

## LEGGE N. 40/2004: L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SULLA NORMATIVA IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA\*.

di Alessandra Cautela\*\*

**Sommario.** 1. Premessa: oggetto d'indagine. 2. Gli interventi della Corte costituzionale: la pronuncia n. 151/2009. 3. L'eliminazione del divieto di fecondazione assistita eterologa: la sentenza n. 162/2014. 4. Il divieto di diagnosi genetica preimpianto: la pronuncia n. 96/2015. 5. La persistenza del divieto di donazione alla ricerca scientifica degli embrioni cd *soprannumerari*: la recente sentenza n. 84/2016. 6. Considerazioni conclusive.

106

### 1. Premessa: oggetto d'indagine.

Il 19 febbraio 2004 con l'emanazione della legge n. 40 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" è stata regolamentata, nell'ordinamento giuridico italiano, la complessa materia della P.M.A., ossia dell'insieme di tecniche create dalla scienza volte ad ovviare ai problemi di sterilità ed infertilità delle coppie, consentendo la riproduzione umana, attraverso un intervento *artificiale* sulla donna, al fine di determinare la gravidanza.

Tale legge ha rappresentato una delle normative più controverse e dibattute dell'ultimo decennio, come emerso dal lungo e faticoso *iter* attraverso il quale si è giunti alla sua definitiva approvazione, caratterizzato dal dibattito, se non proprio scontro, tra posizioni diverse e diversamente articolate al loro interno<sup>146</sup>, nonché dalle successive pronunce della Corte Costituzionale, che ha letteralmente "riscritto con l'inchiostro della Costituzione la legge n. 40/2004"<sup>147</sup>.

Appare evidente, infatti, che una legge in materia di procreazione medicalmente assistita vada a toccare temi nevralgici, che coinvolgono prima ancora che il diritto, la medicina, la

---

\* *Sottoposto a referaggio.*

\*\* Dottoressa Magistrale in Giurisprudenza, Università di Napoli Federico II – Avvocato.

<sup>146</sup> M. Abagnale, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, p. 2 ss.

<sup>147</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 3/2015, p. 1 ss.

bioetica, la religione e la politica, il rapporto tra il progresso scientifico e la sua regolamentazione giuridica, il tema della laicità dello Stato e del pluralismo etico ideologico, nonché della tutela penale e dei diritti e libertà fondamentali<sup>148</sup>.

L'impegno del legislatore italiano si è cristallizzato nei 18 articoli della legge 40, (integrata successivamente da una serie di atti non legislativi, linee guida e decreti ministeriali), dalla cui lettura è emerso con chiarezza come quest'ultimo, anziché procedere ad un ragionevole bilanciamento degli interessi di tutti i soggetti coinvolti, come sarebbe stato opportuno per una legge inerente questioni eticamente sensibili, abbia operato una scelta apodittica, di natura ideologica, fortemente influenzata dai condizionamenti provenienti dal mondo cattolico, tanto da indurre dottrina autorevole ad etichettare tale normativa come una *legge cattiva*, di natura confessionale, addirittura di stampo "medievale"<sup>149</sup>.

La legge 40, infatti, superando (o, meglio, ignorando) il complesso dibattito bioetico – tuttora vivo – sullo statuto ontologico, e, quindi, pregiuridico dell'embrione, ha individuato arbitrariamente nel concepimento il momento di inizio della vita umana, assicurando una prevalenza incondizionata al diritto alla vita dell'embrione, destinatario di una tutela rigida e non altrimenti bilanciabile, prevedendo una serie di divieti e limiti che ne hanno subito evidenziato la vocazione di normativa posta non a favore, ma contro la P.M.A.<sup>150</sup>.

In effetti, il compito che il legislatore doveva assolvere era oggettivamente grave ed arduo; infatti, come ogni legge chiamata a disciplinare questioni eticamente sensibili, anche quella sulla P.M.A. coinvolge delicatissime questioni in tema di libertà e diritti fondamentali della persona, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute della donna e della collettività, l'autonomia e la libertà delle coppie di realizzare se stesse attraverso una procreazione cosciente e responsabile<sup>151</sup>, il diritto alla ricerca scientifica, l'autonomia del medico nelle

---

<sup>148</sup> A. Manna, *La tutela penale della vita in fieri tra funzione promozionale e protezione dei beni giuridici*, in *Legisl. Pen.* 2005, p. 346.

<sup>149</sup> R. Bartolini, *La procreazione assistita è legge*, in *Guida al diritto*, 2004, p. 14. Sul punto anche E. Dolcini, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita* in *www.statoechiese.it Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2008, p. 49.

<sup>150</sup> P. Sanfilippo, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, p. 377 ss.

<sup>151</sup> Sulla configurabilità nel nostro ordinamento di un diritto a procreare, autorevole dottrina si è espressa in senso favorevole, ritenendo che tale diritto, oltre ad essere riconosciuto a livello internazionale, sia desumibile anche da principi espressi nella nostra Carta costituzionale; in particolare, secondo alcuni Autori, il diritto a procreare sarebbe riconducibile *in primis* all'art 2 Cost., nonché agli artt. 29, 30 31 Cost. In tema, si veda C. Forder, *La procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'uomo*, in *Pol. del dir.*, 1999, p. 31 ss; nonché G. Baldini, *Le nuove frontiere del diritto a procreare: jus generandi e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in G. Baldini e G. Cassano (a cura di), *Persona, biotecnologie e procreazione*, 2002, p. 8 ss. In senso favorevole a tale orientamento dottrinale si è posta parte della giurisprudenza di merito (ord. 9

scelte terapeutiche e altri ancora<sup>152</sup>, i quali, nel loro complesso, necessitano (o meglio, avrebbero necessitato) di un bilanciamento in grado di assicurare, ad ognuno di essi, un livello minimo di tutela legislativa<sup>153</sup>.

Tuttavia, il Parlamento, anziché delineare una normativa flessibile, razionale, frutto di una mediazione tra le varie posizioni in campo, che aiutasse i consociati nell'adozione di scelte inerenti la vita privata e familiare, ha aderito a precise opzioni etiche e morali, finendo, nei fatti, per scegliere in luogo dei cittadini<sup>154</sup> e per vincolarli ad assunti alquanto discutibili, vanificando di fatto il principio di laicità dello Stato e del pluralismo di valori.

La legge 40, sulla base di scelte ideologiche di fondo, volte a tutelare prioritariamente la vita *in fieri*, ha introdotto una disciplina che, più che bilanciare i differenti diritti e i valori in gioco, li ha gerarchizzati, in totale dispregio ai principi fondamentali dello Stato di diritto, quali la garanzia del pluralismo ideologico e la neutralità assiologica del diritto<sup>155</sup>; in nome della tutela della vita dell'embrione, ha considerato come *recessivi* gli ulteriori interessi costituzionalmente rilevanti potenzialmente in conflitto in materia di fecondazione assistita, delineando una normativa tutta imperniata sull'esaltazione della naturalità della procreazione, inadeguata ad adattarsi alle esigenze della realtà sociale e a perseguire quelle stesse finalità per le quali risultava essere stata emanata<sup>156</sup>. Ed, infatti, la

---

maggio 2000 del Tribunale di Bologna, il quale ha sostenuto che «il diritto a procreare deve essere considerato un diritto fondamentale, espressione della libertà ed autonomia della persona, costituzionalmente garantito come può desumersi dal combinato disposto degli artt. 2, 29, 30 31 Cost.» oppure l'ord. del 17 febbraio 2000 del Tribunale di Roma, il quale ha definito la procreazione «anche come diritto fondamentale della persona a dare la vita e trasmettere il proprio patrimonio genetico ad un altro essere umano»).

<sup>152</sup> P. Veronesi, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla prova dei giudici e della Corte Costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2004, p. 540 ss.

<sup>153</sup> L. Varrone, *I correttivi alla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2015, p. 3.

<sup>154</sup> A. Sessa, *Dalla bioetica al diritto: irrazionalità e simbolismo di un provvedimento legislativo emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 914.

<sup>155</sup> A. Manna, *La tutela penale della vita in fieri tra funzione promozionale e protezione dei beni giuridici*, cit., p. 346.

<sup>156</sup> Eppure, ai fini dell'effettuazione di un corretto bilanciamento degli interessi in gioco in materia di P.M.A., il legislatore del 2004 avrebbe potuto avvalersi, come modello di riferimento, della composizione degli interessi effettuata con la l. 194/1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza, la quale, lungi dal riconoscere un diritto all'aborto, ha sancito la facoltà della donna di poter interrompere volontariamente la gravidanza, in presenza di determinate condizioni, contemperando il diritto alla vita del nascituro con quello della tutela della salute psicofisica della futura madre; sul punto Cfr. A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p. 5 ss. Sull'eventuale conflitto tra il diritto alla vita del concepito e alla tutela della salute della donna, poi, la Corte costituzionale si era già espressa con la storica sentenza n. 27/1975, pronunciata anteriormente alla promulgazione della l. 194/1978. In tale pronuncia la Consulta aveva rilevato come non esistesse «equivalenza tra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute propria 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

legge 40, già all'indomani della sua entrata in vigore, ha continuato a suscitare un ampio dibattito<sup>157</sup>, evidenziando molteplici profili di incompatibilità con la Carta costituzionale su punti cruciali<sup>158</sup>.

Nonostante l'art. 1 della legge assicuri in astratto la tutela dei «diritti di tutti i soggetti coinvolti», volendo «favorire la soluzione dei problemi procreativi derivanti dalla sterilità e infertilità umana», l'impostazione restrittiva della normativa, nonché la contraddittorietà rispetto alla sua stessa *ratio*, è emersa subito con evidenza dalla lettura dei commi e degli articoli successivi. *In primis*, già il comma 2 dell'art. 1, ha posto l'attenzione su un aspetto particolare, qualificando la fecondazione artificiale come l'ultima soluzione riproduttiva, praticabile «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» e, per la precisione, «solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive alla procreazione» (art. 4, comma 1)<sup>159</sup>.

Il legislatore, quindi, tra le varie e possibili terapie contro la sterilità e/o l'infertilità ha determinato le priorità d'intervento secondo un criterio di gradualità, partendo dalle soluzioni più semplici a quelle più complesse, da quelle meno alle più invasive ed onerose, prevedendo solo come *extrema ratio* il ricorso alla pratica effettivamente più efficace ai fini della procreazione<sup>160</sup>. Tale ordine è frutto di una chiara scelta ideologica, di matrice confessionale, effettuata a priori dal legislatore nel dettare la disciplina in materia di PMA, volta a conferire valore primario all'atto della procreazione naturale, con conseguente contrarietà alle tecniche di fecondazione assistita.

La contraddizione della legge 40, quindi, è stata quella di assoggettare l'accesso alle

---

non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione». Secondo il *dictum* del giudice delle leggi, allorché tali diritti, tutti di fondamento costituzionale, vengano esposti contemporaneamente a pericolo, un bilanciamento razionale si trova «nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, per quanto possibile la vita del feto».

<sup>157</sup> Che la legge sulla P.M.A non abbia suscitato ampi consensi è dimostrato dal confronto sorto, sia al di fuori, che all'interno delle aule parlamentari, subito dopo la sua approvazione, tanto da determinare la presentazione di numerosi progetti di modifica della legge, (quale ad esempio il progetto di legge 3022 presentato il 6 luglio 2004, che consentiva l'accesso alla PMA anche alle coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche), nonché la presentazione di ben cinque quesiti referendari, di cui quattro per l'abrogazione di alcuni articoli che disciplinavano i punti più controversi della legge e uno per l'abrogazione dell'intera normativa, dichiarato inammissibile con la sentenza della Consulta n. 45 del 2005, di cui si dirà in prosieguo.

<sup>158</sup> E. Dolcini, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione medicalmente assistita*, in *Il Corr. del mer.*, 2007, p. 1425 ss.

<sup>159</sup> Anche altre norme complementari hanno insistito su tale punto, essendo volte a prevenire il ricorso alla P.M.A. tramite «interventi contro la sterilità e infertilità» o a disincentivarlo, prevedendo l'obbligo di prospettare ai coniugi la possibilità (preferita dal legislatore) dell'adozione o dell'affidamento «come alternativa alla procreazione medicalmente assistita» (art. 6, co. 1).

<sup>160</sup> G. Fattori, *Il rovesciamento delle norme della procreazione assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contro maggioritario*, in *Quad. di dir. e pol. eccl.*, n. 1/2015, p. 147 ss.

tecniche di PMA, in concreto, a stringenti limiti oggettivi e soggettivi.

Invero, in nome del valore della procreazione naturale, l'art. 4, 1 comma, ha escluso l'accesso a tali tecniche alle coppie non infertili o sterili in senso tecnico, ammettendola solo «in casi di sterilità e infertilità documentate da atto medico o la cui causa sia accertata e certificata da atto medico».

La legge, quindi, ha escluso dal suo ambito di applicazione quelle coppie che, pur non essendo sterili o infertili, fossero portatrici di malattie a trasmissione genetica.

Tale limite è apparso sin da subito ambiguo e contraddittorio, in quanto fortemente lesivo sia per gli aspiranti genitori, che per lo stesso concepito; infatti, in tali casi, la richiesta di accesso alla fecondazione assistita risulterebbe essere funzionale non già al superamento di cause ostative alla procreazione naturale, ma alla possibilità di verificare, tramite esami preimpianto, l'eventuale trasmissione agli embrioni creati *in vitro* della malattia di cui sono affetti o portatori sani i genitori<sup>161</sup>. Limitando l'accesso alle tecniche di procreazione assistita alle sole coppie sterili e/o infertili, la norma *de qua* è apparsa in palese contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., poiché determinante una disparità di trattamento tra le coppie *doppiamente sfortunate*, in quanto portatrici di malattie genetiche nonché sterili, alle quali è stato consentito l'accesso alle tecniche di PMA, rispetto a quelli fertili, affette da patologie geneticamente trasmissibili ai propri figli, a cui, invece, tale accesso, per le medesime finalità, è stato negato.

Tale punto ha evidenziato anche un ulteriore aspetto problematico della normativa *de qua*, che sarà oggetto di apposita trattazione in prosieguo, inerente l'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto (PGD)<sup>162</sup>. Invero, il limite sancito nelle linee guida ministeriali, approvate nel 2004, volto a consentire l'indagine sullo stato di salute dell'embrione solo se

<sup>161</sup> M.P. Iadicicco, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2015, p. 325 ss.

<sup>162</sup> Sul punto si precisa che non essendo stata prevista nella l. 40/2004 una disposizione che espressamente vietasse tale accertamento diagnostico, all'indomani della sua emanazione, sia la dottrina che la giurisprudenza si sono interrogate sulla sua ammissibilità. Tra le varie pronunce, si ricorda quella del Tribunale Catania (ord. 3 maggio 2004 in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2005, p. 75), il quale ha rigettato il ricorso proposto da una coppia di coniugi con problemi di fertilità e portatori di beta-talassemia, avverso il rifiuto del medico di effettuare la P.G.D. sugli embrioni eventualmente formati, ritenendo la richiesta avanzata dalle parti del tutto *contra legem*, non ravvisando spazio per le censure di illegittimità costituzionale. In senso opposto, invece, l'ordinanza del Tribunale di Cagliari del 16 luglio 2005 la quale, pur confermando l'orientamento giurisprudenziale in merito all'art. 13 comma 2 e affermando che il divieto di PGD si desuma anche dalla disciplina complessiva in materia di P.M.A., ha sollevato per la prima volta la questione di legittimità costituzionale di tale articolo con riguardo agli artt. 2, 3, 32 Cost. (Trib. Cagliari ord. 16 luglio 2005 n. 2026 in *Foro.it* 2005, 2876).

“di tipo osservazionale”<sup>163</sup>, è apparso subito in palese contrasto con quanto sancito, invece, nella legge n. 194/1978 in materia di IVG, la quale, non solo prevede l’accesso alla diagnosi prenatale per le medesime finalità, ma anche la possibilità dell’aborto c.d. *terapeutico*, in presenza delle condizioni analiticamente indicate dalla norma. La scelta del legislatore del 2004, quindi, ha determinato una forte antinomia nel sistema legislativo italiano, consentendo paradossalmente alla donna di poter abortire il feto affetto da malattie genetiche, anche in stato di avanzata gravidanza, ma non di rifiutare l’impianto dell’embrione, la cui patologia potrebbe, peraltro, essere diagnosticata prima del trasferimento in utero. L’irragionevolezza del divieto normativo si è tradotta, quindi, in palese violazione del diritto all’autodeterminazione nonché alla salute della futura gestante, ma anche dello stesso nascituro, non garantito dalle scelte apodittiche del legislatore, poiché esposto comunque alla soluzione ben più drammatica dell’aborto, e quindi, della morte.

Ulteriore punto fortemente controverso della normativa, e strettamente connesso alle problematiche sollevate, è stato individuato nell’irrevocabilità del consenso del paziente dopo la fecondazione dell’ovocita, sancito dall’art. 6, comma 3: tale disposizione ha evidenziato profili di incompatibilità con l’art. 32 Cost.<sup>164</sup>, mettendo fortemente a repentaglio la salute psico-fisica della donna, alla quale viene imposto sostanzialmente un doppio trattamento terapeutico (prima di inoculamento, poi, di aborto), mostrandosi lesiva anche del principio regolativo del rapporto medico/paziente, espropriando quest’ultimo della possibilità di revocare l’assenso al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico-fisica<sup>165</sup>.

Anche il linguaggio utilizzato dal legislatore ha tradito il carattere fortemente restrittivo della legge 40, laddove, ad esempio, oltre a vietare espressamente qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano (art. 13, comma 1), «consente» soltanto, e

---

<sup>163</sup> Limite, poi, annullato per eccesso di potere dalla sentenza del TAR Lazio n. 398/2008, che si analizzerà in prosieguo.

<sup>164</sup> Sul punto autorevole dottrina ha fatto notare come la disposizione in esame sia contrastante anche con l’art. 5 della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina, che afferma il principio generale del consenso riguardo gli interventi sanitari e riconosce espressamente la libertà della persona interessata di ritirare in ogni momento il consenso prestato. Sul punto vedi A. Musumeci, *I referendum e la legge sulla procreazione medicalmente assistita. Note a margine su un dialogo (impossibile) tra Parlamento, Corte Costituzionale e corpo elettorale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), n. 2/2005, p. 13.

<sup>165</sup> Solo con l’approvazione delle Linee Guida 2004 si è cercato di attenuare tale profilo della disciplina, dichiarando «non coercibile» il trasferimento dell’embrione affetto da gravi e irreversibili malformazioni (sub. art. 13).

non prevede, «la ricerca clinica e sperimentale» sugli embrioni prodotti *in vitro*, peraltro, solo «a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative» (art. 13, comma 2).

Nell'acceso dibattito, ancora non sopito, inerente il complesso rapporto tra scienza, diritto e persona, ove molteplici sono le posizioni etico-culturali in campo, il legislatore, coerentemente con la scelta originaria, ma in contrasto con i principi di uno Stato di diritto, ha aderito alle posizioni di coloro che conferiscono *dignità umana* all'embrione, sulla scia di un mero giudizio di valore, escludendo del tutto che quest'ultimo possa essere considerato *oggetto di ricerca*. La tutela del diritto alla vita *in fieri*, ancora una volta, è risultata prevalente e non bilanciabile con ulteriori interessi pur costituzionalmente rilevanti, limitando, pertanto, quale naturale conseguenza, la ricerca sull'embrione unicamente ai fini dello sviluppo dello stesso, in totale violazione del diritto alla libertà della ricerca e del progresso scientifico, che pur rappresentano un aspetto fondamentale in un ordinamento democratico<sup>166</sup>, specialmente ove finalizzato alla tutela della salute individuale e collettiva.

Ed ancora, la logica assolutista che permea tutta la normativa si è evinta in maniera chiara anche dall'art. 14, il quale, nel suo complesso, ha rappresentato sin da subito una delle disposizioni più controverse in materia di PMA; la norma, infatti, introducendo un limite predeterminato al numero di embrioni da impiantare, ha evidenziato subito forti profili di criticità, delineando una disciplina discriminatoria, nonché lesiva del diritto alla salute psico/fisica della madre<sup>167</sup>.

La scelta del legislatore di tutelare incondizionatamente il diritto alla vita dell'embrione si è concretizzata, nei fatti, nell'adozione di una legislazione fortemente repressiva, come evidenziato dalla presenza di molteplici divieti e sanzioni di diversa natura (amministrative di tipo pecuniario, penali, detentive), elencati in parte nell'art. 12, rubricato per l'appunto

---

<sup>166</sup> Sul punto L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993.

<sup>167</sup> Tale norma, che ha dato avvio, nel 2009, al progetto di riscrittura giurisprudenziale della l. 40 ad opera della Corte, impone il trasferimento degli embrioni in utero tramite «un unico e contemporaneo impianto», limitando la produzione di embrioni *in vitro* al numero «strettamente necessario» a quel singolo impianto, e comunque non superiore a tre, disponendo coerentemente, al comma 1, il divieto di crioconservazione e soppressione degli embrioni; unica eccezione, quella sancita dal comma 3, il quale prevede, ove il trasferimento in utero non sia possibile «per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione», la possibilità di crioconservazione degli embrioni «fino alla data del trasferimento da realizzare non appena possibile».

«divieti e sanzioni»<sup>168</sup>.

La presenza di divieti, volti a tutelare la vita *in fieri*, alcuni dei quali penalmente sanzionati, è apparsa, tuttavia, frutto di una scelta repressiva, non rispettosa dei principi di uno Stato di diritto, ma anche dello stesso diritto penale, violando canoni fondamentali della scienza penalistica, quali il principio di tassatività, proporzionalità e di offensività; ed, infatti, come rilevato da molti studiosi, è risultata del tutto inadeguata la previsione di una sanzione di natura penale, in presenza di violazioni di meri precetti etici, che dovrebbe essere riservata unicamente ai casi di effettiva lesione o messa in pericolo di un bene giuridico socialmente e costituzionalmente rilevante<sup>169</sup>.

Ulteriore punto fortemente controverso della legge 40 è stato individuato nel divieto assoluto al ricorso di tecniche di P.M.A. di tipo eterologo, posto a tutela della genitorialità naturale e del diritto del figlio a conoscere la propria identità genetica, volto, in contrasto con le finalità della legge, a pregiudicare le coppie affette dalla patologia più grave, le quali, invece, necessiterebbero di ricorrere alla donazione di gameti provenienti da soggetti esterni alla coppia, al fine di realizzare il loro progetto genitoriale.

A fronte di un dato legislativo così sproporzionato, contraddittorio, generatore di risultati negativi e irragionevoli<sup>170</sup> è apparso inevitabile – nuovamente – l'intervento della giurisprudenza; non solo dei giudici comuni, di merito e di legittimità, ma soprattutto della Corte costituzionale, la quale, nel suo ruolo di custode e garante della Costituzione, ha provveduto a porre freno agli arbitri della politica, rendendo la disciplina sulla fecondazione assistita compatibile con un'idea di Costituzione preordinata all'inclusione dei conflitti sociali e non già alla loro aprioristica e unidirezionale soluzione<sup>171</sup>, eliminando

---

<sup>168</sup> Punto nevralgico della normativa il divieto assoluto di commercializzazione di gameti ed embrioni e di realizzazione di tecniche di surrogazione di maternità; pratiche considerate come reato e punite con la reclusione fino a due anni. L'art. 13 vieta, poi, al comma 3, ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti, nonché interventi di clonazione, prevedendo, anche in tali casi, nell'ipotesi di violazioni, la pena della reclusione.

<sup>169</sup> Ed, infatti, non si comprende quale diritto o libertà possa essere leso da un'attività naturale, quale quella della procreazione, a meno che non si voglia considerare come bene giuridicamente rilevante quello della procreazione naturale, il quale, però, non assurge a diritto costituzionalmente garantito. Sul punto, cfr. A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, p. 64.

<sup>170</sup> Il carattere fortemente restrittivo della legge, sicuramente tra quelle più repressive in Europa, ha determinato, secondo molti autori, un aumento rilevante dei flussi di *crossing borders*, ossia del cd. *turismo procreativo*, alla ricerca di contesti giuridici più permissivi; sul punto si veda G. Fattori, *Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme della procreazione assistita*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 1/2015, p. 147.

<sup>171</sup> M.P. Iadicicco, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2015, p. 325 ss.

(alcuni) dei punti più controversi della legge definita laconicamente tra “le più restrittive d’Europa”<sup>172</sup>.

## 2. Gli interventi della Corte costituzionale: la pronuncia n. 151/2009.

Il primo intervento demolitorio della legge sulla P.M.A. si è avuto nel 2009, con la sentenza n. 151 dell’8 maggio, con cui la Consulta, per la prima volta, si è pronunciata su una questione di legittimità costituzionale della legge n. 40/2004.

Infatti, su impulso del TAR Lazio (sent. 21 gennaio 2008) e del Tribunale di Firenze (ord. del 29 luglio 2008) si è giunti al giudizio di legittimità definito con la sentenza sopra menzionata, avente ad oggetto l’art. 14, II e III comma della legge 40<sup>173</sup>.

I Giudici remittenti ravvisavano l’incostituzionalità delle suddette disposizioni nel contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost, in quanto le stesse, imponendo il divieto di creazione di un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque non superiore a tre, e prevedendo la possibilità di crioconservazione solo nell’ipotesi di forza maggiore, relativo allo stato di salute delle donna, non realizzavano un adeguato bilanciamento tra la tutela dell’embrione, l’esigenza procreativa e il diritto alla tutela della salute della donna.

La Corte ha accolto parzialmente le censure mosse dai giudici *a quibus*, dichiarando l’incostituzionalità dell’art. 14, II e III comma, per violazione dell’art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di uguaglianza, nonché dell’art. 32 della Cost.

La Consulta, così decidendo, ha fatto cadere due dei limiti più stringenti e controversi all’accesso alle tecniche di P.M.A., incidendo profondamente sull’impianto dell’intera

---

<sup>172</sup> B. Ferraro, *Profili della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. della fam. pers.*, n. 1/2005, p. 252.

<sup>173</sup> A ben vedere, prima che la Corte desse vita, con tale sentenza, al progetto di riscrittura giurisprudenziale dell’impianto iniziale e dell’equilibrio dei valori sottesi alla legge sulla P.M.A., già precedentemente fu chiamata a pronunciarsi sull’eventuale incostituzionalità della l. 40/2004, in relazione alla questione dell’esclusione dalla diagnosi genetica preimpianto delle coppie fertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, sollevata dal Tribunale di Cagliari. In tale occasione, però, la Consulta *decise di non decidere*, pronunciando un *non liquet* (ord. n. 369/2006). La *non decisione* della Corte manifestava, in realtà, la volontà di non entrare nel merito di una questione particolarmente sentita dalla società civile, sulla quale, pertanto, sarebbe risultato estremamente difficile assumere una decisione non controversa. Sul punto A. Morelli, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all’illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (note a margine ord. n. 369/2006)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2006.

legge 40 e sull'equilibrio dei valori ad essa sottesi.

Con tale fondamentale decisione ha cominciato, così, ad affermarsi concretamente l'idea che la tutela dell'embrione non sia assoluta, ma che possa (o meglio, debba) essere limitata in relazione alla necessità di bilanciamento con ulteriori diritti costituzionalmente rilevanti, coinvolti nel delicato e complesso fenomeno della procreazione. La premessa da cui muove il ragionamento della Consulta si fonda sulla considerazione che sia la stessa legge 40 ad individuare un limite alla tutela dell'embrione, ove quest'ultima entri in conflitto con ulteriori interessi costituzionalmente rilevanti. Ed, infatti, ammettendo l'esistenza di embrioni che possono «non dare luogo ad una gravidanza», è lo stesso legislatore, ben consapevole della necessità di dover bilanciare l'interesse di tutti i soggetti coinvolti nel fenomeno procreativo, in ossequio allo spirito effettivo della legge, a consentire un affievolimento della tutela dell'embrione, al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza<sup>174</sup>.

La Corte, pertanto, partendo da tale premessa, è arrivata facilmente a trasformare un primo profilo essenziale e molto controverso della legge 40, realizzando un adeguato contemperamento degli interessi in gioco, in grado di bilanciare razionalmente l'interesse procreativo, la tutela del concepito, con l'altrettanto fondamentale diritto alla tutela della salute della donna, riconoscendo il giusto ruolo e valore alla scienza, nonché all'autonomia e alla responsabilità del medico nell'adozione di scelte professionali, non riconducibili alla discrezionalità legislativa<sup>175</sup>.

Nel censurare le scelte del legislatore del 2004, il giudice delle leggi ha ritenuto, *in primis*, che l'individuazione di un limite predeterminato per via legislativa del numero di embrioni da produrre possa determinare un serio pregiudizio per la salute della donna, disciplinando in maniera identica situazioni che, invece, possono essere molto differenti tra di loro; il risultato positivo della procreazione medicalmente assistita, infatti, dipende da molteplici fattori, inerenti le condizioni personali, l'età della donna che accede alle tecniche di P.M.A., nonché le caratteristiche degli embrioni da impiantare.

Secondo il ragionamento della Corte, quindi, la scelta degli embrioni da produrre ed

---

<sup>174</sup> Invero, ammettendo l'esistenza di embrioni che possano non dare luogo ad una gravidanza, appare evidente che la determinazione del numero massimo di embrioni impiantabili rappresenti un rischio per quest'ultimi. Cfr. S. Agosta, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte Cost., sent. 151/2009)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2009, p. 7 ss.

<sup>175</sup> M. Abagnale, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, cit., p. 11.

impiantare non può essere rimessa in via arbitraria al legislatore, trattandosi, invece, di valutazioni che attengono al campo dell'apprezzamento del medico.

Tali aspetti, infatti, non possono essere regolati aprioristicamente, attraverso la previsione di un limite assoluto e rigido, se non con palese violazione del canone della ragionevolezza e del principio di uguaglianza; l'imposizione di un limite fisso stabilito dal legislatore, ad avviso della Consulta, non può che determinare – illegittimamente – l'identica regolamentazione di situazioni differenti<sup>176</sup>, in contrasto con quanto statuito dall'art. 3 Cost., nonché con rischio di lesione del fondamentale diritto alla salute della donna ed anche dello stesso feto<sup>177</sup>.

Cancellando il limite posto dall'art. 14, 2 comma, la Consulta ha inteso restituire la giusta discrezionalità ed autonomia alla scienza, e conseguentemente al medico, unico «depositario del sapere tecnico», che con «il consenso del paziente», di volta in volta, valuta il numero di embrioni da impiantare idoneo ad «assicurare un serio tentativo di procreazione assistita riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto»<sup>178</sup>. Ribadendo la propria posizione sul ruolo da assegnare alla scienza medica rispetto al diritto<sup>179</sup>, la Corte ha posto l'accento «sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali che sono in continua evoluzione e su cui si fonda l'arte medica», ritenendo che la regola di fondo debba essere

---

<sup>176</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit.

<sup>177</sup> Il limite legislativo rischiava, infatti, di rendere necessaria la reiterazione dei cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non avesse dato luogo ad alcun esito (considerando anche come le tecniche di procreazione assistita attualmente conosciute presentano, pressoché tutte, percentuali di riuscita abbastanza basse), con il conseguente aumento del rischio di insorgenza delle patologie collegate a tale iperstimolazione. Paradossalmente, quindi, risultavano i casi più gravi di sterilità, che la legge invece si prefiggeva di curare, ad essere compromessi. Tuttavia, anche i casi di sterilità meno gravi risultavano pregiudicati dalla scelta aprioristica del legislatore, in quanto, laddove le possibilità di attecchimento fossero state maggiori, l'obbligo di impiantare contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti avrebbe potuto dare luogo a gravidanze plurime, parti plurigemellari, con seri rischi per la salute delle gestanti, ma anche degli stessi nascituri. Sul punto cfr. L. Varrone, *I correttivi alla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2015, p. 7.

<sup>178</sup> G. Fattori, *Il rovesciamento delle norme della procreazione assistita*, cit., p. 156 ss.

<sup>179</sup> «Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è di norma il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico, che sempre col consenso del paziente, opera le scelte professionali, basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»; Corte cost., s.n. 282/2002 in *www.giur.cost.org*; orientamento ribadito anche da Corte cost., s.n. 228/2003 in *www.giur.cost.org*. Sul punto si rileva, inoltre, come dottrina autorevole abbia ritenuto che la pronuncia n. 151/2009 della Corte confermi la posizione di chi sostiene che la scienza pone il giudice «in posizione di dipendenza necessaria dai suoi risultati»; così R. Bin, *La Corte e la sua scienza* in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, 2005, p. 9 ss.

quella dell'autonomia e responsabilità del medico che, col consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali<sup>180</sup>.

A tali considerazioni si è aggiunta, poi, anche l'evidente irragionevolezza e contraddittorietà delle disposizioni censurate, contrastanti con la stessa *ratio* della legge 40, e con quel bilanciamento di interessi che tale normativa – in astratto – ha mirato a perseguire («favorire la soluzione dei problemi procreativi derivanti dalla sterilità e infertilità umana» e «la tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti»), nonché con il principio della gradualità e della minore invasività delle tecniche di procreazione assistita, affermato, peraltro, dallo stesso art. 4, 2 comma della normativa.

L'intervento demolitorio del Giudice delle leggi, quindi, ha fatto venir meno la previsione dell'unico e contemporaneo impianto, e del numero massimo di embrioni da impiantare, eliminando l'irragionevolezza della previsione di un'identica disciplina per fattispecie diverse, nonché il rischio per la donna di doversi sottoporre a molteplici interventi di stimolazione ovarica, con lesione del diritto alla sua salute psico-fisica, facendo salvo, però, il principio per cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, «secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico».

L'ulteriore effetto della pronuncia in esame, conseguenziale alla caducazione delle disposizioni censurate, è stato, poi, quello di stabilire una deroga al divieto di crioconservazione, sancito dal 1 comma dell'art. 14, consentendo «la necessità del ricorso alla tecnica del congelamento con riguardo agli embrioni prodotti, ma non impiantati», nonché di dichiarare l'incostituzionalità del comma 3 dell'art. 14 nella parte in cui «non prevede che il trasferimento, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

La Corte, quindi, con tale decisione ha finalmente deciso di entrare nel merito delle scelte effettuate dal legislatore in materia di P.M.A., ritenendo non equa, se non del tutto sbilanciata, la ponderazione degli interessi effettuata, frutto di una scelta arbitraria, volta a tutelare incondizionatamente la vita *in fieri*. Ed, infatti, allorquando si è posto in concreto il drammatico conflitto tra il diritto alla vita dell'embrione e quello alla salute della futura madre, il legislatore del 2004 ha deciso di optare aprioristicamente per la tutela del

---

<sup>180</sup> Corte cost., s.n. 151/2009, punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

concepito<sup>181</sup>, considerato come soggetto di diritto avente pari dignità rispetto a tutti gli altri soggetti coinvolti nel processo procreativo, dimenticando, però, di garantire, anche e soprattutto, il diritto alla salute psico/fisica della donna, totalmente compromesso da scelte legislative volte a predeterminare aspetti rientranti nel campo della scienza medica, e che, pertanto, si sarebbero dovuti rimettere al campo di apprezzamento e di valutazione del medico/scienziato. Utilizzando, invece, il canone della ragionevolezza, e, quindi, della proporzionalità, la Consulta ha consentito alla legge sulla P.M.A. di acquisire un volto *laico* garantendo adeguatamente tutti gli interessi coinvolti; non più tutela assoluta dell'embrione, ma di tutti i soggetti coinvolti nel fenomeno procreativo.

Il Giudice delle leggi, evidenziando la necessità di effettuare un bilanciamento razionale, come peraltro già rilevato nella sentenza n. 27/1975, ma anche nelle pronunce n. 347/1998 e n. 45/2005<sup>182</sup>, ha ricondotto a ragionevolezza uno dei profili più discussi della normativa in materia di P.M.A., capovolgendo l'equilibrio dei valori ad essa sotteso, nell'ottica di una bioetica rispettosa di tutti i valori costituzionali. La Corte, infatti, pur continuando a ritenere meritevole di protezione l'embrione umano, ha ritenuto illegittimo l'eccesso di tutela riconosciutogli dalla legge 40, in contrasto, peraltro, con la sua stessa *ratio legis*, in quanto lesivo irragionevolmente dei diritti di tutti gli altri soggetti coinvolti nel fenomeno procreativo. Mediante gli strumenti del sindacato di ragionevolezza e delle tecniche di bilanciamento, la Corte ha evidenziato come la tutela dell'embrione, concepito dalla normativa come il *soggetto debole*, debba necessariamente essere bilanciata con gli ulteriori interessi costituzionali in conflitto, ossia le esigenze della procreazione, il diritto a divenire genitori, la libertà della ricerca scientifica, il diritto alla salute della donna, evidenziando la necessità di tutelare soprattutto i diritti di «chi è già persona», rispetto a chi «persona deve ancora diventare»<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Sul punto, si rileva come autorevole dottrina abbia evidenziato l'imprecisione terminologica del legislatore nel caso della legge 40, trattandosi di embrione in vitro, e non concepito come considerato nella legge sull'interruzione volontaria di gravidanze. Sul punto, A. Musumeci, *I referendum e la legge sulla procreazione assistita. Note a margine su un dialogo (impossibile) tra Parlamento, Corte Costituzionale e corpo elettorale*, cit., p.13.

<sup>182</sup> Come rilevato nella sentenza della Corte sul proposto referendum, la legge 40 ha l'indubbio merito di ergersi a «legge costituzionalmente necessaria», riempiendo un vuoto legislativo sulle questioni di inizio vita, ove emergono quella pluralità di interessi costituzionali bisognevoli di un livello minimo di tutela e di bilanciamenti ragionevoli. Sul punto, cfr. A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p. 2 ss.

<sup>183</sup> Corte cost., s.n. 27/1975.

### 3. L'eliminazione del divieto di fecondazione assistita eterologa: la sentenza n. 162/2014.

Prima dell'emanazione della legge 40 la fecondazione eterologa era ammessa nel nostro ordinamento e praticata in ben settantacinque centri privati<sup>184</sup>.

Con l'entrata in vigore della legge in materia di P.M.A. è stato posto un divieto assoluto all'esercizio di tale pratica, coerentemente con il carattere fortemente restrittivo della normativa in oggetto. La *ratio* del divieto è stata individuata nella prioritaria tutela dell'interesse del figlio ad un'identità familiare e alla certezza biologica della genitorialità, intesa come condizione prioritaria per la strutturazione della sua identità personale<sup>185</sup>.

Essendosi avviato con la sentenza n.151/2009 il processo di graduale verifica della compatibilità costituzionale della legge 40, anche la norma contenente il divieto di eterologa è stata, ben presto, portata all'attenzione del giudice delle leggi, soprattutto in seguito ai richiami provenienti da Strasburgo. Infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'aprile 2010, nel caso *S.H. e altri c. Austria*,<sup>186</sup> ha ritenuto il divieto di eterologa contrastante con agli artt. 8 e 14 della CEDU, inerenti il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> Come emerso dalla Relazione della XII Commissione Permanente della Camera dei Deputati del 14 luglio 1988. Tali centri operavano nel quadro delle circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 (Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale), del 27 aprile 1987 (Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale) e del 10 aprile 1992, nonché dell'ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997, recante «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani», avente efficacia temporalmente limitata, poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ordinanza del 4 giugno 1997).

<sup>185</sup> L. Varrone, *I correttivi alla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 13 ss.

<sup>186</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, *Caso S.H. e altri c. Austria in unipd-centrodirittiumani.it*.

<sup>187</sup> La sentenza della Corte EDU ha determinato il consequenziale effetto di trasferire la questione alla Corte Costituzionale. Infatti, a seguito della sentenza della Corte di Strasburgo, sono state pronunciate ben tre ordinanze di rimessione (Tribunale di Catania, Milano, Firenze) che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale del divieto di eterologa, non solo in riferimento a norme costituzionali italiane (artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost.), ma anche, e soprattutto, ai «vincoli comunitari» e «agli obblighi internazionali» richiamati dall'art. 117, 1 comma, Cost. Investita della questione, la Corte Costituzionale, con l'ordinanza n. 150/2012, aveva ordinato la rimessione degli atti ai giudici *a quibus*, affinché i rimettenti provvedessero ad un rinnovato esame delle questione, alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 3 novembre 2011, la quale aveva operato un vero e proprio *revirement*, ritenendo che il legislatore austriaco non avesse ecceduto il margine di discrezionalità riservato agli Stati nazionali, e che, pertanto, il divieto (parziale) di eterologa previsto dall'ordinamento austriaco avesse adeguatamente bilanciato gli interessi in gioco, non determinando un'illegittima ingerenza nella vita privata

Con la sentenza n. 162/2014 la Consulta ha sancito l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione eterologa, posto dal comma 3 dell'art. 4 della legge 40, portando, così, l'ordinamento italiano al passo degli altri Paesi europei.

La premessa da cui muove il ragionamento della Corte parte, ancora una volta, dalla necessità di introdurre, nella regolamentazione di questioni eticamente sensibili in uno Stato laico e pluralista, una disciplina volta ad individuare *un punto di equilibrio* tra i molteplici valori costituzionali potenzialmente in conflitto, tale da garantire un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno di essi. La Consulta, pur riconoscendo la competenza e la discrezionalità del legislatore nell'individuazione di tale *punto di equilibrio*, ha rivendicato con fermezza il proprio ruolo nella valutazione dell'adeguatezza dei bilanciamenti effettuati da quest'ultimo, attraverso il ricorso al canone della ragionevolezza, e, quindi, della proporzionalità.

La Corte, nell'accogliere la censura di incostituzionalità del divieto assoluto di eterologa, ha fondato l'irragionevolezza della scelta del legislatore sulla base di due parametri: la libertà di autodeterminazione e il diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, interessi parimenti di rilievo costituzionale, del tutto sacrificati e lesi dall'illegittimo bilanciamento degli interessi in gioco effettuato dal legislatore italiano<sup>188</sup>.

Sotto il primo profilo la Corte ha evidenziato come la libertà di autodeterminazione dei singoli, la quale comprende in sé anche la libertà di divenire genitori e di formare una famiglia, riconducibile agli artt. 2, 3, 31 Cost., pur ergendosi a libertà fondamentale dell'individuo, non si configuri come libertà assoluta, né incondizionata. Come per ogni altra libertà costituzionale, quindi, anche la libertà di autodeterminazione può trovare restrizioni o un divieto assoluto al suo esercizio, ma solo ove tali esigenze siano «ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango»<sup>189</sup>. Pertanto, secondo il Giudice delle leggi, la scelta di voler avere un figlio e di creare una famiglia, inerendo la sfera della vita familiare e privata, non può che essere considerata come incoercibile, solo ove non vulneri altri valori di rango

---

familiare delle persone, ai sensi dell'art. 8 e 14 CEDU. Nel 2013, i Tribunali rimettenti sollevarono nuovamente questione di legittimità costituzionale, questa volta, però, solo sulla base di parametri costituzionali interni, senza richiamare l'art. 117 Cost., ad eccezione del Tribunale di Milano. Sul punto, cfr. G. Fattori, *Il rovesciamento delle norme della procreazione assistita*, cit., p. 160 ss.

<sup>188</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p.21 ss.

<sup>189</sup> Corte cost., s.n. 332/2000.

costituzionale, «anche quando tale determinazione sia esercitata mediante il ricorso a tecniche di P.M.A. di tipo eterologo».

La Corte, quindi, adeguandosi ai valori emergenti nella comunità internazionale, volti ad attribuire rilevanza giuridica alle c.d. *de facto family*, ossia a quelle relazioni familiari prive di un legame genetico, nonché al diritto del minore a mantenere i legami affettivi già acquisiti, anch'essa accede ad un modello di famiglia lontano dalla configurazione tradizionale, caratterizzato dalla presenza di figli, al di là del dato biologico, ossia del classico legame di sangue, almeno per uno dei genitori, rilevando come il dato della provenienza genetica non costituisca di per sé un requisito imprescindibile della famiglia stessa. Peraltro, a conferma della liceità di una genitorialità sociale, scissa da quella biologica, il Giudice delle leggi ha evidenziato come tale possibilità non sia del tutto estranea al nostro ordinamento, essendo già stata legittimata attraverso la regolamentazione dell'istituto dell'adozione<sup>190</sup>.

La sentenza della Corte, quindi, inserendosi in un filone giurisprudenziale che oggi potremmo dire, ormai, maggioritario<sup>191</sup>, ha cominciato ad introdurre un'idea di famiglia sempre più *sganciata* dal matrimonio *ex art 29 Cost*, concepita piuttosto come comunità di affetti incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti, quale formazione sociale legata necessariamente alla procreazione, che assurge, ormai, a diritto fondamentale della persona<sup>192</sup>. Tali argomentazioni si basano sulla concezione, ormai prevalente, che la genitorialità non costituisca un mero evento biologico, piuttosto un fatto morale e culturale, valorizzando in maniera effettiva il concetto di responsabilità

---

<sup>190</sup> Tuttavia, i sostenitori della legge 40 hanno evidenziato come, in realtà, l'istituto dell'adozione sia profondamente diverso, in quanto “non è uno strumento per dare un figlio a chi non ne ha, ma è al contrario uno strumento per dare dei genitori ad un bambino che non ne ha”; cfr. C. Casini e M. L. Di Pietro, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, Commentario, Torino, 2004, p. 516. In tema, v. anche L. Varrone, *I correttivi alla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 13.

<sup>191</sup> Su tale scia la Corte di Cassazione, I Sez. Civ., con sentenza del 30 settembre 2016 n. 19599, ha riconosciuto l'ammissibilità della trascrizione dell'atto di nascita del figlio di coppia omosessuale nato all'estero ricorrendo a tecniche di procreazione medicalmente assistita (P.M.A.). Successivamente, la Corte di Appello di Trento ha riconosciuto efficacia all'atto di nascita, formato all'estero, di due gemelli nati mediante il ricorso a tecniche di GPA, riconoscendo, per la prima volta nel nostro ordinamento, la genitorialità piena - non adozione - di due padri; o ancora il Tribunale di Palermo, sez. I, decreto 6 aprile 2015 che espressamente ha riconosciuto il diritto del minore a mantenere rapporti significativi con il c.d. *genitore sociale*, ritenendo che quando il rapporto instauratosi con il minore sia tale da fondare l'identità personale e familiare del bambino stesso, esso debba essere salvaguardato, alla pari di quanto riconosce oggi l'art. 337 *ter* c.c. ai figli nei confronti dei genitori biologici.

<sup>192</sup> A. Morrone, *Ubi scientia, ibi iura*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014, p. 1 ss.

genitoriale, anche e soprattutto nell'ottica della tutela del c.d. *best interest of child*<sup>193</sup>.

Le considerazioni svolte dalla Corte, volte a riconoscere un diritto costituzionalmente garantito alla genitorialità e alla famiglia con figli, tuttavia, nel rispetto del principio di proporzionalità, non hanno aperto la strada ad un'idea di maternità incondizionata, senza limiti. La Consulta ha evidenziato, però, come eventuali restrizioni a tali libertà fondamentali non possano tradursi in un divieto assoluto, se non nell'ipotesi in cui rappresentino l'unico strumento per tutelare altri interessi parimenti di rango costituzionale.

Secondo le argomentazioni della Corte, quindi, ponendo un divieto assoluto alla fecondazione eterologa, la legge, oltre a tradire la sua stessa *ratio*, quella di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità umana», ha operato un irragionevole e discriminatorio bilanciamento dei diritti in gioco, negando in maniera assoluta il diritto a realizzare la genitorialità alle coppie *più malate*, affette dalle patologie più gravi, senza che la sua assolutezza potesse essere giustificata dall'esigenza di tutela di ulteriori valori costituzionali. Eliminato il pericolo del ricorso a tale tecnica per fini eugenetici, attraverso la previsione del limite di accesso all'eterologa unicamente alle coppie per le quali sia stata accertata la sussistenza di una patologia irreversibile di infertilità o sterilità, l'unico interesse costituzionalmente rilevante che il legislatore ha deciso di voler perseguire, attraverso il divieto di PMA di tipo eterologo, è l'esigenza di tutela del nato, la quale, pur meritevole di protezione, appare già adeguatamente garantita dalle scelte legislative.

Ulteriore parametro in base al quale il giudice delle leggi ha ravvisato l'incostituzionalità del divieto di eterologa è al diritto alla salute *ex art 32 Cost.*, che include non solo il benessere fisico, ma anche, e soprattutto, quello psichico. In questa prospettiva, è apparso effettivamente irragionevole che il legislatore abbia assicurato una cura per le coppie parzialmente infertili o sterili, nulla prevedendo per quelle che, invece, lo sono in maniera assoluta ed irreversibile, determinando inevitabilmente nelle stesse una profonda

---

<sup>193</sup> Ad esempio la pronuncia del Tribunale di Roma sul celebre caso del c.d. *scambio degli embrioni*, ha argomentato nel senso del prevalente interesse del minore, affermando che «la tutela del diritto allo status e all'identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità genetica» che, pertanto, può considerarsi non sovraordinata, in alcuni casi, rispetto agli altri interessi in conflitto. In tema, Trib. Roma. I Sez. Civ., ord. 8 agosto 2014.

sofferenza psicologica, data dall'impossibilità di realizzare un progetto genitoriale<sup>194</sup>, allorquando, invece, in tali casi, al fine di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» dovrebbe essere il medico ad individuare, col consenso del paziente, le scelte terapeutiche più efficaci.

L'irragionevolezza della scelta del legislatore si è tradotta, poi, in un'ulteriore discriminazione per tali coppie, anche in considerazione della capacità economica delle stesse, divenuta intollerabilmente requisito per l'esercizio di un diritto fondamentale, negato a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi.

Fondamentale, pertanto, il richiamo al concetto di *ragionevolezza, proporzionalità*, chiave di tutto il ragionamento della Consulta, nonché strumento privilegiato per consentire alla stessa di effettuare un ampio controllo sulla discrezionalità legislativa. E' proprio tale principio che, secondo le argomentazioni mosse, è stato violato dal legislatore, il quale, imponendo un divieto assoluto ed incondizionato alle tecniche di fecondazione di tipo eterologo, sul presupposto della necessità di tutelare in maniera incondizionata il diritto del nato ad una genitorialità naturale, ha violato il principio di ragionevolezza, sacrificando tutti gli altri diritti costituzionali coinvolti. Sacrificio che la Consulta, analizzando attentamente le disposizioni della legge 40, non ha ritenuto adeguato e ragionevole, considerato che il nostro ordinamento, in ossequio al principio del *favor veritatis*, offre già ampie garanzie al singolo al fine di poter conoscere le proprie origini, e che anche i nati a seguito di fecondazione eterologa acquisiscono lo *status* di figli legittimi o riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere a tali tecniche, come disposto dall'art. 8 della citata legge. Un'ulteriore garanzia per il nascituro è prevista, inoltre, anche dall'art. 9, il quale vieta l'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità *ex art* 235 c.c. da parte del coniuge o del convivente, il cui consenso sia ricavabile da atti concludenti, garantendo, così, il diritto del nascituro da fecondazione eterologa alla doppia figura genitoriale<sup>195</sup>.

La Consulta, confermando l'orientamento inaugurato con la pronuncia n. 151/2009, ha

---

<sup>194</sup> G. D'Amico, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014, p. 1 ss.

<sup>195</sup> V. Tigano, *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*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2014.

censurato l'assolutezza del divieto di eterologa, perché risultato di un non ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, determinante una lesione -in concreto- degli ulteriori interessi costituzionali in rilievo, verificata attraverso il canone della ragionevolezza. Ribadendo la necessità di garantire, nella regolamentazione di materie eticamente sensibili, un "livello minimo di tutela" a tutti i diritti costituzionali coinvolti, la Corte ha evidenziato come il diritto alla genitorialità, riconducibile alla libertà di autodeterminazione, e il diritto alla salute, intesa quale integrità psico-fisica delle coppie, non possano essere sacrificati in maniera eccessiva e sproporzionata, soprattutto in un contesto in cui, ormai, i progressi della scienza medica hanno consentito la procreazione anche alle coppie affette da infertilità o sterilità assoluta, attraverso tecniche che esulano comunque dalla maternità surrogata. Tale pratica, infatti, ribadisce fermamente la Corte, resta vietata, poiché contrastante con l'ordine pubblico, come suggerito anche dalla previsione della sanzione penale disposta per la sua violazione, venendo concepita come un'offesa intollerabile alla dignità della donna, lesiva nel profondo delle relazioni umane. Pertanto, alla luce di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto che il diritto dell'embrione a concludere il suo processo vitale non possa giustificare di per sé un divieto assoluto alla P.M.A. di tipo eterologo, potendo al più legittimare, nel rispetto del principio di proporzionalità e di ragionevolezza, un divieto legislativo, ove vogliano essere perseguite determinate finalità, che non possano essere coperte dal richiamo all'autodeterminazione o al diritto alla salute, vietando, ad esempio, il ricorso a tali tecniche per scopi eugenetici<sup>196</sup>.

#### 4. Il divieto di diagnosi genetica preimpianto: la pronuncia n. 96/2015.

Anteriormente alla entrata in vigore della legge 40, ricorrere alla fecondazione *in vitro* e alla successiva diagnosi genetica preimpianto, era consentito alle coppie portatrici sane di gravi malattie genetiche, al fine di ridurre la trasmissione al nascituro di tali patologie e far nascere un figlio sano. A seguito dell'approvazione della legge 40 la situazione è divenuta controversa, in quanto, pur non essendo rinvenibile nel testo di legge alcun divieto opponibile all'esecuzione di tale pratica, varie disposizioni della normativa ne impedivano

---

<sup>196</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p. 23.

concretamente la praticabilità<sup>197</sup>.

In un primo momento le linee guida ministeriali, approvate nel 2004, contenenti le indicazioni e le procedure delle tecniche di P.M.A., avevano previsto un espresso divieto di P.G.D., stabilendo che ogni indagine sullo stato di salute dell'embrione dovesse essere unicamente "di tipo osservazionale"<sup>198</sup>. Tale limite è stato, poi, annullato dal TAR del Lazio con la sentenza n. 398 del 2008<sup>199</sup> per eccesso di potere. Nonostante tale pronuncia, sussisteva ancora il problema per le coppie non fertili o sterili, portatrici di malattie a trasmissione genetica, essendo per quest'ultime precluso l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale, ai sensi dell'artt. 1, comma 2 e 4 comma 1 della legge 40/2004<sup>200</sup>. Con la sentenza n. 96/2015 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 comma 1 e 2, nonché dell'art. 4 comma 1 della legge 40, laddove non consentono il ricorso a tecniche di P.M.A. alle coppie fertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico, ai sensi dell'art. 6 della legge n.194/1978.

La Consulta, con tale sentenza, ha ravvisato la contrarietà del divieto di P.G.D. con gli artt. 3 e 32 della Cost., rilevando nuovamente la debolezza strutturale del rigido impianto su cui regge la legge 40.

La Corte, in via preliminare, ha voluto ribadire la pienezza delle proprie funzioni di organo di chiusura del sistema costituzionale<sup>201</sup>. Riprendendo, poi, le argomentazioni svolte dalla

---

<sup>197</sup> M.P. Iadicicco, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, cit., p. 325 ss.

<sup>198</sup> B. La Monica, *Esclusa la diagnosi preimpianto se si persegue una finalità eugenetica*, in *Guida al diritto*, n. 40/2004, p. 28 ss.

<sup>199</sup> TAR Lazio, sentenza 9 maggio n. 398, in *Foro.it*, 2008, III pp. 207 e 312, il quale riscontrava l'illegittimità della disposizione contenuta nelle Linee Guida, poiché, mentre la l. 40/2004 «consente la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione, sia pure per finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso e si consentono interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche sempre al medesimo scopo», nelle Linee Guida, disposte con d.m. nel luglio 2004, «tale possibilità viene contratta al punto di essere limitata alla sola 'osservazione dell'embrione». Tale previsione, secondo i giudici amministrativi, è illegittima poiché «deve ritenersi che, per quanto riguarda l'ambito oggettivo di delimitazione della disciplina della procreazione medicalmente assistita, il potere relativo non possa che competere al legislatore, con la conseguenza che quest'ultimo, nella sua ampia discrezionalità politica ha stabilito di consentire interventi diagnostici sull'embrione per le finalità sopra espresse, questi non possono essere limitati nel senso prospettato delle linee guida».

<sup>200</sup> Ed infatti, diversi giudici nazionali avevano cominciato ad esprimersi sulla controversa questione della praticabilità di esami diagnostici preimplantatori, anche se le questioni ad essi sottoposte concernevano prettamente richieste di coppie affette da patologie a trasmissione genetica, ma che comunque avevano avuto la possibilità di accedere legittimamente alle tecniche di fecondazione artificiale, in quanto sterili o infertili.

<sup>201</sup> La Corte costituzionale, infatti, ha riaffermato l'impossibilità di percorrere la via della disapplicazione della normativa interna contrastante con le disposizioni della CEDU, ribadendo che la Convenzione si pone su di un piano sub costituzionale, e che «non crea un ordinamento giuridico sovranazionale, ma costituisce

Corte EDU nel caso *Costa Pavan*<sup>202</sup>, ha rilevato la irragionevolezza del sistema legislativo italiano, il quale, da un lato, non consente alle coppie fertili affette da patologie geneticamente trasmissibili, anche come portatrici sane, di ricorrere alle tecniche di fecondazione artificiale e alle diagnosi preimpianto, riconoscendo, poi, alle stesse, la possibilità di ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza, al fine di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla patologia ereditaria di cui sono portatrici. Ancora una volta, le censure mosse dalla Consulta al legislatore partono dai principi di proporzionalità, e ragionevolezza, con una sentenza i cui contenuti risultano essere già stati scritti dall'inchiostro della Corte EDU e dalla dottrina. Il giudice delle leggi ha evidenziato come, ancora una volta, nelle questioni di inizio vita, il legislatore non abbia adeguatamente utilizzato le tecniche di bilanciamento, delineando in concreto una disciplina altalenante, incoerente ed irrazionale. Invero, il legislatore del 2004, per rimanere fedele alla scelta etica effettuata a priori, vietando l'accesso alle tecniche di G.D.P. alle coppie fertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, ha determinato una forte *antinomia del sistema legislativo*, evidenziata anche dalla Corte di Strasburgo, per ciò che concerne la tutela della vita umana, attraverso la previsione di due opzioni legislative del tutto contrastanti tra di loro; ed, infatti, l'ordinamento italiano, con la legge 40, ha previsto una

---

un modello di diritto internazionale pattizio idoneo a vincolare lo stato ma improduttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno".

<sup>202</sup> Nel 2010, i coniugi *Costa/Pavan*, coppia fertile, ma portatrice di una grave malattia a trasmissione genetica, presentavano ricorso alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione, da parte dell'ordinamento italiano, degli artt. 8 e 14 CEDU, stante le restrittive condizioni di accesso alle tecniche di P.M.A. fissate dall'art. 4 della legge 40/2004. La Corte EDU, in tale pronuncia, pur ritenendo che in ambiti caratterizzati da una elevata complessità etica e morale, la discrezionalità del legislatore statale non possa essere ridotta in maniera significativa, ha ritenuto doveroso procedere alla valutazione della ragionevolezza della normativa italiana in materia di P.M.A. e delle limitazioni imposte, rispetto al diritto alla vita privata e familiare sancito dall'art. 8 CEDU.

La Corte, proseguendo nell'opera di progressiva espansione del contenuto normativo dell'art 8 CEDU, ha fatto rientrare nella nozione di vita privata e familiare anche «il desiderio dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio non affetto da malattia genetica di cui sono portati sani, ricorrendo a tal fine alle tecniche di procreazione medicalmente assistita». Pertanto, i giudici di Strasburgo hanno rilevato il carattere sproporzionato delle misure adottate dallo Stato italiano, costituenti un'illegittima ingerenza nel diritto di cui all'art. 8 CEDU. Più precisamente, la violazione convenzionale è stata ricondotta ad una evidente contraddizione della normativa italiana, la quale, da un lato con la legge n. 40/2004 preclude alle coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche, come quella ricorrente, l'accesso alle tecniche di P.M.A. e la praticabilità di indagini preimpianto, dall'altro, poi, ai sensi della legge n. 194/1978 (in materia di interruzione volontaria di gravidanza) consente di procedere all'aborto, allorquando, a seguito di indagini prenatali, fossero state diagnosticate gravi patologie del feto, incidenti sulla salute psico-fisica della madre. V. sul punto M.P. Iadicicco, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, cit., p. 325 ss.; per approfondimenti, V. Zagrebelsky, *La irragionevolezza della legge italiana sulla procreazione assistita nel giudizio delle Corti Europee dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 3/2012.

tutela incondizionata per l'embrione, che comunque costituisce *incerto umano*, stabilendo, poi, ai sensi della legge 194/1978, contraddittoriamente, una garanzia inferiore allorché quest'ultimo è divenuto feto nel corpo della madre<sup>203</sup>, delineando quasi uno "status giuridico superiore per l'embrione e inferiore per il feto"<sup>204</sup>.

Appare evidente per la Consulta, quindi, l'irragionevolezza – insuperabile – in termini di bilanciamento degli interessi coinvolti, nonché l'evidente irrazionalità del divieto indiscriminato imposto dalla legge 40, lesivo dell'art. 32 Cost. per il mancato rispetto del diritto alla salute della donna. Infatti, il sistema normativo italiano, così delineato, non consente alla futura madre di poter acquisire -prima- un'informazione adeguata, che le permetta di poter evitare l'assunzione - in un momento successivo - di decisioni ben più pregiudizievoli per la sua integrità psico-fisica. La lesione del diritto alla salute della donna non risulterebbe giustificata, poi, neppure dall'esigenza di tutela del nascituro, considerato che la legge n. 194/1978 non impedisce di ricorrere alla soluzione ben più drammatica dell'aborto c.d. *terapeutico*, seppur in presenza di specifiche condizioni analiticamente indicate dalla normativa<sup>205</sup>.

Tali considerazioni hanno reso inevitabile da parte della Corte, nel suo ruolo di custode della Costituzione, la censura della disposizione impugnata.

Analizzando il percorso argomentativo seguito dalla Corte, si può notare come quest'ultima, nell'ottica del razionale bilanciamento degli interessi di tutti i soggetti coinvolti, non abbia dimenticato di considerare e tutelare anche le esigenze del nascituro, più di quanto abbia fatto la stessa legge 40. Invero, anche l'interesse alla situazione giuridica del concepito ha imposto una censura alla disposizione contestata, poiché la scelta arbitraria del legislatore, oltre a compromettere la salute della futura madre, non ha impedito al concepito di essere esposto alla soluzione ben più drammatica dell'aborto.

Il richiamo della Corte ai criteri di gravità di cui alla legge n. 194/1978, che consentono l'interruzione di gravidanza oltre il termine dei 90 giorni, rileva come la Consulta non abbia in alcun modo inteso liberalizzare le tecniche di P.G.D., ancorandole, invece, a specifiche patologie, suscettibili di determinare rilevanti anomalie o malformazioni per il nascituro,

---

<sup>203</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p. 9 ss.

<sup>204</sup> G. Fattori, *Il rovesciamento delle norme della procreazione assistita*, cit., p. 158 ss.

<sup>205</sup> Art. 6 co. 1 l. 194/1978 «l'interruzione volontaria di gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata (...) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

che, pertanto, tendono a costituire *tertium comparationis* per la determinazione delle condizioni di accesso al suddetto accertamento diagnostico.

Si tratta di un punto molto importante della sentenza, che evidenzia come la Corte non abbia in alcun modo voluto assecondare ogni desiderio o volere dei futuri genitori, per selezionare *un figlio su misura* o “l’individuo migliore”<sup>206</sup>. La Corte, attraverso l’eliminazione del divieto di diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili, ma portatrici di malattie trasmissibili geneticamente, non ha inteso, quindi, riconoscere la sussistenza, a costituzionale, di un diritto «ad un figlio sano o perfetto»<sup>207</sup>, la cui prospettiva avrebbe potuto condurre a conseguenze ambigue e pericolose. Piuttosto, proseguendo nell’opera di censura delle scelte arbitrarie ed aprioristiche effettuate dal legislatore in materia di P.M.A., ha ricondotto il necessario bilanciamento degli interessi in gioco ad una tutela prioritaria del diritto alla salute della donna, ma anche dello stesso concepito, comunque non garantito dalle scelte legislative, che lo esponevano, infatti, al rischio di un possibile futuro aborto.

Tuttavia, è sembrato che la Corte, con tale pronuncia, abbia voluto in parte sconfessare quanto sancito nella precedente sentenza n. 162/2014, limitando il rispetto del diritto all’autodeterminazione – inteso come diritto della coppia a formare una famiglia – considerato elemento determinante ai fini della censura del divieto assoluto di fecondazione eterologa. In realtà, si può dire che l’aver posto attenzione sul diritto alla salute della donna, abbia costituito l’esito di un bilanciamento effettuato dalla Consulta, nel quale il diritto all’autodeterminazione, coerentemente con il nuovo equilibrio di valori che la Corte ha posto all’impianto della legge 40, ha trovato comunque riconoscimento – concepito, in tale caso, come diritto della coppia a «*non voler un figlio affetto dalla stessa patologia di cui è portatrice*» – ma anche delimitazione, attraverso il riferimento alle gravi patologie *ex art. 6*, legge n. 194/1978, cui viene subordinato l’accesso alla diagnosi genetica preimpianto<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p. 15 ss.

<sup>207</sup> La Corte Costituzionale, nel prospettare l’incostituzionalità del divieto di diagnosi genetica preimpianto, ha escluso il ricorso al parametro di cui all’art. 2 Cost., la cui violazione era stata prospettata dal giudice *a quo* nei termini di una lesione del diritto della coppia ad un figlio sano, preferendo perseguire la formula meno ambigua «dell’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla patologia ereditaria di cui la coppia è portatrice».

<sup>208</sup> Si tratta di un ragionevole e necessario bilanciamento dei diritti ed interessi costituzionali coinvolti, che tiene conto anche dei rischi, sempre presenti, di degenerazioni eugenetiche, incompatibili con l’ordinamento costituzionale. Sul punto S. Penasa, *L’insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della*

La Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità delle scelte legislative in materia di P.M.A., nell'ambito del sindacato sulla discrezionalità legislativa ad essa riconosciuto, non ha rinunciato ad inviare un chiaro monito al legislatore, chiamato espressamente ad intervenire, al fine di determinare le modalità di accesso alla diagnosi genetica preimpianto. Tuttavia, nel rivolgersi al legislatore, la Corte, contrariamente a quanto affermato nelle precedenti pronunce, non ha semplicemente richiamato la tradizionale formula del razionale bilanciamento degli interessi in gioco, da garantire con il futuro intervento legislativo, ma ha sostituito la clausola generale con la determinazione chiara e precisa degli ambiti in cui il legislatore dovrà intervenire, individuando gli elementi considerati essenziali ai fini della realizzazione del bilanciamento: individuazione delle patologie che possano giustificare l'accesso alle tecniche di P.M.A. alle coppie fertili e le relative procedure di accertamento, previsione delle opportune forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle. La Corte, quindi, nel rispetto del principio della separazione dei poteri, consapevole del ruolo del legislatore nella individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze, ha rimesso alla discrezionalità legislativa la determinazione dei limiti e delle modalità di accesso a tale diagnosi, invitando il legislatore ad effettuare un intervento chiaro e preciso, attraverso l'emanazione di norme flessibili, che siano in grado, nel corso del tempo, di riempirsi di contenuti o di essere modificate, anche alla luce delle innovazioni e dei risultati raggiunti dalla ricerca medico-scientifica<sup>209</sup>.

---

*Corte Costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti rafforzati*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, p. 2 ss.

<sup>209</sup> Cfr S. Penasa, *op. ult. cit.* Sul punto, occorre evidenziare come le ricadute applicative della pronuncia della Corte non si siano fatte attendere. Ed, infatti, la Corte Costituzionale, con la sent. n. 229/2015, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, co. 3, lett. b), e co. 4, della l. 40/2004, nella parte in cui vieta, sanzionandola penalmente, la condotta selettiva del sanitario, volta ad evitare il trasferimento nell'utero della donna di embrioni che, a seguito della diagnosi preimpianto, siano risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, co. 1 della l. 194/78, accertate da apposite strutture pubbliche. La Corte, quindi, coerentemente con le decisioni assunte in precedenza, esclude che possa configurare un'ipotesi di reato la selezione di embrioni nella procreazione assistita, finalizzata soltanto ad evitare di impiantare nell'utero della donna embrioni affetti da malattie genetiche ritenute gravi (ai sensi dell'art. 6, co. 1, lett. b), della l. 194/78).

Il punto centrale dell'*iter* argomentativo sviluppato dalla Corte, infatti, si sostanzia nell'affermazione secondo cui, a seguito di quanto sancito nella sentenza n. 96 del 2015, ed anche nella precedente pronuncia n. 151/2009, appare logica conseguenza non considerare (più) penalmente rilevante la condotta del sanitario volta a tutela della salute della donna e delle esigenze della coppia, ad effettuare la selezione degli embrioni, evitando di trasferire in utero quello malato.

## 5. La persistenza del divieto di donazione alla ricerca scientifica degli embrioni *soprannumerari*: la recente sentenza n. 84/2016.

La legge n. 40/2004 è, di recente, tornata al vaglio della Corte Costituzionale, la quale, con la sentenza n. 84/2016, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Firenze sul divieto assoluto di ricerca clinica e sperimentale dell'embrione, che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso, previsto dall'art. 13 comma 1, 2, 3.

La questione prospettata innanzi al Giudice delle leggi, in realtà, ha riguardato non il divieto di ricerca sugli embrioni in sé, ma una situazione più circoscritta, relativa al trattamento degli embrioni c.d. *soprannumerari*, ossia degli embrioni crioconservati, non destinati all'impianto per scelta della coppia o per impossibilità accertata dal medico, perché malati o residuali a seguito di diagnosi genetica preimpianto<sup>210</sup>. A ben vedere, tale problematica è sorta proprio a seguito della pronuncia n. 151/2009, con la quale la Consulta, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 14 della legge in materia di P.M.A., ha eliminato l'obbligo dell'unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, nonché il divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni, determinando una situazione non prevista originariamente dal legislatore, per l'appunto quella relativa al trattamento degli embrioni c.d. *soprannumerari*.

Considerando la persistenza del divieto di soppressione di tali embrioni, ribadito, peraltro, dalla stessa Consulta nella sentenza n. 229 del 2015, la questione sollevata dal Tribunale fiorentino ha rilevato, in assenza di una specifica regolamentazione circa l'utilizzo di tali embrioni, l'irragionevolezza della scelta legislativa di porre un divieto assoluto di ricerca, lesivo degli artt. 9, 33 Cost. inerenti la libertà della ricerca scientifica, nonché dell'art. 32 Cost. che tutela il diritto alla salute individuale e collettiva<sup>211</sup>.

La Corte, dichiarando l'inammissibilità delle questioni sollevate dal giudice *a quo*, ha segnato una prima battuta d'arresto nel processo di *restyling* giurisprudenziale dell'impianto della legge in materia di P.M.A., dalla stessa coraggiosamente avviato. Mantenendo il divieto di sperimentazione degli embrioni umani, la Consulta, in maniera del tutto contraddittoria con il percorso argomentativo delineato nelle decisioni assunte in

<sup>210</sup> M D'Amico, *La Corte Costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *www.biodiritto.org*, n. 2/2016, p. 172 ss.

<sup>211</sup> V. Tigano, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, cit., 2014, p. 1 ss.

precedenza, si è astenuta dall'effettuare un qualsiasi bilanciamento degli interessi in conflitto, nell'ambito del sindacato sulla ragionevolezza ad essa riservato, grazie al quale, invece, in precedenza, ha censurato le scelte legislative, riscrivendo in maniera conforme al dettato costituzionale l'impianto della legge 40.

A ben vedere, le argomentazioni poste dalla Consulta a base della suddetta decisione possono essere ricondotte alla mancanza di *consenso* sulla questione sottopostale, inerente la scelta tragica tra il diritto alla vita dell'embrione e le esigenze della ricerca scientifica. Ricostruendo le molteplici posizioni etiche, sociali, biologiche in campo, riguardanti lo statuto e, conseguentemente, il destino degli embrioni, la Corte, in maniera forse eccessivamente sbrigativa e superficiale, ha dedotto la propria incompetenza ad adottare una decisione, considerando la necessità di non invadere il campo di competenza del legislatore. Invero, la stessa ha ritenuto che sia compito di quest'ultimo, «quale interprete della volontà della collettività», «tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra i valori fondamentali in conflitto», tenendo conto degli orientamenti e delle istanze maggiormente radicati nella coscienza sociale, concludendo che la scelta recata dalla normativa impugnata sia «[...] di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi per ciò stesso, al sindacato di questa Corte»<sup>212</sup>.

Eppure tali argomentazioni non sono apparse esaustive e neppure del tutto convincenti. Sul punto, infatti, non può non evidenziarsi come anche nelle decisioni adottate in precedenza in materia di P.M.A., sussistessero diverse impostazioni etiche, sociali, che comunque non hanno impedito alla Corte di esercitare, nel ruolo di custode della Costituzione ad essa affidato, un controllo sulla discrezionalità legislativa<sup>213</sup>. Richiamando tutte le argomentazioni poste a sostegno delle varie tesi in campo, la Corte è sembrata voler adottare una metodologia molto prudente, in contrasto, però, con l'atteggiamento assunto nelle precedenti pronunce.

Definendo tutte le questioni ad essa sottoposte come coperte da discrezionalità legislativa,

---

<sup>212</sup> Cfr. Punto 11 del *Considerato in diritto*.

<sup>213</sup> Invero, divisioni analoghe in merito allo statuto dell'embrione sussistevano anche prima della pronuncia della sent. n. 162/2014, con la quale la Corte ha cancellato uno dei profili essenziali della l.n. 40, ossia il divieto di fecondazione eterologa. Ancora, posizioni differenti sussistevano sulle potenzialità e i rischi dell'accesso alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie non infertili o sterili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. Del resto, le tematiche definite "eticamente sensibili" comportano inevitabilmente la presenza di impostazioni diverse, se non diametralmente opposte. Sul punto, si veda C. Casonato, *Sensibilità etica o orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte Costituzionale n. 84/2016*, in *www.biodiritto.org*, n. 2/2016, p. 159 ss.

la Corte, di fatto, ha escluso a priori un qualsiasi approfondimento volto alla individuazione dei principi costituzionali<sup>214</sup> che avrebbero potuto orientare il bilanciamento degli interessi in conflitto e condurre ad una sentenza diversa, se non per le conclusioni, quanto meno sotto il profilo argomentativo.

Invero, non appare chiara la ragione per cui il pur tragico conflitto tra la tutela dell'embrione e la libertà della ricerca scientifica debba necessariamente essere rimesso alla valutazione del Parlamento, e non anche quello inerente la tutela della vita *in fieri* e l'interesse alla salute della donna, o le esigenze della procreazione, o il diritto a divenire genitori; questioni, queste, rispetto alle quali la Corte, invece, ha deciso di esprimersi e prendere posizione, pur sussistendo, anche in tali casi, posizioni conflittuali, in ordine alla cui soluzione giuristi, scienziati e la stessa società civile sono ancora profondamente divisi<sup>215</sup>.

La Corte stavolta ha escluso di rivolgersi alla *scienza* al fine di esercitare un controllo sulla discrezionalità del legislatore, contrariamente a quanto fatto nelle precedenti pronunce. Invero, nelle recenti statuizioni in materia di P.M.A., la Consulta ha saputo riconoscere il giusto ruolo al medico/scienziato<sup>216</sup> e, attraverso il criterio della ragionevolezza, ha sindacato il bilanciamento degli interessi effettuato dal legislatore, censurandolo nei casi in cui non avesse garantito un «livello minimo di tutela» alla «pluralità di rilevanti interessi costituzionali coinvolti»,<sup>217</sup> e bilanciando razionalmente la tutela dell'embrione con le ulteriori esigenze inerenti il processo procreativo. Escludendo nel caso *de quo* un proprio intervento, la Consulta sembra paradossalmente aver voluto far rivivere quello spirito assolutista ed ideologico della legge 40, volto a garantire una tutela *a senso unico* dell'embrione, che, in passato, si era impegnata a censurare. Nel richiamare le argomentazioni poste a sostegno del divieto di sperimentazione, la Corte sembra quasi aver voluto riconoscere dignità assoluta all'embrione, per la prima volta *umanizzato*, arrivando a descrivere la relazione fra un embrione non utilizzabile e la coppia come quella fra *figlio*

---

<sup>214</sup> I parametri costituzionali, oggetto del possibile bilanciamento, si sarebbero potuti chiaramente individuare negli artt. 9 e 33 della Cost. che tutelano la ricerca scientifica, promuovendone un regime di libertà.

<sup>215</sup> G. Razzano, *Corte Costituzionale n. 84/2016 sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica? Una sentenza ispirata alla prudentia?*, in *www.biodiritto.org*, n. 2/2016, p. 232 ss.

<sup>216</sup> Corte cost., s.n. 151/2009, punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>217</sup> Come sottolineato nella sentenza n. 45/2005 la normativa in materia di P.M.A. «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» esigenza, peraltro, già rilevata nella precedente pronuncia n. 347 del 1998.

e genitori<sup>218</sup>.

Eppure, anche volendo riconoscere una tutela prevalente all'embrione, la decisione assunta dal legislatore non appare razionale. Invero, c'è da chiedersi che garanzia sia quella di prevedere che quest'ultimo risulti abbandonato, in uno stato di crioconservazione, destinato a prolungarsi indefinitamente fino alla sua interruzione, con conseguente distruzione del prodotto della fecondazione. La Corte non sembra aver posto l'attenzione necessaria sul fatto che si tratti di embrioni per cui è sfumato ogni possibile sviluppo biologico, senza alcuna realistica possibilità di accrescimento<sup>219</sup>.

Pertanto, proprio perché trattasi di due forme diverse di distruzione, la Corte avrebbe dovuto valutare in maniera approfondita, attraverso il ricorso alla scienza, se la tutela predisposta per l'embrione dalla disposizione *de quo* fosse effettiva, o solo virtuale e, conseguentemente, se la lesione delle esigenze proprie della ricerca scientifica fosse giustificata dalla necessità di tutelare altri interessi costituzionalmente rilevanti.

Ad ulteriore conferma della contraddittorietà della decisione in commento e della mancanza di argomentazioni convincenti a suo sostegno, si evidenzia, inoltre, come la Consulta abbia dimenticato che in Italia, al pari di altri ordinamenti europei, è possibile la ricerca su linee cellulari importate dall'estero. Pertanto, se alla base del divieto di sperimentazione vi è il rispetto della dignità dell'embrione, non appare comprensibile la ragione per cui ammettere la ricerca sugli embrioni stranieri, concependo per quest'ultimi quasi una tutela, e quindi una dignità, inferiore.

A sostegno delle proprie ragioni, la Corte ha richiamato, poi, impropriamente la recente pronuncia della Corte EDU sul caso *Parrillo c. Italia*, al fine di rimarcare l'intangibilità delle scelte fatte dal legislatore di tutelare in via assoluta la dignità dell'embrione, a discapito della libertà della ricerca scientifica. Eppure, a ben vedere, il riferimento a tale

---

<sup>218</sup> Punto 10.2 del *Considerato in diritto*. Cfr. M. D'Amico, *La Corte Costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, cit., p. 174. Sul punto si evidenzia, poi, come tale considerazione si ponga chiaramente in contrasto con quanto statuito in precedenti sentenze della Corte, quali ad esempio la fondamentale pronuncia n. 27 del 1975, ove, sull'eventuale conflitto tra il diritto alla vita del concepito e alla tutela della salute della donna, la Corte Costituzionale aveva rilevato come non esistesse «equivalenza tra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute propria 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».

<sup>219</sup> Si tratta, invero, di zigoti, morule, blastocisti, congelati entro le prime ore, o al massimo entro sei giorni dalla fecondazione, e che, pertanto, non hanno alcuna possibilità di ulteriore sviluppo.

pronuncia non appare del tutto pertinente, posto che i valori in gioco nel giudizio innanzi alla Corte costituzionale, inerenti la dignità dell'embrione e la libertà della ricerca scientifica, risultano differenti da quelli posti in discussioni innanzi alla Corte EDU (ossia il rispetto della vita privata dei genitori, come diritto limitato dalla normativa nazionale<sup>220</sup>). La Corte, quindi, al fine di evitare una decisione in merito, ha rinviato alla discrezionalità legislativa, svalutando, così, la portata delle decisioni precedentemente assunte in materia di P.M.A. Il richiamo al principio della separazione dei poteri non è apparso, infatti, convincente, considerando anche come la Consulta, consapevole del suo ruolo di garante della Costituzione, abbia sempre rivendicato con fermezza la propria competenza a sindacare la compatibilità di disposizioni di leggi o atti normativi con i parametri costituzionali, anche laddove da tali interventi potessero discendere eventuali lacune o vuoti normativi<sup>221</sup>. Pertanto, il Giudice delle leggi, utilizzando i parametri costituzionali di cui agli artt. 9 e 33 Cost., avrebbe potuto entrare nel merito del bilanciamento degli interessi effettuato dal legislatore e, come peraltro già effettuato in passato, adottare una sentenza manipolativa, demandando, ad esempio, la scelta circa la donazione degli embrioni ad una valutazione congiunta dei medici e dei genitori. Attraverso il ricorso ad una pronuncia di inammissibilità, invece, la Corte ha lasciato le scelte interamente nelle mani del legislatore, contrapponendo fermamente la tutela dell'embrione, considerato *vita* a tutti gli effetti, alla libertà della ricerca e del progresso scientifico, valori quasi *decostituzionalizzati* dall'atteggiamento *self restraint* assunto dalla Consulta<sup>222</sup>. Invero, la Corte, con tale decisione, ha evitato di incidere su un ulteriore punto fortemente discusso della legge 40, facendo un notevole passo indietro rispetto al lavoro coraggioso ed innovativo degli anni precedenti, volto a trasformare i contenuti e l'equilibrio dei valori sottesi alla normativa in

---

<sup>220</sup> V. Tigano, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, cit., p. 10 ss. Anche sotto tale profilo, non può non essere evidenziata, poi, la contraddittorietà del ragionamento della Corte rispetto a quanto statuito nella recente sent. n. 49/2015, con la quale la Consulta, rivedendo i rapporti intercorrenti tra la giurisprudenza interna e quella sovranazionale, ha affermato come il giudice costituzionale non sia vincolato a qualsiasi decisione della Corte europea. Al contrario, nella decisione in commento, smentendo quanto precedentemente affermato, il giudice delle leggi richiama espressamente alcune statuizioni e affermazioni contenute nella sentenza Parrillo, considerandole quali principi vincolanti, da dover rispettare nella propria decisione.

<sup>221</sup> Corte cost., s.n. 162/2014: «Una volta accertato che una norma primaria si pone in contrasto con parametri costituzionali, questa Corte non può, dunque, sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio e deve dichiararne l'illegittimità, essendo poi compito del legislatore introdurre apposite disposizioni' allo scopo di eliminare le eventuali lacune che non possano essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione, qualora ciò sia ammissibile».

<sup>222</sup> Sul punto si veda C. Casonato, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte Costituzionale n. 84/2016*, cit., p. 168 ss.

materia di PMA.

## 6. Considerazioni conclusive.

Ancora una volta, come spesso è accaduto nel nostro ordinamento nella regolamentazione di questioni *eticamente sensibili*, così come è stato fondamentale il ruolo della giurisprudenza per arrivare all'adozione di una normativa che potesse garantire tutela "ad un campo troppo vasto di diritti negati"<sup>223</sup>, altrettanto decisivo è risultato il contributo dei giudici per la sua trasformazione.

Invero, dal 2004, anno di emanazione della legge 40, gli interventi della giurisprudenza costituzionale<sup>224</sup> hanno indotto una vera e propria metamorfosi della struttura e delle norme in materia di P.M.A., sconfessando le scelte originariamente effettuate dalla politica. La Corte, avvalendosi delle tecniche di bilanciamento dei diritti ed interessi coinvolti, mediante l'utilizzo dei canoni della ragionevolezza e della proporzionalità, ha consentito alla normativa in materia di P.M.A. di perdere (in parte) quel carattere confessionale e assolutista e di acquisire un volto compatibile con i principi di uno Stato laico e pluralista. Tuttavia, la Corte, consapevole di muoversi nell'ambito di una «legge costituzionalmente necessaria»<sup>225</sup>, nella sua stessa giurisprudenza ha ribadito la necessità di un intervento del legislatore nelle questioni bioetiche<sup>226</sup>, particolarmente in quelle concernenti l'inizio vita, ove molteplici sono gli interessi costituzionali in rilievo. Scongiurato, pertanto, il rischio di un pericoloso vuoto legislativo e di una totale libertà delle scelte individuali nelle questioni di inizio vita, l'analisi delle pronunce emanate dalla Corte ha evidenziato come l'intervento legislativo, pur necessario, debba essere effettuato con *metodo*, evitando scelte

<sup>223</sup> M. D'Amico, *La Corte Costituzionale chiude la porta agli scienziati*, cit., p. 181.

<sup>224</sup> Oltre al ruolo fondamentale della Corte costituzionale, appare necessario evidenziare il contributo decisivo fornito dalle Corti sovranazionali e dai giudici comuni, i quali, ove non hanno potuto fornire interpretazioni costituzionalmente orientate delle disposizioni della l. 40/2004, ne hanno evidenziando i profili di illegittimità, sollevando i relativi incidenti di costituzionalità.

<sup>225</sup> La Consulta, nella sentenza n. 45/2005, ha dichiarato inammissibile il quesito referendario volto all'abrogazione dell'intera l. 40/2004, attribuendo a tale normativa la qualifica di legge costituzionalmente necessaria, ossia di «legge ordinaria, la cui eliminazione ad opera del referendum, priverebbe di una tutela minima situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione».

<sup>226</sup> Eppure, molti Autori si sono chiesti se effettivamente la legge 40, nel suo complesso, con le sue criticità, possa garantire un livello minimo di tutela superiore rispetto a quello comunque previsto in assenza di una qualsiasi regolamentazione giuridica. Al riguardo si veda A. Ruggieri, *Tutela minima di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte Cost. nn. 45-49 del 2005)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

troppo radicali, che prevedano l'imposizione di divieti assoluti e stringenti limiti oggettivi e soggettivi, lesivi del pluralismo e della libertà di autodeterminazione degli individui.

La Corte, pertanto, pur ribadendo il suo ruolo di garante della ragionevolezza delle scelte legislative, ben consapevole dei rischi connessi alla figura di un Giudice *legiferante*, più volte ha inviato moniti al legislatore, volti a sollecitare un nuovo intervento in materia di P.M.A, fissando paletti chiari e precisi all'esercizio della discrezionalità legislativa<sup>227</sup>. Ed, infatti, la Corte è apparsa sempre ben consapevole, nel rispetto del principio della separazione dei poteri, di come la determinazione dei limiti, delle modalità d'intervento, nonché delle garanzie da prevedere, fossero ambiti rimessi necessariamente alla discrezionalità del legislatore, non avendo la disciplina sulla P.M.A. anche un contenuto *costituzionalmente vincolato*.

A ben vedere, a seguito del *restyling* operato dalla Corte, del nuovo equilibrio di valori posto a base dell'impianto della legge sulla PMA, un nuovo intervento legislativo sembrerebbe più che necessario, se non doveroso. L'iniziativa del Parlamento, infatti, consentirebbe di completare il lavoro svolto dalla Consulta, al fine sia di disciplinare aspetti sicuramente sottratti al sindacato del Giudice delle leggi, sia di modificare, se non abrogare, disposizioni che, ormai, appaiono retaggio del vecchio spirito assolutista della legge 40 e che, pertanto, non hanno più ragione di esistere. Invero, sembrerebbe necessario incidere sulla irrevocabilità del consenso, sancita dall'art 6, comma 3, disposizione più volte sottoposta allo scrutinio del Giudice delle leggi, e su cui la Corte, non sempre in maniera ragionevole, ha evitato di incidere<sup>228</sup>.

C'è da chiedersi, poi, anche alla luce dei principi espressi con fermezza dalla più recente giurisprudenza di merito e di legittimità, volti quasi a sancire un riconoscimento definitivo delle famiglie omogenitoriali<sup>229</sup>, se non sia necessario iniziare quantomeno a discutere

---

<sup>227</sup> Ad esempio, nella sent. n. 96/2015 in materia di P.G.D., la Corte ha chiamato espressamente il legislatore ad intervenire, al fine di determinare le modalità di accesso alla diagnosi genetica preimpianto.

<sup>228</sup> Nonostante prevalgano diverse soluzioni interpretative, volte ad escludere l'applicabilità dell'art. 6 comma 3, la Corte ha evitato, anche nell'ultima sentenza n. 84/2016, di fornire un'interpretazione chiarificatrice della norma, che avrebbe potuto eliminare in via definitiva dubbi sulla sua legittimità costituzionale, sancendo l'inesistenza di un obbligo giuridico di trasferimento dell'embrione. Sul punto si veda V. Tigano, *De dignitate non disputandum est? la decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, cit., p. 7 ss.

<sup>229</sup> Le più importanti pronunce dei giudici europei e nazionali in materia di filiazione si sono basate sulla valutazione del concreto legame affettivo familiare e, avendo come prioritario punto di riferimento l'interesse del minore, hanno messo in discussione il principio necessariamente biologico del carattere di filiazione, tutelando l'unione omosessuale sulla base del riferimento all'art. 2 Cost., precisando che la nozione di formazione sociale debba essere intesa come inclusiva di ogni forma di comunità idonea a consentire il libero

dell'accesso alle tecniche di P.M.A. ai *singles* o alle coppie *same sex*. Più difficile ipotizzare che possa essere messo in discussione il divieto di maternità surrogata, ribadito, invece, anche nelle più recenti pronunce della Corte<sup>230</sup>.

Al di là delle soluzioni legislative ipotizzabili, ciò che occorre evidenziare è come la Corte abbia fatto emergere con chiarezza dalle sue pronunce quale sia la strada da percorrere per la regolamentazione ragionevole di materie profondamente sensibili, come quelle relative alla P.M.A., ossia il *quomodo* dei futuri e possibili interventi del Parlamento.

I principi espressi dalla Corte, nelle varie pronunce, volti a censurare le scelte del legislatore del 2004, hanno mostrato come, ragionando dei diritti che vengono in rilievo nelle diverse fattispecie relative alla P.M.A., non possano essere predisposte gerarchie e classificazioni aprioristiche ed immobili, ma come il legislatore debba avvalersi delle *tecniche di bilanciamento*, quale criterio principale di composizione degli interessi contrapposti, in grado di garantire quel necessario *livello minimo di tutela* ad ognuno di essi. Ciò chiaramente impone di tener conto che la tutela del concepito possa e debba prevalere in molti casi, ma che altrettanto debba *soccombere* in altri, soprattutto allorquando si tratti di tutelare gli interessi di soggetti *già esistenti*, quali ad esempio la salute psico-fisica della madre, principio già espresso nella sentenza n. 27/1975, e ribadito con fermezza nelle ulteriori pronunce della Corte in materia di P.M.A.

Lo strumento indispensabile, quindi, per completare l'opera di *laicizzazione* e riscrittura della legge sulla P.M.A. viene individuato nel principio della proporzionalità e ragionevolezza. E' questo il *metodo* che la Corte suggerisce al legislatore, al fine di ricondurre il dibattito politico inerente le questioni bioetiche, all'emanazione di una disciplina che possa evitare di essere nuovamente esposta a censure di incostituzionalità, e che sappia, invece, muoversi nel rispetto di tutti gli interessi costituzionali coinvolti,

---

sviluppo della persona, nella vita di relazione, anche dell'unione omosessuale (Corte cost., s.n. 138/2010). Le recenti pronunce in materia pongono, quindi, la necessità di rivedere anche il comma 20 della l.n. 76/2016 (c.d. *legge Cirinnà*) in materia di unioni civili, il quale esclude l'applicabilità della disciplina sull'adozione (L. 1983 n. 184) alle unioni civili, eliminando, almeno normativamente, il riferimento alla cd. *stepchild adoption*.

<sup>230</sup> Tale divieto, infatti, è stato indirettamente ribadito anche nella recente sentenza n. 272 del 18 dicembre 2017, a mezzo della quale la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 263 del c.c., rilevando che il giudice chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale concepito attraverso la surrogazione di maternità è sempre tenuto a valutare, in modo comparativo, l'interesse alla verità e quello del minore, ribadendo l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento collega alla surrogazione di maternità, la quale «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

attraverso strumenti “proporzionati, all’obiettivo e all’interesse tutelato dal legislatore stesso”<sup>231</sup>.

Invero, ciò che emerge con evidenza dalle statuizioni del Giudice delle leggi è che il ricorso al principio della ragionevolezza, in ambiti connotati da un’ampia discrezionalità legislativa, impone di realizzare un bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti «con modalità tali da non determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva», al fine di delineare una disciplina che sia compatibile con il dettato costituzionale<sup>232</sup>. Disciplina che, pertanto, dovrà necessariamente essere *leggera*, flessibile, *a maglie larghe*, “frutto di una mediazione alta tra le varie posizioni in campo”<sup>233</sup>; che necessariamente dovrà rifuggire dall’obiettivo di voler disciplinare minuziosamente ogni condotta bioeticamente rilevante, di tradurre l’etica o la morale in fattispecie normative vincolanti *erga omnes*, che tenda ad evitare la previsione di limiti assoluti e generali, frutto di una visione paternalistica dello Stato, volti ad imporre ai consociati una determinata visione valoriale, compromettendo inesorabilmente ed illegittimamente uno dei termini del bilanciamento.

**Abstract:** La legge 40/2004, disciplinante il fenomeno della procreazione medicalmente assistita, ha rappresentato una delle normative più controverse dell’ultimo decennio, riaccendendo l’annoso dibattito sul complesso rapporto tra scienza, diritto e persona.

Il carattere fortemente repressivo della legge ha determinato la necessità di un’ incisiva opera di trasformazione della stessa da parte della giurisprudenza, in particolar modo attraverso le pronunce della Corte costituzionale, le quali hanno letteralmente riscritto l’impianto della legge 40.

Nel presente lavoro, si è ripercorso l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, evidenziando il percorso argomentativo delineato nelle varie sentenze pronunciate dalla Corte, incentrato sul richiamo ai principi di *proporzionalità* e *ragionevolezza*, attraverso i quali, la Corte ha consentito alla normativa in materia di PMA di garantire il necessario bilanciamento di tutti gli interessi costituzionali coinvolti, inviando un chiaro

---

<sup>231</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p. 25 ss.

<sup>232</sup> Principio espresso chiaramente in Corte cost., s.n. 1/2014 nel punto 3.1 del *Considerato in diritto*, nonché nella precedente pronuncia della Corte cost., s.n. 1130/1988.

<sup>233</sup> P. Veronesi, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla prova dei giudici e della Corte Costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2004, p. 540 ss.

monito al legislatore anche per i futuri e necessari interventi in materia di procreazione assistita.

**Abstract:** Law 40/2004, which sets the phenomenon of medically assisted procreation (MAP), has represented one of most controversial regulations of the last decade, igniting the long-standing debate on the complex relationship between science, law and person. The strongly repressive character of the law has determined need of an incisive work of transformation of it, carried out by the jurisprudence of the Constitutional Court, which has literally rewritten the structure of law 40.

This work has analyzed the evolution of the constitutional jurisprudence on law 40, highlighting the argumentative route outlined in the various sentences pronounced by the Court, focusing on the principles of “proportionality” and “reasonableness”, through which the Court allowed the legislation on MAP to guarantee the necessary balancing of all constitutional interests involved, sending a clear message to the Parliament, also for the future and necessary legislative works on assisted reproduction.

**Parole chiave:** PMA – embrione umano – scienza – diritto - Corte Costituzionale – bilanciamento degli interessi – proporzionalità – ragionevolezza.

**Key words:** medically assisted procreation – embryo - science – law – Constitutional Court – balancing of interests – proportionality – reasonableness.