

## **Alcuni rilievi sulle interpretazioni della sentenza della Corte costituzionale sulla legge 40/2004**

di Alberto Gambino e Andrea Nicolussi\*  
(22 maggio 2009)

Dopo il deposito delle motivazioni della sentenza della Corte costituzionale, che ha dichiarato parzialmente illegittimi due commi dell'art. 14 della legge 40, sono state avanzate alcune letture che creano confusione con il rischio di rigettare nel caos un settore che sembrava aver trovato un suo equilibrio. Proprio alcuni giorni prima della decisione della Corte, nella Relazione al Parlamento sui primi anni di applicazione della legge, i dati riportati presentavano un aumento generale di gravidanze e accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Ora tra le varie imprecisioni che emergono dalle letture più creative (e non sempre disinteressate) della sentenza, ve ne sono almeno due che meritano attenta puntualizzazione in quanto toccano profili delicatissimi che incidono su aspettative e salute dei pazienti, tali da non ammettere confusione. In particolare, viene attribuito ai giudici costituzionali un declassamento dell'embrione che ne farebbe considerare lecita una produzione pressoché arbitraria nel numero e negli scopi. Non è affatto così. Occorre infatti ricordare che la Corte costituzionale non ha messo in discussione il principio per cui le tecniche di fecondazione artificiale sono lecite solo se funzionali allo scopo procreativo (art. 1 della legge) e pertanto, anche dopo il giudizio della Consulta, non è ammesso nessuno scopo di selezione o altri scopi diversi da quello di procreare. In particolare la Corte, pur dichiarando illegittima la fissazione per legge di un numero massimo di embrioni da produrre, ha avvalorato la regola secondo cui le tecniche non devono produrre un numero di embrioni superiore a quello *strettamente necessario allo scopo procreativo*. Strettamente necessario allo scopo procreativo è il contrario rispetto a dire che la produzione può essere arbitraria o misurata in relazione a scopi diversi da quello di realizzare un serio tentativo di procreazione. Perciò se da una parte la Corte costituzionale ha voluto riconoscere ai medici la discrezionalità nei mezzi (numero degli embrioni e impianto), ma senza violare lo scopo procreativo, dall'altra non si è certo sostituita al legislatore dando numeri sugli embrioni da produrre come purtroppo emerge da parziali ricostruzioni divulgate da importanti quotidiani: si legge addirittura che la sentenza avrebbe legittimato tecniche che favorirebbero 'una selezione naturale', come quella dell'inseminazione di 8-12 ovociti così da produrre embrioni in competizione tra loro per individuare i migliori.

Del resto, imporre di produrre un numero strettamente necessario non significa per forza ampliare il numero di embrioni da produrre, che essendo da determinare caso per caso e in base all'evoluzione scientifica e a quanto previsto dall'art. 7 della legge (linee guida), potrebbe anche essere inferiore al numero di tre. Piuttosto l'eliminazione del limite fissato per legge responsabilizza maggiormente i medici anche dal punto di vista giuridico, suggerendo l'opportunità, sulla scorta dell'art. 7 della legge cui lo stesso art. 14 continua a fare riferimento, di ridurre eventuali incertezze mediante alcune precisazioni da parte delle Linee guida.

Il secondo rilievo riguarda l'affermazione secondo cui la Corte costituzionale avrebbe reso praticabile la selezione preimpianto. In primo luogo ricordiamo che le cosiddette linee guida di Livia Turco – attualmente in vigore - prevedono testualmente che

“è proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetiche”. E poiché la funzione di una diagnosi preimpianto operata su un numero indefinito di embrioni non potrebbe essere che quella di selezionarli, ossia di scegliere gli embrioni migliori per scartare gli altri, ci troveremmo davanti ad una pratica di natura eugenetica e perciò inammissibile eticamente e giuridicamente. Inoltre, la sentenza della Corte non ha in alcun modo cancellato il divieto previsto espressamente dalla legge all’art. 13, divieto che ha per oggetto non solo “ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti”, ma anche in generale interventi che non abbiano “finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche”, ossia rivolti “alla tutela della salute e allo sviluppo dell’embrione stesso”. E, come è noto, la diagnosi preimpianto non solo si realizza attraverso il prelievo di alcune cellule dell’embrione, che così menomato, può correre seri rischi per il mantenimento della sua integrità ed idoneità al successivo impianto, ma soprattutto oggi non è sicuramente rivolta alla “tutela della salute e allo sviluppo dell’embrione stesso”.

Insomma, la Corte costituzionale non ha riscritto la legge, ribaltandone le regole, o addirittura fatto una “rivoluzione” come si è letto domenica su un quotidiano milanese. Più sobriamente essa ha voluto distinguere tra discrezionalità politica del legislatore - la quale riguarda i fini (lo scopo procreativo e la tutela della salute “della madre e del feto”) - e la discrezionalità dei medici relativa ai mezzi tecnici, avvalorando comunque il principio scritto nella legge secondo cui il numero degli embrioni da produrre non può essere superiore a quello strettamente necessario allo scopo procreativo.

\* Professori ordinari di Diritto privato