

Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale.*

Simone Penasa**
(16 giugno 2014)

SOMMARIO: 1. *L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa: una definitiva conferma della fragilità strutturale della legge 40 del 2004.* 2. *La giurisprudenza costituzionale e i limiti dell'intervento discrezionale del legislatore in ambito medico: verso il consolidamento del principio di ragionevolezza scientifica.* 3. *La natura costituzionalmente necessaria della legge 40 e l'esigenza (inattuata) di garantire un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi costituzionali coinvolti.* 4. *Il divieto di fecondazione eterologa e i motivi della sua illegittimità: l'emersione del diritto a diventare genitori e la conferma del diritto alla salute psichica della donna.* 4.1. *La "scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia": riconoscimento (implicito) di un diritto alla procreazione costituzionalmente garantito?* 4.2. *Il "diritto alla salute" come base costituzionale della ragionevolezza scientifica delle leggi: lo spazio riservato alle valutazioni della scienza medica come limite alla discrezionalità legislativa.* 5. *Una "chiamata alla responsabilità" del legislatore per un esercizio costituzionalmente (e scientificamente) ragionevole della funzione legislativa.* 6. *Il "destino" della legge 40 come paradigma della ragionevolezza scientifica quale principio ordinamentale dell'esercizio del potere legislativo in ambito medico-scientifico.*

1. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa: una definitiva conferma della fragilità strutturale della legge 40 del 2004.

La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale ha eliminato uno degli ultimi elementi originari della struttura normativa edificata dalla legge n. 40 del 2004 in materia di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA¹), le cui fondamenta costituzionali sembrano ormai dimostrare una intrinseca fragilità, come ormai chiaramente dimostra l'applicazione che ne è stata fornita a livello giurisprudenziale. La sistematicità degli interventi giurisprudenziali (ordinari e di legittimità costituzionale) lascia supporre – e su questo aspetto si concentrerà il commento – che il vizio originario della legge 40 non sia riconducibile alle singole scelte normative compiute (accesso alle tecniche; diagnosi preimpianto; applicazione delle tecniche), ma più globalmente alla impostazione di metodo della legislazione adottata in un ambito peculiare quale quello medico-scientifico.

La dichiarazione di illegittimità del divieto assoluto di fecondazione eterologa previsto dall'art. 4 della legge segue l'intervento della Corte costituzionale in materia di limiti alla applicazione delle tecniche di PMA (sentenza n. 151 del 2009, art. 14) e quella ormai consolidata giurisprudenza di merito che, sulla base di una interpretazione conforme a costituzione della legge 40, riconosce la liceità della diagnosi preimpianto embrioni prodotti in vitro, giungendo – come noto – a prevedere l'accesso alle tecniche di PMA anche a coppie non sterili né infertili, ma portatrici sane di malattie geneticamente trasmissibili (cfr. Trib. Salerno, 9 gennaio 2010; Trib. Cagliari, ordinanza, 9 novembre 2012; Trib. Roma, 23

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Sulla quale, cfr. A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, e G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, entrambe su *Consulta on line* (www.giurcost.org); V. Tigano, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in www.penalecontemporaneo.it.

settembre 2013). Il graduale processo di riconduzione a costituzionalità² della legge 40 pare comunque non essersi concluso con la sentenza in commento: la Corte costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, nella parte in cui non consente l'accesso alle tecniche anche alle coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, dell'art. 6, nella parte in cui dichiara che il consenso della donna può essere ritirato solo fino al momento della fecondazione dell'ovulo, e dell'art. 13, il quale vieta la ricerca e sperimentazione con embrioni e la possibilità di donare i medesimi a scopo di ricerca. Il processo di lenta ma inesorabile "riscrittura"³ della legge 40 pare non essersi quindi concluso con la sentenza n. 162 del 2004.

2. La giurisprudenza costituzionale e i limiti dell'intervento discrezionale del legislatore in ambito medico: verso il consolidamento del principio di ragionevolezza scientifica.

Obiettivo di questo breve commento è l'approfondimento di un aspetto specifico della sentenza della Corte costituzionale, che assume però un rilievo "di sistema" al di là del caso concreto oggetto di scrutinio. La sentenza n. 162 del 2014, infatti, può essere considerata come atto di definitiva emersione di una inedita dimensione del principio di ragionevolezza, quando esso venga utilizzato al fine di valutare la legittimità di interventi legislativi in materia medico-scientifica. L'oggetto di queste note "a prima lettura" della sentenza è quindi rappresentato dalla individuazione dei limiti, derivanti dalla giurisprudenza costituzionale, all'esercizio di discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico.

Preliminarmente, occorre chiarire che il fatto che il legislatore possa intervenire in ambito medico-terapeutico non è posto in dubbio all'interno della giurisprudenza costituzionale, la quale ha al contrario reclamato un intervento legislativo al fine di assicurare una disciplina organica di tale ambito⁴. Né la rinuncia all'esercizio di funzione conformativa esercitata dalla fonte legislativa sulla realtà rappresenta un esito auspicato nella prospettiva qui assunta. Essa tende al contrario a ricavare dal contesto costituzionale indicazioni di metodo che possano restituire una maggiore efficacia e adeguatezza all'intervento legislativo.

Nella sentenza in commento la Corte costituzionale ha ribadito che l'intervento del legislatore può risultare non solo opportuno, ma anche necessario, quando sia funzionale a definire un bilanciamento tra i molteplici interessi di rilievo costituzionale coinvolti, secondo uno schema che era già stato tracciato a partire dalla sentenza n. 282 del 2002⁵. Il legislatore è quindi legittimato a esercitare il proprio potere normativo rispetto a "temi eticamente sensibili", utilizzando il lessico della sentenza, ma alla Corte non è preclusa una attività di scrutinio relativa alle modalità di esercizio della discrezionalità legislativa, secondo una linea di continuità argomentativa con la precedente giurisprudenza in

2 S. Agosta, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio vita*, Tomo I, Giuffrè, 2012, si esprime in termini di "progressiva (...) "costituzionalizzazione" della vituperatissima legge italiana", p. 181. Nonché a compatibilità con le norme CEDU, cfr. il caso Costa e Pavan c. Italia e il caso Parillo c. Italia pendente davanti alla Grande Camera della Corte EDU in tema di donazione di embrioni sovrannumerari a scopo di ricerca.

3 Espressione utilizzata da G. Ferrando, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e diritto*, n. 5, 2011, p. 520, ma cfr. anche E. Dolcini, *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2011, p. 428.

4 Sentenza n. 347 del 1998; ma cfr. anche la sentenza n. 282 del 2002, nella quale la Corte, pur affermando l'esistenza di limiti all'esercizio del potere legislativo, ha comunque chiarito che ciò non significa che "al legislatore sia senz'altro preclusa ogni possibilità di intervenire".

5 A. D'Aloia, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. Violini (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, Giuffrè, 2011, p. 19, ha definito questa sentenza "decisione «modello»", nella quale la Corte costituzionale ha elaborato "una sorta di *guide-line* degli interventi legislativi in merito alla pratica medica e terapeutica".

materia⁶. Non l'*an* dell'intervento legislativo, pertanto, ma il suo *quomodo*, e i limiti che il legislatore è chiamato a rispettare, entrano in gioco nel giudizio di legittimità che qui si commenta. La relazione con i precedenti in materia, che emerge anche da richiami espliciti nel testo (cfr. le sentenze n. 347 del 1998; n. 282 del 2002; n. 151 del 2009), rappresenta un elemento decisivo, in quanto rafforza la struttura argomentativa della decisione e la qualifica come sviluppo coerente delle linee tracciate dalla Corte in precedenza, sulle quali appare opportuno soffermarsi brevemente.

3. La natura costituzionalmente necessaria della legge 40 e l'esigenza (inattuata) di garantire un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi costituzionali coinvolti.

La Corte ha esplicitamente richiesto l'intervento del legislatore al fine di colmare una evidente lacuna legislativa in materia di PMA per la prima volta con la sentenza n. 347 del 1998. In quella occasione, il monito della Corte – che la legge 40 ha infine attuato, pur con modalità che possono ben essere definite inadeguate dal punto di vista costituzionale⁷ – conteneva anche indicazioni relative alla necessità che l'intervento legislativo assicurasse “un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana”. Successivamente, con la sentenza n. 151 del 2009 la Corte ha ulteriormente specificato i termini del bilanciamento operato dal legislatore. La Corte costituzionale ha infatti affermato la natura non assoluta della protezione garantita all'embrione in vitro, in linea con la propria giurisprudenza consolidata (*ex plurimis*, sentenza n. 27 del 1975). Come già avvenuto nella sentenza n. 48 del 2005 relativa alla ammissibilità di una dei quesiti referendari aventi ad oggetto la legge 40, la Corte ha ribadito il “contenuto meramente enunciativo” dell'art. 1 della legge 40, nella parte in cui sussume il concepito tra i soggetti che la legge intende proteggere, “dovendosi ricavare la tutela di tutti i soggetti coinvolti e, quindi, anche del concepito, dal complesso delle altre disposizioni della legge”⁸. L'ambito della tutela assicurata al concepito dalla legge 40 è quindi limitato, “consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge”. Pertanto, “la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione” (sentenza n. 151 del 2009). Non appare irrilevante sottolineare che l'impostazione appena descritta è stata fatta propria dalla giurisprudenza di merito, dalla quale è stata utilizzata per consentire l'accesso alle tecniche di PMA anche a coppie fertili ma portatrici sane di malattie geneticamente trasmissibili⁹.

Un ulteriore elemento che merita attenzione per il peso che assume nel percorso argomentativo seguito dalla Corte è la qualificazione della legge 40 come “legge costituzionalmente necessaria”, in quanto essa rappresenta la “prima legislazione organica relativa ad un delicato settore [...] che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un

6 “la definizione dell'assetto degli interessi in gioco “appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano”.

7 Paradigmaticamente, in termini di “procreazione giuridicamente ostacolata” si esprime C. Casonato, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, in E. Camassa, C. Casonato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Dipartimento di scienze giuridiche, 2005, p. 32. cfr. anche F. Angelini, *Procreazione medicalmente assistita o procreazione medicalmente obbligata? Brevi note sulla sentenza della sezione III TAR Lazio n. 398 del 21 gennaio 2008*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, III, pp. 2735 ss.

8 Sentenza n. 48 del 2005, nella quale la Corte chiarisce che “la eventuale abrogazione di tale ultima parte dell'art. 1 non incontra, pertanto, ostacoli di ordine costituzionale”.

9 Cfr. da ultimo il Tribunale di Roma, 2013, secondo cui “la tutela apprestata dalla novella all'embrione non è assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento tra la tutela delle esigenze della procreazione ed il diritto alla salute della donna sotto il profilo sia fisico sia psichico ed eventualmente del feto”.

bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa” (sentenza n. 45 del 2005). Tuttavia, come ricordato dalla Corte nella sentenza in commento, “essa non ha contenuto costituzionalmente vincolato”. Significativamente, la Corte costituzionale, nel dichiarare ammissibile la richiesta di referendum popolare per l’abrogazione dell’art. 4, comma 3, non aveva qualificato come “costituzionalmente necessaria” la disposizione relativa al divieto di fecondazione eterologa, chiarendo che l’eventuale accoglimento della proposta referendaria non avrebbe fatto “venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria”¹⁰.

4. Il divieto di fecondazione eterologa e i motivi della sua illegittimità: l'emersione del diritto a diventare genitori e la conferma del diritto alla salute psichica della donna.

Dopo avere chiarito la natura della legge 40 (costituzionalmente necessaria ma non a contenuto costituzionalmente vincolato) e avere richiamato una serie di criteri che il legislatore deve soddisfare nella definizione del bilanciamento¹¹, la Corte afferma che il divieto di eterologa risulta “privo di adeguato fondamento costituzionale”, valutando irragionevole e sproporzionata, in termini di coerenza interna dello strumento legislativo previsto dall’art. 4, terzo comma, rispetto alle finalità enunciate dall’art. 1 della legge, la natura assoluta del divieto. A giudizio della Corte, il divieto si pone in contrasto con l’esigenza di tutelare due interessi costituzionalmente rilevanti: “la scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli”, che “costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi”, riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.; e il “diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va inteso «nel significato, proprio dell’art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica» (sentenza n. 251 del 2008; analogamente, sentenze n. 113 del 2004; n. 253 del 2003) e «la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica» (sentenza n. 167 del 1999)”.

4.1. La “scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia”: riconoscimento (implicito) di un diritto alla procreazione costituzionalmente garantito?

Rispetto al primo interesse richiamato – la scelta della coppia di diventare genitori – risulta di particolare rilievo la assonanza argomentativa con l’approccio della Corte EDU, che utilizza la medesima espressione (qualificandola esplicitamente in termini di “diritto di diventare genitori”¹²) al fine di ricondurre la sfera procreativa al concetto di “vita privata e familiare” protetto dall’art. 8 CEDU. Il richiamo, pur se non esplicito, alla giurisprudenza della Corte EDU sembra esprimere una apertura al riconoscimento da parte della Corte costituzionale della esistenza di un “diritto alla procreazione” costituzionalmente garantito, in modo analogo a quanto avvenuto nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale risulta caratterizzata da una progressiva espansione dell’ambito della “vita privata e familiare” al “diritto a decidere se diventare o meno genitori” (cfr. il riferimento alla non coercibilità di questa scelta compiuto dalla Corte nella sentenza in esame) e al concomitante “diritto a

¹⁰ Sentenza n. 49 del 2005, citata dal punto 11 della sentenza in commento.

¹¹ In particolare: la natura non assoluta della tutela dell’embrione (sentenza n. 151 del 2009, che applica la dottrina della non equivalenza tra tutela di chi è già persona e di chi persona deve ancora diventare inaugurata dalla sentenza n. 27 del 1975); il valore meramente enunciativo dell’art. 1 della legge 40 (sentenza n. 48 del 2005); la necessità di bilanciare la tutela dell’embrione con le esigenze della procreazione (sentenza n. 151 del 2009 e ora 161 del 2014).

¹² *Ex plurimis*, il caso Evans c. Regno Unito, no. 6339/05, Grande Camera, 10 aprile 2007, nel quale la Corte EDU comprende nell’ambito di tutela garantito dall’art. 8 CEDU “*the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent*”.

diventare genitori genetici”, fino a estendere l'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU anche alla garanzia del “*right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose (...) as such a choice is an expression of private and family life*” (S.H. e altri c. Austria, Grand Chamber¹³). Inoltre, questa coincidenza di approccio può fare supporre che le norme CEDU, se risultano depotenziate come parametro interposto in quanto i motivi (riproposti esclusivamente dal Tribunale di Milano, dopo l'ordinanza di restituzione degli atti del 2012) basati su di essa risultano assorbiti, sembra riacquistare centralità all'interno del percorso argomentativo della Corte costituzionale¹⁴. Pur basando la propria decisione su parametri “interni” (artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost.), la Corte richiama infatti concetti (quello di “vita privata e familiare” o di “scelta di diventare genitori”) e strutture argomentative che evocano quelli utilizzati dalla Corte EDU per decidere casi analoghi (cfr. S. H. e altri c. Austria; Costa e Pavan c. Italia), confermando un tendenziale avvicinamento delle tecniche di scrutinio e argomentative tra le due giurisdizioni.

Come affermato dalla Corte EDU, anche l'accesso alle tecniche di PMA, intesa quale modalità di esercizio del diritto alla procreazione (in questi termini si esprime la Corte EDU)¹⁵, è riconducibile alla sfera di applicazione della vita privata e familiare e può essere limitata solo per la necessità di tutelare interessi di pari rango costituzionale¹⁶. Da un lato, pertanto, “la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame

13 Rispetto alle critiche che possono essere sollevate rispetto ad una eccessiva espansione del diritto alla procreazione, fino a giungere al riconoscimento di un diritto al “figlio sano”, pare opportuno richiamare quanto specificato dalla Corte EDU nel caso Costa e Pavan c. Italia. In questa sentenza, che come noto ha ricondotto all'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU anche il diritto della coppia fertile ad avere accesso alle tecniche di PMA al fine di richiedere una diagnosi preimpianto finalizzata alla selezione degli embrioni non portatori della malattia geneticamente trasmissibile della quale i genitori sono portatori sani, la Corte ha specificato che ciò non coincide con il riconoscimento di un diritto al figlio sano tout court. A fronte delle argomentazioni del governo italiano, secondo cui i ricorrenti in realtà lamenterebbero la violazione di un “diritto ad avere un figlio sano”, la Corte ricorda che in realtà “il diritto da essi invocato è limitato alla possibilità di accedere alle tecniche della procreazione assistita e poi alla diagnosi preimpianto per poter procreare un figlio non affetto da mucoviscidosi, malattia genetica di cui sono portatori sani” (“Infatti, nel caso di specie, la diagnosi preimpianto non è tale da escludere altri fattori suscettibili di compromettere la salute del nascituro, quali, ad esempio, l'esistenza di altre patologie genetiche o di complicanze derivanti dalla gravidanza o dal parto”, punto 54).

14 Sulla chiusura del dialogo con la Corte EDU connesso alla impostazione assunta dalla Corte costituzionale nella sentenza in esame, cfr. A. Ruggeri, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 giugno 2014.

15 Ma cfr. le critiche di A. Morrone, cit., secondo il quale dall'impostazione adottata dalla Corte nella sentenza n. 162 del 2014, “i diritti e la persona finiscono per dipendere sempre di più dalla scienza e dalla tecnica”, espressione di “una concezione delle libertà meramente individualistica, egoistica, sradicata da relazioni intersoggettive, lontana dall'idea repubblicana della “libertà sociale””. Tuttavia, occorre notare come l'approccio della Corte tenda a considerare il ruolo delle acquisizioni tecnologiche in ambito medico in funzione servente rispetto ad una maggiore (in termini di intensità) e più esaustiva (in termini di ambito di applicazione della tutela) protezione dei diritti delle persone coinvolte dalla loro applicazione. In tal senso G. Di Genio, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in www.forumcostituzionale.it, a commento della sentenza n. 151 del 2009, sottolinea come la sentenza n. 151 del 2009 affermi la “prevalenza della scienza sul diritto ma non sui diritti costituzionali, alla vita, dell'embrione, alla procreazione, che anzi vengono salvaguardati attraverso l'ausilio della scienza”.

16 “la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera”. Cfr. le osservazioni critiche sul punto proposte da M. G. Rodomonte, *È un diritto avere un figlio?*, in www.confrontocostituzionali.eu (17 giugno 2014), secondo la quale “l'asserita incoercibilità del diritto della coppia di determinarsi nel senso di formare una famiglia con dei figli appare in palese contrasto con l'affermazione, anch'essa posta in premessa all'argomentazione della Corte, della necessità di operare un bilanciamento tra i molteplici interessi di rango costituzionale” (punto 5 del contributo).

possa esplicitarsi senza limiti". Tuttavia, ricorda la Corte costituzionale, "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, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale". La Corte apre così la strada all'utilizzo del parametro di ragionevolezza-proporzionalità, che assume il contenuto di un giudizio di coerenza interna dello strumento legislativo (alla luce di quanto affermato dall'art. 1 della legge 40). Non il divieto, ma la sua natura assoluta, viene dichiarato irragionevole, secondo – ancora una volta – un approccio che sembra richiamare il percorso argomentativo seguito dalla Grand Chamber della Corte EDU in S. H., la quale – come noto – aveva dichiarato la compatibilità della legislazione austriaca con l'art. 8 CEDU, pur se limitativa dell'accesso alle tecniche di fecondazione eterologa *in vitro*, in quanto essa prevedeva delle eccezioni al divieto generale¹⁷.

4.2. Il "diritto alla salute" come base costituzionale della ragionevolezza scientifica delle leggi: lo spazio riservato alle valutazioni della scienza medica come limite alla discrezionalità legislativa.

Il richiamo al rispetto del diritto alla salute psichica della donna rileva nella prospettiva qui assunta – i limiti all'intervento discrezionale del legislatore in ambito medico-terapeutico – in quanto è proprio in relazione a questo parametro che la Corte richiama la propria giurisprudenza in materia di "ragionevolezza scientifica"¹⁸. Le indicazioni relative al metodo dell'intervento legislativo in ambito medico-scientifico, che per la prima volta erano state dalla Corte enunciate nella sentenza n. 282 del 2002¹⁹, sembrano definitivamente consolidate come principio fondamentale dell'esercizio discrezionale del potere legislativo. La Corte riprende infatti testualmente i contenuti della sentenza n. 282 del 2002 (ma cfr. anche n. 151 del 2009 e n. 8 del 2011), ribadendo che "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi

17 La legge austriaca prevede il divieto di donazione di gameti per scopi di fecondazione *in vitro* ma inserisce l'eccezione della donazione di gamete maschile per la fecondazione *in vivo*, il legislatore austriaco ha assunto secondo la Corte EDU un "careful and cautious approach (...) in seeking to reconcile social realities with its approach of principle in this field" (punto 114 della decisione della Camera Grande in S. H. e altri c. Austria). Le due Corti esprimono invece una diversità di approccio relativamente alla possibilità di recarsi all'estero per avere accesso a tecniche vietate nell'ordinamento interno, in quanto la Corte EDU considera questo elemento come rafforzativo della scelta discrezionale del legislatore, mentre secondo la Corte costituzionale ciò risulta espressione di un "bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole", in quanto "realizza (...) 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". Sottolinea questo passaggio della motivazione A. Ruggeri, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, cit., p. 3.

18 Sia consentito il rinvio a S. Penasa, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, pp. 817-842; si sofferma su questo aspetto nel commentare la sentenza n. 162 del 2014 anche A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, cit.

19 Prodromi argomentativi possono essere rinvenuti nelle sentenze relative alla c.d. "terapia Di Bella", n. 185 del 1998 e 188 del 2000. La sentenza n. 185 del 1998 ha comportato senza dubbio una mutazione qualitativa all'interno della tradizionale linea argomentativa della Corte, in quanto in essa viene espressamente dichiarata l'essenziale rilevanza che assumono gli organi tecnico-scientifici nella disciplina delle materie medico-scientifiche all'interno del processo legislativo. In tale sentenza la Corte ha esplicitamente statuito una mutua relazione tra potere legislativo ed expertise scientifica, relazione che deve tradursi in meccanismi decisionali condivisi, caratterizzati sia da un intervento eteronomo (legislativo) che da un intervento autonomo (scientifico). Nella sentenza n. 188 del 2000 la Corte fa infatti esplicito riferimento a «competenze riservate agli organi tecnico-scientifici della sanità» nel determinare il contenuto tecnico dell'attività terapeutica (nel caso di specie, l'elenco delle patologie tumorali ammesse alla fornitura gratuita dei farmaci), evidenziando contestualmente la responsabilità che ricade su tali organi, in un rapporto perfettamente sinallagmatico rispetto alla autonomia decisionale ad essi riconosciuta.

fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati”²⁰.

Il principio viene ulteriormente rafforzato nella sua capacità conformativa del potere discrezionale del legislatore, in quanto esso trova applicazione “anche in riferimento all’accertamento dell’esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone”. La regola di fondo “in materia di pratica terapeutica” – costituita dalla “autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali” (sentenza n. 151 del 2009) – trova pertanto un ambito ulteriore di applicazione, confermando l’esistenza di un limite costituzionalmente qualificato all’intervento legislativo: anche quando esso si renda necessario al fine di tutelare ulteriori interessi costituzionali (cfr. la sentenza n. 282 del 2002), “l’esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo [il diritto alla salute] vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango” (sentenza n. 162 del 2014).

La Corte ribadisce l’esistenza di uno spazio riservato alla valutazione della scienza medica in riferimento alle pratiche terapeutiche, le quali possono essere valutate legislativamente non tanto nel merito della loro adeguatezza medico-scientifica, quanto in relazione alla loro compatibilità con interessi di pari rango e, in ogni caso, queste valutazioni devono fondarsi “sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati”. Lo spazio riservato alle valutazioni effettuate dalla scienza medica, in particolare quando risulti prevalente l’esigenza di tutelare la salute delle persone coinvolte, sembra essere definitivamente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale quale criterio necessario della determinazione del concreto assetto degli interessi in gioco, pur restando questa funzione attribuita in via preferenziale (ma non esclusiva) al legislatore²¹. Le valutazioni svolte dalla expertise medico-scientifica sembrano quindi destinate a svolgere un ruolo determinante al fine di assicurare la realizzazione in concreto del bilanciamento, il quale, pur definito dal legislatore, non può non trovare attuazione se non (anche) attraverso il ruolo svolto dalla expertise. I dati medico-scientifici svolgono quindi due essenziali funzioni, le quali orientano l’esercizio della discrezionalità legislativa²² ma ne rafforzano la legittimità e l’adeguatezza: da un lato, rappresentano un elemento decisivo all’interno del processo di definizione del concreto assetto degli interessi coinvolti²³; dall’altro, a essi viene attribuita

20 Approfondiscono questo aspetto della sentenza n. 282 del 2002, ex plurimis, R. Bin, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in *Le Regioni*, 2002, pp. 1445 ss.; L. Violini, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull’incostituzionalità di una legge che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *ivi*, pp. 1450 ss.; Q. Camerlengo, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Istituzioni del federalismo*, 2002, pp. 695 ss.; E. Cavasino, *I «vincoli» alla potestà legislativa regionale in materia di «tutela della salute» tra libertà di scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, pp. 3294 ss.

21 Ricorda in tal senso A. D’Aloia, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all’autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 27, che “il confronto scienza-diritto non è (...) di tipo sostitutivo, l’una dimensione ha bisogno dell’altra e non ha senso immaginare rapporti di radicale esclusione”.

22 Riferendosi alla sentenza n. 282 del 2002, R. Bin, *La Corte e la scienza*, in A. D’Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2005, p. 9, afferma che riconosce la portata generale dei principi contenuti nella sentenza, affermando che “è proibito al legislatore in sé, quale soggetto politico, di intervenire nelle scelte terapeutiche se non quando a guidarlo siano, non la “discrezionalità politica”, ma motivazioni fornite dagli organismi tecnico-scientifici”.

23 Cfr. la sentenza n. 282 del 2002, secondo cui – come noto – “un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l’elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l’essenziale

una funzione decisiva nella attuazione in concreto del bilanciamento operato dal legislatore, che deve comunque rispettare la “regola di fondo” in tale contesto²⁴, nel quale – proprio in ragione della “continua evoluzione” delle acquisizioni scientifiche sperimentali sulle quali si fonda la pratica medica – l'autonomia del medico e del paziente assumono un ruolo determinante²⁵.

La Corte ribadisce infatti i limiti che sono imposti alla discrezionalità del legislatore dalla specificità del contesto e dei soggetti coinvolti (individuali, il medico, o collettivi, gli organismi tecnici e gli organi rappresentativi della comunità medico-scientifica, cfr. ancora la sentenza n. 282 del 2002), e la prevalenza della dinamica 'autonomia del medico-autonomia del paziente' (la “regola di fondo in materia di pratica terapeutica”), che può essere limitata o superata dall'intervento discrezionale del legislatore solo in presenza di pari interessi costituzionali e nel rispetto del principio di ragionevolezza e proporzionalità.

Lo scrutinio di proporzionalità del divieto di fecondazione eterologa si inserisce in questo quadro concettuale, dovendo la Corte “accertare se l'assolutezza che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame”, che vengono individuati non tanto nella esigenza di tutelare la posizione dell'embrione, quanto l'interesse successivo del nato dalla applicazione di questa tecnica²⁶, in particolare in relazione ai danni psicologici derivanti da una genitorialità non naturale (cfr. CEDU) e al diritto di conoscere la propria identità genetica²⁷.

5. Una “chiamata alla responsabilità” del legislatore per un esercizio costituzionalmente (e scientificamente) ragionevole della funzione legislativa.

Meritano infine attenzione specifica le argomentazioni con le quali la Corte supera una eccezione relativa alla inammissibilità della questione proposta dalla Avvocatura dello Stato, secondo cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale avrebbe provocato “incolmabili «vuoti normativi» in ordine a rilevanti profili della disciplina applicabile, venendo in rilievo «una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza del conditor iuris», che porrebbe esclusivamente «scelte di opportunità», riconducibili alla discrezionalità riservata al legislatore ordinario”.

Questo punto della motivazione risulta particolarmente rilevante, dal momento che esprime la contrapposizione tra due differenti concezioni del ruolo del legislatore e della legge: da un lato, l'Avvocatura afferma la riconducibilità delle questioni in esame a “scelte di opportunità” che sono riservate alla discrezionalità legislativa; dall'altro, la Corte ribadisce un principio già affermato in precedenti pronunce (cfr. *ex plurimis* le sentenze nn. 282/2002 e 151/2009), secondo cui le scelte legislative operate in ambito medico-terapeutico non possono derivare da valutazioni di mera discrezionalità politica. La Corte, non accogliendo l'eccezione proposta dall'Avvocatura, riafferma la propria giurisprudenza relativa al concreto esercizio della discrezionalità legislativa in ambiti nei quali la tutela

rilevato” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici” (cfr. sent. [n. 185 del 1998](#))”.

24 Come ricorda la Corte nella sentenza in commento, essa è “costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione” (sentenza n. 282 del 2002).

25 G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., pag. 59, riconosce l'esistenza di “una sfera di attività terapeutica garantita nei confronti del legislatore con il riconoscimento in capo ad istituzioni scientifiche ed a medici di un potere di valutazione tecnica che non può essere vanificato dalla legge”, la quale si fonda “«competenza costituzionalmente fondata dei medici, sulla base delle conoscenze scientifiche acquisite da istituzioni specializzate, e nel rispetto delle regole di deontologia professionale (...), a svolgere l'attività funzionale alla salute-curativa, ma anche preventiva e riabilitativa” (p. 65).

26 “la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita” (Corte cost. sentenza n. 162 del 2014).

27 “L'unico interesse che si contrappone ai predetti beni costituzionali è, dunque, quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo, che, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, sarebbe leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica” (Corte cost. sentenza n. 162 del 2014).

della salute assume un rilievo particolare, consolidando in modo definitivo l'esistenza di una dimensione ulteriore del principio di ragionevolezza, la quale costituisce comunque uno svolgimento fisiologico del contenuto originario del principio²⁸, come tipizzato dalla stessa giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 1130 del 1988²⁹.

In termini di sistema, è possibile intravedere nella scelta compiuta dalla Corte costituzionale tra le diverse teorie della funzione della legislazione e del ruolo della discrezionalità del legislatore la volontà di affermare la natura sostanzialmente costituzionale del nostro ordinamento³⁰, fondata sulla necessità di garantire la prevalenza del "principio di legittimità"³¹ sul principio di legalità, esigenza che porta la Corte ad affermare che ciò "rende (...) imprescindibile affermare che il relativo sindacato «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (sentenza n. 1 del 2014), non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso"³².

La prevalenza delle esigenze di garanzia della rigidità costituzionale e della tutela dei diritti porta la Corte, come già avvenuto in altre decisioni (sentenza n. 1 del 2014, ma anche ordinanza n. 334 del 2008 sul "caso Englaro"), ad affermare il principio secondo cui l'ordinamento può sopportare eventuali lacune normative (anche se, come nel caso della PMA, si sia di fronte a una disciplina costituzionalmente necessaria), quando ciò risulti funzionale a ristabilire la piena tutela dei diritti coinvolti e un ragionevole bilanciamento tra essi. La Corte definisce questa dinamica in modo rigoroso, sottolineando come,

28 Se di contenuto originario è possibile parlare, considerata la origine giurisprudenziale e fluida del principio.

29 In quella occasione la Corte aveva infatti affermato che il controllo di ragionevolezza, "lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, *tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti*". La sentenza viene significativamente richiamata dalla decisione che qui si commenta.

30 Ci si riferisce alla scelta compiuta dalla Corte costituzionale di sottolineare la connessione tra lo scrutinio della ragionevolezza del bilanciamento operato in materia di PMA dal legislatore e l'esigenza di garantire in termini generali il principio di legittimità, affermando che la irragionevolezza del bilanciamento comporta "una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato". Appare utile richiamare quanto recentemente sottolineato da A. Ruggeri, *Gli "effetti politici" delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi*, in www.giurcost.org (13 giugno 2014), riferendosi alla sentenza n. 1 del 2014, secondo il quale la scelta della Corte di affermare la rilevanza della questione ("si ha qui conferma che è il fine ad attrarre a sé il mezzo, a decidere la scelta e le modalità di utilizzo, in funzione del conseguimento dell'obiettivo di "custodia" costituzionale") "lascia un segno profondo, non effimero, non soltanto sulla forma di governo ma sulla stessa forma di Stato, proprio perché in gioco era, ed è, la continuità dell'esperienza costituzionale in corso, l'identità della Costituzione e dell'intero ordinamento sulla stessa fondato".

31 Secondo la Corte costituzionale il "principio di costituzionalità" richiede che "il controllo da parte di questa Corte deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico" (sentenza n. 387 del 1996).

32 Appare qui utile richiamare quanto affermato da A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo. Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, 2009, p. 2007 ss., il quale sostiene che "la forma democratica di legittimazione delle scelte è – si badi – solo "una" di quelle possibili", in quanto "solo attraverso un difficile "equilibrio" fra tre diverse forme di legittimazione del potere (e fra le connesse scelte/deliberazioni) – due dall'alto (scientifica e costituzionale) e una dal basso (democratico-popolare) – è possibile una buona convivenza sociale". Cfr. anche G. D'Amico, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso? Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, Giappichelli, 2001, p. 443, il quale si esprime in termini di "costituzione scientificamente intesa", affermando in altra sede che l'adeguamento del sistema giuridico può avvenire in tale contesto «non al dettato della Costituzione, bensì (...) al dato costituzionale quale risulta, però, dalle acquisizioni della scienza» (G. D'Amico, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., p. 262).

“diversamente, si determinerebbe (...) *una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato*, soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario”³³. La Corte riafferma quindi il “giusto” rapporto di precedenza tra legge e Costituzione: è la prima che deve essere interpretata (dai giudici ordinari³⁴) o valutata (dalla Corte costituzionale) alla luce della seconda, e non vice versa³⁵. La responsabilità di introdurre adeguate misure legislative finalizzate a colmare eventuali lacune normative³⁶ appartiene al legislatore, che la deve soddisfare esercitando il proprio potere alla luce dei parametri ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale in materia.

Occorre infatti sottolineare che al legislatore non è comunque precluso un intervento legislativo, come sottolineato in altra sede dalla medesima Corte (la già citata sentenza n. 347 del 1998; l'ordinanza n. 334 del 2008) e come risulta fisiologico rispetto alla dinamica tra funzioni³⁷. Tuttavia, se l'*an* dell'esercizio del potere legislativo non viene messo in discussione (a patto ovviamente di rispettare i vincoli derivanti dal giudicato costituzionale), il *quomodo* del medesimo risulta “condizionato” in termini tanto sostanziali quanto procedurali.

Rispetto ai limiti sostanziali che l'esercizio discrezionale del potere legislativo incontra, è sufficiente richiamare quanto già affermato dalla Corte costituzionale fin dalla sentenza 347 del 1998, rispetto alla esigenza di assicurare un ragionevole bilanciamento tra i diversi beni costituzionali coinvolti, e ribadito nella ordinanza 334 del 2008 in relazione ad un eventuale intervento legislativo in materia di “fine vita”. In quest'ultima occasione, la Corte costituzionale, ha infatti sottolineato come “il Parlamento può in qualsiasi momento

33 Pertanto, secondo la Corte, “una volta accertato che una norma primaria si pone in contrasto con parametri costituzionali, questa Corte non può, dunque, sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio e deve dichiararne l'illegittimità, essendo poi «compito del legislatore introdurre apposite disposizioni» (sentenza n. 278 del 2013), allo scopo di eliminare le eventuali lacune che non possano essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione, qualora ciò sia ammissibile”.

34 In tal senso, R. Romboli, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in [www. associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), riconosce che “la previsione della superiorità gerarchica della Costituzione (...) comporta che (...) risulta adesso decisiva, per il rispetto di quei limiti e quindi per l'attuazione dei principi costituzionali, l'attività dei giudici, in stretto raccordo con quella della Corte costituzionale”; da ciò, “deriva un'indubitabile dilatazione della funzione di interpretazione della Costituzione da parte del giudice che fa definitivamente tramontare la visione di questo come “bocca della legge” o come meccanico applicatore di una regola già interamente contenuta e presente del dettato normativo”.

35 “Quindi, “posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio” (sentenza n. 113 del 2011)”.

36 Nel caso di specie, secondo la Corte, queste lacune comunque non sussistono, in quanto “dalle norme vigenti è (...) già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo che, in relazione ai profili ulteriori rispetto a quelli sopra approfonditi, è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie”.

37 In questo modo, a parere di chi scrive, la Corte garantisce comunque uno spazio di intervento al legislatore, la cui funzione non viene quindi sostituita o surrogata dalla autonomia del medico (e del paziente) nè dal ruolo della expertise medico-scientifica, ma viene da queste integrata e affiancata (cfr. invece le critiche sul punto di M. G. Rodomonte, *È un diritto avere un figlio?*, cit., secondo la quale “non può non evidenziarsi la riconduzione del ruolo del legislatore in un ambito di intervento che si fa fatica a delineare, stretto com'è 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”). Si concorda con A. D'Aloia, cit., p. 20, quando sottolinea che dalla giurisprudenza costituzionale non è possibile ricavare “un «primato» della scienza e della tecnica sul diritto, o ipotizzare una paradossale «estromissione» del diritto dalle regole che presiedono alle applicazioni della scienza medico-terapeutica”, quanto piuttosto che “quello che il legislatore non può fare è prescindere dal dato scientifico, decidere in modo autoreferenziale, sovrapporre al ragionamento scientifico quello che la Corte chiama la «discrezionalità politica pura»”.

adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti”.

Dal punto di vista dei criteri procedurali desumibili dalla giurisprudenza costituzionale, un intervento del legislatore in tale ambito non può non adeguarsi alle indicazioni di metodo espressi dalla Corte in modo reiterato e sistematico a partire dalla sentenza n. 282 del 2002, a meno di non esporsi all'intervento rimediabile del giudice ordinario, attraverso lo strumento della interpretazione conforme o della applicazione diretta della costituzione (come accaduto nei casi della diagnosi preimpianto³⁸ e delle finalità ammesse dalla legge per l'accesso alle tecniche di PMA), quando esso sia sufficiente a restituire coerenza al dettato legislativo senza “forzare” eccessivamente la lettera e la ratio delle disposizioni³⁹; o a quello della Corte costituzionale, attraverso decisioni interlocutorie, le quali hanno però orientato la giurisprudenza verso soluzioni interpretative costituzionalmente conformi (cfr. l'ordinanza n. 369 del 2006, ma anche la sentenza n. 151 del 2009⁴⁰), o dichiarazioni di incostituzionalità delle norme (in materia di PMA, oltre alla sentenza che qui si commenta, la sentenza n. 151 del 2009; ma cfr. anche le sentenze n. 282 del 2002; n. 338 del 2003; n. 116 del 2006; n. 8 del 2011).

6. Il “destino” della legge 40 come paradigma della emersione della ragionevolezza scientifica quale principio ordinamentale dell'esercizio del potere legislativo.

Il giudizio sulla legge 40 sembra avere ormai assunto una portata di natura strutturale, in quanto si fonda non su astratte considerazioni di giustizia sostanziale, ma sull'utilizzo di parametri quali la ragionevolezza, la proporzionalità⁴¹ e la coerenza interna della legge. In particolare rispetto a tale ultimo parametro, la Corte afferma che “alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute (...) è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis”⁴².

Il giudizio della Corte va oltre il caso concreto del divieto di fecondazione eterologa, il quale rappresenta solo la più recente (ma probabilmente non conclusiva, se si considerano le questioni pendenti ricordate al punto 1) occasione nella quale

38 Sul percorso giurisprudenziale in questo ambito, cfr. da ultimo B. Liberali, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2, 2014 (13 giugno 2014).

39 Cfr. le critiche alla ordinanza di Salerno in materia di accesso alle tecniche di PMA di coppie fertili, in particolare C. Tripodina, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.costituzionalismo.it, 2011. Cfr. anche I. Pellizzone, *Fecondazione assistita e interpretazione conforme a costituzione. Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2008, pp. 552 ss.

40 Commentando la sentenza n. 151 del 2009, D. Chinni, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2, 2010, reperibile anche sul sito www.giurcost.org, afferma, commentando la natura parziale dell'accoglimento operato dalla Corte, che anche in questo caso “il giudice delle leggi, per svolgere il proprio ruolo, chiede l'aiuto dei giudici comuni e della loro sensibilità costituzionale”.

41 “lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone, inoltre, a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale”.

42 Infatti, “il divieto in esame cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite”.

l'applicazione del principio di ragionevolezza alla legge 40 è destinato a "svelarne" la inadeguatezza congenita e strutturale, tanto in termini di coerenza con le finalità enunciate, quanto rispetto alla capacità conformativa della fonte legislativa in contesti ad elevato contenuto tecnico-scientifico. Non appare eccessivo, alla luce del filone giurisprudenziale appena descritto, ricondurre questo esito applicativo della legge 40 al fatto che questa costituisca il prodotto di un esercizio di discrezionalità legislativa che si discosta in modo insanabile dai principi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale in materia di ragionevolezza scientifica della legislazione.

L'esigenza che il legislatore, anche la fine di riappropriarsi in senso sostanziale della propria funzione normativa, prenda finalmente sul serio le indicazioni relative all'esercizio della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico⁴³ risulta ormai ineludibile, e suggerisce la opportunità di ribadire la natura ordinamentale del principio di ragionevolezza⁴⁴. A meno che il legislatore non sia disposto a sbattere in modo sistematico sugli scogli della dichiarazione di incostituzionalità, o ad accettare che il suo prodotto legislativo divenga oggetto di "riscrittura" da parte della magistratura ordinaria⁴⁵, facendo però pagare i "costi normativi"⁴⁶ derivanti da un "cattivo" esercizio del potere legislativo all'ordinamento nel suo complesso, in termini di coerenza e di certezza giuridica, nonché alle persone direttamente coinvolte, le quali sono destinate a trovare una tutela meramente rimediabile ed eventuale alle loro aspettative costituzionalmente qualificate.

** Assegnista di ricerca – Facoltà di Giurisprudenza di Trento - Email: simone.penasa@unitn.it

43 Di "vincolo modale" parla A. D'Aloia, cit., p. 20.

44 A. Ruggeri, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società*, 4, 2000, 583, definisce la ragionevolezza come «modo istituzionale di esercizio della funzione normativa», come «qualità del potere» (ivi, 571). Cfr. anche L. Lorello, *Funzione legislativa e principio di ragionevolezza*, in AA.VV., *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto*, Torino, 2004, 102, nota 11.

45 Spetta, nei limiti di un esercizio costituzionalmente compatibile delle rispettive funzioni, al giudice di individuare il punto di equilibrio nei singoli casi da risolvere, garantendo una «soddisfazione delle esigenze di tutela rispetto alle quali era possibile, richiesta, ma non realizzata una soddisfazione con strumenti politici o amministrativi» (D. Pulitanò, *Supplenza giudiziaria e poteri dello stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1983, p. 95). Come ricorda G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p. 212, l'intervento del giudice "può rendersi necessaria per dare soddisfazione in concreto a pretese fondate su diritti affermati da norme costituzionali di principio, quando manchino regole legislative conformi a tali principi".

46 Si utilizza qui l'espressione utilizzata da R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Cedam, 1988, p. 281, il quale chiarisce che il "costo" (cfr. sentenza n. 141 del 1984) dello strumento normativo "è espresso in termini di compressione, di sacrificio dei diritti individuali".