

DANIELE CHINNI

**LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA TRA “DETTO” E
“NON DETTO”. BREVI RIFLESSIONI SUL PROCESSO
COSTITUZIONALE ALLA LEGGE N. 40/2004**

(Corte costituzionale, sentenza n. 151 del 2009) *

(per gentile concessione della Rivista “Giurisprudenza Italiana”)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La sentenza-ordinanza del TAR Lazio e la sua ammissibilità. Questioni di contenitore... - 3. *Segue*: ... e di contenuto. - 4. Le *quaestiones* fiorentine inammissibili e il precedente dell'[ordinanza n. 369/2006](#). - 5. L'accoglimento e il mancato ricorso all'illegittimità conseguenziale. - 6. Quel che resta del divieto di crioconservazione. - 7. L'intervento sull'art. 14, co. 3: davvero soltanto una «additiva»? - 8. Politica, Corte, giudici.

1. *Premessa*

La [decisione](#) che qui si commenta presenta taluni profili strettamente inerenti la giustizia costituzionale sui quali è opportuno compiere alcune brevi riflessioni, anche in ragione degli effetti di non poco momento che possono spiegare sul merito della questione¹.

2. *La sentenza-ordinanza del TAR Lazio e la sua ammissibilità. Questioni di contenitore...*

In prima battuta, merita soffermarsi sul fatto che la Corte, nel dichiarare non fondata l'eccezione che chiedeva l'inammissibilità della *quaestio* del TAR Lazio perché sollevata con sentenza anziché con ordinanza, ha ribadito il principio per cui «la circostanza non comporta inammissibilità [...] posto che, come si desume dalla lettura dell'atto, nel promuovere questione di legittimità

* La questione è stata sollevata con sentenza emessa il 21 gennaio 2008 dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio e con ordinanze del 12 luglio e del 26 agosto 2008 del Tribunale ordinario di Firenze, rispettivamente iscritte ai nn. 159, 323 e 382 del registro ordinanze 2008 e pubblicate nelle *Gazz. Uff.* nn. 22, 44 e 50, I serie speciale, dell'anno 2008, nel procedimento amministrativo promosso dalla Warm (*World Association Reproductive Medicine*), contro il Ministero della Salute ed altro, e nel procedimento civile instaurato da C.M. e R.G. avverso il Centro di procreazione assistita Demetra s.r.l.

¹ Del merito della questione se ne è già occupata compiutamente, in questo stesso numero della *Rivista*, TRUCCO, [Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide \(almeno in parte\) di decidere](#). In questa sede ci limiteremo ad evidenziare, in particolare, gli effetti che talune scelte processual-costituzionali del giudice delle leggi potranno sortire sul tessuto legislativo della legge n. 40.

costituzionale, il giudice *a quo* ha disposto la sospensione del procedimento principale e la trasmissione del fascicolo alla cancelleria della Corte costituzionale, sì che a tale atto, anche se autoproclamantesi “sentenza”, deve essere riconosciuta natura di “ordinanza”, sostanzialmente conforme a quanto previsto dall’art. 23 della [legge n. 87 del 1953](#)².

In dottrina, in verità, si era dubitato della possibilità di richiamare quei «clementi»³ precedenti giurisprudenziali per risolvere l’odierno ostacolo processuale, ritenendo trovarsi «di fronte ad un vero e proprio provvedimento decisorio con cui si solleva anche questione di legittimità costituzionale: un atto che si potrebbe definire “anfibia” se non addirittura “a due teste”»⁴. Per dichiarare l’ammissibilità della *quaestio* sarebbe stato necessario, secondo tale opinione, un intervento interpretativo sanante da parte del giudice delle leggi, tale da «distinguere nel complessivo testo della sentenza quella parte idonea a costituire la sostanza dell’ordinanza di rimessione prevista dall’art. 23 della [legge n. 87/1953](#), che, quindi, verrebbe “recuperata” ermeneuticamente dal Giudice delle leggi»⁵.

La Corte, nel richiamarsi seccamente e senza indugio ai precedenti giurisprudenziali, sembra effettivamente aver compiuto un assai semplice «intervento di ortopedia costituzionale»⁶, interpretando come *sostanzialmente* ordinanza di rimessione ciò che in effetti, almeno *pro parte*, tale era, pur se sotto le “mentite spoglie” di sentenza. Il giudice costituzionale ha, in altri termini, saggiamente preferito soprassedere sul mancato rispetto, da parte del TAR Lazio, della mera forma, evitando «un rigore che sarebbe potuto apparire come una “fuga” dal sindacato sulla legge n. 40/2004»⁷, consapevole che è proprio in questo tipo di giudizi di costituzionalità che «si percepisce ancor più chiaramente, rispetto ad altri casi, come la funzione del giudice delle leggi sia, davvero, quella di rendere «giustizia costituzionale»⁸; funzione, questa, che sarebbe rinnegata nel caso in cui la scelta per una pronuncia d’inammissibilità non fosse sostenuta da argomentazioni dotate di una significativa capacità di persuasione»⁹. Insomma, volendo valorizzarle, le ragioni (formalistiche,

² Così Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 452, in *Giur. Cost.*, 1997, 4007. Tale argomentazione è poi stata richiamata anche da Id., 3 maggio 2002, n. 153, *ivi*, 2002, 1295, e, implicitamente, da Id., 18 marzo 2005, *ivi*, 2005, 999.

³ RUGGERI-SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 183.

⁴ GIRELLI, *È consentito sollevare questione di legittimità costituzionale con sentenza?*, in questa *Rivista*, 2008, 1905. Nelle occasioni precedenti, al contrario, si trattava di provvedimenti col nome di sentenza ma dal contenuto esclusivamente di ordinanza di rimessione.

⁵ GIRELLI, *È consentito*, cit., 1905.

⁶ Per utilizzare l’efficace espressione di PUGIOTTO, *Ben oltre il “caso Cossiga”: le importanti novità della sentenza n. 154 del 2004*, in [www.forumcostituzionale.it](#).

⁷ Riprendendo le parole di GIRELLI, *È consentito*, cit., 1905, il quale, tuttavia, le utilizzava per sostenere l’esatto contrario di quanto si è detto nel testo.

⁸ SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in *Storia d’Italia, Ann. 14, Legge Diritto Giustizia*, a cura di Violante in collaborazione con Minervini, Torino, 1998, 941.

⁹ G. D’AMICO, *Ragionevolezza, flessibilità e coerenza scientifica delle norme in materia di creazione e crioconservazione degli embrioni*, in *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, a cura di Bin-Brunelli-Guazzarotti-Pugiotto-Veronesi, Torino, 2008, 70.

diremmo) per una pronuncia d'inammissibilità v'erano¹⁰, ma imboccare quella strada avrebbe significato sfuggire nuovamente alla questione sostanziale¹¹ e alle responsabilità costituzionali della Corte che da quella venivano evocate.

3. (Segue) ... e di contenuto

Qualche ulteriore questione circa l'ammissibilità della *quaestio legitimitatis* sollevata dal TAR Lazio poteva presentarsi tanto «sotto il profilo dell'impossibilità di fornire interpretazioni adeguate delle norme impugnate (praticamente assenti nell'esposizione del giudice amministrativo)»¹², quanto sotto il profilo della rilevanza. Sotto quest'ultimo aspetto vanno segnalati i dubbi avanzati tanto con riguardo al fatto che il giudice amministrativo aveva censurato l'art. 14, commi 2 e 3, L. 40/2004 perchè quest'ultimo era pedissequamente riprodotto nelle "Linee guida" impugnate nel giudizio principale, deducendone «l'applicabilità diretta nel caso di specie»¹³, quanto in riferimento all'incidentalità del giudizio costituzionale, stante la supposta carenza d'interesse diretto della ricorrente nel giudizio *a quo*¹⁴.

Con riguardo all'assenza del tentativo di interpretazione conforme a Costituzione, chi scrive ritiene di condividere l'opinione di quanti hanno osservato che «non [era] davvero possibile esperire

¹⁰ Del resto, ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte Costituzionale e la politica*, Torino, 2005, 77, ha sottolineato come «una qualche ragione di inammissibilità, è quasi sempre possibile rilevarla».

¹¹ La legge n. 40/2004, difatti, era già giunta al cospetto della Corte poco dopo la sua approvazione. In tale occasione il giudice delle leggi aveva adottato una ordinanza d'inammissibilità, non poco criticata in dottrina: cfr. Corte cost. 9 novembre 2006, n. 369, in questa *Rivista*, 2007, 1617, con nota di TRUCCO, [La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale](#), ma v. anche CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3846; 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; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, *ibidem*, 3859; MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, in [www.forumcostituzionale.it](#); MORSIANI, "A buon intenditor poche parole", in [www.forumcostituzionale.it](#).

¹² TRUCCO, [Procreazione assistita](#), cit. L'assenza del tentativo di interpretazione conforme era stato notato da più parti: cfr., ad esempio, DEFFENU, *Alcuni buoni motivi per non dichiarare (quantomeno) inammissibile una quaestio eticamente sensibile*, in *Dalla provetta alla Corte*, cit., 83; PENASA, *La legittimità (costituzionale) sta nel mezzo (legislativo)? La legge n. 40 nuovamente davanti alla Corte costituzionale*, in *Dalla provetta alla Corte*, cit., 168.

¹³ TRUCCO, *Fecondazione medicalmente assistita: un altro tentativo di adire la Corte costituzionale*, in *Dalla provetta alla Corte*, cit., 205. Così, però, secondo l'A. «il sindacato della Corte finirebbe per operare in via, per così dire, "sostitutiva" rispetto al giudizio del giudice amministrativo (a cui spetterebbe eventualmente di intervenire successivamente sulla norma regolamentare), per cui l'incidenza della disposizione impugnata nel processo in corso verrebbe ad identificarsi nella diretta utilità, per il giudice *a quo*, di vedersi deciso in sede di giudizio costituzionale lo stesso motivo di ricorso su cui dovrebbe pronunciarsi (in riferimento ad una norma identica) nel giudizio amministrativo».

¹⁴ Cfr. TRUCCO, *Fecondazione medicalmente assistita*, cit., 206, secondo la quale la mancanza della legittimazione ad agire della ricorrente nel giudizio principale potesse essere "sintomo" della presenza di un difetto di rilevanza assoluto per inapplicabilità della norma.

con successo una diversa interpretazione costituzionalmente orientata della normativa in esame»¹⁵. Del resto, pur assurgendo l'interpretazione adeguatrice, ormai, a "terzo requisito", assieme a quelli della rilevanza e della non manifesta infondatezza, per potere il giudice *a quo* "aprire il portone" del Palazzo della Consulta, è stata la stessa giurisprudenza costituzionale a confermare come, quando sia palese che la lettera stessa della disposizione censurata si oppone ad una sua esegesi condotta secondo i canoni dell'interpretazione costituzionalmente conforme, «tale circostanza segna il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»¹⁶.

Per quel che concerne, invece, le questioni circa la rilevanza, se problemi non sembra porli l'impugnativa di disposizioni di legge letteralmente riprodotte dalle "Linee guida" – perchè, come è stato correttamente osservato, se la fonte regolamentare è conforme alla fonte legislativa che la legittima «è la legge a violare la Costituzione»¹⁷ - diversamente può dirsi circa il carattere d'incidentalità. È noto, infatti, come possa accadere che la Corte si avventuri «in una verifica dei presupposti processuali del giudizio *a quo*»¹⁸, in ipotesi giungendo a conclusioni diverse da quelle del giudice remittente, tali da dichiarare la *quaestio* inammissibile. Nel caso di specie, tuttavia, la Corte si è limitata ad un controllo sulla motivazione della sentenza-ordinanza, rilevando come il TAR avesse «non implausibilmente affermato che sulla legittimazione ad agire della Warm [*parte ricorrente nel giudizio amministrativo, n.d.a.*] non vi era alcun spazio di riesame, essendosi, sul punto, formato il giudicato, secondo quanto si evincerebbe dalla sentenza di rinvio del Consiglio di Stato»¹⁹.

4. Le quaestiones florentine inammissibili e il precedente dell'[ordinanza n. 369/2006](#).

¹⁵ PUGIOTTO, *Questione eticamente sensibile non significa questione inammissibile*, in *Dalla provetta alla Corte*, cit., 181.

¹⁶ Così Corte cost., 20 giugno 2008, n. 219, in questa *Rivista*, 2009, 1101. Sulla interpretazione conforme v. ora, da ultimo, M. D'AMICO-B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2008.

¹⁷ PUGIOTTO, *Questione eticamente sensibile*, cit., 180. Nel caso di specie ciò è ancor più vero, se solo si considera che alla disposizione di legge poteva essere inequivocabilmente attribuito uno ed un solo significato e che, pertanto, anche la fonte regolamentare non poteva da quello discostarsi, senza incorrere in violazione di legge.

¹⁸ DOLSO, sub *art. 134*, in *Comm. Cost.*, a cura di Bartole-Bin, Padova, 2008, 1150.

¹⁹ La Corte, difatti, correntemente si limita ad un controllo sulla «non manifesta implausibilità» della motivazione adottata dal giudice *a quo* circa la rilevanza della questione, poichè «un controllo più penetrante comporterebbe un'invasione della sfera di competenza riservata al giudice remittente perché valutare *funditus* la rilevanza significherebbe stabilire quale norma è effettivamente applicabile al caso e ciò implica una serie di giudizi nella ricostruzione del fatto e nell'interpretazione delle norme giuridiche, che sono riservati, appunto, al giudice della fattispecie controversa. La carenza assoluta di controllo potrebbe comportare, invece, che la Corte debba decidere su questioni proposte solo pretestuosamente e, con ciò, l'elusione del requisito dell'incidentalità» (CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2001, 169).

Se la Corte è stata particolarmente “clemente” nei confronti della sentenza-ordinanza di rimessione del TAR Lazio al momento del vaglio, sotto più profili, della sua ammissibilità, non lo è stata altrettanto nei riguardi di alcune delle *quaestiones* prospettate dal Tribunale di Firenze con le due distinte ordinanze. I giudici fiorentini, infatti, avevano censurato anche l’art. 6, co. 3, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., l’art. 14, co. 1, in riferimento agli artt. 3 e 32, 1° e 2° comma, Cost. e l’art. 14, co. 4, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost. La Corte si è pronunciata, con riguardo a tali censure, nel senso della manifesta inammissibilità: per difetto di rilevanza in relazione alla *quaestio* concernente l’art. 6, co. 3, poiché si chiedeva la declaratoria d’illegittimità costituzionale «al solo fine di dare coerenza al sistema»; per difetto di motivazione sulla rilevanza, in relazione alle *quaestiones* sull’art. 14, 1° e 4° comma.

A prima vista, nulla da eccepire circa le decisioni della Corte: le disposizioni impugnate paiono effettivamente irrilevanti nei giudizi principali e, comunque, le ordinanze di rimessione difettano di una specifica motivazione sul punto, limitandosi entrambe a motivare sulla rilevanza in relazione al solo art. 14, commi 2 e 3²⁰. Tuttavia, nell’analisi di tale punto della sentenza in esame v’è da tenere presente il precedente dell’[ordinanza n. 369 del 2006](#)²¹, con la quale la Corte aveva dichiarato inammissibile la *quaestio legitimitatis* allora sollevata dal Tribunale di Cagliari nei confronti dell’art. 13 della Legge n. 40 per la «evidente contraddizione» in cui riteneva fosse incorso il giudice *a quo* nel censurare una specifica disposizione nella parte relativa ad una norma che, secondo l’impostazione della stessa ordinanza di rimessione, sarebbe stata però desumibile anche da altri articoli della stessa legge, non impugnati, nonché dall’interpretazione dell’intero testo legislativo «alla luce dei suoi criteri ispiratori». Come si è già accennato, tale «scarna ordinanza»²² della Corte fu oggetto di attente critiche da parte della dottrina, che non mancò di osservare come in nessuna contraddizione fosse caduto il giudice remittente - il quale, invece, aveva tentato una interpretazione conforme a Costituzione del disposto normativo utilizzando «il classico e tradizionale argomento sistematico»²³ - e come, in verità, la Corte avesse «artatamente cercato appigli processuali per non decidere nel merito la questione»²⁴. Non solo, da più parti si evidenziò

²⁰ Ad onor del vero, la seconda ordinanza del Tribunale di Firenze – la n. 382 – un (flebile) tentativo di motivare specificamente circa la rilevanza dell’art. 6, comma 3, lo compie, affermando che l’irrevocabilità del consenso al trattamento di PMA allorché sia avvenuta la fecondazione dell’ovulo, da detta disposizione prevista, renderebbe inutile il diritto dei ricorrenti a procedere a diagnosi di c.d. preimpianto, oramai ammessa dal diritto vivente.

²¹ Corte cost. 9 novembre 2006, n. 369, cit.

²² CELOTTO, *La Corte costituzionale*, cit., 3847.

²³ CELOTTO, *La Corte costituzionale*, cit., 3849. Nello stesso senso, TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali*, cit., 3852; M. D’AMICO, *Il giudice costituzionale*, cit., 3861; VERONESI, *Tra diagnosi genetiche, numero di embrioni e obbligo d’impianto: la legge n. 40 sempre sotto la lente*, in *Dalla provetta alla Corte*, cit., 222.

²⁴ Così TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali*, cit., 3850, ma in senso analogo anche M. D’AMICO, *Il giudice costituzionale*, cit., 3859, che parlava di “rinuncia al giudizio” e CELOTTO, *La Corte*

come «se davvero dall'illegittimità costituzionale dell'art. 13 fosse scaturita una incostituzionalità dell'art. 14 della stessa o addirittura di tutta la legge (!), la Corte avrebbe potuto servirsi della dichiarazione d'illegittimità consequenziale di cui all'art. 27, comma 2, [l. n. 87 del 1953](#) che ha utilizzato in altri casi in modo ben più pesante di quanto non avrebbe dovuto fare [allora]»²⁵.

Orbene, non è da escludere, anzi è assai probabile, che «quel non felicissimo precedente processuale»²⁶ abbia “pesato” allorchè i due giudici fiorentini hanno inteso sollevare questione di legittimità costituzionale²⁷. Si vuole dire, in altri termini, che i giudici *a quibus*, nel timore di andare incontro ad una nuova pronuncia d'inammissibilità da parte della Corte, hanno censurato assieme alle norme rilevanti per il loro giudizio quelle che, seppur non attualmente applicabili, avrebbero potuto esserlo “in potenza” e che, come (e assieme a) quelle altre, ledevano i medesimi principi costituzionali. Questioni, pertanto, effettivamente irrilevanti, e in quanto tali agilmente dichiarate inammissibili, ma pur sempre frutto della (discutibile) giurisprudenza della Corte nella materia *de qua*. È proprio in ragione di ciò che, pertanto, non può che salutarsi con favore il ripensamento del giudice delle leggi, evidentemente resosi conto che «quella (sbagliata) pretesa schiaccia il giudice *a quo* in un vicolo cieco da cui non è dato uscire in alcun modo: se egli impugna solo *alcune* disposizioni legislative, la questione sarebbe contraddittoria; se impugna *tutte* le disposizioni legislative espressive di una medesima norma, anche estranee al giudizio principale, la questione sarebbe irrilevante»²⁸.

5. L'accoglimento e il mancato ricorso all'illegittimità consequenziale

Ciò che, però, desta ancora (e di nuovo) perplessità, è il mancato ricorso, almeno in parte, all'istituto dell'illegittimità consequenziale. Se, difatti, le disposizioni di cui si è or ora parlato erano irrilevanti nei giudizi principali, e in quanto tali non potevano essere ricomprese dai giudici *a quibus* nel *thema decidendum* da sottoporre alla Corte, potevano ben essere dichiarate illegittime in via consequenziale, ricorrendone i presupposti.

costituzionale, cit., 3849, il quale peraltro vedeva in tale decisione «un ulteriore segnale di quanto sia difficile per il diritto cercare di disciplinare temi che implicano significativi profili meta-giuridici».

²⁵ M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale*, cit., 3861. Nello stesso senso MORELLI, *Quando la Corte*, cit.; TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita*, cit.; MORSIANI, “A buon intenditor poche parole”, cit.; CELOTTO, *La Corte costituzionale*, cit., 3849; TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali*, cit., 3852; MAJORANA, *Uno strumento potenzialmente incisivo nelle mani della Corte costituzionale (del quale probabilmente non si avvarrà)*, in *Dalla provetta alla Corte*, cit., 149; VERONESI, *Tra diagnosi genetiche*, cit., 222.

²⁶ PUGIOTTO, *Questione eticamente sensibile*, cit., 183.

²⁷ Il “peso” di detta pronuncia si avverte esplicitamente allorchè il Tribunale di Firenze, con l'ordinanza 382, nel motivare la censura dell'art. 6, co. 3, afferma come questa sia necessaria «al fine di dare coerenza ad un sistema normativo che con una censura limitata [...] ai soli commi 2 e 3 dell'art. 14 permarrrebbe comunque viziato da una sua disarmonia interna (evidenziata dalla Corte costituzionale nella ordinanza n. 369 del 2006)».

²⁸ PUGIOTTO, *Questione eticamente sensibile*, cit., 183.

La Corte non ha, sino ad oggi, chiarito quale sia il nesso di consequenzialità che deve sussistere perché possa applicarsi l'istituto di cui all'art. 27, [L. 87/1953](#)²⁹. Quel che è certo, però, è che lo ha utilizzato in più occasioni, finanche andando a colpire norme identiche o analoghe a quelle censurate *principaliter*; utilizzo, quest'ultimo, che ha suscitato critiche in dottrina³⁰ e che, tuttavia, ha trovato anche consenso poiché in tal modo, si è detto, si riescono a tutelare diritti fondamentali³¹.

Ora, è agevole sostenere che la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, poggia essenzialmente sulla necessità, pur nel bilanciamento costituzionalmente necessario³², di dare prioritaria tutela alla vita e alla salute fisica e psichica della donna rispetto ad altri interessi³³. Se ciò è vero, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale poteva essere agevolmente estesa, per lo meno, all'art. 6, co. 3, e all'art. 14, co. 4. Il primo, stabilendo che il consenso alla procreazione medicalmente assistita non può più essere revocato una volta fecondato l'ovulo, oltre ad evocare «contesti tutt'altro che piacevoli»³⁴, viola senza ombra di dubbio quel diritto alla salute della donna³⁵ che, invece, la pronuncia costituzionale ha inteso preservare dall'inadeguato bilanciamento con il diritto alla vita dell'embrione compiuto dalla normativa del 2004. Il secondo, prevedendo il divieto di riduzione embrionaria di gravidanze plurime, allo stesso modo si pone in contrasto con l'art. 32 Cost., se non nella sua interezza, quantomeno nella parte in cui non prevede che siffatta riduzione possa essere compiuta a tutela della salute della madre³⁶. Ambedue le disposizioni, in altri

²⁹ Sul punto, da ultimo, MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Rubbettino, 2008, *passim*.

³⁰ V., tra gli altri, A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, 71 ss.; ROSSI-TARCHI, *La dichiarazione di illegittimità consequenziale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Aa. Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 634 ss.; ROMBOLI, *Illegittimità costituzionale consequenziale e formazione «giurisprudenziale» delle disposizioni processuali*, in *Giur. Cost.*, 1992, 4371 ss.

³¹ BRUNELLI, *Significative convergenze: illegittimità derivata di norme analoghe e sentenze manipolative*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Napoli, 2004, 343 ss.

³² Cfr. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, 361 e segg.,

³³ In questo senso v. TRUCCO, [Procreazione assistita](#), cit., ma anche MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in [www.costituzionalismo.it](#)

³⁴ VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2004, 533, il quale coglie significativamente «la somiglianza con la violenza maturata dopo il venir meno dell'iniziale consenso della vittima al rapporto sessuale».

³⁵ Cfr. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita*, cit., 533; MODUGNO, *La fecondazione assistita*, cit., 398; MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 2004, 456 e segg., la quale efficacemente mette in luce come «la fattispecie, per la sua invadenza nel corpo femminile – che non è momentanea né trascurabile, ma prefigura niente meno che un obbligo di gravidanza – costituisce in verità una condizione di servitù personale inconcepibile nei moderni ordinamenti giuridici».

³⁶ La stessa Corte (Cons. in diritto, 6.1.) riconosce che il limite legislativo dell'unico e contestuale impianto di non più di tre embrioni «determina, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto». Da ciò sembra potersi dedurre che, nell'ottica della Corte, venendo meno il limite legislativo previsto all'art. 14, co. 2, verrebbe meno anche il «pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto». Di tale «matematica» conseguenza sia però lecito dubitare, potendo in

termini, danno prioritaria tutela all'embrione, sacrificando irragionevolmente il diritto alla salute della donna, in ciò incorrendo, analogamente alle norme dichiarate illegittime, in vizio di costituzionalità: perchè, allora, non espungerle dall'ordinamento?

6. *Quel che resta del divieto di crioconservazione*

Valutazioni diverse vanno fatte, invece, in riferimento all'art. 14, co. 1, il quale, come noto, prevede il divieto di crioconservazione e soppressione degli embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge sulla interruzione volontaria di gravidanza.

All'indomani della sentenza-ordinanza del TAR Lazio, da più parti si richiedeva alla Corte di ampliare il *thema decidendum* «incompleto ma non equivoco nei suoi termini essenziali»³⁷, ricomprendendovi la sopra citata disposizione o, in alternativa, ricorrere allo strumento dell'illegittimità consequenziale per rimediare a quella che si reputava essere una omissione del giudice amministrativo³⁸. La Corte non ha seguito né l'una né l'altra indicazione, il che non desta sorpresa, almeno a chi scrive. In particolare non sorprende, a differenza di quanto si è detto con riguardo agli artt. 6, co. 3, e 14, co. 4, il mancato ricorso all'illegittimità consequenziale. Senza ombra di dubbio la declaratoria d'illegittimità dell'art. 14, commi 2 e 3, ha effetti tutt'altro che irrilevanti nei confronti del comma 1 del medesimo articolo: come è stato correttamente osservato «la liceità della crioconservazione è [ora] indiscutibile, perchè gli embrioni, se non vengono impiantati [per scelta medica], non possono che essere congelati»³⁹. Tuttavia, l'ampia deroga che così si riconosce al divieto di cui all'art. 14, co. 1, non è tale da inficiarne la validità, poiché quest'ultimo «mantiene intatta la sua operatività nei confronti delle parti private e di un loro eventuale, arbitrario, ripensamento, ma non vige, ex art. 32 Cost., nei confronti del medico, nella

ipotesi verificarsi quel pregiudizio anche se, come oggi è all'indomani della pronuncia della Corte, si proceda alla procreazione medicalmente assistita sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche.

³⁷ PUGIOTTO, *Questione eticamente sensibile*, cit., 182. Nello stesso senso anche BRUNELLI, *Strategie, argomentative e processuali, per approdare ad un'illegittimità costituzionale*, in *Dalla provetta alla Corte*, cit., 39. *Contra* ARCONZO, *La probabile inammissibilità della quaestio sollevata dal TAR Lazio sulle misure di tutela degli embrioni*, in *Dalla provetta alla Corte*, cit., 20 e segg., secondo il quale, da un lato, il non aver impugnato l'art. 14, co. 1, comportava contraddittorietà della *quaestio* tale da renderla inammissibile e, dall'altro, la Corte non avrebbe potuto ampliare il *thema decidendum* perchè ciò le sarebbe consentito solo nell'eventualità di mero errore materiale, il che non sarebbe stato nel caso di specie.

³⁸ Di quest'avviso PUGIOTTO, *Questione eticamente sensibile*, cit., 182; BONCIANI, *Un'ipotesi di illegittimità consequenziale: l'art. 14, comma 1, della Legge n. 40 del 2004*, in *Dalla provetta alla Corte*, cit., 33; BRUNELLI, *Strategie, argomentative e processuali*, in *Dalla provetta alla Corte*, cit., 39. *Contra* ARCONZO, *La probabile inammissibilità*, cit., 22, e G. D'AMICO, *Ragionevolezza, flessibilità e coerenza scientifica*, cit., 73, secondo i quali l'eventuale declaratoria d'illegittimità dei commi 2 e 3 dell'art. 14 non avrebbe dovuto, necessariamente, comportare l'illegittimità del divieto generale di crioconservazione di cui al comma 1 della medesima disposizione.

³⁹ MANETTI, *La sentenza sulla pma*, cit.

misura in cui la sua decisione di non procedere all'impianto degli embrioni, lungi dall'essere arbitraria, può e deve essere dettata esclusivamente da considerazioni di natura sanitaria»⁴⁰. Se così è, come sembra, il ricorso all'istituto di cui all'art. 27 [L. 87/1953](#) sarebbe stato estremamente discrezionale, finendo per l'eliminare una norma che, seppur discutibile, non era però in insanabile contrasto con le finalità perseguite attraverso la pronuncia di accoglimento⁴¹, che è quello, tra i casi tipici di intervento in via consequenziale da parte della Corte costituzionale, che avrebbe potuto essere chiamato a sostegno di una siffatta decisione del giudice costituzionale. In altri termini, eliminato il limite legislativo dei tre embrioni e stabilito altresì che il trasferimento di quelli debba essere realizzato non appena possibile ma senza pregiudizio della salute della donna, il divieto di crioconservazione è stato "svuotato" di quel contenuto che poteva ritenersi lesivo dell'art. 32 Cost., rimanendo altresì valido in altre e distinte ipotesi.

7. *L'intervento sull'art. 14, co. 3: davvero soltanto una «additiva»?*

Quanto detto or ora circa la mancata illegittimità consequenziale dell'art. 14, co. 1, apre il varco ad ulteriori e distinte riflessioni, stavolta "interne" alla decisione della Corte.

La Corte, difatti, ha adottato un dispositivo "minimale" nei confronti dell'art. 14, co. 3, limitandosi ad aggiungere, come si è detto, che l'impianto degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna. Tuttavia, le considerazioni svolte dalla Corte a sostegno tanto di tale addizione quanto, soprattutto, dell'annullamento parziale dell'art. 14, co. 2, fanno ritenere che se «in precedenza [la disposizione in esame] contemplava l'ipotesi di una sospensione temporanea del trattamento, dovuta a fenomeni patologici imprevedibili e assolutamente ostativi, *che poteva essere seguita da una interruzione definitiva soltanto nel caso in cui questi fenomeni si rivelassero incurabili* (o permanessero comunque per un tempo così lungo da escludere la praticabilità dell'impianto) [...] attualmente essa contempla invece primariamente l'ipotesi di una *interruzione definitiva del trattamento, dovuta a cause di salute non necessariamente eccezionali e imprevedibili*, ma anche ordinarie e prevedibili, quando esse appaiano, ad insindacabile giudizio del medico, tali da sconsigliare l'impianto»⁴². In altri termini, è proprio la declaratoria d'illegittimità costituzionale a mettere in dubbio la persistente validità della struttura stessa dell'art. 14, co. 3, che è da quella significativamente incisa, tanto da

⁴⁰ MANETTI, *La sentenza sulla pma*, cit.

⁴¹ Cfr. ROMBOLI, *Illegittimità costituzionale consequenziale*, cit., 4372.

⁴² MANETTI, *La sentenza sulla pma*, cit.

porre nel nulla le eccezionali condizioni legittimanti la sospensione⁴³. Stando così le cose, la Corte sarebbe potuta intervenire sul testo della disposizione eliminando quelle eccezionali condizioni, così da depurarlo di locuzioni verbali di fatto caducate dalla pronuncia d'accoglimento e, soprattutto, da consegnare agli interpreti un testo di assai più semplice (e chiara) lettura⁴⁴. Ciò era ampiamente nelle possibilità del giudice delle leggi, dal momento che l'art. 14, co. 3, era parte del *thema decidendum*⁴⁵, e, dunque, non sarebbe neppure stato necessario fare ricorso all'istituto dell'illegittimità conseguenziale. La Corte, invece, ha optato per un intervento, come detto, "minimale" sul disposto legislativo, confidando nel fatto che le argomentazioni utilizzate a sostegno della pronuncia d'accoglimento sono tali da portare ad una interpretazione della disposizione fortemente manipolativa: si è lasciato agli interpreti, *in primis* ai giudici, l'onere di dissinere le contraddizioni, che sembrano evidenti, tra motivazioni a sostegno dell'accoglimento e dispositivo sull'art. 14, co. 3.

8. *Politica, Corte, giudici*

Proprio la scelta della Corte di intervenire "col cesello" piuttosto che con "la scure" nei confronti dell'art. 14, co. 3, denota, a parere di chi scrive, l'(inevitabile) generale atteggiamento di *self-restraint* del giudice delle leggi al momento di affrontare la risoluzione delle *quaestiones legitimitatis* aventi ad oggetto la Legge n. 40.

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR Lazio e dal Tribunale di Firenze erano particolarmente delicate perché si ponevano, da un lato, all'incrocio tra scienza e diritto e perché, dall'altro, portavano pericolosamente la Corte nell'agone politico, essendo i temi legati alla procreazione medicalmente assistita oggetto di profondo e acceso dibattito, tra le forze politiche e nella società civile. Proprio queste innegabili difficoltà avevano fatto temere per una pronuncia d'inammissibilità⁴⁶, la quale «non pregiudica nulla, rinvia ad altro momento o ad altra sede la

⁴³ Ancora MANETTI, *La sentenza sulla pma*, cit. Sul punto cfr. anche *Recentissime* a cura di Ruotolo, in questa *Rivista*, 2009, 1323-1324.

⁴⁴ Il testo risultante da un tale intervento, ulteriore oltre a quello additivo compiuto dalla Corte e che avrebbe dovuto eliminare le parole "grave e documentata", "di forza maggiore" e "non prevedibile al momento della fecondazione", sarebbe stato il seguente: «Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per causa relativa allo stato di salute della donna è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile, *senza pregiudizio per la salute della donna*».

⁴⁵ Lo stesso giudice fiorentino, peraltro, con la seconda delle ordinanze di rimessione aveva proposto alla Corte un intervento sulla disposizione in esame tale, per un verso, da eliminare ogni riferimento al trasferimento degli embrioni non appena possibile e, per l'altro, da prevedere una generale deroga al divieto di crioconservazione in caso di grave e documentata causa relativa allo stato di salute della donna.

⁴⁶ PUGIOTTO, *Questione eticamente sensibile*, cit., 179 e segg.; DEFFENU, *Alcuni buoni motivi*, cit., 81 e segg.; MANETTI, *La procreazione assistita tra ordinarietà ed emergenza*, in *Dalla provetta alla Corte*, cit., 10.

soluzione del problema ed evita l'insorgere di contrasti interni ed esterni»⁴⁷. La Corte ha, invece, svolto il proprio ruolo di giudice costituzionale, di garante dei diritti fondamentali, «accantonando le astratte dispute ideologiche e rivolgendo la propria attenzione alle questioni che affliggono la vita delle persone. Questioni reali e palpitanti, come è attestato dalle ordinanze di rinvio non meno che dalla sofferta giurisprudenza formatasi in questi anni sull'applicazione della legge n. 40»⁴⁸.

Nel far ciò, tuttavia, il giudice delle leggi non poteva certo “dimenticare” quel clima di rovente scontro politico-ideologico che aveva caratterizzato l'adozione della Legge n. 40⁴⁹, che aveva portato alla richiesta di più referendum abrogativi⁵⁰ e che l'aveva già chiamato in causa in precedenza⁵¹. Di qui, probabilmente, l'astensione dall'uso dell'istituto dell'illegittimità consequenziale e il cauto accoglimento “parziale” della questione concernente l'art. 14, co. 3. La Corte, in altri termini, è intervenuta con la “scure” della declaratoria d'incostituzionalità laddove proprio non poteva farne a meno, astenendosi dal farlo dove ha reputato che le tecniche interpretative, suffragate ora dalle argomentazioni da essa stessa proposte, potessero ottenere per altre vie i medesimi risultati. Il rischio, avvertito dal giudice delle leggi, era quello di utilizzare la Costituzione come una “clava” nei confronti di una delle parti, trasformandola da cosa di tutti a cosa solo di alcuni contro altri⁵², altresì delegittimando la giustizia costituzionale e l'organo che la assicura, quando, tutt'al contrario, «c'è bisogno di un contesto di condivisione della Costituzione, perché da ciò dipende l'efficacia della giustizia costituzionale; e c'è bisogno di una giurisprudenza costituzionale che, a sua volta, non danneggi, anzi promuova tale contesto»⁵³.

L'utilizzo del “cesello”, tuttavia, ha un prezzo: quello delle (ora ancora maggiori) disarmonie interne alla legge, delle incostituzionalità dichiarate tra le linee, cui, lo si è già detto, saranno gli operatori giuridici, e i giudici primi tra tutti, a dare soluzione. Per un accoglimento che ha messo in luce la necessaria tutela del diritto alla salute della donna nel corso della terapia della fecondazione assistita (il “detto”), sono rimaste nel corpo della legge talune disposizioni che quello stesso diritto alla salute mettono in pericolo e che pure, stante la chiarezza delle argomentazioni utilizzate dalla

⁴⁷ ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit., 78.

⁴⁸ MANETTI, *La sentenza sulla pma*, cit.

⁴⁹ Sulle cui «premesse culturali» v. le attente osservazioni di BRUNELLI, *Strategie*, cit., 35 e segg.

⁵⁰ O, meglio, di un «plurireferendum», con ciò intendendosi la «presentazione contemporanea di più iniziative di abrogazione popolare (ed eventualmente di più decisioni del corpo elettorale) aventi ad oggetto una medesima legge, i cui quesiti risultino in vario modo sovrapposti» (così CARNEVALE, *Ragioni, pretese e reali, della prassi del «plurireferendum» ugualmente orientato (in margine all'attuale vicenda dei referendum in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *I referendum sulla fecondazione assistita*, a cura di Ainis, Milano, 2005, 56).

⁵¹ In sede, appunto, di giudizio d'ammissibilità dei referendum: cfr. Corte cost., 28 gennaio 2005, nn. 45-46-47-48-49, in questa *Rivista*, 2005, 2017 e segg. Per una analisi di dette pronunce v. i diversi contributi in *I referendum sulla fecondazione assistita*, cit., 317 e segg.

⁵² Così, quasi testualmente, ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 296.

⁵³ ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 296.

Corte, in via interpretativa sono riconducibili ad armonia con la Costituzione⁵⁴ o, tutt'al più, possono essere rese inoperanti⁵⁵ (il “non detto”). Insomma, ancora una volta il giudice delle leggi, per svolgere il proprio ruolo, chiede l'aiuto dei giudici comuni e della loro sensibilità costituzionale⁵⁶, fornendoli peraltro di una guida certa: la tutela della salute della donna.

⁵⁴ È il caso, visto poc'anzi, dell'art. 14, co. 3, e delle eccezionali condizioni legittimanti la sospensione del trattamento di fecondazione assistita.

⁵⁵ Ci si riferisce, in questa sede, all'art. 6, co. 3, che in verità già prima della sentenza in commento era stato ritenuto «incoercibile» (v., sul punto, MODUGNO, *La fecondazione assistita*, cit., 398; VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita*, cit., 533; ora di quest'idea anche MANETTI, *La sentenza sulla pma*, cit.) e all'art. 14, co. 4, che oggi può essere interpretato nel senso che la riduzione di gravidanze plurime è consentita qualora lo esiga la tutela del diritto alla salute della donna. Come si ricorderà, nel testo ci si era dimostrati perplessi sulla scelta della Corte di non ricorrere nei confronti di tali disposizioni all'istituto dell'illegittimità consequenziale. La perplessità rimane, poiché espungerle dall'ordinamento avrebbe senz'altro “fatto chiarezza”; è anche vero, però, che i loro effetti incostituzionali, come si è provato a dire, possono essere annullati anche per via interpretativa.

⁵⁶ Sui rischi di una tale tecnica v. le riflessioni, in relazione al caso in esame ma con valenza generale, di DEFFENU, *Alcuni buoni motivi*, cit., 81 e segg., e MALFATTI, *Il “caso Cagliari” tra gli indicatori di nuovi orizzonti, nei rapporti tra giurisdizioni: verso un “controllo diffuso” di costituzionalità di normative di settore?*, in *Dalla provetta alla Corte*, cit., 151 e segg., nonché, ora, quelle di TRUCCO, *Procreazione assistita*, cit.