

ANDREA PATRONI GRIFFI

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

Sommario: 1. Bilanciamenti, giudizio di ragionevolezza e questioni di inizio vita - 2. Fecondazione assistita e legislatore «irragionevole» - 2.1 Il divieto legislativo di analisi preimpianto dinanzi ai giudici costituzionale ed europeo - 2.2 La tutela irragionevole dell'embrione censurata dalla Corte costituzionale - 2.3 Neppure il divieto di fecondazione eterologa rientra nella discrezionalità del legislatore - 3. Fecondazione assistita tra giudici e scelte ragionevoli del legislatore nello Stato pluralista

1. 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.

La discrezionalità è ampia, ma il legislatore non si muove in un indifferente costituzionale, ponendo la Costituzione limiti al campo delle legittime scelte legislative¹, come più volte il giudice delle leggi ha dimostrato.

Invero, dopo un'iniziale più cauta giurisprudenza, il giudice delle leggi, soprattutto da ultimo con la sentenza n. 162/2014, che fa cadere il generale divieto legislativo di fecondazione eterologa, giunge a lambire i confini stessi del sindacato di legittimità, sul piano di un ampio controllo della ragionevolezza. Senza dimenticare, sul piano sovranazionale, i limiti posti indirettamente allo stesso legislatore a tutela dei diritti dalla Corte di Strasburgo, come emblematicamente comprovato, in tema di inizio vita, nella sentenza Costa-Pavan.

Tali decisioni, peraltro, come si vedrà, nel confrontarsi con la ragionevolezza delle scelte legislative, poste nella diversità complementare dei piani multilivello, costituzionale e convenzionale europeo, sembrano richiamare la centralità, nell'opera di necessario bilanciamento, di un diritto all'autodeterminazione, che quasi diviene «autonomo», rispetto allo spazio di esercizio degli stessi diritti costituzionali enumerati.

1 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, Torino 2000, I ss.

La bioetica in generale e, in particolare, la disciplina dell'inizio vita emergono sul piano degli istituti più classici del confronto tra diritto e politica: il bilanciamento tra i diritti e le libertà, i limiti all'esercizio degli stessi, lo scrutinio di ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore. In tal senso, nella «ricerca di un bilanciamento»² vi è la principale soluzione alle questioni giuridiche poste dalle bioetiche.

Il tema del bilanciamento, con la connessa, necessaria ragionevolezza degli esiti dello stesso, così come filtrati dal legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità, emerge in modo emblematico nelle questioni di inizio vita relative, in particolare, alla fecondazione assistita, in significativa giurisprudenza della Corte costituzionale. Il bilanciamento ed il conseguente giudizio sulla ragionevolezza delle scelte legislative si pongono, in sostanza, quale problematica cartina di tornasole ed osservatorio privilegiato dello spazio rimesso alle decisioni della politica e, di conseguenza, al «possibile» contenuto di una tale disciplina, soprattutto quando essa disponga *ragionevoli* limiti e divieti di accesso alla tecnica della fecondazione assistita.

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. Non vi è dubbio infatti che, 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, quasi ideologiche «scelte di campo»³, diventa dominante il ruolo di ultimo custode svolto, in definitiva, dal giudice delle leggi⁴. Altrettanto indubbiamente va scongiurato il rischio di un «giudice legiferante»⁵.

2 *Percorsi tra bioetica e diritto: alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi, P. Giustiniani, Torino 2010.

3 Laddove si pone quale incompatibile con l'ordinamento pluralista qualsiasi «ritorno a forme di monolitismo etico». S. RODOTÀ, *Introduzione*, in *Questioni di bioetica*, Bari, 1997, VIII. 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, Torino 2005, 22.

4 Ma anche dalle Corti sovranzionali, 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 costituzionale sia nella loro capacità di applicare direttamente le norme costituzionali, in assenza di *interpositio legislatoris*. 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.

5 Per riprendere l'efficace immagine, espressione in 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.

Il sindacato sulla ragionevolezza⁶ si pone come particolarmente delicato, e da effettuare con un certo *self restraint* da parte della stessa Corte costituzionale. Tale controllo consente alla Corte di svolgere il proprio ruolo di custode della Costituzione e di porre freno all'arbitrio della politica, quando si sviluppa nel rigoroso ricorso alle tecniche di verifica e agli strumenti di sindacato di cui la Corte nel tempo si è dotata⁷.

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 vita⁸, di fronte a libertà e interessi, che hanno, per definizione, sicuro ancoraggio costituzionale in entrambi i termini del bilanciamento.

In tale ambito, il ricorso alla tecnica del giudizio sulla ragionevolezza, che si erge ormai a principio autonomo⁹, se non praticato con assoluto rigore, rischia di potersi tradurre nella mera sostituzione dell'arbitrio del legislatore con quello dello stesso giudice delle leggi, che così andrebbe, in concreto, ad effettuare indebite valutazioni di tipo politico¹⁰. In particolare, nelle questioni della bioetica, che si caratterizzano proprio dall'investire temi eticamente e politicamente assai sensibili, merita grande attenzione l'uso di tale canone di vaglio della ragionevolezza, anzi *rectius*, come la Corte talora sottolinea, del carattere «non irragionevole» della scelta legislativa, laddove vi sia una

6 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.

7 G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, *passim*.

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

9 Ormai 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. di recente M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, su cortecostituzionale.it, 2013.

10 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, nell'assolvere l'alto compito di controllo di costituzionalità delle leggi, e che si muove ancora su di un piano di legittimità del sindacato, sia pure quasi ai confini del merito delle scelte normative. Potenzialità e rischi di tale importante strumento emergono negli Atti del seminario svoltosi al Palazzo della Consulta, Roma 13 e 14 ottobre 1992, pubblicati in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Milano 1994.

eccessiva, non equa, sproporzionata compromissione di uno dei termini – diritto, interesse, principio costituzionale – del bilanciamento¹¹.

Il giudice delle leggi dovrà intervenire per ricondurre a Costituzione una tale illegittima compromissione, operando necessariamente sul fondamentale, ma «scivoloso» piano del sindacato di ragionevolezza. Mentre è evidente che un tale sindacato, che tocca l'esito del bilanciamento tracciato dalla politica nella scelta legislativa – se è consentito il gioco di parole – deve essere ancor più ragionevole. Sarebbe inconcepibile, infatti, sostituire l'irragionevolezza di una scelta politica con altra operata dalla Corte. Si determinerebbe, in tal caso, un'ancor più grave lesione dell'ordinamento costituzionale, laddove, per sciagurata ipotesi, il giudice delle leggi andasse a censurare la legge per sostituire a quella politica una propria scelta arbitraria, altrettanto politica, che si rilevarebbe esiziale per lo stesso sistema delle garanzie costituzionali, che la Carta fondamentale ha voluto imperniata, ad effettiva tutela del suo carattere rigido, su di un organo costituzionale «giudice» – di legittimità e mai di merito – delle legge¹².

La Corte costituzionale si dimostra tradizionalmente consapevole di un tale pericolo. Al riguardo, si può rilevare come, nel sindacato sulla ragionevolezza¹³, nella maggior parte dei casi, la Corte vada a richiamare la necessità del ragionevole bilanciamento, quale forma di controllo «minimale», nel senso di dovere verificare che non sia compromesso nel suo minimo la posizione costituzionale coinvolta, sia esso diritto o interesse. Sicché, per tale via, la Consulta giunge a pronunciarsi molto 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, come tale intangibile da parte del giudice (di legittimità) delle leggi. Sino al punto che il giudice delle leggi si astiene dall'accogliere la questione anche se, per così dire, non è piaciuto il relativo esercizio della discrezionalità legislativa, come pure si desume da *obiter dictum*, che almeno implicitamente «critica» la scelta, pur non traducendosi in un dispositivo demolitorio della legge¹⁴.

11 La doppia negazione dell'espressione «non irragionevole» è utilizzata proprio, ad esempio, come si vedrà, nella sentenza n. 162/2014.

12 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.

13 Che pure talora nella giurisprudenza sembra ergersi a parametro, quasi quale autonomo principio costituzionale.

14 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

Il richiamo alla ragionevolezza, qui declinata spesso come «non irragionevolezza» della legge, è frequente quando la Corte si trova di fronte a questioni sensibili del dibattito politico, sui cui la Consulta non intende entrare. Eppure è proprio nella giurisprudenza in tema di fecondazione assistita che la Corte ormai ha abbandonato una tale forma di prudenza, sino ad arrivare, nella sentenza n. 162/2014, ad accogliere la questione di costituzionalità, pur avendo nella stessa espressamente ribadito che sarebbe bastata una disciplina legislativa «non irragionevole» ad impedire di sindacare l'esercizio della discrezionalità fatto dal legislatore.

Per comprendere sulla base di quali argomentazioni e a seguito di quale ricostruzione dei termini di bilanciamento, mediante il giudizio sulla ragionevolezza, la Corte arriva ad una tale decisione nel 2014 in tema di fecondazione eterologa, è utile ripercorrere la precedente, più significativa giurisprudenza, che aveva già condotto la Corte sostanzialmente a «riscrivere»¹⁵ la legge n. 40/2004 e a rifiutare, in sostanza, lo stesso impianto politico dell'originario testo normativo.

Il legislatore del 2004 in realtà aveva un importante, collaudato modello di riferimento per il bilanciamento nelle questioni di inizio vita, rappresentato dalla legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, dove pure si riuscì a realizzare un «ragionevole» assetto dei diritti coinvolti, che è riuscito a durare nel tempo nonostante la delicatezza e sensibilità politica del tema e a «reggere» così dinanzi alla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, come noto, aveva individuato i termini del legittimo bilanciamento, operato dal legislatore, nel diritto a proseguire il suo processo vitale¹⁶ di chi ancora non è nato e nel diritto alla vita e alla salute fisica e psichica della madre, che nelle forme, termini e limiti predisposti dal legislatore, può dunque legittimamente effettuare interruzione volontaria di gravidanza¹⁷, senza che, peraltro, per questo si possa

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».

15 «È la Corte Costituzionale a riscrivere la legge in modo laico» così, già D'AMICO, A. PUCCIO, *Laicità per tutti*, Milano, 2009, 20.

16 I. NICOTRA, «Vita» e sistema dei valori nella costituzione, Milano 1997, 122 ss. parla del «fondamento costituzionale del diritto "a nascere"».

17 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*, Torino 2000; P. VERONESI, *Il corpo e la Costi-*

configurare un “diritto all’aborto”¹⁸. Dunque, il diritto del feto a nascere può venire sacrificato nel bilanciamento con il diritto alla vita e con il diritto alla salute, nel suo ampio contenuto ricostruttivo sia sotto il profilo fisico e sia psichico, in una legge che individui casi, modalità e termini di legittimo ricorso all’interruzione volontaria della gravidanza. La legge n. 194/1978, lungi, in tal senso, 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.

Sul punto si è giustamente affermato come si possa e si debba parlare del nascituro come di un «soggetto potenziale o oggetto di una tutela ‘a geometria variabile’, dipendente dal suo grado di sviluppo e dal settore coinvolto»¹⁹. Il nascituro, infatti, è certa espressione 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.

È utile ricordare come lo stesso giudice delle leggi ha avuto più volte modo di riconoscere il nascituro non solo quale interesse degno di tutela, ma anche in relazione ad un diritto a proseguire il proprio processo di vita umana. Ma non per questo la Corte ha negato legittimità costituzionale alla legge che disciplina l’interruzione volontaria di gravidanza. Nella stessa storica sentenza n. 27/1975, anteriore all’adozione della legge 194, la Corte sottolineò, come noto, 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».

tuzione: concretezza dei «casi» e astrattezza della norma, 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, Torino 2006, 209 ss.

18 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».

19 Espressioni peraltro non di una dottrina collegata alla cosiddetta «bioetica cattolica», ma di C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino 2012, 40.

Nella sentenza n. 35/1997, nel giudizio di ammissibilità del referendum teso a liberalizzare il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza, la Corte argomenta nel senso 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 diverso della fecondazione assistita, la legge 40/2004 emerge comunque davanti alla Corte anche per la sua rilevanza nell'avere colmato un vuoto legislativo, contrario ad una minima tutela delle posizioni coinvolte.

La Corte, così, nel giudizio sull'ammissibilità della legge sulla fecondazione medicalmente assistita²⁰, si pronuncia per l'inammissibilità del referendum abrogativo totale della legge, alla luce della necessità costituzionale di avere comunque una disciplina in materia, anche a garanzia dello stesso concepito. La Corte, in tal senso, 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».

D'altro canto, anche con riferimento alla procreazione, già nella sentenza n. 347/1998, 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, la Corte costituzionale evidenziava la «necessità costituzionale di una legge in materia»²¹.

Successivamente all'adozione della legge n. 40/2004, nella sentenza n. 45/2005 con riferimento al proposto referendum, in continuità, si considera in tema di procreazione assistita «la normativa costituzionalmente necessaria», fermo restando l'esercizio di discrezionalità legislativa nella concreta disciplina non avendosi anche un contenuto costituzionalmente vincolato²².

20 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.

21 C. TRIPODINA, *Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Riv. BioDiritto*, n. 2/2014, 68.

22 «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, op. cit.*, 70.

Certo, la Corte richiama la necessità della disciplina, ai fini della pronuncia di inammissibilità del referendum abrogativo totale, ma è anche chiaro che 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 40²³. Giudizio di incostituzionalità che la Corte dappprincipio eviterà di dare, anche quando glie ne si presenterà l'occasione, per poi iniziare ad accogliere questioni sui profili di più eclatante irragionevole bilanciamento legislativo, sino a demolire lo stesso divieto generale di fecondazione eterologa, in cui pure era forse possibile, si vedrà, riconoscere il margine di apprezzamento rimesso al legislatore nel bilanciamento dei diritti e interessi contrapposti.

Naturalmente di qui il pericolo, già adombrato e che la Corte è ben consapevole di dover rifuggire, che alla valutazione discrezionale dell'organo legislativo, legittimato dal principio rappresentativo, in particolare dinanzi alla legge formale approvata dal Parlamento, vada a sostituirsi un'indebita valutazione di tipo politico ad opera della Consulta. Il giudice delle leggi deve restare – come è noto e ineludibile stante la natura della Corte – nell'alveo del giudizio di legittimità, senza indebolire la Costituzione formale e senza valutazioni che si traducano in un sindacato di merito, in cui si venga a censurare la legge sul piano dell'opportunità delle scelte operate, al di là di puntuali violazioni della Costituzione sia pure ricostruite con la tecnica del sindacato della ragionevolezza²⁴.

2. La legge n. 40/2004 ha l'indubbio merito, come la Corte rileva, e si è qui sopra ricordato, di ergersi a legge costituzionalmente necessaria e di riempire un vuoto legislativo sulle questioni di inizio vita, dove rilevano una pluralità di diritti e interessi costituzionali bisognevoli di tutela e di

23 «Non potendo venire in discussione la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale. Se l'an dell'intervento legislativo non appare quindi in discussione ma anzi necessario, il giudizio sul *quomodo* della regolamentazione viene lasciato aperto». 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, Padova 2009, 57 ss., spec. 75.

24 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.

bilanciamenti ragionevoli. Purtroppo, tale legislatore sceglie la strada, in alcuni casi, di porre limiti e divieti assoluti e generali che mal si conciliano con una «bioetica rispettosa dei valori costituzionali»²⁵ e con la necessità di non compromettere diritti fondamentali delle persone rispetto all'interesse costituzionale, pur costituzionalmente rilevante, di tutela del concepito.

2.1 Inizialmente, la Corte effettivamente «decide di non decidere»²⁶. Ciò in particolare con la nota e criticata ordinanza n. 369/2006²⁷ e su di un profilo fondamentale come il divieto generale di diagnosi preimpianto da parte di coppie fertili, ma affette da malattia genetica²⁸, disciplina la cui

-
- 25 Per usare 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 forumcostituzionale.it, 9 giugno 2005.
- 26 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 conseguenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, su Forumcostituzionale.it, 2006.
- 27 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.
- 28 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 psicofisica della donna», come rileva il Tribunale di Cagliari nell'ordinanza di remissione e riportato nell'ordinanza della Corte costituzionale.

ragionevolezza, come poi evidenzierà nel 2012 la Corte europea dei diritti dell'uomo, non può prescindere dagli esiti dei bilanciamenti già realizzati dal legislatore nella legge 194, se non mettendo a rischio la coerenza stessa dell'impianto interno all'ordinamento stesso²⁹.

La disciplina, *rectius* il divieto di analisi preimpianto pone importanti motivi di dubbio sulla ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore del 2004, tanto che comunque in sede giurisprudenziale comune si era elaborato «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»³⁰.

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 dal 1978, nel ragionevole bilanciamento tra contrapposti diritti e interessi, nella disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza. Come si ebbe modo di rilevare³¹, risultava evidente da subito 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»³².

29 Come si ebbe modo di sottolineare in A. PATRONI GRIFFI, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, cit., 2005, spec. 4 s. Per alcune considerazioni generali del rapporto tra legge 194 e legge 40 v. 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. Picciocchi, Padova 2009, 193 ss.

30 Individuando, «soluzioni interpretative per consentire la diagnosi preimpianto alle coppie sterili o infertili e tentativi creativi per consentirla anche alle coppie fertili». C. TRIPODINA, *Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 73.

31 Sia consentito ricordare, A. PATRONI GRIFFI, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, cit., 2005, 4.

32 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

In Italia, come dunque appariva da subito evidente, si determina la compresenza, nell'ordinamento, di una disciplina normativa che, nell'esercizio della discrezionalità del legislatore ha inteso porre una tutela massima dell'embrione creato in vitro nella legge n. 40/2004, soprattutto prima dell'opera di «riscrittura» operata dalla Corte, per poi abbassare, nei meccanismi già stabiliti nella legge n. 194/1978, e che hanno superato diversi vagli dinanzi alla Consulta, 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 tempo³³.

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, quando poi ha già stabilito un grado inferiore di tutela giuridica per quando sarà invece divenuto feto nel corpo della madre. Di qui la necessità, per ricondurre a coerenza le scelte del legislatore sull'inizio vita, di consentire indagini sull'embrione in caso di gravi malattie genetiche, incidendosi così, con un minore sacrificio dei beni tutelati, sul prosieguo di un processo vitale che si trova ancora ai suoi meri, incerti primordi.

Sono queste argomentazioni e questa strada che la Corte costituzionale avrebbe forse con sicurezza dovuto percorrere in quella criticata ordinanza di quasi *non liquet* del 2006, che invece spingono 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 «non vede come la tutela degli interessi menzionati dal Governo [italiano] si concili con la possibilità offerta ai ricorrenti di

primordi»; e sconsigliando, 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.*

33 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».

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»³⁴. 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»³⁵.

La Corte europea dei diritti dell'uomo così condanna, al di là di tutto il problematico seguito di tale sentenza³⁶, 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 Convenzione³⁷ e sul connesso rispetto del principio di autodeterminazione. 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 gravidanze³⁸.

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

35 Punto n. 64.

36 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 pronunzia del Tribunale di Roma, I sezione Civile, che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan*, su diritticomparati.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.

37 «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare».

38 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».

Il su rilevato «andamento irragionevolmente altalenante» sulla «tutela della vita umana» risulta andare a garantire, in modo illogico, nel bilanciamento interno all'ordinamento, lo stesso bene ed interesse costituzionale. L'embrione risulterebbe, in definitiva, maggiormente tutelato, quando si trova in vitro, prevedendosi lo stesso divieto di analisi pre-impianto, per poi essere tutelato in misura minore, quando ormai è stato impiantato ed è divenuto feto nel vivo materno, mediante possibilità di accedere all'interruzione volontaria della gravidanza nel rispetto della legge.

2.2. Il punto di svolta, in cui la Corte entra in modo forte sul vaglio della ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore nella legge 40, sia sotto il profilo della lesione del diritto alla salute sia mediante la violazione dell'articolo 3 della Costituzione, in quel rapporto almeno inizialmente fortemente sinallagmatico tra ragionevolezza ed eguaglianza³⁹, è rappresentato dalla sentenza 151/2009⁴⁰.

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, rientrando, almeno in parte, nel campo dell'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 analogo, 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.

39 Rapporto poi affievolito, operando la ragionevolezza ormai, come accennato, anche in modo autonomo.

40 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 forumcostituzionale.it, 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; 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, Milano 2010.

La Corte, al riguardo, sottolinea che l'individuazione di un limite, fisso per legge, comporta il rischio di una concreta lesione del diritto alla salute delle donne⁴¹, quando non si riconoscano ambiti di prudente, flessibile apprezzamento medico, che possa tenere in adeguato conto dell'individualità della persona⁴². L'esito di una tale riconduzione a Costituzione dei termini del bilanciamento non può che portare la Consulta, a rilevare 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 una sostanziale endiadi nel caso di specie. 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 rischio, come detto, di lesione del diritto fondamentale alla salute della donna⁴³.

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 uguaglianza, la Consulta sancisce, come visto, l'irragionevolezza della scelta del legislatore, lo stesso giudice delle leggi non ritiene invece incostituzionale «il principio della "stretta necessità" nella produzione di embrioni»⁴⁴, sia pure non predeterminato nel numero massimo di tre in modo rigido e assoluto.

41 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».

42 «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».

43 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».

44 C. TRIPODINA, *Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 73.

Resta quindi confermato il rilievo e ancoraggio costituzione della tutela dell'embrione umano. Anche se, nella concretezza dei bilanciamenti, sull'interesse alla tutela dell'embrione umano possono prevalere i diritti fondamentali delle persone, dovrebbe al pari ritenersi illegittima, nell'ottica del ragionevole bilanciamento, 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.

In tale ottica acquista particolare rilievo l'esame della sentenza n. 162/2004 in tema di fecondazione eterologa, la cui decisione nel senso dell'irragionevolezza del divieto legislativo non era tanto 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.

2.3. La Corte costituzionale, nella recente decisione che fa cadere il divieto generale, posto nella legge n. 40/2004, di ricorso alla tecnica della fecondazione eterologa⁴⁵, ricorre ancora una volta alle tecniche connesse al sindacato di ragionevolezza, che si risolve in un ulteriore intervento demolitorio della Corte su quel che ormai «resta» dell'impianto originario della legge 40.

45 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 Dirittifondamentali.it, 2014; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, su Confronticostituzionali.it, 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 Forumcostituzionale.it, 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 Forumcostituzionale.it, 2014; M. G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, su Contronticostituzionali.it; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al «dialogo» con la Corte Edu*, su Forumcostituzionale.it, 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; 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, Milano 2014.

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 delle scelte effettuate dal legislatore che pone in Italia un generale ed assoluto divieto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita eterologa⁴⁶.

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 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.

Il giudice delle leggi, nella sentenza n. 162, imposta la questione di costituzionalità, anche attraverso il richiamo di precedenti, sul piano del giudizio di ragionevolezza nelle questioni di inizio vita. In primo luogo, 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 per l'appunto suoi precedenti, sottolinea che «la procreazione medicalmente assistita coinvolge “plurime esigenze costituzionali”⁴⁷ e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono un “bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa”⁴⁸ 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»⁴⁹. 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

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

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

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

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

particolare in tali ambiti – sia sempre necessario operare, nell'esercizio della discrezionalità legislativa, scelte che realizzino ragionevoli bilanciamenti tra 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 riconosce, 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», vuole proprio indicare come la scelta tra le diverse opzioni politiche possibili, che costituisce l'esito del bilanciamento, è decisione interamente rimessa al legislatore. Su tale scelta la Corte, che non può mai essere giudice di merito non intende entrare. 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 coinvolte⁵⁰ a determinare l'esito del bilanciamento e la scelta finale della politica.

La doppia negazione insita nella formula della «non irragionevolezza» vuole indicare come la Corte vada a svolgere un controllo minimo su di un tale piano, a sottolineare, in tali 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 irragionevole⁵¹.

Non è un caso che, spesso, quando la Corte declina il controllo di ragionevolezza con la formula della doppia negazione, arriva poi a pronunciare una decisione di rigetto, ritenendo che comunque la scelta effettuata dal legislatore sia «non irragionevole». Ad esempio, nel «caso Ilva», in altra vicenda dove 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 emergen-

50 Di «partecipazione pluralistica alla definizione dei contenuti regolativi della volontà parlamentare» scrive P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Napoli 2007, spec. 173 e 182.

51 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*.

ziale ivi contenuto fondato sul piano della ragionevolezza e così rigettare la questione di costituzionalità⁵². È l'assenza di «manifesta irragionevolezza» a far rigettare la questione di costituzionalità.

Al di là delle peculiarità della sentenza sul «caso Ilva», quando la Corte nelle sue argomentazioni richiama una forma di sindacato sulla «non irragionevolezza», tendenzialmente lo fa per sottolineare la natura minimale del controllo ad essa rimesso attraverso tale canone, comunque attinente al piano di legittimità del sindacato svolto dal giudice delle leggi, e per «aprire» tendenzialmente ad una decisione di non ammissibilità o rigetto⁵³.

Non così nella sentenza n. 162/2014, dove il richiamo del necessario controllo della «non irragionevolezza» della scelta legislativa, da un lato, ed il ribadire, in linea con quanto visto nella sentenza n. 45/2005, la natura di «normativa costituzionalmente necessaria» in tema di fecondazione assistita, con riferimento poi allo specifico della fecondazione eterologa, dall'altro, sono propedeutici ad una decisione di accoglimento, che segna un ulteriore spazio di illegittimo esercizio della discrezionalità legislativa, pur in astratto riconosciuta al legislatore in materia, non potendosi certo qui delineare ambiti di *contenuti* costituzionalmente vincolati. Nonostante l'esercizio di discrezionalità in tema di fecondazione assistita non è preterminata nei suoi contenuti dai diritti fondamentali, ma risulta rimessa al ragionevole bilanciamento del legislatore, lo spazio concreto di azione di quest'ultimo trova un ulteriore importante limite nell'incostituzionalità del divieto, almeno come sancito dalla legge 40, di fecondazione eterologa.

L'opera di adeguamento della «controversa»⁵⁴ legge n. 40/2004, di cui sono stati da subito evidenti «ombre e luci»⁵⁵, alla Costituzione, da

52 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.

53 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, Napoli 1999.

54 *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. Celotto, N. Zanon, Milano 2004.

55 *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.

un lato, ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha qui l'ultimo passaggio cruciale, che pure suscita alcune questioni problematiche sull'espansione del controllo di ragionevolezza e sui termini del bilanciamento come ricostruiti dalla Corte. L'esito della decisione invero non appariva scontato.

In sintesi essenziale, 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».

Una decisione *tranchant*, e tutta risolta peraltro, sul piano dell'ordinamento costituzionale interno e dei relativi parametri. Mentre, in precedenza, la Corte⁵⁶ aveva restituito gli atti al giudice *a quo* in ragione della giurisprudenza Cedu⁵⁷, peraltro in una quasi rilevata «inversione tra pregiudiziale di costituzionalità e pregiudiziale di convenzionalità, a favore di quest'ultima». In tal senso la sostanziale irrilevanza delle norme convenzionali nel caso di specie in parte meraviglia e potrebbe condurre a formulare un giudizio a carico della Corte di «responsabile ritardo di una decisione nel merito che poteva essere presa già allora»⁵⁸. In effetti, la Cedu, che era stata ragione di remissione degli atti al giudice *a quo*, diviene in definitiva irrilevante, in quanto la questione è risolta ricorrendo ai parametri costituzionali.

Una decisione paradigmatica, per quanto maggiormente qui interessa, rispetto alla configurazione del canone di ragionevolezza quale tecnica decisionale, che in sostanza si erge a parametro autonomo, nel giudizio sulle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto leggi che disciplinano l'inizio vita. Giudizio, canone, tecnica quella della ragionevolezza, che configura un autonomo parametro, ma che pure necessita di un adeguato e rigoroso impianto motivazionale, quando si insinua nel crinale della qualificazione delle differenziazioni di disciplina operate dal legislatore, quali

56 Corte cost., ord. n. 150/2012.

57 V. Cedu, caso S.H e altri c. Austria, dove la Grande Camera aveva riformato la decisione di primo grado.

58 A. MORRONE, Ubi scientia ibi iura. *A prima lettura sull'eterologa*, su forumcostituzionale.it, 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».

irragionevolmente discriminatorie o piuttosto rientranti nella sfera di legittimo esercizio della discrezionalità legislativa.

Certo, la ragionevolezza 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.

Peraltro, in tal senso, la Corte accede qui ad un modello di famiglia, lontano dalla sua configurazione tradizionale, a cui risulta 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.

La Corte fonda l'irragionevolezza della scelta legislativa del divieto generale posto dalla legge di ricorrere alla fecondazione eterologa, da un lato, sul principio di autodeterminazione e sul diritto alla salute; parametri che vengono lesi, per l'irragionevole e quindi illegittimo bilanciamento che la legge ne fa rispetto a diritti e interessi contrastanti.

Il fatto che il divieto legislativo non sia «frutto di una scelta consolidata nel tempo»⁵⁹ 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»⁶⁰. Il principio di autodeterminazione si erge ad autonoma libertà fondamentale, sicché «le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono

59 Punto 5 del Considerato in diritto.

60 «...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.

essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare *altrimenti* interessi di pari rango»⁶¹.

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». Dunque, l'accesso alla tecnica di fecondazione assistita, mediante il ricorso ad un gamete esterno, rientra comunque nel contenuto della libera determinazione di procreare della coppia ad espressione della libertà di autodeterminazione della stessa.

Bisogna porre adeguata attenzione al passaggio, in cui si parla di «incoercibilità» dell'autodeterminazione⁶². 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 enumerato diritto alla maternità, ad avere figli in ogni modo e in ogni condizione. 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.

Inoltre, l'autodeterminazione nello spazio familiare, come fondamento dell'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, sembra quasi implicitamente presupporre – anche se la Corte invero espressamente lo nega⁶³ – una nozione di famiglia connessa alla presenza di figli.

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 psichico⁶⁴. 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

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

62 Sulla configurabilità dell'autodeterminazione come diritto costituzionale, cfr. tra gli altri S. MANGIAMELLI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, su Forumcostituzionale.it, 2009.

63 «La Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli» (considerato in diritto punto 6).

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

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».

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»⁶⁵.

Invero, nel configurare i termini generali del bilanciamento, poteva essere contenuto nella sentenza anche un riferimento 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, un interesse, che la Corte stessa riconosce, come visto, degno 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 coinvolti 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.

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 leso nei suoi vari

65 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 penalecontemporaneo.it (Diritto penale contemporaneo), 2014.

risvolti di razionalità⁶⁶, 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 riscontrare.

Decisamente più convincente è l'argomentazione che riguarda la lesione del principio di proporzionalità, in ragione del divieto assoluto e generale, posto dal legislatore.

La proporzionalità, per definizione, come sottolinea la Corte⁶⁷, 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 stesso⁶⁸.

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», sic-

66 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).

67 «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.

68 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, prescrive quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi». In tal senso, la Corte sembra sottolineare come il rapporto tra mezzi prescelti dal legislatore e obiettivo perseguito caratterizza il funzionamento del principio, *test* di proporzionalità, indipendentemente dal campo di applicazione dello stesso.

ché 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*».

In una analitica ricostruzione della *ratio* della legge n. 40, la finalità della «soluzione dei problemi riproduttivi» si accompagna, come noto ed ampiamente discusso, nello stesso articolo di apertura, al richiamo espresso del fine di tutela dei «diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Anche in questa parte della decisione della Corte, quando la ragionevolezza assume la veste concreta del *test* di proporzionalità, nella ricostruzione del rapporto tra gli strumenti (divieto assoluto 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 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 questione relativa alla natura del relativo «statuto»⁶⁹, costituisce esso stesso un ineludibile termine da tenere in adeguata considerazione nel bilanciamento, richiedendo sempre un'espressa e più larga considerazione nel delineare i termini del ragionevole bilanciamento, che pure lo può vedere soccombere, come detto, rispetto ad altri diritti ed interessi.

Volendo ricordare, infine, un ulteriore elemento di irrazionalità 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 portando alle estreme conseguenze un tale argomentare, l'incostituzionalità

69 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.

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. In tale situazione, l'autodeterminazione della coppia non può essere ragionevolmente limitata da altri interessi concorrenti. La Corte riduce però tali interessi concorrenti, in sostanza, solo a quelli della «persona nata dalla PMA di tipo eterologo», lesa nel suo diritto «a conoscere la propria identità genetica» o per il «rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale». Mentre andava forse considerato anche il dato che, nell'ambito della fecondazione eterologa, in cui 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, come visto, risulta comunque recessivo con i diritti di chi è già nato, non viene qui 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 non giustifica di per sé un divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di persone affette da sterilità o infertilità, ma di certo 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 dal semplice, generico richiamo all'autodeterminazione.

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 patologie⁷⁰. Ciò appare inevitabile, ma non per questo si traduce in una «carta bianca», come efficacemente rilevato⁷¹, rilasciata alla scienza, dovendo necessariamente risultare le relative pratiche ancorate nell'ordina-

70 A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, su forumcostituzionale.it, 2014.

71 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 forumcostituzionale.it, 2014.

mento, a partire dai valori costituzionali, dalla relativa normativa, anche deontologica, così come «vive» nelle interpretazioni dei giudici.

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

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 legge⁷².

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»⁷³. 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.

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 assistita⁷⁴, la vera questione centrale, in una «bioetica costituzionale», si pone sul piano del concreto

72 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, 2013, 13 ss.

73 G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, 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.).

74 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... affetti da patologie». Così, V. Baldini, *op. cit.*, 6 s.

bilanciamento delle forme e limiti di esercizio degli stessi⁷⁵, prima ancora che rispetto all'astratto riconoscimento degli stessi autonomi diritti.

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 mostra, in modo esemplare, proprio la sentenza n. 162/2014⁷⁶. Questo non deve tanto fare immaginare un nuovo e diverso canone di ragionevolezza della Corte, riempito di contenuti dalla ricerca scientifica. Non la scienza, ma la Corte resta anche in tema bioetico custode della ragionevolezza delle scelte legislative⁷⁷.

Di fronte al divieto generale di fecondazione eterologa in caso di infertilità o sterilità non vi è tanto la questione di un legislatore «ridotto quasi al silenzio»⁷⁸, 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.

Il legislatore è costituzionalmente obbligato non all'astensione, ma ad intervenire nelle questioni bioetiche, nell'assetto di una forma di Stato pluralista, in cui il pluralismo è principio supremo, che si erge a canone assiologico interpretativo degli altri principi e libertà sanciti dalla Costituzione. Il legislatore deve quindi rifuggire scelte troppo radicali che si esprimano ad esempio 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 pre-determinata in direzione di imporre una data visione valoriale, lesiva del

75 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, Torino 2004, 159 ss.

76 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 Forumcostituzionale.it, 2014. V. anche C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, su confronticostituzionali.eu, 2014.

77 Sul rapporto tra scienza e giurisprudenza nel dibattito bioetico, v. da ultimo le relazioni di R. BALDUZZI, C. CASONATO, L. CHIEFFI, S. PENASA, 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, Torino 2005.

78 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».

pluralismo e dello spazio di autodeterminazione 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 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, a partire dalla libertà personale della madre, dalla più generale libertà di autodeterminarsi nella sfera privata o dalla stessa libertà di ricerca scientifica.

La giurisprudenza della Corte, sia quando pienamente condivisibile come nella sentenza 159 sia quando più discutibile come nella sentenza n. 162⁷⁹, non nega spazi all'esercizio della discrezionalità legislativa, ma indica paletti per un ragionevole esercizio della stessa⁸⁰.

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.

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 naturalmente 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 coinvolti⁸¹, è anche vero che la possibilità di porre limiti e

79 Almeno nella ricostruzione *supra* elaborata.

80 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».

81 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».

fissare modalità e garanzie, nelle relative procedure, continuano a rientrare di certo 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 reimpianto 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 già nel 2005 e ribadisce nella sentenza n. 162/2014, l'assenza di una qualche disciplina, sia pure «a maglie larghe», che comunque assicuri temperamento 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 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. Si possono ricordare, al riguardo, in assenza della legge n. 40, le decisioni, anche contrastanti, adottate dai giudici civili in tema di maternità surrogata⁸² o fecondazione *post mortem*⁸³.

D'altro canto, la disciplina delle questioni bioetiche non può risolversi nella tipizzazione normativa di ogni possibile condotta al fine di consen-

82 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.

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

tire o vietare le infinite situazioni e condotte bioeticamente rilevanti⁸⁴. 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 bioetica⁸⁵.

La sede naturale dell'individuazione dinamica di tali «nuove frontiere del diritto»⁸⁶, 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 questione bioetica o lasciarla, al di fuori dell'espressa regolazione normativa, allo spazio di autodeterminazione della persona. Ma se è vero che le regole sulla vita si muovono «tra diritto e non diritto»⁸⁷, è anche vero, come sottolineato ed espresso dalla Corte⁸⁸, che una legge sull'inizio vita è costituzionalmente necessaria.

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 distinti⁸⁹. 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».

La politica 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

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

85 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, Napoli 2004.

86 *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, con *Introduzione* di P. Barcellona, 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 «politicalità 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'oltrappassamento della soglia dei desideri» (G. MARRAMAO, 73) e «proliferazione dei desideri» (F. CIARAMELLI, 81), nel quadro del tema di scenario dei limiti al contenuto del diritto (F. MODUGNO, 123).

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

88 V. *supra*.

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

maggioritario, che nella bioetica rischiano di ridursi a meri simulacri di democrazia, quando non rispettose dei principi fondamentali dell'ordinamento pluralista.

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 con l'inchiostro della Costituzione la legge illegittima, seppure approvata in Parlamento semmai a larga maggioranza⁹⁰. 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 parlamentare⁹¹, 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 giudici⁹².

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

90 Da tempo, viene rilevata in modo condiviso «la debolezza di un impianto affidato unicamente al principio di maggioranza». S. RODOTÀ, *Introduzione*, op. cit., XI.

91 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.

92 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 Osservatoriosullefonti.it, 2/2010, 6, spec. nt 29, che richiama in tal senso scritti di Rodotà, Chieffi, Perlingieri, Casonato, Rimoli, Veronesi, Gambino, Gianformaggio, Manfrellotti, Patroni Griffi.

maggioritarie»⁹³. La «costruzione del *consenso valoriale*»⁹⁴ 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 costituzionali, non si fa altro che rimettere il tutto ai giudici, non senza rischi e pericoli⁹⁵ anche nella sede del controllo di ragionevolezza.

93 S. Rodotà, riportato da C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino 2012, 156.

94 P. GIUSTINIANI, *Bioetica e laicità dello Stato*, in *Bioetica. Percorsi e incroci*, a cura di P. Favo, A. Staglianò, Napoli 2008, 122 ss., spec. 129.

95 Sino alcuni ad adombrare un «giudice legiferante». L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, cit., 10.