



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

UNA RIFLESSIONE SUL BIODIRITTO A PARTIRE DAL DIBATTITO ITALIANO SULLA DIAGNOSI GENETICA PREIMPIANTO

di Rosanna Fattibene*

La materia oggetto del biodiritto¹ si presta a tendere, fino all'estenuazione, le principali *cinghie di tenuta* del sistema giuridico, facendo emergere, di questo, contraddizioni e fragilità. Si tratta, per lo più, di problematicità risalenti, forse strutturali, che, all'oggi, si caricano, però, di una tale "novità problematica" da rendere particolarmente ardua, per organi ed apparati (di livello statale, infra-statale ed ultra-statale), l'individuazione di soluzioni adeguate, in tempi coerenti con il rapido mutarsi degli eventi. Fatalmente, la velocità esponenziale del progredire di scienza e tecnologia rende improbabile il normare in tempo utile e rapida, invece, l'obsolescenza della regola che pure intervenisse senza ritardi. Il biodiritto viene a trovarsi, infatti, «di fronte ad una trasformazione dell'oggetto stesso dell'attività giuridica, la vita, forse addirittura ad un salto antropologico». Non, dunque, la «permanente tensione tra la regola giuridica e il mutamento sociale, economico, culturale»², che pur legittima ed impone il costante rinnovarsi dell'ordinamento giuridico, bensì la radicale riformulazione dell'idea che l'umanità, in questo momento della sua storia evolutiva, intende assumere di sé e rimettere ai posteri.

È per tale ragione - la cui "enormità" difficilmente può rendersi appieno con i termini propri del linguaggio giuridico ed, invero, di qualsiasi linguaggio disciplinare, poiché solo lo "stupore" è atto a rappresentarla - che il biodiritto diventa osservatorio privilegiato della metamorfosi che i sistemi giuridici vanno attraversando, nel compimento dell'opera

* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico - Dipartimento di Scienze Politiche, Sociali e della Comunicazione, Università degli Studi di Salerno.

¹ Che qui si assume nella definizione datane da C. PICCOCCHI, *Biodiritto, un ponte tra scienza, etica e legge*, in www.ingenera.it: «Il "biodiritto" è il nuovo ambito disciplinare che si occupa dell'intreccio tra diritto, scienza e bioetica secondo una prospettiva metodologica che pone a fondamento l'interdisciplinarietà e la comparazione giuridica». Maggiormente preoccupati delle «distorsioni» che «lo sforzo di far corrispondere alla parola "biodiritto" una specifica disciplina giuridica può determinare», S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, nella loro *Introduzione ad Ambito e fonti del biodiritto*, nel vol. I, curato dagli stessi, del *Trattato di biodiritto*, diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti, Milano, Giuffrè Editore, 2010, XLIII, nel biodiritto individuano, piuttosto, «un campo di problemi legati alla vita e alle sue vicende».

² Secondo S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI, *Introduzione*, cit., XLIII.

definitoria e regolamentatrice di così nuovi fenomeni dell'umano. Coglie bene il punto che ravvisa nel «mutamento del paradigma giuridico» la conseguenza «dell'avanzamento delle tecniche e delle scienze biomediche»³ e chi, similmente, rileva come l'evoluzione scientifica abbia investito appieno le stesse «categorie tradizionali» del diritto. Sicché queste «subiscono un effetto di spiazzamento e di riformulazione, che sembra quasi richiedere un “nuovo” diritto», «basi e modelli inediti», secondo i quali ricostruire e “rigenerare” «il rapporto tra ordinamento giuridico, persone fisiche, idee di vita»⁴.

Il biodiritto, in effetti, richiama gli *assets* fondamentali del diritto costituzionale⁵ ed i principi attorno ai quali la nostra Carta e, con essa, l'intero ordinamento repubblicano ruota⁶, ma anche gli sviluppi della scienza nel settore della vita e della salute, nonché l'attenzione sociale che vi si è coagulata attorno. È comprensibile, dunque, che le questioni di cui esso si occupa, «nonostante la loro apparente distanza dalla “cultura” dei costituenti», abbiano «“pressato” il diritto e l'interpretazione costituzionale»⁷, al punto che la stessa concezione di Costituzione attualmente accolta⁸ potrebbe essere individuata (pur nella non

³ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, III ed., 19.

⁴ A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti, nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive* a ID. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma, svoltosi il 19 marzo 2004, Torino, Giappichelli Editore, 2005, XI, XII.

⁵ Come osserva C. CASONATO, *Introduzione*, cit., 3.

⁶ C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in C. CASONATO - C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, Cedam, 2006, 15, 16, li individua, quasi esaustivamente, nei «diritti inviolabili dell'uomo e della libertà personale (artt. 2 e 13), di eguaglianza e di sviluppo della persona umana (art. 3), di pari dignità sociale e di dignità umana come limite all'iniziativa economica privata (artt. 3 e 41), di libertà religiosa e di eguale libertà delle confessioni religiose (artt. 19 e 8) ma anche di indipendenza e sovranità, nei rispettivi ordini, di Stato e Chiesa cattolica (art. 7), di promozione della ricerca scientifica e tecnica, e della libertà della scienza (artt. 9 e 33), di tutela del paesaggio e, si è dedotto, dell'ambiente (art. 9) della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29), del diritto-dovere di mantenimento ed educazione dei figli e della protezione della maternità e dell'infanzia (artt. 30 e 31), della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e della generale volontarietà dei trattamenti sanitari (art. 32), di soggezione dei giudici soltanto alla legge e di autonomia e indipendenza della magistratura da ogni altro potere (art. 101)». L'A. ricorda anche che, «nella ripartizione di competenze fra stato e regioni, [...] l'art. 117 dispone che lo stato abbia legislazione esclusiva sullo stato civile, sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali e sulla tutela dell'ambiente», mentre stabilisce che «siano comprese fra le materie di legislazione concorrente la ricerca scientifica e tecnologica, la tutela della salute e la valorizzazione dei beni ambientali». In ragione di una così ampia ricognizione, lo studioso giunge alla conclusione che «non mancano certo i riferimenti per una disciplina costituzionale delle tematiche bioetiche». P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C. M. MAZZONI - S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo I, in *Trattato*, cit., vol. II, 140, 141, aggiunge, all'elenco dei principi richiamati dal biodiritto, l'art. 23, per la riserva di legge ivi contemplata, gli artt. 4 e 35 ss., in riferimento alla disciplina costituzionale del diritto al lavoro, l'art. 25 Cost., nell'ambito del diritto penale, la più parte, infine, delle libertà ed, in particolare, quella garantita dall'art. 21 Cost., che - ricorda l'A. - determinò un giudizio d'illegittimità costituzionale, con la sentenza della Corte costituzionale del 10 marzo 1971, n. 49, relativa al divieto di propaganda di pratiche contraccettive previsto dal codice penale del '30.

⁷ P. VERONESI, *Uno statuto*, cit., 139.

⁸ G. PINO, *Tre concezioni della costituzione*, in *TCRS*, 2015, 31, individua tre concezioni di Costituzione, tutte «variamente rintracciabili nella cultura giuridica italiana recente», vale a dire «da costituzione come limite: il modello delle regole» (*ivi*, 34 ss.), «da costituzione come fondamento: il modello dei principi» (*ivi*, 38 ss.) e «da costituzione come assiologia: il modello dei valori» (*ivi*, 44 ss.).

necessaria univocità del modello di riferimento⁹) in ragione del tipo di soluzioni complessivamente fornite alle questioni biomediche¹⁰.

Tra queste, il tema della diagnosi genetica preimpianto si presta particolarmente a rendere la tensione e la difficoltà dei tradizionali istituti giuridici e poteri pubblici nel “maneggiare” la materia biomedica. Collocato, com'è, nel già problematico quadro etico e giuridico della procreazione medicalmente assistita, esso anima da tempo, in dottrina, un dibattito plurale ed interdisciplinare. Molteplici e diversi sono, in effetti, gli aspetti e gli interessi coinvolti, ma tutti afferenti al nucleo duro dei principi e delle libertà; esigono, pertanto, soluzioni condivise, pur di difficile individuazione, ove il confronto disveli nette contrapposizioni¹¹.

Costantemente, il raffronto va svolto tra scienza, etica e diritto, parimenti legittimati dalla natura stessa dell'oggetto, quale tecnica medica che implica scelte sulla vita e tocca, pertanto, interessi e diritti che richiedono di essere riconosciuti (ove già non lo siano), tutelati e bilanciati.

La “scienza accorta”, conscia dei pericoli come dei vantaggi per l'umanità insiti nel suo progredire esponenziale, gli uni e gli altri illustra nel partecipare al confronto etico (*rectius*: di etica pubblica¹²) e giuridico, chiedendo, di ritorno, una chiara individuazione dei *limiti* e

⁹ Può verificarsi - chiarisce G. PINO, *ivi*, 50 - «che uno stesso giurista adotti un modello per guardare ad alcune norme della costituzione, e un altro modello per guardare ad altre norme della costituzione. O che alcune tecniche interpretative o decisionali si trovino per così dire a metà strada tra due modelli (che non sia chiaro, cioè, se siano espressive dell'uno o dell'altro modello)».

¹⁰ G. PINO, *ivi*, 43, nota n. 39, richiama varie pronunce giudiziali relative alla legge n. 40/2004, quale esempio di una concezione della *costituzione come fondamento*, la quale «attribuisce un ruolo decisamente attivo, interventista, alle corti (Corte costituzionale e giudici comuni), e in capo ai giuristi in generale», dimodoché «le corti assumono [...] un ruolo di attuazione della costituzione, ponendosi quasi in una posizione di concorrenza rispetto al legislatore - concorrenza che può arrivare anche al punto di vere e proprie disapplicazioni della legge ritenuta in contrasto con la costituzione, dietro l'apparenza di interpretazioni conformi a costituzione» (*ivi*, 43). D'altro canto, è un topico delle “vicende biogiuridiche” - e di quelle della procreazione medicalmente assistita e della diagnosi genetica preimpianto, in particolare - anche la significativa funzione assunta dal bilanciamento e dalla comparazione, entrambi elementi fondamentali di una concezione della *costituzione come assiologia*. «Siccome la costituzione racchiude più valori (la costituzione è pluralista), valori tutti in cerca di realizzazione, essi dovranno essere applicati con una logica “flessibile” e compromissoria, la logica della ragionevolezza e del bilanciamento: andrà cercato, per ogni caso concreto, il migliore (il più giusto) equilibrio tra i valori in gioco». In siffatto modello, dunque, la ragionevolezza non è solamente «un criterio di valutazione del bilanciamento tra principi o valori confliggenti, ma un *canone generale di interpretazione costituzionale*» (*ivi*, 46). Anche la comparazione - intesa soprattutto come «maggiore predisposizione da parte delle corti a “dialogare” con altre corti di altri ordinamenti (il ricorso al c.d. argomento comparatistico nell'argomentazione giuridica e anche costituzionale)» -, secondo l'A., è tipico aspetto di questa concezione di costituzione: «se la costituzione (la costituzione di un singolo paese) è a ben vedere il riflesso di un ordine di valori, e se come è altamente probabile altre costituzioni riflettono il medesimo ordine di valori, o comunque incorporano gli stessi valori (la dignità, l'eguaglianza, la libertà, l'autonomia, ecc.), allora è scontato che corti di diversi ordinamenti interagiscano tra loro, visto che concepiranno sé stesse come impegnate a concretizzare in sede giudiziaria valori del tutto omogenei» (*ivi*, 49).

¹¹ In una contrapposizione prospettica, F. MEOLA, *La diagnosi genetica preimpianto nell'evoluzione dell'ordinamento italiano: gli argomenti a favore*, e chi scrive, *La diagnosi genetica preimpianto nell'evoluzione dell'ordinamento italiano: gli argomenti contrari*, entrambi in R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, rispettivamente 115 ss., e 163 ss., ripercorrono gli (stessi) argomenti usati, in dottrina ed in giurisprudenza, ora a favore ora a sfavore della diagnosi genetica preimpianto.

¹² Come tale si propone la bioetica, quale «area di discussione pubblica in quanto vi si indaga il rapporto tra individui e istituzioni, nonché le decisioni collettive in materia di salute, di malattia, di vita e di morte. Intesa come etica pubblica, dunque, la bioetica si occupa di questioni pubbliche, le cui soluzioni sono trovate o dovrebbero essere trovate nell'interesse di tutti i cittadini. Include perciò una riflessione sui modi della scelta pubblica nonché sui suoi prevedibili esiti, rinviando così alla sfera di competenza del diritto»: R. SALA, *Etica pubblica e biodiritto*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito*, cit., 125. A riguardo, P. GIUSTINIANI, *La selezione genetica pre-impiantatoria. Profili di etica pubblica nel recente Magistero cattolico*, in R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi*, cit., 75, 76, ricorda com'anche il Papa apra

delle *possibilità*. Dalla biomedicina gemmano, insomma, quesiti per la bioetica¹³ e per il biodiritto e la prima, nel mentre li pone, propone, contribuendo alle più opportune soluzioni. Non può tacersi, però, che per il diritto, in particolare, sia sempre risultato «oltremodo arduo [...] il compito di maneggiare con appropriatezza il materiale scientifico» e per «numerose [...] ragioni»¹⁴. Nessuna di queste potrà essere superata se non passando attraverso una pregiudiziale volontà di dialogo e d'intesa tra le scienze giuridiche e la scienza della vita, al fine – che *deve* essere condiviso – di tutelare dignità, diritti e libertà del cittadino, ad esso subordinando ogni conquista della ricerca.

Questione preliminare da affrontare, quando si tratti di diagnosi genetica preimpianto, così come di ogni altra possibilità d'intervento (sul pre-embrione¹⁵ e) sull'embrione, consiste nella natura di questo. Preliminare ed ardua: individuare il «*punto*¹⁶ temporale» dell'inizio della vita e, dunque, del riconoscimento all'embrione della «piena dignità umana» è impresa che s'imbatta di continuo in «paradossi e trappole logiche come quelle che da

«oggi un vero e proprio interessante terreno di confronto di *etica pubblica generale*, ovvero una discussione che, sul piano teorico, cerca di ritrovare i criteri fondamentali e universali in ordine a nodi pubblici di tipo etico-sociale, che dividono le convinzioni morali condivise su fronti opposti o rivali e che domandano traduzione normativa (esiti relativi al biodiritto e alla biopolitica) [...], per esempio nella progettazione e gestione dei futuri nati», ma non solo. Anche sulle tematiche ambientali, infatti, Papa Francesco si propone «di entrare in dialogo con tutti riguardo alla *nostra casa comune*, nella consapevolezza che», su questi temi, «anche al di fuori della Chiesa Cattolica, altre Chiese e Comunità cristiane - come pure altre religioni - hanno frattanto sviluppato una profonda preoccupazione e una preziosa riflessione». La valutazione religiosa si propone, in effetti, come un contributo imprescindibile all'area di discussione propria dell'etica pubblica, considerato «che la stragrande maggioranza della popolazione mondiale si riconosce in una qualche religione» e che la bioetica «parla di vita e morte, di salute e malattia, di sofferenza, dignità della persona umana», vale a dire di «tematiche che interessano anche in modo diretto la religione e le religioni»: così G. MIRANDA, *Bioetica e religioni*, 22 gennaio 2012, in <https://it.zenit.org>, a proposito dell'andamento dei lavori per l'elaborazione della *Dichiarazione Universale su Bioetica e Diritti Umani*, approvata dalla Conferenza Generale dell'Unesco il 19 ottobre 2005, che ha dedicato una sessione all'ascolto dei rappresentanti delle più importanti religioni nel mondo. Né può ignorarsi il monito di E. SEVERINO, nell'*Avvertenza* a ID., *Sull'embrione*, Milano, Rizzoli, 2005, 7, su quanto «la tragica tensione tra terrorismo islamico e valori dell'Occidente» renda «ancora più urgente la comprensione del significato autentico dell'atteggiamento religioso e dei suoi rapporti con le leggi dello Stato».

¹³ Quale «parte dell'etica che si occupa di giustificare i confini tra lecito e illecito di fronte alle nuove possibilità di intervento dischiuse dall'avanzamento delle conoscenze scientifiche e dalle applicazioni tecnologiche in ambito biomedico e sociosanitario sulla vita, umana e non umana»: L. PALAZZANI, *Biodiritto. Valori e diritto ai confini della vita umana*, in www.filosofionline.com.

¹⁴ Come osserva L. CHIEFFI, *Introduzione. Prospettive di dialogo tra Scienza e Diritto*, in ID. (a cura di), *La medicina nei Tribunali*, Bari, Cacucci Editore, 2016, 10, che le individua, in maniera puntuale, nella «difficoltà», per il diritto, «di assecondare la naturale dinamicità della conoscenza in continua evoluzione»; nell'«impatto provocato dalla trasfigurazione di tradizionali categorie giuridiche, [...] a causa di innovative applicazioni tecnologiche, la cui portata non è sempre comprensibile»; nella capacità di «condizionare l'azione della politica e del diritto», da parte «di chi ha la capacità di comprendere e di controllare l'impiego della tecnica»; ancora, in «antichi pregiudizi verso la scienza, per effetto di vischiosità storiche risalenti all'idealismo crociano», che vanno ad acuire la forte diffidenza indotta dalla «*biologizzazione* del diritto e conseguente politicizzazione e giuridicizzazione della medicina», affermatesi nei primi decenni del Novecento; in «un generale disinteresse», infine, «della politica per la promozione della ricerca scientifica», aggravato «dall'impiego strumentale» della materia scientifica, «soprattutto se eticamente sensibile, a fini di lotta politica interna, di contrapposizione tra formazioni partitiche concorrenti» (*ivi*, 10-12).

¹⁵ Vale a dire lo zigote nello stadio iniziale, fino al quattordicesimo giorno. In merito, però, le concezioni sono diversificate: se è vero, infatti, che questa «soglia» temporale «è divenuta [...] l'interfaccia "ontologica" tra le due entità del pre-embrione e dell'embrione, in quanto destinatari di un trattamento morale diverso come entità distinta all'interno di un processo di sviluppo continuo», com'affermano M. TALLACCHINI - F. TERRAGNI, *Le biotecnologie. Aspetti etici, sociali e ambientali*, Milano, Bruno Mondadori Editore, 2004, 105, è anche vero - come gli stessi A.A. non mancano di riportare - che «l'ipostatizzazione del pre-embrione come entità distinta all'interno di un processo di sviluppo continuo sia ancora considerata da molti (scienziati ed eticisti) strumentale e priva di vere basi scientifiche».

¹⁶ Corsivo nostro.

sempre si legano alla tensione tra continuità dei processi e qualificazione di stati»¹⁷. Anche a quest'interrogativo preliminare sono chiamati, con pari nobiltà di voce, la scienza, come l'etica, come il diritto¹⁸; l'insita pregiudizialità della questione lo radica, anzi, prima di ogni altro, nelle riflessioni, nelle teorizzazioni e nelle pratiche dell'uomo, fissandone le risposte via via maturate nel "patrimonio dinamico" della cultura e della coscienza dell'umanità.

«Il vero è che l'embrione è, filosoficamente e in sede di analisi da parte dei biologi, fatto "soggetto di narrazioni" plurime»¹⁹, prim'ancora – potremmo aggiungere – di diventarlo nella riflessione giuridica di carattere teorico-generale. Duplice e dicotomica è l'ontologia stessa dell'embrione, a cui, pertanto, ben si attaglia il *dixit* di Aristotele «"ciò che è in potenza è in potenza gli opposti". Questo vuol dire che, se l'embrione *può* diventare un *uomo in atto*, allora, proprio perché "lo può" (e non lo diventa ineluttabilmente), proprio per questo, *può* anche diventare *non-uomo*, cioè qualcosa che uomo non è»²⁰. Ogni discorso intorno all'embrione – diagnosi genetica preimpianto compresa – vive, dunque, di questa "ambiguità", mettendo in scena, al contempo, le potenzialità della scienza e le perplessità dell'etica, nonché le regole ora possibiliste ora limitatrici del diritto.

Ad aggravare la difficoltà d'individuare soluzioni univoche e condivise, quel bilanciamento d'interessi, che, di norma, è «tecnica di risoluzione dei conflitti fra posizioni parimenti protette a livello costituzionale», nelle questioni biomediche – com'è stato acutamente notato – risulta, invece, nient'affatto risolutivo e solo parzialmente utile, «non essendo legato, aldilà dell'altrettanto vago principio di ragionevolezza, a criteri che non siano anch'essi ampiamente discrezionali». Talché, «orientamenti laici e cattolici, dottrine *pro-life* e *pro-choice* [...] possono partire dagli stessi riferimenti costituzionali non messi in discussione (valore della persona, rispetto della dignità, diritto alla propria individualità, principio di autodeterminazione e così via) per giungere a risultati diametralmente opposti»²¹. Per la

¹⁷ V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso. Note sull'inizio della vita*, Napoli, 2013, 84.

¹⁸ Come nel dialogo che hanno impostato, tra di loro, R. PRODOMO, *La contesa sull'embrione*, P. GIUSTINIANI, *op. cit.*, e S. PRISCO, *L'embrione come soggetto di narrazioni*, in R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi*, cit., rispettivamente 39 ss., 65 ss., 85 ss., nella Sezione ivi, appunto, dedicata alla riflessione scientifica e teorico-generale.

¹⁹ Così S. PRISCO, *L'embrione*, cit., 86, mentre R. PRODOMO, *La contesa*, cit., 42, mostra come anche «de malattie» siano «esito [...] di una narrazione». La scienza stessa, invero, non ha una voce univoca sul "momento" d'inizio della vita, presentando, piuttosto, tre diversi convincimenti, che lo collocano a circa trenta ore, sei o quattordici giorni dal concepimento (rispettivamente, la teoria dell'ootide, delle strie primitive, del pre-embrione). Di esse può leggersi, alquanto estesamente, in F. DE GREGORIO, *La vita nascente e il suo futuro. Bilanciamenti ragionevoli tra diritto, scienza e coscienza*, Torino, Giappichelli Editore, 2011, 44 ss. In sintesi, l'A. nota come queste teorie portino tutte «a far sì che l'embrione nella fase pre-impianto non abbia alcuna tutela e che, nella sua primissima fase, non sia considerato un individuo, ciò equivalendo a potere ritenere come legittima la ricerca sugli embrioni prima dell'impianto» (ivi, 50). A queste elaborazioni si contrappone un'altra teoria, anch'essa basata su dati scientifici, sostenuta dal «pensiero cattolico», per la quale «il concetto di persona, a prescindere da ogni considerazione filosofica, s'identifica con l'unità genetica presente fin dalla nascita» (ivi, 52). Ne è conseguenza che «l'embrione è "persona" fin dal momento della fecondazione, in quanto con la fecondazione si costituisce un unico genoma, quello dello zigote, il quale ha già in sé l'intero progetto-programma che, attraverso fasi biologiche successive non indipendenti tra loro, in un *continuum* evolutivo, è capace, se non intervengono fattori esterni, di dar luogo ad un nuovo individuo» (ivi, 51). Su questo versante della riflessione intorno all'inizio vita, si rinvia a P. GIUSTINIANI, *op. cit.*, 65 ss., che riflette, propriamente, sulla posizione assunta dal Magistero cattolico in ordine alla diagnosi genetica preimpianto. Sullo statuto etico-giuridico dell'embrione, cfr. anche R. PRODOMO, *La contesa*, cit., 39.

²⁰ E. SEVERINO, *op. cit.*, 45, 46.

²¹ C. CASONATO, *Bioetica*, cit., 16, 17. L'A. opportunamente richiama, a riguardo, l'analogia osservazione di V. BALDINI, *Introduzione. Il politeismo dei valori e la partenogenesi dei diritti costituzionali: tra ermeneutica storicistica ed ermeneutica ontologica*, in

medesima ragione, «anche la dottrina costituzionalistica [...] si trova ad essere divisa sulla direzione da dare all'interpretazione di norme e principi costituzionali in relazione a fatti concreti riferibili alle tematiche di bioetica»²².

«Bioetica e biodiritto, insomma, o sono narrativi, o non sono»²³.

Duplici e dicotomiche paiono, allora, anche le linee della “narrazione giuridica” della diagnosi genetica preimpianto, collocantesi l'una sul piano legislativo (comprensivo dello svolgimento dei *referendum* abrogativi del giugno 2005²⁴), l'altra su quello giudiziario. Si rinvencono, ovviamente, entrambe anche nel relativo dibattito, costantemente animato dalle vicende convulse della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», che, all'indomani della sua entrata in vigore, avevano già reso manifesta la grave difficoltà di gestione delle questioni bioetiche da parte del “sistema italiano”.

Ne rimane intaccata, infatti, la stessa forma di governo, nel rapporto tra il Legislativo ed il Giudiziario, estenuato da una sovraesposizione del secondo rispetto al primo²⁵, che, di

ID. (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2004, 10, per il quale, nel «suo compiersi dinamico secondo il “verso” pluralista e nell'impatto con l'esperienza, la Costituzione si mostra generalmente responsiva agli interpreti che la interrogano, ma in grado di offrire un supporto ad un ventaglio di soluzioni anche eticamente, oltre che giuridicamente, molto differenti l'una dall'altra quantunque tutte in qualche modo riconducibili al contesto dei principi e valori ivi sanciti [...]». In tal modo, la Carta costituzionale figura come sostegno fondamentale di ipotesi regolative anche molto distanti tra loro, soprattutto nella soluzione dei problemi connessi ai cd. diritti della vita».

²² C. CASONATO, *Bioetica*, cit., 17.

²³ Come osserva S. PRISCO, *L'embrione*, cit.

²⁴ Quattro quesiti referendari sulla legge n. 40/2004, alcuni dei quali strettamente connessi alle possibilità di utilizzo della diagnosi genetica preimpianto e dei suoi risultati, furono sottoposti al corpo elettorale, che rispose con atteggiamento decisamente astensionistico. La richiesta referendaria, volta a sottoporre a *referendum* abrogativo l'intera legge n. 40/2004, era stata, invece, dichiarata inammissibile, con sentenza della Corte costituzionale del 13 gennaio 2005, n. 45, in quanto coinvolgente una normativa costituzionalmente necessaria. Con la richiesta referendaria dal titolo “Procreazione medicalmente assistita - limite alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni - Abrogazione parziale”, si mirava, piuttosto, ad ampliare la possibilità di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni con finalità terapeutiche e diagnostiche, attraverso l'eliminazione di vari limiti e divieti. Il quesito dal titolo “Procreazione medicalmente assistita - norme sui limiti all'accesso - Abrogazione parziale” si presentava più articolato nelle finalità, che la sentenza della Corte costituzionale del 13 gennaio 2005, n. 47, nel dichiararne l'ammissibilità, individuava nel «consentire l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche per finalità diverse dalla soluzione di problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, ad escludere dai principi che regolano l'applicazione delle relative tecniche quello della gradualità; a consentire la revoca del consenso da parte dei soggetti che vi accedono, anche dopo la fecondazione dell'ovulo; a consentire interventi sull'embrione aventi finalità diagnostiche anche diverse da quelle previste dall'art. 13, comma 2, della legge; a consentire la creazione di un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque superiore a tre; a consentire la crioconservazione degli embrioni in ogni caso in cui non risulti possibile il trasferimento degli embrioni stessi nell'ovulo» (punto 2 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 47/2005). Un ulteriore quesito referendario si diversificava da questo appena ricordato per la sola richiesta d'integrale abrogazione dell'art. 1 della legge n. 40/2004, che avrebbe eliminato, così, anche l'enunciazione della finalità di tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito, meritando, per questo, anche un titolo parzialmente differente (quello di “Procreazione medicalmente assistita - norme sulle finalità -, sui diritti dei soggetti coinvolti e sui limiti all'accesso - Abrogazione parziale”). Infine, un ultimo quesito referendario, riguardava la richiesta di abrogazione delle norme della legge 40 concernenti il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologa e la relativa sanzione.

²⁵ Basti riandare al cd. caso Englaro ed al relativo conflitto di attribuzione che, corredato dall'esplicita accusa di mettere a rischio la stessa tenuta della separazione dei poteri, ha reso drammaticamente evidente la crisi dei rapporti tra il Legislativo ed il Giudiziario. Sulla vicenda richiamata, v., *ex plurimis*, R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, 11 dicembre 2008, in <http://archivio.rivistaaic.it>, e A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le “ragioni” di Napolitano*, 10 febbraio 2009, in *forum Quad. cost.*, www.forumcostituzionale.it, 1 ss.

contro, esita, ritarda, arretra o, altrimenti, eccede, comunque non riuscendo a trovare tempismo e consenso nella regolamentazione²⁶. Sembra quasi essere giunti al punto d'«evoluzione della scienza costituzionale verso nuovi orizzonti esegetici che tendono a riprodurre dinamiche tipiche dei sistemi di *common law* oggi particolarmente care alle più avanzate espressioni delle teorie *neocostituzionalistiche*»²⁷.

Dinamiche essenzialmente giurisprudenziali, dunque. Ovviamente, in Italia, Paese pur sempre di *civil law*, il suggello della giurisprudenza sul disciplinamento delle questioni biogiuridiche è posto non da quella di merito, bensì dal Giudice delle leggi, che di queste può dichiarare l'illegittimità; lo fa, però (è quanto avvenuto, in particolare, con la diagnosi genetica preimpianto²⁸), ricorrendo a quella ragionevolezza che si è detta principio «vago»²⁹ e, ad ogni modo, «tutt'altro che espressione di “logica” (anche se va perseguita logicamente, a pena di non trovare consenso alla soluzione cui si approda), sibbene e semmai il più “politico” dei valori-principi»³⁰.

Nella ricerca della migliore disciplina possibile, oramai “spartita” tra Legislativo e Giudiziario, il biodiritto va a complicare anche l'opera d'individuazione e d'interpretazione della fonte d'applicare al caso, in un contesto, invero, già gradualmente “scivolato” verso la coesistenza di «tanti diversi sistemi (o microsistemi), in relazione alle singole materie che

²⁶ M. VILLONE, Scientific issues: *quando il giudice è costretto a trasformarsi in legislatore*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina*, cit., 24, individua una causa che, pur avendo carattere generale, incide sensibilmente sulla possibilità di ben disciplinare le tematiche biogiuridiche. Nota, infatti, l'A. che «se un'assemblea elettiva non è adeguatamente rappresentativa e non esprime il paese nel suo complesso non abbiamo solo la violazione di fondamentali principi costituzionali, come ha chiarito la Corte costituzionale nella sentenza 1/2004. È anche molto probabile che il legislatore non riesca ad affrontare mediazioni complesse, o le concluda con soluzioni per alcuni inaccettabili», come mostrano, tra l'altro, le difficoltà palesatesi nell'addivenire ad una legge sul testamento biologico.

²⁷ Così L. CHIEFFI, *Introduzione*, cit., 13.

²⁸ Al canone della ragionevolezza è ricorso la Corte costituzionale, in particolare con la sentenza del 14 maggio 2015, n. 96, sulla base di un raffronto/parificazione tra la procreazione medicalmente assistita, con diagnosi genetica preimpianto e conseguente selezione degli embrioni non portatori della malattia geneticamente trasmissibile, e la gravidanza naturale, con diagnosi prenatale e conseguente interruzione volontaria della stessa, quando permessa dagli esiti delle indagini: tanto premesso, appare “ragionevole” consentire alle coppie di ricorrere alla selezione degli embrioni *in vitro* anziché all'aborto in una fase successiva. Sul ricorso a questo canone nelle questioni di inizio vita ed, in particolare, nella sentenza in parola, v. A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 2015, www.rivistaaic.it, 1 ss.; con specifico riferimento a questa sentenza, v. S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quad. cost.*, 2015, 755 ss., mentre, sulla ragionevolezza nella sentenza della Corte costituzionale del 9 aprile 2014, n. 162, v. L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale*, luglio 2014, 1 ss., part. 8 ss. In ragione della suddetta parificazione operata dalla Consulta con la sent. n. 96/2015, una panoramica completa sull'ordinamento interno, in tema di diagnosi genetica, non può prescindere dal tema della diagnosi prenatale. È quanto evidenzia G. SALITO, *La “non” diagnosi genetica prenatale ovvero la sua inesatta o errata esecuzione: a proposito di wrongful life e wrongful birth*, in R. FATIBENE (a cura di), *La diagnosi*, cit., 203 ss., indagando l'ipotesi in cui non sia stato possibile ricorrere alla diagnosi genetica preimpianto o sia comunque intervenuta, poi, una gravidanza naturale, sicché è in fase prenatale che si verifica quella scoperta di malformazioni e patologie del feto tale da «incidere sulla serenità della donna e costituire la ragione del ricorso alla pratica abortiva» (*ivi*, 204). Correlativamente, P. GIUSTINIANI, *op. cit.*, 80, riporta un passo dell'*Istruzione Dignitas personae su alcune questioni di bioetica* (8 settembre 2008), della Congregazione per la dottrina della fede, che configura la diagnosi pre-impiantatoria come «una forma di diagnosi prenatale, legata alle tecniche di fecondazione artificiale, che prevede la diagnosi genetica degli embrioni formati *in vitro*, prima del loro trasferimento nel grembo materno», addivenendo, infine, una volta effettuata la selezione degli embrioni, ad una «pratica abortiva precoce» (corsivi nostri).

²⁹ Si cita nuovamente C. CASONATO, *Bioetica*, cit., 16.

³⁰ S. PRISCO, *“Rigore è quando arbitro fischia”? Spunti di ‘ragionevole’ scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione*, in AA.VV., *Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 654.

vengono in osservazione o in ordine alle quali l'ordinamento offre, a volta a volta, un diverso panorama quantitativo e qualitativo di norme primarie»³¹.

La necessità e l'urgenza di dare soluzione ai singoli casi, informati alla «dinamicità della materia scientifica», ha conferito, infatti, ad una, «talvolta, scomposta giurisprudenza cautelare e di merito» una funzione di «definizione degli spazi di autonomia e di garanzia delle libertà riconosciute al singolo»³², secondo un andamento proprio, come si è detto, dei sistemi di *common law*, eppure manchevole del “collante” che, in questi, è assicurato soprattutto dal vincolo del precedente. Conseguenza ne è stata una disciplina – nemmeno propriamente tale, in quanto di provenienza giurisprudenziale – frammentaria, diversificata e di non immediata rintracciabilità.

Non solo: anche «la codificazione deontologica» – quella medica in massimo grado e, non di rado, in relazione a tematiche biomedico/biogiuridiche –, «in un quadro istituzionale in cui la legge tende a ritrarsi per lasciare sempre più spazio a normazioni di origine diversa», va ad assumere un ruolo attivo e partecipativo nel quadro delle fonti, fino «a concorrere con la stessa legislazione statale nella disciplina dei diversi settori della vita sociale»³³. Quanto meno, al livello deontologico vengono riconosciuti incrementali «profili di rilevanza giuridica [...] in relazione alla valutazione della disciplina giuridica di riferimento»³⁴, soprattutto nel senso che i relativi codici si prestano ad essere di ausilio all'opera dell'interprete. Ancor prima, però – prim'ancora che subentri una disciplina giuridica –, essi, spesso, si dotano di regole di comportamento per i sanitari atte a sussidiare il legislatore nella fase, successiva (ed eventuale, comunque tardiva), di elaborazione della norma³⁵; così è avvenuto, ad esempio, proprio nel caso della procreazione medicalmente assistita³⁶.

³¹ F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, 108. A riguardo, v. anche ID., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, 2008, in <http://archivio.rivistaaic.it>, 1 ss., part. 33. Diversamente, A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, Giuffrè Editore, 1977, 317, ritiene pur sempre possibile la “tenuta del sistema”, in quanto, «all'interno di fonti formalmente pariorinate (costituzionali o legislative che siano) e competenzialmente tipizzate», è rinvenibile «la preminenza delle norme di certe fonti sulle norme di altre fonti», ma non «a causa di una (insussistente) superiorità gerarchica formale delle prime sulle seconde, bensì in vista di una loro diversa (e, in questo senso, graduata) capacità di espressione e realizzazione assiologica, quale risulta oggettivamente dal raffronto con i valori-base dell'ordinamento (principi costituzionali fondamentali)». Sulle «gerarchie assiologiche», cfr. anche R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, 169 ss.

³² L. CHIEFFI, *Introduzione*, cit., 14.

³³ E. QUADRI, *Codice di deontologia medica*, in G. ALPA, P. ZATTI (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, 69, 70. Per un'attenta ricostruzione delle diverse ipotesi avanzate nel dibattito dottrinale, nonché degli orientamenti giurisprudenziali, in merito alla natura dei codici deontologici e di quelli medici in particolar modo, si rinvia a P. LAONIGRO, *Le norme deontologiche tra teoria e prassi giurisprudenziale: notazioni sul codice deontologico medico*, 8 maggio 2010, in *Amministrazione In Cammino*, www.amministrazioneincammino.it, 1 ss.

³⁴ E. PULICE, *Autonomia e responsabilità del medico: il ruolo della deontologia nella prospettiva giurisprudenziale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina*, cit., 305. L'A. fa risalire «i profili di intrinseca giuridicità della norma deontologica [...] a un'evoluzione che ha profondamente caratterizzato il CDM [n.d.r.: il Codice di Deontologia Medica]», vale a dire «la progressiva estensione dei suoi ambiti di intervento, attraverso la quale il codice si è fatto carico delle nuove esigenze di tutela della persona sollevate dal progresso tecnico-scientifico e dai mutamenti sociali, culturali e giuridici, ponendosi così come uno strumento volto non solo alla protezione della categoria rappresentata, ma anche alla garanzia e alla promozione dei diritti delle persone destinatarie dell'attività professionale» (*ivi*, 304, 305).

³⁵ C. CASONATO, *Introduzione*, cit., 173, reputa i codici deontologici atti «a svolgere una funzione complementare o di consulenza importante ma non esclusiva a monte della decisione legislativa o a fianco del giudizio civile o penale».

³⁶ Come ricorda E. QUADRI, *op. cit.*, 72, alcuni criteri di comportamento per i sanitari, a riguardo, erano stati introdotti, prima, nel Codice di deontologia medica del 1995, all'art. 14, poi, in quello del 1998, all'art. 42; in ogni caso, evidentemente, con significativo anticipo rispetto alla legge n. 40 del 2004.

Bisogna interrogarsi, infine – rimanendo sul rapporto tra biodiritto e sistema delle fonti e, più precisamente, ragionando di sedi, soggetti e metodi dell’elaborazione della norma –, sulla necessità di provvedere all’«istituzione di canali possibilmente stabili (come ad esempio organi a composizione indipendente e interdisciplinare) che permettano che il sapere scientifico e tecnologico sia veicolato all’interno delle sedi della riflessione politica e della decisione normativa»³⁷. Le soluzioni, con buoni esiti già in tal senso adottate in altri ordinamenti – sotto forma di organismi tecnici che, in ragione della loro particolare competenza in materia, svolgano funzioni di studio, consultive e/o autorizzatorie e di controllo³⁸ –, sembrano confortare l’adozione di una siffatta soluzione.

Maggiore complessità del sistema delle fonti e maggiore difficoltà nell’individuazione, interpretazione ed applicazione delle norme da esse prodotte in ambito bioetico deriva anche dal primo comma dell’art. 117 Cost. – inserito in Costituzione dalla novella del 2001 –, in relazione alle fonti del diritto internazionale e del diritto dell’Unione europea. L’incisività del biodiritto sull’ordinamento giuridico vira, per questa ipotesi, verso l’area dei rapporti interordinamentali.

Invero, sebbene il diritto dell’Unione europea non sia certo del tutto estraneo alle questioni *de quibus*³⁹, ne rimane indubbiamente più interessata la Convenzione Europea dei

³⁷ C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2014, www.biodiritto.org, 197, che, invero, individua questa svolta come approdo ad una «forma di governo “science conscious”», nella consapevolezza, però, del «rapporto che in ogni ordinamento collega il sistema delle fonti del diritto con la forma di governo» (*ivi*, 194); P.A. ne tratta, infatti, «in collegamento con gli organi cui la forma di governo affida l’attività regolativa e legislativa in particolare» (*ivi*, 197).

³⁸ S. PENASA, *Modelli biogiuridici a confronto sulla diagnosi genetica preimpianto: riflessioni comparate de iure condendo*, in R. FATTIBENE, *La diagnosi*, cit., 305 ss., nello svolgere un’analisi comparata dei modelli biogiuridici adottati, in diversi ordinamenti, sulla diagnosi genetica preimpianto, mette in luce i più significativi organismi tecnici a cui siano state attribuite tali funzioni. Si segnalano, dunque, con P.A., la *Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humana* (c.d. *Comisión Palacios*), quale commissione consultiva, istituita dal Parlamento spagnolo, il cui operato, in particolare sotto forma di raccomandazioni, ha costituito la base per la redazione della legge spagnola n. 35 del 22 novembre 1988, *sobre Técnicas de reproducción asistida*; la Commissione Nazionale per la Riproduzione Umana Assistita, già prevista dalla predetta legge, che, ai sensi della successiva legge n. 14 del 26 maggio 2006, *sobre Técnicas de reproducción humana asistida* (abrogatrice di quella dell’88), svolge funzioni consultive e di parere rispetto alle autorizzazioni, per singoli casi concreti, ad accedere a tecniche di diagnosi preimpianto, in ipotesi non previste dalla legge; lo *Human Fertilization and Embryology Authority*, organismo pubblico, con alto grado di competenze specifiche e di autonomia istituzionale e funzionale, a cui lo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, dell’ordinamento britannico, attribuisce funzioni di natura consultiva, attuativa e di autorizzazione delle attività disciplinate dalla legge; gli organismi tecnici a cui la legge portoghese n. 32 del 26 luglio 2006, *Da procriação meicamente assistida*, attribuisce funzione di accertamento del valore scientifico delle tecniche diagnostiche praticate e del loro svolgimento secondo le *best practices*; infine, l’Agenzia per la Biomedicina, organismo pubblico indipendente, a cui è rimessa, dalla legge francese n. 2011-814 del 7 luglio 2011, *relative à la bioéthique* (art. 21, che modifica l’art. L 2131- 4 del *Code de la santé publique*), l’autorizzazione all’esecuzione della diagnosi preimpianto, accertata la sussistenza di predeterminate circostanze. Per un approfondimento sulla disciplina della diagnosi genetica preimpianto nell’ordinamento spagnolo, in particolare, v. A. EMALDI CIRIÓN, *Legal aspects of preimplantation genetic diagnosis within the Spanish regulatory context*, in R. FATTIBENE, *La diagnosi*, cit.

³⁹ Basti considerare la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea che, all’art. 3, dopo aver sancito il diritto di ogni individuo all’integrità fisica e psichica, elenca diritti e divieti (questi ultimi soprattutto) che «nell’ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati», compreso «il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone». Con riguardo al diritto derivato, la direttiva 98/44/CE, «Sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche», ha previsto le utilizzazioni di «embrioni umani» (art. 6, n. 2), di cui un noto arresto della Corte di Giustizia dell’Unione europea, la sentenza dell’11 ottobre 2011, causa C-34/10, *Oliver Brüstle v. Greenpeace e V.*, ha fornito la nozione, acché la formula testuale sia «interpretata in modo uniforme sul territorio» dell’Unione (punto 26), così da non arrecare «lesione al buon funzionamento del mercato interno, che costituisce lo scopo della direttiva di cui trattasi» (punto 28). Diversamente, infatti, si correrebbe «il rischio

Diritti dell'Uomo. Tant'è per la forte afferenza di alcune sue norme – in particolare l'art. 8, sul «Diritto al rispetto della vita privata e familiare» – alle materie cd. eticamente sensibili; per l'uso, talvolta opinabile, che la Corte della Convenzione ha fatto della *combine* sussidiarietà/margine di apprezzamento⁴⁰; per l'«azzardo» di alcuni nostri giudici di merito che, eludendo il ricorso alla Consulta (indi, anche l'interpretazione dell'art. 117, co. 1, Cost., da essa elaborata), hanno dato diretta applicazione ai principi affermati dalle sentenze del giudice europeo; infine – ma è argomento primo per importanza –, per essere la

che gli autori di alcune invenzioni biotecnologiche siano tentati di chiedere la brevettabilità di queste ultime negli Stati membri che concepiscono nel modo più restrittivo la nozione di embrione umano e, quindi, più permissivi per quanto riguarda le possibilità di brevettare le invenzioni di cui trattasi, a motivo del fatto che la brevettabilità delle stesse sarebbe esclusa negli altri Stati membri» (punto 28). La stessa Corte, successivamente, con la sentenza del 18 dicembre 2014, causa C 364/13, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, ha colto l'occasione di «specificare il contenuto e l'ambito applicativo della definizione» precedentemente fornita, «riducendone significativamente [...] il campo di applicazione», come evidenzia A. DI STASI, *Alla ricerca di una nozione giuridica di "embrione umano": il contributo del judicial dialogue tra Corti internazionali*, in *federalismi.it. Focus Human rights*, n. 1/2015, www.federalismi.it, 5. Nonostante la natura commerciale della questione, non sfugge la centralità della stessa per l'individuazione dei limiti alla procreazione medicalmente assistita e, più ancora, alla diagnosi genetica preimpianto, da quando l'accesso alla prima è stato finalizzato all'esecuzione della seconda.

⁴⁰ Sussidiarietà e margine di apprezzamento sono entrambi «corollari» del principio di prossimità, dal quale «si dipartono» ed al quale «si riconducono», così come li intende M. R. MORELLI, *Principio di sussidiarietà delle giurisdizioni sovranazionali e margine di apprezzamento degli Stati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, intervento all'incontro di studio del 20 settembre 2013 presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, su *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2. Essi si calibrano, pertanto, a vicenda, agendo, il primo, come «regola di precedenza» dell'intervento dello Stato nazionale rispetto all'autorità europea ed il secondo come «criterio di limite» rispetto ad un'area, «all'interno della quale è riconosciuta allo Stato una non sindacabile», da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, «discrezionalità di scelte» (*ibidem*). Ne consegue che un malaccorto uso anche di uno solo dei due comporta uno sbilanciamento del delicato rapporto tra i due termini. In effetti, non sono mancate critiche rivolte, in particolare, ad un uso improprio del margine di apprezzamento, che ha ristretto lo spazio di «autonomia identitaria» delle scelte dei singoli Stati, rendendo, di contro, più invasivo od aggressivo l'approccio dell'autorità europea rispetto ad essi. Le lagnanze sono provenute soprattutto dal Regno Unito, ma non solo, ed anche una certa dottrina non ha lesinato disapprovazione: *ex ceteris*, v. J. A. BRAUCH, *The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in *Col. Jour. Eur. Law*, 2004-2005, per il quale, «unfortunately», la Corte EDU è ricorsa alla dottrina del margine di apprezzamento, nell'interpretare alcune norme della Convenzione, «to the exclusion of the text, of legal analysis, and indeed of the rule of law. It has taken on the role of supranational legislature making policy judgments for the nations of Europe, judgments that lack basic rule of law requirements of clarity, predictability, equality, and non-arbitrariness» (*ibidem*). Pertanto, l'A. conclude che la Corte «must return to the texts» (*ibidem*). O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, 16 dicembre 2009, in www.forumcostituzionale.it, 2, 3, sul fronte interno, evidenzia, invece, il richiamo al margine di apprezzamento presente, in particolare, nella sentenza della Corte costituzionale del 16 novembre 2009, n. 311, ma anche nella sentenza della Corte costituzionale del 30 novembre 2009, n. 327, che, per le modalità con cui viene operato dalla Consulta, è letto dall'A. «come una diretta risposta alla rinnovata aggressività caratteristica della nuova stagione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo che sembra curarsi oggi [n.d.r.: così l'A., già nel 2009] molto meno di un tempo delle peculiarità proprie delle identità nazionali, anche costituzionali, degli Stati membri». Da queste e consimili lagnanze ed osservazioni, protrattesi nel tempo, è conseguita, infine, la previsione, con il Protocollo n. 15 di prossima entrata in vigore, dell'inserimento, nel Preambolo della CEDU, di un riferimento sia al principio di sussidiarietà sia alla dottrina del margine di apprezzamento, al fine di renderne più stringente l'osservanza da parte del giudice europeo. Cfr., in proposito, E. NALIN, *I protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. coop. giur. intern.*, 2014, 124, 125, C. ZANGHÌ, *I progetti di protocolli 15 e 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. coop. giur. intern.*, 2015, 24 ss., A. DI STASI, *I Protocolli XV e XVI alla CEDU. Il margine di apprezzamento degli Stati e la richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, in ID. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, Cedam, 2016, 63 ss. Vi è da ritenere che questa novità avrà una certa incidenza sulle materie eticamente sensibili, in quanto strettamente afferenti al portato assiologico di ciascuno Stato, rispetto al quale il margine di apprezzamento dev'essere particolarmente ampio ed includente. Riguardo all'entrata in vigore del suddetto Protocollo, si rammenta che è possibile verificare lo stato dei Trattati del Consiglio d'Europa a partire dalla lista di cui all'indirizzo web www.coe.int/t/it/web/conventions/full-list.

Convenzione vocata alla tutela dei diritti e delle libertà a far tempo dalla sua entrata in vigore⁴¹, contrariamente alla natura inizialmente solo “mercantile” dell’Unione, sicché la prima e non la seconda si è fatta carico, in maniera preponderante e permanente, dell’incrementale circolazione delle persone in Europa, con il loro bagaglio di diritti fondamentali da tutelare⁴².

L’ambito degli «obblighi internazionali» a cui l’articolo costituzionale in parola, tra l’altro, fa riferimento, non è certamente esaurito da quel solo obbligo contratto dall’Italia quale Alta Parte contraente della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. La lettura che la Consulta ha fornito di questa disposizione impone, però, al giudice – sia ordinario che costituzionale – di riconoscere, nell’ambito di quegli obblighi, una più significativa considerazione alle norme convenzionali rispetto alle altre (pure di diritto internazionale pattizio), nonché di attribuire valore quasi esclusivo all’interpretazione datane dal Giudice della Convenzione⁴³. Di tutto questo, nulla escluso, è testimonianza, in materia di diagnosi genetica preimpianto, la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo del 28 agosto 2012, causa *Costa e Pavan c. Italia*⁴⁴, ed il suo seguito nel diritto interno⁴⁵.

⁴¹ In quanto tale tutela è ritenuta strumento di realizzazione del fine proprio del Consiglio d’Europa, vale a dire il compimento di un’unione più stretta tra i suoi membri, i cui Governi sono, per l’appunto, i firmatari della Convenzione.

⁴² Così sarebbe stato anche quando l’Unione europea si sarebbe “aperta” non più alla sola circolazione di merci, capitali e servizi, ma anche delle persone, dotandosi, corrispondentemente, di norme a tutela di diritti e libertà originariamente inesistenti. Su questa evoluzione e sulle differenze tra i due sistemi europei di protezione dei diritti, v. A. D’ALIOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 2014, 1 ss.

⁴³ Questo vincolo ermeneutico è stato, invero, significativamente limitato dalla Corte costituzionale, rispetto a quanto la stessa aveva riconosciuto con le sentenze “gemelle”, con la successiva sentenza del 14 gennaio 2015, n. 49, nella quale essa afferma che è «solo un “diritto consolidato” generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo» (punto 7 del *Considerato in diritto*).

⁴⁴ Con questa pronuncia, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha ritenuto violato l’art. 8 della CEDU da parte della legge n. 40/2004, in quanto questa non consente l’accesso alle tecniche di fecondazione *in vitro*, ai fini dell’effettuazione della diagnosi genetica preimpianto, alla coppia non infertile o sterile che sia portatrice di una malattia genetica trasmissibile. In particolare, il Giudice della Convenzione ha constatato «che, in materia, il sistema legislativo italiano manca di coerenza. Da un lato, esso vieta l’impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall’altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia». Indi, ha ritenuto che «stante l’incoerenza del sistema legislativo italiano in materia di diagnosi preimpianto [...] l’ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare sia stata sproporzionata. Pertanto, l’articolo 8 della Convenzione è stato violato nel caso di specie»; conseguentemente, la Corte ha condannato lo Stato italiano a corrispondere alla coppia un risarcimento economico. Su questa pronuncia, v. F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, in *Rivista AIC*, 2013, www.rivistaaic.it, 1 ss., B. RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei “desideri”*. (Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, sent. 28 agosto 2012-11 febbraio 2013), in *forum Quad. cost.*, 2013, www.forumcostituzionale.it, 1 ss., G. CATALDI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di diagnosi genetica preimpianto*, in R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi*, cit., 219 ss.

⁴⁵ Il Tribunale di Roma (ordinanza del Tribunale di Roma del 23 settembre 2013), adito dagli stessi coniugi Costa e Pavan, ha dato attuazione alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sul caso che li ha riguardati e li ha visti vittoriosi, in disapplicazione della legge n. 40/2004, «senza neppure tentare di presentare la propria soluzione sub specie di interpretazione convenzionalmente conforme, magari facendo appello alla dottrina più audace al riguardo; o valorizzando profili del caso concreto che avrebbero, forse, reso sufficiente allo scopo l’interpretazione estensiva del concetto di infertilità» (così A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 “in esecuzione” di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, www.penalecontemporaneo.it, 259). Su quest’ordinanza del giudice capitolino, v. anche A. RUGGERI, *Spunti per una riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Tribunale di Roma, I sezione Civile, che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)*, 8 ottobre 2013, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it. Successivamente, altre due coppie, venendosi a trovare nell’omologo caso Costa e Pavan contro Italia» (sentenza della Corte costituzionale del 14 maggio 2015, n. 96, punto 4 del *Considerato in diritto*), hanno avviato due procedimenti civili, ex art. 700 c.p.c., dinanzi allo stesso Tribunale. Il giudice adito, questa volta, escluso che gli artt. 1, co. 1 e 2, e 4 della legge n.

Il vero è che la materia biomedica rimane pressata, da un lato, dai nuovi “bisogni” ingenerati dall’ampiezza delle possibilità scientifiche che chiedono la trasmutazione in “diritti”, dall’altro, dalla facilità e rapidità degli spostamenti delle persone da un territorio ad un altro (e, correlativamente, da un ordinamento ad un altro), pur sotto forme (anche giuridicamente) diverse: libertà di circolazione, immigrazione, turismo cd. bioetico. Cosicché, essa si trova a mettere a confronto, sempre più frequentemente e strettamente, molteplici assetti valoriali e normativi più o meno differenti. Ne scaturisce, spesso, un contrasto che non è mai semplice da sciogliere, che è ancora affidato a soluzioni contingenti e non standardizzate né pacifiche e che, sempre, implica interrogativi sull’identità costituzionale degli Stati e delle organizzazioni internazionali (leggi: Unione europea) a vario titolo coinvolti, nonché, correlativamente, dei loro popoli (compreso il popolo europeo⁴⁶).

D’altro canto, se è vero che anche gli spostamenti significativi riescono, oggi, molto agevoli, essi rimangono pur sempre dispendiosi o molto dispendiosi, soprattutto quando all’estero ci si rechi con l’intento di usufruire di servizi medici di alta specializzazione⁴⁷. Per questo, doppiamente odioso ci appare il turismo bioetico (più propriamente “procreativo”, in riferimento al tema della diagnosi genetica preimpianto). Nell’intento di superare una disuguaglianza nel godimento di sfere di libertà personalissime, esso, infatti, ne fonda una nuova, di censo⁴⁸, essendo necessaria un’elevata disponibilità economica per riuscire, di fatto, ad ampliare quelle libertà; al contempo, consente agli stessi “privilegiati” di realizzare

40/2004, siano suscettibili d’interpretazione adeguatrice o di diretta “non applicazione”, per contrasto con le norme convenzionali, ha ritenuto di dover sollevare, con due ordinanze d’identico contenuto motivazionale (ordd. Tr. Roma, 15 e 28 febbraio 2014), questione di legittimità costituzionale della predetta normativa, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., oltre che con l’art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU. Per una riflessione comprensiva di tutte e tre le ordinanze del giudice romano qui richiamate, v. A. IANNUZZI, V. ZAMBRANO, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L’emersione del “desiderio” di concepire un figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, www.costituzionalismo.it. Invero, la sent. n. 96/2015, con la quale, riuniti i due giudizi, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità così sollevata, come osserva 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*, 2015, www.giurcost.com, 535, «con fraseggio stringato, [...] richiama la pronuncia Costa e Pavan c. Italia quasi *incidenter tantum*, e lo fa riferendosi al profilo di tale decisione che risultava [...] più debole». Il Giudice delle leggi, in questo modo, «non si misura con il fatto in sé che la Corte di Strasburgo sia intervenuta in un caso identico (“omologo”), dunque dovendosi chiarire quali spazi di intervento questo potesse aprire al giudice comune, e come ciò si riflettesse conseguentemente sui rapporti con il giudizio costituzionale; ma, piuttosto, rievocando la denunciata incoerenza del sistema legislativo italiano». Similmente, A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 13, osserva che «la Consulta non coglie, o forse - ed è sintomatico - lascia volutamente cadere, questa “preziosa occasione” di chiarire il da farsi», in siffatte evenienze di casi analoghi a quelli già definiti a Strasburgo; peraltro, neppure richiamando «la di poco precedente sentenza n. 49/2015, in cui la Corte [...] svolge, a partire dall’istituto della confisca urbanistica, più articolate e complesse argomentazioni in relazione al rapporto tra Cedu e ordinamento interno».

⁴⁶ Sulla sostanziale inesistenza di un popolo europeo, cfr. [E.-W. BÖCKENFÖRDE](http://www.giurcost.com), *Il potere costituzionale del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, e D. GRIMM, *Una costituzione per l’Europa?*, entrambi in G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1996, rispettivamente 231 ss., e 339 ss., nonché P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1999, 3 ss.

⁴⁷ Sulla base d’indagini svolte tenendo conto di dati geografici, linguistici, economici, sociali e culturali, l’Osservatorio sul Turismo Procreativo opera un interessante distinguo tra diverse tipologie di turismo procreativo, giungendo ad individuare un turismo frontaliero, di massa, d’élite e di terza classe, come riportato da A. BORINI, *Turismo procreativo: il boom della fecondazione “esterologa”*, negli atti della Conferenza stampa su *Turismo procreativo: fotografia di una realtà*, svoltasi a Roma, il 2 maggio 2005, in www.osservatorioturismoprocreativo.it.

⁴⁸ È la «cittadinanza censitaria» di cui parla [S. RODOTÀ](http://www.giurcost.com), *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli Editore, 2006, 41, in analogia a quanto accadeva, in tempi lontani ed oscuri, allorché il diritto di voto era, per l’appunto, riconosciuto o meno in base al censo.

anche un'elusione delle regole statali, proprio quelle maggiormente identitarie sul piano assiologico⁴⁹.

Il fenomeno, invero, non è valutabile solo in termini economici, ma anche sul versante delle “forme”, vuoi degli Stati, vuoi dei territori.

In una situazione di massima mobilità quale quella attuale, infatti, il rapporto autorità-libertà che insiste su di un determinato territorio va ad interessare anche altri, in particolare se contigui; ancor più se la circolazione delle persone, in questi ambiti, è facilitata non solo dalla posizione geografica e dai mezzi di comunicazione, ma anche da una disciplina favorevole, nonché da un sistema omogeneo ed almeno parzialmente unitario sul piano istituzionale, economico, monetario e normativo (è il caso, evidentemente, dell'Unione europea). In questa seconda ipotesi, infatti, gli individui non cercano solamente di rivolgere a proprio favore la facilità degli spostamenti, per nutrire, piuttosto, l'idea di un rapporto autorità-libertà uguale in ogni parte dell'ambito territoriale (ultra-statale) interessato, almeno relativamente ai diritti avvertiti come fondamentali (idea traducibile, infine, nell'adozione di un significativo grado di omogeneità normativa su di essi).

Non solo «shopping giuridico»⁵⁰, dunque, ma anche un problematico rapporto tra uguaglianza nel godimento dei diritti e delle prerogative dei cittadini ed articolazione territoriale del potere⁵¹. Vi rimane compresa, ovviamente, anche la relazione tra la cittadinanza europea, che si aggiunge a quella nazionale, e l'articolazione dei poteri

⁴⁹ La sent. Corte cost. n. 162/2014, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, di cui alla legge n. 40/2004, anche quando sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, tiene conto, tra gli altri motivi, anche della disuguaglianza di trattamento delle coppie derivante dalla disciplina censurata, in ragione della loro diversa capacità economica. Al punto 13 del *Considerato in diritto*, leggiamo difatti: «La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, 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. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole». A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online*, 2014, 2, www.giurcost.it, osserva che si tratta di «un caso d'ingiustizia della legge, anche se derivante sostanzialmente da mere differenze di fatto»; si soffermano, su questo motivo della sentenza *de qua*, anche F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Ordine internaz. dir. umani*, 2014, www.rivistaoidu.net, 601, e P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forum Quad. cost.*, n. 3/2015, www.forumcostituzionale.it, 14, che lo considera «nulla più che l'espansione della disciplina più favorevole, predisposta per la fecondazione eterologa praticata all'estero, anche ai casi realizzati entro i nostri confini», dimodoché «la Corte ha così rispettato - anche su questo fronte - le coordinate adottate dal legislatore, superandone soltanto le più intime (e discriminanti) contraddizioni».

⁵⁰ Mutuando l'espressione a cui ricorre [S. RODOTÀ](http://www.giurcost.it), *ivi*, 58.

⁵¹ In questo senso procede la riflessione svolta da M. OLIVETTI, *Uguaglianza*, in M. FLORES D'ARCAIS - T. GROPPI - R. PISILLO (a cura di), *Dizionario dei diritti umani*, vol. IV, Torino, UTET, 2007, 9 ss., pur relativamente alle forme di Stato classiche, quali lo Stato federale e quello regionale, e non anche alla forma di Stato dell'Unione europea. A. D'ALOIA, *La Corte Suprema USA e il matrimonio "same-sex"*, in www.diritto24.ilsolo24ore.com, riguardo ad un caso in materia eticamente sensibile e con riferimento alla forma di Stato federale (quella degli Stati Uniti d'America, in specie, ma senza mancare di rilevarne la corrispondenza con il contesto europeo), osserva che «il potere degli Stati di decidere su questioni "sensibili" come quelle sulla famiglia e sul matrimonio continuerà a trovarsi in conflitto con i temi dell'eguaglianza, del diritto di sposarsi, con la stessa libertà di circolazione delle persone in tutto il territorio nazionale, altro pilastro del sistema federale, che potrebbe - secondo alcune interpretazioni - presupporre che chi si muove sul territorio nazionale possa farlo portando con sé i suoi diritti e libertà fondamentali protetti dalla legge dello Stato di "provenienza" (*profilo questo, che presenta una evidente assonanza anche con la situazione europea*)» (corsivo nostro).

dell'Unione sui territori dei suoi Stati membri, carica delle ambiguità che da sempre accompagnano la forma di Stato di questa *sui generis* organizzazione internazionale⁵².

D'altro canto, anche il «diritto *à la carte*»⁵³, quale possibilità di scelta del luogo ove soddisfare nella legalità i propri interessi, implica, inevitabilmente, il collegamento tra autorità di ciascuno Stato e libertà dei suoi cittadini, in quanto la prima, nel limitare la seconda in grado più o meno elevato, per questo solo fatto, entra in concorrenza con l'autorità di tutti gli altri Stati ed il livello di “contenimento” delle libertà civiche da ciascuno di essi prescelto⁵⁴. Anche questa, dunque, è storia di rapporti tra forma di Stato e territorio/i.

Ma è anche storia di cittadinanza/e, ove interseca forma di Stato e territorio, anche il concetto di cittadinanza nazionale muta, per virare verso un'idea «svincolata dall'appartenenza territoriale», che si fondi (*rectius*: si rifondi) «sul rispetto integrale della persona attraverso il riconoscimento a ciascuno di un nucleo duro di diritti che gli appartengono appunto come persona e che, quindi, devono essergli riconosciuti indipendentemente dalla nascita in questo o in quello Stato»⁵⁵.

È in ragione di siffatte dinamiche che la riflessione sull'apertura del nostro ordinamento alle norme ed alle sentenze del diritto internazionale (convenzionale, più precisamente, per quel che riguarda la diagnosi genetica preimpianto) gemma, contestualmente, sull'apertura dello stesso alle fonti di ordinamenti stranieri (nonché agli atti di autonomia privata), fino, almeno, al respingimento operato dall'“ordine pubblico”. Clausola, quest'ultima, nella quale ci piace rinvenire lo strumento di cui l'ordinamento giuridico si serve per reagire «alle questioni bioetiche più controverse diversamente regolate dagli Stati», quale limite capace di attivare «un principio di responsabilità *sui generis* finalizzato a preservare integrità e

⁵² Tema complesso ed annoso quello della forma di Stato dell'Unione europea, per il quale si rinvia, *ex plurimis*, al lavoro monografico di F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, Cedam, 2005, part. 75 ss., che si propone, infine, come un'«analisi delle forme del potere post-statale» (*ivi*, 12). M. VOLPI, *La distribuzione territoriale dei poteri: tipi di Stato e Unione europea*, in G. MORBIDELLI - L. PEGORARO - A. RINELLA - M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli Editore, 2016, V ed., 401, in particolare, qualifica quello dell'Unione europea «come un ordinamento federativo dotato di una struttura costituzionale propria e originale», dopo aver appurato la difficoltà d'inquadrare la natura giuridica dell'Unione nell'ambito delle «categorie tradizionali inquadrate dai giuristi per qualificare i processi di tipo federalistico» e quanto essa sia «accentuata» dal carattere «dinamico» del «fenomeno» in parola, che ne rende impossibile «prevedere gli sviluppi futuri».

⁵³ Altra espressione, equivalente a «shopping giuridico» (v. *supra*), adoperata da S. RODOTÀ, *op. cit.*, 58.

⁵⁴ Per meglio definire il concetto di concorrenza in questo contesto, possiamo dire, con S. RODOTÀ, *ivi*, 55, che «il soggetto si trova a poter disporre di un “patrimonio di diritti” che può spendere, esercitare in luoghi diversi, ricercando proprio quelli dove non esistono divieti o limitazioni che ostacolano le libere scelte delle persone. E proprio la possibilità di agire in una dimensione che si dilata, fino a coincidere con il mondo, rende problematiche molte limitazioni dell'autonomia dei soggetti, poiché ormai ogni restrizione nazionale è destinata a entrare sempre più in concorrenza con le discipline meno rigide offerte da altri paesi» (corsivo nostro).

⁵⁵ *Ivi*, 40. L'A. rinviene, nella Costituzione italiana - ed, in particolare, nell'«intreccio tra esistenza ed eguaglianza» in essa iscritto -, il fondamento della «nuova nozione di cittadinanza» che egli espone e «che ci porta al di là della storica dicotomia tra uomo e cittadino che compare nell'intestazione della più celebre dichiarazione dei diritti» (*ibidem*). Analoghe le riflessioni di L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 2000, 68, che si spinge, invero, fino alla «prospettiva di una cittadinanza universale», in «superamento dei vincoli giuridici e di fatto che, in contrasto con l'art. 2 della Dichiarazione del 1948 e con le stesse Costituzioni statali, condizionano illegittimamente non solo i diritti del cittadino ma anche i diritti della persona all'“origine nazionale” dei loro titolari espressa appunto dalla cittadinanza». Sul tema, cfr. anche ID., *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, n. 2/1998, riprodotto in ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, Editori Laterza, 2001, 5 ss.

coerenza assiologica dei principi sui quali si fonda»⁵⁶. Funzione, questa, che fa il paio con l'affermazione della Consulta (seppure in altro ambito materiale) di preminenza del patrimonio assiologico “nostrano” sul diritto convenzionale (testualmente, «il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»⁵⁷), intervenuta con un *arret* che sembra davvero *arrestare* la precedente sintonia, sul punto, tra il nostro Giudice costituzionale e quello convenzionale⁵⁸.

I percorsi, in effetti, non appaiono del tutto lineari, l'incedere è talvolta esitante e le decisioni sono frammentarie e diversificate. Rischiano di esserlo, in particolare, quelle dei giudici comuni, che, per loro natura, non possono che riguardare il caso di specie, sia nella valutazione delle sue caratteristiche – peraltro solamente quelle che si evidenzino nell'ambito processuale – sia negli effetti.

Così, in materia di diagnosi genetica preimpianto, mentre il Tribunale catanese, nel 2004⁵⁹, respingeva la richiesta avanzata da una coppia di coniugi, portatrice sana di beta-talassemia, nel senso di procedere all'impianto dei soli embrioni che, all'esito della tecnica diagnostica *de qua*, non presentassero patologie genetiche, già nel 2007, il Tribunale di Cagliari⁶⁰, adito da una coppia di coniugi portatori sani della stessa patologia, concludeva, all'opposto, per l'accoglimento della medesima domanda. Nello stesso anno, il Tribunale di Firenze⁶¹

⁵⁶ Così, F. ANGELINI, *La clausola dell'ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia bioetica: il caso della maternità surrogata*, in R. FATTIBENE, *La diagnosi*, cit., 238, nel riflettere sull'aspetto della bioetica che attiene al problematico rapporto fra progresso scientifico, commercializzazione delle sue applicazioni e tutela dei diritti fondamentali. L'A. ritiene che ne rimangano ridefiniti i termini dello stesso rapporto autorità-libertà all'interno dei singoli ordinamenti giuridici, nel modo e nella misura in cui ciascuno di essi aziona la clausola dell'ordine pubblico. Questa, nel porre un limite alla libertà contrattuale dei privati o al riconoscimento di atti provenienti da ordinamenti stranieri, ove contrari ai principi ed ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, svolge, infatti, una «funzione protettiva dei principi basilari dell'ordinamento» (*ivi*, 237). Tali considerazioni sono condotte dall'A. soprattutto attraverso l'esame di casi di maternità surrogata, poiché è su questa materia che il giudice interno è stato più volte adito, a fronte del rifiuto di trascrizione, nel registro dello stato civile italiano, di atti inerenti a nascite previste in contratti stipulati ed eseguiti all'estero; nonché di pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, a cui le coppie coinvolte in casi di maternità surrogata si sono rivolte, a seguito di decisioni del giudice nazionale che abbiano impedito la registrazione di un atto di nascita, per contrarietà con l'ordine pubblico.

⁵⁷ Dal punto 4 del *Considerato in diritto* della sentenza Corte cost. n. 49 del 2015.

⁵⁸ D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quad. cost.*, 2015, 400, si chiede «cosa rimanga», dopo la sentenza in parola e l'enfasi in essa usata dalla Consulta, della stagione inaugurata dalle cd. sentenze gemelle del 2007.

⁵⁹ Ordinanza del Tribunale di Catania del 3 maggio 2004, che, al punto 10, considerava non meritevole di tutela la volontà della coppia di avere un figlio «conforme ai propri desideri, sacrificando a questo obiettivo, per tentativi successivi, tutti i figli reali difforni che» fossero venuti «nel frattempo». A commento dell'ordinanza in parola, v. R. VILLANI, *Dal parlamento alle aule di giustizia: le nuove disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita al banco di prova del caso concreto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 415 ss., L. D'AVACK, *L'ordinanza di Catania: una decisione motivata attraverso una lettura testuale della l. n. 40 del 2004*, in *Dir. fam.*, 2005, 550 ss., M. OLIVETTI, *Decisione coerente, ma gli interessi vanno bilanciati*, in *Guida dir.*, 2004, 58 ss. È pur vero, però, che questa pronuncia era destinata a rimanere un *unicum* e che essa leggeva la disciplina posta dalla legge n. 40/2004 alla luce dell'*intentio legislatoris* (rintracciabile nei suoi primi articoli e ricostruibile attraverso gli atti preparatori ed i resoconti dei lavori parlamentari). In questo modo, infatti, secondo il giudice che l'ha emessa, era doveroso procedere rispetto ad una legge da poco entrata in vigore, quale appunto era, al tempo, la legge sulla procreazione medicalmente assistita.

⁶⁰ Sentenza del Tribunale di Cagliari del 22 settembre 2007, sulla quale v. A. GORGONI, *Il diritto alla diagnosi preimpianto dell'embrione*, in *Persona e Mercato*, 2008, www.personaemercato.it. Anni dopo, lo stesso giudice sarebbe tornato sul tema, ribadendo questa decisione, con ordinanza del Tribunale di Cagliari del 9 novembre 2012, sulla quale v. A. VALLINI, *La diagnosi preimpianto è un diritto*, in *Il Corriere del merito*, 2013, 429 ss.

⁶¹ Ordinanza del Tribunale di Firenze del 17 dicembre 2007, sulla quale v. G. BALDINI, *Procreazione assistita: legittimità della diagnosi preimpianto e crioconservazione*, in www.altalex.it.

riteneva «non solo» che la legge non prevedesse un divieto di diagnosi preimpianto, ma che «addirittura» lo sottintendesse; nel 2009, invece, il Tribunale di Bologna⁶² si pronunciava «alla luce della sentenza», nel frattempo «resa dalla Corte Costituzionale», del 1° aprile 2009, n. 151, ed aderendo «pienamente all'orientamento giurisprudenziale che, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge n. 40/2004, riconosce[va] il diritto di ottenere la diagnosi preimpianto sull'embrione»: in base a ciò, il giudice ammetteva a quest'indagine diagnostica una coppia in accertato stato d'infertilità *sine causa* ed affetta da patologia irreversibile ed incurabile, trasmissibile geneticamente, al fine di procedere all'impianto dei soli «embrioni creati» che non presentassero la specifica patologia di cui essa era portatrice. Infine, nel 2010, il Tribunale di Salerno⁶³ riconosceva, per la prima volta, ad una coppia non infertile o sterile la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita, preceduta da diagnosi genetica preimpianto, per il trasferimento in utero dei soli embrioni sani.

Non è mancato, invero, neppure l'intervento della giustizia amministrativa, nella specie del TAR Lazio, che, nel 2008⁶⁴, annullava, in quanto illegittima per eccesso di potere, la previsione delle «Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita»⁶⁵ per la quale «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale»⁶⁶.

Ed anche quando il Giudice delle leggi ha ritenuto di dover intervenire nel merito della questione – il che non è accaduto da subito⁶⁷ – si è aperta «una prospettiva» che non è parsa

⁶² Ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009, su cui cfr. G. BALDINI, *Legittima la diagnosi pre-impianto sull'embrione a rischio*, 7 settembre 2009, in www.altalex.com.

⁶³ Ordinanza del Tribunale di Salerno del 9 gennaio 2010, sulla quale cfr. C. TRIPODINA, *Sul come scansare le briglie delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in *Costituzionalismo.it*, 2010, www.costituzionalismo.it.

⁶⁴ Sentenza del TAR del Lazio del 21 gennaio 2008.

⁶⁵ Contenute nel decreto del Ministero della Salute del 21 luglio 2004.

⁶⁶ Disposizione contenuta nel Capo relativo alle «Misure di Tutela dell'embrione. Sperimentazione sugli embrioni umani (Articolo 13, Legge 40/2004)» delle «Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita». L'art. 13, co. 2, della legge n. 40/2004, in applicazione del quale questa disposizione delle Linee guida è posta, contempla, però, una disposizione parzialmente diversa, in relazione alle finalità delle indagini. Esso, infatti, prevede che «La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano *finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche* ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative» (corsivo nostro). Ebbene, il Collegio ha ritenuto che, «per quanto riguarda l'ambito oggettivo di delimitazione della disciplina della procreazione medicalmente assistita, il potere relativo non possa che competere al legislatore, con la conseguenza che se quest'ultimo, nella sua ampia discrezionalità politica ha stabilito di consentire interventi diagnostici sull'embrione per le finalità prima espresse» (quelle terapeutiche e diagnostiche previste dall'art. 13, co. 2, della l. n. 40/2004), tali interventi, dunque, «non possono essere limitati» ad indagini di sola osservazione, «nel senso prospettato nella norma delle Linee Guida». Queste sono, infatti, «atto amministrativo di natura regolamentare», con le quali, per riconoscimento dell'art. 7 della stessa l. n. 40/2004, l'«Autorità amministrativa, ministeriale», esercita «il potere di adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale e non quello di intervenire, positivamente, sull'oggetto della procreazione medicalmente assistita che rimane consegnata alla legge» (dal *Ritenuto in diritto* della sent. TAR Lazio, 21 gennaio 2008).

⁶⁷ Se il Tribunale di Cagliari, con l'ordinanza del 16 luglio 2005, in relazione agli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. n. 40/2004, «nella parte in cui fa divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie», la Corte costituzionale, con ordinanza del 24 ottobre 2006, n. 369, la dichiarava manifestamente inammissibile, senza entrare nel merito (sulla citata ordinanza del Tribunale di Cagliari, cfr. G. BALDINI, *Il caso Cagliari: aperta la prima breccia alla legge 2004 n.40, sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 792 ss., mentre, su quella della Consulta, v. A. CELOTTO, *La Corte costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, 3846 ss.)

«destinata ad esaurirsi al singolo intervento, proprio per le ragioni “generali” di critica nei confronti della legge»⁶⁸; in effetti, soltanto per “tessere” si sarebbe provveduto a smantellare il mosaico della l. n. 40/2004 ed in un arco temporale alquanto significativo⁶⁹.

Frammentarietà e diversificazione, dunque – si diceva –, ed incertezza del diritto – ora si aggiunge –; ma questo stato è il precipitato, forse inevitabile, non solo di una difficoltà nostrana di rapporti con le Corti ultrastatali ed, ancor prima, tra i giudici interni, nonché tra la sfera giudiziaria e quella legislativa, ma anche di una problematicità globale ed epocale. Il momento storico è quanto mai complesso, precaria la convivenza pacifica e funambolica l’arte di mantenere l’ordinamento nazionale (ogni ordinamento nazionale, dell’Europa, in particolar modo) in equilibrio tra dimensioni identitarie diverse, talvolta divergenti⁷⁰.

È chiara, allora, la «scarsissima efficacia», nella materia di cui si sta trattando, «di uno studio che si limiti alla dimensione nazionale»⁷¹ e la particolare valenza che, di contro, assumono la conoscenza del diritto straniero e la comparazione giuridica⁷², nonché la circolazione dei modelli quale «approccio più moderno»⁷³ a quest’ultima. È un incedere che la stessa «natura transnazionale della rivoluzione bioetica e biotecnologica»⁷⁴ reclama. Alla circolazione delle persone e dei saperi (in particolare di quelli scientifici, che non conoscono barriere geografiche od ordinamentali) si correla, dunque, quella dei modelli giuridici: essa corre lungo il cd. dialogo tra le Corti, a voler intendere non solo il circuito che s’instaura tra quelle costituzionali, ma anche tra queste e le due Corti europee, nonché i rapporti, sempre più

⁶⁸ A. D’ALOIA - P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C. M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *op. cit.*, 2010, 1359.

⁶⁹ Che va dalla sent. Corte cost. n. 151/2009 [sulla quale, v., *ex plurimis*, L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giur. it.*, 2009, 281 ss.], che caducava i limiti al numero di embrioni da impiantare in utero, alla sent. Corte cost. n. 162/2014 [su cui v., *ex plurimis*, A. MORRONE, *op. cit.*, 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)*, entrambi in *Consulta Online*, 2014, www.giurcost.org, entrambi 1 ss.], che censurava il divieto di fecondazione eterologa, fino alla sent. Corte cost. n. 96/2015 [su cui v., *ex plurimis*, E. MALFATTI, [La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non “scontata” né \(del tutto\) condivisibile](http://www.giurcost.org), in *Consulta Online*, 2015, www.giurcost.org, 533 ss., e A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 1 ss.], con la quale, infine, la Consulta censurava i limiti di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie non sterili o infertili, che siano portatrici sane di patologie genetiche trasmissibili.

⁷⁰ È stato giustamente osservato da C. CAMPIGLIO - F. MOSCONI, voce, *Diritto internazionale privato*, *Treccani, la cultura italiana. Diritto*, in www.treccani.it, che «il nostro ordinamento giuridico si trova in una situazione assai delicata, dovendosi confrontare per un verso con le legislazioni di altri Stati, soprattutto europei, fortemente impregnate di concezioni individualistiche che accolgono soluzioni innovative in materia di famiglia (unioni non matrimoniali registrate, matrimoni omosessuali, filiazione assistita e surrogata); per altro verso, con il diritto di Stati che risentono dell’influenza della religione islamica o addirittura fanno proprio il diritto islamico in materia di famiglia ed accolgono soluzioni quali la limitazione della capacità matrimoniale della donna, la poligamia e il ripudio».

⁷¹ C. CASONATO, *Introduzione*, cit., 4.

⁷² Al diritto straniero ed alla comparazione, in materia di diagnosi genetica preimpianto, sono dedicati i saggi di A. EMALDI CIRIÒN, *op. cit.*, 277 ss., che insiste propriamente sull’ordinamento spagnolo, ma accede anche ad un’indagine comparatistica, e di S. PENASA, *Modelli*, cit., 297 ss., che coinvolge, nella sua analisi comparata, ordinamenti giuridici del contesto europeo appartenenti a famiglie giuridiche diverse (di *civil e common law*), in particolare gli ordinamenti della Spagna, della Germania, della Francia e del Regno Unito.

⁷³ P. GIUGGIOLI, *Appunti dalle lezioni di Diritto Comparato*, in www.docenti.unina.it, 2. L’A. reputa «lo sviluppo del metodo giuscomparatistico [...] una diretta conseguenza del crescente sviluppo degli scambi e dei rapporti internazionali, in definitiva dell’accelerazione della storia sotto ogni profilo (anche grazie ai progressi tecnologici, che hanno fatto crescere i viaggi da un Paese all’altro)»; vi è correlata, dunque, l’accelerazione della circolazione dei modelli, in seguito all’uniformazione delle culture e dei modi di vita» (*ivi*, 3).

⁷⁴ C. CASONATO, *Introduzione*, cit., 4.

frequenti e rispondenti, che sia il Giudice dell'Unione europea sia il Giudice della Convenzione, a loro volta, intessono con le giurisdizioni nazionali dei vari Stati d'Europa⁷⁵.

La diagnosi genetica preimpianto e la sua regolamentazione sono state sicuramente al centro di questi “plurimi circuiti”, come, d'altro canto, già accaduto per tanti casi e normative afferenti alla materia biogiuridica, col risultato di reciproci condizionamenti e di sostanziale evoluzione⁷⁶.

Tra le funzioni della comparazione – tutte attivate dalle materie biogiuridiche, da quella primaria della conoscenza a quella di armonizzazione e di unificazione di normative⁷⁷, compreso il processo di uniformizzazione giuridica dell'(attuale) Unione europea⁷⁸ –, la diagnosi genetica preimpianto rimane interessata soprattutto da quella di ausilio all'elaborazione della normativa, che si attua attraverso la conoscenza critica di modelli e scelte adottate in altri ordinamenti. Appare manifesta la preziosità di siffatto contributo per la rielaborazione, non ulteriormente rinviabile, della disciplina della materia *de qua*⁷⁹: basti

⁷⁵ Si ricorda, a riguardo, come la prossima entrata in vigore del Protocollo n. 16 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, prevedendo la possibilità di «presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli», realizzerà questa *liason* tra giudici europei e giudici nazionali anche sul versante convenzionale, pur limitatamente alle «più alte giurisdizioni» delle Alte Parti contraenti. Questa innovazione, infatti, attribuisce alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo una funzione «di “nomofilachia” *preventiva*», attraverso pareri che acquisiranno, con elevata probabilità, «un'efficacia potenzialmente *erga omnes*», come prevede P. DE SENA, *Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli Editore, 2015, 13. La novità in parola non è affatto di poco conto; sembra corretto affermare, anzi, che, «se il *Protocollo del dialogo*», come significativamente lo appella G. ASTA, *Il protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *Com. internaz.*, 2013, 790, «dovesse trovare un positivo accoglimento tra gli Stati europei, esso potrebbe fungere da chiave di volta dell'intero sistema europeo di tutela dei diritti umani, e la Corte di Strasburgo potrebbe vedere ulteriormente rafforzati i suoi tratti “costituzionali”» (*ibidem*). Come già segnalato *retro*, riguardo al Protocollo n. 15, è possibile verificare lo stato dei Trattati del Consiglio d'Europa a partire dalla lista di cui all'indirizzo web www.coe.int/it/web/conventions/full-list.

⁷⁶ Sia consentito rinviare a R. FATTIBENE, M. P. IADICICCO, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in R. PRODOMO (a cura di), *La nascita. I mille volti di un'idea*, Torino, Giappichelli Editore, 2006, 244 ss., part. 228-230, per considerazioni su di un'altra questione biogiuridica che, già in tempi alquanto risalenti, aveva attivato il circuito Corte costituzionale italiana/altra Corti costituzionali europee e stimolato l'appello a Carte ed organismi internazionali. Le argomentazioni addotte dal nostro Giudice delle leggi a supporto di una sua decisione - sulla questione, spinosissima, dell'interruzione volontaria della gravidanza - ne rimasero senz'altro influenzate.

⁷⁷ Per le funzioni della comparazione nel diritto costituzionale, v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, Torino, 2014, IX ed., 16 ss.

⁷⁸ Per la funzione del diritto comparato nel processo di uniformizzazione giuridica nell'ambito del diritto comunitario e, più ampiamente, nell'elaborazione di un «“diritto comune” sovranazionale europeo», v. A. REPOSO, *Diritto comparato, diritto comunitario e diritto internazionale-transnazionale*, in G. MORBIDELLI - L. PEGORARO - A. REPOSO - M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, IV ed., 21 ss.

⁷⁹ Ben se ne avvede S. PENASA, *Modelli*, cit., 300, 301, che, col suo contributo, «*sintende in un certo senso agevolare il compito del legislatore*, attraverso un'analisi comparata della disciplina della diagnosi genetica preimpianto in una serie di ordinamenti nazionali, i quali», in ragione delle loro caratteristiche, «possono essere considerati come paradigmatici in termini di modelli concretamente adottabili in materia, anche alla luce della loro evoluzione legislativa e giurisprudenziale. Attraverso l'analisi comparata», precisa l'A., «si vuole individuare una serie di contenuti normativi che caratterizzano le legislazioni nazionali in materia, ipotizzandone un *eventuale utilizzo anche da parte del legislatore italiano in sede di riforma della legge 40*» (corsivi nostri). Tra le funzioni pratiche della comparazione, anche L. PEGORARO - A. RINELLA, *Introduzione metodologica* a G. MORBIDELLI, L. PEGORARO - A. RINELLA - M. VOLPI, *op. cit.*, 23, annoverano la «funzione di ausilio per la redazione di atti normativi»; a supporto, gli AA. registrano che «presso tutte le Assemblee parlamentari esistono uffici specializzati nello studio dei diritti stranieri, e molti progetti di legge vengono redatti tenendo da conto le esperienze maturate altrove».

porre mente ai ritardi ed alle difficoltà in cui è incorso il nostro legislatore ed agli incisivi interventi della giurisprudenza sul pur tardivo ed anelastico prodotto normativo del 2004 (soprattutto riguardo alla diagnosi genetica preimpianto e correlate questioni), per avvedersene.

Purtuttavia, se è vero che il momento è stringente, va anche considerato che «la pressione del contingente potrebbe influire molto sul livello di approfondimento cui sottomettere la materia», impedendo d'inquadrare il problema (e la sua soluzione) «nel contesto ordinamentale e culturale più ampio a cui esso appartiene»: in tali condizioni, nulla è «più pericoloso del richiamo al diritto straniero per sostenere ipotesi di riforma nell'ordinamento di riferimento»⁸⁰. Tanto più su tematiche – quale quella della diagnosi genetica e, com'essa, tutte le questioni biogiuriche – che evocano valori, identità, culture, sentimenti religiosi, convincimenti etici e morali, i quali, da Stato a Stato, possono conformare, nel loro complesso, “atmosfera” anche molto diverse. Esse vanno considerate attentamente nel valutare l'opportunità del “travaso” o dell'adattamento di un modello ovvero di un contenuto normativo da un ordinamento all'altro, onde evitarne il rigetto. Soprattutto, va tenuta “ferma la barra” sulla nostra Carta fondamentale, la sua storia e la sua evoluzione interpretativa, onde impedire che, nel tentativo di porre fine alla *fuga dalla legislazione*⁸¹, si possa provocare una ben più grave *fuga dalla Costituzione*.

Su questi temi, in effetti, si gioca molta parte del patrimonio costituzionale e della tenuta assiologica dell'ordinamento, impegnando, a riguardo, una gravosa responsabilità non solo verso la generazione presente e le generazioni future, ma anche verso *la* generazione futura, ad intendere la “generazione umana”, la nostra stessa specie nella sua prossima e meno prossima evoluzione.

La selezione che consegue agli esiti della diagnosi genetica preimpianto (oramai del tutto coincidente con il motivo per cui si esegue quest'esame ed, anzi, in molti casi, con la ragione del ricorso alla stessa procreazione medicalmente assistita) è portatrice di buona parte di tale responsabilità, essendo finalizzata a realizzare la nascita d'individui non affetti da determinate patologie (allo stato, alcune gravi e diagnosticate malattie ereditarie). Nel mentre ne dibattiamo, però, altri progressi incalzano e sopravanzano le riflessioni che andiamo facendo, mettendo in campo decisioni che investono il genere umano. Basti pensare – per fermarsi soltanto ad alcune delle pratiche già ampiamente messe in atto – alla donazione del mitocondrio⁸² o anche all'ibernazione, che apre addirittura alla possibilità che

⁸⁰ L. VIOLINI (a cura di), *Tem e problemi di diritto pubblico comparato*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2014, 5. L'A., in questa trattazione di diritto pubblico comparato, ha ritenuto di accogliere, tra l'altro, casi e riflessioni di biodiritto, quali la regolamentazione dell'aborto ed il diritto a non nascere; dal suo canto, Carlo Casonato, nel volume *Introduzione*, cit., ha affrontato la materia, dichiaratamente, con metodo e taglio propri del diritto costituzionale comparato (*ivi*, 2-4). Queste scelte prospettiche sono testimonianza dello stretto intreccio tra la scienza comparatistica ed il biodiritto, dimodoché ciascuna delle due discipline, per un'efficace perseguimento delle sue finalità, non può mai interamente privarsi del contributo dell'altra.

⁸¹ C. CASONATO, *Evidence*, cit., 189.

⁸² Com'è oramai noto, la donazione del mitocondrio consente di sostituire, nell'ambito di una procedura di procreazione medicalmente assistita, il DNA mitocondriale di una donna sana a quello di una donna portatrice di una malattia genetica trasmissibile, nell'ovulo fornito da questa. Con questa manipolazione s'incide sulla linea germinale: si apportano, cioè, mutamenti che riguardano non solo l'embrione oggetto delle cure, ma tutta la sua eventuale, ventura

individui della generazione attuale diventino, un giorno, dopo l'auspicato risveglio, membri di quella futura⁸³.

Siamo veramente pronti a processare fenomeni tanto lontani dalla nostra concezione dell'uomo, dalla concezione che la nostra generazione ha maturato? Forse, come ogni popolo ha diritto alla propria costituzione⁸⁴, similmente, ogni generazione ha diritto alla propria idea di umanità, al proprio atto di autocomprensione, quale capacità di determinazione delle caratteristiche della specie di appartenenza. La nostra è una *generazione di mezzo*, del passaggio da una concezione ad un'altra di umanità, e le nostre incertezze ed i nostri errori – come medico, scienziato, figlio, genitore, (bio)eticista, (bio)giurista, giudice e legislatore – si spiegano, in fondo, tutte con questa ragione.

E ad una generazione di mezzo non può che spettare un *compito di mezzo*, consistente, essenzialmente, nell'agevolare il passaggio, conducendolo con precauzione (intesa anche come principio⁸⁵), nell'attesa della “rifondazione del *bios*” – anche giuridica – da parte di quella generazione che ne sarà pienamente capace, investita e legittimata dal tempo della sua esistenza. Piuttosto, il corretto viatico a questo (ben probabile) radicale rinnovamento dovrebbe essere, fin d'ora, l'evitamento di ogni ipocrisia, terminologica, concettuale e giuridico-istituzionale⁸⁶. Ne va, altrimenti, della buona riuscita del confronto, nei termini e nei modi che la partecipazione ed il pluralismo democratici consentono e richiedono. Il dialogo tra scienza, etica e diritto, già difficile per molteplici e talvolta risalenti ragioni⁸⁷, oltre che per la inevitabile diversità dei linguaggi e delle codificazioni, si perderà, altrimenti,

discendenza. Inoltre, il materiale genetico del nato, attraverso questa tecnica, proverrà da tre persone, anziché dai soli due genitori. È di tutta evidenza la particolarità e la potenziale pericolosità della descritta manipolazione genetica, consistente nella sua «finalità propriamente eugenetica», come non manca di rilevare C. CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, 2004, 848. Ancora accesa ed aperta è, però, la riflessione etica e giuridica a riguardo: sull'argomento, v. S. A. M. MCLEAN, *Mitochondrial Dna Transfer. Some Reflections From The United Kingdom*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2015, www.biodiritto.org, 81 ss., e C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (a cura di), *Biotecnologie e diritto. Quaderni del dottorato fiorentino in Scienze giuridiche*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2016, 39, il quale assume la «draft deregulation britannica» sulla donazione del mitocondrio, risalente al 2015, ad «esempio di apertura del processo legislativo a dimensioni scientifiche e complessivamente umanistiche».

⁸³ Nonostante le difficoltà nel ricostruire statistiche ufficiali, sembra possa dirsi, come fa S. COSIMI, *Ibernazione sogno di vita eterna. Ma per adesso è solo fantascienza*, 18 novembre 2016, in www.repubblica.it, che, nel mondo, il numero dei corpi crioconservati si aggira sui trecento. V. anche, sul caso di recente alla ribalta delle “cronache biogiuridiche”, E. FRANCESCHINI, *Gb, giudici ordinano ibernazione post mortem di una 14enne*, 18 novembre 2016, in www.repubblica.it.

⁸⁴ Ricordando la nota formulazione dell'art. 28 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789.

⁸⁵ Sul quale cfr. L. PALAZZANI, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Torino, 2015, 59, C. CARICASOLE, *Il principio di precauzione nell'ordinamento giuridico nazionale e comunitario. Il caso degli organismi geneticamente modificati*, 28 febbraio 2015, in www.ildirittoamministrativo.it, cap. I, 6, e COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA - PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, Roma, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 2004, 19.

⁸⁶ Ben consapevole della conflittualità che, nel dibattito biogiuridico, può derivare dall'uso improprio di alcuni termini o dal fraintendimento su di essi, ma, al contempo, conscio della necessità di non evitarli allorché la verità e l'efficacia della comunicazione li richieda, sembra essere C. CASONATO, *Diritto*, cit., 841, che, in uno dei suoi scritti di biodiritto, così si propone al lettore: «Tenterò di trattare dell'eugenetica in termini neutri, intendendola, in senso molto ampio, come lo studio e la pratica avente come fine il miglioramento delle condizioni di vita dell'uomo per mezzo di interventi di selezione e modifica del patrimonio genetico. E cercherò di evitare ogni pre-giudizio di disapprovazione morale che pure il termine si porta con sé a ragione del suo impiego a partire dai primi anni del ventesimo secolo». Sull'incidenza del dibattito eugenetico, in particolare, sulla concezione e sulla regolamentazione dei test pre-natali, cfr., R. PRODOMO, *La contesa*, cit., 39 ss.

⁸⁷ Già richiamate *supra*, nel testo, e, *retro*, nota n. 14.

nell'aggravio d'incomprensione dovuto alla scelta di parole e significati non del tutto o affatto corrispondenti.

Quella *Torre di Babele* che da sempre è simbolo dell'anelito dell'uomo all'autosufficienza⁸⁸, in questa nostra era si specifica come "innalzamento" fino alla conformazione di una specie non più dolente ed imperfetta nel corpo, sempre più longeva, forsanche più felice, così "determinata" fin dalla nascita, grazie alle conquiste della scienza della vita e della salute. Anche la costruzione di questa Torre rischia, però, di arrestarsi per la confusione dei linguaggi, compreso quello giuridico.

La pressoché indiscussa lungimiranza dei Costituenti e la terminologia con cui essi si sono espressi tenderanno presto la corda dinanzi ad eventi così innovativi ed imprevisi che rimettono in discussione il concetto di umanità. L'assoluta novità delle questioni, se non sussumibile in altrettanto nuove ed adeguate prescrizioni (e correlata terminologia), potrebbe indurre a delle improvvise estenuazioni delle formulazioni normative esistenti, tali da "tradire" la Carta, senza peraltro raggiungere lo scopo. Con l'aggravio – le vicende della diagnosi genetica preimpianto e, più ampiamente, della procreazione medicalmente assistita *docent* – di rimettere, di fatto, la decisione in mani non propriamente (o null'affatto) politiche, mentre è all'ampia partecipazione dei cittadini e delle loro rappresentanze che così epocali determinazioni spettano.

È forte, invero, il timore (e la percezione) di essersi incamminati lungo un piano inclinato. Perché, «anche quando si pongono alla tecnica limiti e controlli, se ne accetta nello stesso momento l'intrinseca logica, che essendo infinitamente espansiva, finirà prima o poi per travolgere ogni tentativo di disciplina e contenimento»; sicché, se la Costituzione è «narrazione» – «una grande e fondamentale narrazione legittimante la convivenza sociale» –, essa rischia di trasmutarsi in «favola nell'età della tecnica»⁸⁹. Si corre il pericolo, altrimenti detto, che il modello di Costituzione, segnato nella Prima Parte dai principi (presenti in tutte le Costituzioni moderne), faccia solamente da fondale, dai colori pallidi e non performanti, mentre, sul proscenio, bisogni e pretese individuali recitano a voce stentorea i loro fatti ed antefatti. Giungeranno a rappresentarsi, infine, in veste di diritti: l'auspicio è che siano, per quel tempo, ottimamente armonizzati con la "scenografia costituzionale", magari rinnovata ed adeguata e non solo diversamente narrata.

⁸⁸ Della Torre di Babele, M. RECALCATI, *La Torre di Babele simbolo eterno dell'antipolitica*, 12 giugno 2006, in *la Repubblica.it*, www.repubblica.it, dice che, costruirla, per i babelici, è «un modo per generarsi da sé inseguendo un miraggio di autosufficienza. Si tratta di una hybris che viola ogni processo di filiazione» (corsivo nostro).

⁸⁹ Così G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Bari, Editori Laterza, 2000, 258, che ravvisa la «favola» nella riduzione delle costituzioni a «generali regole procedurali e organizzative, essenzialmente funzionali al dispiegarsi della tecnica e delle sue necessità». Questo "scadimento" della costituzione-«narrazione legittimante» dipende, secondo la lettura fornitane dall'A., dal fatto che, nel tempo in cui stiamo vivendo, «l'unica fondamentale è la necessaria potenza della tecnica, in quanto l'unica in grado di garantire agli uomini la sopravvivenza e la migliore convivenza possibile». A questo stato di cose, le (tradizionali) costituzioni, dunque, nulla sono in grado di opporre, «alcuna propria fondamentale, alcun proprio immutabile valore o scopo, perché nessuna di esse, in definitiva, è in grado di garantire agli uomini il benessere e la salvezza» (*ibidem*). Sembra opportuno precisare che l'A. riferisce queste riflessioni ad un concetto ampio e pervasivo di "tecnica", sebbene ne registri una maggiore penetrazione in quattro settori, tra i quali la biologia, sotto forma di «scienza della biotecnologia», che chiaramente comprende il nostro argomento (*ivi*, 249 ss.); per «età della tecnica», invece, l'A. intende, corrispondentemente, il «dominio degli apparati scientifici e tecnologici sulla massa degli uomini» (*ivi*, 246 ss.).

