «non esist[a] alcun consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa per ciò che riguarda l'importanza relativa degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli» e «la causa sollevi questioni di sensibilità morale o etica», il margine di apprezzamento sia «più ampio», spettando alle autorità dello Stato, «grazie al loro diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro paesi», pronunciarsi «non solo "sull'esatto contenuto dei requisiti della morale" nel loro paese, ma anche sulla necessità di una limitazione destinata a dar loro una risposta».

Alla luce di questa sentenza, la Corte costituzionale italiana, cogliendo l'occasione per «non decidere» una questione politicamente difficile, con ordinanza n. 150 del 2012, aveva disposto la restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, affinché procedessero a un rinnovato esame dei termini delle questioni di legittimità costituzionale. A seguito del riesame, dei tre giudici rimettenti, solo il Tribunale di Milano³² aveva ripresentato il dubbio di legittimità con riguardo all'articolo 117, comma 1; parametro rispetto al quale, tuttavia, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 162 del 2014, ha ritenuto di non doversi pronunciare, giudicando «assorbiti» i motivi di censura formulati con riferimento a esso. Quasi a volersi smarcare dal giudice internazionale e dal suo richiamo all'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati in materia di PMA eterologa, che, se seguito dalla Corte, avrebbe dovuto

²⁹ Per i primi commenti alla sentenza, C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.it (17 giugno 2014); A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (11 giugno 2014); A. MUSUMECI, «La fine è nota». Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, luglio 2014; M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, in www.confronticostituzionali.it (17 giugno 2014).

³⁰ Tribunale di Milano, 6 settembre 2010; Tribunale di Firenze, 21 ottobre 2010; Tribunale di Catania, 2 febbraio 2011.

³¹ Corte EDU, 1 aprile 2010, *Case of S.H. and others vs. Austria*, su www.echt.coe.int.

³² Tribunale di Milano, 8 aprile 2013. Le ordinanze degli altri giudici sono, rispettivamente, Tribunale di Firenze, 29 marzo 2013; Tribunale di Catania, 13 aprile 2013.

condurla a una pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore (come sostenuto dalla difesa erariale), o comunque impegnarla nella complessa valutazione sul «come ed in quale misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano»³³. L'elemento di reale novità rispetto al 2009 è rappresentato, in ogni caso, dalla precisa volontà della Corte costituzionale – quel che essa definisce il suo «potere-dovere» – di decidere.

Rispetto agli articoli della Costituzione della cui violazione si dubita – gli articoli 2, 3, 29, 31, 32 – la Corte costituzionale ha ritenuto di dover effettuare lo scrutinio delle censure «avendo riguardo congiuntamente a tutti questi parametri», dal momento che la PMA «coinvolge plurime esigenze costituzionali», che, nel loro complesso, richiedono un bilanciamento «che assicuri un livello minimo di tutela legislativo ad ognuno». La Corte procede, dunque, dichiaratamente a un giudizio sul bilanciamento operato dal legislatore del 2004, a partire dagli interessi che la scelta politica del legislatore ha sacrificato con l'imporre il divieto di fecondazione eterologa.

Il primo è quello che la Corte costituzionale qualifica come *l'incoercibile determinazione di avere figli*. Per la Corte, la scelta della coppia, anche assolutamente sterile o infertile, «di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi», riconducibile agli articoli 2, 3 e 31 Cost., concernendo la sfera privata e familiare. Sicché «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali», e ciò anche quando sia esercitata «mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo».

Più prosaicamente - ma con parole che i giudici costituzionali non osano pronunciare – viene riconosciuto «il diritto al figlio», e il diritto alla fecondazione eterologa per ottenerlo. Si tratta di un riconoscimento impegnativo e totalmente inedito per la giurisprudenza costituzionale, che in passato aveva parlato, al più, di necessità di tutelare «le esigenze di procreazione»³⁴. Il riconoscimento di tale diritto si fonda su un'equiparazione – invero non così lineare come la Corte vorrebbe fare sembrare – tra gli ostacoli politici alla formazione di una famiglia e gli ostacoli che la natura oppone alla procreazione. Quasi che vi fosse un imperativo categorico che imponesse al legislatore di tradurre in diritto tutto ciò che la tecnica consente, per il sol fatto che lo consente, senza possibilità di frapporre alcuna valutazione discrezionale.

Altro diritto sacrificato dal divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa è, per la Corte costituzionale, il diritto alla salute, inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della *salute psichica* oltre che fisica». È infatti certo «che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia». La Corte non invoca la tutela della salute fisica, pur essendo l'infertilità e la sterilità delle patologie, in quanto è oggetto di dubbio che si possa prospettare la PMA in genere, e quella eterologa in particolare, come «cura», il cui divieto può incidere negativamente sulla salute fisica delle persone sterili o infertili. Alla luce di questa difficoltà, la Corte muta angolo di prospettiva, guardando la sterilità e l'infertilità non tanto come malattie, bensì come – a loro volta – fonti di disturbi della sfera psico-emotiva, rispetto ai quali – questa volta

³³ Con le parole di Corte costituzionale, sent. n. 317/2009.

³⁴ Corte costituzionale, sent. n. 151/2009.

si – la PMA potrebbe rappresentare una cura dal punto di vista psicologico, andando ad appagare il desiderio di genitorialità, destinato a rimanere altrimenti frustrato.

Anche se desta più di una perplessità trovare un'interpretazione così ampia del diritto alla salute psichica, come diritto a vedere appagati i propri desideri o bisogni profondi - con il solo limite della non lesione degli altri interessi costituzionali -, con conseguente dovere della Repubblica di rimuovere tutti gli ostacoli che a essi si frappongono. Non che sia di per sé errato il riconoscimento della tutela della salute nella sua complessità e nella sua totalità, e dunque tanto nella sua componente fisica che psichica³⁵; ma non basta affermare che «non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici», per scongiurare il rischio che in futuro qualunque sofferenza psichica possa venire declinata come “diritto costituzionale al benessere” o “al non malessere”.

Il divieto di fecondazione eterologa «incide, dunque, sui richiamati beni costituzionali». Tuttavia «ciò non è sufficiente a farlo ritenere illegittimo», occorrendo verificare anche «se l'assolutezza che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame». La Corte passa così ad analizzare gli interessi costituzionali a presidio dei quali il legislatore del 2004 aveva posto il divieto. «L'unico interesse» che viene in questione e che si contrappone ai citati beni costituzionali è «quello della persona nata da PMA di tipo eterologo»: occorre accertare se tale interesse possa venire leso, «a causa del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale», oppure in termini di «violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica».

Quanto al possibile rischio di danno alla salute psichica del nato da eterologa, a causa della scissione della genitorialità biologica da quella sociale, la Corte lo denuncia, ma poi non spende al riguardo alcun argomento. La Corte affronta invece il profilo della possibile violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica, che risolve pianamente, ricorrendo all'analogia con l'istituto dell'adozione – parendo dimenticare la profonda diversità, non solo di movente, tra le due situazioni giuridiche – per il quale un recente intervento legislativo³⁶ «ha disciplinato l'an ed il *quomodo* del diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato».

Alla Corte pare così di avere con evidenza dimostrato come il censurato divieto, avendo cagionato «una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato», sia, in definitiva, «il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento».

La Corte passa dunque a elencare i vizi di razionalità della legge 40, ulteriori rispetto all'irragionevole bilanciamento: a) *l'irrazionalità intrinseca*, in quanto, benché la legge 40 dichiara, all'articolo 1, comma 1, di voler «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana», il divieto di PMA eterologa preclude ad alcune coppie sterili o infertili il conseguimento del fine dichiarato «in contrasto con la *ratio legis*»; b) *l'irrazionalità intersoggettiva sulla base della gravità della patologia*, perché la legge discrimina, tra tutte le coppie affette da sterilità e infertilità, quelle

³⁵ Appropriatissimo fu, ad esempio, tale riconoscimento in Corte cost., sent. n. 161/1985, sull'identità sessuale delle persone transessuali, in ragione della necessità di ricomporre in esse la scissione tra soma e psiche.

³⁶ Art. 28, commi 4 e 5, l. 4 maggio 1983, n. 184, nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera p), d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

colpite da patologie più gravi. Per la Corte, il fatto che «le situazioni in comparazione non [siano] completamente assimilabili» «non rileva», giacché «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe, come appunto nel caso in esame». La Corte non spiega né perché le fattispecie, «pur diverse, sono ragionevolmente analoghe», né quali sono quelle «regole del discorso pratico» che sia assumono violate. In ogni caso, rime assai mobili e assai poco obbligate, ma in grado di incidere in modo decisivo sul giudizio di legittimità costituzionale delle scelte politiche operate dal legislatore; c) *l'irrazionalità intersoggettiva sulla base della capacità economica della coppia*, perché la legge, regolamentando «gli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro paese», e dichiarando non punibili l'uomo e la donna ai quali è applicata tale fecondazione, mostra di trattare in modo indiscriminatamente più favorevole, tra le coppie affette dalla patologie più gravi, quelle più ricche, le quali possono esercitare il loro diritto fondamentale al figlio anche fuori dall'Italia, nei paesi che riconoscono come legittima la pratica della fecondazione eterologa, mentre solo le coppie «prive delle risorse finanziarie necessarie per poter fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri paesi» si vedono negato in assoluto l'accesso a tale diritto; «ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto della disposizione in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole». Dal punto di vista fattuale, quel che narra la sentenza è vero: migliaia di persone, dal momento in cui è entrata in vigore la legge 40, hanno praticato "turismo procreativo", per aggirare i divieti da essa imposti; ma è evidente come sia quantomeno fragile, se non pericoloso, l'uso dell'argomento dei "turismo dei diritti" per giudicare la ragionevolezza delle scelte del legislatore italiano che decida di vietare ciò che altri paesi consentono³⁷.

11. Conclusioni: la PMA tra diritto politico e diritto giurisprudenziale

La narrata storia del diritto a procreare artificialmente è una storia in cui diritto politico e diritto giurisprudenziale, come ordito e trama in un arazzo, si intrecciano strettamente; ma dove il ruolo determinante nel comporre il disegno finale del tessuto lo svolge sicuramente il secondo. L'attuale profilo della disciplina della PMA è determinato, infatti, ormai più dagli interventi di giudici e corti, che da quanto inizialmente disposto dal legislatore.

Questo ruolo preponderante del diritto giurisprudenziale sul diritto politico non è un *unicum* della disciplina della PMA, ma è, al contrario, elemento che caratterizza la storia della tutela di tutti i diritti di ultima generazione.

Il legislatore italiano risulta, infatti, quasi sempre in ritardo e affanno rispetto all'evoluzione della scienza e ai problemi che essa pone; e, quando decide, lo fa seguendo un "modello impositivo"³⁸,

³⁷ Sulla fragilità dell'argomento del "turismo dei diritti", basti citare, per tutti, L. ELIA, *Una brutta pagina*, in *Il Popolo* (8 giugno 2000).

³⁸ Parla di «modello impositivo» – che tende a imporre modelli di comportamento individuale tesi al rispetto e alla promozione, anche contro la volontà del singolo, di quello che l'ordinamento suppone sia il suo bene – in alternativa a un «modello permissivo» – che riconosce il singolo come agente morale assolutamente libero e ne

“dall’alto”³⁹, tale per cui a tutti impone ciò che la maggioranza (parlamentare) considera eticamente corretto. Sicché il diritto giurisprudenziale viene sempre più chiamato in causa per rimediare ai vuoti (come nel caso dei diritti delle persone nelle fasi terminali della vita) o alle storture (come nel caso della PMA) del diritto politico.

La “competenza normativa concorrente” del diritto giurisprudenziale⁴⁰, così, da eccezionale e residuale rispetto al diritto legislativo, si è fatta progressivamente ordinaria e prevalente, e la denuncia dell’assenza di una legge, o la denuncia di una cattiva legge, è divenuta mera clausola di stile per aprire a creazioni giurisprudenziali.

Ciò non è solo quel che di fatto accade nelle pronunce dei giudici e delle corti, ma è anche quel che viene teorizzato come desiderabile da parte dei più: ossia, il definitivo superamento del diritto politico nella disciplina dei diritti fondamentali ad opera del diritto giurisprudenziale; il solo reputato in grado di offrire adeguata tutela ai diritti, e a quelli di ultima generazione in particolare, da un lato garantendo la massima aderenza del diritto alle mutevoli esigenze del caso concreto e la sua costante adattabilità a una realtà in continua trasformazione, dall’altro non imponendo mai scelte definitive tra i valori in conflitto, ma solo decisioni valide per casi o profili specifici⁴¹. In ragione di tutto ciò, viene formulato l’auspicio di un incremento e potenziamento di operatività del già instaurato “dialogo tra le Corti”, ossia del circolo virtuoso attivo tra i giudici, comuni e costituzionali, nazionali e sovranazionali – ormai «*bouche du droit* (dell’intero sistema normativo, cioè) e non della semplice *loi*»⁴² – in grado di garantire la cosiddetta “tutela multilivello” dei diritti senza bisogno di passare dal legislatore, ma applicando in via diretta e immediata i testi costituzionali. L’esito ultimo di una teorizzazione siffatta è chiaro: viene rinnegata qualunque priorità logico-temporale della decisione legislativa su quella giurisprudenziale, qualunque sua necessarietà: il diritto giurisprudenziale non più come applicazione e integrazione del diritto politico, ma come sua definitiva surrogazione.

È questo esito desiderabile? È desiderabile la marginalizzazione del Parlamento nell’assunzione delle decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse che riguardano diritti fondamentali di ultima generazione?

Non pare, se, oltre ai possibili vantaggi – il diritto non più proprietà di uno solo, ma «oggetto delle cure di tanti»⁴³ – si tengono in considerazione anche i possibili inconvenienti della cessione di potere decisionale dal potere politico a quello giudiziario. Primi fra tutti – oltre all’assenza di discussione

rispetta l’autonomia e l’autodeterminazione - C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006, 131 ss.

³⁹ Parla di approccio del diritto “dall’alto” - in cui prevale un’idea astratta della persona e dei suoi interessi – in alternativa a un approccio “dal basso” - che pone al suo centro una visione concreta della persona e dei fatti in cui è coinvolta – P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, 7 ss.

⁴⁰ Parla di competenza normativa concorrente tra legislatore e il *continuum* corte costituzionale-giudici M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Roma-Bari, 2009, 57.

⁴¹ *Ex multis*, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 84 ss.; Id., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, part. 161 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell’embrione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACHINI (a cura di) *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2010, 231 ss.; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 9 ss.

⁴² A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. SICARDI (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, 2010, 36; si veda anche D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto “al diritto”. Contributo allo studio dell’articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.

⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 213.

pubblica, di rappresentanza di tutte le parti, di responsabilità nel processo di assunzione delle decisioni politiche – le ricadute sulla certezza del diritto e sull'uguale trattamento dei cittadini. Inconvenienti tanto maggiori quanto più si ha a che fare con i diritti fondamentali della persona e le diverse possibilità interpretative circa la loro tutela coincidono con un conflitto etico profondo e aperto all'interno della società sui valori coinvolti⁴⁴.

La narrata storia della PMA è emblematica di questa incertezza: il giudice che si trovi a dovere applicare la legge sulla PMA può ritenere che essa non presenti alcun profilo di incostituzionalità, ma sia anzi coerente con una visione forte del principio personalista e del diritto costituzionale alla vita⁴⁵; o, viceversa, può ritenere che sia incostituzionale sotto molteplici profili, a partire dalla mancanza di tutela della salute della donna⁴⁶. Può ritenere che il divieto alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche sia superabile attraverso un'interpretazione conforme a Costituzione, anche se *contra legem*⁴⁷; oppure può ritenere insuperabile il chiaro divieto legislativo per via interpretativa, e ritenere necessario sollevare una questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte per rimuoverlo⁴⁸. La stessa Corte costituzionale, in un dato momento storico, può decidere di non decidere su una questione politicamente complessa e controversa⁴⁹; oppure può ritenere suo "potere/dovere" farlo⁵⁰. La Corte europea dei diritti dell'uomo può giudicare la legge italiana sulla PMA in contrasto con la CEDU in quanto in contraddizione con la disciplina italiana sull'aborto e il diritto ad avere un figlio sano⁵¹; mentre nell'ordinamento italiano si è sempre e solo parlato di interruzione volontaria di gravidanza al fine di tutelare la salute, fisica e psichica, della donna⁵². Ciascun giudice e ciascuna corte, a seconda della *sua* pre-comprensione del caso, del *suo* modello valoriale di riferimento, della *sua* interpretazione della Costituzione e delle carte costituzionali, ha, insomma, offerto soluzioni diverse, quando non opposte, ai medesimi casi. Questa incertezza, questa potenziale disuguaglianza di risulta, più di ogni altra cosa, pare inquietante.

Si dirà: la molteplicità delle interpretazioni ricavabili da un testo in ragione dei casi che interrogano il diritto non ha nulla di inquietante; è un dato ineliminabile – anzi qualificante – del diritto, pura ingenuità denunciarlo o farsi da esso impressionare. La replica è corretta, senonché parlare di "interpretazioni" vuol dire parlare di significati che si traggono da testi. Se il testo viene giudicato superfluo, ignorato, disconosciuto, da dove si traggono le interpretazioni?

Si risponderà: dai testi costituzionali; inutile e superfluo è solo il testo legislativo, strutturalmente inadeguato. I giudici e le corti sapranno trarre tutto ciò che serve per disciplinare i casi più controver-

⁴⁴ Nello stesso senso, A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, XVI.

⁴⁵ Tribunale di Catania, 3 maggio 2004.

⁴⁶ TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398; Tribunale Firenze, 12 luglio 2008; Tribunale Firenze, 26 agosto 2008, che sollevano la questione di legittimità costituzionale che la Corte costituzionale decide con sentenza n. 151/2009.

⁴⁷ Tribunale di Salerno, 9 gennaio 2010; Tribunale Roma, 26 settembre 2013.

⁴⁸ Tribunale di Roma, 15 gennaio 2014; Tribunale di Roma, 28 febbraio 2014.

⁴⁹ Corte costituzionale, ord. n. 369/2006.

⁵⁰ Corte costituzionale, sentt. nn. 151/2009; 162/2014.

⁵¹ Corte EDU, 8 agosto 2012, *Costa et Pavan vs. Italia*.

⁵² Corte costituzionale, sentt. nn. 27/1975; 25/1997; l. 194/1978.

si dai soli testi costituzionali: la Costituzione, la Convenzione EEDU, la Carta dei diritti dell'Unione Europea. Null'altro di intermedio occorre.

I testi costituzionali. Ma sulle questioni eticamente controverse che riguardano i diritti di ultima generazione i testi costituzionali non dicono: si tratta di "diritti senza costituzione"⁵³. E non solo perché non furono, *ratione temporis*, nella mente dei costituenti, ma anche perché la nostra è una Costituzione tollerante, temperata, non totale⁵⁴, che lascia convivere le une accanto alle altre le diverse possibilità insite nel pluralismo democratico, riconoscendo molteplici principi senza costringerli in un rigido inquadramento gerarchico. Diritto alla vita, tutela della salute, libertà personale, autodeterminazione, rispetto della dignità umana, uguaglianza, solidarietà vengono tutti chiamati in causa nelle questioni bioetiche (il classico richiamo, come in un'endiadi, agli articoli 2, 3, 13, 32 della Costituzione); ma naturalmente come essi vengono interpretati (cos'è "vita", cos'è "dignità", cosa è "uguaglianza (ragionevole)", e cosa "solidarietà", fin dove arriva la "libertà"...) e come vengono ponderati dipende in ultima analisi – salvo i "nuclei duri" di significato e di tutela che non possono essere messi in discussione e sono pertanto indecidibili – da scelte discrezionali; dunque da "decisioni".

La questione che storie come quella della PMA pongono con urgenza è questa: chi è legittimato ad assumere le decisioni? È giusto che scelte politiche fondamentali in materia di questioni eticamente controverse, sulle quali si registra una spaccatura netta all'interno della società e delle società, vengano assunte, pur in assenza di indicazioni univoche ricavabili dai testi costituzionali, da giudici o da corti, e non dal legislatore democraticamente eletto?

La questione – certo non nuova - è complessa, soprattutto in presenza di "cattive leggi", come in buona parte è la legge 40/2004. Quando un diritto costituzionale è totalmente sacrificato a vantaggio esclusivo di un altro (il diritto alla salute della donna vs il diritto allo sviluppo e alla vita dell'embrione) non è in discussione l'opportunità del bilanciamento posto in essere dal legislatore, ma l'assenza di bilanciamento, che la nostra Costituzione sicuramente non tollera. In questi casi, l'intervento correttore dei giudici e delle corti non è solo opportuno e auspicabile, ma anche necessario.

Ma quando un (preteso) diritto non è (chiaramente, pacificamente) tra quelli tutelati dalla Costituzione (come il "diritto ad avere un figlio", anche con patrimonio genetico altrui; come il "diritto ad avere un figlio sano", sganciato dal diritto alla tutela della salute della madre), allora l'intervento di giudici e corti teso a sostituire alla decisione politica assunta dal legislatore un'altra decisione, altrettanto politica in quanto non costituzionalmente imposta, è assai più discutibile.

Cosa renda preferibile la decisione politica del legislatore rispetto alla decisione politica di giudici e corti laddove la Costituzione non dice, è evidente: solo rispetto alla prima chi discute e sceglie sono i rappresentanti dei cittadini, persone cioè, che - pur nell'assenza del vincolo di mandato - hanno ricevuto il voto dai cittadini in ragione di valori e progetti politici di cui si dichiarano portatori; il dibattito che si svolge in parlamento è pubblico, controllabile, valutabile, ad esso prendono parte tutti i rap-

⁵³ M. DOGLIANI, *Introduzione*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, 2012, 1 ss.

⁵⁴ Sul punto, V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 15; C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2008, 254 ss.

presentanti dei cittadini, sia quelli che concorrono alla maggioranza di governo che quelli che sono rimasti in minoranza all'opposizione; la pubblicità del processo di formazione fa sì che chi ha assunto la decisione sia politicamente responsabile di fronte ai suoi elettori; le decisioni assunte sono generali e astratte e, se le leggi sono ben redatte, non pongono in discussione la certezza del diritto.

Per almeno tutte queste ragioni, alla marginalizzazione della politica nell'assunzione delle decisioni politiche fondamentali, pur nella sua innegabile crisi, non ci si dovrebbe rassegnare. Ma, certo, affinché non venga marginalizzato, il legislatore dovrebbe diventare "buon legislatore", non potendosi negare che buona parte della responsabilità per la crescita di libertà creativa dei giudici sia da imputarsi alla cattiva qualità delle leggi.

In un contesto come quello dell'età della tecnica, "buon legislatore" è quello che non si sottrae al dovere di dettare una disciplina sulle questioni eticamente controverse, ma sa farlo rimanendo in equilibrio lungo il sottile crinale che gli è imposto dal rispetto di Costituzione, scienza, coscienza e corpo: *Costituzione*, perché il buon legislatore non deve essere affannato e sordinato segugio del novitismo scientifico, prono all'imperativo categorico per il quale «tutto ciò che è tecnicamente possibile fare va fatto e deve divenire diritto», ma deve sapere opporre al potere tecnologico i confini fissati dalla Costituzione a difesa dei diritti e della dignità dell'uomo; *scienza*, perché il buon legislatore, salvaguardato il nucleo intangibile dei diritti costituzionali, deve conoscere e rispettare anche i limiti che la scienza pone all'esercizio della sua discrezionalità politica nelle materie che toccano il corpo dei cittadini, non potendo in questi campi prescindere dalle conoscenze scientifiche e dalle evidenze sperimentali acquisite; *coscienza*, perché il buon legislatore, soprattutto sulle materie eticamente controverse sulle quali la Costituzione non dice, deve saper assicurare a ciascuno spazi di libertà morale che gli consentano di agire in conformità alla propria coscienza, ricorrendo di preferenza a modalità deontiche deboli (permesso/facoltà), piuttosto che a quelle forti (obbligo/divieto); infine *corpo*, perché il buon legislatore, soprattutto sulle questioni in materia di bioetica, sa che il rispetto della coscienza dei cittadini si riflette nel rispetto del loro corpo e che, viceversa, l'imposizione per legge di un'opzione etica si può tradurre in coercizione non solo della libertà morale dei cittadini che non la condividono, ma anche della loro libertà personale, costringendoli a subire nel corpo pratiche o situazioni da loro percepite come crudeli e degradanti.

Alla luce della narrata storia giuridica della PMA, non si può dire che il legislatore italiano sia stato un "buon legislatore". Ma neppure i giudici, né comuni né costituzionali, sono stati sempre "buoni giudici". La morale che si potrebbe trarre da questa storia potrebbe essere nel senso di indurre a un impegno diffuso di tutti gli operatori del diritto – legislatore, giudici, corti, comunità scientifica – per la ricostruzione di un modello culturale collaborativo e non combattivo del diritto, in cui vi sia compenetrazione e non antagonismo tra le parti che concorrono alla sua vita, *gubernaculum* come *iurisdictio*, evitando qualsiasi rassegnazione all'esistente, qualsiasi marginalizzazione degli elementi "in crisi", nella consapevolezza che la crisi di un elemento – il *gubernaculum* – non giova all'intero, ma anzi presto riverbera negativamente anche sul secondo – la *iurisdictio* – e sull'intero sistema, nonché, sicuramente, sulla tutela dei diritti costituzionali, quale che sia la generazione alla quale appartengono.