

"Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili
(e... *sananti*) in tema di procreazione medicalmente assistita

(nota "a prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005)*

di Antonio Ruggeri

1. Il perno delle pronunzie della Corte, relativamente al carattere costituzionalmente "obbligatorio" dell'intera legge (ma stranamente non riconosciuto come proprio di alcuna delle sue singole parti), il problematico rapporto tra diritto e scienza, l'impossibile "bilanciamento" tra ciò che è certo e ciò che è oggettivamente incerto

Pilatesca, più che salomonica, la soluzione complessivamente data dalla Consulta in ordine all'ammissibilità delle domande di abrogazione popolare presentate contro la legge sulla procreazione medicalmente assistita. Chiamata a pronunciarsi su una disciplina obiettivamente spigolosa, cui fa capo un groviglio di interessi difficilmente riducibile ad unità e di ancora più problematico, pieno appagamento, la Corte costituzionale ha ritenuto maggiormente opportuno battere una via - come dire? - mediana tra i due corni estremi in cui una parte consistente della società civile e della cultura giuridica si è, come si sa, accesamente divisa: quello del via libera incondizionato ai verdetti popolari, compresa dunque l'iniziativa volta alla rimozione dell'intera legge, e l'altro della chiusura, parimenti assoluta, su tutto il fronte. Se non altro per il risultato raggiunto, si potrebbe dire che la Corte ha voluto tenersi alla larga da ogni forma di "integralismo" ideologico o dottrinale, quale purtroppo non di rado è dato riscontrare, specie su temi intensamente e diffusamente avvertiti. E, tuttavia, come si diceva, non sempre stare a mezzo equivale a stare nel giusto, come invece riuscì a Salomone; pur laddove, poi, dovesse ritenersi giusto il senso complessivo delle pronunzie, è da vedere quale costo, in termini di linearità di percorso argomentativo e - quel che forse più conta - di fedeltà ad orientamenti precedentemente manifestati, sia stato nella circostanza pagato a sostegno della soluzione dalla Consulta preferita.

La bocciatura del referendum "radicale", avente ad oggetto l'intera legge, era, a dirla tutta, nell'aria; semmai, ci si divideva a riguardo del "capo d'imputazione" - se così vogliamo chiamarlo - cui la Corte avrebbe fatto appello a sostegno del verdetto: per un verso, facendosi riferimento all'osservanza degli obblighi internazionali (e, segnatamente, della Convenzione di Oviedo), per un altro alla preclusione fatta nei riguardi di domande aventi oggetti disomogenei, per un altro ancora al limite costituito dal carattere costituzionalmente "vincolato", nella pur peculiare accezione datavi dall'ultima giurisprudenza, esibito dalla disciplina legislativa investita dalla domanda referendaria.

La Corte non spende alcuna parola proprio sull'argomento più forte, il secondo, concentrandosi per intero sull'ultimo, senza peraltro trascurare di far cenno (apparentemente in modo sovrabbondante) al primo. In effetti, si fatica a comprendere il senso del richiamo fatto alla normativa internazionale in materia, dal momento che la Corte non rileva la supposta "copertura" dalla stessa offerta alla legge 40. È però evidente che tale eventualità sia stata esclusa, per quanto suoni strano che nulla si dica nella sentenza ora in esame a giustificazione di siffatta esclusione, specie in ragione dell'ampiezza del campo attraversato dalla disciplina presa di mira dall'iniziativa referendaria e dell'ugualmente ampia estensione delle norme internazionali dalla stessa Corte evocate.

Il punto cruciale, così come dalla Consulta messo a fuoco, riguarda il carattere "obbligatorio" (o, meglio, "vincolato") della normativa introdotta dalla legge 40. Il passaggio della pronunzia che lo riguarda appare tuttavia fin troppo sbrigativo e palesemente inappagante. Si dà per certa la pluralità (ma, forse, sarebbe meglio dire il vero e proprio affollamento) di interessi costituzionalmente protetti, bisognosi di essere reciprocamente bilanciati sì da assicurare "un livello minimo di tutela".

Avverto subito di non essere affatto contrario all'opportunità (ed anzi alla vera e propria necessità, ormai improcrastinabile) di una disciplina della materia. Più d'una osservazione merita, tuttavia, al riguardo di esser subito fatta.

In primo luogo, si pone la questione di fondo circa i rapporti tra diritto e scienza, su cui, ancora di recente, si è in più sedi animatamente discusso: se il primo debba assecondare la seconda e, dunque, venire solo dopo di essa (quanto meno, degli esiti dalla stessa raggiunti che possano considerarsi dotati di sufficiente solidità) ovvero se possa anticiparne gli sviluppi. L'opzione per questo secondo corno dell'alternativa, per quanto per molti versi fatta in modo non

poco sofferto, sembra inevitabile, se non altro in ragione delle insuperabili incertezze che si accompagnano alla gradualità del progresso scientifico che, secondo un autorevole insegnamento, si connota per l'incessante alternarsi di "falsificazioni" di precedenti acquisizioni e di prospettazioni di nuove scoperte. Diciamo allora che il diritto può prendere partito su questioni scientificamente controverse, purché lo faccia con la dovuta cautela e prudenza o ancora meglio - per riprendere una fortunata espressione - con la necessaria "mitezza" e ragionevolezza. Altro è però ciò che il legislatore discrezionalmente dovesse stabilire a riguardo di tali questioni ed altro ancora il condizionamento soffocante che dovesse venirne a carico della ricerca scientifica. Piuttosto, proprio il riconosciuto carattere incerto di talune prime, discusse acquisizioni scientifiche, consiglia di far luogo a discipline "aperte", dotate di un'intrinseca, indisponibile flessibilità: come tali, idonee a consentire il loro stesso indolore superamento e, dunque, il passaggio ad un assetto diverso, in relazione ai nuovi indirizzi e sviluppi della scienza.

Di qui, dunque, una prima direttiva di ordine metodico, tuttavia non accolta dalla normativa in esame: quella per cui occorre rifuggire da ogni forma di assiomatica, intollerante chiusura nei riguardi di ricerche scientifiche da cui potrebbero venire benefici ad oggi imprevedibili, tanto più laddove idonei ad assicurare una più adeguata tutela alla salute ed alla stessa vita umana.

Vorrei esser franco fino in fondo sul punto. Quando si discorre di "bilanciamenti" tra interessi costituzionalmente protetti, *condicio sine qua non* per la loro effettuazione (e, per ciò pure, per la verifica della ragionevolezza della soluzione di volta in volta adottata) è la comparabilità degli elementi posti a raffronto e, ancora prima, la piena conoscenza della loro struttura e complessiva connotazione. Solo che quando uno degli interessi in campo è il bene-valore della ricerca, che per sua natura rimanda a future, allo stato inesistenti o palesemente insufficienti conoscenze, viene meno proprio il terreno su cui il bilanciamento può esser compiutamente fatto.

Si è detto da parte di alcuni che proprio su questo dato dovrebbe farsi leva allo scopo di salvaguardare la dignità di vite umane già esistenti, ancorché meramente in potenza (quali, per una tesi, sarebbero gli embrioni) rispetto ad altre vite che potrebbero non aver alcun beneficio dalla scienza. L'etica della responsabilità, insomma, vorrebbe che il dubbio fosse naturalmente sciolto - si seguita a dire - a favore del certo piuttosto che dell'incerto. Peccato, però, che quel che qui si dà per certo sia *in nuce... incerto*, una nutrita schiera di esponenti del mondo scientifico avanzando serie riserve a riguardo della qualifica dell'embrione; di tal che si ha conferma che la disputa è essenzialmente ideologica (in lata accezione) e, come tale, idonea a chiudersi unicamente secondo personali, emotivi preorientamenti. E il vero è che qui - come si diceva - il "bilanciamento" non può affatto considerarsi, se mai in generale lo è, come discendente "a rime obbligate" dalla Carta costituzionale. Qui, anzi, più che altrove è necessario concludere per il carattere marcatamente irrazionale o intuitivo di ogni opzione, *quale che ne sia il segno*, proprio per il fatto che la Costituzione rimane ad oggi "muta" davanti a possibili conflitti di ordine assiologico di cui risulti sia pure in parte sconosciuto il terreno sul quale possono allignare e variamente spiegarsi e diffondersi.

2. *Un "livello minimo di tutela" viene sempre dalla legge o può aversi anche in contesti segnati da mancate regolazioni giuridiche? Il raffronto, cui la Corte si è inspiegabilmente sottratta, tra gli stessi (esempi di assetti di interessi ancora meglio risultanti senza questa legge, anziché con essa)*

Sia come sia di ciò, non può non convenirsi sulla premessa del laconico (e fin quasi apodittico) ragionamento svolto dalla Corte: in "materia" - se così vogliamo chiamarla - di procreazione assistita si dà una pluralità di interessi bisognosi di essere bilanciati e disciplinati.

Un ostacolo si pone tuttavia subito sul cammino di chi voglia portare ad ulteriori, lineari svolgimenti questa premessa. Un "bilanciamento" o, diciamo meglio, un assetto di interessi, discutibile quanto si voglia e tuttavia idoneo a racchiudere al proprio interno, inevitabilmente, una graduatoria di ordine assiologico, si ha pur sempre: pur laddove faccia per intero difetto una disciplina della materia (quello che pittorescamente s'è definito una sorta di "far west"). La differenza tra lo stato di "sregolatezza" e quello invece segnato dalla regolazione (parziale o incompiuta ovvero "organica", come usa dire, e ancora ragionevole ovvero inadeguata, non importa) è che, nell'uno, le priorità si fanno e disfanno, da parte dei singoli operatori e, perciò, *secondo occasione*; nell'altro, di contro, si dà una sistemazione, più o meno predefinita e complessivamente appagante, da parte della legge. Le graduatorie possono ugualmente essere più d'una, a seconda degli interessi di volta in volta in campo, e perciò presentarsi come attraversate da un interno, irrefrenabile dinamismo: si potrebbe dire, *secondo i casi*, visti nella loro oggettiva connotazione, volendo con ciò significare che, in relazione a fattispecie positivamente tipizzate, può per sistema assegnarsi la prevalenza ora a questo ed ora a quell'interesse (naturalmente, pur sempre secondo ragionevolezza).

Ora, quel che importa notare è che, anche per il primo scenario, può aversi un "livello minimo di tutela" ; anzi, un "livello" alle volte ancora più elevato di quello che è invece raggiunto da una disciplina complessivamente carente, segnata da non lievi discordanze interne e - ciò che forse ancora più conta - di assai problematico, armonico inserimento nel tessuto normativo circostante e di ugualmente dubbia attitudine a servire i fini-valori costituzionali (e questo, come si sarà ormai capito, è ciò che anch'io penso della legge fatta oggetto delle domande referendarie).

La Corte - è qui il punto - nulla può dire a riguardo del "livello minimo di tutela" se non dopo aver fatto un ideale raffronto tra il "normato" e ciò che lo precedeva o che lo potrebbe seguire (per l'ipotesi di un'eventuale abrogazione del primo). Un approfondimento d'indagine, questo, che potrebbe anche un domani essere chiamata a fare e che - si conviene - passa attraverso un esame di merito, di verifica della costituzionalità della disciplina presa di mira dai referendari. Senonché è proprio il criterio della "tutela minima", inventato - come si sa - da una giurisprudenza ormai risalente, a seguito di un'innaturale torsione semantica dell'originario criterio facente leva sulla natura "vincolata" della normativa oggetto di referendum, ad obbligare a far luogo ad un riscontro siffatto. Un riscontro di cui, come si viene dicendo, non v'è tuttavia traccia nella giurisprudenza di oggi: una giurisprudenza che, negli esiti, può anche condividersi, se così piace, come piace ad alcuni che l'hanno a spada tratta difesa. Quel che però non si riesce proprio a comprendere è attraverso quali inesplicitati percorsi ad essi si pervenga. E, invero, nella sent. n. 45, relativa alla domanda di abrogazione dell'intera legge, nessuna indicazione si dà circa l'itinerario compiuto, a conclusione del quale si ritiene di dover preferire il contesto segnato dall'esistenza della legge rispetto a quello invece precedente la sua adozione, sotto lo specifico aspetto, ora considerato, del grado di tutela assicurato ai beni costituzionali in gioco. Né nelle restanti pronunzie è dato apprezzare un maggior approfondimento sul punto, in relazione ai singoli punti toccati dalle singole domande referendarie. Tanto più singolare e fragoroso questo silenzio, se si considera il carattere sostanzialmente divergente del verdetto sulla domanda di abrogazione totale e di quelli sulle domande parziali: una "tutela minima", dunque, ora ammessa (e giudicata indisponibile) ed ora invece esclusa ovvero considerata disponibile, in un caso e nell'altro senza che se ne capisca affatto la ragione.

La questione è, nondimeno, come si viene dicendo, ineludibile.

Ora, non è qui possibile far luogo ad una disamina (non dico compiuta ma quanto meno) approssimativa circa le soluzioni apprestate in merito ai singoli punti toccati dalla disciplina legislativa. È però chiaro che solo dalla loro sia pur sintetica considerazione possono ricavarsi indicazioni utili in ordine al "livello" di tutela raggiunto dalla disciplina stessa: è dall'analisi, insomma, che si perviene alla sintesi e, con essa, alla qualificazione della natura dell'atto legislativo investito dalle iniziative di abrogazione popolare. E non è di secondario rilievo osservare come la stessa Corte implicitamente si prefiguri il diverso scenario che si avrebbe a seguito dell'eventuale accoglimento delle domande referendarie "parziali", da esse potendo conseguire effetti praticamente non molto distanti da quello che si sarebbe potuto avere se la domanda di abrogazione "totale" non fosse stata bocciata.

Faccio solo i primi esempi che vengono in mente al fine di dare un minimo di concretezza al ragionamento ora fatto.

Una gerarchia sta a base della scelta preliminare fatta dalla legge col riservare l'accesso alla procreazione assistita ai soli soggetti sterili o infertili, allo stesso tempo escludendo le coppie pur fertili, che tuttavia non riescano ugualmente ad avere figli, tanto più laddove portatrici di malattie genetiche. Con il che tali coppie sono poste - è stato fatto opportunamente notare - davanti al tragico dilemma di concepire un figlio a rischio (ammesso che, appunto, riescano nel loro intento) ovvero di rinunciare ad averlo. È ragionevole tutto ciò? È maggiore, cioè, la tutela offerta dalla legge 40 rispetto a quella che avrebbe potuto aversi in sua assenza ovvero - il che è praticamente lo stesso - a mezzo di una disciplina radicalmente diversa, per impostazione e svolgimenti?

Se e quando la questione dovesse presentarsi alla Corte, quest'ultima ci dirà se la soluzione discrezionalmente adottata dal legislatore è anche rispettosa del principio di eguaglianza e, comunque, complessivamente conforme a ragionevolezza. Già oggi, però, una volta posto in premessa il criterio del "livello" di tutela, la Corte avrebbe dovuto darci una prima risposta sul punto: una risposta, a mia opinione, difficilmente conciliante con la stessa giurisprudenza pregressa, per il caso di verdetto favorevole alla soluzione accolta dal legislatore, specie in relazione a quel diritto a procreare già altrove affermato (v., part., sent. n. 332 del 2000) e che proprio a motivo della preclusione fatta nell'art. 1 della legge verso alcuni soggetti viene a trovarsi in una condizione di vistosa sofferenza.

Si riscontra qui una prima contraddizione o, quanto meno, una certa disarmonia tra la sent. n. 45 e le coeve sentt. nn. 47 e 48, che invece, spianando la via all'abrogazione della formula limitativa contenuta nel disposto surrichiamato, danno modo al corpo elettorale non solo di rimuovere una previsione inopportuna ma - di più (e meglio) - di "sanare" un

vizio di costituzionalità nella formula legislativa racchiuso.

Il discorso, come ora si vedrà con altri esempi, è, a mia opinione, generalizzabile. Sta proprio qui, come si viene dicendo, il tratto pilatesco esibito dall'orientamento oggi manifestato dalla Consulta: che, per un verso, chiude assiomaticamente le porte ad un referendum messo in campo in opposizione frontale rispetto ad una legge che la stessa Corte riconosce portatrice di una unitaria filosofia di fondo e, per un altro verso, si apre (in qualche punto, a mio modo di vedere, con fin troppa larghezza e generosità) ad attacchi, sì, parziali e, nondimeno, idonei ad incidere sulle fondamenta stessa della disciplina legislativa: nel presupposto, evidentemente, che i singoli enunciati presi di mira dai promotori non assicurino quella "tutela minima" che è invece offerta dall'intera legge.

E ancora. Una gerarchia sta a base del divieto di fecondazione eterologa, essendosi data la precedenza - com'è stato fatto opportunamente notare - ad un modello di famiglia fondato sull'identità biologica certa rispetto a quello di famiglia affettiva. La qual cosa è assai problematicamente conciliabile con l'idea stessa di famiglia, per come *ab immemorabili* venuta alla luce e riconosciuta (anche dalla nostra Carta), che dà spazio al fenomeno dell'adozione (ed anzi vigorosamente ne incoraggia la crescente diffusione). La stessa legge 40 vi fa un non casuale, ancorché giuridicamente ridondante, riferimento (art. 6, c. 1): un riferimento che, proprio perché non necessario, non può, a mia opinione, avere altro significato che quello per cui la via dell'adozione dovrebbe essere preferibilmente battuta rispetto a quella del ricorso alla procreazione assistita. È vero che la lettera della legge le mette apparentemente sullo stesso piano; ma non saprei trovare altra spiegazione di quella ora data a giustificazione di siffatto richiamo al regime dell'adozione.

Senza quel divieto (e, dunque, in assenza totale di disciplina legislativa ovvero del solo divieto stesso), avrebbe potuto prendere corpo e spiegarsi nell'esperienza un certo figurino di famiglia, invece precluso a seguito della legge 40, che spiana la via alla produzione di effetti suscettibili di essere nuovamente considerati, ad un tempo, inopportuni e di assai dubbia conformità a Costituzione. Ed allora stabilire nuovamente che il "livello minimo di tutela" degli interessi costituzionalmente protetti, in un siffatto contesto, sia quello offerto dalla legge 40 si mostra alquanto problematico; quanto meno, avrebbe - come si viene dicendo - richiesto un minimo apparato di argomenti a sostegno della tesi preferita.

Altro punto. La revoca del consenso all'impianto, dalla legge consentita unicamente fino al momento della fecondazione (art. 6), nei fatti si traduce, ancora una volta, in un'ordinazione gerarchica che vede gravemente, irreparabilmente pregiudicato l'interesse della donna (e, in genere, della coppia) e, ancora più gravemente (ed intollerabilmente), ferita la sua dignità. Per fortuna, come si sa, vi ha posto rimedio il decreto del ministro della salute del luglio scorso, per quanto lasci non poco l'amaro in bocca la circostanza che si sia dovuto fare ricorso ad un'interpretazione-specificazione "sanante" del disposto legislativo da parte di un atto dotato di minor forza e che, in realtà, anziché mostrarsi rispettoso e servente nei riguardi di quello, vi contrasta in modo fin troppo scoperto.

V'è di più. La revoca del consenso, in quanto ammessa unicamente fino alla fecondazione, com'è stato giustamente da molti rilevato, oltre a porsi in "contrasto conclamato" con la Convenzione di Oviedo, si mostra irrazionale, prima ancora che irragionevole, in rapporto alla disciplina relativa all'interruzione della gravidanza. Si prefigura, infatti, in tal modo il folle scenario che vede la donna costretta *manu militari* a subire l'impianto per quindi chiedere subito dopo di esser sottoposta all'interruzione della gravidanza.

Si ha qui, forse, la più attendibile testimonianza di quanto poco effettivo ed apprezzabile sia il "livello minimo" di tutela conseguito dalla disciplina in esame e di come essa avrebbe piuttosto richiesto (e un domani richiederebbe) corposi aggiustamenti del suo stesso impianto di fondo al fine di mettersi in pace con altre discipline circostanti e, allo stesso tempo, di porsi in armonia con la Carta, nella sintesi espressiva dei valori in essa trascritti. Ragionare, insomma, di un "livello minimo di tutela" degli interessi in campo offerto dall'esistenza di una disciplina *quale che sia* appare, una volta di più, assai arduo, quanto meno per il modo complessivo con cui *questa* disciplina si è oggi presentata al sindacato della Consulta.

E via dicendo. Anche la norma che circoscrive l'accesso alla procreazione assistita alle sole coppie "stabili" espone il fianco a rilievi di vario segno, facendosi tra l'altro notare quanto elevato sia il rischio di convivenze simulate, la cui *ratio* riposerebbe unicamente nello scopo di aggirare il precetto legislativo. Né miglior sorte può esser riservata alla norma che non acconsente all'utilizzo di embrioni soprannumerari, suscettibile di incidere pesantemente - lo si rileva giustamente da parte di molti, specie non giuristi - sulla salute e l'equilibrio psico-fisico della donna, costretta a sottoporsi a snervanti, ripetuti cicli di fecondazione in vista del conseguimento dello scopo.

Qui, nuovamente, solo evocando in campo interessi di natura diversa ed a seguito della loro opportuna ponderazione potrebbe considerarsi maggiormente adeguato il (seppur "minimo"...) livello di tutela raggiunto dalle norme sopra indicate. Ma, di ciò nulla si sa dalla lettura delle pronunzie della Corte, se non che, anche per tali aspetti, la sent. n. 45 riconosce il carattere "necessario" (o, meglio, "vincolato") della legge, mentre le sentt. nn. 47 e 48, lo escludono: con quanta complessiva coerenza non è ormai più il caso di far notare.

3. *Pilato alla Consulta e un'aporia di fondo della costruzione giurisprudenziale: la mancata considerazione sistematica delle domande referendarie, per l'aspetto degli effetti dalle stesse derivabili e sostanzialmente non dissimili da quelli cui avrebbe potuto portare l'abrogazione totale, ovverosia di come si dia una contraddizione di fondo tra ciò che si dà con una mano (l'indiscriminata apertura fatta alle domande "parziali") e ciò che si toglie con l'altra (la chiusura al referendum sull'intera legge)*

Molti altri esempi ancora potrebbero essere adottati a sostegno dell'ipotesi ricostruttiva qui affacciata. Il vero è che, se davvero la legge presa di mira dai referendari fosse dotata, come la Corte sia pure di sfuggita afferma, di un suo senso unitario ed identificante, non si comprende come mai la Corte stessa abbia potuto sentirsi sgravata dell'onere di argomentare che l'assetto degli interessi complessivamente risultante a seguito del venir meno dell'intera legge sia meno rispettoso del quadro costituzionale di quello invece prefigurato dalla legge, da *questa* legge; e ancora di argomentare che la "tutela minima" non viene comunque meno (tutt'altro...) per il caso che tutti quanti o la gran parte dei referendum ammessi dovessero andare a buon fine.

Convieni intrattenersi, sia pure solo per un momento, sul punto. Forse, è alla Corte sfuggito che, proprio per il modo con cui è costruita la disciplina del giudizio di ammissibilità e - di più - è venuta svolgendosi la giurisprudenza sui limiti alle richieste referendarie, non basta stabilire domanda per domanda se la prova popolare può, o no, aver luogo; occorre anche (e soprattutto) chiedersi se le domande *nel loro insieme*, laddove cioè compongano quello che è stato pittorescamente chiamato un "plurireferendum", possano portare ad esiti comunque costituzionalmente non consentiti. Che senso ha altrimenti raccogliere le domande e trattarle tutte in una volta, sia pure con verdetti distinti, se non fosse richiesto altresì un *giudizio di ordine sistematico*, col quale si prefiguri lo scenario (anzi, vista la pluralità delle domande e dei loro possibili esiti, gli scenari) in via consequenziale risultante(i) dalla celebrazione dei referendum?

A fronte di una pluralità di iniziative referendarie, così come la Corte s'interroga a riguardo della normativa di risulta per il caso che sia chiesta l'integrale abrogazione di un testo di legge, parimenti non può considerarsi sgravata dell'obbligo di chiedersi cosa ne sarà per il caso che tutti i referendum (o anche solo alcuni) dovessero passare: quanto meno questa via sembra doversi necessariamente percorrere per il caso di domande *ratione materiae* connesse, ancorché ciascuna dotata di una sua propria autonomia di significato e di effetti. Se la Corte non si fosse inventata il criterio della "tutela minima", l'argomento ora enunciato avrebbe potuto esser facilmente controbattuto; poiché però la Corte questo criterio se l'è dato e ne fa frequente utilizzo, non sembra possibile sfuggire alla sua applicazione *di tipo sistematico*, avuto cioè riguardo a quello che si potrebbe chiamare il "combinato disposto" delle domande referendarie e, dunque, alla loro unitaria composizione per l'aspetto degli effetti prodotti sul tessuto normativo preesistente.

So bene quali difficoltà possano frapporsi all'accoglimento della tesi qui patrocinata, a partire da quella che fa capo alla *sedes materiae* in cui far luogo ad un accertamento siffatto, dal momento che non parrebbe consentito alla Corte di debordare dall'*hortus conclusus* segnato dalle singole domande, dal modo di porsi di ciascuna rispetto ai limiti dell'art. 75 e, ad un tempo, alle indicazioni di ordine assiologico-sostantivo complessivamente risultanti dalla Carta.

Qui è il punto. Nuovamente, facile e persino scontata sembra essere l'obiezione secondo cui un raffronto siffatto tra normative di risulta - quella conseguente ad un'eventuale abrogazione integrale della legge ed altre invece, singolarmente considerate, circoscritte per raggio di azione e tuttavia sistematicamente qualificabili come non dissimili, quanto agli effetti, dalla prima - porterebbe diritto ad anticipare al momento del riscontro dell'ammissibilità un giudizio di costituzionalità che solo ed eventualmente può aversi in seguito (e con le forme per esso prescritte).

Ad un siffatto argomentare si potrebbe tuttavia prontamente opporre un duplice ordine di ragioni.

Per un verso, piaccia o no, la Corte ha, come si sa, già in numerose occasioni mostrato di volere (ed anzi di dovere) incorporare nel sindacato di ammissibilità proprio quel giudizio anticipato di legittimità costituzionale che ora dichiara di voler tenere rigidamente dal primo separato (si noti l'insistenza sul punto, presente nell'intero pacchetto delle decisioni in materia). È stata proprio la decisione-madre del '78 a gettare il seme, poi portato a frutto nella successiva giurisprudenza, della immedesimazione o, come che sia, della larga sovrapposizione dell'uno all'altro giudizio, nel

momento in cui ha allungato il catalogo delle leggi insuscettibili di abrogazione popolare rispetto alla scarna indicazione costituzionale e - ciò che più importa - ha introdotto i noti limiti relativi al modo di essere del quesito ed alla struttura (omogenea) dell'oggetto dello stesso.

Per altro verso, poi, proprio il carattere "vincolato" di alcune discipline legislative, specie nella sua forzata conversione nel "livello minimo di tutela", inevitabilmente comporta, al momento del suo accertamento, lo scivolamento in apprezzamenti di merito, attinenti all'osservanza della Costituzione da parte della normativa in campo. Come si è qui tentato di mostrare, prende in tali casi corpo un sindacato su basi di ragionevolezza, in una delle sue forme maggiormente espressive e diffuse, vale a dire quale congruità delle norme all'assetto degli interessi dalle stesse fatto oggetto di regolazione. Si tratta, insomma, di stabilire se si pone ad una più corta distanza - come a me piace dire - dai fini-valori costituzionali un complesso di norme così com'è, posto a raffronto con altro complesso, reale o ideale, concretamente prefigurato o astrattamente prefigurabile.

Sta qui il limite di fondo esibito dalle pronunzie ora rapidamente annotate, *viste nel loro insieme*; e sta ancora qui l'*animus* pilatesco che - come si è venuti dicendo - vi sta alla base. Si faticherebbe altrimenti a comprendere come mai alla decisione contraria al referendum "totale" si siano accompagnate le rimanenti decisioni favorevoli all'amputazione di punti qualificanti della disciplina. La "tutela minima" non viene dalla *quantità* bensì dalla *qualità* delle norme, dal loro modo cioè di porsi davanti alla tavola dei valori costituzionali, di specificarli ed attuarli, complessivamente servirli.

Solo evocando lo spirito di Pilato, più che quello di Salomone, possono - come si è qui tentato di mostrare - comprendersi fino in fondo alcuni sbrigativi (per non dire disinvolti) passaggi, coi quali ha preso corpo una certa qual torsione degli elementi in campo e, con essi, una pur non appariscente ma non per ciò meno rilevante torsione delle cause d'inammissibilità diverse da quella della "tutela minima", di cui con molta approssimazione e non celata indulgenza si è esclusa l'operatività, a partire dal connotato della omogeneità, nella sua più densa e rigorosa accezione, che avrebbe invero richiesto, più ancora di altri connotati, un severo, non ideologicamente preorientato riscontro.

La Corte non l'ha fatto, proprio perché, a mia opinione, ha inteso concedere con una mano ciò che non se l'è sentita di dare con l'altra.

Quale comunanza obiettiva o teleologica può, infatti, esservi tra la proposta di abrogazione volta ad acconsentire alla procreazione assistita anche per fini diversi dalla soluzione dei problemi legati alla sterilità o infertilità e la proposta di cancellazione della norma sulla revoca del consenso? È evidente la forzatura a carico della volontà dell'elettore che potrebbe esser favorevole all'una e non all'altra, o viceversa. E, ancora, cosa lega alle norme ora richiamate l'altra norma che considera leciti gli interventi sull'embrione unicamente a finalità diagnostiche o terapeutiche? O alla norma che pone il divieto di fecondazione eterologa? Nuovamente, si potrebbe volere la cancellazione di quest'ultimo divieto non accompagnato dalla rimozione dell'altra; e via discorrendo.

La Consulta dà atto del carattere "plurimo" della domanda, nondimeno riconosciuta come "omogenea", considerando le disposizioni dalla stessa prese di mira come "intimamente connesse" ed aggiungendo esser "individuabile la matrice razionalmente unitario del quesito".

Insomma, la sensazione che complessivamente si trae dalle decisioni ora rapidamente annotate è che, conscia di avere privato i referendari dell'arma potenzialmente più forte (ma, non per ciò, dotata di maggiore capacità persuasiva...), siccome idonea a sradicare l'intera legge dal terreno ordinamentale, la Corte abbia voluto lasciare loro in mano l'intero armamentario restante: magari con la (non dichiarata) speranza che possa servire a spianare la via a nuove soluzioni politico-normative maggiormente adeguate a raggiungere sintesi assiologiche apprezzabili e - ciò che più conta - a "sanare" vizi della legge della cui conoscenza la Corte stessa potrebbe essere in un prevedibilmente vicino futuro investita. Pazienza se poi il costo per far luogo alle opportune (ma: necessarie) "riparazioni" della legge è quello di una marcata presa di distanze dalla passata giurisprudenza volta ad anticipare nella sede del sindacato di ammissibilità il giudizio di costituzionalità sulla normativa di risulta o, ancora, quello di un sensibile aggiramento del limite dell'omogeneità e, in generale, di una impressionante carenza di svolgimenti argomentativi, tanto più appariscente quanto più in modo studiato ripetuta in tutte le pronunzie componenti il "pacchetto" di quest'anno.

* In AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita*, a cura di M. Fortino, Torino 2005.

Se n'è avuta eco altresì nelle memorie presentate alla Corte, davanti alle quali quest'ultima ha assunto un atteggiamento assai cauto, aprendo la via a successivi sviluppi giurisprudenziali di vario segno. Ad oggi, pur essendo il

numero delle memorie stesse considerevolmente cresciuto rispetto a passate esperienze ma non tale da mettere in crisi la funzionalità del giudizio, s'è data l'opportunità ai presentatori di illustrarle brevemente. Si è, però, tenuto a precisare che non sussiste alcun diritto in tal senso, non essendo la loro posizione in alcun modo accostabile a quella dei promotori (o del Governo). Di modo che la partecipazione comunitaria al sindacato di ammissibilità potrebbe un domani ridursi al mero deposito delle memorie stesse.

Chi ha un minimo di familiarità coi meccanismi della giustizia costituzionale e con le tecniche di redazione della parte motiva delle decisioni sa che, non di rado, discorsi apparentemente "intrusi" si spiegano con l'esigenza di recuperare al giudizio opinioni rimaste minoritarie in seno al collegio. Può darsi che la cosa sia andata così anche stavolta. Ed è chiaro che, qualora si fosse riconosciuto un legame di filiazione, ancorché indiretta, tra la normativa oggetto della richiesta referendaria e la normativa internazionale, nessun referendum avrebbe potuto esser fatto passare. Poiché questo non si voleva, ci si è trovati costretti - per l'ipotesi ora affacciata - a fare un semplice, inconcludente richiamo a discipline sovranazionali comunque afferenti al campo della bioetica (ma v., sul punto, gli svolgimenti che subito seguono nel testo).

Per l'aspetto ora in rilievo, sento anzi di potermi spingere persino oltre la soglia davanti alla quale una nutrita schiera di studiosi invece si arresta. Colgo infatti l'opportunità ora offertami per rinnovare la mia preferenza a riguardo della tesi, nella quale da tempo mi riconosco (tra gli altri miei scritti, v., volendo, *"Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Pol. dir.*, 1993, 183 ss.), che vuole la disciplina "a prima battuta" della materia costituzionale data da atti parimenti costituzionali per forma: una disciplina, ovviamente, congrua coi caratteri propri della fonte che la pone (e, perciò, circoscritta ai soli profili essenziali degli istituti trattati), rimandandosi per gli opportuni o necessari sviluppi alla legge comune, in primo luogo, e quindi ad altri atti ancora; ed è chiaro che, proprio in ragione dell'intreccio degli interessi in campo e delle difficoltà connesse alle attività volte al loro "bilanciamento", conviene che il legislatore (quello costituzionale prima, l'ordinario poi) si arresti ad un certo punto, "delegando" agli operatori (e, specificamente, ai giudici) la messa a punto degli equilibri maggiormente adeguati ai casi (trovo, dunque, eccessiva la tesi di quanti, come L. Ferrajoli, *La questione dell'embrione. Il problema morale e il ruolo del diritto*, in AA.VV., *La tutela dell'embrione*, a cura di G. Biscontini e L. Ruggeri, Napoli 2002, 32 ss., vorrebbero invece che fosse al riguardo fatto un rinvio pieno all'autodeterminazione dei singoli in prima istanza e, in seconda, al verdetto equitativo dei giudici).

Ovviamente, si può discutere a riguardo di ciò che attiene alla "materia" costituzionale, anche per una sua ristretta e rigorosa accezione. Lungi da me l'insano proposito di riportare indietro le lancette della storia o tentare un'impossibile psicanalisi del pensiero del Costituente, ragionando su ciò che avrebbe fatto e su come si sarebbe complessivamente determinato se avesse avuto consapevolezza di fenomeni solo in seguito venuti a maturazione e di opportunità dalla scienza oggi offerte ed un tempo addirittura impensabili. Non è, tuttavia, forse inopportuno rammentare che, *proprio per ciò*, si è prevista all'art. 138 della Carta l'esistenza di "altre leggi costituzionali", in aggiunta alle leggi di revisione (propriamente dette): leggi appunto chiamate a coprire il campo di una "materia" costituzionale viepiù dilatata, una volta che se ne siano individuati con sufficiente certezza i confini (non mi pare, comunque, che vi siano sostanziali dissensi a riguardo del fatto che la disciplina sulla procreazione assistita coinvolga interessi tra i più profondamente e diffusamente avvertiti, di sicuro "tono" costituzionale insomma, secondo quanto è, peraltro, avvalorato dall'esperienza di altri ordinamenti, quale quello elvetico, portoghese e greco, dove è dato ampio risalto in Costituzione ai profili riguardanti la bioetica).

Ora, si capisce che la Corte si sia qui ben guardata dall'intrattarsi sui profili formali e di tecnica della normazione, ai quali si è appena fatto cenno, limitandosi a riconoscere in capo alla disciplina legislativa oggetto delle domande referendarie l'attitudine a dare un "livello minimo di tutela". Ugualmente è, però, da tener ferma l'avvertenza appena fatta in ordine alla complessiva connotazione della tutela stessa, una volta che si ammetta che la stessa avrebbe potuto (e un domani potrebbe) esser sensibilmente diversa a seconda che si fosse seguita (e si segua) l'una o l'altra via per introdurla. È, poi, chiaro che il nodo ora indicato potrebbe venire anche in seguito a galla, quando - com'è pressoché sicuro - la legge, pur dopo le prove referendarie (e, a mia opinione, quali che ne saranno gli esiti), dovesse tornare sul banco della Consulta.

Rammento qui solo il Seminario di Parma del 19 marzo 2004 su *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, i cui *Atti*, curati da A. D'Aloia, sono in corso di stampa per i tipi della Giappichelli, nonché il Convegno di Firenze del 7-8 maggio 2004 su *Scienze e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*.

Tra le molte critiche che sul punto sono venute alla legge, non di rado per l'uno o per l'altro verso eccessive, richiamo qui solo quella, pur cautamente affacciata, di C. Tripodina, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n.*

40 del 2004 recante "norme in materia di procreazione medicalmente assistita", in *Dir. pubbl.*, 2/2004, 515 ss. Prevalente è giudicato da A. Spadaro (*Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi del giurista*, in occasione del Convegno dei Lincei del 31 gennaio 2005 su *La procreazione assistita: problemi e prospettive*, in <http://www.laprocreazioneassistita.it/>, spec. parr. 6 e 10) il diritto dell'embrione a vivere nei confronti della libertà di ricerca, anche "in ragione della *certezza attuale* della vita" dell'uno "rispetto invece all'*incertezza futura*" dell'altra (corsi testuali). Ma v., su ciò, quanto se ne dice subito di seguito nel testo.

Un quadro di sintesi delle più accreditate opinioni, corredato da fini argomenti, è stato non molto tempo addietro fatto da G. Alpa, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, in *Sociol. dir.*, 1/2004, 13 ss. Giova peraltro rammentare come anche la più sensibile dottrina sia ormai avvertita della ristrettezza delle categorie usuali a contenere fenomeni dalle stesse, per l'uno o per l'altro verso, debordanti. Ancora da ultimo, si è suggerito (in occasione del Convegno dei Lincei del 31 gennaio 2005, sopra cit.) di distinguere tra lo statuto dell'embrione *in vitro*, che non sarebbe ancora persona bensì una mera "spes di essere umano", un "quasi-soggetto", e quello dell'embrione *in vivo*, che sarebbe invece da considerare come soggetto (F. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*). In un non lontano ordine di idee, altri (A. Spadaro, *op. cit.*, par. 9) ha invece nella stessa sede proposto di riservare la qualifica di "persona" ai soli esseri nati e quella di "soggetto" ai non ancora nati, e perciò agli embrioni impiantati. Il limite di siffatte proposte ricostruttive sta, tuttavia, nella esiguità dei dati normativi invocabili a loro sostegno, bisognosi piuttosto di essere integrati e complessivamente riconformati da un'opera di predisposizione normativa ancora di là da venire, ben oltre dunque le insufficienti indicazioni al riguardo offerte dalla legge 40 (un'opera che, a mia opinione, in più punti di cruciale rilievo, sarebbe opportuno che dalla legge stessa sensibilmente divergesse).

... e, come si sa, in realtà non lo sono né le ponderazioni fatte dal legislatore né quelle ad esse contrapposte operate dal giudice delle leggi, che ad ogni buon conto dispongono di margini ora più ed ora meno (e tuttavia pur sempre consistenti) di manovra. Che, poi, alla base del modo con cui complessivamente si ricostruiscano le attività di "bilanciamento", si dia questo o quel modo d'intendere la Costituzione (ora come espressiva di limiti meramente negativi ed ora invece come portatrice di vincoli anche positivi) è fuor di dubbio. Su ciò, nondimeno, non era possibile intrattenersi.

Piuttosto, dunque, che far dire alla Carta ciò che a ciascuno di noi piace che dica, onestà intellettuale vorrebbe - a me pare - che si faccia luogo a quella integrazione "mite" e ragionevole della stessa, con lo strumento della legge costituzionale (e gli altri, conseguenti strumenti), cui si faceva un momento fa cenno.

Cheché se ne dica da parte di quanti (e, come si sa, sono tanti) si dichiarano fiduciosi circa il possibile conseguimento di soluzioni autenticamente mediane, "bilanciate" appunto, ai conflitti tra beni costituzionalmente protetti, il vero è che - e proprio dalla disciplina della procreazione assistita se ne ha più d'una, significativa testimonianza - i "bilanciamenti" mascherano ordinazioni gerarchiche di natura assiologica, che pertanto comportano sacrifici, alle volte persino irreversibili, di un interesse (o valore) di fronte ad un altro (o ad altri). La circostanza per cui siffatte ordinazioni rispondono a ragionevolezza, ammesso (ma non concesso) che siano davvero tali, consola solo fino ad un certo punto, una volta che si ammetta - come, in tesi, deve ammettersi - che alcuni beni sono costretti ad uno stato di visibile sofferenza, che si vorrebbe loro risparmiare, senza che nondimeno i casi della vita lo consentano.

Il grado di compiutezza, se così vogliamo chiamarlo, esibito dalla disciplina normativa dipende, poi, da vari fattori: dall'*estensione "orizzontale"* della stessa, siccome idonea a coprire per intero ovvero solo in parte un certo campo materiale, e dalla sua *intensità prescrittiva, in "verticale"*, vale a dire, in buona sostanza, dalla struttura nomologica (a maglie ora più ed ora meno fitte) degli enunciati in cui si articola e svolge. Nessuna tipizzazione è, al riguardo, possibile in astratto e sarebbe ingenuo solo il pensare di poter far luogo a schematiche (ma semplicistiche) categorizzazioni. Una soluzione *quodammodo* mediana tra i due corni dell'alternativa ragionata nel testo si ha per il caso che la disciplina legislativa si doti, come qui consigliato, della necessaria essenzialità e flessibilità di disposto, "delegando" per le sue opportune specificazioni-attuazioni ai giudici ed agli operatori in genere. Temo che, se così non sarà *ab origine*, finirà con l'essere per mano della giurisprudenza, sollecitata dalle esigenze dei casi a rendere appunto maggiormente duttile un dettato legislativo afflitto da originaria, eccessiva rigidità. La qual cosa, come si sa, si è molte volte avuta anche in campi, come quello delle adozioni, al nostro contigui.

Un livello, appunto, "minimo", che pertanto rimanda ad una futura, *necessaria* regolazione, volta all'innalzamento dello stesso, sì da rendere complessivamente appagante la protezione assicurata agli interessi in campo.

... come pure non è, ovviamente, ora possibile indugiare su profili di (supposta) incompetenza dell'atto (o, meglio, delle

sue singole norme), ad es. per ciò che attiene all'incidenza nella sfera di autonomia delle Regioni (vi accenna A. Celotto, *La legge sulla procreazione assistita: perché no*, in *Quad. cost.*, 2/2004, 382 s.). Avuto specifico riguardo alle materie di potestà ripartita, si tratta, infatti, di chiedersi se la "tutela minima" è ad ogni buon conto assicurata dai soli principi fondamentali della legge ovvero se non si richieda allo scopo altresì l'opera di normazione riservata alle Regioni.

Il punto è criticamente rilevato da molti (per tutti, P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 530 s.).

Tra gli altri, da S. Agosta, *Tra ragionevoli preoccupazioni di tutela ed irragionevoli soluzioni normative: la recente disciplina sulla procreazione artificiale al banco di prova dei fini-valori della Costituzione*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit.

Animatamente discussa, come si sa, la questione di fondo se il diritto alla procreazione sia del singolo ovvero della coppia (su ciò, ancora da ultimo, le opportune precisazioni di G. Silvestri, nella sua relazione di sintesi al Convegno dei radicali svoltosi a Roma il 10 dicembre 2004 su *L'ammissibilità dei referendum sulla fecondazione assistita*). Come che sia di ciò, la soluzione accolta dalla legge, con la rigidità che le è propria (in relazione alla quale notazioni critiche anche più avanti), non sembra in alcun modo desumibile "a rime obbligate" dal quadro costituzionale, altro essendo il diritto in parola ed altro ancora il diritto di ciascuno a farsi una famiglia.

Più in genere, di alcune delle norme della legge 40 quali "norme a contenuto tendenzialmente incostituzionale" discorrono, sia pure con una certa ambiguità, G. Morbidelli e T.E. Frosini, in una memoria sottoposta alla Corte che può, con altre, vedersi in <http://www.laprocreazioneassistita.it/>. Non sono, peraltro, mancati, come si sa, giudizi ancora più crudi, come quello di M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 3/2004, 453 ss., a cui avviso l'intera legge sarebbe "radicalmente incostituzionale". La contraddizione tra la qualifica di legge a contenuto costituzionalmente vincolato e l'incostituzionalità delle norme di cui la stessa si compone era, peraltro, già segnalata da tempo (tra gli altri, da M. Ainis, nel suo intervento introduttivo al Convegno dei radicali sopra cit.).

È opinione di G. Silvestri, *ult. cit.*, che la legge in parola abbia una sua "cifra unificante", costituita dal "riconoscimento riluttante del male minore" (appunto, la fecondazione assistita). È pur vero, tuttavia, che la legge, all'interno del recinto larghissimo della procreazione assistita, fa luogo, praticamente in ogni suo punto, ad opzioni normative "secche" assai distanti tra di loro *quoad obiectum*, tali da non giustificare l'assoggettamento ad un'unica domanda referendaria senza sostanziale pregiudizio per la libera autodeterminazione di quanti sono chiamati a risponderci (su ciò, v. ancora meglio sul finire di questa esposizione).

Di una "sostanziale omogeneità dell'intero testo normativo" si discorre, sia pure in modo alquanto allusivo, in sentt. nn. 47 e 48. Stranamente, invece, non se ne fa cenno nella sent. n. 45, la sede giusta, in quanto relativa al referendum totale, nella quale all'inverso ambigualmente si discorre di una "molteplicità di differenziati profili connessi o collegati alla procreazione medicalmente assistita": dove l'una qualifica (come "differenziati") dei profili in discorso fa obiettivamente da ostacolo alla loro riconduzione ad un "tutto" connotato da omogeneità di disposto. La circostanza, poi, che si tratti pur sempre di profili "connessi o collegati" alla materia legislativamente regolata non vale di per sé a conferire alla regolazione stessa quell'attributo della omogeneità che sarebbe richiesto al fine di spianare la via alla prova referendaria.

È ad ogni buon conto chiaro che, ammesso invece il carattere internamente omogeneo della legge, non restava altra carta in mano alla Consulta che quella dell'ancoraggio al criterio della "tutela minima" a sostegno del rigetto della domanda di abrogazione totale. Proprio la partenza del ragionamento fatto dalla Corte, come si vedrà meglio tra non molto, è tuttavia assai discutibile, persino con riguardo a domande parziali (e, ovviamente, a maggior titolo, per quella totale).

Nuovamente da S. Agosta, nello scritto sopra richiamato, e da altri.

... dal momento che è *urbi et orbi* risaputa la possibilità di ricorrere alle adozioni al fine di vedere appagato il desiderio di paternità o di maternità.

Ogni determinazione al riguardo rimane, nondimeno, esclusivamente, giustamente rimessa alla volontà dei soggetti interessati. Di modo che la precedenza dell'adozione rispetto alla procreazione assistita è, tutt'al più, di ordine etico (e

non giuridico); ed a ragione è perciò affacciata con molta cautela, in punta di piedi, dal legislatore. Dinnanzi a scelte molto personali e - come si sa - non di rado sofferte è doveroso fare un passo indietro, preservando l'integrale rispetto che esse, quali che siano, comunque meritano.

Certo è provocatorio il solo pensare, come da taluno suggerito, che il marito sterile che voglia a tutti i costi vedere appagato il proprio desiderio di paternità debba trovarsi costretto ad indurre la moglie all'adulterio (v., sul punto, l'ironico commento di R. Bin, *Il figlio di Lady Chatterley*, in *Quad. cost.*, 4/2002, 793 s. e le preoccupate notazioni di P. Veronesi, *op. cit.*, 544 ss.); ma è ugualmente certo, ormai documentato da numerose indagini sul campo, che il divieto in parola incoraggi quel "turismo riproduttivo" - com'è stato efficacemente chiamato (R. Errico-N. Gandus-B. La Monica, *Procreare per legge?*, in *Quest. giust.*, 3/1999, 461; R. Arena, *Cenni sulla procreazione eterologa nella recente legge n. 40/2004 e conseguente divieto di disconoscimento di paternità, alla luce di un singolare modello "argomentativo" usato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 347 del 1998*, in AA.VV., *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, a cura di E. Navarretta e A. Pertici, Pisa 2004, 170) - che ha costi non lievi e, nei fatti, risulta alla portata solo di un ristretto numero di coppie.

Do qui per acquisito che, una volta spianata la via alla fecondazione eterologa, si debbano adottare gli accorgimenti necessari per ciò che attiene alla donazione dei gameti, sì da evitare taluni possibili, gravi inconvenienti da tempo e da molti segnalati. La qual cosa, ovviamente, rimanda, una volta di più, ad un adeguato intervento del legislatore. Si faccia, nondimeno, caso come esso sia ugualmente richiesto anche in relazione all'inseminazione omologa, in attuazione delle indicazioni offerte dalla direttiva europea 2004/23/CE (in materia di donazione ed impiego di cellule umane), che fa esplicito riferimento proprio alla donazione di gameti (invita ora, opportunamente, a fermare l'attenzione su di essa anche A. Simoncini, *Alcune note su fecondazione medicalmente assistita, principio di precauzione e incostituzionalità degli effetti referendari*, in occasione del già cit. Convegno dei Lincei).

... secondo l'esatto rilievo di F. Modugno, nella cit. relazione ai Lincei.

Torna qui a farsi notare la difficoltà della legge a fare "sistema" con altre discipline a contorno che, seppur aventi diverso oggetto, ugualmente avrebbero dovuto esser tenute adeguatamente presenti. Ciò che - come si viene dicendo - non sembra esser stato dal legislatore compiutamente fatto.

Si dà, per la verità, la scappatoia offerta dalla previsione dell'art. 6, c. IV, che dà modo al medico di non far luogo all'impianto. Ma, è appunto un soggetto diverso dalla donna a decidere, per ragioni (di ordine medico-sanitario) che potrebbero non avere nulla in comune con quelle fatte valere da quest'ultima ed, anzi, con esse risultare confliggenti.

L'ipotesi, forse, più ragionevole, idonea a preservare l'autodeterminazione della donna e, a un tempo, a tenere in vita l'embrione sembra esser quella di acconsentire all'adozione dell'embrione stesso (l'ha, sia pure problematicamente, prospettata S. Bagni, *La nuova legge sulla procreazione assistita alla prova della Consulta sarebbe davvero destinata all'aborto?*, in *forum di Quad. cost.*, seguita ora anche da A. Spadaro, *op. cit.*, par. 8).

Non a caso, perciò, la domanda referendaria ad essa specificamente relativa è stata dichiarata ammissibile: magari, nella fiduciosa attesa che il verdetto popolare possa spazzare via anche questa grave forma d'incongruenza, "sanando" un vizio di costruzione dell'impianto normativo tra i più rilevanti.

Si è detto, sulla base di un problematico accostamento tra la procreazione assistita e la procreazione naturale, esser irragionevole la preclusione dell'accesso alla prima a favore dei singoli. Argomento che, nondimeno, mi parrebbe esser obiettivamente debole, in ragione del superiore interesse del figlio a crescere nell'ambiente familiare presumibilmente più confortevole (che, poi, si diano contesti familiari in cui la coppia è lacerata da conflitti idonei a riflettersi negativamente sulla formazione della personalità del bambino è risaputo; ma non è su ciò che può delinearsi un adeguato modello di riferimento). Per la medesima ragione, eccessiva sul fronte opposto sembra esser la chiusura che taluno avrebbe voluto fosse stata fatta nei riguardi delle coppie di fatto, derivandone "una grave lesione del diritto alla famiglia del figlio" (C. Casini-M-L- Di Pietro-M. Casini, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2/2004, 518). Piuttosto, nell'intento di ricercare una via mediana tra gli opposti orientamenti e fermo *in via di principio* il criterio della stabilità della coppia, pur nella sua confusa enunciazione ad opera dell'art. 5, mi parrebbe urgente temperarne almeno in parte il rigore, come per il caso della donna rimasta vedova dopo la fecondazione *in vitro* e desiderosa di avere un figlio dal coniuge scomparso, in cui un elementare sentimento di *pietas* e di giustizia assieme impone lo scostamento dalla regola legislativamente fissata. Meglio, poi, che ciò avvenga per iniziativa dello stesso legislatore anziché per mano della Corte costituzionale. Consiglierei pertanto, una volta di più, di far luogo alla riscrittura

del dettato normativo, si da renderlo sufficientemente aperto e flessibile, responsabilizzando quindi gli operatori (e, segnatamente, i giudici) in vista del conseguimento delle soluzioni maggiormente adeguate ai casi.

Si rammenti il passo poc'anzi fedelmente trascritto dalle sentt. nn. 47 e 48 (*retro*, in nt. 17).

Si insiste ripetutamente, come si vede, sulla complessiva caratterizzazione della disciplina presa di mira dai referendari, dal momento che altro è l'assetto degli interessi cui la stessa dà vita, posto a confronto con quello che invece si avrebbe in assenza di qualsivoglia disciplina, ed altro ancora quello che invece potrebbe aversi grazie ad una disciplina diversa, tanto più se internamente articolata e distribuita tra più atti, nel senso dietro indicato. Si vuol dire, insomma, che tra una *cattiva legge*, quale a mia opinione è la 40, ed una *non-legge*, questa seconda soluzione è il male minore (forse, il più delle volte è all'inverso; non però stavolta). Ancora preferibile, tuttavia, come si è venuti dicendo, il quadro che potrebbe aversi con l'avvento di un'*altra* (autenticamente *altra*) disciplina, da quella ad oggi vigente profondamente diversa per impostazione e svolgimenti, sui cui connotati non è qui possibile intrattenersi.

Riprendo il termine dal parere *pro veritate* di P. Carnevale, anch'esso in <http://www.laprocreazioneassistita.it/>.

Si riporta dalle sentt. nn. 47 e 48; ma similmente può dirsi anche per altre domande (e relative pronunzie). Superfluo rilevare di nuovo il carattere apodittico (e, a mia opinione, essenzialmente inesatto) di siffatte affermazioni.

Una presa di distanze, tuttavia, più dichiarata (non casualmente in ciascuna pronunzia) che praticata, se è vero che il criterio della "tutela minima", sia pure col modo raffazzonato con cui è stato trattato, rimanda - come si è venuti dicendo - in ordine al suo concreto riscontro ad un giudizio anticipato in parte *de qua* di costituzionalità sostanziale.