

LARA TRUCCO

**PROCREAZIONE ASSISTITA: LA CONSULTA, QUESTA VOLTA,
DECIDE DI (ALMENO IN PARTE) DECIDERE**

(Corte costituzionale, sentenza n. 151 del 2009)¹

(per gentile concessione della Rivista “Giurisprudenza Italiana”)

Sommario: **1.** I precedenti giurisprudenziali in materia. – **2.** Le argomentazioni della Corte costituzionale. – **3.** La decisione di parziale accoglimento. – **4.** *Segue:* ...e la decisione di accoglimento “parziale”. – **5.** L’impatto sistemico della pronuncia.

1. I precedenti giurisprudenziali in materia

La [decisione n. 151 del 2009](#) con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimi i commi 2 e 3 dell’art. 14 della l. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, nel prosieguo, “Legge n. 40”), giunge attesa ma con esiti che, per certi versi, non era lecito sicuramente attendersi, se si conviene nel ravvisare una varietà di profili procedurali² su cui essa avrebbe potuto fondare una decisione di inammissibilità, specie per come la questione le era stata prospettata *ab origine*, a dimostrazione di come, quando lo ritenga necessario, la Corte non manchi di modulare il proprio sindacato sul requisito della “rilevanza”³.

¹ 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..

² Dei profili procedurali della questione si occupa approfonditamente, in questo sito, CHINNI, [La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla Legge n. 40/2004.](#)

³ Prima della decisione della Corte e sia pur con esclusivo riferimento alla sentenza-ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale del T.A.R. Lazio del 2008 (v. *infra*, la nota n. 19), le questioni relative alla “rilevanza” (oltre a quelle concernenti “il merito” della questione) sono emerse in occasione del “Seminario preventivo” svoltosi a Ferrara il 18 aprile 2008, sul tema, i cui atti sono contenuti nel volume *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotta, P. Veronesi, Torino 2008: si vedano, specificamente, i contributi di Arconzo, G. D’Amico, Deffenu, Galipò, Manetti, Penasa, Pugiotta, Trucco (per qualche ulteriore spunto, all’indomani dell’atto di promovimento del Tribunale di Firenze, cfr. inoltre *infra*, § 2). In particolare, ha attirato l’attenzione la sollevazione della questione con sentenza anziché con ordinanza ex art. 23 della l. n. 87 del 1953, ritenuta irrituale specie in quei casi, come quello di specie, in cui questo atto «che si potrebbe definire “anfibo” se non addirittura “a due teste”», non si limiti ad “introdurre” in

Limitando comunque, in questa sede, la nostra attenzione prioritariamente ai profili attinenti al merito della questione, è preliminarmente opportuno constatare come la sentenza in commento rappresenti l'approdo di un percorso portato avanti dalla giurisprudenza sia ordinaria, sia amministrativa, che ha condotto al progressivo "scardinamento" della Legge n. 40 e delle connesse regole di attuazione contenute nelle "Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita" (D.M. della Salute, 21 luglio 2004, aggiornato dal D.M. 11 aprile 2008, nel prosieguo, "Linee-guida"). Tali norme, infatti, per le ragioni che meglio si vedranno nel prosieguo, sono state talora considerate incompatibili con principi di carattere costituzionale.

A ciò si è pervenuti, per vero, attraverso un'articolazione di posizioni giurisprudenziali. In occasione, infatti, delle prime pronunce in materia (ci riferiamo, segnatamente, alla decisione del Tribunale di Catania del 2004⁴ ed a quelle del T.A.R. Lazio del 2005⁵), rese quando ancora erano "vive" le ragioni dell'approvazione del testo, nelle argomentazioni giudiziali ebbe «il suo più grande rilievo», unitamente alle interpretazioni di ordine letterale⁶ e sistematico⁷, il richiamo all'"intenzione del legislatore"⁸, il quale, per stessa ammissione degli organi giudicanti, finì per

via "interlocutoria" il giudizio costituzionale, ma presenti un contenuto decisorio circa il merito dei giudizi *a quibus*, tale da snaturarne la sostanza (cfr. GIRELLI, [E' consentito sollevare questione di legittimità costituzionale con sentenza?](#)); in un'ottica più pragmatica, si è invece condiviso la scelta del giudice costituzionale di non assumere una posizione eccessivamente rigorosa sulle questioni "di forma", dando la priorità alla "sostanza" della questione (cfr. CHINNI, [La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto"](#), cit.).

⁴ Cfr. Trib. Catania, sez. I civ., 3 maggio 2004, in *Giur. It.*, 2088 e segg.

⁵ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 9 maggio 2005, n. 3452, in *Foro amm. TAR*, 2005, 5, 1579 e segg.; e *Id.*, 2005, del 23 maggio 2005, n. 4046-7, *ibidem*, 1591.

⁶ Più precisamente, in questa prima fase è stata valorizzata la lettura congiunta della dizione «finalità terapeutiche e diagnostiche», contenuta nella Legge n. 40, radicando con ciò l'idea che non potesse esservi finalità diagnostica dissociata da possibilità terapeutica, ovvero che la finalità diagnostica sarebbe dovuta essere – e non sarebbe potuta non essere – strumentale al successivo intervento terapeutico, chiamato a sua volta a presentare una qualche probabilità di riuscita. Ciò comportava che se la finalità diagnostica fosse stata fine a se stessa, nel senso di "limitarsi" a rendere nota la presenza di eventuali patologie senza essere supportata da nessuna tecnica idonea a rimediare all'anomalia riscontrata, veniva considerata vietata dalla Legge. Su questa base, il T.A.R. del Lazio nella sentenza del 9 maggio 2005, cit. (confermata successivamente dalle pronunce n. 4046 e 4047 del 23 maggio 2005, cit.), ha fatto salve le Linee-guida del 2004, tra le altre, proprio nella parte in cui disponevano che «ogni indagine relativa alla salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14 comma 5, [sarebbe dovuta] essere di tipo osservazionale», sostenendo che l'ipotesi di diagnosi preimpianto concernente le qualità genetiche dell'embrione non rientrasse nei casi consentiti dalla legge, e che anzi sarebbe finita per ricadere nel divieto di selezione a scopo eugenetico, pur trattandosi di un caso di "eugenetica negativa", volta, cioè, a far sì che non nascano persone portatrici di malattie ereditarie e non a perseguire scopi di miglioramento della specie umana (cfr. altresì a tale riguardo le note n. 20 e n. 37).

⁷ In particolare, a sostegno dell'esclusione della liceità della diagnosi preimpianto hanno deposto elementi tratti dalla disciplina complessiva della procedura di procreazione medicalmente assistita disegnata dalla Legge n. 40, e precisamente: la previsione della revocabilità del consenso solo fino alla fecondazione dell'ovulo; il divieto di creazione di embrioni in numero superiore a quello necessario per un unico impianto (reputato) obbligatorio quindi per tutti gli embrioni (art. 14, 2° comma); e il divieto di crioconservazione e di soppressione di embrioni (art. 14, 1° comma).

⁸ Particolarmente, dall'interpretazione della Legge n. 40 alla luce degli scopi dalla stessa perseguiti e dei suoi criteri ispiratori sarebbe emersa la preoccupazione di restringere entro limiti rigorosi la ricerca scientifica sugli embrioni, «in via generale vietata salvo le eccezioni previste dalla legge», «nonché

imporre «un ancor più attento (se possibile) scrupolo deontologico e un ancor più rigoroso autocontrollo nell'esercizio dei propri poteri e nell'adempimento dei propri doveri [si intende, da parte dei giudici], onde non arrogarsi – con l'alibi del perseguimento di una maggiore “giustizia sostanziale” – il potere di dare o negare e a quali condizioni la salute e la vita⁹».

Un simile *habitus* mentale è andato però affievolendosi man mano che la normativa sulla procreazione assistita ha trovato applicazione, avvalorando la presenza di problematiche tali da far affiorare innanzi agli organi giudiziari «ingiustizie» ed «irrazionalità» della legge¹⁰, così repute, sulla scorta della dottrina più sensibile a questi temi, rispetto ai principi e valori costituzionali¹¹. Un primo momento di notevole frizione¹² si è avuto in occasione della controversia sottoposta al Tribunale di Cagliari nel 2005¹³ chiamato ad affrontare «uno degli aspetti cruciali, più complessi, delicati e controversi¹⁴» della Legge n. 40: quello relativo all'analisi preimpianto.

Nell'occasione, oggetto del contendere era infatti stato il diritto, da parte di soggetti portatori di patologie trasmissibili per via genetica che avevano fatto ricorso alle tecniche di procreazione assistita, di poter espletare questo tipo di analisi sugli embrioni fecondati, in vista di non procedere all'innesto nell'utero materno di entità embrionarie risultate malate. Tuttavia, a differenza di quanto avvenuto in precedenza, in questo caso, il giudice cagliaritano, ritenendo di non poter definire il procedimento indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale

l'intento di garantire in tale ottica la massima tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione» (così Trib. Catania, 3 maggio 2004, in *Giur. It.*, 2004, 2089).

⁹ Così Tribunale di Catania, 3 maggio 2004, cit., 2089.

¹⁰ Ci si riferisce, in particolare, a quanto prospettato nei ricorsi che hanno dato impulso al gruppo di decisioni del T.A.R. Lazio del 2005, citt.

¹¹ Tra le prime voci dottrinali che misero in luce problemi di incostituzionalità della Legge n. 40, v. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. Dir.*, 2004, 453 e segg., che «ancor prima delle singole disposizioni» ritenne esser «la legge nel suo complesso a mostrarsi radicalmente incostituzionale»; CAGGIA, *Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (breve riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della L. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Giur. It.*, 2004, 2093, che evidenziò «alcune delle contraddizioni e delle rigidità presenti nell'impianto normativo»; e TRIPODINA, *Studio sui possibili profili d'incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 501 e segg., che soffermò la sua attenzione sulle implicazioni della prevalenza, nel testo legislativo, dei diritti dell'embrione rispetto ad altri valori costituzionalmente garantiti.

¹² Nell'occasione cominciò infatti a farsi spazio, sul piano esegetico, l'idea che il tenore letterale dell'art. 13 della Legge non sarebbe stato ostativo ad un'interpretazione favorevole dell'analisi preimpianto (e più estensivamente, alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni) a condizione che si fossero perseguite finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche, ritenendosi, anzi, questa, una delle poche interpretazioni del disposto compatibile con i principi costituzionali in materia di tutela della salute. In particolare, nei casi come quello in esame, sarebbe entrato in gioco – piuttosto che il comma 3 – , il comma 5 dell'art. 14 della legge n. 40/2004, che riconosce ai componenti della coppia che ha avuto accesso alla procreazione medicalmente assistita il diritto di essere informati, a loro richiesta, “sullo stato di salute di embrioni prodotti e da trasferire nell'utero”, rivendicandosi la presenza di un vero e proprio obbligo della struttura sanitaria di praticare la diagnosi preimpianto in una prospettiva di solo beneficio per i soggetti legittimati richiedenti il trattamento.

¹³ Trib. Cagliari, 16 luglio 2005, n. 5026, in *Giur. It.*, 2006, 6, 1167 e segg.

¹⁴ Così BANCHETTI, *Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica*, in *Giur. It.*, 2006, 6, 1169-70.

dell'art. 13 della Legge n. 40, aveva deciso di rivolgersi alla Corte costituzionale, prospettando la violazione, da parte della menzionata normativa, degli artt. 2, 3 e 32 Cost.¹⁵. La Corte finì però per eludere la trattazione nel merito della questione sottoposta (v. Corte cost., [ord. n. 369/2006](#)¹⁶), preferendo trincerarsi, attraverso una serie di strategie argomentative che non mancarono di far trapelare una qualche sua difficoltà ad occuparsi della questione, dietro un sostanziale *non liquet*, col risultato di lasciare sostanzialmente impregiudicata la questione¹⁷.

Vistosì dunque restituire praticamente intatto l'oggetto indubbiato, il Tribunale di Cagliari, tenuto conto, tra l'altro, di come «neppure dai lavori parlamentari [fosse] possibile trarre elementi univoci che [giustificassero] l'affermazione secondo cui la diagnosi preimpianto sarebbe vietata anche nella specifica ipotesi in cui la stessa sia stata richiesta, ai sensi del 5° comma dell'art. 14, al fine di ricevere adeguata informazione sullo stato di salute dell'embrione destinato all'impianto» reputò a quel punto preferibile ed anzi “doveroso”, tra le varie interpretazioni possibili del testo, abbracciare quella maggiormente capace di assicurare una «lettura costituzionalmente orientata della norma», ritenendo tale quella favorevole al riconoscimento della piena legittimità dell'accertamento diagnostico preimpianto, alla luce, *in primis*, del fondamentale valore della salute umana, disattendendo contestualmente (*ex art. 5, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*), in quanto *contra legem*, la norma di rango secondario contenuta nelle Linee-guida conformanti il divieto¹⁸.

Il quadro venutosi così a creare sul versante relativo all'analisi preimpianto è stato confermato dalla giurisprudenza del Tribunale di Firenze del 2007, secondo cui non solo la legge non prevederebbe un divieto di preimpianto, ma addirittura sottintenderebbe l'opportunità di svolgerlo¹⁹, e compiutamente definito dalla decisione (pressoché contestuale a quella del giudice fiorentino) del

¹⁵ Più precisamente, nell'ordinanza di rimessione il giudice cagliaritano prospettò la violazione degli artt. 2 e 32 Cost. sotto il profilo, da un lato, del rischio di danni biologici dell'embrione dovuti al periodo di crioconservazione (in seguito al rifiuto d'impianto da parte della donna) e, dall'altro lato, di minaccia per la salute della donna derivante dall'impossibilità di accertare lo “stato” dell'embrione. L'art. 3 della Carta costituzionale fu invece chiamato in campo per la ingiustificata disparità di trattamento che la Legge n. 40 avrebbe provocato tra la posizione dei genitori ai quali è riconosciuto il diritto all'informazione sulla salute del feto nel corso della gravidanza attraverso l'amniocentesi e quella della coppia nella fase della procreazione assistita che precede l'impianto a cui invece analogo conoscenza non è accordata.

¹⁶ Cfr. Corte cost., [9 novembre 2006, n. 369](#), in *Giur. It.*, 2007, 1617 e segg..

¹⁷ Come già osservato in altra occasione (cfr. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. It.*, 2007, 1622). Si vedano, a conforto di tale posizione, per esempio, CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, 3849; TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita*, *ivi*, 3850; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, *ivi*, 3859; e A. Morelli, [Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi](#).

¹⁸ Cfr. Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Foro It.*, 2007, I, 3245 e segg. (spec. il § 6).

¹⁹ Cfr. Trib. Firenze, 17 dicembre 2007, in *Foro It.*, 2008, I, 632. Per un'analisi critica di tale pronuncia v. PELLIZZONE, *Fecondazione assistita e interpretazione costituzionalmente conforme. Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giur. cost.*, 2008, 553 e segg., che rileva come sia il tribunale fiorentino, sia quello cagliaritano sarebbero andati «al di là della lettera e della *ratio* della legge, la quale vieta la diagnosi preimpianto senza lasciare spazio a diverse posizioni interpretative».

T.A.R. Lazio del 2008²⁰, con cui sono state annullate le Linee-guida del 2004 là dove, integrando la parte censurata dai giudici ordinari (contenuta nelle Misure di Tutela dell'embrione), statuivano che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro* sarebbe dovuta limitarsi ad essere di tipo osservazionale. Sicché, all'indomani di tali pronunce, è stato gioco-forza per il legislatore, pure in scadenza di mandato, prendendo atto delle intervenute soppressioni *ex parte iurisprudientiae*, mettere mano a nuove Linee-guida (v. D.M. 11 aprile 2008)²¹.

2. Le argomentazioni della Corte costituzionale

Intervenuto dunque così, sia pure solo a livello giurisprudenziale, il riconoscimento della facoltà di procedere all'analisi genetica preimpianto degli embrioni (qui si fermano il Tribunale di Cagliari e il T.A.R. Lazio²²) la successiva attenzione, del tutto conseguentemente, si è concentrata sia sul persistente divieto (salvo le ipotesi previste dall'art. 14, 3° comma della Legge n. 40) di crioconservazione degli embrioni che fossero risultati malati, sia sul connesso obbligo di creazione ed impianto contestuale nell'utero della donna di tre entità embrionarie (trattandosi, allo stato attuale delle conoscenze, dell'ammontare massimo trasferibile in un'unica soluzione, idoneo a scongiurare al possibile eventuali ipotesi di congelamento delle entità embrionarie soprannumerarie) a fronte della possibilità, conseguente a quella giurisprudenza, in caso di accertata presenza di embrioni malati, di procedere all'innesto di un numero inferiore²³.

È stato lo stesso T.A.R. Lazio, nella decisione del 2008 poco più sopra menzionata, a farsi carico di tali problematiche, prospettando una nuova questione alla Corte costituzionale. Dal canto suo, anche il Tribunale di Firenze, di lì a breve, si sarebbe fatto portatore, davanti alla Consulta, di un ulteriore profilo controverso, dato dall'assunta inefficacia dell'analisi preimpianto in quelle ipotesi

²⁰ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. III-quater, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Foro It.* 2008, 4, 207 e segg..

²¹ Deve peraltro segnalarsi come la soppressione, dal disposto delle Linee-guida, dell'analisi di tipo osservazionale non abbia mancato di ingenerare ambiguità interpretative: a fronte infatti di chi ravvisa in essa l'eliminazione di un vincolo (alla possibilità di espletare l'analisi preimpianto, anche a fini diagnostici), si pone chi, invece, ne considera l'idoneità a far (ri)emergere il divieto di analisi preimpianto nella sua interezza (dunque, pure relativamente all'analisi di tipo osservazionale), essendo stata tenuta ferma la proibizione di «ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica».

²² Per quanto riguarda il Tribunale di Firenze nella decisione del 2007, cit., v. la nota successiva.

²³ È stato il Tribunale di Firenze nella decisione del 2007 cit., ammessa la possibilità di espletamento dell'analisi preimpianto, tra i primi giudici a disporre (esplicitamente) la crioconservazione degli embrioni malati «sino all'esito della tutela di merito». A tale conclusione esso pervenne, presupponendo, da un lato, l'illiceità di «trattamenti sanitari» che fossero derivati da eventuali obblighi di impianto (*ex art. 32 Cost.*) di embrioni malati, e facendosi carico, dall'altro lato, almeno in parte, della sorte delle entità embrionarie assoggettate a verifica. A tale riguardo, può non essere privo di significato il fatto per cui, pur essendo state messe a punto nell'aprile 2008, le «nuove» [Linee-guida](#) ministeriali tengano in considerazione le decisioni del Tribunale di Cagliari e del Tar Lazio ma non questa ordinanza, pure coeva, del Tribunale fiorentino (v. il testo).

in cui, per bene operare, sarebbe stato necessario per il medico poter disporre di un numero superiore di embrioni rispetto a quello massimo consentito dalla Legge n. 40²⁴.

Dopo aver selezionato e rilevato i profili «largamente coincidenti» delle due vicende, il giudice delle leggi ha optato per la trattazione congiunta delle questioni prospettate. La Corte ha preso le mosse dalla considerazione per cui, con l'escludere la possibilità di creare un numero di embrioni superiore a tre, senza in alcun modo tener conto delle variabili che possono condizionare l'esito di ogni specifico caso, il divieto di cui al 2° comma, dell'art. 14, della Legge n. 40, avrebbe finito per mortificare gli obiettivi della legge stessa, data l'evenienza, di più probabile realizzazione rispetto a situazioni in cui vigano parametri dotati di maggiore flessibilità, che i tre embrioni prodotti potessero non risultare in grado di dare luogo alla gravidanza voluta. Infatti, l'eccessiva rigidità del limite posto in via legislativa al numero di embrioni impiantabili avrebbe finito per compromettere il principio che, come lo stesso giudice costituzionale ha evidenziato, in materia di pratica terapeutica deve rappresentare «la regola di fondo», vale a dire, l'autonomia responsabile del medico.

In particolare, coll'impedire al medico di valutare il trattamento più adeguato per ogni paziente, in modo tale da poter procedere di volta in volta a quantificare il limite numerico di embrioni da impiantare sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, lungi dal risultare idoneo ad assicurare «un serio tentativo di procreazione assistita» come preconizzato dalla legge, il predetto limite avrebbe piuttosto finito per aumentare i rischi di pregiudizio per la salute della donna, per la possibile insorgenza di patologie collegate alla reiterazione dei cicli di stimolazione ovarica. Inoltre, tale pratica, si sarebbe posta in contrasto frontale con il principio della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita (espresso all'art. 4, comma 2, della Legge n. 40). E, soprattutto, col principio di eguaglianza: in costanza, infatti, del divieto di procedere a riduzioni embrionarie selettive (v. art. 14, comma 4 della Legge n. 40), la previsione di un trattamento identico in presenza di situazioni in cui siano maggiori le possibilità di attecchimento dell'embrione l'applicazione della medesima metodica, avrebbe finito per portare al probabile presentarsi di gravidanze plurime.

Di qui dunque la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della previsione normativa della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, per violazione, rispettivamente, dell'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna «– ed eventualmente [...] del feto – ad esso connesso»; e dell'art. 3, riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza.

²⁴ Cfr. Trib. Firenze, ordd. 12 luglio e 26 agosto 2008 citt.

Esaminato con ciò l'*iter* argomentativo della Corte ed anticipatone, nelle sue grandi linee, il punto di approdo, è opportuno ora fare un passo indietro per segnalare come, al di là dei profili comuni ai due casi esaminati, il “materiale” somministrato dai giudici di merito sia stato, a conti fatti, più abbondante, specie nella parte fornita dal tribunale fiorentino, rispetto a quello poi effettivamente utilizzato nel dar forma alla decisione²⁵.

Beninteso, ciò non solo è nella possibilità della Corte ma il fatto di rimodellare e amalgamare financo i tratti essenziali delle questioni prospettate può dirsi del tutto fisiologico e corrispondente ai metodi decisionali del giudice costituzionale. Quel che però preme rimarcare è come, nel caso di specie, la tecnica di componimento/scomposizione di quanto pervenuto alla Consulta sia stata portata alle estreme conseguenze, risultando, sia pure “in controluce”, determinante nell'intero *iter* decisorio.

In particolare, mentre il Tribunale capitolino avrebbe fornito un contributo essenziale dal punto di vista argomentativo, col prospettare una «motivazione» (in punto d'illegittimità della normativa impugnata) «particolarmente lucida ed articolata²⁶», l'ingresso, da parte del Tribunale fiorentino, nel giudizio di costituzionalità, sembrerebbe aver svolto una funzione “di compensazione”, sul versante procedurale (prima ancora che “di merito”²⁷), determinante, in particolare, nel giudizio di ammissibilità della questione, fornendo al giudice costituzionale “un oggetto” più “solido” (in

²⁵ Ciò con riguardo sia al parametro, sia all'oggetto (e, per certi versi, pure, come vedremo, all'impianto strutturale del dispositivo: cfr. *infra*, §§ 3 e 4). Così relativamente al parametro, il Tribunale di Firenze, oltre agli artt. 3 e 32 Cost. aveva chiamato altresì in campo gli artt. 2 e 13 Cost.; quanto, poi, all'oggetto, esso aveva prospettato l'incostituzionalità, oltre che del 2°, anche del 1° comma dell'art. 14 della Legge n. 40, (v. l'ord. dell'11 luglio 2008), che, invece, il giudice costituzionale ha fatto salvo (sia pur nei modi che si vedranno al § 4); ed inoltre aveva sollevato la questione d'incostituzionalità dell'art. 6, 3° comma, laddove prevede la irrevocabilità del consenso da parte della donna all'impianto in utero degli embrioni creati (v. le ordd. dell'11 luglio 2008 e del 23 agosto), e dell'art. 14, 4° comma, che vieta la riduzione embrionaria di gravidanze plurime: tuttavia entrambe le questioni sono state dichiarate manifestamente inammissibili dalla Corte costituzionale.

²⁶ Così CASABURI, in nota alla sentenza del T.A.R. Lazio del 21 gennaio 2008, cit., 209.

²⁷ Tre, fondamentalmente i profili su cui si è incentrata la *quaestio* prospettata dal T.A.R. Lazio nella sentenza-ordinanza del 21 gennaio 2008, cit.:

1) il primo dubbio di legittimità ha investito l'art. 14 in rapporto all'art. 3 Cost., con riguardo all'«intrinseca irrazionalità» e violazione del «canone di ragionevolezza» da parte della previsione normativa, data l'inidoneità della predeterminazione del numero di embrioni da impiantare di favorire il conseguimento della finalità della legge di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità umana, garantendo la tutela di tutti i soggetti coinvolti».

2) Il secondo ha riguardato la «disparità di trattamento» tra donne che la disciplina impugnata avrebbe generato, in considerazione del fatto che situazioni in se stesse diverse avrebbero finito per soggiacere allo stesso trattamento predeterminato per legge.

3) Infine, il terzo è stato sollevato con riguardo all'art. 32 Cost. evidenziando il rischio, seguendo le metodiche stabilite dalla normativa, di produrre nelle pazienti sindromi da iperstimolazione ovarica, tra l'altro, in violazione del principio, a cui la Legge n. 40 dichiara di ispirarsi, di “minore invasività” delle cure.

Tali argomentazioni sono riprese dal Tribunale di Firenze ed arricchite, da un lato, di dati statistici «a conferma [...] dell'insuccesso della Legge in questione» (v. ord. dell'11 luglio, cit., 27 e seg.; e ord. del 23 agosto, cit., 143); e, dall'altro lato, di tutta una serie di considerazioni sulle implicazioni di “tipo etico” derivanti dall'assunzione di determinate scelte. Inoltre il Tribunale fiorentino ha sottoposto al vaglio del giudice costituzionale l'art. 6, 3° comma e l'14, 4° comma della legge n. 40, rispettivamente, «a corollario» e «di conseguenza», rispetto alle altre prospettazioni (v., al proposito, altresì la nota n. 24).

quanto di rango certamente primario, senza dover procedere ad alcun tipo di traslazione contenutistica tra norma di rango secondario e primario, secondo quanto invece prospettato dal giudice amministrativo²⁸) su cui pronunciarsi; ma anche argomentazioni più approfondite circa la medesima ammissibilità, pure sotto il profilo dell'impossibilità di fornire interpretazioni adeguatrici delle norme impugnate (praticamente assenti nell'esposizione del giudice amministrativo).

A quest'ultimo riguardo è anzi possibile ritenere in modo ancor più decisivo che questa sorta di "doppio binario" giurisprudenziale, abbia, nel caso di specie, fornito della necessaria concretezza la questione²⁹. Ciò, là dove si convenga nel ritenere che l'impugnativa delle norme contenute nelle Linee-guida (ivi incluso l'art. 14, 2° e 3° comma) innanzi al T.A.R. Lazio, prescindendo da una controversia in atto³⁰, per superare il vaglio del giudizio di rilevanza avrebbe necessitato di una dilatazione – invero improbabile – di tale requisito al punto da toccare la "mera applicabilità teorica della norma". Mentre, come s'è in parte anticipato, i contorni della rilevanza relativamente al caso affrontato dal Tribunale fiorentino sono parsi più netti sin dalla prospettazione del caso controverso (in disparte l'eventualità di una *fictio litis*, in presenza di azioni *tout court* "di accertamento contrattato" giudiziale di un diritto³¹).

3. La decisione di parziale accoglimento

Da ultimo, di sicuro interesse è la costruzione del dispositivo, considerato che l'art. 14, 2° comma, della Legge n. 40 è stato dalla Corte dichiarato illegittimo limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», sulla base della soluzione di parziale accoglimento prospettata dal Tribunale fiorentino (nel pressoché totale silenzio, sul punto, del giudice amministrativo). Per cui resta in piedi la parte della disposizione che prevede che «Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica» anche

²⁸ Secondo il T.A.R. Lazio, infatti, la previsione delle Linee-guida impugnata, pur proposta avverso un atto a contenuto generale di fonte secondaria, avrebbe toccato, in realtà, l'articolo 14, commi 2 e 3, della Legge n. 40 «atteso che tali norme regolamentari costituiscono letterale e pedissequa espressione della legge».

²⁹ Cfr. sul punto altresì CHINNI, [La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto"](#).

³⁰ Al riguardo, si rammenti che, tra le eccezioni di inammissibilità prospettate al giudice delle leggi, vi è stata quella concernente la carenza di interesse diretto della parte ricorrente nel giudizio *a quo*, su cui nel giudizio di merito si era formato il giudicato. La Corte, tuttavia, nella decisione in commento evita di addentrarsi nella sostanza del problema, ritenendo, in un'ottica formale che «Neppure tale eccezione [meritasse] accoglimento, avendo il TAR non implausibilmente affermato che sulla legittimazione ad agire della Warm non vi [fosse] alcuno spazio di riesame, essendosi, sul punto, formato il giudicato, secondo quanto si evincerebbe dalla sentenza di rinvio del Consiglio di Stato».

³¹ Nel caso di specie, infatti, come rivela l'ord. dell'11 luglio, "Le responsabili del Centro convenuto [...] [concordavano] sul merito della vicenda" (v. pag. 23); dal canto loro, secondo quanto riportato dall'ord. del 23 agosto, si erano riservati la "vittoria di spese, diritti e onorari di giudizio solo per il non creduto caso di contestazione da parte del Centro medico convenuto" (v. pag. 136).

come recepita dalle Linee-guida, «non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario»³².

Tornando alla vicenda che ha dato impulso all'ordinanza del Tribunale fiorentino, sembrerebbero dunque esser venute meno anche quelle ragioni, legate, come si diceva, all'obbligo per i medici di impiantare comunque tre embrioni, che ancora portavano alcuni centri di fecondazione a ritenere pressoché inutile procedere all'analisi preimpianto, dato il divieto, anche ove ne fosse emersa l'opportunità, di procedere "al rialzo" rispetto al limite massimo imposto dalla Legge n. 40³³. Le risultanze dell'analisi preimpianto, specie in situazioni "a rischio", dovrebbero quindi rientrare a pieno titolo nell'ambito delle condizioni prognostiche sulla cui base viene medicalmente valutato il numero "necessario" di embrioni da formare e da trasferire all'interno dell'utero della paziente³⁴, considerato che, come evocato all'inizio, proprio la richiesta di poter procedere a questo tipo di analisi è stata alla base dell'intervento del giudice costituzionale, costituendo a tutti gli effetti un presupposto della sua decisione³⁵.

Ma anche la prospettazione, come lecita, dell'analisi preimpianto pone una serie di questioni difficilmente risolvibili a prescindere da un intervento del legislatore in materia³⁶. In particolare, tra

³² In tale prospettiva, secondo gli operatori del settore, «Le principali linee di innovazione internazionali hanno portato ad una maggiore modulazione e personalizzazione delle terapie, tendenti a migliorare la qualità embrionaria più che la quantità, ed a privilegiare una forte limitazione del numero di embrioni trasferiti in utero, limitando altresì la quantità di embrioni crioconservati». Il percorrimto di tale strada consentirebbe «oggi in alcuni paesi un tasso di gravidanza cumulativo doppio di quello italiano, un tasso di gemellarità contenuto all'1%, l'azzeramento delle gravidanze multiple con relativi ricoveri in unità di terapia intensiva neonatale, il contenimento della esposizione a farmaci della paziente», ed altresì un «notevole contenimento della spesa sanitaria, rappresentata per la maggior parte proprio dall'assistenza ai prematuri da gravidanza multipla nonché dalla reiterazione dei trattamenti per molteplici cicli» (così gli Operatori del settore della cura dell'infertilità ed i rappresentanti della Società Italiana di Ginecologia ed Ostetricia nel *Position paper* messo a punto a Bologna, il 18 aprile 2009, in <http://www.sismer.it/download/allegati/fn000023.doc>, 1).

³³ Invece, secondo quanto emerge dalla Relazione del ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, *Sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, presentata al Parlamento, il 25 marzo 2009 (in <http://www.iss.it/binary/rpma/cont/relazioneministroattivit centri2007.pdf>, a pag. 6) l'impianto degli embrioni "al ribasso", ovvero in numero inferiore ai tre previsti dalla Legge n. 40, viene di fatto già praticata. Precisamente: nel 2007, il 49,1 % dei trasferimenti è avvenuto con 3 embrioni (50,9% nel 2006); il 30,5% con 2 (30,4% nel 2006); e il 20,4 % con 1 (18,7% nel 2006).

³⁴ Al proposito, premesso «che è impossibile potere prevedere con precisione le capacità di sviluppo di ogni singolo ovocita, e quali e quanti ovociti saranno destinati a produrre embrioni vitali una volta inseminati», l'evidenza clinica dimostrerebbe che i fattori che maggiormente influiscono sulla prognosi sono: età della partner femminile; qualità del liquido seminale; precedenti fallimenti; tipo di risposta ovarica (così nel *Position paper*, cit., p. 2).

³⁵ V. in particolare l'ordinanza del Tribunale di Firenze dell'11 luglio 2008, cit., 23 e seg., e quella del 23 agosto, cit., a pag. 141. Sul punto, e più in generale sulle ricadute applicative della sentenza, v. M. D'AMICO, in occasione del convegno svoltosi a Milano il 3 luglio 2009, dal titolo *La fecondazione assistita dopo la sentenza della Corte: nuovi spazi e nuovi problemi* (dattiloscritto).

³⁶ Cfr. sul punto DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in www.forumcostituzionale.it, 20 maggio 2009, 3. Con riguardo poi al "come intervenire", e più in generale alle questioni "di metodo" relative ad ambiti eticamente sensibili, cfr., da ultimo, RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, ivi, 3 e segg. In particolare, sulle implicazioni della "svolta", in senso maggioritario, del nostro ordinamento, relativamente alla normazione

i profili maggiormente candidati ad essere sottoposti allo scrutinio della Corte si trova la disparità di trattamento affiorante fra coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili a seconda che siano sterili oppure fertili, considerato che, allo stato, solo le prime hanno accesso alle tecniche di procreazione, e pertanto solo ad esse sarebbe dato di sperare di generare figli sani; mentre le seconde si troverebbero a dover confidare nella “buona sorte” per non trasmettere ai figli i propri geni malati³⁷.

In quest’ottica (senza voler qui considerare la “spinosa” questione dell’accesso alle tecniche da parte di donne *single* e di coppie femminili), è stata considerata un’occasione quanto meno perduta la mancata estensione, in sede di aggiornamento delle Linee-guida, dell’accesso alla riproduzione assistita oltre che dei soggetti portatori di malattie virali sessualmente trasmissibili (v. disposto relativo all’art. 4 della Legge, recante “accesso alle tecniche”), anche di quelli affetti da malattie genetiche³⁸.

Comunque sia, preme ora rilevare come, con riguardo al versante dei “beni giuridici” coinvolti, la decisione in commento consolidi quella giurisprudenza costituzionale che, in materia di pratica terapeutica, reputa la regola di autonomia e di responsabilità del medico «un punto di incrocio dei

concernente i diritti fondamentali ed il ruolo del giudice costituzionale cfr. SORRENTI, *La decisione e la regola. Prime note su alcune tendenze in atto nel sistema politico* (a margine del caso Englaro), 25 maggio 2009, 5 e segg.

³⁷ In quest’ottica, si segnala il “salto in avanti” compiuto, per quanto è dato sapere, dal Tribunale di Bologna (la notizia è riportata, tra gli altri, dal Corriere della Sera OnLine: «*Fecondazione assistita anche per coppie non sterili*». *Il Tribunale di Bologna: sì all’analisi preimpianto dell’embrione*, del 1° luglio 2009) che avrebbe riconosciuto anche alle coppie non sterili che abbiano già avuto bambini concepiti naturalmente, nati però, con gravi patologie di origine genetica, la possibilità di accedere all’analisi preimpianto, affermando che «il divieto di diagnosi preimpianto pare irragionevole e incongruente col sistema normativo se posto in parallelo con la diffusa pratica della diagnosi prenatale, altrettanto invasiva del feto, rischiosa per la gravidanza, ma perfettamente legittima», ritenendola dunque «ammissibile come il diritto di abbandonare l’embrione malato e di ottenere il solo trasferimento di quello sano».

³⁸ Che, tuttavia, il tema dell’ampliamento e della regolamentazione dell’analisi preimpianto sia del tutto estranea all’attuale agenda di governo è dato constatare dalle dichiarazioni rilasciate all’indomani della decisione della Consulta da esponenti di primo piano del Ministero della salute, i quali, hanno anzi messo nuovamente in dubbio la liceità dell’analisi preimpianto, appellandosi alla perdurante vigenza (*ex art. 13, 3°, comma lett. b)*) del divieto di diagnosi preimpianto per finalità eugenetiche (v. la conferenza stampa del 27 maggio 2009, in <http://www.governo.it/Presidente/AudioVisivi/dettaglio.asp?d=46129>). La reazione dei medici non si è fatta attendere, asseverando, a pochi giorni di distanza, tra i «cardini fondamentali» della proprio “protocollo” d’azione «Nel caso in cui la coppia richieda la conoscenza dello stato di salute dell’embrione», la «possibilità di diagnosi genetica preimpianto con proibizione di esami a finalità eugenetica» (così nel documento “Sulle modalità procedurali della PMA dopo la sentenza della Corte Costituzionale sulla Legge 40\2004” messo a punto dalle Società Italiane di Medicina della Riproduzione il 29 maggio 2009; reperibile, tra l’altro, in http://www.cecos.it/news/RICCIONE_%20Documento_Societ%C3%A0.pdf). Interessante è notare come a questo tipo di impegno essi siano giunti facendo propria la definizione di “finalità eugenetica” data dall’Organizzazione Mondiale della Sanità (così come ripresa dalla Carta di Nizza (!)), che la considera alla stregua di «*A coercive policy [directed against whole populations] intended to further a reproductive goal, against the rights, freedoms, and choices of the individual*» escludendo pertanto «*Under the above definition, knowledge-based, goal-oriented individual or family choices to have a healthy baby do not constitute eugenics*» (v. *Review of Ethical Issues in Medical Genetics*, WHO, Geneve, 2003, reperibile, tra l’altro, in http://www.who.int/genomics/publications/en/ethical_issuesin_medgenetics%20report.pdf, 17).

principi di questa materia»³⁹. Ciò che, peraltro, non comporta il riconoscimento al medico di un potere sconfinato, essendo, infatti, egli, chiamato, come chiarisce la Corte nel caso in esame, da un lato, ad operare «con il consenso del paziente», e, dall'altro lato, ad effettuare «le necessarie scelte professionali» alla luce delle «acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica». D'altro canto, la lettura congiunta della decisione in commento coi precedenti resi dal giudice costituzionale in materia (richiamati, peraltro, dalla Corte, nel caso in esame) porta a rilevare come ciò non significhi nemmeno che al legislatore sia senz'altro preclusa ogni possibilità di intervenire, purché gli interventi legislativi «sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza» non nascano «da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore», ma, posto «l'«essenziale rilievo» che, a questi fini, rivestono «gli organi tecnico-scientifici»» prevedano l'elaborazione di indirizzi fondati sulla «verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati»⁴⁰.

Infine, la pronuncia in commento sembra consolidare quella più lontana giurisprudenza volta a tutelare, prima di altri tipi di interessi, la vita e la salute fisica e psichica della donna, dimostrando, inoltre, in senso innovativo, più di una qualche attenzione nei confronti delle aspettative di gravidanza della donna stessa (anche al prezzo del sacrificio delle entità embrionarie). Ciò che costituisce un passo in avanti nella direzione di riconnettere il riconoscimento della situazione giuridica di vantaggio ad esigenze più intimamente individuali, a prescindere dall'esclusiva connessione col valore della salute, da un lato, e del «peso» della malattia, dall'altro lato⁴¹.

4. Segue: ...e la decisione di accoglimento «parziale»

Come segnala la stessa Corte in un passaggio chiave della propria pronuncia, sarebbe stata la stessa Legge n. 40, col predefinire il limite massimo di embrioni impiantabili, ad acconsentire al rischio che alcuni di essi potessero non dare luogo a gravidanza, ammettendo, almeno implicitamente, un affievolimento della loro salvaguardia dovuto alla «necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione», «in conformità alla finalità proclamata dalla legge».

³⁹ Così Corte cost., [26 giugno 2002, n. 282](#), in *Giur. It.*, 2002, 2006 segg.

⁴⁰ Così Corte cost., [26 giugno 2002, n. 282](#), cit.; successivamente consolidata dalla [sentenza 14 novembre 2003, n. 338](#), in *Giur. cost.*, 2003, 3547 e segg. Sul tema, con specifico riguardo alle biotecnologie, v. il volume dei *Quaderni del "Gruppo di Pisa"* curato da D'ALOIA, *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2004.

⁴¹ Cfr. sul punto e più in generale sugli approcci seguiti nel mettere a punto il testo della Legge n. 40, BAGNI, *l'argomento comparatistico nel dibattito parlamentare sulla procreazione assistita*, in *Pol. Dir.*, 2008, 648 e seg.

In tale prospettiva, all'intervento demolitorio del giudice costituzionale andrebbe ascritto il merito di aver ricondotto a coerenza una normativa contraddittoria, peraltro, conformemente al bilanciamento di valori operato dal legislatore; d'altro canto, esso ha condotto contestualmente la Corte a limitare al massimo il suo intervento sul testo della Legge n. 40, operando, com'è stato opportunamente osservato, «“col cesello” piuttosto che con “la scure”»⁴², col fare prima di tutto salvo il principio per cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario (secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico).

Proprio nell'ottica di stretta necessità di produzione e, conseguentemente, di crioconservazione, degli embrioni può poi essere inquadrata la scelta del giudice costituzionale di prendere le distanze dalla soluzione di parziale “manipolativo” accoglimento, prospettata dal Tribunale di Firenze in riferimento al 3° comma dell'art. 14 della Legge n. 40 (che avrebbe dato luogo ad una normativa di risulta del seguente tenore: “Per grave e documentata causa relativa allo stato di salute della donna è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi”); optando invece per una pronuncia di accoglimento “parziale” di tipo additivo (attraverso la dichiarazione d'illegittimità costituzionale del disposto “nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna”).

La distanza tra le due soluzioni è di tutto rilievo, considerato che, mentre nel primo caso, la decisione della Corte avrebbe finito per sopprimere il principio generale di divieto di crioconservazione previsto dalla legge; la soluzione accolta dalla Consulta risulta invece essere meno *tranchante* e, pertanto meno destabilizzante dell'intero impianto normativo⁴³, consentendo al giudice costituzionale di considerare le ipotesi di lecito ricorso da parte dei medici alla crioconservazione alla stregua di “deroghe” «al principio generale di divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell'art. 14».

⁴² Così (e sulle implicazioni di questo tipo di “politica decisoria”) [CHINNI, La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”](#).

⁴³ Ciò anche, del resto, in linea con la giurisprudenza resa in materia, attenta a scongiurare il rischio di finire per pregiudicare l'intero impianto normativo, inaugurata all'atto di dichiarare inammissibile il quesito referendario che aveva ad oggetto l'intero testo di legge, reputando la Legge n. 40 «costituzionalmente necessaria», in quanto «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore» e dunque da annoverarsi tra le leggi «a contenuto costituzionalmente vincolato» (così Corte cost., 13 gennaio 2005, n. 45, in *Giur. It.*, 2005, 2017 e segg., le cui implicazioni sono esaminate con scrupolo da TEGA, *Referendum sulla procreazione assistita: del giudizio di ammissibilità per valori*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 385 e segg.; dal canto suo, altra parte della dottrina, non ha mancato da subito di puntualizzare come il fatto che la Legge n. 40 fosse stata riconosciuta come «legge costituzionalmente necessaria», non per questo l'avrebbe resa «costituzionalmente legittima in toto» v. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parlam.*, 2005, 379).

Ad ogni modo, ci sembra che pur senza che «*The cryopreservation of embryos [is] routinely available as an integral part of infertility services*⁴⁴», la questione della crioconservazione embrionale continui a costituire una “lacuna normativa”, data la possibilità, di procedere a questo tipo di metodica⁴⁵. Ciò che, prima come “eccezione”, ora, come “deroga”, con riguardo alle entità embrionarie soprannumerarie risulta tanto più problematico se si considera, da un lato, l’imprescindibilità della buona cura degli embrioni crioconservati⁴⁶ per il mantenimento delle loro potenzialità “di vita”⁴⁷; e, dall’altro lato, che, nel prossimo futuro, il progredire delle biotecnologie non potrà che contribuire ad acuire il fenomeno, data la crescente facilità di produzione embrionale e di scoperta di nuove patologie genetiche, oltre che di approfondimento della conoscenza di quelle già note. Sicché sempre più numerose potranno verosimilmente risultare le ragioni di opposizione all’impianto e di “abbandono” degli embrioni: per cui si tratterà di stabilire quale delle immaginabili soluzioni sia “più etica”: procedere alla loro immediata distruzione o, all’opposto, procedere alla loro crioconservazione *sine die*; consentire di poter fare su di essi attività di ricerca scientifica; o, ancora, prevederne la facoltà di donazione.

5. L’impatto sistemico della pronuncia

⁴⁴ Secondo quanto auspica l’European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE) nel *Position paper* del 2008, reperibile in <http://www.docstoc.com/docs/2985594/Good-Clinical-Treatment-in-Assisted-Reproduction-An-ESHRE-position-paper>, 4.

⁴⁵ A tale, riguardo, non ci nascondiamo che la questione andrebbe esaminata tenendo conto, ancora più a monte, delle tecniche sperimentali sui gameti (segnatamente, liquido seminale ed ovociti), che stanno dando risultati assai promettenti (cfr. i dati contenuti nella *Relazione* del 25 marzo 2009, cit.), specie se confrontati con quelli concernenti gli embrioni (se si considera che essi consentono di effettuare uno o più tentativi di trattamento senza stimolazione ovarica e senza prelievo chirurgico, ponendo, per di più, questioni meno pressanti dal punto di vista etico). Riportiamo qui di seguito in forma grafica le percentuali di gravidanze ottenute su trasferimenti eseguiti da tecniche “di scongelamento”, rispettivamente, di embrioni ed ovociti, e da tecniche “a fresco”, nell’anno 2007 (come contenute nella *Relazione*, a pag. 41):

Ciò premesso, dalla Relazione emerge che:

- gli embrioni scongelati trasferiti sono stati il 76,5%, i non sopravvissuti, il 23,5%; mentre gli ovociti scongelati inseminati 49,6%, ed i degenerati, il 50,4%;

- le percentuali di gravidanze sugli scongelamenti di embrioni sono ammontate al 14,7% (pari al 15,7% dei trasferimenti eseguiti); sugli scongelamenti di ovociti sono state del 10,9% (pari al 13,5% dei trasferimenti eseguiti); mentre in applicazione delle tecniche “a fresco” sono state del 19,6% rispetto ai cicli iniziati (pari al 25,5% dei trasferimenti eseguiti);

- le gravidanze gemellari sono state dell’8,7% con embrioni; del 16,2% con ovociti; e del 18,7% in applicazione delle tecniche “a fresco”;

- le gravidanze trigemine sono state dell’1,0% con embrioni; dell’1,5% con ovociti; e del 3,5% in applicazione delle tecniche “a fresco”.

⁴⁶ In quest’ottica può essere inquadrato l’innalzamento dei livelli qualitativi di tutti i centri che utilizzano cellule umane a scopo terapeutico previsto a livello europeo, in particolare, dalla *Dir.* 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 (attuata nel nostro ordinamento dal D. Lgs. 6 novembre 2007, n. 191), conformemente a quanto stabilito dall’ESHRE, nel *Position paper* del 2008, cit., 4

⁴⁷ Si rammenti, al proposito, la vicenda di Laina Beasley, una bimba californiana nata nel febbraio 2005 dopo che l’embrione era stato conservato per 13 anni.

Da ultimo, è opportuno almeno accennare al valore sistemico della pronuncia, considerato che la dottrina più attenta e sensibile a questi temi non ha mancato di mettere a fuoco le implicazioni di breve e lungo periodo di certe chiusure del giudice costituzionale in materia di diritti fondamentali, trincerandosi, appena possibile, dietro a carenze logico-formali dei provvedimenti di rimessione delle questioni di costituzionalità. Anche se, per vero, a favore di tale orientamento, si pongono coloro i quali hanno messo in luce l'inadeguatezza obiettiva di taluni aspetti del giudizio costituzionale in materia, ritenuto, così come strutturato, inidoneo a garantire l'effettiva tutela di diritti fondamentali: ad esempio, per la nota mancanza di accesso diretto, per la fisiologica dilatazione dei tempi del processo, nonché per l'assenza di tutela cautelare. Ma al proposito c'è chi evidenzia come sia stata invece la Corte stessa in qualche occasione ad "arretrare" rispetto alla gamma di strumenti decisori di cui dispone⁴⁸, sul presupposto che l'assunzione di un ruolo "attivo" della Corte costituzionale in materia rappresenti un elemento imprescindibile e «in molti casi un passo opportuno sulla strada di un "diritto vivente" condiviso e più solido», idoneo «fors'anche a prevenire "rigurgiti" legislativi che comportino addirittura passi indietro rispetto alla faticosa ricerca giurisprudenziale, nelle pieghe ordinamentali, di punti di equilibrio tra i diversi interessi costituzionali che si confrontano⁴⁹». In quest'ultimo senso, lungi dal costituire una valorizzazione del ruolo "giudiziale", il sostanziale silenzio della Consulta avrebbe finito col produrre una vera e propria mortificazione delle richieste di ausilio dei giudici, inducendoli, specie nei casi più problematici, con sempre maggiore frequenza a cercare conforto e conferme circa la "bontà" delle loro decisioni nel circuito giudiziario sovra e trans-nazionale (Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo)⁵⁰, ma anche straniero (per esempio, Corte Suprema Americana)⁵¹. Più in generale, l'attribuzione ai giudici *a quibus* di una sorta di sindacato ermeneutico diffuso di costituzionalità, attraverso la via dell'interpretazione adeguatrice, avrebbe finito per costringerli (il ridetto "caso

⁴⁸ Inoltre vi è chi ravvisa nel coinvolgimento della Corte in tali tematiche concreti rischi di sovraesposizione politica e mediatica, idonee a comprometterne il ruolo *super partes* ed in fondo l'immagine, propendendo dunque per favorire l'adozione di soluzioni idonee a disinnescare i profili di maggior criticità di questioni "politicamente sensibili" come quelle riguardanti la materia in esame.

⁴⁹ Così 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. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, cit., 158.

⁵⁰ Esemplare, al proposito, Cass. Civ., 22 settembre 2008, n. 23934, in *Mass. Giur. It.*, 2008, 1356, in tema di trasmissione del cognome materno ai figli, e, per la motivazione, in *Foro It.*, 2008, I, 3097 e segg..

⁵¹ Esemplare, al riguardo, Cass. Civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Rep. Giur. It.*, 2007, voce "Persone fisiche e giuridiche", nn. 125, 127-129, relativa al c.d. "caso Englaro", e, per la motivazione, in *Nuova Giur. Comm.*, 2008, I, 83 segg.; v. *amplius* sulla vicenda, da ultimo, FATTA, Il conflitto di attribuzioni sul "caso Englaro" e la "cattiva battaglia" giudici-legislatore: quale sorte per la tutela dei diritti umani? in *Giur. It.* 2009, 1630 ss..

Cagliari” può dirsi emblematico) a portare avanti soluzioni fortemente – e secondo alcuni eccessivamente – estensive del dettato della legge e dello stesso dettato costituzionale⁵².

Con più specifico riguardo al contenzioso amministrativo, va notato un ulteriore profilo, derivante dal potere dei giudici di eventualmente annullare atti di stretta, e talvolta inscindibile, attuazione delle norme di rango primario. Di ciò avrebbe potuto offrire un efficace esempio il caso affrontato dal T.A.R. Lazio che, una volta vistosi restituire la questione, avrebbe potuto procedere ad annullare ulteriormente le Linee-guida in quanto contrastanti con principi di carattere costituzionale, pur nella perdurante vigenza di un identico disposto di rango legislativo.

Forse conscia del problema, la Corte ha però come s'è detto adottato essa stessa l'iniziativa di sgomberare il campo dalle regole incostituzionali, ridando smalto al suo ruolo fondamentale di “custode delle libertà individuali” che le affida la Costituzione.

⁵² Cfr. sul punto RUOTOLO, *Alcuni eccessi nell'uso della “interpretazione conforme a ...”*, in *Giur. cost.*, 2007, 1220-1; e MORELLI, *I valori fondamentali della persona e tecniche di interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. Famiglia*, 2005, 2, 237 e segg.