



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 2 | 2015  
I DIRITTI DEI DETENUTI

## Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica

di CHIARA TRIPODINA

# Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica

di CHIARA TRIPODINA

*Professore associato di Diritto costituzionale – Università degli Studi del Piemonte Orientale*

## Abstract

L'Autrice commenta la sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015, che ha dichiarato incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche, contenuto nella legge 40/2004. La sentenza si apprezza particolarmente per “le parole non dette”: per avere cioè fondato il giudizio di illegittimità sulla sola violazione del diritto alla salute della donna, ex articolo 32 della Costituzione, e non su un inesistente (almeno nell'ordinamento giuridico italiano) “diritto al figlio sano”.

The Author comments on the ruling of the Constitutional Court n. 96 of 2015, which declared unconstitutional the prohibition of access to assisted reproduction and preimplantation diagnosis for fertile couples suffering from genetic diseases, contained in Law 40/2004. The ruling is particularly appreciable for "the unspoken words": for having based the judgement of unlawfulness only on the violation of the right to health of women, in accordance with Article 32 of the Constitution, and not on a non-existent (at least in the Italian legal system) "right to healthy child".

1. L'ultima irragionevolezza della legge 40 del 2004 è caduta.

Forse la più palese. La prima contro la quale ci si mosse all'indomani della sua approvazione – con referendum<sup>[1]</sup> e con questione di legittimità costituzionale<sup>[2]</sup> –, benché allora senza successo.

Ora, con la decisione della Corte costituzionale 96 del 2015, il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche è venuto meno.

2. Tale divieto non era espressamente previsto dalla legge, ma si desumeva *a contrario* dalla chiara lettera della stessa, che in reiterati passaggi – quelli ora dichiarati incostituzionali – prevedeva la possibilità del ricorso alla procreazione medicalmente assistita esclusivamente «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità» (art. 1.1.); solo «qualora non vi [fossero] altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» (art. 1.2.); e in ogni caso solo limitatamente «ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico, nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico» (art. 4.1).

Alla luce di questo «univoco e non superabile tenore letterale della prescrizione», la Corte costituzionale – come prima il giudice rimettente – ha opportunamente ritenuto impossibile «un'esegesi correttiva delle disposizioni censurate, in senso estensivo dell'accesso alle tecniche di pma, anche in favore delle coppie ricorrenti»<sup>[3]</sup>, ed è pertanto entrata nel merito del questione di legittimità costituzionale<sup>[4]</sup>.

3. Prima della legge 40, la fecondazione artificiale e la diagnosi preimpianto erano ampiamente praticate “a fini preventivi” dalle coppie ad alto rischio genetico, ma l’entrata in vigore della legge aveva precluso questa possibilità, lasciando aperta solo la strada della diagnosi prenatale in corso di gravidanza e dell’aborto terapeutico in caso di anomalia del feto.

Questa situazione dava origine - con le parole della Corte - a una «palese antinomia normativa» all’interno dell’ordinamento giuridico: esso prevedeva, infatti, da un lato, un «indiscriminato divieto [...] all’accesso alla pma, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni»; dall’altro, consentiva comunque a tali coppie «di perseguire l’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali» *ex lege* 194/1978[5]. Non era, dunque, consentito «(pur essendo scientificamente possibile) di fare acquisire “prima” alla donna una informazione che le [avrebbe permesso] di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute»[6].

Con un’evidente irragionevolezza nel bilanciamento tra diritti configgenti: per tutelare in modo totale e assoluto l’embrione, si trascurava completamente «il rispetto del diritto alla salute della donna»[7], esponendola all’esperienza devastante, tanto sotto il profilo psicologico che fisico, dell’aborto, anche reiterato[8].

Senza che, per altro, il *vulnus* arrecato al diritto alla salute della donna potesse «trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro», comunque «esposto all’aborto»[9]. E qui sta l’altro evidente profilo di irragionevolezza (strumentale) della legge, laddove il mezzo che essa predispone (divieto di diagnosi preimpianto) non è funzionale al raggiungimento del fine che si propone (tutela del concepito), facendo essa stessa salvo «quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194» (art. 14, commi 1 e 4). Con l’esito paradossale di vietare tra le due - diagnosi preimpianto dell’embrione con esito eventuale la crioconservazione o diagnosi prenatale del feto con esito eventuale l’aborto - la pratica che impatta sulla vita

del concepito nello stadio di sviluppo più remoto e nel modo più attenuato, lasciando invece consentita l'altra.

La Corte giudica l'illegittimità costituzionale della legge sotto questo profilo (artt. 3 e 32 Cost.) - cattivo bilanciamento degli interessi, per eccessiva lesione del diritto alla salute della donna e non funzionalità del divieto rispetto allo scopo – talmente forte ed evidente, da ritenerla «assorbente di ogni altra censura»<sup>[10]</sup>.

4. Resta quindi assorbito il profilo sollevato dal giudice *a quo*<sup>[11]</sup> della irragionevolezza (soggettiva) della legge, per essere l'accesso alla diagnosi preimpianto concesso o negato a seconda delle “condizioni personali” degli aspiranti genitori. Anche prima della sentenza della Corte costituzionale, infatti, la diagnosi preimpianto non era vietata *in toto*, ma era consentita (anzi garantita a spese del servizio sanitario nazionale), da un lato, alle coppie sterili o infertili che avessero legittimamente accesso alla procreazione medicalmente assistita, per consentire loro di conoscere lo stato di salute dell'embrione ed eventualmente rifiutarne l'impianto<sup>[12]</sup>; dall'altro, alle coppie fertili di cui l'uomo fosse affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili, al fine di evitare il contagio della compagna e dell'embrione stesso<sup>[13]</sup>. Ne poteva risultare, pertanto, una discriminazione irragionevole sia nel raffronto tra fertili *vs* sterili o infertili; sia nel raffronto tra fertili portatori di malattia genetica *vs* fertili portatori di malattia virale sessualmente trasmissibile.

Ma, sul terreno instabile e scivoloso dell'irragionevolezza intersoggettiva - giacché che cosa sia “ragionevolmente uguale” e cosa “ragionevolmente diverso” è giudizio sempre altamente opinabile -, la Corte ritiene preferibile non addentrarsi, e comunque non necessario.

5. Come pure preferisce non inoltrarsi sul parimenti insidioso terreno dell'individuazione di un nuovo “diritto al figlio sano”. E ciò sebbene il giudice rimettente lo invocasse espressamente, denunciando, da un lato, la lesione dell'articolo 2 della Costituzione con riguardo al «diritto inviolabile della coppia ad avere un figlio sano»<sup>[14]</sup>; dall'altro, la violazione dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, in relazione agli articoli 8 e 14 della Cedu, per come interpretati dalla Corte Edu nella causa *Costa e Pavan vs Italia*, decisa con

sentenza 28 agosto 2012, con la quale la corte di Strasburgo aveva giudicato la legge 40 lesiva del diritto al rispetto della vita privata e familiare sotto il particolare profilo del «diritto dei genitori a mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori sani»[15].

La sentenza in commento non parla mai - nemmeno in tralice - della esistenza di un tale diritto. Al più constata come il nostro ordinamento «consenta» a coppie portatrici di malattie genetiche «di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici», attraverso la «modalità della interruzione volontaria di gravidanze naturali».

“Consente di perseguire un obiettivo ritenuto non illegittimo” suona assai diverso da “riconosce il diritto inviolabile”.

Il nostro ordinamento non riconosce, infatti – né a livello legislativo, né giurisprudenziale, né, e meno che mai, costituzionale -, un «diritto al figlio sano»[16]. La condizione che esso pone per consentire l'interruzione di gravidanza di un feto malato non è la malattia del feto, bensì sempre l'accertata necessità di tutelare la salute fisica o psichica della donna che il feto reca in grembo.

La tutela della vita umana sin dal suo inizio non è, d'altra parte, certo un'invenzione della legge 40 del 2004, bensì un'acquisizione consolidata nel nostro ordinamento giuridico. La Corte costituzionale stessa, sin dalla storica sentenza 27 del 1975 sull'aborto, ha riconosciuto in modo inequivoco il fondamento costituzionale della tutela del concepito, rinvenendolo nel combinato disposto degli articoli 31 e 2 della Costituzione: «l'articolo 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la “protezione della maternità” e, più in generale, l'articolo 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito»[17].

Ma come la Corte costituzionale è stata esplicita nel riconoscere il fondamento costituzionale della tutela del concepito, lo è stata altrettanto – sempre nella sentenza 27 del 1975 – nell'affermare che tale riconoscimento va accompagnato dall'ulteriore considerazione che «l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata

protezione». In particolare, qualora la collisione avvenga con il diritto alla vita o alla salute della gestante, il bilanciamento va risolto nel senso per cui «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare».

Così, è la «realità e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione» – per usare ancora le parole della sentenza del 1975 – l'unica giustificazione costituzionalmente difendibile per consentire una regressione di tutela del concepito. Ed è questa, infatti, la sola *ratio* giustificativa che la legge 194/1978 accoglie per consentire l'interruzione volontaria di gravidanza: la donna deve accusare «circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica» (art. 4). Anche laddove la legge parla di «anomalie o malformazioni del nascituro», queste sole non possono mai giustificare l'aborto se non riverberano «in grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna», e questo sia che l'aborto avvenga entro i primi novanta giorni, che nel periodo successivo (art. 4 e 6). Ed è di nuovo a questa giustificazione – l'inedita tutela della salute della madre, al fine di tutelare il concepito – che si è appellata la Corte costituzionale nella sentenza 151 del 2009, con la quale ha giudicato incostituzionale la legge 40 del 2004, nella parte in cui imponeva, per ogni ciclo di procreazione medicalmente assistita, la produzione di embrioni in un numero strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»[18].

Alla luce di tutto ciò, non v'è poca differenza nell'affrontare il discorso sulla diagnosi preimpianto in termini di diritto al figlio sano oppure in termini di lesione del «diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria»[19], come la sentenza della Corte costituzionale fa e come invece non faceva la - non a caso mai citata nel merito[20] - sentenza della Corte Edu nel caso *Costa e Pavan contro Italia*[21]. Non v'è poca differenza tra il dire che un embrione, o un feto, può essere soppresso in nome della libertà procreativa di non mettere al mondo un figlio malato, oppure in nome della necessità di tutelare la salute della madre.

Non si tratta di ipocrisia in punto di diritto: è la linea di confine che divide, in Italia, ciò che è costituzionalmente tutelato e giuridicamente consentito da ciò che non lo è. Ed è una linea di confine che, nonostante le possibili e non nascondibili sovrapposizioni proprio lì dove il confine corre, va difesa in quanto

tale.

6. La Corte costituzionale rinvia infine, in chiusura di sentenza, alla discrezionalità del legislatore per la previsione «di apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla pma di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento» e di una «opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle»[22].

Dovrà anche provvedere il legislatore – aggiunge chi scrive - a mutare la definizione giuridica di procreazione medicalmente assistita, che, in seguito a questa sentenza, non è più solo strumento per «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, c. 1, l. 40/2004), ma diventa anche *strumento per tutelare la salute della donna fertile* che voglia intraprendere una gravidanza e che sia affetta o portatrice di malattia geneticamente trasmissibile, o il cui compagno sia affetto o portatore di malattia geneticamente trasmissibile o (come già si desumeva dalle *Linee guida*) virale sessualmente trasmissibile .

7. Spicca questa sentenza per le parole non dette. Per la sua asciuttezza, anche retorica.

Per avere ancorato la sua decisione al solido parametro costituzionale del diritto alla salute *ex* articolo 32; per avere impiegato l'argomento della ragionevolezza *ex* articolo 3, *sub specie* di bilanciamento di diritti, al limitato fine di rimediare a un'antinomia palese" all'interno dell'ordinamento giuridico; per non avere impiegato come parametro l'articolo 2, ormai abusato trasformatore permanente delle domande sociali in nuovi diritti inviolabili dell'uomo (lo stesso non si era potuto dire della sentenza 162 del 2014, creatrice del nuovo "incoercibile diritto di avere un figlio" delle coppie sterili o infertili tramite fecondazione eterologa[23]); per non avere impiegato, allo stesso modo, il parametro della Cedu *ex* articolo 117, I comma, ritenendo sufficiente il dettato della Costituzione italiana. In estrema sintesi, per essere stata la Corte costituzionale nulla più e nulla meno che interprete e custode della Costituzione, non creatrice di nuovo diritto per appagare l'inesauribile "sete di



diritti” che muove la società; rispettosa del fragile ma imprescindibile equilibrio tra legittimità costituzionale e discrezionalità politica del legislatore[24].

Dovrebbe essere quel che sempre accade.

Non è così.

Merita dunque una segnalazione e una lode questa sentenza, per le parole che non dice.

[1] Non appena la legge fu approvata, si attivò la procedura referendaria per abrogarla attraverso la presentazione di cinque quesiti – uno totale e quattro parziali – sui quali giudicò la Corte costituzionale il 13 gennaio 2005, con le sentenze 45, 46, 47, 48, 49. In particolare, la sentenza 47 giudicò ammissibile il quesito referendario che mirava, tra l’altro, ad abrogare «il divieto di ricorrere alla pma per tutti coloro che non hanno problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall’infertilità umana, ma che sono portatori di patologie genetiche trasmissibili al concepito». Il referendum si svolse il 12 e 13 giugno 2005, ma non raggiunse il quorum necessario per la sua validità, dato che parteciparono alla consultazione referendaria solo il 25,9% degli aventi diritto.

[2] Il divieto di ricorso alla diagnosi preimpianto è stato il primo profilo della legge a essere stato interessato da incidente di costituzionalità: prima con istanza di parte rivolta al Tribunale di Catania, ma da questo giudicata manifestamente infondata con ordinanza 3 maggio 2004; poi con la questione portata dal Tribunale di Cagliari di fronte alla Corte costituzionale, che però in quell’occasione si trincerò dietro un’ordinanza processuale, la n. 369 del 2006, di manifesta inammissibilità, da molti giudicata “pilatesca”. Sulla pronuncia, A. Celotto, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 3846 ss.; L. Chieffi, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni dell’impianto dell’embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, *ibidem*, 4713 ss.; M. D’Amico, *Il giudice costituzionale e l’alibi del processo*, *ibidem*, 3859 ss.; C. Tripodina, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell’interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*, *ibidem*, 3849 ss.

[3] *Considerato in diritto*, § 8.

[4] È rimasta così sostanzialmente isolata la giurisprudenza del Tribunale di Salerno (ord. 9-1-2010), che ritenne di potere, con interpretazione adeguatrice, consentire l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle coppie fertili, giacché «il diritto a procreare [un «figlio, per di più sano», come si dice in altra parte della sentenza], e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti, verrebbero irrimediabilmente lesi da una interpretazione delle norme in esame che impedissero il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie a causa di patologie geneticamente trasmissibili». Per una nota critica a questa pronuncia, sia consentito il rinvio a C. Tripodina, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2010.

[5] *Considerato in diritto*, § 9.

[6] *Considerato in diritto*, § 9. Con una lesione di riflesso – che però la Corte non evidenzia - anche sul diritto all'autonomia e responsabilità del medico di operare con il consenso del paziente le scelte professionali ottimali allo stato delle conoscenze scientifiche, risultando vietato l'utilizzo della metodologia ad oggi meno gravosa per raggiungere il fine di tutela della salute della donna.

[7] *Considerato in diritto*, § 9.

[8] Posto che i portatori sani di patologie genetiche spesso scoprono di essere tali solo in occasione della prima gravidanza. I giudizi da cui ha preso origine la questione di legittimità costituzionale erano, ad esempio, due procedimenti cautelari promossi da coppie fertili di coniugi, che avevano già interrotto precedenti gravidanze spontanee con aborti terapeutici per avere trasmesso al figlio una patologia genetica ereditaria (rispettivamente la distrofia muscolare di Becker e un'alterazione cromosomica).

[9] *Considerato in diritto*, § 9.

[10] *Considerato in diritto*, § 9.

[11] *Considerato in diritto*, § 5. Il giudice *a quo* solleva, a onor del vero, solo la questione sotto il profilo della «discriminazione tra la condizione delle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, e quella delle coppie in cui l'uomo risulti affetto da malattie virali contagiose per via sessuale». Il profilo

della discriminazione tra fertili *vs* infertili o sterili era stato sollevato, invece, per supposta lesione dell'articolo 14 della Cedu, nella causa *Costa e Pavan contro Italia* davanti alla Corte edu.

[12] In seguito alla mancata decisione della Corte costituzionale sul punto (ord. n. 369 del 2006, più sopra richiamata alla nt. 2), aveva infatti trovato progressivo consolidamento tra i giudici ordinari e amministrativi un diritto vivente che, con interpretazione costituzionalmente orientata degli art. 13 e 14 della legge, era giunto a ritenere lecita – e anzi diritto da garantirsi gratuitamente dal servizio sanitario nazionale (Tribunale di Cagliari, 9-11-2012) - la diagnosi preimpianto qualora fosse richiesta da soggetti che legittimamente avessero avuto accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita ai sensi della legge (ossia coppie sterili o infertili); avesse a oggetto embrioni destinati all'impianto nel grembo materno; fosse strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e finalizzata a garantire agli aspiranti genitori un'adeguata informazione sullo stato di salute dell'embrione stesso da impiantare *ex* articolo 14.5, della legge, potendo essi scegliere, in caso di esito infausto della diagnosi, anche di rifiutare l'impianto dell'embrione stesso (Tribunale di Cagliari, 22/24-9-2007; Tribunale di Firenze, 17-12-2007; Tar Lazio, 21-1-2008, n. 398; Tribunale di Bologna, 29-6-2009).

[13] Sono le *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita* del 2008 a consentire la procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili in caso di malattie infettive a trasmissione sessuale, come HIV o epatite B e C (dunque per tutelare la salute della donna, oltre che del feto).

[14] *Considerato in diritto*, § 5.

[15] Corte Edu, sent. 28 agosto 2012, ricorso 54270/10, *Costa et Pavan vs Italia*, § 37. La sentenza è su [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) e, nella traduzione italiana, su [www.governo.it](http://www.governo.it). Per un commento, E. Malfatti, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisive*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, 1 ss.; C. Nardocci, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 1, 2013, 1 ss.; F. Vari, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, *ivi*, 1 ss. C. Tripodina, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della*

*causa Costa et Pavan vs Italia*), in *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 3, 2013, 923 ss.

Sugli effetti della sentenza della Corte di Strasburgo nell'ordinamento italiano, la Corte costituzionale, nella sentenza qui in commento, si limita a dire (*Considerato in diritto*, § 7) che, «in ragione del sospettato contrasto dei citati artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004 con gli artt. 8 e 14 della Cedu», «correttamente ha il remittente adito questa Corte, non essendogli consentito un'applicazione in via diretta delle norme convenzionali in luogo di quelle nazionali, in tesi con esse non compatibili, atteso che, diversamente dal diritto comunitario, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non crea un ordinamento giuridico sovranazionale ma costituisce un modello di diritto internazionale pattizio, idoneo a vincolare lo Stato, ma improduttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno». Su questo profilo della sentenza, E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, su *Consulta Online, Studi*, 2, 2015, 12 giugno 2015; G. Repetto, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in *Diritti comparati*, 6, 2015, 11 giugno 2015.

[16] *Contra* G. Gemma, *Diritto costituzionale ad avere figli sani*, in (a cura di) R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Atti dei seminari "preventivi" ferraresi *Amicus Curiae*, tenutisi a Ferrara il 18 aprile 2008, Torino, Giappichelli, 2008, 121 ss., che sostiene che sussiste «un diritto, costituzionalmente fondato, alla genitorialità felice e che tale diritto si sostanzia (anche) nella pretesa ad avere figli non affetti da gravi malattie o malformazioni».

[17] Riconoscimento che è stato ancora più forte ed esplicito nella sentenza n. 35 del 1997, in cui la Corte, chiamata a giudicare l'ammissibilità dell'abrogazione per via referendaria dell'articolo 1 della legge 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, che stabilisce che «la vita umana deve essere tutelata sin dal suo inizio», motivava così la sua decisione di inammissibilità: «questo principio, già affermato in modo non equivocabile dalla sentenza n. 27 del 1975 di questa Corte, ha conseguito nel corso degli anni sempre maggiore riconoscimento, anche sul piano internazionale e mondiale [...]. Così pure si è rafforzata la concezione, insita nella Costituzione italiana, in

particolare nell'articolo 2, secondo la quale il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili [...], essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

[18] Sulla sentenza 151 del 2009, *ex multis* M. D'Amico, I. Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010; M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2009, 1688 ss.; C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2009, 1696 ss.

[19] *Considerato in diritto*, § 9.

[20] Salvo un brevissimo inciso nel *Considerato in diritto*, § 9, con riguardo alla «palese antinomia» del nostro ordinamento che si realizzava nella coesistenza del divieto di diagnosi reimpianto e nella disciplina dell'aborto terapeutico («sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo nella richiamata sentenza Costa e Pavan contro Italia»).

[21] Per una nota critica a questa sentenza M. Luciani, *Diritti controversi alla Corte di Strasburgo*, in *l'Unità*, 3 settembre 2012, 15; C. Tripodina, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano?*, cit., 923 ss.

[22] *Considerato in diritto*, § 10.

[23] Per una nota critica a questa sentenza, C. Tripodina, *Il “diritto al figlio” tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2014, 2593; L. Imarisio, C. Tripodina, *La giustizia secondo la Corte. Un confronto e un esperimento mentale sulla giurisprudenza costituzionale in materia di matrimonio omosessuale e fecondazione eterologa*, in *Democrazia e diritto*, 1, 2015, in corso di pubblicazione.

[24] Su ciò, per tutti, M. Dogliani, *I diritti fondamentali*, in *Il valore della Costituzione*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2009, 41 ss.



# *Costituzionalismo.it*

*Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014* Gianni **FERRARA**

## Direzione

*Direttore* Gaetano **AZZARITI**

Francesco **BILANCIA**  
Giuditta **BRUNELLI**  
Paolo **CARETTI**  
Lorenza **CARLASSARE**  
Elisabetta **CATELANI**  
Pietro **CIARLO**  
Claudio **DE FIORES**  
Alfonso **DI GIOVINE**  
Mario **DOGLIANI**  
Marco **RUOTOLO**  
Aldo **SANDULLI**  
Massimo **VILLONE**  
Mauro **VOLPI**

Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)

## Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Marco **BETZU**, Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**, Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**, Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**, Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**, Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**