

La tutela della salute nella procreazione medicalmente assistita fra progresso scientifico e interpretazione della Corte costituzionale

Marilisa D'Amico*

THE PROTECTION OF HEALTH IN MEDICALLY ASSISTED PROCREATION BETWEEN SCIENTIFIC PROGRESS AND INTERPRETATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: The following essay focuses on the role of the Constitutional Court in the matter of medically assisted procreation, highlighting the role of constitutional principles in the light of scientific progress.

KEYWORDS: Medically assisted procreation; Constitutional Court; health; scientific progress; judiciary power

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le «esigenze di procreazione» – e non solo la salute della donna – devono essere bilanciate con la tutela dell’embrione, che non risulta assoluta – 3. La salute della donna nella diagnosi genetica preimpianto: problemi interpretativi e prospettive alla luce della sentenza n. 96 del 2015 – 4. La salute “psichica” della donna (e della coppia) nella fecondazione eterologa: il rilievo della scelta “incoercibile” di formare una famiglia anche con figli non genetici – 5. La possibilità di ricerca e sperimentazione scientifica sugli embrioni malati – 6. Conclusioni: legge 40, laicità dello Stato e principi costituzionali

1. Introduzione

La disciplina della fecondazione medicalmente assistita rappresenta un settore particolarmente emblematico del rapporto fra diritto ed evoluzione tecnico-scientifica¹, in ragione dei rilevanti profili problematici emersi a partire dall’entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 e attraverso la sua concreta prassi applicativa, coinvolgendo non solo le coppie direttamente destinatarie delle tecniche assistite, ma anche i giudici comuni fino ad arrivare alla Corte costituzionale.

L’impianto complessivo e originario della legge n. 40 del 2004, che costituisce la prima normativa organica in materia, infatti, si fondava essenzialmente sull’affermazione della tutela prevalente della posizione dell’embrione creato attraverso le stesse tecniche riproduttive assistite. Proprio questa impostazione è stata oggetto di numerose decisioni dei giudici ordinari e amministrativi, fino ad arrivare alle note pronunce della Corte costituzionale, che ne ha ricondotto a ragionevolezza i profili maggiormente problematici.

Se, pur a fronte degli interventi della Corte, permane ancora oggi il riconoscimento di una specifica tutela riservata all’embrione (si pensi all’art. 1 della legge che intende tutelare i «diritti di tutti i sog-

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano. Mail: marilisa.damico@unimi.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ Sul rapporto fra evoluzione scientifica e diritto si vedano C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012; A. D’ALLOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, e G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008.

Special Issue



getti coinvolti, compreso il concepito»), questa connotazione è andata trasformandosi e ridisegnandosi alla luce di una serie di principi costituzionali che il Giudice delle Leggi ha interpretato con specifico riguardo a tale materia e tenendo sempre conto dell'evoluzione scientifica e tecnica che ne segna, inevitabilmente, la concreta applicazione.

Già nel corso dei lavori preparatori, durante i quali era stata attivata un'istruttoria molto approfondita, con audizione di autorevoli scienziati, erano emersi alcuni punti controversi, ossia, in particolare, quello relativo all'individuazione del momento di inizio della vita umana; quello riguardante le tecniche migliori per ottenere e portare a termine una gravidanza; infine, quello relativo alle potenzialità e anche ai limiti della ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali e adulte.

Durante i lavori di approvazione della legge, era emerso molto chiaramente come gli scienziati non fossero unanimemente concordi sulle soluzioni da predisporre in relazione a tali profili problematici. In particolare, la maggioranza degli scienziati concordava sul fatto che la vita umana prendesse avvio con la creazione di una cellula unica, dopo il procedimento di fusione tra ovulo e spermatozoo; vi era poi chi, invece, riteneva che già con il primo contatto avesse inizio un processo irreversibile che avrebbe condotto alla nascita di una persona.

Ancora, la maggior parte degli scienziati riteneva preferibile il protocollo di creazione di nove embrioni, dei quali alcuni avrebbero potuto essere utilizzati subito e altri, invece, crioconservati, per impedire che la donna si sottoponesse a ripetute stimolazioni ormonali, che sono dannose per la salute; una minoranza di scienziati, invece, preferiva sottoporre la donna a stimolazioni più ravvicinate, ma meno pesanti, evitando la crioconservazione degli embrioni².

Infine, si affermava che le cellule staminali embrionali, essendo totipotenti, possedessero caratteristiche molto più adatte per la ricerca scientifica rispetto a quelle adulte e che permettessero di curare alcuni tipi di malattie³; al contrario, vi era chi riteneva che le caratteristiche delle cellule adulte, essendo più stabili, avrebbero condotto a risultati migliori.

Come è noto, durante i lavori parlamentari si era creata una maggioranza trasversale rispetto alle formazioni politiche, che univa rispettivamente laici e cattolici. Quest'ultima componente, come è altrettanto noto, ha ottenuto l'approvazione di un testo che, come si è sottolineato, è orientato (o, almeno, lo era in modo particolarmente evidente prima delle decisioni della Corte costituzionale) ad assicurare in via prevalente la tutela dell'embrione e assume il punto di vista scientifico di una minoranza di scienziati⁴.

Come si vedrà successivamente questa impostazione, che in materie caratterizzate dall'evoluzione e dal progresso scientifico irrigidisce la normativa di riferimento con indubbie (e negative) conseguenze in punto di garanzia dei diritti soggettivi, è stata sotto diversi aspetti ridisegnata dalla Corte costituzionale, facendo riferimento, innanzitutto, alla tutela del diritto alla salute della donna e, di conseguenza, ai margini di autonomia e anche di responsabilità che devono essere riconosciuti al medico,

² Si rinvia, volendo, per questi profili a M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016.

³ Si veda al riguardo in particolare la Relazione Dulbecco del 28 dicembre 2000, risultato dei lavori della Commissione ministeriale indetta con Decreto del Ministro della Salute del 6 settembre 2000, in www.ipocm.ministerosalute.it/ims/C_17_bacheca (24 giugno 2008).

⁴ Si vedano ancora le più ampie considerazioni svolte in M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit.

unico soggetto in grado di valutare caso per caso il più idoneo protocollo medico e sanitario da applicare⁵.

La misura del contributo che la Corte costituzionale ha offerto nel ricondurre a ragionevolezza – e dunque nel garantire effettiva tutela alla posizione della donna, con specifico riferimento al suo diritto alla salute – è apprezzabile, in modo significativo, considerando alcuni specifici settori di intervento in questa materia, dove vengono in rilievo da un lato il progresso scientifico che consente di ottenere risultati fino a qualche tempo fa nemmeno immaginabili (si pensi alla stessa possibilità di creare embrioni in vitro; oppure all'applicazione di esami diagnostici preimpianto; o ancora alla possibilità tecnica di svolgere attività di ricerca e di sperimentazione sugli embrioni in vitro) e dall'altro lato la necessità di predisporre una disciplina che bilanci le posizioni dei diversi soggetti coinvolti (non solo la coppia e, innanzitutto, la donna, ma anche il medico che applica i trattamenti e lo scienziato che può svolgere attività di ricerca sulle cellule staminali e sugli embrioni; certamente l'embrione creato in vitro o in vivo).

Il profilo della materia in cui risulta particolarmente emblematico il rapporto fra evoluzione della coscienza sociale, sviluppo delle tecniche, attività normativa e ruolo della Corte costituzionale riguarda innanzitutto le concrete modalità di applicazione della tecnica di fecondazione di tipo omologo, ossia con il ricorso ai gameti interni alla coppia, in relazione alla quale la legge prevedeva originariamente l'obbligo di creare fino a un massimo di tre embrioni per ogni ciclo di stimolazione con successivo unico e contemporaneo impianto. Vengono inoltre in rilievo la diagnosi genetica preimpianto, che pur consentendo di ottenere informazioni sullo stato di salute dell'embrione creato in vitro era un esame diagnostico originariamente vietato alla luce dell'interpretazione di una serie di disposizioni della legge n. 40 e anche delle prime linee guida ministeriali del 2004; l'applicazione della specifica tecnica riproduttiva assistita cd. eterologa, ossia con il ricorso alla donazione di gameti esterni alla coppia, che ora è possibile applicare a seguito dell'intervento della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del relativo divieto assoluto; infine la (eventuale) regolamentazione dell'attività di ricerca e sperimentazione su una specifica categoria di embrioni (quelli prodotti in sovrannumero e malati, dunque non destinati all'impianto in utero, ma alla crioconservazione).

Tutti questi ambiti di riflessione sono caratterizzati dai profili che si sono sottolineati, ossia dall'influenza che su di essi inevitabilmente dispiega lo sviluppo delle conoscenze e delle tecniche scientifiche e dalle conseguenze che, in termini di tutela effettiva dei diritti dei soggetti coinvolti, dispiega l'intervento normativo del legislatore, laddove decida di aderire o discostarsi dall'impostazione scientifica maggioritaria.

Inoltre, le riflessioni su tali specifici settori, che mirano a far emergere dalle decisioni della Corte la portata della sua stessa attività interpretativa dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali sottesi, devono necessariamente tenere conto, in generale, del contesto sociale e culturale in cui sia il progresso scientifico che caratterizza l'applicazione delle tecniche riproduttive assistite, sia le scelte del legislatore inevitabilmente si inseriscono.

⁵ Al riguardo, viene innanzitutto in rilievo la ormai costante giurisprudenza costituzionale che, a partire dalle sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002, riconosce che, «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenza n. 151 del 2009).

La possibilità di creare un numero di embrioni adatto per il singolo caso concreto senza obbligo di procedere con un unico e contemporaneo impianto, quella di svolgere esami diagnostici preimpianto sugli embrioni (con evidenti ricadute in termini di scelta sulla prosecuzione della procedura di fecondazione assistita), il ricorso a uno o a entrambi i gameti esterni alla coppia, così come pure la possibilità di utilizzare gli embrioni (pure sovrannumerari e malati) ai fini della ricerca e sperimentazione scientifica pongono indubbiamente, infatti, notevoli problemi di ordine etico e morale e sono suscettibili di confrontarsi con la stessa evoluzione della coscienza sociale.

Proprio a quest'ultima, peraltro, la stessa Corte costituzionale ha fatto espresso riferimento in numerose occasioni e, con particolare riferimento alla legge n. 40, nella sentenza n. 84 del 2016, laddove ha sottolineato come la composizione dei «valori fondamentali» è demandata al legislatore «quale interprete della volontà della collettività, [...] tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»⁶.

2. Le «esigenze di procreazione» – e non solo la salute della donna – devono essere bilanciate con la tutela dell'embrione, che non risulta assoluta

La prima decisiva occasione in cui la Corte costituzionale sviluppa un percorso interpretativo sui parametri costituzionali evocati – in particolare, sull'art. 32 Cost. – in materia di procreazione assistita è costituita dalla nota sentenza n. 151 del 2009. La Corte, come si è ricordato, dichiara incostituzionali i limiti posti alla creazione degli embrioni, consentendo al medico di individuare il numero strettamente necessario per il singolo caso concreto, e l'obbligo di unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni creati per ogni ciclo di stimolazione, con possibilità di differimento per ogni causa connessa alla salute della donna⁷.

Con questa decisione la Corte, oltre a riconsegnare al medico il suo ruolo essenziale nella valutazione del concreto protocollo da applicare, tenendo conto delle effettive condizioni di salute della donna, individua per la prima volta un nuovo principio costituzionale, le cd. esigenze di procreazione, ricavato da un'interpretazione evolutiva degli artt. 30 e 31 Cost.

Queste ultime consistono, in particolare, nella possibilità di instaurare una gravidanza e, a questo fine, si rivela necessario un bilanciamento fra le diverse posizioni giuridiche diverso da quello individuato nell'originario impianto della legge n. 40.

Secondo la Corte, peraltro, la stessa disciplina già prevedeva un limite alla tutela dell'embrione perché la stessa limitazione al numero massimo di tre embrioni da produrre per ogni ciclo di stimolazione ammetteva che alcuni di essi potessero non proseguire nello sviluppo e dunque potessero non dare avvio alla gravidanza. In tal modo quindi, si affievoliva la tutela del singolo embrione, per assicurare un (pur limitato) margine di successo quanto ad aspettative di gravidanza.

⁶ In senso critico, rispetto al ricorso ai «valori» e, in particolare nelle sentenze nn. 84 del 2016 e 229 del 2015, alla nozione di «dignità» anche antropologica dell'embrione, si veda B. LIBERALI, *Scelte definitive fra scienza e diritto: una questione non solo terminologica*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 241 ss.

⁷ Sia consentito il rinvio alle più ampie considerazioni svolte in M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010, 214 ss.

La Corte dunque nel dichiarare l'incostituzionalità di quei limiti sottolinea come «la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione».

Le esigenze di procreazione, dunque, limitano la tutela dell'embrione, unitamente alla salute della donna, e fondano le ragioni della caducazione delle previsioni della legge n. 40 che non permettevano una valutazione concreta delle specifiche condizioni di salute della donna e affievolivano la stessa possibilità di garantire concrete aspettative di gravidanza. Queste ultime, peraltro, costituiscono lo stesso obiettivo dichiarato della stessa legge n. 40, ossia quello di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1).

Questa decisione rappresenta una delle grandi decisioni di principio sui temi dell'inizio della vita, come in materia di aborto in particolare la sentenza n. 27 del 1975. Anche in quella occasione la Corte costituzionale, modificando l'impostazione della repressione penale dell'interruzione volontaria di gravidanza, ha offerto all'ordinamento il bilanciamento costituzionalmente corretto: quello tra la salute della donna e la vita del nascituro, fra cui non vi è equivalenza fra chi è già persona e chi persona deve ancora diventare.

La valorizzazione delle aspettative di gravidanza e dunque la definizione delle esigenze di procreazione sebbene non possano condurre all'individuazione di un vero e proprio diritto alla procreazione mostrano l'avvio di un rilevante percorso argomentativo e interpretativo dei parametri costituzionali evocati (in particolare, gli artt. 2, 3 e 32 Cost.), che condurrà la Corte, sempre in materia di procreazione assistita, a enucleare il diritto di scegliere di formare una famiglia anche con figli e anche non genetici (sentenza n. 162 del 2014, che rende legittima la fecondazione eterologa) e il diritto di perseguire l'obiettivo (già peraltro garantito dall'ordinamento con la legge n. 194 del 1978) di procreare un figlio sano e non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori i genitori (sentenza n. 96 del 2015, che rende legittimo l'accesso alle tecniche e dunque anche alla diagnosi preimpianto anche alle coppie né sterili né infertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili)⁸. Un percorso che sembra ricevere un ulteriore decisivo contributo, grazie alla sentenza n. 221 del 2019, che dichiara infondate le ben diverse questioni relative al divieto di accesso alle tecniche (in particolare quella eterologa) per le coppie omosessuali femminili⁹.

3. La salute della donna nella diagnosi genetica preimpianto: problemi interpretativi e prospettive alla luce della sentenza n. 96 del 2015

Come è noto, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 40 la legittimità dell'esame diagnostico preimpianto è stata messa in discussione, a partire da alcune disposizioni che, in modo non univoco,

⁸ Sulla possibilità di ricostruire un vero e proprio diritto alla procreazione si vedano F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, 465 ss.; A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, 1341 ss., e B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 699 ss.

⁹ Le motivazioni della sentenza n. 221 del 2019 sono state depositate nelle more della pubblicazione del presente contributo, il 23 ottobre 2019.

sembravano impedire di utilizzare le informazioni ottenibili al fine di decidere sul successivo impianto degli embrioni.

La diagnosi genetica preimpianto costituisce infatti un esame che permette di conoscere lo stato di salute degli embrioni prima dell'impianto in utero. A partire da questo momento, invece, è possibile svolgere solo gli esami diagnostici prenatali, che sono parimenti funzionali a fornire informazioni sullo stato di salute del feto.

La diagnosi genetica preimpianto, tecnica resa possibile dall'evoluzione scientifica, poneva notevoli problematiche di ordine anche etico e morale, poiché le informazioni assunte sulle eventuali malattie dell'embrione avrebbero potuto essere utilizzate per evitare il tentativo di avvio della gravidanza. Una volta assunta l'informazione circa la salute dell'embrione, infatti, si sarebbe potuta arrestare la procedura, non proseguendo con l'impianto in utero. L'art. 14 (prima della sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale), invece, imponeva che l'impianto avrebbe dovuto essere immediatamente eseguito.

A questo proposito, l'art. 13 vieta ogni tipo di sperimentazione sugli embrioni umani, consentendo solo la ricerca clinica e sperimentale «a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative». Restava in ogni caso preclusa la produzione di embrioni umani esclusivamente per fini di ricerca o di sperimentazione (o comunque a fini diversi da quelli previsti dalla legge), oltre che ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi diretti ad alterare il patrimonio genetico o a predeterminarne caratteristiche genetiche (sempre facendo salvi interventi con finalità diagnostiche e terapeutiche). E così sono vietati anche interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca, come anche le procedure di fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa o la produzione di ibridi o di chimere.

Le finalità diagnostiche connesse allo sviluppo e alla cura dell'embrione che rendevano legittima la diagnosi preimpianto non potevano dunque essere utilizzate per evitare il successivo impianto, in considerazione delle ulteriori previsioni della legge n. 40 che imponevano la creazione di un massimo di tre embrioni per ogni ciclo di stimolazione ovarica con obbligo di contestuale e immediato impianto in utero (art. 14, poi dichiarato parzialmente incostituzionale con la sentenza n. 151 del 2009, con cui la Corte costituzionale ha reso possibile non solo la creazione del numero strettamente necessario di embrioni per i diversi casi concreti, eliminando il numero massimo prima previsto, ma anche il differimento dell'impianto per ogni tipo di pregiudizio per la salute della donna).

Tale aspetto della disciplina è stato oggetto della prima questione di legittimità sollevata dinanzi a un giudice, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 40: questione dichiarata manifestamente infondata dal Tribunale di Catania, con una complessa e discutibile ordinanza nella quale, condividendo lo spirito della legge, il giudice *a quo* entrava nel merito di un giudizio spettante alla Corte costituzionale e rifiutava il rinvio soprattutto per il motivo che si trattava di una legge "nuova"¹⁰.

¹⁰ Tribunale di Catania, ordinanza 3 maggio 2004, sulla quale sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? In margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004*,



Come è altrettanto noto, si sono succedute nel corso degli anni numerose vicende giudiziarie aventi a oggetto la diagnosi preimpianto, che hanno successivamente condotto alcuni giudici a individuare una interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni della legge n. 40, nel senso di permettere l'esecuzione dell'esame diagnostico, ovviamente entro i limiti soggettivi e oggettivi posti in generale dalla disciplina¹¹. In particolare, per i fini che qui interessano, la diagnosi preimpianto avrebbe potuto essere eseguita solo nei confronti delle coppie sterili e infertili (con esclusione, almeno fino alla sentenza n. 96 del 2015 su cui si tornerà oltre, delle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili).

Il riconoscimento diretto del diritto, da parte del giudice comune, soggetto inevitabilmente alle incertezze dovute alla natura individuale della decisione e alla possibilità che, invece, altri giudici non seguissero questa stessa interpretazione, è certamente un punto di arrivo importante, che ha evitato l'applicazione di un divieto del tutto irragionevole e profondamente lesivo della dignità, oltre che della salute, della donna.

Non bisogna peraltro dimenticare che tali decisioni intervengono dopo che la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 369 del 2006 non era entrata nel merito, dichiarando la medesima questione manifestamente inammissibile in ragione della contraddizione in cui era incorso il giudice rimettente che, pur traendo il divieto della diagnosi preimpianto non soltanto dalla norma censurata ma anche dall'interpretazione della legge alla luce dei suoi criteri ispiratori e dalla disciplina complessiva delle procedure di fecondazione assistita (che comprendono l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo, il divieto di creare embrioni in numero superiore a tre, il divieto di crioconservazione e di soppressione), aveva sollevato la questione solo sulla prima previsione.

Il giudice comune, quindi, superando il dato letterale delle disposizioni da cui veniva tratto il divieto di diagnosi preimpianto, riconosce direttamente questo tipo di prestazione, solo in capo ai soggetti legittimati ad accedere alle tecniche di fecondazione assistita (ossia coppie eterosessuali, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile e maggiorenni, viventi) e allo scopo di accertare eventuali malattie degli embrioni, con ciò assicurandosi una adeguata informazione sul loro stato di salute nella prospettiva del futuro impianto.

Benché questo percorso interpretativo sia stato confermato anche in altre occasioni¹², non si possono non porre in luce i profili problematici connessi alla necessità di garantire un'applicazione omogenea delle disposizioni della legge n. 40 connesse alla diagnosi preimpianto.

Ha assunto quindi un rilievo decisivo in questa direzione la sentenza del TAR del Lazio, che ha dichiarato illegittime per violazione del principio di legalità le linee guida ministeriali del 2004, nella parte in cui limitavano al solo tipo osservazionale la diagnosi preimpianto¹³.

in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004.

¹¹ Tribunale di Cagliari, sentenza 22 settembre 2007, a commento della quale sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Il divieto di diagnosi "preimpianto". Fra Corte Costituzionale e giudici comuni sul problema postosi a Cagliari*, in *Bioetica*, IV, 2007, 147 ss., e a I. PELLIZZONE, *Fecondazione assistita e interpretazione conforme. Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 594 ss.

¹² Tribunale di Firenze, sentenza 17 dicembre 2007.

Se, quindi, alla luce dell'interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni della legge n. 40 e a fronte della dichiarazione di illegittimità delle linee guida con specifico riguardo al limite della diagnosi solo osservazionale, poteva già considerarsi pienamente legittima la diagnosi preimpianto sugli embrioni al fine di decidere se proseguire o meno con la procedura di fecondazione assistita (soprattutto tenendo conto della sentenza n. 151 del 2009, che ha eliminato la previsione dell'obbligo dell'immediato, unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni creati), occorre attendere la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale per ritenere definitivamente superato ogni dubbio interpretativo¹⁴.

Con questa decisione infatti la Corte giunge a riconoscere la possibilità di svolgere la diagnosi preimpianto anche per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche. Ampliando la platea delle coppie destinatarie delle tecniche assistite, con specifico riguardo alla diagnosi preimpianto, si riconosce espressamente la piena legittimità di questo tipo di esame.

Di questi medesimi profili, peraltro, si era direttamente occupata anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nella decisione Costa e Pavan contro Italia (2012), riconoscendo la violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea, ossia del diritto al rispetto alla vita privata e familiare, in ragione del fatto che il nostro ordinamento da un lato riconosce la diagnosi prenatale e il conseguente accesso all'interruzione di gravidanza (legge n. 194 del 1978), mentre dall'altro preclude (prima del successivo intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 96 del 2015) l'esecuzione dell'esame diagnostico preimpianto, a fronte delle stesse condizioni, con ciò impedendo la possibilità di rifiutare l'impianto degli embrioni malati¹⁵.

Il riconoscimento operato con la sentenza n. 96 si fonda, in particolare, sulla necessità di garantire la salute della donna (sulla quale inevitabilmente le tecniche di fecondazione assistita si riverberano con un maggior grado di invasività, rispetto al componente maschile della coppia).

La diagnosi genetica preimpianto infatti lungi dal poter risolvere le eventuali patologie di cui uno o entrambi i componenti della coppia sono portatori consente di raggiungere un altrettanto fondamentale risultato: quello di far ottenere alla coppia (o meglio alla donna) una informazione (quella sullo stato di salute dell'embrione creato in vitro) che consente di autodeterminarsi nelle scelte pro-

¹³ TAR Lazio, sez. III *quater*, sentenza 21 gennaio 2008, n. 398, su cui si vedano R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La nuova legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Milano, 2008.

¹⁴ A commento della decisione n. 96 si vedano G. FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, X, 2015, 582 ss.; A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2015, 805 ss.; I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, 755 ss., e C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in www.costituzionalismo.it, 2016.

¹⁵ A commento della decisione della Corte Europea si vedano le considerazioni di C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in www.rivistaaic.it, 1, 2013.

creative (ossia nella decisione se proseguire o meno con la procedura, scegliendo se procedere con l'impianto in utero dell'embrione).

Poiché nel nostro ordinamento già la legge n. 194 del 1978 consente di interrompere la gravidanza a determinate condizioni anche in presenza di anomalie o malformazioni del nascituro (art. 6), risulta irragionevole non consentire alla donna di ottenere prima le medesime informazioni sullo stato di salute dell'embrione che consentono addirittura a uno stadio di sviluppo più avanzato di interrompere la gravidanza.

Il diritto alla salute della donna, quindi, risulta centrale nelle motivazioni che conducono la Corte a riconoscere l'accesso all'esame diagnostico preimpianto, in ragione delle conseguenze negative per la stessa salute che si potrebbero determinare in caso di instaurazione della gravidanza, cui dovesse seguire una diagnosi (prenatale) di trasmissione di quella stessa malattia di cui sono portatori i componenti della coppia, con successiva (pur eventuale) decisione di interrompere la gravidanza.

Risulta particolarmente significativo anche il passaggio in cui la Corte, nel ribadire questi profili, richiama anche il ruolo del progresso scientifico in materia.

Infatti, nel censurare il divieto di accesso alla diagnosi per questa particolare categoria di coppie, nella sentenza n. 96 si sottolinea che esso «non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute».

Da un lato quindi il progresso scientifico ha reso ormai possibile non solo creare in vitro gli embrioni e poi impiantarli in utero dando avvio a una gravidanza (al pari di una procreazione naturale), ma anche svolgere esami diagnostici prima dello stesso impianto; dall'altro lato proprio il progresso scientifico che ha reso possibile questo strumentario tecnico rende «più pregiudizievole» per la salute della donna il ricorso al trattamento interruttivo della gravidanza¹⁶.

L'interpretazione dello stesso art. 32 Cost., dunque, si evolve e si adatta alla luce del progresso scientifico, che, consentendo di ricorrere a un nuovo esame diagnostico, è in grado di eliminare le conseguenze negative che possono determinarsi nei confronti della donna che decida di interrompere la gravidanza, in ragione di patologie geneticamente trasmesse.

Occorre da ultimo sottolineare che la Corte nella sua decisione richiama il necessario intervento del legislatore, sia con riguardo alla «auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA», sia rispetto alla «opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle».

Alla luce delle argomentazioni che sorreggono la decisione, si può rilevare il carattere fortemente problematico di queste ulteriori indicazioni, in ragione, in particolare, della perdurante inerzia del legislatore.

¹⁶ Sul mutamento di prospettiva della Corte costituzionale che giunge a qualificare l'interruzione di gravidanza quale modalità più traumatica per la salute della donna per raggiungere l'obiettivo di non trasmettere patologie genetiche, mentre con la sentenza n. 27 del 1975 l'aveva ritenuta un intervento teso a garantire la salute o la vita della donna si vedano le più ampie considerazioni svolte da B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 165 ss.

Pur dovendosi considerare infatti che non vi è ancora un elenco di patologie cui fare riferimento né vi sono le condizioni per l'autorizzazione e il controllo delle strutture (qualificate espressamente dalla Corte come «apposite strutture pubbliche»), si deve ritenere che alla sentenza n. 96 si possa e si debba dare effettiva e immediata applicazione, in ragione del richiamo ai «criteri di gravità» di cui all'art. 6, comma primo, lett. b, della legge n. 194 del 1978 (che disciplina l'accesso al trattamento ininterrottivo di gravidanza oltre i primi tre mesi).

A questo proposito si consideri anche che con la successiva sentenza n. 229 del 2015 la Corte ha ulteriormente chiarito i confini penali della condotta dei medici che, applicando le tecniche assistite e anche la diagnosi preimpianto, sono legittimati a individuare gli embrioni a cui non è stata trasmessa la malattia genetica della coppia, in relazione al successivo impianto in utero. entro dunque i limiti disegnati dalla sentenza n. 96, la condotta selettiva degli embrioni diviene lecita, laddove cioè essa sia «volta esclusivamente ad evitare il trasferimento nell'utero della donna di embrioni che, dalla diagnosi preimpianto, siano risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978, accertate da apposite strutture pubbliche» (sentenza n. 229 del 2015).

Ancora una volta, dunque, la Corte fa riferimento alla necessità di tutelare la salute della donna e, richiamando il proprio precedente (sentenza n. 96), riconduce a ragionevolezza anche le previsioni di cui all'art. 13 della legge n. 40, dichiarandone di conseguenza l'incostituzionalità¹⁷.

4. La salute “psichica” della donna (e della coppia) nella fecondazione eterologa: il rilievo della scelta “incoercibile” di formare una famiglia anche con figli non genetici

Come è noto il divieto assoluto di donazione dei gameti esterni alla coppia è stato al centro di un lungo percorso giurisprudenziale che ha poi condotto alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, comma terzo, della legge n. 40 del 2004, intervenuta con la sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale¹⁸.

¹⁷ Sulla sentenza n. 229 del 2015 si vedano le osservazioni di I. PELLIZZONE, *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati*, in *Studium Iuris*, VII-VIII, 2016, 826 ss.

¹⁸ Si vedano sulla prima decisione in materia della Corte costituzionale (ordinanza n. 150 del 2012) E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, in www.forumcostituzionale.it; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, *ivi*; I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perchè la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 3, 2012, e R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in www.giurcost.org, 2013. Sulla sentenza n. 162 del 2014, si rinvia a C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 2014; A. COSSIRI, *Il limite degli obblighi internazionali tra funzione ermeneutica e residualità a margine della sentenza del 10 giugno 2014, n. 162*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2014, 631 ss.; G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione “eterologa”: il peccato di Ulisse*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2014, 663 ss.; L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2014, 1005 ss.; G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in

Ciò che interessa particolarmente in questa sede porre in evidenza è il percorso con cui la Corte giunge a interpretare l'art. 32 Cost. e dunque la portata del diritto alla salute, con specifico riferimento alle tecniche procreative assistite.

La Corte infatti con la sentenza n. 162 ricomprende direttamente nella tutela predisposta dall'art. 32 Cost. anche la posizione delle coppie infertili e sterili in grado assoluto, tale da richiedere, come unica possibilità per dare avvio a una gravidanza, la donazione di uno o entrambi i gameti esterni ai componenti delle stesse coppie.

In particolare, e in modo significativo, il diritto alla salute – che, nella sua accezione propriamente fisica, aveva condotto già nella sentenza n. 151 del 2009 alla dichiarazione di incostituzionalità di alcuni irragionevoli limiti posti dalla legge n. 40 alle modalità applicative delle tecniche assistite – assume una valenza (esclusivamente) psichica nella sentenza n. 162, conducendo all'eliminazione del divieto di donazione di gameti.

L'applicazione di questa tecnica infatti non risolve in via definitiva o non attenua la specifica patologia da cui sono affetti i componenti della coppia richiedente (ossia, come si è detto, una sterilità e infertilità in grado assoluto, che non viene affatto superata dal ricorso ai gameti esterni).

Ciò che la Corte garantisce, con l'eliminazione del divieto, è, in fondo, la salute di tipo psicologico, strettamente connessa con le stesse esigenze procreative già individuate con la sentenza n. 151, che devono poter trovare effettiva garanzia anche nei casi in cui la condizione di salute della coppia sia maggiormente compromessa.

La sentenza n. 162, ricordando come la tutela della salute psichica debba essere pari a quella fisica, ritiene che non possano assumere rilievo dirimente le differenze fra le due tecniche di fecondazione assistita (omologa ed eterologa), nonostante «soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia».

In questa prospettiva, allora, assume un rilievo centrale, per la stessa interpretazione dell'art. 32 Cost. e, in particolare, del diritto alla salute nella sua accezione psichica, la possibilità di formare una famiglia con figli attraverso le tecniche di fecondazione assistita. Il divieto di ricorrere all'unica tecnica che per determinate coppie consente di realizzare questa possibilità, secondo la Corte, incide «negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data».

Questo passaggio della motivazione è particolarmente rilevante, poiché avvicina le riflessioni sul diritto alla salute e sulla sua tutela (e quindi sull'interpretazione dell'art. 32 Cost.) a quelle che riguardano la sfera della vita privata e familiare.

Secondo la Corte, infatti, la scelta di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare». Le eventuali limitazioni a questa libertà (come per esempio il divieto di ricorrere alla tecnica eterologa) devono

Corriere giuridico, VIII-IX, 2014, 1068 ss., e A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in www.forumcostituzionale.it, 2014.

quindi essere «ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango»¹⁹.

La sentenza n. 162 del 2014, quindi, si inserisce nella linea tracciata dalla prima sentenza n. 151 del 2009, come emerge dal passaggio della motivazione in cui la Corte costituzionale afferma che «la procreazione medicalmente assistita coinvolge “plurime esigenze costituzionali” [...] e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono “un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa” ad ognuno [...], avendo, infatti, questa Corte già affermato che la stessa “tutela dell’embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione”».

Proprio queste giuste esigenze della procreazione implicano, quindi, un bilanciamento tra il diritto della coppia assolutamente sterile o infertile di scegliere se avere dei figli e se avvalersi delle tecniche assistite di tipo eterologo e gli ulteriori valori e interessi costituzionali che vengono in rilievo, mentre il divieto assoluto posto a tale tecnica frustrava irrimediabilmente la libertà di autodeterminazione della coppia sterile o infertile di scegliere liberamente se diventare genitori; una libertà cui la Corte costituzionale ha ritenuto di dover riconoscere una precisa copertura costituzionale.

A differenza della sentenza n. 151 del 2009 la Corte non ha fatto riferimento solo alle coppie, ma, decidendo di analizzare la questione partendo dall'art. 2 Cost., ha affermato che la scelta di ricorrere alla scienza per diventare genitore, «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile».

Come si è già evidenziato con riguardo alle problematiche sottese alla diagnosi genetica preimpianto, anche il rilievo del dato scientifico assume una specifica valenza nelle motivazioni della Corte. E infatti, in relazione al diritto alla salute nella sentenza n. 162 si ribadisce il principio secondo cui la discrezionalità legislativa, sul merito di scelte terapeutiche, non deve essere assoluta.

Essa, in particolare, non può nascere da valutazioni di mera discrezionalità politica, ma deve necessariamente tenere conto degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite.

La regola di fondo in merito alla selezione dei trattamenti terapeutici (e, in questo caso, in merito alla scelta fra tecnica omologa ed eterologa) deve essere quella dell'autonomia e della responsabilità del medico, poiché non si tratta di «soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango».

In tal modo viene rivolta una precisa indicazione di metodo al legislatore, che dovrebbe ricorrere a norme aperte e flessibili, garantendo idonei margini di autonomia al medico tenendo conto dell'evoluzione scientifica.

¹⁹ Sulla possibile ricostruzione di un vero e proprio diritto alla procreazione, si vedano, ancora, F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, cit., e B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit.



5. La possibilità di ricerca e sperimentazione scientifica sugli embrioni malati

Il terzo ambito regolato dalla legge n. 40 del 2004 in cui emerge il rapporto fra evoluzione del progresso tecnico, evoluzione della coscienza sociale e interpretazione dei parametri costituzionali è costituito dalla ricerca sugli embrioni.

La legge n. 40 pone all'art. 13, come si è già visto in relazione alla diagnosi genetica preimpianto, un divieto generale e assoluto per ogni tipo di sperimentazione sugli embrioni, di produzione di embrioni umani per scopi di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello stabilito dalla disciplina, di ogni forma di selezione eugenetica degli embrioni e dei gameti, di interventi che attraverso la selezione, la manipolazione o il ricorso a procedimenti artificiali alterino il patrimonio genetico degli embrioni o dei gameti o ne predeterminino le caratteristiche genetiche; di interventi di clonazione con il trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca, di fecondazione di un gamete umano con un gamete di una specie diversa e della produzione di ibridi o di chimere.

La ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni è permessa quando si perseguano finalità esclusivamente di tipo terapeutico e diagnostico per garantire la tutela della salute e lo sviluppo degli stessi. Il ricorso alla ricerca clinica e sperimentale così limitata può aversi solo laddove non vi siano altre metodologie idonee a raggiungere lo stesso risultato.

Proprio su tali limitazioni viene sollevata alla Corte costituzionale questione di legittimità, limitata alla parte di divieto che riguarda i cd. embrioni sovranumerari, ossia quelli crioconservati, ma in ogni caso inutilizzabili, per volontà della coppia o per impossibilità accertata da parte del medico, perché malati o residuali a seguito di una diagnosi preimpianto.

Anche con riguardo a questo profilo, come è accaduto per la questione relativa alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche, viene in rilievo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che si pronuncia nei confronti dell'Italia nel caso Parrillo (2015). La Corte Europea se da un lato ha escluso la violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea, dall'altro ha ritenuto non ricevibile il ricorso con riguardo alla asserita violazione del diritto di proprietà, poiché gli embrioni non possono essere qualificati come veri e propri beni²⁰.

Come si è in altra sede sottolineato²¹, la Corte costituzionale, non accogliendo le questioni con la sentenza n. 84 del 2016, da un lato individua la nozione di dignità dell'embrione anche laddove malato, impedendo ogni bilanciamento con ulteriori interessi (come quelli connessi alla ricerca scientifica) e dall'altro lato escludendo l'attivazione di poteri istruttori impedisce ogni valutazione scientifica nell'approccio alle problematiche sottese alla ricerca sugli embrioni.

La sentenza n. 84 si segnala in particolare per l'impostazione contraddittoria rispetto ai precedenti in materia della stessa Corte, con cui, come si è visto, valorizzando i parametri costituzionali evocati si erano ricondotti a ragionevolezza diversi profili critici della disciplina.

²⁰ Si vedano le più approfondite riflessioni svolte in M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in www.forumcostituzionale.it, 29 settembre 2015.

²¹ M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 171 ss.

In questo specifico settore, quello della ricerca e della sperimentazione sugli embrioni malati, la Corte individua il «conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto».

Con riguardo all'embrione la Corte specifica che dalla sua giurisprudenza emerge che «la dignità dell'embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale “riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.” (sentenza n. 229 del 2015)». Inoltre, la tutela dello stesso embrione non può affievolirsi «per il solo fatto che si tratti di embrioni affetti da malformazione genetica», benché essa debba essere bilanciata sia con le ricordate esigenze della procreazione sia, ovviamente, con la salute della donna.

Di fronte a quella che la Corte ricorda essere «“una scelta tragica”, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica [...] la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale».

Ampio riconoscimento dunque alla sfera di discrezionalità del legislatore, cui solo compete la valutazione intorno alla stessa opportunità sulla base delle evidenze scientifiche di introdurre una disciplina sull'utilizzo a fini di ricerca degli embrioni malati, con espresso riferimento al panorama scientifico in cui non sarebbe individuabile una unica posizione condivisa.

Il riferimento agli orientamenti e alle istanze «maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale» operato dalla Corte conferma la chiave di lettura delineata nelle osservazioni introduttive, ponendo però ulteriori profili (problematici) nella stessa valutazione di questo approccio, soprattutto laddove si introducano, nel ragionamento non solo giuridico, ma soprattutto scientifico, i «valori», che devono essere composti dal legislatore facendo riferimento alla coscienza sociale e alla sua evoluzione.

Ci si può ulteriormente interrogare sulla tecnica decisoria della Corte costituzionale, poiché essa in definitiva lascia aperte, in fondo, una serie di rilevanti problematiche, considerando soprattutto che, a distanza di ormai tre anni, il legislatore non ha inteso cogliere questa indicazione e provvedere alla definizione di una disciplina che indichi le modalità e i termini di una possibile attività di ricerca scientifica sugli embrioni (pur sempre non destinati all'impianto in utero perché malati).

6. Conclusioni: legge 40, laicità dello Stato e principi costituzionali

A distanza di 15 anni dall'entrata in vigore della legge n. 40 e di 10 anni dalla prima di una serie di pronunce della Corte costituzionale che ne hanno modificato la *ratio* e ridisegnato i confini normativi, possiamo ragionare sul percorso giurisprudenziale che ha fatto emergere e ha valorizzato tutti i principi costituzionali implicati, in nome del valore supremo della laicità.

Non è eccessivo affermare che tale vicenda costituisce oggi un capitolo importante nella storia del nostro stato costituzionale.

Va apprezzata la complessa trama fra le scelte legislative, ispirate al principio di precauzione e al maldestro tentativo di limitare la scienza, e le pronunce del giudice costituzionale, ispirate alla necessità, tipica di uno stato laico, di eliminare eccessi, reintrodurre il bilanciamento fra diversi e coesistenti principi e valorizzare l'autonomia della scienza.

Un quadro, quello degli ultimi dieci anni, nel quale le decisioni costituzionali sono state accompagnate e stimolate da decisioni dei giudici comuni e anche precedute o seguite da pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in un panorama composito, a tratti contraddittorio, che ha reso però evidente la ricchezza del nostro stato costituzionale.

Al tempo stesso, per il costituzionalista, la complessa storia della legge n. 40 mostra pienamente la capacità espansiva dei principi costituzionali e il ruolo centrale, anche se problematico, del giudice costituzionale.

Se è vero che quest'ultimo, come è successo, riesce ad avere l'ultima parola, riuscendo a garantire "nuovi" diritti e ponendosi al passo dei tempi, anche in settori dove centrale è il ruolo della scienza, è vero anche che tali poteri discrezionali di fatto sono molto vicini a quelli del legislatore.

Rimangono non del tutto irrisolti – alla luce, in particolare, della recente sentenza n. 221 del 2019 – alcuni nodi di centrale importanza, tra cui il riconoscimento di un vero e proprio diritto alla procreazione (e dunque la definizione dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche in questione), sino alla tutela del superiore interesse del minore in un contesto in cui lo spostamento di individui tra Stati è sempre più frequente. Ancora, irrisolto è il nodo dello *status* dell'embrione come soggetto di diritto, nel senso che, anche a livello sovranazionale, le pronunce susseguitesi hanno evitato di prendere posizione sul punto, così come ha fatto la Corte costituzionale. A questo proposito, peraltro, la legge n. 40 del 2004 presenta un problema specifico, che esibisce in tutta la sua portata un paradosso: il "limbo senza" fine degli embrioni sovranumerari, aspetto riconducibile alla originaria impostazione del legislatore e all'intersezione di questa con i singoli interventi, per loro natura non organici, della Corte costituzionale.

Per fronteggiare queste questioni, preso atto della incapacità del Parlamento di intervenire con una riforma complessiva del settore, sarebbe opportuno, anche se forse non sufficiente, che il giudice costituzionale si dotasse di strumenti processuali in grado di contenere la sua discrezionalità e di far entrare in modo pieno ed oggettivo la voce della scienza, in settori come quello che riguarda la fecondazione medicalmente assistita, come avviene dinanzi alla Corte Europea²².

²² La Corte Europea, infatti, è dotata di ampi poteri istruttori, che comprendono l'acquisizione di informazioni e lo svolgimento di indagini, oltre che il coinvolgimento di esperti e di istituzioni e la produzione di documenti su iniziativa delle parti: si vedano, in particolare, le osservazioni (e i riferimenti ivi contenuti) svolte in M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 28 ss.