



24 FEBBRAIO 2021

Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema

di Nikolaj Vinai

Specializzato presso Scuola di Specializzazione in Professioni legali
Università degli Studi di Torino

Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema*

di Nikolaj Vinai

Specializzato presso Scuola di Specializzazione in Professioni legali
Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: Il presente lavoro si concentra sui contenuti della sentenza della Corte costituzionale n. 221 del 2019, che sancisce la non illegittimità costituzionale del divieto imposto dalla legge n. 40/04 di fecondazione eterologa per le coppie omosessuali, e sui riverberi che ne derivano sull'ordinamento, in special modo sulla teoria dei diritti fondamentali. Dopo aver ricostruito l'evoluzione giurisprudenziale della fecondazione artificiale in Italia, dall'intervento legislativo del 2004 alle plurime pronunce dei giudici costituzionali e della Corte europea dei diritti umani, si analizzano le argomentazioni della sentenza n. 221 che presenta elementi di continuità ma anche, in qualche modo, di rottura con quell'evoluzione. Ci si soffermerà particolarmente sulla questione dell'uso del canone della ragionevolezza da parte della Corte, sul tema della discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale e di quella fondata sulla capacità economica delle coppie omosessuali, sul problema della qualificazione delle tecniche di PMA come terapie e della conseguente configurabilità di una violazione del diritto alla tutela della salute. Infine, il discorso si appunterà sull'identificazione di un diritto a procreare, sulla sua compatibilità con il dettato costituzionale, sul suo rapporto con la libertà di autodeterminarsi e sugli effetti che quest'ultima ingenera rispetto alla nozione costituzionale di libertà sulla tavola assiologica in cui si sostanzia la Carta Costituzionale, sul confine alla libertà costituito dalla dignità della persona, sul confine ai diritti costituito dai doveri, confine che integra la definizione stessa di diritti, di libertà.

Abstract [En]: This work focuses on the contents of the Constitutional Court's judgment no. 221 of 2019, which declares the not constitutional illegitimacy of the prohibition imposed by Law no. 40/04 on heterologous fertilization for homosexual couples, and on the reverberations that derive from it on the legal system, especially on the theory of fundamental rights. After reconstructing the jurisprudential evolution of artificial fecundation in Italy, from the Law of 2004 to the numerous rulings of the constitutional judges and the European Court of Human Rights, the arguments of judgment no. 221 are analysed, which presents elements of continuity but also, in some ways, of rupture with that evolution. We will focus in particular on the question of the Court's use of the reasonableness, on the issue of discrimination on the basis of sexual orientation and discrimination based on the economic capacity of homosexual couples, on the issue of classification of MAP techniques as therapies and the consequent infringement of the right to health protection. Finally, the speech will focus on the identification of a right to procreate, on its compatibility with the constitutional dictate, on its relationship with the freedom to self-determine and on the effects on the axiological table, in which the Constitutional Charter is substantiated, that self-determination has on the constitutional notion of freedom, on the boundary of freedom constituted by the dignity of the person, on the boundary of rights constituted by duties, a boundary that integrates the very definition of rights, the very definition of freedom.

Parole chiave: procreazione medicalmente assistita; famiglia; principio di ragionevolezza; diritto alla salute; diritto ad autodeterminarsi

Keywords: medically assisted procreation; family principle of reasonableness; right to health; right to self-determination

Sommario: 1. Notazioni introduttive. 2. La fecondazione eterologa in Italia: un'evoluzione quasi tutta "sostanziale". 3. I due pilastri della legge n. 40 e la decisione della Corte. 3.1. Sull'art. 2 Costituzione: il canone di ragionevolezza. 3.1.1. L'unione omosessuale tra "formazione sociale" e famiglia. 3.1.2. Capacità genitoriale e

* Articolo sottoposto a referaggio.

capacità a procreare: l'alterità tra adozione e PMA. **3.1.3.** Il principio di ragionevolezza a confronto con la sottile soglia del "giudice legiferante". **3.2.** Sull'art. 3 Costituzione: discriminazione sessuale e discriminazione economica. **3.2.1.** Il primo profilo del principio di eguaglianza: la funzione terapeutica della PMA e il tema dell'infertilità idiopatica. **3.2.2.** Il secondo profilo del principio di eguaglianza: il problema dell'elusione dei divieti in relazione alla diversità delle normative straniere. **3.3.** Sull'art. 32 Costituzione: la tutela della salute tra ripensamenti ed equivoci. **3.3.1.** La nuova valutazione della "salute psicofisica della coppia". **3.3.2.** L'equivocità del richiamo all'art. 32 Cost. **4.** Desiderio, "determinazione", diritti fondamentali. Riflessioni sul diritto ad autodeterminarsi

1. Notazioni introduttive

Con la sentenza n. 221 del 2019¹, depositata il 23 ottobre, relativa al giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, e degli artt. 4, 5 e 12, commi 2, 9 e 10, della legge n. 40 del 2004, la Corte costituzionale pone un nuovo tassello nella oramai lunga strada dell'interpretazione giurisprudenziale delle «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita». Come già accaduto più volte in questa delicata materia, la Consulta alterna pronunce di accoglimento delle questioni prospettate dai giudici *a quibus* a pronunce di infondatezza, mostrando una certa problematicità a trattare il tema². Nel caso di specie la Corte si pronuncia su due ordinanze promosse, rispettivamente, dal Tribunale ordinario di Pordenone (in data 2 luglio 2018, ord. n. 129) e dal Tribunale ordinario di Bolzano (in data 3 gennaio 2019, ord. n. 60), che, sollevando questioni analoghe e appuntandosi in parte sulle stesse norme, hanno indotto la Corte a riunire i relativi giudizi per definirli con un'unica decisione. Le due vicende, dunque, sono analoghe, ma con alcune non irrilevanti differenze, ragion per cui sarà utile ripercorrerle brevemente.

Le ricorrenti avanti il Tribunale ordinario di Pordenone, due donne conviventi *more uxorio* dal 2012, a fronte della maturazione, intercorsa con il tempo, del desiderio alla genitorialità e della nascita di due gemelli concepiti mediante la procreazione medicalmente assistita [d'ora in poi PMA] a cui una delle predette si era sottoposta in Spagna, muovono richiesta all'Azienda per l'assistenza sanitaria n. 5 "Friuli occidentale" di poter accedere ad un percorso di PMA per l'altra partner. Le motivazioni addotte sono che il servizio di PMA istituito presso la suddetta Azienda è di elevato livello qualitativo e che i costi da

¹ Per alcuni commenti, di diverso segno, può vedersi, ad esempio, R. FADDA, *Il conflitto assiologico nella legge n. 40/2004 tra morale Kantiana e diritto alla procreazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 2, 2020; U. SALANITRO, *'A strange loop'. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1, 2020; B. LIBERALI, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile "diritto a procreare"?*, in *Studium iuris*, n. 5, 2020; G. RECINTO, *La Consulta e la legittimità del divieto per coppie dello stesso sesso di ricorrere alla PMA: non sussiste "un diritto assoluto alla genitorialità"*, in *giustiziacivile.com*, (06.11.2019); M. C. VENUTI, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 3, 2020.

² G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it, (03.07.2014), pag. 1: «è interessante [...] rilevare come la Corte abbia alternato significative pronunzie caducatorie (sentt. 151 del 2009 e 162 del 2014) a discutibili decisioni interlocutorie (ordd. 369 del 2006 e 150 del 2012). Questo dato, al di là delle (indubbiamente) preminenti ragioni in punto di diritto che hanno determinato l'inammissibilità o la restituzione degli atti, è indicativo del travaglio della stessa Corte nell'adottare decisioni sul merito delle questioni sollevate».

sostenere per una fecondazione artificiale all'estero risultano essere particolarmente gravosi; a seguito delle ultime pronunce della Consulta (sentenza n. 162 del 2014 e sentenza n. 96 del 2015) le ricorrenti ritengono che l'accesso a tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologa debba essere consentito in Italia anche alle coppie omosessuali. Le due donne si vedono, però, respingere la loro richiesta dall'Azienda sanitaria friulana sulla scorta dell'argomento per cui la legge n. 40/04 riserva la fecondazione artificiale alle sole coppie costituite da persone di sesso diverso³.

La vicenda che ha condotto al sollevamento della questione di legittimità costituzionale ad opera del Tribunale ordinario di Bolzano vede, invece, protagoniste due donne unite da un vincolo di coniugio contratto in Danimarca nel 2014, con atto successivamente trascritto nel registro delle unioni civili italiano. Le condizioni fisiche e di salute di entrambe non consentono loro di procreare, soffrendo, la prima, di un'aritmia cardiaca in ragione della quale le era stato sconsigliato di sostenere una gravidanza (suggerendole, anzi, di sottoporsi ad una terapia anticoncezionale); e avendo, la seconda, a seguito di trattamenti d'inseminazione artificiale svolti in Danimarca, subito l'asportazione della salpinge uterina destra e l'intercorsa chiusura di quella sinistra, con conseguente menomazione assoluta della propria capacità a produrre ovuli. Le ricorrenti si sono, allora, rivolte all'Azienda sanitaria della provincia autonoma di Bolzano, avanzando richiesta di poter accedere alla fecondazione eterologa che avrebbe consentito, grazie all'utilizzo complementare delle loro residue potenzialità riproduttive (produzione ovarica della prima e gestazione della seconda), di superare lo scoglio alla soddisfazione del desiderio di genitorialità rappresentato dall'infertilità della coppia. Anche in questo caso l'Azienda locale respingeva la richiesta con la medesima argomentazione già proposta dall'Azienda sanitaria "Friuli occidentale" e riportata *supra*.

Ambedue i giudici remittenti reputano non praticabile la via di un'interpretazione conforme a Costituzione delle norme censurate, stante l'univocità del tenore letterale dell'enunciato normativo. L'affermazione è condivisa dai giudici costituzionali, i quali, infatti, nella pronuncia in oggetto scrivono: «stabilendo che alle tecniche di PMA possano accedere solo coppie formate da persone di "sesso diverso" (art. 5) e prevedendo sanzioni amministrative a carico di chi le applica a coppie "composte da soggetti dello stesso sesso" (art. 12, comma 2), la legge n. 40 del 2004 nega in modo puntuale e inequivocabile alle coppie omosessuali la fruizione delle tecniche considerate. Ciò, peraltro, in piena sintonia con l'ispirazione di fondo della legge stessa» (punto 7 del considerato in diritto).

³ Ed in effetti l'art. 5 recita: «fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenti *di sesso diverso*, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Corsivo nostro.

Si ritornerà diffusamente più avanti sulle idee guida che informano la *ratio legis* dell'intervento legislativo del 2004; qui è sufficiente aggiungere che la dichiarazione di infondatezza delle questioni da parte della Corte riposa sulla circostanza per cui il giudice delle leggi ravvede l'insistere di tali questioni su di un piano del tutto differente e non riconducibile a quello delle due pronunce n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015. Se l'alterità delle situazioni in esame – alla luce delle valutazioni effettuate nella sentenza n. 221 dalla Corte – è inconfutabile, cionondimeno alcune incongruenze, comparando le argomentazioni prospettate nelle pronunce sopra ricordate, emergono. A valle di ciò - ma, sotto un diverso angolo visuale, anche “a monte” – si staglia il tema della definizione dei confini del diritto alla genitorialità, o meglio della sua concreta sussistenza all'interno dell'ordinamento e della sua successiva ed eventuale individuazione come diritto fondamentale, nonché il problema relativo alla sua derivazione dal più generale diritto all'autodeterminazione della persona e all'impatto che la valorizzazione di quest'ultimo comporta sulla concezione della nozione di libertà contenuta nella Costituzione e su quella degli stessi diritti fondamentali.

2. La fecondazione eterologa in Italia: un'evoluzione quasi tutta “sostanziale”⁴

L'insorgere del dibattito politico in Italia sulla procreazione artificiale – relativamente alla quale «il fenomeno procreativo assume una portata caleidoscopica: mentre la procreazione naturale è e rimane un fatto privato, quella artificiale diventa un fatto di rilievo pubblico perché il soggetto richiede assistenza allo Stato per poterla realizzare»⁵, conducendoci nell'ambito del biodiritto – è databile intorno alla metà degli anni Cinquanta del secolo scorso, in occasione di una fecondazione eterologa con seme di donatore anonimo esterno alla coppia e della successiva richiesta di disconoscimento del figlio da parte del marito. Il Tribunale di Roma, ammettendo l'azione, scriveva come si presentasse ormai «indilazionabile una regolamentazione della materia, che [assecondasse] l'evoluzione della tecnica medica»⁶.

I tentativi legislativi per addivenire ad una disciplina organica della questione, però, non vennero coronati dal successo di un'approvazione parlamentare⁷. Ciononostante essi contribuirono, insieme al caso *Baby*

⁴ Il riferimento è a G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pag. 15 e ss., dove l'autore distingue tra “diritto come forma” e “diritto come sostanza”. Il “diritto come forma” è riconducibile alla legge, *ius positum*, posta dall'autorità legittimata a farlo, è *habitus* esteriore che postula l'ubbidienza. Il “diritto come sostanza”, invece, è riconducibile al diritto contrapposto alla legge e si riferisce all'esperienza giuridica della disposizione che diviene norma per il tramite della sua interpretazione finalizzata all'applicazione, è *habitus* interiore. Sono i due poli, non alternativi ma coesenziali, che per Zagrebelsky costituiscono la dualità del Giano bifronte diritto.

⁵ S. APA, *Il diritto ad accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi*, in *Rivista di BioDiritto*, (www.biodiritto.org), fasc. 1/2017, Introduzione.

⁶ Trib. di Roma, 30 aprile 1956.

⁷ Come ricorda M. ABAGNALE, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in www.forumcostituzionale.it, (22.01.2015), §. 2, la prima fase della vicenda legislativa in materia di fecondazione assistita

M. deciso dalla Corte del New Jersey in tema di maternità surrogata⁸, ad alimentare il dibattito pubblico. Parallelamente all'inerzia legislativa, l'evoluzione della scienza medica poneva domande incentrate su figure o ipotesi di nuovi diritti quali «il diritto alla procreazione e il diritto ad un patrimonio genetico non manipolato»⁹ che comportarono *obtorto collo* – si potrebbe dire – un intervento sempre più significativo da parte della giurisprudenza: «il contesto era caratterizzato, dunque, da una “non coincidenza tra vuoto normativo e vuoto legislativo”, poiché, in concreto, la liceità delle tecniche di fecondazione artificiale, oltre ad essere avallata dalla giurisprudenza, era salvaguardata dalle innumerevoli ordinanze ministeriali che cercavano di assicurare il giusto bilanciamento tra il principio di libertà e autodeterminazione del singolo e gli altri principi ricavabili dall'ordinamento giuridico»¹⁰.

Nel nuovo millennio, precisamente il 19 febbraio 2004, fece il suo ingresso nell'ordinamento italiano la prima regolamentazione della materia connotata da un'anima indiscutibilmente restrittiva – fu detta la

può essere associata alla III legislatura, la seconda fase al periodo ricompreso tra la IX e la XII legislatura (i due progetti di legge della Commissione Santosuosso), la terza alla XIII e XIV legislatura.

⁸ Sempre M. ABAGNALE, §. 2, nota 17, richiama la sentenza della Corte del New Jersey, che, nel 1988, si pronunciò sul caso di una donna che aveva stipulato un contratto a titolo oneroso di maternità surrogata in favore di un'altra donna. Pur invalidando il suddetto contratto, i giudici statunitensi non considerarono illegale che una donna, volontariamente e senza corrispettivo in denaro, si potesse rendere madre surrogata accettando, senza alcun costringimento esterno o vincoli di sorta, di rinunciare ai suoi diritti di madre e di consegnare il figlio. Sulla questione può vedersi A. MIRANDA, *Diritti dei genitori ed interesse del minore nel caso In Re Baby M.*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 3-4, 1987, pag. 1515 e ss.

⁹ S. RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, CEDAM, Padova, 1989, pag. 139.

¹⁰ M. ABAGNALE, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., §. 2.

«legge più rigida d'Europa»¹¹ – ove l'embrione veniva qualificato quale soggetto di diritto fin dal concepimento, il che le valse pure il titolo di legge «a tutela dell'embrione»¹².

Originariamente la legge n. 40 contemplava come tecniche di PMA unicamente quelle riconducibili alla cosiddetta fecondazione omologa, vale a dire quella in cui il materiale genetico adoperato è reperito esclusivamente all'interno della coppia che della fecondazione assistita si avvale. Vigeva, difatti, un divieto assoluto di sottoporsi a pratiche di fecondazione eterologa, nella quale vi è la necessità di un donatore esterno alla coppia che sofferisca alla sterilità o infertilità (per riprendere il lessico adoperato dal legislatore, ancorché sia pacifico che i due termini sono usati alla stregua di sinonimi¹³) di uno dei due; pratica che, prima della legge del 2004, era ammessa nel nostro ordinamento ed esercitata in diversi centri privati.

¹¹ B. FERRARO, *Profili della disciplina sulla fecondazione medicalmente assistita*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 1, 2005, pag. 252. Il panorama europeo, difatti, per quanto sfaccettato, presenta generalmente un approccio meno restrittivo di quello approntato originariamente dalla legislazione italiana del 2004. Si pensi al «modello decisamente permissivo-autorizzatorio» della Gran Bretagna (*l'Human Fertilisation and Embryology Bill* del 2008), ove «la fecondazione eterologa è consentita a prescindere dall'orientamento sessuale e dallo stato civile della richiedente, con la conseguenza che possono accedervi sia le donne sposate, sia quelle che hanno assunto un *civil partnership* o sono impegnate in una coppia di fatto, nonché le *single* e le donne omosessuali» ed è ammessa la donazione di materiale genetico, nonché la gestazione per altri (ma senza scambio di denaro) e l'inseminazione *post-mortem*, ed alla disciplina liberale spagnola, ove sin dalla legge n. 35/1988 sono consentite tutte le tecniche di fecondazione assistita nonché la donazione di materiale genetico (per cui è previsto il diritto al rimborso spese, ivi compresi i c.d. pre-embrioni («l'embrione in vitro costituito dall'insieme di cellule derivanti dalla divisione progressiva dell'ovocito dal momento della fecondazione fino a 14 giorni dopo»), senza limitazioni per le persone sole né per età della donna e senza prevedere la sterilità od infertilità come presupposti. Sono altresì ammesse alle tecniche di PMA donne omosessuali coniugate o conviventi o donne sole in Finlandia, Danimarca, Belgio, Paesi Bassi, Grecia. In diversa prospettiva si pone la legislazione francese che, al pari di quella italiana, «alla luce del principio di solidarietà, ha optato per una concezione terapeutica della procreazione assistita, quale rimedio nei casi di sterilità, infertilità o rischio di trasmissione di malattie ereditarie», vietandone l'accesso alle persone sole ed alle coppie omosessuali, ma consentendo dal 2011 tanto la donazione di gameti quanto quella di embrioni qualora la coppia che li ha concepiti rinunci al progetto genitoriale. Dal 2021 dovrebbe entrare in vigore una nuova «legge sulla bioetica» (nel mese di febbraio è calendarizzato il dibattito al Senato) che apre all'eterologa anche per le donne sole e le coppie lesbiche, inserendo quella francese nel gruppo delle legislazioni in materia più liberali d'Europa. E si ricordi, infine, la regolamentazione restrittiva della Germania, che significativamente prende il nome di *Embryonenschutzgesetz* (Legge per la tutela dell'embrione), ove la fecondazione eterologa non è espressamente vietata, ma è penalmente sanzionata «la c.d. ovodonazione (ovvero la fecondazione di un ovulo che non venga poi utilizzato per la donna cui appartiene)», oltre che la maternità surrogata, e dove le condizioni per il rimborso statale hanno subito una stretta nel 2004 che ha determinato un'importante flessione del numero di PMA e successivamente una sua stabilizzazione. Per le citazioni che precedono e per approfondire S. APA, *Il diritto ad accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi*, cit., §§. da 3.1 a 3.4.

¹² F. MANCUSO, *Principi, valori e dignità: con un excursus su E.-W. Böckenförde e la questione dell'embrione*, in F. MANCUSO - A. CATANIA, *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*, Mimesis, Milano, pag. 123 e ss.

¹³ Sono le stesse linee guida del 2004 a precisarlo. Sul punto, tuttavia, rileva P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2014, §. 1, nota 4, che «i significati dei due termini non possono essere considerati perfettamente coincidenti: nella letteratura scientifica la coppia si considera infertile se non è in grado di concepire dopo uno o due anni di rapporti sessuali regolari e non protetti; per sterilità s'intende, invece, l'incapacità di condurre la gravidanza fino all'epoca in cui si riesca a garantire una vitalità del feto», richiamandosi WORLD HEALTH ORGANIZATION, *The epidemiology of infertility. Report of a WHO Scientific Group*, Geneva, 1975, pag. 20.

Tale categorico divieto generale, «certamente il più coriaceo dei divieti originariamente predisposti in materia di PMA»¹⁴, resistette per un decennio, fino a quando non cadde sotto la scure di una declaratoria di costituzionale illegittimità parziale: la sentenza n. 162 del 2014. In tale pronuncia la Consulta apre alla fecondazione assistita in favore di coppie di sesso diverso a cui «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili» dichiarando, di conseguenza, illegittimo, limitatamente alla predetta evenienza, il divieto di fecondazione eterologa imposto dall'art. 4 comma 3 della legge n. 40. La decisione si fonda sul riscontro di un «evidente elemento di irrazionalità». Se, difatti, la disciplina dettata dal legislatore nel 2004 deve ritenersi fondata sul richiamo alle tecniche di PMA, intese come rimedi alla sterilità ed infertilità umana a carattere patologico e non altrimenti rimovibile, frustrare in maniera assoluta il desiderio alla genitorialità delle «coppie affette dalle patologie più gravi»¹⁵ si pone in palese contrasto con la appena menzionata *ratio legis* del provvedimento oltre che con gli artt. 3 e 32 Cost.¹⁶, assurgendo a indice di un bilanciamento degli interessi irragionevole e, pertanto, censurabile. Ne discende la «collocazione del ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa tra le libertà ascrivibili all'individuo. La determinazione di avere o meno un figlio è espressione della generale *libertà di autodeterminazione* e, in quanto tale, è incoercibile perché concerne la sfera intima e privata della persona; la scelta di diventare genitori e formare una famiglia spetta anche alla coppia sterile o infertile che intenda perseguire tale scopo accedendo alle tecniche di PMA di tipo eterologo. Considerate queste due fondamentali premesse, il sillogismo si completa: anche per tali ultimi soggetti la scelta deve considerarsi incoercibile»¹⁷. Inoltre, la decisione del giudice delle leggi del 2014 implica la soppressione del divieto di donazione di gameti: «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa»¹⁸. Effettivamente, «le pratiche di fecondazione realizzate avvalendosi di gameti che provengono da un terzo soggetto donatore estraneo alla coppia non offendono alcun bene giuridico»¹⁹, non pregiudicando né la salute della donna – poiché i rischi cui verrebbe sottoposta non differiscono da quelli potenzialmente collegabili alla fecondazione omologa –, né l'osservanza dell'obbligo della fedeltà

¹⁴ P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., §. 4.

¹⁵ Per le citazioni che precedono Corte costituzionale, sent. n. 162 del 2014, punto 13 in diritto.

¹⁶ Sul punto commenta A. CAUTELA, *Legge n. 40/2004: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla normativa in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2/2018, §. 1, corsivo nel testo, che «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».

¹⁷ P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., §. 4. Corsivo nostro.

¹⁸ Corte costituzionale, sent. n. 162 del 2014, punto 6 in diritto.

¹⁹ P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., §. 4.

coniugale – la pratica avviene, infatti, col consenso dell'uomo –, né l'interesse del figlio alla certezza biologica della genitorialità e all'identità familiare – non essendo scientificamente provato in alcun modo che la riproduzione tradizionale comporti un contesto familiare in cui crescere necessariamente migliore o più adeguato. Infine, data la necessaria gratuità della donazione dei gameti, è scongiurata l'evenienza di un mercato illecito degli stessi.

Il carattere dirompente di questa pronuncia è stato da alcuni autori ridimensionato, collocandola all'interno di un filone evolutivo della giurisprudenza costituzionale la cui origine può farsi risalire alla sentenza n. 151 del 2009. Infatti, «con tale fondamentale decisione ha cominciato [...] 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»²⁰.

È nota la vicenda, che qui solo brevemente si richiama. L'oggetto della decisione era costituito dall'art. 14 della legge n. 40 nei suoi commi 2 e 3²¹. Le limitazioni imposte al numero degli embrioni (non più di tre) per ogni impianto ed il fatto che fosse necessario procedere al trasferimento nell'utero degli stessi, qualora fosse insorta la necessità di crioconservarli per comprovate ragioni di forza maggiore²², non appena ciò fosse stato possibile, prescindendo da qualunque considerazione in merito all'eventuale pregiudizio così arrecabile alla salute della donna, hanno fatto reputare al giudice delle leggi che la disciplina in esame non garantisse né la tutela della donna né quella dell'embrione. E ciò in quanto «non riconosce[va] al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la

²⁰ A. CAUTELA, *Legge n. 40/2004*, cit., §. 2.

²¹ I due commi in questione recitano: «2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.

3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile».

²² Sottolinea P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., §. 2, richiamando A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Giappichelli, Torino, 2012, pag. 240, che «se, a prima vista, il dettato del comma 3 poteva apparire come una deroga al reato di crioconservazione realizzata in funzione di un bilanciamento di interessi, in realtà si configurava come un ulteriore mezzo, perfettamente coerente con l'intero ordito della legge, idoneo a scongiurare una potenziale manipolazione o strumentalizzazione dell'embrione prima del suo trasferimento in utero, comunque da realizzare appena possibile», indice «di un'ostilità del legislatore nei confronti di metodi artificiali di riproduzione e manipolazione degli embrioni tale da infliggere alla donna che ricorra alle tecniche di PMA “un trattamento peggiorativo e punitivo, per la sua tracotanza, rispetto a colei che abbia concepito per vie naturali”».

salute della donna e del feto»²³. Considerato che «quanto minori [sono] le probabilità di attecchimento embrionale, tanto maggiore sarà il rischio di dover esporre la donna a ulteriori e reiterati cicli di fecondazione e all’insorgenza conseguente di sindromi da iperstimolazione ovarica; nell’ipotesi inversa, invece, l’esito totalmente positivo dell’impianto condurrà a gravidanze trigemine, considerate alla luce dei dati di esperienza e dalla letteratura scientifica come gravidanze a rischio per potenziali complicazioni e pregiudizi sia per la salute della donna che dei nascituri». L’intervento della Corte ha, dunque, consentito – come è stato commentato – di restituire «ragionevolezza all’art. 14 della legge n. 40/2004, rimuovendo le asfissianti soglie predisposte dalla norma e individuando nella salute della donna un valore imprescindibile»²⁴, attraverso la dichiarazione d’illegittimità del comma 2 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», che comporta altresì il venir meno del divieto generale di crioconservazione degli embrioni prodotti ma non impiantati tutti contemporaneamente.

Alcuni hanno anche letto la pronuncia della Corte alla stregua di un rinnovato bilanciamento dei valori alla luce del quale i due obbiettivi fissati dal legislatore nella legge n. 40, vale a dire il fine procreativo e quello della tutela del concepito, «diventano uno nella sentenza: la salute della donna [...] mentre la tutela dell’embrione scompare»²⁵. Trattasi di un giudizio, forse, un poco ingeneroso: la Consulta rimarca in modo risoluto che la decisione del medico non deve tradursi in un rischio per la salute né della donna né tantomeno dell’embrione. Inoltre – e a ben guardare – è la medesima legge n. 40 a prevedere una tutela attenuata per l’embrione in forza del bilanciamento con le esigenze della procreazione: «la legge in esame rivela un limite alla tutela apprestata all’embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando l’individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell’embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge»²⁶.

Peraltro, si è fatto notare che la pronuncia n. 162 del 2014 «appare in linea di continuità con la sent. 151 del 2009, che, pur riguardando una norma diversa, si fonda su argomentazioni simili: la violazione dell’art. 3 Cost., in quanto il legislatore aveva riservato il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché la violazione dell’art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna ed eventualmente del feto»²⁷. Inoltre,

²³ Corte costituzionale, sent. n. 151 del 2009, punto 6.1 in diritto.

²⁴ Per le citazioni che precedono P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., §. 2.

²⁵ L. VIOLINI, *Note minime ad una decisione problematica*, in M. D’AMICO - I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Franco Angeli, Milano, 2010, pag. 195.

²⁶ Corte costituzionale, sent. n. 151 del 2009, punto 6.1 in diritto.

²⁷ G. D’AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse*, cit., pag. 3.

in ambedue i casi l'intervento demolitorio è stato solamente parziale: non è comunque consentito di creare un numero di embrioni superiore a quello che il medico accerterà essere strettamente necessario, così come nella sentenza n. 162 non viene meno il generale divieto di ricorrere alla fecondazione eterologa, bensì esclusivamente quello riferito alle coppie assolutamente infertili o sterili.

Detto altrimenti, tale pronuncia non riconduce affatto la PMA al principio volontaristico stante «l'immutata validità ed efficacia del divieto di maternità surrogata previsto dalla stessa l. n. 40. Dal divieto in esame sono invero interessate non solo le coppie omosessuali maschili, ma anche le coppie eterosessuali, allorché la donna, pur potendo ricorrere all'ovulo e allo sperma donati, non sia in grado di portare a termine l'eventuale gravidanza. Per quanto dovuta a fenomeni patologici, tale particolare forma di infertilità non può invero essere lecitamente curata, ovvero compensata dalla biomedicina, in quanto il coinvolgimento di una donna estranea alla coppia, incaricata di ospitare nel proprio seno l'embrione fino al momento della nascita, comporta inevitabilmente il rischio di sfruttamento e di mercificazione, tanto della madre quanto del bambino»²⁸.

L'altra tappa cruciale in cui si snoda questa regolamentazione “sostanziale” – parafrasando Zagrebelsky – della materia in oggetto è la sentenza n. 96 del 2015. Quest'ultima legittima il ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo per quelle coppie fertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro, tramite la dichiarazione di costituzionale illegittimità – sempre per contrarietà con gli artt. 3 e 32 Cost. – dell'art. 1 comma 1 e 2, nonché dell'art. 4 comma 1 della legge 40/04, laddove non consentono il ricorso a tecniche di PMA 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 pronuncia segue di qualche anno quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'*affaire* Costa e Pavan contro Italia del 2012, la quale «riporta a coerenza l'ordinamento italiano», operando «da sostanziale giudice costituzionale della ragionevolezza legislativa»²⁹. Il tema era quello del divieto di diagnosi genetica preimpianto, ma esso può a ragione considerarsi limitrofo a quello oggetto della sentenza n. 96 della Consulta. I giudici di Strasburgo ritengono violato l'art. 8 CEDU dalla normativa italiana che, con il divieto in questione, non tutela il diritto «ad avere un figlio sano»³⁰, diritto questo fatto rientrare dalla

²⁸ M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, pag. 2616.

²⁹ Rispettivamente C. NARDOCCI, *La corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in www.rivistaaic.it, 1/2013, (22.03.2013), e A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaaic.it, 3/2015, (24.07.2015), §. 3.1. A parere di quest'ultimo la Consulta avrebbe potuto percorrere la strada tracciata nella sentenza n. 96 già nell'ordinanza “di sostanziale *non liquet*” del 2006, mentre ha preferito attendere che i contenuti e le argomentazioni venissero in gran parte, se non totalmente, già scritti dalla dottrina e dalla Corte di Strasburgo.

³⁰ Caso *Costa e Pavan c. Italia* [Decima Sezione], Ricorso n. 54270/10, sentenza del 28 agosto 2012.

Corte EDU nella nozione di vita privata e familiare. «La Corte europea conclude nel senso dell'incoerenza di sistema dell'ordinamento italiano, che, da un lato, preclude alla coppia di effettuare la diagnosi genetica preimpianto, ma, dall'altro, le consente di procedere ad un aborto terapeutico»³¹.

La suddetta contraddizione viene così stigmatizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 221 del 2019: «la legge n. 40 del 2004 vietava [...] alle coppie dianzi indicate di ricorrere alla PMA, con diagnosi preimpianto, quando invece “il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali...”» (punto 11 del considerato in diritto). A ciò si aggiunga che anche la considerazione della posizione 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»³².

Il rifiuto dell'impianto originario del testo normativo della legge n. 40, in quanto ritenuto poco compatibile con i principi di uno stato pluralista, discende proprio dall'allontanamento operato dal legislatore del 2004 dal modello – in un certo senso “naturale” – di bilanciamento in questioni di inizio vita costituito dalla legge n. 194 del 1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza³³, la quale farà da *tertium comparationis* nelle argomentazioni della decisione del 2015. La legge n. 40 si pone, infatti, come legge «costituzionalmente necessaria»³⁴ in quanto colma un vuoto legislativo predisponendo un livello minimo di tutela in materie costituzionalmente rilevanti. Essa, «tuttavia, pone limiti e divieti assoluti e generali che mal si conciliano con una “bioetica rispettosa dei valori costituzionali” e realizza, in diversi ambiti, una tutela irragionevole dell'embrione che non può non venire censurata dalla Corte»³⁵.

³¹ C. NARDOCCI, *La corte di Strasburgo*, cit., §. 2.

³² A. CAUTELA, *Legge n. 40/2004*, cit., §. 4.

³³ Il bilanciamento contempera, da un lato, il diritto del concepito a proseguire il proprio processo vitale, dall'altro, il diritto alla vita e alla salute fisica e psichica della madre. La disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza [IVG] non configura, dunque, un diritto all'aborto, ma una facoltà, regolata dall'ordinamento, di accedere all'IVG per tutelare la vita e la salute della donna. La vita del nascituro è presa in considerazione sul piano della tutela degli interessi costituzionalmente rilevanti, ma essa può essere sacrificata nel bilanciamento col diritto alla vita e alla salute della madre: il concepito è definibile alla stregua di un «soggetto potenziale o oggetto di una tutela “a geometria variabile”, dipendente dal suo grado di sviluppo e dal settore coinvolto» (C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012, pag. 40), per cui non può sussistere un rapporto di «equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». Ne consegue 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» (Corte costituzionale, sent. n. 27 del 1975).

³⁴ Così la sentenza della Corte costituzionale n. 45 del 2005 che, insieme alle sentt. nn. 46, 47, 48, 49 del medesimo anno, si pronunciava sull'ammissibilità dei quesiti referendari sulla legge n. 40/04.

³⁵ A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento*, cit., §. 2, il quale cita L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, Paravia – Bruno Mondadori, Torino, 2000, pag. XI e ss.

L'irragionevolezza³⁶ censurata dai giudici costituzionali nella sentenza n. 96 consiste in ciò, che la normativa italiana autorizza, per conseguire sempre il medesimo fine (concepire un figlio non affetto da patologie ereditarie), il “più” (la soppressione del feto), mentre nega il “meno” (la fecondazione eterologa mediante diagnosi preimpianto). Detto altrimenti, ciò che viene censurato è l'irragionevole «compresenza nel nostro ordinamento di una norma che realizza in diverse sue opzioni regolatorie una tutela massima dell'embrione creato in vitro, per poi abbassare nei meccanismi della legge n. 194, il livello di tutela della vita di fronte ad un feto ormai formato»³⁷.

In verità, c'è chi ha prospettato contraccolpi notevoli alla luce della pronuncia della Corte di Strasburgo: essa, al fine di «evitare un paradosso nel caso concreto, rischia in generale di produrre esiti ancor più paradossali, avallando o comunque creando i presupposti di una costruzione in base alla quale, ogni volta si ravvisi, da parte di qualsivoglia coppia e per i motivi più svariati (in ogni caso non sindacabili, allo stato della normativa vigente e comunque in virtù di un ordinamento come il nostro che si ispira, tra gli altri, al principio personalista), l'esigenza di effettuare uno *screening* sullo stato di salute del prodotto del concepimento, *siccome* c'è già una disciplina nell'ordinamento che consente, in un determinato lasso temporale, la diagnosi genetica e l'eventuale interruzione della gravidanza, *e poiché* ne esiste pure un'altra che consentirebbe di anticipare la medesima diagnosi, *allora* dovrebbe darsi accesso alla procreazione assistita (per ridurre poi al minimo le sofferenze che un esito negativo dell'esame del DNA, intuibilmente, è destinato a produrre); con evidente stravolgimento del campo operativo per il quale la legge 40 è stata approvata ed è attualmente in vigore»³⁸.

Esiste, poi, un tema che qui ci si limita a sfiorare: la contraddizione tra la sentenza europea dianzi ricordata e quella, pronunciata dalla *Grande Chambre*, S. H. e altri contro Austria in merito all'interpretazione del cosiddetto margine d'apprezzamento statale. L'utilizzo di quest'ultimo nell'*affaire* Costa e Pavan contro Italia è molto più vicino a quello rinvenibile nella decisione della Prima sezione sul caso S. H. e altri contro Austria, sentenza ribaltata *in toto* dalla Grande Camera «attraverso il “paracadute” del margine di apprezzamento»³⁹: «la Corte di Strasburgo ha espressamente affermato che il diritto per le coppie di concepire un figlio mediante il ricorso alla PMA rientra nell'ambito dell'art. 8 CEDU, precisando che il

³⁶ Che, forse, è più irrazionalità dato che deriva da un bilanciamento altalenante ove si postula una tutela forte dell'embrione dopo aver statuito, in una legge precedente, un grado inferiore di tutela giuridica al feto; in questo senso: A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento*, cit., §. 3.1, nota 43.

³⁷ A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento*, cit., §. 3.1, il quale richiama A. PATRONI GRIFFI, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, relazione al convegno *Quale statuto per l'embrione?*, Napoli, Università degli Studi Federico II – Aula Pessina, 1 giugno, 2005, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 giugno 2005, pag. 4.

³⁸ E. MALFATTI, *La corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i “giochi di parole” divengono decisivi*, in www.rivistaaic.it, 2/2012, (18.09.2012), pag. 4. Corsivo nel testo.

³⁹ M. ABAGNALE, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., §. 4.2.

marginale di apprezzamento di cui godono gli Stati contraenti in materia abbraccia sia l'*an* che il *quomodo*, vale a dire non solo la possibilità di legiferare, ma anche la scelta delle tecniche di PMA consentite, alla luce dei continui sviluppi tecnico-scientifici⁴⁰. L'elemento del *consensus* emergente a livello europeo in senso favorevole alla legittimità della diagnosi preimpianto non pare sufficiente a giustificare detto capovolgimento di prospettiva e apre interrogativi non solo in merito alla futura giurisprudenza di Strasburgo in materia di procreazione artificiale, ma anche sulla dottrina stessa del margine d'apprezzamento⁴¹.

In conclusione, le sentenze n. 162 del 2014 (per alcuni aspetti anticipata dalla n. 151 del 2009) e n. 96 del 2015 hanno determinato un «“annacquamento” della matrice ideologica che aveva ispirato l'approvazione della Legge 40», incidendo profondamente sulla sua anima restrittiva decisamente orientata nel senso della tutela dell'embrione. In questo, hanno – invero – giocato un ruolo non di poco momento le incoerenze della disciplina legislativa in questione rispetto a normative “vicine” quale – come s'è visto – quella relativa all'interruzione volontaria di gravidanza.

L'interpretazione «non più “blindata”, come poteva apparire originariamente», della legge n. 40 è stata, in verità, ulteriormente legittimata, oltre che dalle pronunce della giurisprudenza costituzionale nonché da quelle dei giudici comuni, dalle “nuove” Linee Guida del 2008, ulteriormente aggiornate nel 2015. Esse hanno innovato rispetto alla condizione decisiva per accedere alle tecniche di PMA: l'infertilità. Questa non viene più considerata come «uno stato “di natura”, un dato oggettivo alla stregua del quale, soltanto, può aprirsi la porta della fecondazione artificiale consentita in Italia». Bensì come uno stato di fatto che affligge tanto i soggetti di sesso maschile quanto (a seguito dell'aggiornamento delle Linee Guida del 2015 che recepisce le pronunce della Corte costituzionale n. 151 del 2009 e n. 162 del 2014 nonché l'evoluzione tecnico-scientifica) quelli di sesso femminile portatori di malattie virali sessualmente trasmissibili per

⁴⁰ S. APA, *Il diritto ad accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi*, cit., §. 5.

⁴¹ Per questo tema valgono le considerazioni, richiamate da C. NARDOCCI, *La corte di Strasburgo*, cit., §. 2, nota 45, di V. ZAGREBELSKY contenute in *Note sulla conclusione della Conferenza di Brighton “per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti dell'uomo”*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it: «La gestione che la Corte fa della “dottrina” del margine di apprezzamento non è priva di incoerenze e il suo finale giudizio a tutela comunque della “sostanza del diritto fatto valere”, sembra talora del tutto vanificato. Esiste una certa contraddizione nella posizione della Corte, particolarmente evidente là dove essa afferma che il margine di apprezzamento nazionale deve essere più limitato qualora in gioco vi sia l'identità dell'individuo (il ricorrente) e tuttavia afferma che il margine di apprezzamento sarà più ampio ogniqualvolta si tratti di casi aventi a che fare con la dimensione morale o etica. Non solo, ma lo stesso peso che in linea di principio la Corte assegna al “consenso europeo” per limitare il margine di apprezzamento degli Stati, è abbandonato quando la Corte tratta questioni di natura morale o religiosa [...]. E talora viene vanificata la sostanza stessa del diritto, che pur la Corte riconosce, senza che venga posto un limite al margine di apprezzamento nazionale [...] Si tratta di problemi che rinviano all'utilizzo pratico, da parte della Corte, della nozione di margine di apprezzamento nazionale, della cui necessità si può ben dubitare, solo che si tenga conto che la tutela dei diritti e delle libertà conosce diversi livelli e che solo quello minimo, comune a tutti gli Stati del Consiglio d'Europa, deve imperativamente essere garantito a pena di violazione della Convenzione. Le valutazioni nazionali legittimamente si esercitano in ordine alla maggior tutela o alla modalità della tutela, ma in quelle aree sarebbe più limpido dire semplicemente che il diritto convenzionale non è violato».

infezioni da HIV, HCV, HBV⁴², per i quali s'impongono precauzioni tali da risultare equipollenti ad una condizione d'infertilità. È evidente come le Linee Guida del 2008, confermate sotto questo aspetto da quelle del 2015, intervengano in modo radicalmente differente da quelle del 2004 su di un punto a dir poco qualificante della legge n. 40. A tal proposito la Suprema Corte di Cassazione ha stabilito che le Linee Guida svolgono una funzione concretamente integrativa della disciplina generale (Cass. pen., sez. I, 13 marzo 2009, n. 11259), anche se – come è stato sottolineato da parte della dottrina – è alquanto opaca la qualificazione di una previsione regolamentare come “integrativa” di legge «nella misura in cui la Legge 40, all'art. 7, non reca una norma di principio (da eventualmente integrare, come prescrive l'art. 17, legge n. 400/1988) bensì prevede analiticamente che le Linee Guida contengano (soltanto) l'indicazione delle procedure e delle tecniche di PMA»⁴³.

A prescindere da ciò, e pur tenendosi conto della sua articolata giurisprudenza, parrebbe comunque potersi sostenere che la Consulta non abbia ritenuto di stravolgere, con i suoi plurimi interventi, l'impostazione di fondo della legge del 2004, ma unicamente di correggerla alla luce di alcune palesi antinomie rispetto al dettato costituzionale.

3. I due pilastri della legge n. 40 e la decisione della Corte

Due sono le direttrici principali della legislazione in esame che la Corte costituzionale rinviene ed esplicita nella sentenza di cui in particolare ci si occupa e che fanno da sfondo alla decisione sulla configurabilità o meno di un diritto a procreare⁴⁴.

La prima attiene alla funzione delle tecniche di PMA, che vanno considerate come un «rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimosibile» (punto 10 del considerato in diritto). Ne discende il carattere residuale delle tecniche di fecondazione assistita, elemento

⁴² Il discorso oggi vale, infatti, per le coppie c.d. siero-discordanti, in cui cioè *uno* dei componenti sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili, anche quindi nel caso di donna portatrice.

⁴³ Per le citazioni che precedono E. MALFATTI, *L'accesso alla procreazione medicalmente assistita, tra "integrazioni" della legge e nuove aperture giurisprudenziali*, in www.forumcostituzionale.it, rispettivamente pagg. 2, 2, 2 e 3. Analogamente S. APA, *Il diritto ad accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi*, cit., §. 7, per la quale «appare insolito considerare vincolanti le linee guida che, per loro natura, assolvono una funzione meramente orientativa. A tal proposito dubbi di illegittimità costituzionale sono sorti riguardo la compatibilità di tale disposizione con il sesto comma dell'art. 117 della Costituzione che limita la potestà regolamentare dello Stato alle sole materie di competenza statale esclusiva, determinando la potenziale incostituzionalità di quelle parti delle linee guida che incidano su ambiti riconducibili alla tutela della salute ed alla ricerca scientifica e tecnologica».

⁴⁴ Sul punto sottolinea polemicamente G. CASABURI, *«Qui sto. Non posso fare altrimenti»: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali (femminili)*, in *Il Foro italiano*, n. 12, 2019, pag. 3798, che la legge n. 40/04 tradisce una significativa preoccupazione nei confronti dell'evoluzione scientifico-tecnologica in ambito riproduttivo. Per questo motivo la Corte, rifacendosi alle sue “due idee di base”, finisce col ridimensionare l'evoluzione interpretativa stratificatasi col tempo in materia, manifestando, oltre ad «un non condivisibile ridimensionamento del proprio ruolo (anche per il passato), [un] esasperato conservatorismo».

questo coerente con l'anima restrittiva della legge n. 40 già più volte ricordata e che emerge nitidamente dal disposto degli artt. 1 e 4⁴⁵.

La seconda "idea di base" involge la struttura del nucleo familiare scaturente dalle tecniche di PMA e si articola attraverso una serie di limitazioni di ordine soggettivo e oggettivo. Per quanto concerne queste ultime è il terzo comma dell'art. 4 a venire in luce: esso, al fine di garantire "il mantenimento di un legame biologico tra il nascituro e gli aspiranti genitori, pone il divieto (in origine, assoluto) di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo (ossia con impiego di almeno un gamete di un donatore 'esterno')" (punto 10 del considerato in diritto). La sentenza n. 162 del 2014 censura il divieto in questione, come s'è visto, ma non lo abolisce *tout court*; difatti l'accesso alla fecondazione eterologa – precisa la Corte nella pronuncia testé cennata – resta comunque subordinato alla sussistenza dei requisiti soggettivi stabiliti dall'art. 5 comma 1: "possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi". Il punto è ribadito dall'art. 12, rubricato 'divieti generali e sanzioni', ai commi 2, 9, 10⁴⁶.

Tanto la decisione del 2014 che quella del 2015, dunque, pur riscrivendo progressivamente «con l'inchiostro della Costituzione la legge n. 40»⁴⁷, non interferiscono con i due pilastri che ispirano l'intervento legislativo del 2004, i quali restano ben saldi nel sorreggere il testo normativo anche alla luce delle declaratorie di illegittimità costituzionale ricordate. Detti pilastri, invece, sarebbero franati irrimediabilmente qualora fossero state accolte le censure prospettate dalle ordinanze dei tribunali di Pordenone e Bolzano: l'abbattimento del secondo (relativo alla composizione del nucleo familiare formato da un uomo e una donna) sarebbe stato *in re ipsa*, a fronte dell'apertura delle tecniche di fecondazione assistita – necessariamente di tipo eterologo – alle coppie omosessuali; ma anche il primo non avrebbe potuto restare in piedi.

⁴⁵ L'art. 1, rubricato "finalità", recita: «1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità». Mentre l'art. 4, rubricato "accesso alle tecniche", al comma 1 esplicita: «Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico».

⁴⁶ L'art. 12, infatti, recita: «[...] 2. Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro. [...] 9. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 7. 10. L'autorizzazione concessa ai sensi dell'articolo 10 alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate ai sensi del presente articolo è sospesa per un anno. Nell'ipotesi di più violazioni dei divieti di cui al presente articolo o di recidiva l'autorizzazione può essere revocata».

⁴⁷ A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento*, cit., §. 1.

Si parla, infatti, nella legge di rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile (si vedano i primi due commi dell'art. 1 della legge n. 40/04 riportati nella nota 45). Che una coppia composta da persone dello stesso sesso sia infertile, è un elemento che non può essere messo in discussione; che tale sterilità non sia altrimenti rimovibile se non attraverso il ricorso ad un donatore esterno alla coppia (di gameti nel caso di coppia omosessuale femminile, di ovocita e utero nel caso di quella maschile), è altrettanto indubbio; che la suddetta infertilità abbia una causa patologica, questa è perlomeno una forzatura, come si avrà modo di meglio precisare nel prosieguo.

3.1. Sull'art. 2 Costituzione: il canone di ragionevolezza

3.1.1. L'unione omosessuale tra "formazione sociale" e famiglia

La Corte costituzionale segue, nel suo argomentare, l'ordine delle censure dei giudici remittenti. Con riferimento alla denunciata violazione dell'art. 2 della Carta Costituzionale, la sentenza rileva che la nozione di "formazione sociale", di cui al secondo articolo della Costituzione, abbraccia altresì «l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone del medesimo sesso» (punto 13.1 del considerato in diritto), come tra l'altro espressamente affermato dal legislatore nell'art. 1 comma 1 della legge n. 76/2016 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), ove l'unione civile omosessuale viene qualificata «quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione».

Atteso che si può legittimamente parlare di formazione sociale (se non altro alla luce della precedente giurisprudenza costituzionale⁴⁸), alla Corte sorge, però, spontanea una domanda, e cioè se una famiglia implichi necessariamente anche la presenza di figli⁴⁹. Il passaggio, a prima vista, potrebbe sembrare un po' brusco: se l'unione civile è pacificamente considerabile come una formazione sociale (specifica), ciò di per sé non implica che debba considerarsi anche come una famiglia. La nozione costituzionale di

⁴⁸ In questo senso la stessa Corte costituzionale ricorda la sentenza n. 138 del 2010 e analogamente la n. 170 del 2014.

⁴⁹ Scrivono i giudici costituzionali: «Questa Corte ha posto tuttavia in evidenza [...] che la Costituzione, pur considerandone favorevolmente la formazione, “non pone una *nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli*” e che, d'altra parte, “[l]a libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori [...] di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicitarsi senza limiti” (sentenza n. 162 del 2014)» (punto 13.1 in diritto). Corsivo nostro.

formazione sociale⁵⁰ abbraccia, infatti, un novero più ampio, non riconducibile esclusivamente a quella di famiglia in senso stretto, definita come «formazione sociale primaria»⁵¹.

È, però, lo stesso giudice delle leggi a compiere questo celere passaggio: nella sentenza n. 221 del 2019 la Consulta – come è stato sottolineato – «sembra in questa occasione far implicitamente confluire [nella nozione di famiglia] *per la prima volta* anche l'unione omosessuale»⁵². Con ciò contraddicendo quanto dalla stessa Corte sostenuto nella sentenza n. 138 del 2010, che negava l'equiparazione tra i due istituti con queste parole: «è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere “cristallizzati” con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerate in alcun modo quando fu emanata». Dai lavori preparatori emerge, infatti, che, nella strutturazione dell'art. 29 Cost., la questione delle unioni omosessuali – certamente non sconosciuta ai costituenti – rimase estranea alla discussione. Per questo motivo – aggiunge la Corte – il «significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto»⁵³.

Le ragioni del recente mutamento di prospettiva, operato dalla Corte, non sono esplicitate nella pronuncia del 2019. Potrebbe dedursi che i giudici costituzionali, riflettendo di procreazione, siano indotti a ricondurre quest'ultima nell'ambito della famiglia e a considerare, di conseguenza, le unioni civili alla stregua di famiglie al solo fine di trattare la questione sotto l'aspetto procreativo. D'altronde – come è stato rimarcato – a seguito non solo delle novità legislative e di diritto vivente interne ma anche della

⁵⁰ La Consulta – come è stato commentato – nella sentenza n. 138 del 2010 afferma che «per formazione sociale, ai sensi dell'art 2 Cost., deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, e che in tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». Così A. CRISCUOLO, *Famiglia legittima – matrimonio – filiazione – famiglia di fatto – unioni omosessuali*, in www.cortecostituzionale.it, §. 7.

⁵¹ Corte costituzionale, sent. n. 183 del 1988, punto 4 in diritto.

⁵² A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, pag. 2638. Corsivo nostro.

⁵³ Per le citazioni che precedono Corte costituzionale, sent. n. 138 del 2010, punto 9 in diritto.

giurisprudenza delle corti del Lussemburgo⁵⁴ e di Strasburgo, il cardine della famiglia si è spostato dal matrimonio alla filiazione⁵⁵. Anche in conseguenza della riforma della disciplina sulla filiazione (legge n. 219 del 2012 e D.lgs. n. 154 del 2013), il matrimonio non pare più essere l'«indispensabile presupposto per dar vita a relazioni *legalmente* familiari, dato che esse sorgono oramai indipendentemente dalla sussistenza del vincolo, cosicché può affermarsi che esso dispieghi ora effetti esclusivamente con riguardo al rapporto tra coniugi – nell'ambito del quale si uniforma al canone della privatizzazione – e non impinga sui rapporti giuridici della loro discendenza»⁵⁶. Si è anche fatto notare, da altra dottrina, che «oggi la realtà fenomenica è tutta spostata sul versante del rapporto e quindi la disciplina va ricercata in funzione della posizione dei soggetti all'interno del medesimo; si rende così necessario il superamento del “riferimento all'atto costitutivo” come criterio rilevante per la determinazione di una disciplina del vincolo familiare»⁵⁷. Inoltre, «il modello di famiglia di cui all'art. 29 Costituzione⁵⁸ non può essere letto rigidamente come l'unico, ma come una delle modalità di esplicazione del concetto di famiglia, a cui si affiancano altre tipologie di formazioni familiari»⁵⁹. L'art. 29 Cost. – che, comunque, ha una formulazione tale che «ognuno può metterci dentro quello che vuole»⁶⁰ – deve, infatti, essere correlato con l'art. 2 Cost.: «la stessa Corte costituzionale, pur riconducendo la tutela [di forme di convivenza basate su vincoli di natura affettiva diversa dalla famiglia legittima] non all'art. 29 Cost., bensì “nell'ambito della protezione, offerta dall'art. 2, dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali”, ha riconosciuto “la rilevanza costituzionale del “consolidato rapporto” di convivenza, ancorché rapporto di fatto”. In più occasioni [la Consulta] ha riconosciuto implicitamente (sentenza n. 644 del 1988) o espressamente la possibile rilevanza giuridica delle c.d. famiglie di fatto, consentendo al legislatore di intervenire in materia: “si è in presenza di interessi suscettibili di tutela, in parte positivamente definiti [...], in parte da definire nei

⁵⁴ Si pensi al «ravvicinamento “sostanziale” dello status dei conviventi *more uxorio* a quello della coppia sposata» a seguito delle sentenze della Corte di Giustizia, Grande sez., 1 aprile 2008, *Tadao Maruko*; Grande sez., 10 maggio 2011, *Römer c. Freie u. Hansestadt Hamburg*; V sez., 12 dicembre 2013, *Frédéric Hay c. Crédit agricole* (F. DONATI, *La famiglia nella legalità costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2014, (21.11.2014), §. 2).

⁵⁵ In tal senso F. DONATI, *La famiglia nella legalità costituzionale*, cit., §. 2.

⁵⁶ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pag. 9. Corsivo nel testo.

⁵⁷ N. LIPARI, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. civ. e proc. civ.*, 2005, pag. 717.

⁵⁸ Che, insieme agli artt. 30 co. 1, 31 e 37, co. 1 Cost., costituisce il quadro costituzionale regolante l'istituto della famiglia legittima e, in quanto tale, fondata sul matrimonio, la quale si distingue dalla convivenza “di fatto” proprio in ragione del rapporto di coniugio: quest'ultimo è infatti «caratterizzato da stabilità e certezza e dalla reciprocità e corresponsività di diritti e doveri che nascono soltanto dal matrimonio», mentre la prima è «fondata sull'*affectio* quotidiana – liberamente e in ogni istante revocabile – di ciascuna delle parti» (Corte costituzionale, sent. n. 8 del 1996, punto 2 in diritto).

⁵⁹ S. APA, *Il diritto ad accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi*, cit., Introduzione.

⁶⁰ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova, 1954, pag. 135.

possibili contenuti” (v. sentenza n. 237 del 1986)⁶¹. Ne consegue che può avere un rilievo costituzionale non solo la famiglia fondata sul matrimonio, ma anche la famiglia “di fatto”⁶²: «accanto alla “famiglia in senso stretto (o strettissimo), quella definita nell’art. 29 Cost.” – è stato altresì osservato – abbiamo le unioni “parafamiliari”, composte da soggetti (omosessuali o eterosessuali che siano) che non abbiano avuto un “pregresso vissuto” familiare, e le unioni dei coniugi caratterizzate da un sopravvenuto cambiamento di sesso, una speciale (o specialissima) formazione sociale che potremmo chiamare “quasi familiare” (o “familiare” *minus quam perfecta*)⁶³. Cionondimeno la Corte ha ribadito a più riprese che «la convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale e non può essere assimilata a questo per desumere l’esigenza costituzionale di una parità di trattamento», di modo che «la diversità, intrinseca e non soltanto formale, tra i due rapporti (basta por mente alla stabilità del vincolo matrimoniale rispetto alla precarietà della convivenza di fatto) non ne consente la piena equiparazione normativa»⁶⁴. Occorrerebbe – e questo è tutto sommato condivisibile – un cambiamento della norma costituzionale, e questa «innovazione costituzionale richiede [...] di essere preceduta da (e di poggiare su) un “consenso” interno diffuso (una vera e propria consuetudine di vita sociale) nel senso della declinazione “plurale” del modello di famiglia e di matrimonio»⁶⁵.

A prescindere dal tema dell’equiparazione normativa, l’esistenza oggi di formazioni familiari distinte dalla famiglia legittima è un dato di realtà. Pertanto, qualora la procreazione dovesse diventare il nuovo cardine della nozione generale di famiglia, se ne dovrebbe dedurre allora che una coppia, eterosessuale o omosessuale⁶⁶, che per avventura o per scelta non avesse procreato, non potrebbe in alcun modo definirsi

⁶¹ F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, relazione convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa” Catania 7-8 giugno 2013 “La famiglia davanti ai suoi giudici”, §. 5.

⁶² Secondo M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., pag. 10, «l’unico tipo di famiglia legale espressamente contemplato dal Costituente, [...] è quello fondato sul matrimonio. Il che non significa certamente che la Costituzione ostacoli la tutela di altri modelli familiari, quale la famiglia di fatto, senza tuttavia consentirne l’unificazione con quello “legale”».

⁶³ F. DONATI, *La famiglia nella legalità costituzionale*, cit., §. 3, il quale richiama A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta OnLine*, 13 giugno 2014, pag. 5.

⁶⁴ Per le citazioni che precedono A. CRISCUOLO, *Famiglia legittima – matrimonio – filiazione – famiglia di fatto – unioni omosessuali*, cit., §. 6.

⁶⁵ A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consulta OnLine*, 29 maggio 2014, §. 5.1.

⁶⁶ La questione omosessuale si scontra con il significato della famiglia come “società naturale”. Sull’elemento della naturalità possono vedersi le considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *Contro l’etica della verità*, Laterza, Milano-Bari, 2008, pag. 106: «La storia del “diritto naturale” è fatta di corsi e di ricorsi. Per lunghi periodi può essere dato per morto. Nei decenni passati, quasi nessuno ci pensava più. Ma questo è un momento di rinascita: quando la legge fatta dagli uomini secondo le loro mutevoli convenzioni appare ingiusta, le si contrappone la legge obiettiva della natura, che nessuno può alterare. Così si fa da parte della Chiesa cattolica, per opporsi al cambiamento in tema di unioni tra persone, eutanasia, sperimentazione scientifica, genetica, ecc. e per ritornare all’antico in tema di famiglia, contraccezione, aborto, ecc.». Inoltre, dall’analisi del dibattito in seno all’Assemblea Costituente è emerso con chiarezza che con quell’espressione non s’intendeva fare riferimento ai principi del diritto naturale, bensì alla preesistenza della famiglia allo Stato, come ha, tra

una famiglia – intendendosi tale nozione comprensiva anche delle unioni omosessuali, come parrebbe nelle intenzioni della Corte nella sentenza in esame. Con un ulteriore *non sense* concettuale derivante dal fatto che il legislatore – come s’è detto pocanzi – qualifica l’unione omosessuale come specifica formazione sociale, unione che oggi non può legittimamente procreare, almeno in Italia, stante il divieto che ci sta occupando. È evidente la contraddizione insita nel ritenere incentrata sull’evento procreativo la nozione di formazione familiare, e, contemporaneamente, nel qualificare l’unione omosessuale come specifica formazione sociale cui, però, è impedito di accedere alla PMA, l’unica forma di procreazione possibile per le famiglie omogenitoriali.

La Corte nella decisione oggetto di questo lavoro, in sostanza, ribalta l’argomento adoperato dai giudici remittenti: l’incostituzionalità della legge n. 40 non discende dal fatto che la coppia omosessuale è riconosciuta dall’ordinamento come una formazione sociale e dal successivo divieto legislativo di generare prole tramite tecniche di fecondazione artificiale volte a superare l’infertilità della suddetta coppia, determinando in questo modo una violazione dell’art. 2 Cost. Ciò in quanto il predetto art. 2 non presuppone né la capacità riproduttiva né la presenza di figli affinché una formazione sociale – e, stando al tenore delle parole della Consulta, ragionevolmente anche una famiglia – che meriti tale tutela sussista (sul punto si tornerà con maggiore analiticità nell’ultimo paragrafo). Parrebbe che i concetti di formazione sociale e famiglia siano, in questa occasione, adoperati dalla Corte con una certa disinvoltura, e resta altresì la sensazione che la Consulta, ancorché in modo sfumato, sembri ridefinire il campo della nozione di famiglia (nel senso più ampio del termine) anche e soprattutto rispetto ai presupposti per la definizione della stessa.

3.1.2. Capacità genitoriale e capacità a procreare: l’alterità tra adozione e PMA

La sentenza n. 221 del 2019 ricorda come già nella pronuncia n. 162 del 2014 il giudice delle leggi avesse avuto modo di chiarire che la «libertà e volontarietà dell’atto che consente di diventare genitori [...] di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti»: è una questione di bilanciamento

l’altro, sottolineato la Corte costituzionale nella sentenza n. 138/2010, punto 9 in diritto: «si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere». Analogamente, a detta di M. LUCIANI, *I punti qualificanti della disciplina costituzionale dei rapporti etico-sociali. La famiglia*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione*, Il Saggiatore, Milano, 1998, pag. 153, «la qualifica di “società naturale” sta semplicemente ad indicare che la Costituzione dà per scontato l’impulso dell’uomo alla formazione di una famiglia, obiettivo che lo Stato non potrebbe legittimamente precludere né eccessivamente ostacolare, proprio perché si tratta di una meta “naturale” della vita umana». Ma, come già ricordato e sempre nella decisione n. 138/2010, la stessa Corte costituzionale ha ritenuto che non si possa incidere il “nucleo della norma” attribuendo significati a cui i costituenti chiaramente non avevano pensato. Ciò, però, vale per il tema dell’estensione del matrimonio (i.e. *famiglia legittima*) alle coppie omosessuali; per quello, invece, della *famiglia* (inclusiva delle formazioni sociali c.d. familiari *minus quam perfectae*) – come s’è visto – può esistere, forse, un maggiore margine di manovra.

di interessi costituzionalmente protetti ed il compito di operare detto bilanciamento spetta primariamente al legislatore che si pone quale interprete, in virtù del circuito di legittimazione e rappresentanza democratica, «degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico» (punto 13.1 del considerato in diritto). Anche se la decisione del 2014 affermava qualcosa di più: alla frase ripresa dai giudici costituzionali nella sentenza oggetto di questo lavoro e poco sopra rammentata – per cui la libertà di diventare genitori non implica che detta libertà possa esplicarsi senza limiti –, nella sentenza n. 162 seguiva che «tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto [...] a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale»⁶⁷. È palese come questa aggiunta – non ripresa dalla Corte nella sentenza del 2019 – perimetrasse in modo piuttosto diverso il significato di quanto espresso dal giudice delle leggi in quella decisione.

I giudici costituzionali, pertanto, concludono che la decisione parlamentare censurata dai Tribunali di Pordenone e Bolzano, in questo caso, non esorbita dall'alveo della discrezionalità riconosciuta al legislatore e che «l'idea [...] che una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi ed in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale»⁶⁸. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali» (punto 13.1 del considerato in diritto). Queste capacità vengono riconosciute, ma al contempo pure ancorate «ad una *ratio* diversa e inconciliabile rispetto a quella della PMA. In definitiva, chi ha pensato che la nozione della c.d. genitorialità sociale fosse pianamente estensibile all'ambito della procreazione assistita deve ricredersi. La “ragionevole analogia” fatta valere dalla sent. n. 162 del 2014 tra coppie che possono procreare tramite la PMA omologa e quelle che non lo possono se non ricorrendo all'eterologa, opera – ai fini del giudizio di legittimità costituzionale – soltanto all'interno del paradigma eterosessuale, fintanto che il legislatore non lo rimuova»⁶⁹.

⁶⁷ Per le citazioni che precedono Corte costituzionale, sent. n. 162 del 2014, punto 6 in diritto.

⁶⁸ La Corte qui fa riferimento ad una nozione di “coscienza sociale” scollegata da «indici che dovrebbero essere a loro volta oggettivabili in dati identificati e rintracciabili». Una nozione, insomma, che rischia di non contenere riferimenti a qualcosa di oggettivo. Sul punto può vedersi M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2, 2020, §. 6.

⁶⁹ M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione*, cit., pag. 2618.

Non è inoltre ravvisabile – secondo la Corte costituzionale – un contrasto tra questa impostazione e gli orientamenti della giurisprudenza comune⁷⁰ sull'adozione non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore e sulla trascrizione, nel registro dello stato civile italiano, di atti stranieri attestanti la nascita di un figlio da due donne a seguito di ROPA (Reception of Oocytes from Partner) consistente nella donazione dell'ovocita da parte di una e nella conduzione della gravidanza da parte dell'altra con utilizzo del gamete maschile di un terzo (che sarebbe il caso da cui è scaturita – come si ricorderà – l'ordinanza del Tribunale di Bolzano). Questo poiché, da un lato, «i figli non debbono scontare le colpe dei genitori»⁷¹, dall'altro – rileva la Corte con un'argomentazione tanto banale e succinta quanto efficace – l'adozione e la PMA non sono affatto la stessa cosa⁷².

«L'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando: essa non serve a dare un figlio a una coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo [...] La PMA, di contro, serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo), realizzandone le aspirazioni genitoriali. Il bambino, quindi, deve ancora nascere: non è, perciò, irragionevole – come s'è detto – che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni di partenza» (punto 13.2 del considerato in diritto)⁷³. Ciò in un'ottica pur sempre improntata alla massima

⁷⁰ La stessa Corte costituzionale richiama le pronunce in tal senso di Cass., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599 e Cass., sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601. Del medesimo tenore anche Cass., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962.

⁷¹ G. FERRANDO, *Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma*, in *GenIUS*, n. 2, 2016, pag. 7.

⁷² E neppure hanno la stessa funzione: «... proponendo l'adozione come un'opzione eventualmente sostitutiva della fecondazione artificiale, [si] finisce per snaturare l'istituto stesso dalla sua precipua funzione, quella di fornire uno strumento attraverso il quale poter garantire al minore una famiglia in cui potersi sviluppare: una finalità ben diversa da quella della PMA, che intende invece risolvere i problemi riproduttivi della coppia che non può procreare per vie naturali a causa di sterilità o infertilità». Così P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., §. 1, nota 9. Tuttavia M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale*, cit., §. 4, sottolinea come, pur ammettendo le differenze *de facto* tra i due istituti, non può negarsi che gli interessi costituzionalmente coinvolti coincidano: «nel caso contrario si arriverebbe al paradosso che se per eventuali adozioni la giurisprudenza risulterebbe attenta al fatto che le scelte restrittive del legislatore siano basate su una stretta logicità e coerenza scientifica (tanto da evidenziare che non possono fondarsi su assunti di carattere etico o ipotetico), nel caso invece di accesso a tecniche di PMA, il “desiderio di genitorialità”, come indicato dalla Corte nella sentenza n. 221 del 2019, o il diritto all'autodeterminazione, come invece qualificato nella sentenza n. 162 del 2014 (risultando non solamente più ampio ma anche coinvolgente ulteriori profili quali, ad esempio, il diritto alla salute) sarebbe garantito sulla base degli “apprezzamenti correnti della comunità sociale che appaiono, in astratto, come le migliori condizioni di partenza”». Anche se, aggiunge Trapani, detta impostazione sembrerebbe in parte superata dalla pronuncia n. 242 del 2019 (caso Cappato): «nell'argomentazione della Corte, infatti, si susseguono una serie di richiami alla scienza (medica) e alla necessità che ogni limitazione debba avere un proprio fondamento proprio su quelle rilevanze scientifiche che alimentano il *discrimen* della legittimità di una scelta del legislatore».

⁷³ In senso contrario – e non pienamente condivisibile per chi scrive – C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, pagg. 2628-2629, la quale registra una contraddizione della sentenza in oggetto con quella del 2014: «Là la Corte giudicava irrilevante il fine dell'istituto dell'adozione, puntando il *focus* esclusivamente sul fatto che “comunque” l'ordinamento giuridico guarda con favore alla formazione di famiglie a prescindere dal dato della provenienza genetica. Lo stesso si sarebbe potuto dire qui, essendo la giurisprudenza sull'adozione non legittimante un segno del non sfavore dell'ordinamento giuridico rispetto alla formazione di famiglie omogenitoriali. Ma non lo si è

tutela del bambino: «il desiderio di avere figli tramite l'uso della tecnologia e l'autodeterminazione della coppia in tal senso non possono far venire meno ogni considerazione circa la tutela da apprestare al bambino»⁷⁴. Anche se – deve essere rimarcato – «non sussistono evidenze scientifiche nel settore della psicologia dello sviluppo che il modello tradizionale di genitorialità individuato dal legislatore sia la migliore condizione di partenza per un bambino che deve nascere, né che il modello omo-genitoriale sia uno svantaggio di partenza per lo sviluppo del bambino. Sembraerebbe essere invece la qualità delle relazioni genitoriali a fare la differenza. L'assunto pare essere dunque un pregiudizio, più che un accertamento dei fatti, che si radica nella tradizione culturale»⁷⁵. Chiosando sul punto, è solo il caso di aggiungere che l'affermazione che precede va, in modo condivisibile, ad incidere sull'ultima asserzione della Corte – relativa al pregiudizio sulle “migliori condizioni di partenza” per il bambino rintracciate nella coppia eterosessuale –, ma nulla toglie alla validità di quelle precedenti sull'alterità tra adozione e PMA⁷⁶, potendo, l'affermazione della summenzionata dottrina, benissimo spiegare compiutamente il proprio significato nell'ambito adottivo.

Insomma, la materia *de qua* – sottolinea la Corte in un passaggio un poco sibillino – rimane ben aperta a soluzioni di segno differente⁷⁷, ma compito della Consulta è “solo” quello di verificare che le scelte legislative non deraglino dai binari della ragionevolezza, non quello di ingerirsi in decisioni prettamente politiche che spettano all'“interprete della collettività nazionale”.

fatto». Analogamente M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2020, pag. 153, per la quale «l'inquietante e perentoria chiusura della Corte suscita delle perplessità perché, in sostanza, l'orientamento sessuale viene considerato un elemento che incide sulla capacità di essere genitori e sul grado di accettazione dello stesso nato da parte della collettività. Inoltre, l'enunciata diversità di funzione della PMA rispetto all'adozione non è vera fino in fondo: lo stesso legislatore del 2004 ci dice che alla coppia intenzionata a ricorrere alla PMA deve essere prospettata la possibilità delle procedure di adozione o di affidamento come alternative alla procreazione medicalmente assistita (art. 6, co. 1, l. n. 40/04). C'è di più: la Corte è costretta a discostarsi da quanto aveva affermato nel 2014, quando aveva accostato la PMA eterologa all'adozione».

⁷⁴ F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale” al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2, 2020, §.4.

⁷⁵ A. COSSIRI, *Coppie omosessuali*, cit., pagg. 2640-2641.

⁷⁶ Nel primo caso, infatti, vengono in luce gli interessi del bambino, nel secondo quelli dei componenti della coppia che pretendono di divenire genitori.

⁷⁷ «... il giudice costituzionale ritiene che [il paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA] – in quanto *presupposto*, ma non *posto* dalla Costituzione – possa essere modificato dal legislatore, in considerazione dell'accettazione suscettibile di manifestarsi nella coscienza sociale con riguardo al fenomeno della c.d. omogenitorialità. Sottoscrivendo le affermazioni della Corte di Cassazione, la sentenza in esame [la 221/2019] afferma infatti che non è configurabile un divieto per le coppie omosessuali di “accogliere e anche di generare figli” e che neppure esistono “certezze scientifiche” tali da far temere ripercussioni negative sullo sviluppo del minore allevato da una coppia omosessuale. A differenza del significato del termine matrimonio, quello di genitorialità sembrerebbe dunque estensibile a fenomeni al tempo della Costituzione “per nulla considerati”, ma ciò non in vincolata applicazione di una previsione costituzionale (*scilicet* del principio di eguaglianza), bensì di una scelta politica legislativa». In tal senso, ed in modo del tutto condivisibile, M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione*, cit., pagg. 2613-2614. Corsivo nel testo.

3.1.3. Il principio di ragionevolezza a confronto con la sottile soglia del “giudice legiferante”

Il punto appena toccato è, ovviamente, delicato. Nella sentenza in oggetto i giudici costituzionali si “ritraggono” dimostrando grande attenzione per le prerogative politiche del Parlamento. Non sempre, però, è stata questa la strada per cui la Corte ha optato. Nella già più volte richiamata pronuncia n. 162 del 2014, essa pure esordisce affermando che trattasi di «temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità umana»⁷⁸ spetta principalmente all’Assemblea rappresentante il corpo elettorale, salvo poi – come s’è dato conto – intervenire in modo non esattamente “felpato”: la ragionevolezza diviene qui strumento privilegiato per eseguire un sindacato ampio e pervasivo⁷⁹. Con riguardo a ciò è da rimarcare come «il percorso seguito dalla Corte nell’utilizzare il canone di ragionevolezza [sia] assai lineare in certi punti, in particolare nella parte ricostruttiva del principio, mentre proced[a] forse con qualche eccesso di semplificazione sia nella parte, come dire, applicativa del principio di ragionevolezza al bilanciamento dei diritti nel caso di specie, con richiamo anche al canone dell’assenza di proporzionalità tra lo strumento legislativo prescelto del divieto ed il fine di tutela perseguito, sia nel mancato cenno ad elementi tratti dalla CEDU e relativa giurisprudenza pure esistente ed in passato richiamata per rimettere gli atti al giudice *a quom*». Gli esempi potrebbero essere innumerevoli: ancorché connotati da alti tassi di sensibilità etica – e, forse, proprio per questo – la Corte, quando ha ritenuto di intervenire, ha trovato il sentiero, per quanto stretto o angusto fosse, per farlo.

Chi scrive non può non riconoscere come il diritto giurisprudenziale abbia il compito “statutario” – verrebbe da dire – di fornire risposte a casi concreti, e quindi che la decisione contenuta in una sentenza (compresa una sentenza della Corte emessa in un giudizio in via incidentale) risenta – e non possa non risentire – delle peculiarità del caso concreto che sono suscettibili di incidere fortemente sulla strategia argomentativa e sulla conclusione della pronuncia. A maggior ragione «di fronte a leggi che, invece di contemperare i contrapposti diritti ed interessi secondo i dettami di un ordinamento pluralista, effettuano, talora, “scelte di campo”, diventa decisivo il ruolo di ultimo custode svolto, in definitiva, dal giudice delle leggi»⁸⁰. Cionondimeno, un sistema impostato sul bilanciamento tra i pubblici poteri ha l’obbligo di non

⁷⁸ Corte costituzionale, sent. n. 162 del 2014, punto 5 in diritto.

⁷⁹ Sul punto sottolinea C. TRIPODINA, *Contrórdine*, cit., pag. 2626, come «la libertà del legislatore di operare scelte politiche sulle questioni eticamente sensibili, “tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico”, si rivela così il fulcro argomentativo della sentenza. Mentre alcun peso ebbe nel 2014, quando pure la Corte avrebbe potuto argomentare per la non irrazionalità della scelta legislativa di vietare la PMA eterologa, al fine di garantire all’interno del nucleo familiare *l’imitatio naturae* sotto il profilo della trasmissione del patrimonio genetico, trattandosi anche in quel caso di uno spazio impregiudicato dalla norma parametro».

⁸⁰ Per le citazioni che precedono A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento*, cit., rispettivamente §§. 4 e 1.

farsi attrarre dalle sirene del «giudice legiferante»⁸¹. I giudici costituzionali debbono attenersi in maniera rigorosa agli strumenti di cui si sono dotati nel tempo per verificare la rispondenza delle scelte legislative ai dettami della Carta Costituzionale, pena il rischio della «sostituzione dell'arbitrio del legislatore con quello altrettanto pericoloso, al di fuori dei circuiti della legittimazione politico-rappresentativa, dello stesso giudice delle leggi, che così andrebbe, in concreto, ad effettuare indebite valutazioni di tipo politico». Il confine è sottile, ma va individuato e coltivato.

Invero, va sottolineato come il richiamo alla ragionevolezza, ormai principio autonomo e strumento di uso quotidiano della Corte, venga declinato da quest'ultima, allorché si trova a dover decidere su questioni sensibili del dibattito pubblico, nel senso di “non irragionevolezza” della legge oppure richiedendo – ai fini della declaratoria di illegittimità costituzionale – che la stessa si riveli come “manifestamente irragionevole o arbitraria”. La doppia negazione denota il controllo minimo, o “estrinseco”, cui dovrebbero attenersi i giudici costituzionali, essendo la ponderazione fra le differenti opzioni normative possibili (l'esito del bilanciamento) questione demandata per intero al legislatore: la Corte «non [va] tanto a sindacare la “piena” ragionevolezza della scelta legislativa, [quanto piuttosto deve] accontent[arsi] che la stessa sia almeno, per l'appunto, non irragionevole»⁸².

Inoltre, dall'analisi della giurisprudenza costituzionale concernente le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria si evince come «al legislatore [sia] riconosciuta la piena – e in alcuni casi esclusiva – competenza a disciplinare una fattispecie in cui occorra tenere conto di valutazioni, dati, elementi tecnico-scientifici», giungendo altresì ad assumere, da parte della Consulta, «un atteggiamento di presunzione – seppure *iuris tantum* – dell'adeguatezza della legge regolatrice di una tale fattispecie»⁸³. Detto spazio riconosciuto al legislatore trova argini non nella giurisprudenza costituzionale, bensì nelle «valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, [nella consapevolezza] dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici»⁸⁴. Rilevanza della scienza medica attribuita dalla Corte «rispetto sia alla discrezionalità del legislatore che ai poteri dell'autorità giudiziaria, oltre che in relazione al proprio stesso sindacato»⁸⁵.

Questo atteggiamento della Consulta appare, però, più sfumato con riferimento alla giurisprudenza relativa alla fecondazione assistita, in special modo nella pronuncia in esame laddove la ragionevolezza «non è valutata esclusivamente (né prevalentemente) alla luce delle risultanze scientifiche, ma alla stregua

⁸¹ L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, su *Rivista AIC*, fasc. 2, 2014, pag. 10.

⁸² Per le citazioni che precedono A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento*, cit., rispettivamente §§. 1 e 4.

⁸³ Per le citazioni che precedono S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, pag. 359.

⁸⁴ Sentenza della Corte costituzionale n. 185/1998 (punto 8 in diritto) sul caso della terapia Di Bella.

⁸⁵ S. TROILO, *La Corte costituzionale*, cit., pag. 362.

di valutazioni sociali compiute dal legislatore nella fase di elaborazione della disposizione normativa»⁸⁶, diversamente da quanto avvenuto nella sentenza n. 162 del 2014 ove la ragionevolezza delle scelte del legislatore alla luce delle risultanze scientifiche aveva rappresentato la base delle argomentazioni del giudice delle leggi⁸⁷.

Oltre che sul versante della scientificità dell'apprezzamento della ragionevolezza, anche con riferimento – come anticipato – al profilo del margine di discrezionalità politica spettante al legislatore la giurisprudenza in merito alla fecondazione assistita appare ondivaga. La prudenza osservata nel 2019 nell'interferire con le prerogative politiche del Parlamento trova scarsi riscontri, come, ad esempio, nel precedente del 2014 dove, infatti, «la Corte sembra abbandonare siffatta prudenza, sino ad arrivare, in particolare nella sentenza n. 162/2014 ad accogliere la questione di costituzionalità, pur avendo espressamente ribadito che sarebbe bastata una disciplina legislativa “non irragionevole” ad impedire di sindacare l'esercizio della discrezionalità fatto dal legislatore»⁸⁸.

La difformità tra la citata pronuncia del 2014 e la “ritrosia” manifestata dalla Corte nella sentenza in esame è palese. Ciò apre ad una riflessione conclusiva sul tema: al di là dell'individuazione di pretesi nuovi diritti – di cui si dirà meglio più avanti –, il punto sta nell'individuazione dei limiti, dei confini dei diritti e delle libertà esistenti. Il bilanciamento nella materia *de qua* deve temperare *ragionevolmente* i diritti fondamentali di chi è già persona con gli interessi di un “incerto umano” (l'embrione) per parte loro costituzionalmente rilevanti. Quest'ultimo, difatti, non è «certamente riconducibile a mero materiale biologico», come sancisce la Corte nel 2015, aggiungendo che la tutela dell'embrione trova copertura costituzionale ad opera dell'art. 2 della Carta. Al contempo, però, essa è stata «ritenuta suscettibile di “affievolimento” (al pari della tutela del concepito: sentenza n. 27 del 1975), ma solo in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale (come il diritto alla salute della donna) che, in temine di bilanciamento, risultino, in date situazioni, prevalenti»⁸⁹.

⁸⁶ M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale*, cit., §. 5.

⁸⁷ Ma, sotto un altro profilo, vi è chi sottolinea la coerenza dei giudizi della Corte nella materia *de qua*: «in materia di fecondazione assistita [...] la Consulta ha messo in discussione non l'*an* dell'intervento legislativo, ma il *quomodo* delle scelte operate, fondamentalmente perché i limiti stabiliti dal legislatore, nella loro rigidità applicativa, si erano rivelati privi di un chiaro fondamento scientifico e, invece, frutto di valutazioni di discrezionalità politico-legislativa. Venendo meno al già citato dovere di tener conto, salvo particolari e specifiche esigenze, delle acquisizioni tecnico-scientifiche allo stato disponibili, la rigidità di questi criteri – ad avviso della Corte non scientificamente provati – si ripercuoteva negativamente sia sul canone della ragionevolezza, violando l'art. 3 Cost., sia sul diritto alla salute» (S. TROILO, *La Corte costituzionale*, cit., pag. 363).

⁸⁸ A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento*, cit., §. 1.

⁸⁹ Per le citazioni che precedono Corte costituzionale, sent. n. 229 del 2015, punto 3 in diritto, che procede nel solco già tracciato dalla sent. n. 151/2009. Sul tema può vedersi anche Corte costituzionale, sent. n. 84 del 2016, nella quale il giudice delle leggi, confermando quanto sostenuto nella sopra citata pronuncia del 2015, considerata la “scelta tragica” fra rispetto del principio della vita e le esigenze della ricerca scientifica «così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea», conclude

È, forse, improprio dipingere un legislatore «stretto» tra «il rispetto dell'autodeterminazione della coppia, le conquiste della scienza e le decisioni in merito alla razionalità della legge, queste ultime esclusivo appannaggio della Corte costituzionale»⁹⁰. Ciò in quanto, in una democrazia pluralista, con particolare riguardo ai temi bioetici, il principio maggioritario non può essere considerato sufficiente per legittimare una deliberazione, traducendosi quest'ultimo in un vuoto e vano simulacro formale di democraticità. Se il Parlamento è senza dubbio alcuno il luogo della ponderazione, questa deve avvenire evitando d'indulgere in posizioni radicalmente orientate sul piano ideologico⁹¹, tramite trasfusione di valori etico-religiosi fortemente connotati nella disciplina giuridica⁹², prediligendo, invece, la tecnica della «costruzione del *consenso valoriale*»⁹³. Una legislazione fondata su «un'etica dei più»⁹⁴ impone ai giudici costituzionali di intervenire portandosi dietro tutti i problemi di “sistema” connessi alla disfunzione del “giudice legiferante”, vale a dire quelli di un'imposizione tecnocratica del diritto in spregio al bilanciamento dei poteri ed al di fuori del circuito di legittimazione democratica. Indubbiamente, leggi poco chiare o incomplete o, addirittura, contrarie a principi costituzionali spingono la Consulta ad una funzione di supplenza fisiologica dato il suo ruolo di custode della ragionevolezza⁹⁵. Trattasi di una tensione all'interno del sistema possibile, necessaria, auspicabile, ma da esercitare *cum grano salis*: regole che aspirano ad essere giuste ed a durare devono necessariamente dimostrare flessibilità, qualora, però, esse vengano tese oltremisura non è scontato che tornino, poi, al loro posto. E misurare quella soglia non è semplice, l'unica via praticabile è la prudenza.

dichiarando estranea al proprio sindacato la risoluzione della questione che, «per i profili assiologici che la connotano» (punto 11 in diritto), è integralmente rimessa alla discrezionalità del legislatore.

⁹⁰ M. G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, in www.confrofronticostituzionali.it, si veda pure A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento*, cit., §. 6, nota 96.

⁹¹ In tal senso anche P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., §. 4, la quale giudica la legislazione in materia di PMA come «il prodotto normativo della posizione assunta da forze politiche influenzate da granitici pregiudizi di natura etica e religiosa, ponendosi in evidente contrasto con il principio di laicità dello Stato».

⁹² «La legge morale vive nella coscienza individuale» scrisse la Corte costituzionale nella sent. n. 9 del 1965 (punto 5 in diritto) riprendendo Kant.

⁹³ P. GIUSTINIANI, *Bioetica e laicità dello Stato*, in P. FAVO - A. STAGLIANÒ (a cura di), *Bioetica. Percorsi e incroci*, Esi, Napoli, 2008, pag. 129.

⁹⁴ S. RODOTÀ, (a cura di) *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pag. XI, si veda pure C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., pag. 156.

⁹⁵ E ciò è ancor più vero sul terreno del biodiritto, come sottolinea S. APA, *Il diritto ad accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi*, cit., §. 1, la quale richiama L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa*, cit., pag. 10: «Invero, è proprio sul terreno del biodiritto che la funzione suppletiva della giurisprudenza appare la necessaria conseguenza dell'incompletezza e dell'incertezza legislativa. A riguardo, parte della dottrina sottolinea come questa interazione fra il dato normativo ed il formante giurisprudenziale sia dovuto alla particolarità della sede, quella bioetica, nella quale si collocano “diritti e valori di particolare intensità, ampiezza e portata”».

3.2. Sull'art. 3 Costituzione: discriminazione sessuale e discriminazione economica

3.2.1. Il primo profilo del principio di eguaglianza: la funzione terapeutica della PMA e il tema dell'infertilità idiopatica

Parimenti alla violazione dell'art. 2 della Costituzione, anche quella relativa all'art. 3 viene giudicata non sussistere dai giudici costituzionali. Il giudizio della Corte, al riguardo, si proietta su due distinti piani: la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e la discriminazione in base alle capacità economiche (censura, quest'ultima, prospettata dal solo Tribunale di Pordenone).

Con riguardo al primo, la Consulta si limita ad affermare, in modo alquanto *tranchant*, che l'infertilità assoluta ed irreversibile di cui parla la legge n. 40 è cosa diversa dall'infertilità – definita “fisiologica” – della coppia omosessuale, coincidendo sostanzialmente con la sterilità della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive. Il solco netto che la Corte scava tra infertilità “patologica”, da una parte, e “fisiologica”, dall'altra, (comprendente anche quella della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata), è comprensibile se si tiene conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, che ha ritenuto non in contrasto con gli artt. 8 e 14 CEDU la legislazione nazionale che riservi le tecniche di PMA alle coppie eterosessuali sterili, assegnando loro una funzione *terapeutica*⁹⁶. È evidente come si possa *curare* esclusivamente ciò che è affetto da una patologia e non ciò che, invece, attiene alla fisiologia dell'essere; e dato che l'omosessualità non è una condizione patologica, la soluzione è obbligata. «Si tratta di fenomeni – conclude la Corte – chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale» (punto 12 del considerato in diritto)⁹⁷.

Anzi, a detta della Corte la discriminazione potrebbe discendere dall'accoglimento delle predette censure. Il riferimento è al rapporto tra coppie omosessuali femminili e maschili: per queste ultime, infatti, la genitorialità artificiale non può non passare per la maternità surrogata o gestazione per altri («l'accordo attraverso il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a “reclamare diritti” sul bambino che nascerà» [punto 8 del considerato in diritto]). Una pratica che «offende – affermano gli stessi giudici in un'altra pronuncia – in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁹⁸ e che è vietata in

⁹⁶ La Corte costituzionale richiama a tal proposito la sentenza 15 marzo 2012, Gas e Dubois contro Francia.

⁹⁷ Sul punto C. TRIPODINA, *Contròrdine*, cit., pag. 2627, rimarca polemicamente lo stridore di «questa chiusura ermetica [...], se posta allo specchio con l'affermazione di apertura contenuta nella sentenza [n. 162] del 2014: “non rileva che le situazioni in comparazione non siano completamente assimilabili, sia perché ciò è ininfluenza in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe”».

⁹⁸ Corte costituzionale, sent. n. 272 del 2017, punto 4.2 in diritto.

assoluto nel nostro ordinamento anche alle coppie eterosessuali⁹⁹. L'estensione della fecondazione eterologa all'infertilità cosiddetta "sociale" o "relazionale" non potrebbe non aprire altresì alla gestazione per altri, pena l'operarsi una discriminazione tra coppie composte da due donne e coppie composte da due uomini, confliggendo così in maniera irreparabile con il divieto assoluto, contenuto nel nostro ordinamento, di ricorrere alla maternità surrogata¹⁰⁰, sancito dall'art. 12 comma 6 della legge n. 40/04¹⁰¹. Inoltre, i giudici di Strasburgo hanno anche riconosciuto, in materia di fecondazione assistita, «la quale solleva delicate questioni di ordine etico e morale» (punto 9 del considerato in diritto), la possibilità per gli Stati di fruire – come si è già avuto modo di accennare – «di un ampio margine di apprezzamento, particolarmente quanto ai profili sui quali non si riscontri un generale consenso a livello europeo»¹⁰² (punto 19.1 del considerato in diritto). Ne consegue l'infondatezza delle questioni prospettate dai remittenti anche sotto il profilo dell'art. 117 Costituzione, nella sua funzione di parametro interposto per il diritto convenzionale nel giudizio di legittimità costituzionale.

Sulla questione può segnalarsi anche una dottrina di segno contrario, a detta della quale «tale differenza ontologica [...] non sembra essere un elemento autonomo rispetto all'orientamento sessuale dipendente dalla distinzione tra fisiologia e patologia, quanto piuttosto la conseguenza immediata dell'orientamento sessuale stesso e la sua diretta espressione»¹⁰³. Tale dottrina appunta la propria attenzione sull'assai problematica distinzione tra patologia e fisiologia nel campo del concepimento: la chiave di volta viene rintracciata nel fenomeno dell'infertilità inspiegata c.d. idiopatica¹⁰⁴. Attraverso l'individuazione di un'"area grigia" tra fisiologia e patologia si delegittima la dicotomia postulata dalla legge n. 40/04 che la Corte costituzionale adopera come ragionevole *ratio distinguendi* tra le fattispecie. Argomentando sulla definizione di "patologia riproduttiva" – affrontata, si dice, «piuttosto acriticamente e semplicisticamente» dalla Corte – questa dottrina si concentra sui due casi cui l'art. 4 della legge n. 40 circoscrive l'accesso alla PMA: 1) sterilità e infertilità inspiegata, documentata da atto medico e 2) sterilità e infertilità da causa

⁹⁹ In quanto il divieto è considerato espressivo di un principio di ordine pubblico. La Corte richiama sul punto Cass, S.U. civili, 8 maggio 2019, n. 12193.

¹⁰⁰ Secondo M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA*, cit., pag. 149, infatti «la maggiore preoccupazione della Corte costituzionale – che peraltro traspare dall'intera pronuncia – è legata al fatto che un'apertura a beneficio di queste [le coppie omosessuali femminili] potrebbe innescare interrogativi anche per le coppie maschili (oltre che per i *singles*) potendo, così, mettere a rischio il divieto di maternità surrogata».

¹⁰¹ Il quale recita: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

¹⁰² Qui la Corte richiama, invece, la già menzionata pronuncia della Grande Camera S. H. e altri contro Austria.

¹⁰³ A. COSSIRI, *Coppie omosessuali*, cit., pag. 2635 e ss.

¹⁰⁴ Una voce, questa, non irrilevante statisticamente: i dati dell'Istituto Superiore di Sanità aggiornati al 2015 sulle cause d'infertilità delle coppie che si rivolgono ai centri per la PMA registrano le seguenti percentuali: infertilità femminile (37,1%); infertilità maschile (29,3%); infertilità maschile e femminile (17,6%); infertilità idiopatica (15,1%); fattore genetico (0,9%).

accertata e certificata da atto medico. Con riferimento al primo si sottolinea come «la documentazione medica richiesta dalla legge riguarda l'assenza di cause patologiche note», traendone la conseguenza che «questa disposizione normativa sulla infertilità idiopatica disvela più di tutte l'approccio ideologico al tema riproduttivo: l'infertilità delle coppie eterosessuali è automaticamente ed in se stessa considerata dal legislatore non fisiologica, indipendentemente dal riscontro di una precisa causa medicalmente accertata. [...] Emerge così dalla legge un solco che è prevalentemente culturale, entro il quale anche la pronuncia della Corte sembra collocarsi: nel caso degli eterosessuali, la fertilità dovrebbe conseguire per natura e, se non consegue, è patologia *in re ipsa* che può essere curata. Per contro, nel caso degli omosessuali, l'infertilità sarebbe naturale, con la conseguenza che interventi tecnici, resi disponibili dal progresso medico e scientifico, produrrebbero una fertilità artificiale, che manipola un dato di natura»¹⁰⁵.

L'architrave del ragionamento poggia sulla nozione di infertilità idiopatica, intesa come un tipo di infertilità delle coppie eterosessuali potenzialmente non patologica. Ma il fatto che non sia riscontrabile una causa patologica *nota*, giustifica l'asserzione che non vi sia una patologia, o solo quella che una patologia vi è, ma essa non è precisamente individuabile allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche? Stando ai dati, essa «nell' 80% dei casi è un problema maschile causato dalla scarsa qualità del liquido seminale che, rispetto a quello degli uomini senza problemi di infertilità idiopatica, appare diverso per motilità, morfologia e concentrazione. Si tratta di un problema genetico che si verifica quando si innescano tre meccanismi di alterazione che riguardano: la respirazione degli spermatozoi, la maturazione spermatica e il liquido seminale. Tali meccanismi provocano modificazioni al DNA dello sperma le cui cause non sono però ancora del tutto certe. Tra quelle più accreditate troviamo: fattori genetici e razziali, inquinamento ambientale, alterazioni dello sviluppo, ansia». Spetta al medico indicare la terapia più indicata e «solo in alcuni casi sarà necessario ricorrere alla fecondazione assistita e, nello specifico sarà [sempre] il medico, in base agli esami, a stabilire se sia più indicata l'inseminazione artificiale o un rapporto sessuale programmato»¹⁰⁶. La definizione stessa di idiopatia fa scricchiolare l'architrave: «*malattia* di origine sconosciuta e che non può essere correlata con altro processo morboso»¹⁰⁷.

L'incapacità di determinare la causa certa di un fenomeno non comporta automaticamente la natura *radicitus* non patologica di quest'ultimo. Affermare che, sulla base dell'infertilità idiopatica, si considera sempre patologia della coppia eterosessuale ciò che in verità sarebbe, in alcuni casi, fisiologia – non dissimile, anzi analoga all'infertilità fisiologica omosessuale –, suona come un enunciato di principio, come un approccio ideologico. Anche perché – come è stato sottolineato – non è affatto veritiero

¹⁰⁵ Per le citazioni che precedono A. COSSIRI, *Coppie omosessuali*, cit., pagg. 2636-2637.

¹⁰⁶ Per le citazioni che precedono *L'infertilità idiopatica: quando il mancato concepimento ha cause sconosciute*, in www.gvmnet.it (15.10.2018).

¹⁰⁷ Secondo la definizione tratta dal vocabolario della lingua italiana Zingarelli, 2004, Zanichelli. Corsivo nostro.

«sostenere che la PMA [...] *soddisfi tutti i desideri procreativi della coppia eterosessuale* – a differenza di quelli nutriti dalla coppia omosessuale, o dalla persona sola –, poiché nello sfortunato caso richiamato [una donna che, per cause patologiche, non sia in grado di portare a termine la gravidanza] l'unica forma di genitorialità compatibile col rispetto della Costituzione resta quella adottiva»¹⁰⁸. Mentre per l'infertilità della coppia omosessuale si tratta di una incompatibilità biologica dei componenti non riconducibile in alcun modo a cause patologiche, neppure ignote¹⁰⁹. Che vi sia, all'interno della società, un solco culturale nei confronti della questione omosessuale, è indiscutibile; che tale solco sia ravvisabile nelle argomentazioni della Corte *supra* rammentate, è opinabile.

3.2.2. Il secondo profilo del principio di eguaglianza: il problema dell'elusione dei divieti in relazione alla diversità delle normative straniere

Con riferimento, invece, al secondo piano – vale a dire la discriminazione sulla base delle capacità economiche, per cui la legge n. 40 impedirebbe in concreto la fecondazione eterologa solo a quelle coppie che non sono in grado di sostenere gli alti costi per sottoporsi a PMA in paesi esteri – la Consulta si limita ad asserire che l'evenienza che qualcosa sia permesso dalle legislazioni straniere non implica che debba esserlo pure all'interno dei confini nazionali, derivandone un giudizio in automatico di non contrasto con la Costituzione. «Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe sempre essere allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia» (punto 14 del considerato in diritto); evidentemente un *non sense* concettuale.

In verità, il problema esiste: l'elusione dei divieti imposti dalla legge da parte di chi possiede sostanze economiche tali da consentirgli di sfruttare le legislazioni estere per i propri interessi è un *punctum dolens* significativo dell'era globalizzata, non solo nelle tematiche bioetiche. La stessa Corte, nella sentenza n. 162 del 2014, sosteneva che la regolamentazione degli effetti della PMA eterologa realizzata al di fuori dei confini nazionali produceva «un ingiustificato diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi»¹¹⁰. È evidente come vi sia, rispetto alla pronuncia

¹⁰⁸ M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione*, cit., pag. 2617. Corsivo nel testo.

¹⁰⁹ In questo senso anche M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione*, cit., pag. 2617, per la quale non è «illegittimo il divieto di accesso alla PMA delle coppie che risultano ontologicamente infertili in quanto composte da due donne (o se per questo, da due uomini): esse non possono considerarsi malate, o in forma parafrasata “disabili”».

¹¹⁰ Corte costituzionale, sent. n. 162 del 2014, punto 13 in diritto.

in esame, un cambio di prospettiva piuttosto brusco non motivato in sentenza, né che parrebbe giustificabile sulla base del contesto che fa da sfondo alla decisione del 2019¹¹¹.

A prescindere dalla qualificazione del diritto *de quo* come diritto fondamentale – questione su cui ci si soffermerà più avanti –, la soluzione non può, comunque, essere quella di dichiarare lecito all'interno tutto quanto è permesso, per avventura, all'estero. Così come la risoluzione dell'iniquità fiscale determinata dal fenomeno evasivo non potrebbe imporre l'avvicendamento del meccanismo del sostituto d'imposta con la dichiarazione del reddito percepito, consentendo anche ai lavoratori dipendenti ed ai percettori di assegni pensionistici di evadere qualora lo volessero: soltanto perché qualcuno ha la possibilità materiale di violare la legge, non per questo detta facoltà deve essere riconosciuta a tutti per non contraddire il principio di eguaglianza.

3.3. Sull'art. 32 Costituzione: la tutela della salute tra ripensamenti ed equivoci

3.3.1. La nuova valutazione della “salute psicofisica della coppia”

La Corte costituzionale destina, poi, un velocissimo punto (il n. 15 del considerato in diritto) alla lamentata violazione dell'art. 31 Cost., tema a cui non si dedicherà più spazio di quanto facciano gli stessi giudici: l'articolo non è violato in quanto «riguarda la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore»¹¹². Più interessante è la denunciata violazione dell'art. 32 Cost.: nello specifico, la lesione della salute psicofisica della coppia derivante – secondo la prospettazione dei giudici *a quibus* – dall'impossibilità di formare una famiglia con figli. «La tutela costituzionale della “salute” –afferma, sul punto, la sentenza oggetto del presente lavoro – non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale» (punto 16 del considerato in diritto). Il problema, per la Corte, sorge in quanto quella specifica lesione era stata riconosciuta dalla Corte stessa nella sentenza n. 162 del 2014. Commentando tale pronuncia una certa dottrina ha rilevato come quella della legge n. 40 risultasse «una disciplina discriminatoria anche perché legittima[va altresì] il “turismo procreativo” sulla base della diversa capacità economica [...]. Un caso d'ingiustizia della legge, anche se derivante sostanzialmente da mere differenze di fatto»¹¹³. I giudici costituzionali replicano (al medesimo punto della decisione del 2019), in maniera piuttosto celere, che

¹¹¹ In questo senso anche M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale*, cit., §. 7.

¹¹² Sul punto, però, M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA*, cit., pag. 154, in www.forumcostituzionale.it, sottolinea che «la distinzione fra le due condizioni non sembra [...] così netta, non fosse altro perché la previsione costituzionale richiamata stabilisce altresì che la Repubblica deve proteggere la maternità “favorendo gli istituti necessari a tale scopo”».

¹¹³ A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in www.giurcost.org, §. 5.

quanto rinvenibile nella precedente pronuncia del 2014 «deve intendersi calibrat[o] sulla specifica fattispecie alla quale [essa] si riferisce».

La “risposta” all’ordinanza del Tribunale di Bolzano sul punto necessita, peraltro, di una diversa articolazione, vertendo su un profilo diverso e più specifico: il contrasto con l’art. 32 della Carta conseguirebbe all’impossibilità per le due donne di utilizzare le rispettive potenzialità riproduttive residue, connesse, dunque, a patologie che le rendono fattualmente infertili. La Corte risolve la questione valorizzando la finalità terapeutica, ricondotta nell’ambito del primo pilastro della legge n. 40/04 (con, forse, qualche forzatura di cui si darà conto nel prossimo paragrafo): la PMA cura una patologia che non consente alla coppia di procreare naturalmente. Se, in astratto, le infertilità delle due donne venissero “curate”, comunque queste non potrebbero naturalmente dare alla luce un figlio. La Consulta conclude asserendo che «la presenza di patologie riproduttive è un dato significativo nell’ambito della coppia eterosessuale, in quanto fa venir meno la normale fertilità di tale coppia. Rappresenta, invece, una variabile irrilevante [...] nell’ambito della coppia omosessuale, la quale sarebbe infertile in ogni caso» (punto 17 del considerato in diritto).

È forte l’incongruenza di queste argomentazioni¹¹⁴. La contraddizione tra la sentenza n. 162/2014 e quella in esame¹¹⁵ non pare sanabile dai secchi passaggi di cui s’è dato conto pocanzi. *In primis*, la perimetrazione operata nel 2019 dell’asserzione dei giudici costituzionali del 2014 risulta poco convincente: essa comporta, infatti, la regressione a mera frustrazione di un’aspirazione soggettiva, di quello che era

¹¹⁴ Scrive M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale*, cit., §. 6, che quanto affermato nella sentenza n. 221 «sembra stridere con quanto la Corte aveva affermato circa il carattere fondamentale della libertà di autodeterminarsi, la propensione dell’ordinamento giuridico a tutelare il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli (anche indipendentemente dal dato genetico), l’impossibilità che i convincimenti di carattere etico possano consistere in un divieto assoluto, la necessità di prendere in considerazione la salute psichica (data dal divieto di poter accedere a una tecnica mediante la quale si potrebbe veder soddisfatto un proprio diritto), la necessità della verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali che possono essere limitate in caso di presenza di interessi di pari rango», vale a dire con la giurisprudenza precedente della Corte stessa.

¹¹⁵ Il continuo raffronto, stridente in modo significativo, della pronuncia in oggetto con quella del 2014, non soltanto per quanto concerne – come s’è visto – l’art. 32 Cost., è sintomatico – come sottolineato da C. TRIPODINA, *Contrordine*, cit., pagg. 2632-2633 (anche se nel presente lavoro non se ne condividono gli esiti) – di una certa disattenzione dei giudici costituzionali circa le ripercussioni delle proprie decisioni. Difatti, «le decisioni della Corte costituzionale non sono menhir, isolate dal resto dell’ordinamento giuridico. Piombano in esso come massi in uno stagno. Producono reazioni. Era impensabile che la decisione del 2014 sull’eterologa – fondata sulla libertà di autodeterminarsi, sull’incoercibile determinazione ad avere un figlio, sulla salute psichica della coppia, sull’“esigenza di conformità dell’ordinamento a valori di giustizia e di equità” (Corte Cost., sent. n. 162/2014) – non riverberasse presto nella richiesta di altri soggetti di vedere parimenti tutelata la loro decisione ad avere un figlio tramite una delle molte possibilità messe a disposizione dalla tecnica». Una maggior attenzione al fine di evitare oscillazioni così significative «sarebbe auspicabile» «non solo per rendere la Corte costituzionale meno attaccabile e dunque più autorevole. Ma soprattutto per non offrire la sponda a chi, in dottrina o in politica, abbia interesse a provocare “guerre di valori”, sostenendo che la Costituzione è solo un pezzo di carta, nel quale è possibile trovare il fondamento di tutto ma anche del contrario di tutto, a seconda dell’interesse e dell’abilità degli interpreti. Così di fatto alimentando divisioni, non solo interpretative, e privando il testo costituzionale della sua unità di senso, ridotto a mero pretesto per quelle stesse guerre».

qualificato come danno alla salute psichica della coppia eterosessuale. È, infatti, innegabile che «il danno che là [nella pronuncia del 2014] veniva individuato è il medesimo che qui denunciano i ricorrenti: il dolore intenso dovuto all'impossibilità, per natura, di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner»¹¹⁶. Tutto ciò legittima la posizione di chi ha sostenuto che il motivo per cui solo «la salute della coppia eterosessuale [è] degna di tutela e non anche quella delle coppie omosessuali, [sia ascrivibile unicamente al] diverso orientamento sessuale»¹¹⁷.

Ci pare, comunque, preferibile l'impostazione adottata dalla Consulta nella pronuncia del 2019, la quale rilegge l'art. 32 Cost. ponendo qualche limite all'interpretazione eccessivamente estensiva del diritto fondamentale *de quo* tratteggiata in occasione della precedente sentenza n. 162. Pronuncia che le posizioni dottrinarie sopra rammentate assumono come pietra di paragone per giudicare quella oggetto di questa analisi, mentre la prospettiva che qui si adotta legge le argomentazioni del 2014 alla luce di quelle – successive – del 2019, valutando positivamente i chiarimenti ed i riposizionamenti della Corte nell'ottica di salvaguardare il patrimonio etico che costituisce l'ossatura fondamentale della Carta di uno Stato costituzionale di democrazia pluralista, come sarà meglio precisato nell'ultima parte di questo lavoro.

3.3.2. L'equivocità del richiamo all'art. 32 Cost.

Ma – tornando all'art 32 Cost. – l'intera questione riposa, forse, su un vizio di partenza che innerva la maniera di leggere lo stesso diritto alla salute. La Consulta – e prima di essa i giudici remittenti – discute di salute psicofisica della coppia, ma l'enunciato letterale dell'art. 32 della Carta Costituzionale, al primo comma, menziona un diritto *individuale* che viene riconosciuto in capo ad ogni singola persona: «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo...». Detta formulazione «funge da elemento di rigorosa delimitazione del concetto di salute, concetto “agganciato” alla singola persona fisica; quindi dato *concreto, misurabile*, niente affatto evanescente o “liquido”. Tutta la norma costituzionale è rivolta al singolo, all'individuo: a favore dello stesso la salute viene riconosciuta come diritto fondamentale».

Allargare le maglie di un diritto fondamentale è un'operazione delicata, che alle volte può rispondere a criteri di giustizia sostanziale; sarebbe da valutare se il caso in esame è a questi riconducibile e se era così necessario ricorrervi. Inoltre, il richiamo all'art. 32 Cost. comporta altresì l'aspro contrasto della giurisprudenza costituzionale in merito al “turismo procreativo” poco sopra accennato: discriminazione su base economica del tutto intollerabile se connessa all'esercizio di un diritto fondamentale, discriminazione radicalmente negata nella sentenza del 2019. Ne consegue che, forse, il riferimento al

¹¹⁶ C. TRIPODINA, *Contròrdine*, cit., pagg. 2630-2631.

¹¹⁷ M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA*, cit., pag. 155.

diritto alla salute, in questo ambito, non è dei più felici, anzi apre ad una serie di contraddizioni di sistema che suggerirebbero di seguire strade alternative laddove possibile.

Ciò conduce ad una seconda questione problematica, più generale, ovvero se le tecniche di PMA siano configurabili come terapie. In dottrina vi è chi ha rilevato come il legislatore del 2004 non considerasse la PMA attinente alla salute: già la circostanza che tali tecniche siano consentite unicamente come *extrema ratio*, qualora la sterilità o l'infertilità non siano altrimenti rimovibili, può legittimare l'idea che la legge n. 40 intenda distinguere «chiaramente tra le *terapie* che rimuovono le malattie e le *tecniche* che non le curano»¹¹⁸. A onor del vero, l'art. 1 comma 2 parla di «*altri* rimedi terapeutici efficaci», per cui si potrebbe argomentare pure nel senso di reputare la PMA come una terapia necessariamente sussidiaria, con tutte le difficoltà del caso. Ma quello letterale non è il solo argomento contrario.

Sostenendo la natura terapeutica delle tecniche di PMA, sorge spontanea la domanda se le limitazioni soggettive *ex art.* 5¹¹⁹ della legge del 2004 possano essere considerate legittime. Così argomentando, infatti, lo stesso divieto assoluto di fecondazione eterologa verrebbe a configurarsi alla stregua di un impedimento legislativo “a curarsi”, stante che in certi casi è l'unico rimedio utile per generare un figlio. Considerazioni non troppo dissimili varrebbero anche per la gestazione per altri o per l'ectogenesi (tecnica per cui l'embrione si svilupperebbe per nove mesi in un utero artificiale senza, quindi, alcun trasferimento nel corpo umano): si pensi al caso di una donna incapace di portare avanti una gravidanza dove quelle prospettate sarebbero le uniche “cure” possibili all'infertilità di quella coppia. Ancora, perché la coppia possa accedere alla PMA c'è bisogno del consenso di entrambi i componenti: il mancato consenso di una persona può comportare che un'altra non si possa curare, non possa far valere un proprio diritto fondamentale? Si tratterebbe, poi, di una cura a cui, dopo la trasformazione dell'ovocita in ovulo, mediante l'inseminazione artificiale del primo, non sarebbe più possibile revocare il consenso, in spregio alla disciplina del consenso informato¹²⁰ che prevede che esso debba permanere per tutta la durata del

¹¹⁸ Per le citazioni che precedono G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in www.rivistaaic.it, 2/2012, (08.05.2012), rispettivamente §§. 6 e 4. Corsivo nel testo. In tal senso anche A. M. GAMBINO, *Divieto di fecondazione eterologa, espressione di civiltà giuridica*, in AA.VV., *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, a cura di F. VARI, Giappichelli, Torino, 2012, per il quale «nel caso dell'accesso alle tecniche di fecondazione assistita di cui alla legge 40 non si cura una patologia (l'infertilità o la sterilità rimarranno tali) ma si supera un ostacolo per risolvere un problema procreativo» (pag. 42).

¹¹⁹ Verrebbero, difatti, escluse coppie di soggetti non conviventi o coppie composte da minorenni: ne dovrebbe conseguire che la loro eventuale sterilità non sia una malattia, o meglio che lo diventi soltanto con l'età o con la convivenza e che, magari, da quella malattia si possa “guarire” semplicemente rinunciando ad avere un figlio o optando per l'adozione.

¹²⁰ Sul punto analogamente A. CAUTELA, *Legge n. 40/2004*, cit., §. 1, secondo la quale un «ulteriore punto fortemente controverso della normativa [...] è stato individuato nell'irrevocabilità del consenso del paziente dopo la fecondazione dell'ovocita, sancito dall'art. 6, comma 3 [della legge n. 40/04]: tale disposizione ha evidenziato profili di incompatibilità con l'art. 32 Cost., 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

trattamento¹²¹. «Si noti [inoltre] che l'impossibilità di revoca del consenso scatta *prima* che la presunta terapia abbia successo, perché l'embrione creato *in vitro* non è stato ancora trasferito nell'utero materno e una gravidanza non ha avuto inizio».

Deve essere ulteriormente precisato che, ritenendo le tecniche di PMA delle terapie, si verrebbe a curare la coppia e non i singoli componenti: il maschio sterile resta del tutto estraneo alle tecniche di fecondazione artificiale, semplicemente si reperiranno gameti da un donatore esterno; analogamente la donna sterile vedrà impiantato nel suo utero un ovulo già fecondato proveniente da una donatrice, donatrice che sarà *lei* stata sottoposta a stimolazione ormonale ed al prelievo degli ovociti fecondati dal seme del partner *in vitro*. Dal punto di vista logico, la risposta terapeutica non è rivolta propriamente ai singoli, bensì alla coppia: è, dunque, la coppia che verrebbe “curata” con la PMA, con lo scoglio, che dovrebbe così essere affrontato, del diritto alla salute sancito dalla Costituzione come diritto eminentemente individuale. A prescindere da ciò, reputare «la fecondazione eterologa una terapia dell'infertilità della coppia sterile o infertile porta, inevitabilmente, a considerare qualunque limitazione incomprensibile e inaccettabile» per manifesto conflitto col dettato dell'art. 32 Costituzione.

Sarebbe scorretto, però, dedurre, da quanto precede, un grossolano errore della Consulta nella valutazione della prima delle due “idee di base” che informano la legge n. 40: la Corte, infatti, nella parte della sentenza che ricostruisce i due pilastri della legge, parla di rimedio, non di terapia o cura. È la Corte di Strasburgo che disquisisce di “finalità terapeutica” ed i giudici costituzionali, seguendo quest'ultima, accolgono il concetto di PMA come terapia («finalità (*lato sensu*) terapeutica assegnata dal legislatore alla PMA», può leggersi al punto 11 del considerato in diritto), addivenendo ad un risultato – come si è tentato di dare conto – foriero di alcune contraddizioni.

Inoltre, e concludendo sul punto, affermare che le tecniche di fecondazione artificiale siano terapie nei confronti di malattie comporta ritenere altresì che sia: «a) *inevitabile l'instaurazione del rapporto di coppia*; b) *inevitabile la decisione della coppia di avere un figlio*. Sì, perché l'instaurazione di una patologia che necessita di una terapia non può essere conseguenza di *condotte volontarie*. [...] ecco che l'impossibilità di giungere al risultato sperato si trasforma in una *malattia* dalla quale i due componenti la coppia possono guarire *soltanto ottenendo il risultato*

al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico-fisica». L'autrice sottolinea anche come la disposizione in questione contrasti con l'art. 5 della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina affermando il principio generale del consenso riguardo gli interventi sanitari e la facoltà di ritirarlo in ogni momento.

¹²¹ Si noti *en passant* che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”» (Corte costituzionale, sent. n. 438 del 2008, punto 4 in diritto).

voluto. Sottesa a questa ricostruzione vi è, ovviamente, un'ideologia che trasforma i desideri in diritti e l'impossibilità di soddisfarli in malattia»¹²².

4. Desiderio, “determinazione”, diritti fondamentali. Riflessioni sul diritto ad autodeterminarsi

Ed in effetti la sentenza n. 162 del 2014 sembra puntare la prua dell'ordinamento nella direzione di dare una copertura costituzionale al desiderio alla genitorialità—a procreare¹²³: «l'accesso alle tecniche di PMA, di tipo omologo e/o eterologo, viene inteso come una forma di (necessaria) concretizzazione del diritto alla genitorialità, in relazione a soggetti... afflitti da patologia»¹²⁴. Il diritto in questione viene dalla giurisprudenza costituzionale ancorato al diritto all'autodeterminazione: «la scelta di tale coppia [con un componente sterile] di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi»¹²⁵. Trattasi di una autonoma libertà fondamentale concernente la sfera più intima ed intangibile della persona umana e, dunque, in quanto tale, “incoercibile”.

Ma sul punto sono stati svolti interessanti supplementi d'indagine: «l'autodeterminazione non è tanto, forse, una libertà costituzionale autonoma, ma si lega all'esercizio di *altra* libertà costituzionale, di cui rappresenta, nel relativo ambito, la capacità del soggetto titolare di liberamente determinarsi in quello spazio e che sempre incontra possibili limiti, purché certo ragionevoli. L'autodeterminazione, anche se definita incoercibile, non basta da sola ad ergersi a fondamento di un autonomo, non enumerato diritto alla maternità ad avere figli in ogni modo e in ogni condizione, senza tenere in adeguato conto tutti i diritti e interessi costituzionali coinvolti»¹²⁶. Quello alla genitorialità non sarebbe, dunque, un diritto fondamentale *sic et simpliciter*, ma, tutt'al più, un diritto connesso alla libertà di autodeterminazione, che è a sua volta un valore costituzionale sfumato¹²⁷. Anche perché – è stato fatto notare – «se si dovesse

¹²² Per le citazioni che precedono G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., rispettivamente §§. 4, 5 e 7. Corsivo nel testo.

¹²³ Per una ricognizione sul tema può vedersi lo scritto, ancorché non recentissimo, di G. CAPIZZI, *Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine*, in www.biodiritto.org, (15.06.2012), e la sua ampia bibliografia. Sullo stesso tema anche B. LIBERALI, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in M. D'AMICO - M. P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa": analisi critica e materiali*, Angeli, Milano, 2014. pagg. 65-100; e C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Rivista di BioDiritto*, (www.biodiritto.org), fasc. 2/2014.

¹²⁴ V. BALDINI, *Diritto alla Genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in dirittifondamentali.it, n. 2, 2014, pag. 6.

¹²⁵ Corte costituzionale, sent. n. 162 del 2014, punto 6 in diritto.

¹²⁶ A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento*, cit., §. 4.1. Corsivo nel testo.

¹²⁷ È, difatti, innegabile – come afferma S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, §§. 1, 2 e 3 – che «la Costituzione non parla di autodeterminazione in alcuna delle sue disposizioni, e ciò nonostante che la nozione di persona, nelle sue diverse aggettivazioni (personale, personalità), sia richiamata 21 volte, quella di uomo (o umano) ben 9 volte, in alcuni casi in reciproca combinazione (nell'art. 3, comma 2, e nell'art. 32, comma 2, Cost.) e la dignità è richiamata due volte (nell'art. 3, comma 1, come dignità sociale, e nell'art.

ammettere un diritto all'autodeterminazione di rango costituzionale (collegato ad esempio alla tesi della libertà morale), dovrebbe riconoscersi sempre e comunque come conseguenza di questo il diritto all'obiezione di coscienza. Un diritto costituzionale generale di libertà, infatti, potrebbe comportare sempre la giustificazione dell'obiezione di coscienza rispetto a quello che comandano o vietano le leggi dell'ordinamento. Ed invece, così non è, non tanto perché in questo modo l'ordinamento smarrirebbe il suo senso, quanto soprattutto perché in realtà la coscienza, come foro interno, [...] diversamente che in altri ordinamenti costituzionali, non trova posto in Costituzione e la sua tutela costituzionale può darsi solo per quei frammenti estremamente limitati che ridondano in libertà costituzionali (come l'art. 19 e l'art. 21) e nei confronti di leggi che, prive di giustificazioni proprie dal punto di vista costituzionale, violano questi diritti»¹²⁸.

Ma le cautele appena espresse non sono fatte proprie da tutti, a dimostrazione di come la sentenza n. 162 del 2014 fornisca, di per sé, più di qualche spiraglio nel senso di sostenere la nascita di un nuovo diritto fondamentale¹²⁹: «a ben vedere, il diritto alla genitorialità viene elevato a diritto costituzionale, un diritto che è irragionevole non riconoscere alle coppie sterili dal momento che il progresso scientifico lo permette»¹³⁰. Ancora: «la sentenza della Corte [...] 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

41, comma 2, come dignità umana)». Aggiunge ancora l'autore: «quella che perciò si definisce comunemente come "autodeterminazione" non ha sicuramente nell'ordinamento giuridico una dimensione unitaria, ma è suscettibile di assumere valenza giuridica solo per frammenti, riconducendo i diversi aspetti delle scelte e decisioni individuali all'ambito giuridico che le è loro proprio, e cioè ad una disposizione puntuale che contempla una determinata situazione e la qualifica giuridicamente». Cionondimeno – ricorda sempre l'autore – la giurisprudenza costituzionale ha interpretato l'art. 2 Cost. (fondamento del sistema dei diritti fondamentali) in modo da delineare tre «schemi entro cui si muove la problematica dei diritti inviolabili [...]: a) la combinazione di un diritto costituzionale specifico con l'art. 2 Cost., che serve a rafforzare il diritto come tipizzante la forma dello Stato democratico-repubblicano; b) la riconduzione di una fattispecie riguardante una particolare facoltà ad un diritto costituzionale specifico e all'art. 2, al fine di ricondurre dette facoltà all'ambito normativo di un diritto costituzionale, intensificandone la tutela con la previsione dell'invulnerabilità; c) l'autonoma individuazione di fattispecie, definite come diritti inviolabili in relazione diretta ed esclusiva con l'art. 2 Cost.». Concludendo che «la Corte, in alcuni casi, preferisce individuare diritti qualificati inviolabili in assenza o in concorso di una puntuale previsione e, in tal modo, oscilla tra l'innovazione al sistema dei diritti fondamentali, riconoscendo nuove fattispecie autonome, e l'estensione dell'invulnerabilità a diritti previsti dalla Costituzione, ma per cui questa non contempla espressamente detta qualificazione». Il principio di autodeterminazione entra in questo discorso: «una impostazione nella quale libertà morale e autodeterminazione finiscono con il coincidere e con il radicarsi in un ambito che viene definito costituzionale e che finisce con l'appoggiarsi, inevitabilmente, all'art. 2, inteso come clausola semi-aperta».

¹²⁸ S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione*, cit., §. 7.

¹²⁹ Riconoscimento avvenuto per la prima volta ad opera della stessa Corte Costituzionale in occasione della sent. n. 332 del 2000, nella quale – come sottolineato da F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, focus Human Right*, n. 1/2017, §. 2 – la Corte afferma «l'esistenza di un diritto inviolabile della persona di procreare ma non ne [chiarisce] fino in fondo la natura, la titolarità e i limiti».

¹³⁰ M. ABAGNALE, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., §. 4.2.

rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti, quale formazione sociale legata necessariamente alla procreazione, che assurge, ormai, a diritto fondamentale della persona»¹³¹.

La suddetta interpretazione che legge il diritto alla genitorialità come un diritto fondamentale – sul punto della famiglia come nozione necessariamente legata alla procreazione ci si soffermerà a breve – può farsi più salda sulla scorta della pronuncia dei giudici di Strasburgo sull'*affaire* Costa e Pavan contro Italia: essa, riconoscendo la compatibilità *ratione materiae* della questione con l'art. 8 CEDU, assicura «una protezione forte ai diritti procreativi delle coppie nel bilanciamento con gli altri diritti fondamentali rilevanti nell[a] fattispecie. Il rilievo assegnato alle esigenze procreative delle coppie – ai loro *desideri* –, che inevitabilmente si lega alla tutela del diritto fondamentale alla salute, ha consentito al Giudice costituzionale e alla Corte di Strasburgo di fare emergere un interesse meritevole di tutela»¹³².

Soprascedendo sul richiamo all'art. 32 Costituzione – tema su cui ci siamo già intrattenuti nel paragrafo precedente –, vale la pena rammentare come la Corte europea parli di “diritto ad avere un figlio sano”, per cui la pretesa alla prestazione sanitaria meritevole di tutela è subordinata alla diagnosi di una malattia genetica grave e incurabile. La Corte EDU sembrerebbe, dunque e a ben guardare, attribuire copertura convenzionale non tanto al diritto alla genitorialità quanto piuttosto ad un diritto più circoscritto, quello ad avere un figlio non affetto da patologie genetiche gravi laddove le tecnologie lo consentano. D'altronde, gli stessi giudici di Strasburgo, nella pronuncia della *Grande Chambre* del 2017 Paradiso e Campanelli contro Italia, con riguardo ad una coppia eterosessuale, escludono che fosse tutelabile la mera volontà di divenire genitori.

Conseguenza necessaria della lettura del desiderio di procreare come diritto fondamentale è, da un lato, il rischio che «da soggetto di diritti, il figlio [divenga] oggetto dei diritti di un altro»¹³³, subendo un processo di reificazione della vita umana che potrebbe riecheggiare il fenomeno schiavista (anche se le due fattispecie non sono ovviamente assimilabili) nel quale la persona cessava d'essere centro di imputazione di diritti venendo collocata nella categoria delle *res* e non delle *personae*¹³⁴: il bambino non può essere

¹³¹ A. CAUTELA, *Legge n. 40/2004*, cit., §. 3. Corsivo nel testo. In maniera analoga, riconoscono il diritto a procreare come desumibile da principi costituzionali G. BALDINI, *Le nuove frontiere del diritto a procreare: jus generandi e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in G. BALDINI - G. CASSANO (a cura di), *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, Milano, 2002, pag. 8 e ss.; e C. FORDEY, *La procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'uomo*, in *Politica del diritto*, 1999, pag. 31 e ss. Interessante la ricostruzione del diritto in questione di F. PASTORE, *Il diritto di procreare*, cit., in cui a tale situazione soggettiva viene riconosciuta la natura di «diritto inviolabile della persona» laddove, però, a questo non coincide «quello di avere un figlio a ogni costo», essendo espressione non «di una visione edonista o individualista della vita, ma piuttosto, [...] di una concezione responsabile della genitorialità da vivere anche in una dimensione sociale e comunitaria» (§. 9).

¹³² C. NARDOCCI, *La corte di Strasburgo*, cit., §. 4. Corsivo nel testo.

¹³³ C. CARDIA, *La metamorfosi dei diritti umani. Dal nuovo Sinai di Hannah Arendt alla nuova Torre di Babele*, in *Iustitia*, fasc. 1, 2014, pagg. 21-22.

¹³⁴ Sulla questione della reificazione della vita umana può vedersi J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana, I rischi di una genetica liberale. Appendici. Fede e sapere*, a cura di L. CEPPA, Einaudi, Torino, 2001, pag. 21 e ss.

considerato, per il solo fatto di essere ottenuto attraverso tecniche di PMA, «esclusivamente come oggetto del desiderio e “prodotto finale” delle tecniche»¹³⁵. Dall’altro, sta la rivoluzione della concezione costituzionale di famiglia, che diviene una formazione sociale intrinsecamente connessa alla procreazione: «quel che si può dire a prima lettura è che il combinato disposto di diritto alla genitorialità, diritto ad avere una famiglia con figli [...] e diritto dei figli ad avere una famiglia [...] rovescia il quadro costituzionale, facendo della famiglia legittima fondata sul matrimonio solo una *species* del *genus* famiglia come consorzio che lega necessariamente una coppia ai figli»¹³⁶. Questa impostazione, come sappiamo sconfessata dalla sentenza n. 221/2019¹³⁷, avrebbe potenzialità dirompenti sull’ordinamento, ad esempio il riconoscimento di fatto del diritto *de quo* alle coppie omosessuali, come, tra l’altro, fatto risaltare espressamente dalle ordinanze dei tribunali di Pordenone e Bolzano.

A ben vedere, però, la questione così strutturata è, forse, mal posta. All’interno della famiglia si dispiegano due diverse relazioni: una di tipo “orizzontale” che si instaura e regola i rapporti tra i coniugi, l’altra di tipo “verticale” che riguarda, invece, i rapporti tra genitori e figli. Occorrerebbe evitare di far necessariamente prevalere una sull’altra: infatti entrambe sono costitutive dell’essenza “sociale” di un istituto che affonda le proprie radici negli albori delle relazioni umane, in quella forma embrionale e ben più che immediata di comunità che è la famiglia.

Orbene, che la presenza di figli sia oggi un tema disancorato dalla famiglia matrimoniale – diversamente dal tempo in cui fu scritto l’art. 29 Cost. –, è un fatto acclarato. La legge n. 40 del 2004 recepisce questa evoluzione consentendo anche alle coppie conviventi l’accesso alle tecniche di PMA; dal canto suo la giurisprudenza costituzionale ha sostenuto, già nel 1998, che «il matrimonio non costituisce più il punto di discriminazione nel rapporto tra genitori e figli – legittimi naturali riconosciuti – identico essendo il contenuto dei doveri oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri»¹³⁸. Ne consegue che la linea di demarcazione tra famiglia legittima e famiglia “di fatto” «riguarda essenzialmente relazioni orizzontali tra i coniugi; mentre famiglia legittima e famiglia di fatto restano equiparabili in maniera molto netta nell’ambito delle relazioni verticali, cioè delle relazioni dei genitori con i figli»¹³⁹. Se è, dunque, del tutto condivisibile il tentativo di agganciare la nozione di famiglia alla genitorialità, liberandola dagli oramai

¹³⁵ F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale”*, cit., §.4.

¹³⁶ A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., §. 8.

¹³⁷ E ulteriormente ribadita nella sent. n. 230 del 2020 in cui i giudici costituzionali affermano che: «l’art. 30 Cost non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli» (punto 6 in diritto).

¹³⁸ Corte costituzionale, sent. n. 166 del 1998, punto 3 in diritto.

¹³⁹ B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 12.

angusti limiti della convivenza matrimoniale¹⁴⁰, non lo è affatto quello di legare imprescindibilmente la famiglia alla procreazione: «l'art. 30 [Cost.] relativizza l'art. 29 e la sua definizione di famiglia (legittima), precludendo qualsiasi interpretazione che costruisca un nesso rigido tra filiazione, famiglia e matrimonio»¹⁴¹. Qualsiasi comunità in cui si espliciti tanto quella relazione “orizzontale” quanto quella “verticale” merita, in qualche modo e fermo restando le differenze di tutela giuridica¹⁴², la qualificazione di famiglia¹⁴³ – ancorché, eventualmente, nella forma *minus quam perfecta* – evitando di cadere in una nuova (antica) ingessatura tesa a subordinare, sempre e comunque, l'*affectio* tra i componenti della coppia alla finalità procreativa¹⁴⁴ – come, tra l'altro, affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza oggetto del presente lavoro.

Tornando al tema del desiderio di procreare inteso come diritto fondamentale, parte della dottrina ha peraltro registrato il nuovo crinale su cui pare cominciare a camminare il diritto costituzionale, nonché i relativi rischi di caduta: se la garanzia di un diritto fondamentale non può essere pretermessa o resa non effettiva, incontrando un limite solo a fronte della compressione di altri diritti di pari rango costituzionale, è altrettanto vero, però, che questo presunto diritto alla genitorialità è condizionato alle possibilità disvelate dalla scienza e dalla tecnica. «Un diritto è riconosciuto come fondamentale ma è condizionato alle acquisizioni della scienza e limitato soggettivamente a determinate situazioni patologiche»: la “fondamentalità” propria, per la stessa grammatica del concetto – per parafrasare Wittgenstein –, della teoria dei diritti fondamentali viene in questo modo contraddetta in se stessa. Ne segue una seria ipotesi d'incompatibilità con il principio di sovranità popolare configurandosi la scienza come ulteriore limite all'attività legislativa sostanzialmente al di fuori del dettato costituzionale. Inoltre, l'idea di libertà che emergerebbe parrebbe legarsi non ad una concezione per la quale i diritti fondamentali «siano attribuiti

¹⁴⁰ Ne deriva anche che, sul versante opposto, «la famiglia tutelata dall'art. 29 Cost. è quella che nasce con il matrimonio tra due soggetti ed è tale *a prescindere dall'esistenza dei figli*» (F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio*, cit., §. 4, corsivo nostro).

¹⁴¹ B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., pag. 11.

¹⁴² D'altronde, e come aveva sostenuto la Consulta nella sentenza n. 166/1998, «la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio: da ciò deriva che l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti» (punto 5 in diritto).

¹⁴³ Commenta F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio*, cit., §. 11, occupandosi della discussa sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010 in cui i giudici, dando particolare rilievo alla finalità procreativa del matrimonio, smentiscono la propria decennale giurisprudenza sul tema: «se la famiglia è il luogo della realizzazione personale, perché ammettervi gli eterosessuali e non anche gli omosessuali?».

¹⁴⁴ In tal senso anche M. BIANCA, *La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020*, in www.giustiziansieme.it, (16.12.2020), §. 2, per la quale «l'evoluzione del diritto di famiglia dell'ultimo cinquantennio ha dimostrato che al modello tradizionale fondato sul matrimonio si sono via via affiancati altri modelli, tutti a vocazione familiare, se pure con alcune differenze. Tali modelli sono stati riconosciuti in sé come “familiari” a prescindere dalla presenza di figli, in quanto l'elevazione al rango di modello familiare è stata argomentata sulla base di elementi tutti riguardanti la relazione di coppia».

della persona come animale sociale e politico», bensì ad un'inedita ed «innovativa teoria delle libertà come facoltà consentite all'uomo dalla scienza e dalla tecnica»¹⁴⁵.

A fronte di tutto ciò vi è anche chi non vede nella sentenza del 2014 la proclamazione di alcun nuovo diritto costituzionale: «non è casuale che nella sentenza non si parli mai esplicitamente di un diritto a procreare o ad avere un figlio, preferendo piuttosto discutere di “scelta” o di “determinazione” a formare una famiglia e a diventare genitori»¹⁴⁶, espressione della generale libertà di autodeterminarsi. Il “desiderio” alla genitorialità viene così qualificato alla stregua di una “determinazione” meritevole di una tutela in qualche modo mediata per il tramite del principio di autodeterminazione. Quest'ultimo – come già accennato *supra* – ha un fondamento costituzionale, riconosciuto a più riprese dalla giurisprudenza della Corte, ma da cui non può farsi derivare altresì l'assolutezza del principio *de quo*. Non un *diritto* dunque, ma un *desiderio legittimo* da presidiare ad opera delle corti al ricorrere di determinate condizioni.

Alla luce della recente pronuncia n. 221 del 2019¹⁴⁷, sembra essere quest'ultima la definizione che meglio si attaglia al fenomeno in questione e che i giudici costituzionali sembrano adottare nella materia *de qua*, una definizione che argina quelle pretese che individuano nell'ordinamento un diritto assoluto alla genitorialità¹⁴⁸, concentrandosi sugli interessi dei minori piuttosto che su quelli degli adulti¹⁴⁹. La scissione tra atto sessuale e procreazione cagionata dai progressi scientifici e tecnologici pone l'interrogativo di un diritto alla genitorialità non limitatamente all'*an* ed al *quando*, ma comprensivo del *quomodo*, vale a dire del diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale. La risposta data dalla legge n. 40, a detta della Consulta, questa volta è un categorico diniego: configurandosi come rimedio alla sterilità e infertilità umana avente causa patologica non altrimenti rimovibile, le tecniche di PMA non possono «rappresentare una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale» (punto 10 del considerato in diritto).

¹⁴⁵ Per le citazioni che precedono A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., rispettivamente §§. 9 e 11.

¹⁴⁶ G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse*, cit., pag. 2.

¹⁴⁷ Soluzione che, a ben vedere, forse, poteva già intravedersi nella decisione n. 96 del 2015, nella quale sembrava, difatti, che la Corte volesse «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». Così A. CAUTELA, *Legge n. 40/2004*, cit., §. 4.

¹⁴⁸ «La legge 40, pertanto, ha regolato la PMA senza riconoscere un diritto della coppia ad avere un figlio ad ogni costo tramite l'uso della tecnologia. La procreazione artificiale è prevista come rimedio a cause di sterilità e infertilità assoluta della coppia e, comunque, consentita solo in specifiche ipotesi». Così F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale”*, cit., §. 3.

¹⁴⁹ In tal senso G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”*, in *Corriere giuridico*, fasc. 12, 2019, pag. 1460 e ss. Analogamente C. IMBALZANO, *Procreazione post mortem e stato giuridico del nato*, in *rivista.camminodiritto.it*, n. 10, 2020, §. 6.

Trattasi di “desideri”, mere aspirazioni soggettive che non possono essere costituzionalmente tutelate come diritti¹⁵⁰. La sentenza n. 162 del 2014, dunque, non riconosceva un diritto, men che meno un diritto fondamentale, ma solamente un desiderio realizzabile grazie all’innovazione scientifica che le peculiarità del caso suggerivano essere meritevole di tutela¹⁵¹ attraverso l’ancoraggio al principio di autodeterminazione¹⁵².

È un’interpretazione non scontata della pronuncia del 2014, come si evince dalla copiosa dottrina di segno avverso, ma cionondimeno condivisibile. Essa tenta, difatti, di innalzare un argine al valore “tirannico”, in perpetua espansione in particolare nelle questioni etiche, dell’autodeterminazione¹⁵³.

Quest’ultimo, intorno agli anni ottanta del secolo scorso, venne adoperato dalla dottrina per superare la concezione proprietaria e mercatista correlata alla tradizionale nozione di “autonomia privata” tratta dall’art. 5 del Codice Civile; successivamente, però, è stato usato sempre più come grimaldello per

¹⁵⁰ Scrive F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale”, cit.*, §. 4, che «per la Consulta [...] non esiste un diritto alla genitorialità tramite l’uso della tecnologia, da ricomprendere tra i diritti inviolabili previsti dall’art. 2 Cost. o tutelato dall’art. 31 Cost., come protezione della maternità potenziale o come diritto ad usare la tecnologia per la maternità». Aggiungendo poi, citando V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, cit., pag. 6, che «il desiderio di essere genitori potrebbe essere tutt’al più protetto come “diritto di libertà negativa, garantito nei confronti di ogni ingerenza del potere pubblico che mirasse a limitare” lo stesso; ma ciò “non implica anche l’inclusione nella sua sfera materiale di tutela dell’impiego delle tecniche di PMA”». Sull’inesistenza del diritto alla genitorialità può vedersi anche A. MORACE PINELLI, *Verso una riforma delle adozioni*, in *Fam. e dir.*, 2016, pag. 719 e ss.

¹⁵¹ Una posizione questa che riecheggia quella di V. ZAMBRANO, *La fecondazione assistita e il mito dell’apprendista stregone: l’esperienza comparatistica*, in P. STANZIONE - G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 300, la quale, evitando di addentrarsi sul terreno del diritto soggettivo, preferisce discutere di un interesse giuridicamente protetto a procreare.

¹⁵² Sul punto vi è da segnalare una posizione – condivisibile a detta di chi scrive – che individua l’inesistenza del diritto alla genitorialità nell’irrelevanza dell’elemento volontaristico nella disciplina di entrambi i modelli di genitorialità non biologica, quella da PMA e quella da adozione, compiendo una netta distinzione tra ciò che è qualificabile come diritto (e, in quanto tale, liberamente disponibile dal soggetto e a questo garantito) e ciò che, invece, è qualificabile come *status*: «La presunta individuazione di “un diritto alla genitorialità” annoverabile tra gli altri diritti fondamentali della persona ai sensi del dettato costituzionale (art. 2) impone [...] una riflessione preliminare sul rapporto che necessariamente corre tra diritti e *status* in materia di filiazione, nonché sull’esatta interpretazione e applicazione delle norme vigenti. Il tradizionale impianto normativo delle azioni di stato, che disegna il perimetro delle regole che governano l’instaurazione e la cancellazione della genitorialità, benché abbia ricevuto una significativa evoluzione a seguito della riforma della filiazione, ha nella sostanza conservato l’idea che il procedimento per diventare genitori o per perdere tale qualifica è affidato alle regole che governano gli *status* ed è sottratta all’arbitrio dell’autonomia negoziale e della autodeterminazione». Così M. BIANCA, *La genitorialità d’intenzione e il principio di effettività*, cit., §. 2.

¹⁵³ In tal senso S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione*, cit., §§. 3 e 4, corsivo nel testo, secondo il quale «l’affermazione di un potere di autodeterminazione, deducibile da diversi principi generali (autonomia, libertà generale, libertà morale) della cui fondatezza sul piano costituzionale si può sensatamente dubitare, comporterebbe una conseguenza paradossale, e cioè a fronte di una pretesa assoluta di costituzionalità, rimarrebbe una indeterminatezza dei limiti di questo potere di autodeterminazione, per cui questo potrebbe espandersi, come di fatto è accaduto, violando le garanzie e superando i limiti apposti alle libertà costituzionalmente previste o attraverso tecniche non più ermeneutiche ma di politica del diritto». L’autore, pertanto e citando P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1988, pag. 56, approda ad un art. 2 Cost. «“... inteso perciò come avente la sola – anche se fondamentale – funzione di conferire il crisma dell’inviolabilità ai diritti menzionati in Costituzione: diritti peraltro da identificare (...) non solo in quelli dichiaratamente enunciati in Costituzione, ma anche in quelli ad essi conseguenti?”. Esso sarebbe “in una parola *matrice* e *garante* dei diritti di libertà, non *fonte* di altri diritti al di là di quelli contenuti in Costituzione”».

«individuare nella Costituzione italiana¹⁵⁴, e nelle più recenti carte internazionali e sovranazionali, un generale “diritto all’autodeterminazione”, espressione di una “sovrànità su di sé e sul proprio corpo”»¹⁵⁵ che arriva sino alla problematica ed ambigua “autodeterminazione biologica”.

Atteso che il principio di autodeterminazione è al centro della ricostruzione giurisprudenziale dianzi esposta, la chiave di volta diviene, allora, l’interrogativo circa la configurabilità o meno di un diritto costituzionale alla sovranità assoluta sul proprio corpo all’interno della nostra Carta fondamentale¹⁵⁶. Una risposta affermativa porta necessariamente a dover riconoscere un diritto anche a mutilarsi o a drogarsi *et similia*: «alla legge verrebbe opposto un diritto costituzionale di libertà. Dall’antico e assoluto *dominium rei* ad un più moderno *dominium sui*, sempre in nome del “dogma della volontà”»¹⁵⁷.

Pertanto, questa volontà dei singoli sul proprio sé, sulla *zoé*¹⁵⁸, può avere copertura costituzionale? La concezione di libertà propria del liberalismo classico implica una nozione della stessa che si estenda senza confini, o meglio con l’unico limite di non poter limitare la – né essere limitata dalla – libertà stessa: il mio essere libero non può essere negato dall’essere libero del mio vicino, e viceversa. Tutto ciò che non è espressamente proibito (e che è vietato proprio perché ritenuto pericoloso per la libertà altrui) è lecito ed il diritto pubblico se ne ritrae, non gli deve interessare¹⁵⁹. Ma lo Stato costituzionale di democrazia pluralista è qualcosa di diverso: «nel momento in cui le costituzioni ambiscono a costituire anche una tavola di valori che informa l’intero ordinamento (dignità delle persone, valore della pace, libero sviluppo della persona e così via) è ancora possibile alle stesse restare neutrali o agnostiche rispetto alle varie

¹⁵⁴ In particolar modo nel diritto a rifiutare le cure implicito nell’art. 32 Cost.: «l’autodeterminazione individuale [...] viene richiamata nell’interpretazione dell’art. 32, comma 2, Cost. A tal riguardo si sostiene che nel principio secondo cui “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario” bisogna riconoscere un diritto all’autodeterminazione in ordine al rifiuto della cura, alla scelta del fine vita, alla legittimità dell’eutanasia, come forma di salvaguardia della dignità umana, ecc.». Anche se, invero, «l’art. 32, comma 2, Cost., alla cui formulazione contribuì particolarmente la componente cattolica presente in seno all’Assemblea Costituente, fonda non un diritto di libertà individuale di cura del quale farebbe parte anche il rifiuto delle terapie, ma un “limite” nei confronti del potere pubblico, in quanto è affidato alla legge (e non al giudice o all’amministrazione) il potere di imporre il trattamento sanitario come obbligatorio ed è la legge che consente l’operatività degli altri poteri dello Stato» (S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione*, cit., §. 6, corsivo nel testo).

¹⁵⁵ A. BARBERA, *Un moderno “Habeas Corpus”?*, in www.forumcostituzionale.it, pag. 3. Corsivo nel testo.

¹⁵⁶ Paventa ciò come un azzardo Rodomonte che, infatti, parla di «lettura dell’autodeterminazione quale principio assoluto e quale fonte inesauribile di nuovi diritti dei singoli e della coppia» (M. G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, cit., si veda pure M. ABAGNALE, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., §. 4.2, nota 103).

¹⁵⁷ A. BARBERA, *Un moderno “Habeas Corpus”?*, cit., pagg. 4-5, il quale richiama A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, pag. 229. Corsivo nel testo.

¹⁵⁸ Intesa come mera tenuta biologica, esistere, in contrapposizione al *bios*, la vita qualificata, quel *quid pluris* che si innesta sulla mera esistenza tramutandola, qualitativamente, in qualche cosa di diverso, ma anche quantitativamente in qualche cosa di più.

¹⁵⁹ Infatti «nelle posizioni classiche del liberalismo individualista le libertà sono viste essenzialmente come “non intromissione” della legge nell’autonomia individuale: così da John Locke a Geremia Bentham, da Stuart Mill a Thomas Hill Green, da Isaiah Berlin a Friedrich von Hayek ed ovviamente a Nozick» (A. BARBERA, *Un moderno “Habeas Corpus”?*, cit., pag. 6). Devono poi essere rammentate – come giustamente fa Barbera – le posizioni contrastanti, seppur sempre nel quadro del pensiero liberale, di Rawls e dei Comunitaristi americani.

concezioni del bene presenti nella società?»¹⁶⁰. Non va dimenticato, infatti, che «le costituzioni del secondo dopoguerra, tra cui spicca quella italiana¹⁶¹, proprio per via degli orrori che avevano umiliato la dignità umana, si sono fatte carico di disciplinare puntualmente diritti e libertà, valorizzando il contesto sociale in cui la persona umana si sviluppa e la comunità adempie all'obbligo di solidarietà, per cui la circostanza che determinate decisioni individuali ricadono sul singolo, non abiliterebbe a ritenere queste come non suscettibili di essere sottoposte a valutazione e a divieto»¹⁶². Inoltre, anche a voler tenere fermi i paletti del liberalismo più ortodosso, il passaggio dall'indifferenza del diritto pubblico alla tutela costituzionale di desideri fatti rientrare nel novero dei diritti fondamentali non è così agevole. Anzi, è tipico dello Stato costituzionale contemporaneo, molto più – come s'è visto – dello Stato liberale, l'approntare gli strumenti che possano tutelare in concreto le libertà riconosciute dalle carte dei valori. Le libertà costituzionali non si traducono nel diritto di fare tutto ciò che più aggrada, ma – per parafrasare Kant – nello scegliere ciò che è più giusto per sé e per gli altri, facendo ciò che le regole rispondenti alla ragione impongono di fare; la libertà di cui parla, di cui si nutre la nostra Costituzione non va confusa «con il tornaconto egoistico... di chi considera libertà qualunque facoltà appaia a taluno conveniente»¹⁶³. Commentandosi la sentenza n. 162 del 2014 e, dunque, l'idea di libertà, per il tramite della valorizzazione del principio di autodeterminazione, che ne scaturisce, si è affermato: «quella che pare emergere nella pronuncia in commento è, in sostanza, una concezione delle libertà meramente individualistica, egoistica, sradicata da relazioni intersoggettive, lontana dall'idea repubblicana della “libertà sociale” [... che] pare neutralizzare anche il contenuto morale del diritto costituzionale che invece rappresenta l'essenza dello stato costituzionale»¹⁶⁴.

La sentenza n. 221 del 2019 pare voler invertire la rotta¹⁶⁵, voler valorizzare piuttosto che un concetto generico di “libertà dell'individuo”, sintomo di un'espansione incontrollata e incontrollabile delle

¹⁶⁰ A. BARBERA, *Un moderno “Habeas Corpus”?*, cit., pag. 6.

¹⁶¹ Barbera sottolinea che «se il fondamento delle costituzioni liberali era da rinvenirsi nel binomio “proprietà-libertà” del “cittadino”, nello “stato costituzionale” del secondo dopoguerra esso viene sempre più rinvenuto nel binomio “dignità-libertà” della “persona”» (A. BARBERA, *Un moderno “Habeas Corpus”?*, cit., pag. 6).

¹⁶² S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione*, cit., §. 8.

¹⁶³ G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in *Politica del diritto*, 1990, pagg. 47-48.

¹⁶⁴ A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., §. 11.

¹⁶⁵ «L'importanza dei passaggi [della sentenza n. 221/2019] emerge con evidenza ove si consideri che, in molteplici sentenze del giudice delle leggi, l'autodeterminazione personale e la tutela della salute psicofisica hanno avuto ben altro ruolo rispetto alla pronuncia qui esaminata, finendo con il prevalere nel bilanciamento effettuato sulla garanzia del diritto alla vita. Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 27 del 1975 sull'aborto o alla recente decisione n. 242 del 2019 sui casi di non punibilità del suicidio medicalmente assistito, come pure alle pronunce sopramenzionate in materia di PMA. Le conclusioni alle quali arriva la Corte costituzionale nella sentenza n. 221 del 2019 non sono, pertanto, per nulla scontate e indicano il riconoscimento di principi importanti, anche nella giurisprudenza costituzionale, sul tema dell'inizio vita. La Corte, infatti, ammette l'esistenza di limiti legittimi all'uso della tecnologia, alla libertà di autodeterminazione dei singoli, alle richieste di nuovi diritti *ex art. 2 Cost.* Così come pone significativi paletti a un'interpretazione del diritto alla salute troppo estesa e fluida». Così F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale”*, cit., §. 6.

libertà¹⁶⁶, la dignità della persona¹⁶⁷, «“fondamento” e “limite” delle libertà costituzionali»¹⁶⁸. Dunque «con-fine»¹⁶⁹.

La dinamica descritta è estesa, è generale, fa-epoca: «...pare determinarsi una sorta di socializzazione, o di “immanentizzazione”, della fenomenologia biopolitica che vede crescere, almeno in Occidente, una richiesta di gestione individuale sul proprio corpo da parte di soggetti sempre meno inclini a farsi rappresentare dalle tradizionali istituzioni statali, partitiche e sindacali»¹⁷⁰. Una tendenza a fare a meno dei corpi intermedi e delle mediazioni, a fare-da-sé, a pretendere, quindi, per sé il controllo, il dominio, la sovranità su di sé. L’esercizio di prerogative in qualche modo esclusive, perciò presidiate dall’ordinamento: la pretesa crescente di diritti nuovi, individuali, individualistici, correndo così «il rischio di scambiare per diritti fondamentali tutti i più o meno comprensibili desideri o bisogni e di basarsi su una idea di libertà in cui la coscienza soggettiva diviene l’unica misura dell’istanza etica»¹⁷¹. Tocqueville,

¹⁶⁶ BODEI scrive di «illimitatezza dei desideri ed erosione delle norme», CIARAMELLI di «proliferazione dei desideri», MARRAMAO di «oltrepasamento della soglia dei desideri»; tutti in AAVV, *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Dedalo, Bari, 2001, rispettivamente pagg. 59, 81 e 73.

¹⁶⁷ Sul punto sottolinea A. BARBERA, *Un moderno “Habeas Corpus”?*, cit., pag. 7, che «la persona [...] non è il frutto di una sommatoria di diritti ma, capovolgendo il punto di vista, è una entità irriducibile cui vanno riconosciuti diritti fondamentali. Stretto è quindi il collegamento fra “dignità della persona” e “libertà” della stessa; collegamento che si può spingere fino al punto di delimitare i confini di una libertà sulla base del rispetto o meno della dignità personale». Analogamente S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione*, cit., §. 8, secondo il quale «nell’impostazione seguita dalla Costituzione, incentrata sulla nozione di persona umana (e sulla sua dignità come *status* che la contraddistingue, atta perciò a limitare le pretese individuali), [...] non possono ritenersi storicamente comprese quelle impostazioni individualistiche che consentirebbero agli interessati di violare verso se stessi il principio del rispetto della persona umana, come ad esempio la pratica volontaria delle mutilazioni, oppure l’assunzione di sostanze che possono alterare o danneggiare lo stato di salute fisica e psichica; né perciò, a maggior ragione, possono permettersi pratiche che volontariamente mettano fine alla vita». Ci si distanzia unicamente dall’ultima affermazione pocanzi riportata, che non si ritiene condivisibile sempre e comunque dal momento che dipende dal contesto in cui si versa. Infatti, non necessariamente la condizione di colui che *esiste* in questo mondo può essere pianamente assimilata a *vivere*: la tradizione greca fornisce la distinzione concettuale – come si accennava *supra* – tra mera tenuta biologica e *bios*, ovvero la vita qualificata. In una situazione in cui è esclusivamente la prima a permanere, in cui l’individuo e non la persona – «la persona si oppone all’individuo in quanto ella è dominio, scelta, formazione, conquista di sé» (E. MOUNIER, *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Edizioni di Comunità, Milano, 1955, pag. 88) – in cui, si diceva, l’individuo e non la persona esiste, senza più vivere al di là della tenuta biologica del proprio dato fisico, ciò a cui volontariamente si porrebbe termine sarebbe la *zōé* e non il *bios*, vale a dire *non* la vita che qualifica l’individuo come persona. Con la conseguenza che, in questo modo, diverrebbe arduo identificare una lesione al principio del rispetto della persona, alla dignità della persona, nozione che non può essere confinata nella mera dimensione della corporeità essendo coesistente anche alla dimensione intellettuale dell’essere umano. Il discorso – che non riguarda, come è evidente, l’esistenza o meno di un generale e generico diritto a disporre del proprio corpo riacciandosi, invece, all’essenza della “dignità della persona” – apre così all’annosa questione – che non può essere affrontata in questa sede – del testamento biologico, con riferimento al quale non deve dimenticarsi «che – come puntualizza Barbera, pag. 9 – la Costituzione non prevede né un “diritto a morire” né, viceversa, sul fronte opposto, un “dovere di vivere”».

¹⁶⁸ A. BARBERA, *Un moderno “Habeas Corpus”?*, cit., pag. 7, il quale richiama A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1991, pag. 347.

¹⁶⁹ In questo senso A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale*, cit., pag. 368. Ma anche M. DI CIOMMO, *Dignità umana e stato costituzionale*, Passigli editore, Firenze, 2010.

¹⁷⁰ R. ESPOSITO, *Biopolitica*, in www.treccani.it, VII Appendice, 2006.

¹⁷¹ A. BARBERA, *Un moderno “Habeas Corpus”?*, cit., pag. 8.

discutendo della avanzante democrazia del suo tempo – intesa come il regime delle libertà – scrive: la democrazia «*riconduce [l'uomo] incessantemente a lui solo, e minaccia di racchiuderlo infine, completamente, nella solitudine del proprio cuore*». Senza lo “spirito della libertà” la forma del governo libero non è sufficiente: «il dispotismo [negazione della libertà], ricacciato all'interno del corpo sociale, riappare, presto o tardi, alla superficie»¹⁷².

Il giudice delle leggi sembra riconoscere, con la pronuncia n. 221 del 2019 su cui ci si è soffermati in questo lavoro, uno spazio privilegiato al Parlamento per «l'individuazione dinamica di tali “nuove frontiere del diritto” [...] Spetta al Parlamento, prima ancora del *quomodo*, decidere l'*an*: non solo *come*, ma anche *se* disciplinare la singola questione bioetica o lasciarla allo spazio di autodeterminazione della persona»¹⁷³.

La strada risale un pendio che, nell'«età dei diritti»¹⁷⁴, da tempo ormai si è imboccato. È ripida e non è comoda. Ma la libertà intesa nella sua accezione più alta – non capriccio egoistico bensì limite nel coesistere con ciò che è eguale – non può non trovare confine nella dignità¹⁷⁵ e «nel concetto di dignità della persona confluisce sia il “diritto alla libertà” che il “dovere di essere libero”»¹⁷⁶. Nessun diritto può davvero stare in piedi senza la sua “nemesi necessaria”, un sistema di doveri¹⁷⁷ che eriga limiti che permettano ad una società, e dunque ad un ordinamento giuridico, di risultare sostenibile, di reggersi sulle proprie gambe, di scrostarsi da dosso la ruggine sociale dell'individualismo della libertà, per parafrasare Tocqueville.

È in quel con-fine che con-tiene, che con-forma, che si sostanzia l'essere liberi.

¹⁷² Per le due citazioni che precedono A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, in *Scritti politici*, a cura di N. MATTEUCCI, Einaudi, Torino, 1968, rispettivamente pagg. 590 e 80. Corsivo nel testo.

¹⁷³ A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento*, cit., §. 5.

¹⁷⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

¹⁷⁵ Come puntualizza A. BARBERA, *Un moderno “Habeas Corpus”?*, cit., pag. 1, «i diritti fondamentali si fondano sulla dignità umana e non è corretto sostenere l'inverso: fare discendere la dignità umana dal riconoscimento di diritti inviolabili. Sotto questo profilo la dignità come diritto della persona non può essere sottoposta a ponderazioni o bilanciamenti con altri diritti».

¹⁷⁶ A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, cit., pag. 368.

¹⁷⁷ «Se si vantano diritti da una comunità la stessa può richiedere quei doveri di solidarietà che servono allo sviluppo della personalità di altri componenti la comunità stessa» (A. BARBERA, *Un moderno “Habeas Corpus”?*, cit., pag. 7, nota 8).