

La procreazione assistita nel costituzionalismo europeo tra rimedi giurisprudenziali e strumenti partecipativi. Profili di comparazione tra Italia e Francia

di Carmine Petteruti

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra diritto e scienza nelle scelte di inizio vita. – 2. La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento italiano. Un percorso di co-produzione per via giurisprudenziale. – 3. La normazione sulla PMA nell'ordinamento francese: il biocostituzionalismo partecipativo delle *Lois de bioéthique*. – 4. Conclusioni.

1. *Il rapporto tra diritto e scienza nelle scelte di inizio vita*

La procreazione medicalmente assistita (PMA) è al centro del vivace dibattito sul rapporto tra scienze e diritto¹, posto che le scelte esistenziali di inizio vita riguardano «decisioni dell'essere umano biologicamente necessitate ma culturalmente demandate alla decisione di ciascun consociato»², risentendo inevitabilmente del progresso medico-scientifico.

Questa tensione tra scienza e diritto è contemplata dalla teoria del biocostituzionalismo, che prende in considerazione l'incidenza della tecnica e della scienza sulla vita e sui diritti delle persone.

L'idea del biocostituzionalismo nasce dalla constatazione che la tecnologia interagisce e riconfigura la percezione dei diritti, ponendo in discussione i confini tra ciò che è umano e ciò che non lo è, rimodulando così il perimetro della vita pubblica e di quella privata³. L'obiettivo principale degli studi sul biocostituzionalismo è quello di ripensare le forme di

¹ A proposito del dibattito tra diritto e scienza in tema di PMA, *ex multis*, L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le «due culture»*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (diretto da), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Milano, 2015, 157-178, che fa riferimento all'opera di C. SNOW, *Le due culture*, traduzione italiana, 1977, in cui l'Autore affronta il problema della perdurante incomunicabilità tra umanisti e scienziati.

² S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Tomo I. Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 19-20.

³ Sul tema del biocostituzionalismo, diffusamente, M. TALLACCHINI, *Rewriting Life, Reframing Rights, Review of S. Jasanoff (ed.), Reframing Rights. Bioconstitutionalism in the Genetic Age*, MIT Press, Cambridge MA, 2011. Nella letteratura italiana, C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal*, 2014, 1.

cooperazione tra scienza e diritto, superando la logica dell'etero-determinazione normativa⁴ e ponendo l'attenzione sui processi di co-produzione della regola giuridica che emergono nel punto di intersezione tra diritto e vita⁵.

Il biocostituzionalismo si concentra, dunque, sui modi in cui le società contemporanee stanno riformulando le proprie costituzioni e i propri principi fondamentali per rispondere alle sfide provenienti dalle scienze della vita, in particolare dalla biologia e dalla biotecnologia.

Traendo spunto dalle riflessioni proposte in dottrina, le trasformazioni dell'ordinamento costituzionale connesse al progresso tecnologico – che si manifestano attraverso le modifiche formali, il riconoscimento giurisprudenziale di nuovi diritti o l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme vigenti – possono essere considerate come vere e proprie “transizioni biocostituzionali”.

Il biocostituzionalismo si interroga, infatti, su come le società moderne riformulano i loro paradigmi costituzionali e, all'occorrenza, le loro norme fondamentali, per affrontare le sfide poste dalle scienze della vita, come la biologia e la biotecnologia: da queste trasformazioni dell'ordinamento prendono vita le transizioni biocostituzionali, vale a dire quei processi che nascono sull'onda di istanze sociali prodotte dall'evoluzione delle conoscenze scientifiche che conseguentemente mutano anche il rapporto tra scienza e diritto⁶.

Quello della procreazione assistita è dunque un tema che rientra a pieno titolo in questa nuova dimensione costituzionale, specie per le implicazioni che comporta sulla salute dei soggetti coinvolti, esistenti e

⁴ Si veda sul punto E. CASTORINA, *La scienza e la tecnica di fronte alla discrezionalità politica e amministrativa: principi di “non contraddizione” e diritto alla salute*, in *AmbienteDiritto*, 2023, 2, 1 e ss.

⁵ J.B. HURLBUT, S. JASANOFF, K. SAHA, *Constitutionalism at the Nexus of Life and Law*, in *Science, Technology, & Human Values*, 2020, 45, 6, 979-1000.

⁶ S. JASANOFF, *Rewriting Life, Reframing Rights*, in ID. (edited by), *Reframing Rights. Bioconstitutionalism in the Genetic Age*, MIT Press, Cambridge, 2011, 3. Della stessa Autrice si veda anche *In a constitutional moment: Science and social order at the millennium*, in B. JOERGES, H. NOWOTNY (edited by), *Social studies of science and technology: Looking back, ahead, yearbook of the sociology of the sciences* (155-180). In tal senso, S. JASANOFF, *Rewriting Life, Reframing Rights*, *Review of S. Jasanoff (ed.), Reframing Rights. Bioconstitutionalism in the Genetic Age*, cit., 3, trad. nostra, utilizza l'espressione «bioconstitutional moments» per designare le trasformazioni dell'ordinamento costituzionale legate all'avvento delle tecnologie ed alle interazioni con il mondo delle scienze.

non, con implicazioni di carattere sia fisco che psicologico. Sotto questo profilo è rilevante il ruolo della bioetica, scienza che combina sistemi viventi con il sistema dei valori umani, e che quindi si colloca al punto d'intersezione tra la scienza della natura e la scienza dello spirito⁷.

La combinazione tra scienza e diritto nasce allora dalla necessità di "limitare" un potere come la scienza, attraverso un "approccio di tipo separatista", con una tecnocrazia che opera secondo un «modello libertario»⁸, ovvero con norme fondate più sull'*expertise* che su processi inclusivi e democratici, considerati inutilmente lunghi se non addirittura irrazionali.

È proprio questo intrecciarsi di valori, di diritti ma anche di doveri che richiede un approccio congiunto di bioetica e diritto e di biocostituzionalismo a cui riservare la preservazione dei valori fondamentali anche nell'ambito delle dinamiche politiche con l'obiettivo di salvaguardare in particolare le posizioni più vulnerabili⁹.

L'ordinamento francese e quello italiano offrono due esempi opposti di produzione del biodiritto sul tema delle scelte procreative: uno opera *ex ante*, l'altro *ex post*. L'esempio francese si propone come esempio di biocostituzionalismo partecipativo, di particolare interesse perché – avvalendosi del ricorso a strumenti di democrazia diretta – offre l'occasione di riflettere sulla necessaria inclusione delle diverse istanze sociali all'interno delle scelte politiche su temi eticamente sensibili. All'opposto, l'esempio italiano in cui i numerosi interventi razionalizzatori della Corte costituzionale sulla legge 19 febbraio 2004, n. 40, mostrano il fallimento di una

⁷ Ibid., 31. Inoltre, l'Autore propone una ricostruzione della nascita della bioetica (Ibid., 26) evidenziando che la scienza ha visto i suoi albori nel 1700 con l'Illuminismo francese ed anglosassone in risposta al positivismo, per poi consolidarsi alla fine della Seconda guerra mondiale, quando all'indomani del *Processo di Norimberga*, la *World Medical Association* vara la prima codificazione internazionale sui diritti umani nell'ambito della sperimentazione per poi approdare alla Dichiarazione di Helsinki del 1964 nella quale sono declinati i principi etici fondamentali per la ricerca medica che coinvolge esseri umani.

⁸ Ibid., 39. La scienza è in grado di incidere in modo decisivo sulla vita delle persone e sui processi decisionali ma anche sulla diversa declinazione dei diritti. Come tutti i poteri richiede, dunque, una regolazione ed una legittimazione che deve necessariamente rientrare nel perimetro costituzionale e nella gerarchia dei valori. La libertà della ricerca scientifica (art. 33 Cost.) e anche un'eventuale costituzionalizzazione della sperimentazione richiedono un giusto bilanciamento con i principi supremi della Costituzione.

⁹ Ibid., 44.

scelta legislativa totalmente sbilanciata a favore della tutela dell'embrione, notoriamente influenzata da una precisa connotazione ideologica di influenza cattolica, tesa ad equiparare la tutela del nascituro a quella della gestante. Nell'ordinamento italiano, non va tralasciato anche il contributo della giurisprudenza di merito, tanto che si è parlato di un'inadeguatezza della normativa giuridica in molti settori dell'ordinamento, che ha portato all'esercizio, da parti dei giudici di merito e costituzionali, di un ruolo di supplenza¹⁰.

2. *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento italiano. Un percorso di co-produzione tra diritto e scienza per via giurisprudenziale*

Con le «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» (l. n. 40/2004) il Parlamento italiano ha regolato, dopo un tormentato *iter*, una pratica di fatto preesistente che non poteva rimanere sguarnita di tutele – posto il coinvolgimento di diritti ed interessi di rango costituzionale – attraverso una disciplina dettagliata (ma non organica).

Il risultato delle scelte legislative in commento è stato subito criticato dalla gran parte della dottrina e presto sottoposto al vaglio demolitore della Corte costituzionale che ne ha riscritti molti punti fondamentali¹¹. La normativa è stata oggetto anche di numerosi giudizi di legittimità e di merito, oltre che di alcune pronunce dei giudici di Strasburgo.

Un'attenta lettura dell'art. 1¹² svela la chiara impostazione ideologica della l. n. 40/2004, insieme all'incoerenza intrinseca che la caratterizza¹³.

¹⁰ L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, 13.

¹¹ Di "riscrittura" della legge ha parlato G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e diritto*, 2011, 5, 520. A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, 3, 74.

¹² L'art. 1 della l. n. 40/2004, rubricato «Finalità» recita, al comma 1: «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità ed infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

¹³ Che il tema della tutela del concepito sia influenzato da impostazioni ideologiche tutt'altro che laiche è stato sottolineato da S. PRISCO, *Laicità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, 3342: «Da ultimo, la decisione delle gerarchie ufficiali della Chiesa cattolica di sostenere la propaganda astensionistica nella campagna sui quattro *referendum*

La norma si dichiara subito funzionale al superamento di problemi derivanti dalla sterilità ed infertilità umana, lasciando immaginare una tutela forte per la libertà procreativa dei genitori intenzionali e per il loro diritto alla salute, inteso secondo un'accezione ampia di benessere psico-fisico¹⁴. Tuttavia, la norma riconosce al "concepito" uno statuto di tutela altrettanto forte, equiparandone la dignità a quella degli altri soggetti coinvolti. Questa impostazione è anche foriera di un'incoerenza sistematica rispetto alla legge 22 maggio 1978, n. 194 in materia di interruzione volontaria della gravidanza, una disciplina a "maglie larghe"¹⁵, che garantisce il diritto ad una procreazione cosciente e responsabile accanto alla tutela della vita umana fin dal suo inizio, sulla scia di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella dirompente sentenza del 28 febbraio del 1975, n. 27 secondo la quale: «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».

Dall'evoluzione giurisprudenziale sulla legge, emerge una certa inadeguatezza del legislatore¹⁶ nell'affrontare un tema in cui si intrecciano profi-

abrogativi – dei cinque richiesti originariamente – ammessi dalla Corte costituzionale su articoli della l. n. 40/2004, relativa alla fecondazione medicalmente assistita e allo statuto dell'embrione umano, è stata ritenuta dagli osservatori fra i fattori determinanti del mancato raggiungimento dei *quorum* necessari per la validità della consultazione». È il caso di ricordare che il potenziale quesito referendario totalmente abrogativo della l. n. 40/2004 fu ritenuto inammissibile dalla Corte costituzionale, con argomenti sostanzialmente riconducibili alla necessità di avere nell'ordinamento una legge (che piaccia o meno) sulla fecondazione assistita, perché costituzionalmente necessaria, per dare un minimo di tutela a delicati interessi di rilievo costituzionale coinvolti (Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 45): essa rappresenta la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore [...] che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa». I quesiti parziali invece furono ritenuti ammissibili ma, come accennato poc'anzi, il *referendum* che si svolse il 12 e 13 giugno 2005 non raggiunse il *quorum* richiesto per la sua validità (con una partecipazione dell'elettorato pari al 25,9% degli aventi diritto).

¹⁴ Sul concetto ampio di diritto alla salute, si veda *infra*, quanto affermato dalla Corte cost. nella sentenza del 28 aprile 2014, n. 162 in tema di fecondazione eterologa.

¹⁵ Sulla scarsa restrittività dei limiti opponibili all'interruzione volontaria di gravidanza, 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, 2006.

¹⁶ Concetto sintetizzato con l'espressione del "giudice legiferante" da L. VIOLINI, *La*

li di diversa natura, tanto da dover considerare ancora in corso il processo di definizione della disciplina verso i canoni di equità e ragionevolezza¹⁷.

Le decisioni della Corte costituzionale pronunciate fino al 2015 (8 maggio 2009, n. 151; 8 aprile 2014, n. 162; 14 aprile 2015, n. 96; 6 ottobre 2015, n. 229) attengono principalmente al rapporto tra diritto e scienza.

La prima tappa della storia della legge sulla PMA risale al 2009 e corrisponde alla “caduta” del divieto di crioconservazione degli embrioni. Dopo la sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale, è stata possibile la crioconservazione degli embrioni soprannumerari non destinati all’impianto, sulla scorta della valutazione discrezionale del medico che non lo reputi compatibile con la salute psico-fisica della donna. Con la sentenza è caduto anche il limite di produzione del numero di tre embrioni da destinare (sempre, una volta prodotti) ad un unico e contemporaneo impianto nell’utero materno (così determinandosi il problema di cosa fare degli embrioni soprannumerari, cioè non destinabili all’impianto), oltre al divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni. Vale la pena precisare subito che la questione della crioconservazione degli embrioni si collega al problema, tuttora attuale, del divieto di sperimentazione sugli embrioni: con la sentenza del 13 aprile 2016, n. 84, la Consulta ha dichiarato l’inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze relativa al divieto di utilizzare gli embrioni soprannumerari per

Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione, in *Osservatorio AIC*, 2014, 2, 10.

¹⁷ M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 2018, 1.

finalità di ricerca scientifica¹⁸, perché tale divieto presidia, secondo il ragionamento della Corte, la dignità dell'embrione¹⁹.

Rispetto a questa scelta è possibile rintracciare approcci diversi in Europa. Ad esempio, l'ordinamento spagnolo prevede una distinzione tra le fasi di sviluppo dell'embrione, cui corrisponde una tutela giuridica differenziata. La *Ley* 26 *mayo* 2006, n. 14, utilizza il concetto di «pre-embrione» – criticato da una parte della dottrina²⁰ – distinguendolo da quello di «embrione» (art. 1)²¹. È proprio la possibilità di operare tale distinzione

¹⁸ L'art. 13 della l. n. 40/2004 recita, al comma 1: «È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano»; la ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni è infatti ad oggi consentita solo a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, con l'ulteriore condizione che non siano disponibili metodologie alternative. Di fatto, il destino degli embrioni soprannumerari è quello della crioconservazione *sine die*, circostanza che rivela uno dei profili di residuale irragionevolezza della norma in commento e coinvolge il dibattito mai sopito del difficile dialogo tra diritto e scienza medica. L'irragionevolezza della persistenza del divieto è accentuata dalla circostanza che, caduto il divieto (indiretto) di diagnosi genetica preimpianto, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, il numero di embrioni inutilizzabili (perché non impiantabili) è destinato ad aumentare nel tempo. Sul tema del dialogo tra diritto e scienza medica, si veda L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 1, 151 -156 -157. In commento alla sentenza del 13 aprile 2016, n. 84, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Rivista di Biodiritto*, 2016, 2, 173.

¹⁹ In senso critico rispetto alla decisione della Corte, A. SPADARO, *Embrioni criocongelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2016, 2, 263 ss., secondo il quale «la “dignità” degli *spare embryos* non verrebbe meno se, invece di esser lasciati morire, venissero usati per la ricerca scientifico-medica», sottolineando che la Corte non esclude questa possibilità per il futuro, lasciando la scelta di un nuovo possibile bilanciamento degli interessi coinvolti al legislatore.

²⁰ J.R. LACADENA, *Embrión (técnico)*, in C.M. ROMEO CASABONA (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, 1998, cit., 724, ha sottolineato come il termine *preembrión* stesse cadendo in disuso nella comunità scientifica, nella quale si preferisce utilizzare il termine *embrión preimplantatorio*.

²¹ Nella letteratura spagnola, P.J. FEMENÍA LÓPEZ, *Embrión (jurídico)*, in C.M. ROMEO CASABONA (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, cit., 704-705, offre una panoramica comparata della definizione giuridica dell'embrione. Il primo modello – rappresentato dagli ordinamenti tedesco e italiano – corrisponde alle legislazioni che adottano una visione unitaria dell'embrione durante tutto il processo di sviluppo, mantenendo quindi uno statuto giuridico uniforme, differenziato esclusivamente tra le fasi di embrione e di feto, mentre il secondo riunisce. Altre legislazioni (tra le quali quella del Regno Unito

da un punto di vista biologico che legittima, come confermato dal *Tribunal Constitucional*, la differenza di livello e modalità di protezione da attribuire all'embrione, a seconda che esso sia riconducibile al periodo *pre* o *post*-implantatorio²². D'altra parte, la legge spagnola del 2006 non si limita ad esprimere chiaramente una definizione di embrione: «*El embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde*» (art. 1); essa introduce un articolato apparato di definizioni di concetti extra-giuridici – *pre-embrión*, *embrión* e *feto* – così operando, di fatto un “rinvio fisso” alla scienza (art. 3). L'analisi della giurisprudenza costituzionale spagnola conferma la piena compatibilità con i principi costituzionali dell'approccio graduale, caratterizzato, anche dal punto di vista delle definizioni, dalla normativa spagnola. Il *Tribunal Constitucional* ha confermato la piena conformità costituzionale del principio di gradualità nella protezione della vita nascente, ritenendo che la vita umana è un processo che inizia con la gestazione, nel quale progressivamente avviene la formazione dell'individuo. È il processo di impianto dell'embrione che genera un'entità esistenzialmente distinta dalla madre e suscettibile di vita autonoma; prima di questa fase di sviluppo biologico, e quindi in riferimento al pre-embrione in vitro, né i pre-embrioni non impiantati né, a maggiore ragione, i semplici gameti possono essere considerati persone umane²³. A questa ricostruzione della formazione progressiva della vita umana, corrisponde un assetto normativo progressivamente garantista, nel quale il momento dell'impianto in utero assume un ruolo centrale dal punto di vista giuridico, segnando una differenza sostanziale tra i pre-embrioni in vitro e quelli già trasferiti nell'utero materno.

La seconda tappa del percorso di definizione delle pratiche di PMA in Italia è quella segnata dalla sentenza della Corte costituzionale 8 aprile

e della Spagna) propongono una differenziazione concettuale delle diverse fasi dello sviluppo embrionario, utilizzandola come fondamento per giustificare una discontinuità nelle categorie etiche e giuridiche corrispondenti. L'ordinamento francese si pone come un modello intermedio, che formalmente aderisce al modello unitario, mediante l'utilizzo dei soli termini di embrione e feto, ma sostanzialmente stabilisce uno statuto giuridico embrionario differenziata in funzione del grado di sviluppo in cui si trova l'embrione.

²² In tal senso, S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., 335-336. In senso contrario, nella letteratura spagnola, C.M. ROMEO CASABONA, *La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas*, in *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 2006, 24, 88.

²³ *Tribunal Constitucional*, 17 giugno 1999, n. 116.

2014, n. 162, che ha “demolito” il divieto di fecondazione eterologa, vale a dire il divieto per la tecnica di fecondazione artificiale in cui il gamete maschile o il gamete femminile – o entrambi – provengono da donatori esterni alla coppia²⁴. La disciplina dichiarata incostituzionale dava luogo ad una censurabile disparità di trattamento perché il soggetto più debole e più bisognoso di tutela – la persona completamente sterile – si vedeva preclusa la possibilità di ricorrere alle tecniche di fecondazione assistita, in violazione degli articoli 3 e 32 della Costituzione, per aperto contrasto con il principio di autodeterminazione e con il diritto alla salute. In merito al principio di autodeterminazione la Corte ha ritenuto che la decisione di procreare, riguardando «la sfera più intima ed intangibile della persona umana», «non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera». L'altro punto centrale della sentenza n. 162/2014 è il diritto alla salute, da considerarsi, secondo consolidata giurisprudenza, nella sua accezione più ampia, comprensiva del suo significato fisico, ma anche e soprattutto, nella sua componente psichica²⁵.

Invero, la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 assume un rilievo di carattere sistemico che va oltre il caso concreto sottoposto al suo scrutinio²⁶: la pronuncia rappresenta un momento di definitiva affermazione di un nuovo approccio del principio di ragionevolezza²⁷, inteso

²⁴ La l. n. 40/2004, com'è noto, vietava le tecniche di fecondazione eterologa all'articolo 4, comma 3. Sul punto, *ex multis*, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 1, 13-14.

²⁵ La Corte stessa ammette che: «L'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente in misura anche rilevante, sulla salute della coppia»; e che: «in relazione a questo profilo non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia».

²⁶ S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 giugno 2014, 2.

²⁷ Il canone della ragionevolezza scientifica era già emerso nella giurisprudenza costituzionale attraverso la sentenza 26 giugno 2002, n. 282, relativa alla c.d. “Terapia Di Bella”, per poi conoscere ulteriore e definitivo consolidamento con la sentenza 8 maggio 2009, n. 151 e, soprattutto, con la sentenza 10 giugno 2014, in commento.

come strumento di valutazione della legittimità degli interventi legislativi in ambito medico-scientifico. In relazione al rispetto del diritto alla salute psichica della donna, il giudice delle leggi ribadisce i limiti all'intervento discrezionale del legislatore in ambito medico-terapeutico, affermando che una valutazione del merito delle scelte terapeutiche, in particolare riguardo alla loro appropriatezza, non può essere fondato esclusivamente su valutazioni di carattere discrezionale e politico da parte del legislatore. Al contrario, tale intervento deve considerare anche gli orientamenti basati sulla verifica dello stato attuale delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, attraverso il coinvolgimento di istituzioni e organismi specificamente incaricati di tale attività. In altre parole, mutuando un'espressione molto utilizzata nell'ambito del diritto dell'ambiente relativamente alle strategie di contrasto al cambiamento climatico, la Corte sembra indicare la necessità di un approccio *science-based*²⁸ nella legislazione su temi eticamente sensibili, ancorando il principio di ragionevolezza scientifica al diritto alla salute dei soggetti coinvolti nel progetto di genitorialità²⁹. Le valutazioni condotte dall'*expertise* medico-scientifica appaiono quindi destinate a rivestire un ruolo fondamentale nel garantire l'effettiva attuazione del bilanciamento degli interessi coinvolti svolto dal legislatore.

Attenta dottrina ha ricondotto il rapporto tra diritto e scienza nell'alveo del canone della sussidiarietà, proprio in virtù della giurisprudenza costituzionale sul principio di ragionevolezza scientifica. Tale rapporto segue «una direzione costituzionalmente orientata in cui la scienza si interpone fra Costituzione italiana e legge, riempiendo di significato il bene salute contenuto nella prima (art. 32) e condizionando così la legittimità della seconda»³⁰, tanto da poter parlare di una «riserva di scienza», secon-

Si veda sul punto R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 9: «È proibito al legislatore in sé, quale soggetto politico, di intervenire nelle scelte terapeutiche se non quando a guidarlo siano, non la “discrezionalità politica”, ma motivazioni fornite dagli organismi tecnico-scientifici».

²⁸ Su tutti, utilizza l'espressione *science-based* in riferimento al diritto climatico (già nel titolo), A. BONOMO, *L'approccio science-based sul cambiamento climatico: quale spazio per il decisore pubblico?*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2024, 1, già nel titolo e in particolare 61, 71-75-78.

²⁹ Si veda sul punto anche S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 2, 817-842.

³⁰ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, 2, 6.

do cui l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelare il diritto alla salute (anche psichica) della donna vanno accertate alla luce di valutazioni riservate alla scienza medica³¹. Pertanto, il rispetto del diritto fondamentale alla salute si traduce in un necessario rispetto delle risultanze scientifiche in campo medico, concludendo con il considerare la scienza come parametro interposto di costituzionalità³². Non è mancato anche chi abbia inquadrato la clausola di rinvio alla scienza risultante dalla giurisprudenza esaminata nei termini un rinvio mobile³³: «Secondo la Corte costituzionale italiana, solo un rinvio mobile alla scienza – in questo caso, alla autonomia decisionale del medico che decide il trattamento più adeguato sulla base delle acquisizioni medico-scientifiche consolidate e della specificità del caso concreto – può assicurare il rispetto del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e della salute della donna coinvolta (art. 32 Cost.)»³⁴.

La scelta di un rinvio mobile alla scienza sembra in effetti preferibile, stante il rischio di irrigidimento della regola legislativa connaturato all'esistenza di rinvii fissi, evidentemente meno adatti al contesto biomedico in continua evoluzione. Il rinvio fisso alla scienza – di cui un esempio paradigmatico è offerto dalla legislazione spagnola di cui si è detto *supra* – sembra ostacolare, infatti, un'interpretazione dinamico-evolutiva dei contenuti della definizione. La scelta del legislatore spagnolo di cristallizzare la teoria della natura progressiva e crescente della tutela giuridica del prodotto della fecondazione – attraverso l'introduzione di definizioni analitiche delle diverse fasi di sviluppo biologico – ha il pregio di aprire la possibilità di sperimentazione scientifica sugli embrioni crioconservati, ma ha il difetto di porsi come legislazione “a maglie strette”, tale da rendere necessaria una modifica legislativa ogni qualvolta si voglia ampliare o restringere il suo ambito di applicazione³⁵ in virtù del progresso biotecnologico, non essendo praticabile un'estensione per via interpretativa.

Grazie alle sentenze 5 giugno 2015, n. 96 e 11 novembre 2015, n. 229, sono ammesse alle pratiche di fecondazione medicalmente assistita le cop-

³¹ Ibid., 7.

³² Ibid., 8.

³³ Sulla distinzione tra rinvio fisso e rinvio mobile, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento, 2015, 347 e ss.

³⁴ S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., 392.

³⁵ S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., 348-349.

pie fertili portatrici di malattia geneticamente trasmissibile (rispondente ai criteri di gravità per i quali è ammesso l'aborto terapeutico) ed è correlativamente ammessa la pratica di selezione di embrioni da desinare all'impianto (prima vietata)³⁶. Nel caso della sentenza n. 96/2015, ma spesso nelle sentenze dedicate alle questioni biogiuridiche della l. n. 40/2004, il parametro della ragionevolezza ruota attorno ad un nucleo forte di tutela, quello della salvaguardia del diritto alla salute psico-fisica della donna³⁷. Lo svolgimento di queste argomentazioni risolve negativamente la questione del riconoscimento dell'esistenza di un diritto al figlio sano, né si avvicina all'affermazione di un diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative, evocato in quel passaggio della sentenza n. 162/2014 dove la Corte parla della «incoercibile determinazione di avere o meno un figlio sano», che può prestare il fianco a qualche lettura più estrema in tal senso.

La pronuncia di accoglimento n. 96/2015, avendo natura additiva, ha esposto la Corte al rischio di invadere la discrezionalità del legislatore e si pone al limite di compatibilità con un legittimo riparto di competenze tra legislatore e giudici³⁸. Tuttavia, la Corte ha riconosciuto che spetta al legislatore regolamentare le modalità di accesso alla procreazione medicalmente assistita con diagnosi preimpianto, invitando a considerare l'aggiornamento periodico delle patologie genetiche trasmissibili e a prevedere controlli sulle strutture che effettuano gli esami diagnostici, prendendo

³⁶ Invero, il tema in oggetto era stato già affrontato dal giudice sovranazionale nella sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, si veda sul punto B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 2; M.P. IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, 2015, 2, 325 ss., e, in prospettiva comparata, F. MEROLA, *L'accesso alla diagnosi pre-impianto nella comparazione tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (dir.), *Questioni di inizio vita.*, cit.

³⁷ G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n.96 del 2015 della Corte costituzionale)*, in *diritticomparati.it*, 11 giugno 2015.

³⁸ Una parte della dottrina, pur riconoscendo l'esistenza di un potenziale problema di divisione dei poteri, accoglie con favore, in attesa di un intervento legislativo in tema di PMA, l'opera adeguatrice della giurisprudenza di costituzionalità. M.P. IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2015, 3, 797 e ss.

come modello le normative europee che già consentono questa pratica medica³⁹.

Le tappe successive rivelano la tendenza del giudice delle leggi a preservare, per lo più, i residuali divieti contenuti nell'impianto originario, rimettendo al legislatore – «con la richiesta di un intervento urgente e non differibile» – il compito di adeguare la disciplina esistente in modo più conforme alla rinnovata sensibilità sociale ed alle esigenze della collettività⁴⁰.

Con la sentenza 23 ottobre 2019, n. 221, la Corte costituzionale ha dichiarato che il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita (da ottenersi con fecondazione eterologa) alle coppie omosessuali femminili resiste al vaglio di costituzionalità. La Corte costituzionale, nella sua motivazione, ha evidenziato come le modifiche legislative apportate alla l. n. 40/2004 non abbiano mai compromesso i due principi fondamentali su cui si basa, ovvero la finalità esclusivamente medica dell'accesso alla PMA ed il riconoscimento della famiglia "naturale", composta da un padre e una madre, come unica beneficiaria di tale diritto. Al contrario, l'estensione della PMA con fecondazione eterologa alle coppie omosessuali femminili implicherebbe una contraddizione con i principi guida della normativa, basata su un paradigma "volontaristico" non recepito dalla legge stessa. Secondo le argomentazioni svolte dalla Consulta, da un lato, non si configura una discriminazione ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione, poiché l'infertilità delle coppie omosessuali femminili (cd. infertilità sociale o relazionale) non è equiparabile a quella delle coppie eterosessuali con patologie riproduttive, dall'altro, la scelta legislativa di limitare il diritto alla genitorialità alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, rientra nella discrezionalità del legislatore e non contrasta con l'articolo 2 della Costituzione, considerando la famiglia "naturale" come il contesto più idoneo alla crescita del bambino⁴¹.

³⁹ S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti rafforzati*, in *Quad. Cost.*, 2015, 3, 755.

⁴⁰ A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, cit., 75, continua affermando che: «In sostanza, siamo di fronte ad una incostituzionalità semplicemente differita, in cui il monito rivolto al legislatore è secco, senza molti margini di manovra; e soprattutto, con una prospettiva temporale che è, almeno implicitamente, molto ravvicinata».

⁴¹ E. MATANO, *Corte costituzionale – sent. 221/2019: coppie omosessuali femminili e l. 40/2004*, in *BioDiritto*, www.biodiritto.org, 18 giugno 2019. Per considerazioni critiche sulla

Con le sentenze di rigetto del 9 marzo 2021, nn. 32 e 33 – che affrontano rispettivamente i temi della genitorialità omosessuale attraverso fecondazione eterologa e della maternità surrogata, ai fini del riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale – la Corte costituzionale si è trovata a dover chiarire se all’aspirazione alla genitorialità corrispondesse il riconoscimento di un diritto ad essere genitori⁴². Questione risolta in senso negativo, ma possibilista per gli sviluppi futuri dell’ordinamento con argomentazioni guidate dalla ricerca del *best interest* per il minore.

Quanto alla prima pronuncia, va ricordato preliminarmente che la Corte aveva già affermato, nella menzionata sent. n. 221/2019, che il paradigma eterosessuale della genitorialità mantiene una sua “non irragionevolezza” e che, al tempo stesso, «non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina», non esistendo peraltro «certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l’inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore».

Con la sentenza n. 33, la Corte costituzionale ha rigettato la questione di costituzionalità relativa al riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il minore nato all’estero mediante maternità surrogata e il genitore intenzionale, invitando il legislatore ad intervenire per garantire la tutela dei minori. La dottrina ha accolto per lo più con favore la conferma

sent. n. 221/2019, si veda M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 2, 835 ss. Sulla discrezionalità legislativa sui temi eticamente sensibili connessi alla procreazione assistita, *ex multis*, L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 229-230.

⁴² A. D’ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, cit., 76.

del divieto della gestazione per altri, in considerazione dell'argomento "naturale"⁴³ e della sua relazione con la dignità del corpo femminile⁴⁴.

L'intervento legislativo non si è fatto attendere anche se non è andato nella direzione della costruzione di un sistema di tutela del minore nato all'estero da maternità surrogata, come auspicato dalla Corte, bensì del mero inasprimento del divieto di gestazione per altri ("utero in affitto", in senso dispregiativo) già contenuto nell'art. 12, co. 6, della l. n. 40/2004: dopo l'intervento della legge 4 novembre 2014, n. 169 la gestazione per altri è diventata punibile nell'ordinamento italiano anche se effettuata all'estero, in aperto contrasto del fenomeno del cosiddetto "turismo procreativo".

Più di recente, con la sentenza del 22 maggio 2025, n. 68, la Corte costituzionale ha affrontato nuovamente la questione del riconoscimento dello *status* di figlio da parte della c.d. madre intenzionale nei confronti del nato da fecondazione eterologa praticata all'estero da una coppia di donne, questa volta decidendo, data l'inerzia legislativa, per l'accoglimento, così dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 l. n. 40/2004. Con la sentenza 22 maggio 2025, n. 69, invece, è stato affrontato il tema del requisito della bigenitorialità, confermando la prospettiva della sent. n. 221/2019 relativa all'accesso alle tecniche di coppie omosessuali femminili. Nel dichiarare l'infondatezza delle censure sollevate sull'articolo 5 della l. n. 40/2004, pur sottolineando come non si tratti di «scelta costituzionalmente obbligata, posto che la Costituzione non abbraccia solo modelli di famiglie composte da una coppia di genitori di diverso sesso uniti da vincoli affettivi», rilevando che resta ferma «l'assenza di impedimenti costituzionali affinché il legislatore estenda l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche a nuclei familiari diversi», la Corte ha affermato che la doppia figura genitoriale eterosessuale rappresenta una «soluzione che rinviene le condizioni di accesso nello stesso testo costituzionale, il quale, a sua volta, riflette la stratificazione di modelli sociali storicamen-

⁴³ Sull'opportunità di interrompere il "legame simbiotico" tra il figlio e la madre biologica, dopo la nascita C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'incoercibile diritto di diventare genitori (ovvero, di microscopi e telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 135 e ss.

⁴⁴ I. CARLOTTO, *La ricerca delle proprie origini nel bilanciamento dei diritti*, Napoli, 2020, 170 e 175.

te affermatosi». Valorizzando l'«interesse dei futuri nati» e il principio di precauzione sotteso, la Corte ha ritenuto che non sia «manifestamente irragionevole e sproporzionata» la «conseguente compressione dell'auto-determinazione procreativa della donna singola»⁴⁵.

3. *La normazione sulla PMA nell'ordinamento francese: il biocostituzionalismo partecipativo delle Lois de bioéthique*

«La France a été pionnière en matière de législation dans le domaine de la bioéthique»⁴⁶. L'affermazione, significativa nella sua fermezza, merita di essere approfondita per comprenderne i motivi. Sicuramente la produzione giuridica francese in materia di bioetica si caratterizza per alcuni tratti distintivi che rendono il quadro normativo di riferimento peculiare sia dal punto di vista sostanziale che procedurale. Infatti, l'innovatività delle soluzioni accolte⁴⁷ è accompagnata da un procedimento di approvazione delle leggi in materia che prevede il coinvolgimento e il dialogo di parti pubbliche e private.

Il grande pregio delle leggi di bioetica deriva dalla capacità di adattarsi al progresso scientifico⁴⁸, conciliando le istanze conservative di tutela dei valori della dignità, della inviolabilità e della indisponibilità del corpo, con la «domanda sociale che la scienza avrebbe potuto soddisfare molto

⁴⁵ Analoghe considerazioni sono state svolte da B. LIBERALI, *Scelte riproduttive e modelli genitoriali ancora davanti alla Corte costituzionale*, in *Associazione dei Costituzionalisti*, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁴⁶ Così espressamente il *Rapport de synthèse du Comité consultatif national d'éthique – Opinions du Comité citoyen*, giugno 2018, 7 (consultabile al sito <https://www.vie-publique.fr/rapport/37417-etats-generaux-de-la-bioethique-rapport-synthese>), fornito in occasione del dibattito sulla revisione della legge di bioetica del 2011.

⁴⁷ Precisa A.M. LECIS COCCO ORTU, *La "PMA pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, in *GenIUS*, 2021, 2, 2, che in realtà la legge utilizza l'espressione «assistenza medica alla procreazione» per evidenziare la decisività nella disciplina della pratica medica dell'assistenza piuttosto che del risultato (eventuale e non garantito) della procreazione.

⁴⁸ Tale da far nascere una «cultura della procreazione» secondo la definizione di M. IACUB, *Penser les droits de la naissance*, Paris, PUF, 2002, XXIV, riportata da A.M. LECIS COCCO ORTU, *La "PMA pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, cit., 3.

tempo fa, ma che la morale comune rifiutava»⁴⁹. Si consideri, comunque, che la transizione dalla tradizionale «*bioéthique à la française*»⁵⁰ alla promulgazione di una legge di bio-libertà⁵¹ (più che di bio-etica) nel 2021, non è stata immediata, seppur agevolata dal meccanismo della clausola di revisione periodica delle leggi di bioetica, prevista a partire dalla prima riforma organica in materia⁵². Infatti, con le prime leggi del 1994 la procreazione medicalmente assistita era riservata alle sole coppie eterosessuali in età fertile sposate o conviventi da almeno due anni per rimediare all'infertilità il cui carattere patologico sia stato diagnosticato da un medico o per evitare la trasmissione al figlio di una malattia grave⁵³. Dunque, la scelta legislativa, confermata nelle revisioni del 2004 e del 2011, relegava l'utilizzo di tali tecniche a situazioni patologiche, in ogni caso riservandole alle coppie eterosessuali, così creando una evidente disparità di trattamento rispetto alle coppie omosessuali e alle famiglie monoparentali, in virtù

⁴⁹ X. BIOY, *La loi de bioéthique 2021, plus sociétale que jamais*, in *AJDA* 2021, 1826 e ss., nonché G. TERLIZZI, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, in *GenIUS*, 11 novembre 2022, 3.

⁵⁰ Cfr. D. MEHL, *La PMA déconfinée. La révision de la loi de bioéthique en 2020*, Paris, L'Harmattan, 2021, ripresa da G. TERLIZZI, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, cit., 3.

⁵¹ G. TERLIZZI, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, cit., 4, richiamando X. BIOY, *La loi de bioéthique 2021, plus sociétale que jamais*, cit., afferma che: «La legge di bioetica del 2021 non si occupa più di regolamentare le tecniche biomediche sulla base dei rischi che queste potrebbero comportare, ma, al contrario, pone tali tecniche al servizio delle aspirazioni sociali, che possono essere apprezzate alla luce dei diritti e delle libertà».

⁵² Il riferimento è alla Loi n. 94-548 du 1^{er} juillet 1994 *relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant, alla loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, alla Loi n. 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain* ed alla Loi n. 94-654 du 29 juillet 1994 *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*. In tali leggi si prevedeva una revisione della materia ad opera del Parlamento nel termine di cinque anni dall'entrata in vigore delle normative. Allo stesso modo la Loi n. 2004-800 du 6 août 2004 *relative à la bioéthique* ha previsto un riesame da parte del Parlamento della legge entro cinque anni dalla sua entrata in vigore, dunque, la Loi n. 2011-814 du 7 juillet 2011 *relative à la bioéthique* all'art. 47 ha optato per un riesame entro il termine massimo di sette anni.

⁵³ Art. L. 152-2 della Legge n. 564 del 1994. Tale norma è stata trasfusa nell'art. L. 2141-2 del Codice della Salute francese, modificato da ultimo dalla legge sulla bioetica del 2011, che ha eliminato il riferimento al possesso della condizione di coniuge e al periodo di due anni di convivenza obbligatori.

delle preclusioni in tema di accesso alla procreazione medicalmente assistita (e di riconoscimento dei legami familiari in patria qualora la coppia avesse comunque scelto di far ricorso a tali procedure in territorio estero). Disparità acuita, tra l'altro, dall'emergere in Francia di nuovi modelli familiari svincolati da quello tradizionale fondato sul matrimonio tra persone di sesso diverso, e basati sul comune progetto di vita familiare tra i partner. Al riguardo, un punto di non ritorno è stato raggiunto nel 2013 con la promulgazione della legge istitutiva del matrimonio dello stesso sesso⁵⁴. Infatti, il *mariage pour tous* ha offerto un apporto non indifferente al dibattito politico, sociale, giuridico sulle tematiche in oggetto, contribuendo a scardinare i tradizionali modelli francesi e portando a nuove riflessioni sulle prospettive della legge di bioetica⁵⁵. In questo senso, la legge di bioetica del 2021⁵⁶, nata dall'impegno politico dell'allora candidato Emmanuel Macron⁵⁷, è considerata come la naturale continuazione del programma del Presidente François Hollande. Partendo da queste premesse, la legge del 2021 prosegue nella rivoluzione sociale, anche in mancanza di unanime consenso politico⁵⁸, estendendo l'accesso alla procreazione medicalmente assistita a tutte le donne (unite in coppia omosessuale o non sposate), così prevedendo, secondo l'appellativo nato nel dibattito pubblico, la «PMA pur toutes»⁵⁹.

⁵⁴ *Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.*

⁵⁵ L'importanza della riforma del 2013 è ben evidenziata dal Rapporto di studio del *Conseil d'État* su richiesta del Primo Ministro del 28 giugno 2018. Sul punto, v. *Conseil d'État, section du rapport et des études, Étude à la demande du Premier ministre Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 46. Nel rapporto si legge che il voto della legge del 17 maggio 2013, permettendo il matrimonio di coppie dello stesso sesso, costituisce un'importante evoluzione a favore della diversificazione dei modelli familiari, le cui conseguenze non sempre sono state trattate dal punto di vista del diritto della filiazione.

⁵⁶ *Loi n. 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.*

⁵⁷ Parla di scelta politica il *Conseil d'État*. V. in particolare, *l'Avis sur un projet de Loi relatif à la bioéthique, séance du 18 juillet 2019*, par. 11, consultabile al sito <https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/avis-sur-un-projet-de-loi-relatif-a-la-bioethique>.

⁵⁸ Infatti, la legge del 2021, a differenza della legge del 1994, è stata approvata dalla sola Assemblea nazionale, secondo la procedura prevista in base al bicameralismo imperfetto della Quinta Repubblica francese. Il Senato, a maggioranza di destra, si è sempre opposto alla riforma. Inoltre, la legge è stata rimessa al controllo preventivo del *Conseil constitutionnel* che, con decisione n. 821 del 29 luglio 2021, ha dichiarato la legittimità costituzionale della stessa.

⁵⁹ Parla di sconfinamento della PMA G. TERLIZZI, *La PMA (seulement) pour toutes.*

Come detto, il fulcro del cambio di prospettiva è costituito dalla modifica dell'art. L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*, che ammette il ricorso alla PMA⁶⁰ non più per superare uno stato patologico, bensì per dare attuazione ad un «*projet parental*» da parte di qualsiasi coppia composta da un uomo e una donna o due donne o qualsiasi donna non sposata⁶¹. La norma è il risultato di valutazioni di diverso tipo: da un lato, si prende atto del fatto che le condizioni della previgente legislazione erano nella pratica oggetto di elusioni⁶²; dall'altro, la stessa ha lo scopo di eliminare le disparità di trattamento esistenti tra coppie eterosessuali, coppie omosessuali e famiglie monoparentali⁶³. Sul punto, l'autorizzazione ad accedere alla PMA per le sole coppie eterosessuali è parsa non più giustificata, né giustificabile in virtù di un non meglio specificato interesse superiore del minore, soprattutto tenuto conto che con la legge del 2013 è stata riconosciuta la possibilità di adottare un figlio per coppie di persone dello stesso sesso (mentre le persone non coniugate possono farlo addirittura dal 1966)⁶⁴. Tra l'altro, il superamento della disparità di trattamento in mate-

L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese, cit., 3, che richiama D. MEHL, *La loi de bioéthique*, *AJ famille*, 2021, 520-522.

⁶⁰ Secondo l'art. L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*, la procreazione medicalmente assistita è finalizzata a rispondere a un progetto genitoriale. Qualsiasi coppia composta da un uomo e una donna o da due donne o da qualsiasi donna non sposata ha accesso alla procreazione medicalmente assistita dopo che i richiedenti abbiano sostenuto colloqui individuali con i membri dell'équipe medico-biologica multidisciplinare, svolti secondo le procedure previste dall'articolo L. 2141-10.

⁶¹ Strettamente connessa al riconoscimento del diritto ad un progetto genitoriale è la previsione di cui all'art. L. 2141-12, che prevede la possibilità di crioconservazione dei gameti da parte di entrambi i membri della coppia per ragioni diverse da quelle mediche o connesse alla fertilità della donna.

⁶² Secondo l'*Étude d'impact, projet de loi relatif à la bioéthique*, 39, redatto nel corso dei lavori parlamentari (https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b2187_etude-impact.pdf), il 10-15% delle coppie eterosessuali ricorreva alla PMA senza che fosse accertata alcuna causa patologica. Inoltre, dal Parere n. 126 del *Comité consultatif national d'éthique* del 15 giugno 2017 è emerso che ogni anno oltre duemila donne si recavano in paesi esteri ove non esistevano limitazioni così stringenti come quelle francesi per accedere alla procreazione medicalmente assistita.

⁶³ L'art. L. 2141-2, comma 2, del *Code de la Santé Publique* esplicitamente statuisce che l'accesso alla PMA non può essere subordinato ad alcuna disparità di trattamento, in particolare per quanto riguarda lo stato civile o l'orientamento sessuale dei richiedenti.

⁶⁴ Art. 341-1 del codice civile francese, introdotto dalla l. n. 66-500. Parla di interesse superiore del minore a geometria variabile, A.M. LECIS COCCO ORTU, *La "PMA*

ria, contraria al principio di uguaglianza, è frutto di una scelta politica del legislatore francese e non un passaggio obbligato, come confermato dalle giustificazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità prima della legge di bioetica del 2021⁶⁵.

In ogni caso, la legge prescrive delle condizioni per accedere alla procreazione medicalmente assistita, tra cui il consenso preventivo da parte dei richiedenti – da mantenere fermo in ogni fase del processo⁶⁶ – ed il rispetto dei limiti di età stabiliti (opportunamente) con decreto del *Conseil d'État* previa consultazione dell'*Agence de la biomédecine*⁶⁷.

pour toutes” in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto, cit., 4.

⁶⁵ Sul punto, si veda la decisione del *Conseil constitutionnel* 17 maggio 2013, n. 669 sul controllo preventivo di costituzionalità della legge sul *mariage pur tous*, in cui si afferma la legittimità del divieto di accesso alla PMA da parte delle coppie coniugate formate da due donne, pur a fronte della possibilità di accedere all'adozione, tenuto conto che le coppie formate da un uomo e una donna, per quanto riguarda la procreazione, si trovano in una situazione differente rispetto alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Il principio di uguaglianza non si oppone a che il legislatore disciplini in maniera differente situazioni differenti, purché la differenza di trattamento sia coerente con l'obiettivo della legge». Della medesima opinione è stato anche il *Conseil d'État*, che nella decisione 28 settembre 2018, n. 421899 ha ritenuto di non dover sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione alle norme che escludevano le coppie omosessuali dall'accesso alla PMA. Inoltre, nel parere consultivo sul progetto di legge sulla bioetica, il *Conseil d'État* ha statuito che le modifiche alle condizioni di accesso alle PMA fossero possibili ma non costituzionalmente obbligate, dal momento che le disposizioni previgenti non violavano il principio di uguaglianza. A giudizio della Corte, un'illegittima disparità di trattamento presupporrebbe la limitazione di un diritto (in questo caso un “diritto al figlio”) che in realtà non è configurabile e che comunque sarebbe sub valente rispetto ad un “diritto del figlio”. Sul punto, fortemente contraria alla ricostruzione di una contrapposizione tra “diritto al figlio” e “diritto del figlio” A.M. LECIS COCCO ORTU, *La “PMA pour toutes” in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto, cit., 6 ss.*

⁶⁶ A norma dell'art. L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*, nel caso di una coppia, costituiscono ostacoli all'inseminazione o al trasferimento di embrioni: la morte di uno dei membri della coppia; la presentazione di una domanda di divorzio; la presentazione di una domanda di separazione legale; la firma consensuale di un accordo di divorzio o di separazione legale secondo i termini previsti dall'art. 229-1 del codice civile; la cessazione della convivenza; la revoca scritta del consenso da parte di uno o dell'altro membro della coppia.

⁶⁷ In passato, il mero riferimento ad una valutazione discrezionale dell'età fertile aveva creato un'assenza di uniformità moltiplicativa del contenzioso. Ora il *Conseil d'État* ha previsto con decreto n. 1243 del 2021 il limite di 45 anni per la donna che porti avanti la gravidanza (con possibile prelievo dei gameti prima dei 43 anni) e di 60 anni per l'altro membro della coppia.

Continuando nella disamina delle disposizioni rilevanti in tema di bioetica, si mantiene fermo il divieto per le donne vedove di inseminazione o trasferimento dei gameti del partner *post mortem*, in virtù della prevalenza (per la verità, non unanimemente accettata⁶⁸) dei diritti della vedova, soggetto vulnerabile che potrebbe subire pressioni dalla famiglia del defunto allo scopo di avere un discendente.

Ulteriori divieti attengono all'ammissibilità delle tecniche di *Réception de l'ovocyte par le partenaire* (ROPA) e della gestazione per altri (GPA). Quanto alla ROPA, con cui si intende la possibilità per la donna destinata a portare la gravidanza di ricevere gli ovociti da parte della compagna, il governo ha escluso tale pratica in virtù del principio di anonimato tra donatore di gameti e ricevente e del divieto di donazione diretta. In aggiunta, la tecnica è stata classificata come procedura medica non necessaria, eccessivamente invasiva e non giustificabile come diritto di entrambi i partner a contribuire corporalmente alla nascita del bambino. Inoltre, le conseguenze dello sdoppiamento della maternità scaturente da tale tecnica sono state viste come un possibile (e non auspicabile) slittamento verso la maternità surrogata, la cui proibizione è considerata un principio di garanzia etica invalicabile⁶⁹. Su quest'ultimo profilo, premesso che non è mai stata messa in discussione la legalizzazione della pratica⁷⁰, il dibattito si è piuttosto soffermato sulla trascrizione degli atti di nascita dei soggetti nati all'estero⁷¹.

⁶⁸ Sul punto, il *Conseil d'État* nella *Rèvision de la loi de bioéthique* del 28 giugno 2018, n. 71, ha ritenuto preferibile che, a certe condizioni, il bambino nasca da una PMA *post mortem* cosicché possa avere una filiazione bilineare e far parte di una doppia stirpe.

⁶⁹ G. TERLIZZI, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, cit., 10, che richiama N. BELLOUBET, *Déclaration de Mmes Nicole Belloubet, garde des sceaux, ministre de la justice, et Frédérique Vidal, Ministre de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation, sur le projet de loi relatif à la bioéthique, au Sénat le 21 janvier 2020*, consultabile al sito <https://www.vie-publique.fr/discours/273065-nicole-belloubet-21012020-bioethique>.

⁷⁰ L'art. 16-7 del Codice civile francese prevede espressamente la nullità assoluta dei contratti di GPA e l'art. 16-9 dello stesso codice precisa che tale nullità è d'ordine pubblico.

⁷¹ L'art. 7 della legge di bioetica ha modificato l'art. 47 del Codice civile francese prevedendo che in materia di trascrizione degli atti civili prodotti all'estero la veridicità del contenuto dell'atto straniero è valutata secondo la legislazione francese. La modifica si oppone apertamente all'orientamento della Corte di Cassazione che prevedeva la trascrizione integrale dell'atto di nascita estero con l'indicazione di entrambi i genitori

Dalla breve analisi compiuta, emerge la *ratio* ispiratrice della riforma, ossia il riconoscimento di un diritto soggettivo basato sulla volontà quale mezzo «per superare i limiti corporei e per dare al sistema di procreazione, filiazione e parentela una dimensione “sociale”»⁷². La riforma, infatti, convoglia (secondo alcuni riduttivamente)⁷³ le istanze, *in primis* femministe, rivendicate dalla popolazione per restituire una disciplina che rispecchi le scelte compiute dai cittadini in relazione a questioni bioetiche.

A tal proposito, si consideri che i principi indicati e la disciplina descritta sono il risultato di una complessa procedura preliminare che coinvolge soggetti pubblici e membri della società civile. Infatti, a partire dal 2011 è prevista la convocazione, ad opera del *Comité consultatif national d'éthique* (CCNE)⁷⁴, degli Stati generali sulla bioetica, quale forma di

(biologico e intenzionale) ed è finalizzata ad impedire l'indicazione del genitore intenzionale in sede di trascrizione. V. per approfondire A.M. LECIS COCCO ORTU, *La “PMA pour toutes” in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, cit., 13-14. Il *Comité consultatif national d'éthique* si è espresso in senso contrario sia alla legalizzazione della pratica sia alla trascrizione degli atti di nascita dei soggetti nati all'estero. Il *Conseil d'État* ha, invece, evidenziato come la domanda sociale in questo senso sia divenuta particolarmente diffusa. Sul punto, T. PENNA, *PMA pour toutes, anonimato di donatori e donatrici di gameti e potenziali conseguenze discriminatorie dell'esclusione della GPA. Prime riflessioni sulla riforma della loi de bioéthique in Francia*, in *BioLaw Journal*, 2021, 3, 444.

⁷² Così G. TERLIZZI, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, cit., 3.

⁷³ Non sfuggono, infatti, le critiche che si appuntano sull'estensione delle tecniche di procreazione medicalmente assistite “a tutte le donne”, ma escludendo determinate categorie di soggetti. Ci si riferisce, *in primis*, alle donne sposate con un uomo che vogliano comunque realizzare da sole un progetto di PMA. Sul punto, il *Conseil d'État* nell'*Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique* del 18 luglio 2019 ha ritenuto che tale scelta sia giustificata dal fine di evitare qualsiasi effetto sul coniuge, in particolare in materia di filiazione attraverso la presunzione di paternità del marito, non avendo il coniuge partecipato al progetto della donna. In secondo luogo, parte della dottrina ritiene ingiustificata la scelta di non includere tra i beneficiari delle disposizioni in materia di PMA le persone *transgender* e le coppie omosessuali di uomini. Su tale punto, è stata sollevata *question prioritaire de constitutionnalité* dell'art. L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique* davanti al *Conseil Constitutionnel*, per violazione dei principi di uguaglianza e parità tra uomini e donne nonché della libertà personale e di condurre una normale vita familiare. Tuttavia, il *Conseil Constitutionnel*, con la decisione n. 1003 del 2022 ha ritenuto che la disposizione fosse conforme a Costituzione e che la scelta della disciplina applicabile fosse prerogativa esclusiva del legislatore.

⁷⁴ A ben vedere, la nascita del CCNE è strettamente connessa alla storia giuridica della bioetica in Francia. Infatti, in occasione della nascita nel 1982 del primo bambino

consultazione pubblica su tematiche proposte dal CCNE stesso⁷⁵. Relativamente alla legge del 2021, per garantire la massima partecipazione dei cittadini al dibattito in tema di bioetica, il CCNE ha aperto i lavori degli Stati generali nel 2018 con la domanda: «*Quelles options pur demain?*», così dando avvio al dibattito pubblico. Sono stati elaborati nove temi di discussione⁷⁶ ed il funzionamento della procedura è stata facilitata dall'apporto di comitati costituiti con funzioni di coordinamento ed organizzazione dei lavori⁷⁷; sono stati previsti plurimi canali di consultazione, tra cui audizioni, incontri con esperti e comitati etici istituzionali, comunicazioni ed informazioni attraverso i media tradizionali e digitali. Inoltre, è stata data la possibilità ai privati di esprimere la propria opinione registrandosi su una piattaforma interattiva dedicata alle proposte formulate dal CCNE⁷⁸. In aggiunta, sono stati istituiti organi intermedi con il compito di favorire la consapevole informazione della popolazione, tra cui si segnalano in

concepito per fecondazione *in vitro* in Francia, nel 1983 venne istituito con decreto presidenziale il CCNE, un organo consultivo, indipendente e multidisciplinare senza poteri decisionali che elabora raccomandazioni e pareri su questioni etiche. È formato da membri volontari ed indipendenti provenienti da diversi ambiti (appartenenti ad ambienti spirituali e filosofici; membri scelti per le loro competenze e il loro interesse in questioni etiche; soggetti provenienti da settori medici o di ricerca in discipline che spaziano dalle scienze naturali alle scienze sociali) nominati dal Presidente della Repubblica.

⁷⁵ Le tematiche proposte dal CCNE sono inerenti a problemi etici e questioni sociali connessi ai progressi delle conoscenze nei campi della biologia, della medicina e della salute (Art. 1412-1 CSP). In particolare, la *loi de bioéthique* n. 814 del 2011 ha apportato modifiche al *Code de la Santé Publique* (con l'introduzione degli artt. L. 1412-1-1 e L. 1412-3-1), prevedendo un procedimento cui devono prendere parte cittadini scelti per rappresentare la società nella sua diversità previa formazione preliminare anche ad opera di esperti scelti in base a criteri di indipendenza, pluralismo e multidisciplinarietà (art. L. 1412-3-1 CSP).

⁷⁶ I temi prescelti sono i seguenti: ricerca sull'embrione e sulle cellule staminali embrionali; screening genetici e medicina genomica; dono e trapianto di organi; neuroscienze; dati sanitari; intelligenza artificiale e robotica; salute e ambiente; procreazione e società; accompagnamento di fine vita

⁷⁷ Il CCNE ha organizzato un comitato di direzione dei lavori (*Comité de pilotage des États généraux de la bioéthique*) ed un *Comité plénier du CCNE* (di cui hanno fatto parte quaranta esperti di diverse discipline come diritto, filosofia, religione e medicina) con il ruolo di comitato scientifico.

⁷⁸ In particolare, le tematiche *de quibus* sono state oggetto di commento da parte degli interessati, che hanno avuto la possibilità di elaborare risposte aperte non vincolate ad una scelta minimale tra “favorevole” e “contrario”.

particolare gli *Espaces de réflexios éthique régionaux* (ERER)⁷⁹ ed il Comitato dei cittadini⁸⁰. Infine, quale figura di raccordo tra popolazione ed istituzioni in un'ottica reattiva piuttosto che proattiva, è stata previsto l'ausilio di un mediatore indipendente con il compito di raccogliere reclami riguardanti gli eventi regionali, le consultazioni on-line e le audizioni.

I lavori degli Stati Generali si sono conclusi con una relazione di sintesi del CCNE, inviata, unitamente ad un parere inerente a proposte e riflessioni sulle future azioni legislative in materia, all'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* affinché il disegno di legge venisse elaborato tenendo conto dei risultati raggiunti in sede di consultazione pubblica. Ai soggetti indicati, infine, va aggiunto il *Conseil d'État*, il quale deve dare il proprio parere prima che il disegno di legge sia presentato ad una delle due Camere⁸¹.

Dunque, la complessità del procedimento in esame, che prevede un continuo scambio di informazioni tra società civile e organo politico, pur con l'ausilio e l'intermediazione di organismi indipendenti dotati di particolari competenze in materia e composti da diverse personalità che danno un quadro d'insieme del pluralismo insito nella popolazione francese, evidenzia delle peculiarità dell'approccio francese che meritano di essere approfondite. Da un lato, si delinea un modello di elaborazione di scelte legislative in materia bioetica che si pone come un «esercizio di democrazia»⁸², espressivo di quello che in questa materia andrebbe indicato

⁷⁹ Si tratta di organi in stretto contatto con centri universitari ospedalieri e sotto la responsabilità dell'*Agences Régionales de Santé* (ARS). Avendo il compito di portare il dibattito nelle province francesi, gli ERER sono stati considerati attori chiave della consultazione e sono stati dotati di vasti poteri, godendo di piena indipendenza.

⁸⁰ Si tratta di un comitato di cittadini, formato da membri rappresentativi della popolazione francese: 22 cittadini di differente età, sesso, categorie professionali e provenienti da diversi luoghi del paese, che riunisce per fornire un parere critico sull'avanzamento dei lavori e sui metodi impiegati.

⁸¹ Art. 39 della Costituzione francese. In questo caso, il Consiglio di Stato ha pubblicato il proprio parere sul progetto di legge relativo alla bioetica in data 18 luglio 2019 affermando la regolarità della procedura seguita per la redazione del progetto di revisione. A ben vedere, il *Conseil d'Etat* era già stato adito nel 2017 dal Primo Ministro francese per condurre uno studio sull'opportunità della revisione della legge di bioetica (studio pubblicato in data 28 giugno 2018).

⁸² L'espressione è utilizzata nel *Rapport de synthèse du Comité consultatif national d'éthique – Opinions du Comité citoyen*, 12.

come “biocostituzionalismo partecipativo”⁸³, foriero di plurimi vantaggi in termini di rappresentatività dei cittadini, di considerazione nel dibattito pubblico del pluralismo culturale della società francese, e di risultati conseguibili alla luce di una attenta ponderazione operata anche dagli esperti. Dall’altro, soffermandoci più nello specifico sulle leggi di bioetica, è chiaro a primo impatto il rapporto osmotico esistente tra istanze sociali e sviluppi della normazione giuridica in materia⁸⁴. Quanto detto è tanto più vero se si considera che il consenso raggiunto (*rectius*, la sintesi delle riflessioni dei soggetti pubblici e privati) in sede di consultazione è, invece, mancante in sede politica. La circostanza non è passata inosservata, tanto che ha portato la dottrina francese ad affermare che la *loi relative à la bioéthique* del 2021, è una legge «*plus societale que jamais*»⁸⁵.

4. Conclusioni

La comparazione del caso italiano con il caso francese, che si staglia, nel panorama europeo, come un esempio virtuoso di *biocostituzionalismo partecipativo*, offre spunti di riflessione in merito alla necessità di ripensare i rapporti tra diritto costituzionale e scienze della vita, nel segno della maggiore inclusione delle conoscenze scientifiche e biotecnologiche nei processi normativi, specie quelli che coinvolgono temi a rilevanza bioetica.⁸⁶ Le questioni bioetiche di inizio vita ruotano attorno alla tutela della salute dei genitori intenzionali – in particolare, della gestante o, prima della gravidanza, della madre intenzionale – e dell’embrione, laddove

⁸³ Per biocostituzionalismo partecipativo si intende un approccio in cui la partecipazione della popolazione alla fase di *decision making* propria dell’organo politico è massimizzata in ragione dell’alta sensibilità sociale su scelte legate a tematiche di bioetica.

⁸⁴ Nel Rapporto di studio del *Conseil d’État à la demande du Premier ministre Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain? Étude adoptée en assemblée générale*, del 28 giugno 2018, 47-49, si evidenzia come gli sviluppi sociali più che giuridici stiano mettendo in discussione il concetto di assistenza medica alla procreazione destinata ad alleviare l’infertilità patologica. Cfr. sul punto, G. TERLIZZI, *La PMA (seulement) pour toutes. L’incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, cit., 2.

⁸⁵ Espressione di X. BIOY, op. cit.

⁸⁶ Con riferimento alle scelte esistenziali di inizio vita, a sottolineare la particolare necessità di un legislatore accorto, M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2016, 2, in particolare, 193.

l'ordinamento lo riconosca come centro di imputazione di aspettative di diritto, come nel caso italiano.

Un'interessante proposta dottrinale – conferente con le criticità che ancora accompagnano la l. n. 40/2004 – sviluppata nel campo delle scienze sociali, mirerebbe a collocare la sperimentazione scientifica tra i valori costituzionali da tutelare al fine di coadiuvare un proficuo e costante dialogo tra diritto e scienze dure⁸⁷. La proposta appare coerente con il quadro teorico del biocostituzionalismo perché lo studio delle interazioni tra istanze sociali (determinate dallo sviluppo delle biotecnologie) e principi costituzionali può mirare ed esprimere la centralità della ricerca scientifica per la tenuta dello stato costituzionale.

Volendo sviluppare ulteriormente questo aspetto, si potrebbe arrivare a discutere della possibilità di una costituzionalizzazione della sperimentazione, ipotesi che, calata nell'ordinamento italiano parallelamente alla libertà della ricerca scientifica già contemplata dall'art. 33 Cost., aprirebbe alla possibile incostituzionalità dell'art. 13, commi da 1 a 3, della l. n. 40/2004 che vieta qualsiasi forma di sperimentazione sugli embrioni soprannumerari.

Vale la pena ricordare, infatti, che il divieto di sperimentazione sugli embrioni è stato sottoposto al vaglio di legittimità costituzionale e, per effetto della pronuncia di rigetto della Corte costituzionale (sentenza 13 aprile 2016, n. 84) è tuttora in vigore, a scapito della ricerca scientifica e dello sviluppo di ulteriori possibilità mediche e riproduttive nell'interesse della collettività.

Con la sentenza n. 84/2016, la Consulta ha escluso il proprio intervento razionalizzatore in merito ad «uno degli aspetti più irragionevoli e ideologici della legge n. 40 del 2004»,⁸⁸ quello che vieta qualsiasi forma di sperimentazione e ricerca sugli embrioni, ancorché inutilizzati ed inutilizzabili (per volontà della coppia o per impossibilità medicata accertata), che rimangono pertanto destinati al congelamento *sine die* e quindi ad un possibile deterioramento.

La previsione della sperimentazione scientifica nella Costituzione

⁸⁷ Sul tema della costituzionalizzazione della sperimentazione scientifica, nell'ambito dell'idea della scienza post-normale, sebbene con particolare riferimento al *climate change*, si veda diffusamente S. FUNTOWICZ, J.R., RAVETZ, *Science for the post-normal age*, in *Futures*, 1993, 27, 7, 739-755.

⁸⁸ M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, cit., 171.

dovrebbe allo stesso tempo agevolare la possibilità di una partecipazione nei processi decisionali, come emerge dall'esperienza francese, agevolando l'acquisizione di informazioni, ma in ogni caso facendo ricadere sul legislatore la responsabilità delle scelte normative in un sistema in cui il diritto mantenga la funzione di strumento di democratizzazione della scienza.

Abstract

Il contributo indaga l'evoluzione della procreazione medicalmente assistita (PMA) attraverso la lente del biocostituzionalismo, analizzando la tensione tra progresso scientifico e regolamentazione giuridica in Italia e Francia. L'indagine evidenzia il contrasto tra il modello italiano, caratterizzato da una "coproduzione" per via giurisprudenziale volta a emendare i limiti ideologici della legge n. 40/2004, e quello francese, fondato su un approccio partecipativo e riforme periodiche. Viene approfondito il ruolo della "ragionevolezza scientifica" come parametro di costituzionalità, distinguendo tra rinvii fissi e mobili alla scienza nelle diverse architetture normative. Il lavoro esamina la transizione francese verso un modello di genitorialità fondato sulla volontà sociale, contrapposto alle persistenti criticità italiane in materia di sperimentazione embrionale. In conclusione, appare necessario un nuovo paradigma nel dialogo tra diritto e bioscienze, promuovendo una democratizzazione della scienza che veda nella libertà di ricerca un pilastro dello Stato costituzionale.

This paper investigates the evolution of assisted reproduction techniques (ART) through the lens of bioconstitutionalism, analyzing the tension between scientific progress and legal regulation in Italy and France. The investigation highlights the contrast between the Italian model, characterized by a jurisprudential "co-production" aimed at amending the ideological limits of Law No. 40/2004, and the French model, which is founded on a participatory approach and periodic reforms. Furthermore, the role of "scientific reasonableness" as a parameter of constitutionality is explored in depth, distinguishing between fixed and mobile references to science within the different normative architectures. The study examines the French transition toward a model of parenthood based on social will, contrasting it with

the persistent critical issues in Italy regarding embryonic experimentation. Ultimately, a new paradigm in the dialogue between law and the biosciences appears necessary, promoting a democratization of science that views the freedom of research as a fundamental pillar of the constitutional State.