

## L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"

di Simone Penasa \*  
(8 luglio 2015)

(in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali*)

La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale ha definitivamente "svelato" la debolezza strutturale del rigido impianto su cui si regge (o per meglio dire, si reggeva) la legge 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA). A seguito dell'intervento della Corte costituzionale, quindi, quella che è stata definita «(ex) legge 40» (A. D'Aloia, *L'(ex) 40*, in [www.confronticostituzionali.eu](http://www.confronticostituzionali.eu), 23 giugno 2015) ha percorso un ulteriore tratto verso la sua definitiva riconduzione a costituzionalità (S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, Giuffrè, 2012, p.181), relativamente a questioni che sono state oggetto di una progressiva riscrittura da parte della magistratura ordinaria.

Da un lato, la sentenza, dichiarando l'illegittimità parziale degli artt. 1 e 4, primo comma, ha esteso la finalità originariamente prevista dalla legge – «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1), limitandone l'accesso ai soli «casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico» (art. 4) – fino a prevedere il ricorso a tali tecniche da parte di coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, in quanto queste ultime rispondano ai criteri di gravità previsti per l'interruzione volontaria della gravidanza dopo i primi novanta giorni dalla legge n. 194/1978 (su tale criterio, vedi *infra*). Dall'altro lato, la Corte costituzionale ha riconosciuto *expressis verbis* l'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto, affermando la contrarietà con gli artt. 3 e 32 Cost. del divieto di «accesso alla PMA, *con diagnosi preimpianto*, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni» (Corte cost., sentenza n. 96/2015, corsivo aggiunto); in tal modo, la Corte ha offerto un'esplicita copertura costituzionale a quella giurisprudenza ordinaria che aveva anticipato tale esito (da ultimo, M. P. Iadiciccio, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in questa Rivista, 2015, pp. 325-350).

Se, per quanto riguarda la questione della diagnosi preimpianto, l'intervento della Corte costituzionale può considerarsi rafforzativo della giurisprudenza ordinaria in materia, rispetto alle finalità ammesse dalla legge 40 esso esprime invece un effetto stabilizzatore, che consente di superare le perplessità sorte alla luce di interpretazioni conformi a costituzione che si erano spinte – ancorché per condivisibili ragioni di giustizia sostanziale (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 dei Costituzionalisti Italiani*, n. 2, 2014, pp. 19-20) – oltre ciò che nella sentenza si definisce l'«univoco e non superabile tenore letterale della prescrizione» (sul punto, C. Tripodina, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), n. 1, 2010). Inoltre, "restituendo" alla Corte costituzionale la pienezza della funzione di organo di chiusura del sistema costituzionale, la sentenza introduce una norma generale e astratta, applicabile senza la necessaria interposizione dell'autorità giurisdizionale, seppur all'interno di un quadro legislativo che presenta – come evidenziato dal monito contenuto

nella sentenza (su cui *infra*) – evidenti lacune, inevitabile conseguenza di un disegno legislativo che non prevede una disciplina specifica di tale tecnica (come generalmente avviene invece a livello comparato).

La Corte costituzionale, dopo avere ribadito l'impossibilità di percorrere la via della disapplicazione della norma interna per contrasto con le norme CEDU (sul punto, E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta OnLine*, Saggi, II, 2015, pp. 533 ss.), preferisce percorrere, tra i parametri prospettati nelle ordinanze, la via della irragionevolezza del divieto, declinata in termini di coerenza esterna della disciplina («razionalità dell'ordinamento», Corte cost. n. 96/2015), e del diritto alla salute della donna. Quest'ultimo, in particolare, risulterebbe eccessivamente limitato, senza che da ciò derivi «un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto».

La Corte costituzionale ha quindi escluso l'utilizzo dell'art. 2 Cost., la cui violazione era stata prospettata dal giudice *a quo* nei termini di una lesione del «diritto della coppia a un figlio "sano" e il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative». Ciò sembra esprimere la volontà della Corte costituzionale, peraltro in continuità con l'approccio della Corte EDU nel caso *Costa e Pavan c. Italia*, di distinguere tra una formula potenzialmente ambigua – il «diritto a un figlio sano» – e una più circoscritta: «perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici», inteso quale espressione dell'art. 32 Cost. Orientando in tal senso la selezione dei parametri, la Corte costituzionale sembra avere declinato quanto sancito nella sentenza n. 162 del 2014, peraltro non formalmente richiamata, secondo cui «la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi», non in termini assoluti, ma alla luce del richiamato obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui la coppia risulta portatrice. Non sembra possibile affermare, comunque, che tale impostazione sia servita alla Corte a negare o limitare il fondamento costituzionale della libertà di autodeterminarsi della coppia in tale ambito (sul punto, A. D'Aloia, cit.). Al contrario, lo spostamento verso la protezione del diritto alla salute della donna può essere interpretato come l'esito di un bilanciamento, all'interno del quale l'autodeterminazione trova riconoscimento – mediante il riferimento all'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia di cui la coppia risulti portatrice – ma anche delimitazione, attraverso il riferimento al criterio della gravità della patologia, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 194/1978 (G. Repetto, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale)*, in *Diritti Comparati*, sottolinea la scelta della Corte di utilizzare questo termine di raffronto, invece che le linee guida alla legge 40, come proposto dal giudice *a quo*). Occorre peraltro sottolineare che la scelta dei parametri – ragionevolezza e tutela della salute della donna – sembra indicare che il rapporto tra tecniche diagnostiche preimpianto e prenatali dovrà essere considerato in termini complementari e non alternativi: l'espletamento delle prime non potrà precludere l'accesso alle seconde, quanto piuttosto garantire una anticipazione della tutela della salute della donna, consentendo di «far acquisire "prima" alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere "dopo" una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute» (Corte cost. sentenza n. 96/2015).

Entrando nello specifico del percorso argomentativo proposto dalla Corte costituzionale, l'irragionevolezza del divieto, conformemente a quanto sancito dalla Corte EDU nel caso *Costa e Pavan c. Italia*, è causata dalla «palese antinomia normativa» con quanto previsto dalla legge n. 194 del 1978, la quale consente alle coppie «l'interruzione

volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali» al fine di «perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici». Pertanto, il divieto risulta affetto da irragionevolezza – «insuperabile», secondo la Corte – in termini di bilanciamento degli interessi coinvolti, nonché da irrazionalità, alla luce di quanto previsto dalla legge 194, provocando come conseguenza la violazione del diritto alla salute della donna. Ciò, infatti, non consente alle coppie affette da gravi malattie geneticamente trasmissibili di ricorrere alla PMA, «al fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (...) del nascituro, alla stregua del medesimo 'criterio normativo di gravità'» già stabilito dall'art. 6 della legge 194/1978 (secondo cui «l'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata (...) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna»).

La Corte costituzionale riconosce inoltre che, se da un lato la propria funzione di garante della legalità costituzionale la obbliga a dichiarare l'incostituzionalità del divieto (con approccio analogo a quanto affermato nella sentenza n. 162 del 2014), spetta al legislatore il potere-dovere di introdurre «apposite disposizioni» finalizzate a disciplinare l'accesso di tali coppie alle tecniche di PMA. Nel fare ciò, la Corte costituzionale non rinuncia comunque a introdurre un monito a contenuto rafforzato, sia di contenuto che di metodo (secondo la ricostruzione proposta da G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, pp. 410-414, si potrebbe qualificare come *monito relativo o condizionato*). Al riconoscimento della necessità di un intervento legislativo non si accompagna, infatti, la tradizionale formula – ormai divenuta quasi “topica” – di richiamo alla esigenza che il legislatore assicuri un adeguato bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti, utilizzata dalla Corte fin dalla prima sentenza in materia (sentenza n. 347/1998) e che è venuta progressivamente a rafforzare, innestando nel filone giurisprudenziale avente ad oggetto la disciplina della PMA (sentenze 151/2009 e 162/2014) quello relativo alla *ragionevolezza scientifica* delle leggi in materia biomedica (inaugurata dalla sentenza n. 282/2002). Al contrario, la Corte costituzionale, rafforzando tale approccio, sostituisce la “tradizionale” clausola generale di bilanciamento con un esplicito riferimento ai contenuti che l'intervento legislativo dovrebbe esprimere, indicandone alcuni “elementi essenziali”, tanto di contenuto quanto di metodo.

La Corte individua infatti gli ambiti rispetto ai quali un intervento legislativo risulta necessario: l'indicazione «delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA», «delle correlative procedure di accertamento» e «di forme di autorizzazione e controllo delle strutture abilitate ad effettuare» la diagnosi. Questi aspetti sembrano porsi quali elementi fondamentali del bilanciamento: si tratterebbe di un onere di “copertura” legislativa, reso flessibile dal riconoscimento di un margine di discrezionalità riguardante i contenuti di dettaglio, il quale sembra comunque trovare un irrigidimento nella indicazione di metodo rappresentata dal riferimento – peraltro generico – alle prassi normative adottate a livello comparato. In tal senso, il sistema spagnolo consente questo tipo di diagnosi esclusivamente se siano soddisfatte una serie di condizioni che riguardano anche la natura della malattia, che deve essere «grave», di «manifestazione precoce» e «incurabile alla luce delle attuali conoscenze scientifiche» (art. 12, legge 14/2006). Analogamente, la legge francese ammette la diagnosi preimpianto a titolo eccezionale, quando sussistano una serie di condizioni (quali «la forte probabilità della nascita di un figlio affetto da una malattia genetica di particolare gravità, considerata incurabile al momento della diagnosi», artt. 21 e 23, *Loi de Bioéthique* n. 2011-814) e da una struttura a ciò autorizzata da un organismo pubblico indipendente (la *Agence de la biomédecine*). La Corte esprime inoltre la necessità di prevedere un riesame periodico delle patologie

che possono consentire l'accesso alle tecniche («individuazione (*anche periodica*, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica)»), richiamando un approccio che a livello comparato è stato introdotto formalmente dall'ordinamento francese (*Loi de Bioéthique* n. 2011-814, Titolo IX) e richiamato dalla Corte EDU (S. H. e altri c. Austria, 3 novembre 2011, pp. 117-118; sul punto, sia consentito il rinvio a S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, 2015).

Resta fermo che, a differenza di altre pronunce monitorie, l'eventuale inerzia del legislatore non potrà provocare un vuoto di tutela rispetto alla posizione giuridica delle coppie che si rivolgeranno ai centri di PMA. Avendo dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto di accesso e riconosciuto l'ammissibilità, seppur condizionata (alla luce della gravità e del tipo della patologia; sul punto, M. Giacomini, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Rassegna, n. 6, 2015, pp. 3-4), della diagnosi genetica preimpianto, il monito al legislatore, anche se inascoltato, è destinato a convertirsi in una delega di bilanciamento in concreto, rivolta *in primis* ai medici e alle strutture sanitarie competenti e, eventualmente, ai giudici ordinari, secondo uno schema peraltro analogo a quello predisposto dall'art. 6 della legge 194/1978 (sul quale, P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, Giuffrè, 2007, pp. 137 ss.).

\* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale comparato – Università di Trento (email: simone.penasa@unitn.it)