



diritto & religioni

Semestrale
Anno XI - n. 1-2016
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

21



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno XI - n. 1-2016
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero (†), A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli (†)
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

*La diagnosi genetica preimpianto nell'evoluzione dell'ordinamento italiano: gli argomenti contrari**

ROSANNA FATTIBENE

«Consider God's handiwork, who can straighten what He hath made crooked?»¹.

«I not only think that we will tamper with Mother Nature. I think Mother wants us to»².

(Gattaca, 1997)³

1. Biodiritto e diagnosi genetica preimpianto

La possibilità scientifica e giuridica di eseguire una diagnosi genetica sull'embrione nella fase preimpianto⁴ costituisce, ad oggi, l'ultima frontiera della biomedicina, della bioetica e del biodiritto.

* Il presente scritto è destinato alla pubblicazione in un volume collettaneo, a cura dell'Autore, dedicato alla diagnosi genetica preimpianto, per L'Editoriale Scientifica; in questo contesto, si è ritenuto opportuno ripartire la trattazione del tema, nell'evoluzione dell'ordinamento italiano, in modo da far risaltare con nettezza le opposte posizioni che si delineano a riguardo. Esso è, pertanto, da intendersi prospettico ed opposto al altro saggio, della dott.ssa Franca Meola, destinato alla pubblicazione nella stessa collettanea, dal titolo "La diagnosi genetica preimpianto nell'evoluzione dell'ordinamento italiano: gli argomenti a favore".

¹ *Libro dell'Ecclesiaste* 9:13.

² WILLARD GAYLIN, *What's So Special about Being Human?*, nel vol. *The Manipulation of Life*, a cura di Robert Esbjornson, Harper and Row, San Francisco, 1983, p. 53.

³ Film del 1997, di Andrew Niccol, appartenente al filone *biopunk*. La pellicola, «legata ad aspetti sociologici e psicologici, è ambientata in un futuro prossimo in cui sono emerse nuove lotte di classe tra chi è nato programmato geneticamente e chi è venuto al mondo con un patrimonio genetico naturale»: voce *Gattaca - La porta dell'universo*, in <https://it.wikipedia.org>. In estrema sintesi, Gattaca è la storia di due fratelli, l'uno *corretto* geneticamente alla nascita e l'altro, invece, *invalid*. Quest'ultimo rimedierà ai suoi difetti ed alle sue imperfezioni con la volontà, l'abilità e l'astuzia, riuscendo, infine, a realizzare il suo sogno.

⁴ Una breve e chiara descrizione della diagnosi genetica preimpianto è proposta da DOMENICO COVIELLO, *Cosa è la diagnosi genetica preimpianto?*, 4 dicembre 2012, in www.zenit.org.

L'opportunità che essa offre è senza precedenti: i potenziali genitori possono scegliere a quali embrioni offrire una *chance* di vita, autorizzandone l'impianto nel grembo materno, in base all'esito delle indagini svolte.

La *sorte* dell'uomo smette, in buona parte, di essere tale. Il transitare del "movente" della nascita dalla causa/caso (Dio/non-Dio: movente non umano) alla determinazione degli uomini (madre, padre, medico: movente umano)⁵ esclude ogni possibilità, per l'uomo, di una vita non condizionata, alla nascita, da altri umani⁶.

Parallelamente, il fine dell'intervento medico nella riproduzione umana si sposta dalla cura all'esclusione/soppressione, dal rimedio alla decisione, dalla terapia alla predizione.

Cosicché, la vicenda della singola coppia che chiede ed ottiene, vuoi dal giudice di Salerno⁷, vuoi da quello di Strasburgo⁸, vuoi da quello di Roma⁹, di conoscere lo stato di salute della sua potenziale prole, quand'è ancora *in vitro*, per poterne decidere il destino, appare, invero, alquanto piccola.

Lo è rispetto alla possibilità, senza precedente, che si prospetta agli uomini ed alle donne dell'oggi: determinare il futuro stesso della nostra specie, in una lettura distorta, in un'estenuazione estrema della responsabilità verso le generazioni future¹⁰.

⁵ MATTEO GALLETTI, *Giocare a fare la parte di Dio. Genetica, riproduzione umana e riflessione filosofica*, in *www.academia.edu*, p. 7 (anche in *Bioetica e società*, n. 1, 2005, p. 9 ss.), si esprime nei termini di «spostamento del confine tra caso e scelta».

⁶ «Non possiamo escludere», afferma JÜRGEN HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, [2001 e 2002] tr. it. di L. Ceppa, Einaudi, Torino, 2002 e 2010, p. 91, «il pericolo di una dipendenza eugenicamente alienante tutte le volte in cui, nei confronti di una seconda persona, l'intervento di modifica viene intrapreso in maniera unilaterale, vale a dire senza quell'atteggiamento clinico che deve anticipare il consenso dell'interessato».

⁷ Ci si riferisce all'ordinanza del Tribunale di Salerno del 13 gennaio 2010, con la quale, per la prima volta in Italia, un giudice ha riconosciuto il diritto alla diagnosi genetica preimpianto di una coppia fertile portatrice di una grave malattia ereditaria.

⁸ Con la sentenza del 28 agosto 2012, confermata dalla sentenza dell'11 febbraio 2013 della Grande Camera, la Corte EDU ha riconosciuto la legittimità della diagnosi preimpianto nell'ordinamento giuridico italiano per le coppie fertili, per ragioni di necessaria *coerenza* del relativo sistema legislativo (in ispecie nel rapporto tra la legge sulla procreazione medicalmente assistita e quella sull'interruzione volontaria di gravidanza).

⁹ Da ultimo, con la sent. n. 96/2015, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 e 2, e dell'art. 4, co. 1, della l. n. 40/2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, lett. b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 («Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza»), accertate da apposite strutture pubbliche.

¹⁰ Trasfigurandosi, piuttosto, nel «potere dei viventi sui posteri, che sono gli oggetti inermi di decisioni prese in anticipo da chi pianifica oggi. L'altra faccia dell'odierno potere è la futura schiavitù dei vivi nei confronti dei morti»: così HANS JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio*

Madri e padri partecipano della selezione del genere umano: intervenendo sui “loro” embrioni e scegliendo tra essi, definiscono i caratteri della *loro* progenie e, contemporaneamente, l’evoluzione della *nostra* specie.

Il «*versante negativo*¹¹ della rivoluzione riproduttiva»¹², consentendo la legale praticabilità di contraccezione ed aborto, ha rappresentato il momento in cui scienza e diritto sono entrati nell’alveo materno per impedire il corso naturale della procreazione.

Dal finire del secolo scorso, va svolgendosi il *versante positivo* di quella rivoluzione¹³, che porta l’inizio vita fuori dal grembo, per poterlo gestire, altrettanto legalmente, senza i limiti di natura.

Noi siamo figli dell’*imponderabile* prima che dei nostri genitori, come loro lo sono stati prima e più di noi e così via, a ritroso nella storia della specie umana. Ma le generazioni a venire saranno sempre più figlie della *ponderazione* che madri e padri faranno dei dati genetici forniti loro dalla scienza.

I figli delle generazioni che verranno non saranno solamente *il frutto di una scelta* ma saranno anche *scelti*.

Andiamo affrancandoci, insomma, dalla stessa umanità così come l’abbiamo concepita fino ad oggi. Sulla questione che qui si tratta si gioca, dunque, il futuro dell’uomo e, con esso, il senso ed il valore della biomedicina, della bioetica e del biodiritto.

La riflessione dev’essere, pertanto, completa, responsabile, informata, franca e, soprattutto, partecipata, onde evitare di disperdere consapevolezza e coerenza nella frammentazione e nella diversità delle decisioni assunte per le *single provette*.

Con particolare forza, sono chiamati al dovere della riflessione, del dibattito e della decisione, i giuristi – dunque, il biodiritto –, per regolare le

responsabilità, a cura di P. Becchi, [1985] tr. it. di P. Becchi e A. Benussi, Einaudi, Torino, 1997, p. 127. Di un giovane che venga a sapere di una programmazione prenatale azionata su di lui, JÜRGEN HABERMAS, *op. cit.*, p. 91, ritiene che corra «il pericolo di non più intendersi come l’autore indiviso della propria vita, anzi di sentirsi legato, come discendente, alla rete di decisioni genetiche prese dalle generazioni precedenti (una rete che diventa sempre più densa e vincolante)».

¹¹ Corsivo nostro.

¹² M. MONETI CODIGNOLA, *Dal generare al produrre. Come cambia il senso del «venire al mondo» nell’era delle tecnologie riproduttive*, nel vol. *Annali del Dipartimento di Filosofia 2003-2004*, Firenze University Press, Firenze, 2005, p. 321, che, con questa formula, si riferisce ad un’operazione di «dissociazione di sessualità e riproduzione», tesa ad «annullare le conseguenze riproduttive di un atto sessuale» (*ivi*, p. 319). Essa è parte di una vera e propria rivoluzione in corso, consistente, essenzialmente, nel «controllo consapevole [di] processi vitali relativi a sessualità e riproduzione» (*ivi*, p. 318).

¹³ È «la parte più rilevante della rivoluzione riproduttiva, quella che riguarda le tecnologie atte a provocare il concepimento e la nascita anziché a evitarla»: *ivi*, p. 329.

sempre nuove conquiste della scienza, per rispondere alle preoccupazioni che s'innalzano dalla bioetica¹⁴ e per conciliare e riconciliare continuamente le une con le altre.

2. *L'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto: le ragioni delle ragioni contrarie. La confutazione dei tre principali argomenti*

Prendere in considerazione le ragioni contrarie all'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto (da ora: DGP), dopo la giurisprudenza di merito, costituzionale ed internazionale tutta protesa a consentirla, sembra operazione vana, in quanto già negata e superata nei *desiderata* dei cittadini, nelle pronunce dei giudici, nelle future deliberazioni del legislatore.

Purtuttavia, mantiene utilità ai fini del rafforzamento di quella prudenza e di quella saggezza – il principio di precauzione¹⁵ – che devono orientare ogni decisione in materie determinanti per il futuro della specie umana e continuare ad ispirarle una volta assunte¹⁶.

È un auspicio affinché le ragioni contrarie costituiscano un monito costante a non oltrepassare la linea di demarcazione del rispetto della dignità umana¹⁷, ad operare un accorto bilanciamento dei diversi diritti coinvolti ed alla

¹⁴ Per uno sguardo sul dibattito contemporaneo in bioetica intorno al potenziamento genetico, cfr. GIACOMO CARDELLI, *Potenziamento genetico: un'analisi delle ragioni contro di Francis Fukuyama e di Michael J. Sandel*, in *Bioetica*, n. 1-2, 2014, p. 82 ss.

¹⁵ Per la traduzione di prudenza e saggezza nel principio di precauzione, cfr. LAURA PALAZZANI, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 59, e CLAUDIA CARICASOLE, *Il principio di precauzione nell'ordinamento giuridico nazionale e comunitario. Il caso degli organismi geneticamente modificati*, 28 febbraio 2015, in www.ildirittoamministrativo.it, cap. I, p. 6.

¹⁶ Il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA - PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, Presidenza del consiglio dei ministri, Roma, 2004, p. 19, ritiene che il principio di precauzione, oltre ad essere «uno strumento biogiuridico di regolamentazione», sia «anche indispensabile per creare le condizioni di accettabilità sociale del rischio, aprendo le controversie scientifiche al dibattito pubblico, favorendo la costruzione sociale e la partecipazione democratica alla discussione pubblica dei problemi scientifici ed esigendo trasparenza nella comunicazione tra scienza e società».

¹⁷ VINCENZO BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, 4 giugno 2013, in www.dirittifondamentali.it, p. 18, lamenta «una generale difficoltà di inquadramento» del valore della dignità umana «entro le maglie strette di un preciso assioma dogmatico» e ravvisa maggiore «tensione dialettica» proprio nel confronto tra la dignità umana e la vita (nascente) (*ivi*, p. 15). Ciononostante, egli riscontra la costante percezione del valore *de quo* quale limite insuperabile. «La consapevolezza di una violazione della d.u. [dignità umana] intesa quale limite ultimo invalicabile ad ogni forma di decisione politica e/o ad ogni atto di diritto positivo» – afferma l'A. – «appare piuttosto connessa ad una consapevolezza istintiva, aliena da ogni influenza del ragionamento giuridico, che diventa il presupposto di un linguaggio dimostrativo ispirato a regole giuridiche, quale è quello della sentenza» (*ivi*, p. 19).

disponibilità a rimodularlo nel tempo, in ragione di nuove conoscenze e di rinnovate consapevolezza.

Le ragioni contrarie si facciano, infine, luogo e mezzo d'espressione di chi *voce deve ancora acquisire*¹⁸ – almeno fin dove sussiste coincidenza di contenuti ed identità d'intenti –, dandogli modo di essere partecipe, almeno in parte, del confronto e della decisione.

Con questo spirito, ci accingiamo a considerare i tre topici sui quali, in Italia, si sono incentrati il dibattito ed, in mancanza di una determinazione legislativa, le carte processuali.

È in sede giudiziaria, infatti, che le coppie richiedenti l'accesso alla metodica diagnostica *de qua* hanno presentato le più significative argomentazioni giuridiche a sostegno, come si conviene alla richiesta di riconoscimento di diritti pretesi tali ma ancora privi di un pacifico accoglimento nell'ordinamento giuridico¹⁹.

¹⁸ Riferendoci all'embrione e parafrasando la nota formula di chi «persona deve ancora diventare», adoperata dalla Corte costituzionale ad indicare il figlio in grembo, diversamente dalla gestante, che «è già persona» (nel *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 27/1975).

L'embrione non è in grado, evidentemente, di esercitare *ex se* i propri diritti, né di richiederne riconoscimento e tutela. Ciò non esclude, anzi, determina la necessità che altri se ne assumano la rappresentanza; altri i cui diritti ed interessi non siano in contrapposizione con quelli dell'embrione, col rischio (o con la certezza, piuttosto) di perdere in serenità ed obiettività di valutazione.

Dall'*Autorevole intervento al Concistoro straordinario del 1991, svolto ufficialmente in veste di Prefetto della Congregazione* da Joseph Ratzinger, reperibile in *www.ratzinger.us*: «...laddove il diritto all'espressione della propria libertà può prevalere sul diritto di una minoranza che non ha voce, lì è la forza che è divenuta il criterio del diritto.

Ciò risulta tanto più evidente e drammaticamente grave quando in nome della libertà di *chi ha potere e voce*, si nega il fondamentale diritto alla vita di *chi non ha possibilità di farsi ascoltare* (corsivi nostri).

¹⁹ Per una ricostruzione delle intricate vicende normativo-giudiziarie che hanno riguardato la l. n. 40/2004, comprensive di quelle specificamente inerenti la DGP, v., *ex ceteris*, STEFANO AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, 19 settembre 2009, in *www.forumcostituzionale.it*, p. 1 ss., LARA TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Consulta OnLine*, 2009, *www.giurcost.org*, VITULIA IVONE, *L'inizio della vita e la diagnosi genetica preimpianto*, in TEODORA ZAMUDIO (directora), *Bioética. Herramienta de las Políticas Públicas y de los Derechos Fundamentales en el Siglo XXI*, UMSA-UNISA-ProDiversitas, Buenos Aires, 2012, p. 143 ss., FRANCESCA SCIA, *Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2012, ELENA FALLETTI, *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in il *Corriere giuridico*, n. 2, 2013, p. 234 ss., MARIA PIA IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.* n. 2, 2015, p. 325 ss., e, in prospettiva comparata, FRANCA MEOLA, *L'accesso alla diagnosi pre-impianto nella comparazione tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo*, nel vol. *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienza in dialogo*, a cura di Lorenzo Chieffi e José Ramón Salcedo Hernández, Mimesis, Milano, 2015, p. 287 ss.

3. *Primo argomento: la diagnosi genetica preimpianto quale conseguenza del diritto al consenso informato nei trattamenti medici*

A sostegno del diritto ad accedere alla DGP, in sede giudiziaria, è stato sovente invocato il diritto al consenso informato²⁰.

La correlazione di quest'ultimo con l'atto medico e con la ricerca scientifica è chiara e consolidata nella normativa nazionale²¹ e nei numerosi atti di diritto internazionale che l'hanno riconosciuto e disciplinato²².

Il paziente è in grado di decidere consapevolmente se sottoporsi o meno ad un intervento medico solamente dopo aver ricevuto esaustive e comprensibili informazioni su natura, scopo, conseguenze e rischi di esso²³.

Il consenso informato è, dunque, garanzia di autodeterminazione della persona riguardo ai trattamenti sanitari ai quali possa o debba sottoporsi.

Cosicché, per acconsentire in piena consapevolezza alla procedura di fecondazione assistita ed, in particolare, all'impianto in utero dell'embrione

²⁰ Sul consenso informato, v. LORENZO CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1993, pp. 191-216.

²¹ Pur in assenza di una specifica normativa, il diritto al consenso informato discende, innanzitutto, dalle tutele costituzionali di cui agli artt. 13 e 32 Cost. Indi, il consenso è contemplato dall'art. 33 della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, la l. n. 833/1978, seppur con riferimento agli accertamenti ed ai trattamenti sanitari obbligatori, e da numerosi altri articoli di leggi volte a disciplinare specifici atti medici, quali: l'art. 4 della l. n. 458/1967 («Trapianto del rene tra persone viventi»); l'art. 14 della l. n. 194/1978 («Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza»); l'art. 5, co. 3, della l. n. 135/1990 («Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS»); l'art. 3, co. 1 e 3, della l. n. 107/1990 («Disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano ed ai suoi componenti e per la produzione di plasmaderivati»); gli artt. 2, 3, co. 1, 4, 5, 6, co. 2, e 7, co. 3, della l. n. 211/2003 («Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico»); infine, la stessa l. n. 40/2004, in part. all'art. 6 («Consenso informato»).

Il Codice di deontologia medica, approvato il 18 maggio 2014 dalla Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, dedica al consenso ed al dissenso l'intero Titolo IV («Informazione e comunicazione. Consenso e dissenso»).

²² Il consenso informato assurge, come sintetizza STEFANIA NEGRI, *Consenso informato, diritti umani e biodiritto internazionale*, in *Biodiritto*, n. 2, 2012, pp. 98, 99, a «regola fondamentale per il corretto esercizio della professione medica e della ricerca scientifica» in quasi tutti gli accordi e le dichiarazioni di diritto internazionale che riguardano il settore della biomedicina. Una per tutte, ricordiamo la *Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina*, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata in Italia con la l. n. 145/2001, che dedica al «Consenso» il Capitolo II.

²³ Mutuiamo l'espressione adoperata nella *Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina*, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1997 e ratificata con legge 28 marzo 2001, n. 145. Essa, all'art. 5, recita: «Regola generale. Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto un'informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

fecondato *in vitro*, la coppia richiede di essere informata sullo stato di salute di quest'ultimo (da cui dipende anche il successo della tecnica in questione), nonché sulle malattie di cui dovesse essere affetto (quelle genetiche gravi che la diagnosi *de qua* è in grado d'individuare).

Il fallimento della fecondazione assistita nelle fasi successive all'impianto e la nascita di un bambino malato costituiscono, dunque, quei rischi e quelle conseguenze dell'intervento medico dei quali primariamente gli aspiranti genitori chiedono di essere informati, onde sottoporsi consapevolmente alla pratica medica in questione²⁴.

Il consenso all'impianto sarà fortemente condizionato da questi dati, nel senso che, con alta probabilità, sarà negato nel caso di una mappatura genetica alterata, con conseguente congelamento degli embrioni malati: la l. n. 40/2004, all'art. 14, co.1, vieta, infatti, la soppressione degli embrioni non destinati al *transfer*²⁵.

Vi è da credere, però, che questa prima destinazione equivalga, di fatto, alla soppressione: il congelamento non dura, generalmente, più di cinque anni ed è altamente improbabile che la donna che non ha prestato in prima battuta il suo consenso all'impianto di quegli embrioni, in quanto malati, lo faccia in un momento successivo.

È quanto si deve ritenere in considerazione degli intenti con i quali le coppie richiedono la DGP²⁶ e delle motivazioni con le quali, fatto ricorso al

²⁴ Conformemente a quanto l'art. 6, co. 1, della l. n. 40/2004 chiaramente prescrive: «Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro.

Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e *in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevole*» (corsivo nostro).

²⁵ In ordine al divieto di crioncoservazione, previsto anch'esso dall'art. 14, co. 1, deve ritenersi, invece, che la sent. Corte cost. n. 151/2009 abbia consentito di derogarvi. Con tale pronuncia, infatti, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 14, nella parte in cui limitava la creazione di embrioni ad un numero non superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque non superiore a tre (lasciando fermo il limite a quanto «strettamente necessario»); conseguentemente, sarà necessario ricorrere a tecniche di congelamento per gli embrioni non impiantati per scelta medica.

²⁶ Emblematica, in tal senso, è la missiva inviata da una coppia di coniugi al medico che l'aveva in cura per l'infertilità e, di essa, un'affermazione, in particolare, della madre scrivente: «a modifica del consenso prestato, dichiaro di volere accedere alla tecnica di diagnosi genetica pre-impianto e che, qualora a seguito di questa dovesse risultare la presenza di un embrione malato, non sarò disponibile

giudice, sostengono il riconoscimento e la tutela del diritto all'impianto dei soli embrioni sani. Lamentano, infatti, l'illogicità di un rifiuto (a questa loro richiesta) che le *costringerebbe* ad interrompere la gravidanza conseguente all'impianto di un embrione malato²⁷.

I giudici aditi, in effetti, hanno accolto le loro richieste (anche) in omaggio al principio del consenso informato del paziente. «La facoltà di prestare il consenso, che contempla in sé la possibilità del rifiuto, attribuisce alla coppia non solo il diritto alla diagnosi degli embrioni ma altresì il diritto di rifiutare l'impianto degli embrioni malati»: è quanto si legge in un'ordinanza del 2014 del Tribunale di Roma²⁸.

Nel maggio del 2004, a pochi mesi dall'entrata in vigore della legge n. 40, il Tribunale di Catania²⁹, al contrario, aveva negato l'accesso alla DGP in quanto avrebbe condotto – stante le dichiarate intenzioni della coppia³⁰ – all'eliminazione degli embrioni con mappatura genetica alterata evidenziata dalla diagnosi.

Altrimenti detto, questo giudice non aveva riconosciuto il diritto della coppia alla DGP proprio perché, in conseguenza degli esiti di quest'indagine, essa avrebbe compiuto una scelta abortiva³¹ vietata dalla stessa legge n.

a riceverne l'impianto ritenendo tale eventualità pericolosa per la mia salute fisica e psichica (mentre sono disponibile, comunque, all'impianto dell'eventuale portatore sano)».

La lettera è stata poi allegata agli atti del processo che ha fatto seguito al rifiuto del medico di procedere alla DGP ed è stata riportata nel testo della relativa ordinanza (ord. Tr. Catania, I sezione civile, 3 maggio 2004).

²⁷ Dalle argomentazioni addotte nel giudizio di cui alla nota precedente dalla coppia che chiedeva al giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, co. 2, della l. n. 40/2004, con riferimento agli artt. 2 e 32 Cost., riportiamo: «La norma sarebbe irragionevole ove non apprestasse tutti gli strumenti più idonei alla salvaguardia del preminente bene protetto vale a dire quello della salute della donna e poi del nascituro.

Sarebbe, pertanto, assolutamente illogico dal momento in cui tutti i presupposti di legge per farsi luogo all'interruzione di gravidanza siano conosciuti in un momento anteriore all'impianto, e vi sia una volontà della donna contraria all'impianto, mettere a repentaglio la sua salute obbligandola al trasferimento ed al successivo aborto» (punto 6 dell'ord. Tr. Catania, I sezione civile, 3 maggio 2004). L'IVG, inoltre, avverrebbe – come precisato in un precedente passaggio – «quando il feto è in uno stato avanzato e non in una fase embrionale» (punto 6 dell'ord. Tr. Catania, I sezione civile, 3 maggio 2004).

²⁸ Precisamente, al par. 1 del *Rilevato in diritto* dell'ordinanza del 14 gennaio 2014 del Tribunale di Roma. Con questo provvedimento, il giudice sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 e 2, e dell'art. 4, co. 1, della l. n. 40/2004.

²⁹ Con la già citata ord. Tr. Catania, I sezione civile, 3 maggio 2004.

³⁰ Quelle esplicitate nella lettera che la coppia indirizza al proprio medico, già riportata nel suo passo più significativo, *supra*, alla nota n. 26.

³¹ Il giudice non ritiene meritevole di tutela la volontà della coppia di avere un figlio «conforme ai propri desideri, sacrificando a questo obiettivo, per tentativi successivi, tutti i figli reali difforni che venissero nel frattempo» (punto 10 dell'ord. Tr. Catania, I sezione civile, 3 maggio 2004).

40. In particolare, il Tribunale leggeva questa disciplina alla luce dell'*intento legislatoris*, rintracciabile nei suoi primi articoli e ricostruibile attraverso gli atti preparatori ed i resoconti dei lavori parlamentari³².

Va detto, invero, che questa decisione era destinata a rimanere un *unicum*.

Successivamente, i giudici si sarebbero espressi a favore della DGP o, maturati dubbi di legittimità costituzionale della l. n. 40/2004 sul punto, avrebbero investito la Consulta della questione.

Nell'evoluzione giurisprudenziale si sarebbe sviluppato, piuttosto, un argomento che collega l'accesso alla DGP all'interruzione volontaria di gravidanza (da ora: IVG), *ex l. n. 194/1978, per il tramite* del consenso informato.

Il Tribunale di Cagliari, nel 2012, riscontra, infatti, nella fattispecie esaminata, «evidenti analogie»³³ con la legge n. 194/1978, relativamente alle condizioni alle quali questa consente l'interruzione della gravidanza ed, in specie, riguardo al serio/grave pericolo per la salute fisica e psichica della donna, provocato dalla prosecuzione della gravidanza, dal parto, dalla maternità o dalle rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro.

Poiché, dunque, per la legge sull'aborto, «l'informativa cui è tenuto il medico (art. 14)³⁴ è funzionale all'accertamento della sussistenza di un serio pericolo per la salute psicofisica della donna, quale effetto della condizione patologica del concepito»³⁵, similmente, nell'ambito della procreazione medicalmente assistita (da ora: PMA), «la diagnosi preimpianto dovrà accertare le condizioni di salute dell'embrione che siano legate da uno stretto nesso eziologico con l'integrità psicofisica della donna»³⁶.

³² Nel mentre ricorda che l'intenzione del legislatore è indicata come criterio d'interpretazione della legge dall'art. 12, co. 1, delle Disposizioni sulla legge in generale, il giudice Felice Lima avverte della particolare importanza di questo criterio rispetto ad una legge da poco entrata in vigore, qual è appunto la legge *de qua* al tempo in cui egli è adito. Se non si riconoscesse il grande rilievo dell'intenzione del legislatore in queste circostanze – egli afferma – si renderebbe «sovranò l'interprete in luogo del legislatore» (par. 2 dell'ordinanza).

³³ Così il giudice Giorgio Latti, nell'ord. Tr. Cagliari, 9 novembre 2012.

Sulla vicenda giudiziaria cagliaritano, cfr. FRANCA MEOLA, *Il "caso Cagliari": brevi note sulla definizione in positivo della vexata quaestio dell'ammissibilità della diagnosi pre-impianto*, nel vol. *Il futuro della bioetica. Una scienza nuova per il XXI secolo*, a cura di Raffaele Prodomo, Giappichelli, Torino, 2008, p. 21 ss.

³⁴ Art. 14 della l. n. 194/1978: «Il medico che esegue l'interruzione della gravidanza è tenuto a fornire alla donna le informazioni e le indicazioni sulla regolazione delle nascite, nonché a renderla partecipe dei procedimenti abortivi, che devono comunque essere attuati in modo da rispettare la dignità personale della donna. In presenza di processi patologici, fra cui quelli relativi ad anomalie o malformazioni del nascituro, il medico che esegue l'interruzione della gravidanza deve fornire alla donna i ragguagli necessari per la prevenzione di tali processi».

³⁵ Ord. Tr. Cagliari, 9 novembre 2012.

³⁶ *Ibidem*.

Anche da queste (supposte) analogie il giudice trae, dunque, il convincimento che «la diagnosi preimpianto abbia come scopo proprio quello di consentire alla donna una decisione informata e consapevole in ordine al trasferimento degli embrioni ovvero al rifiuto di detto trasferimento»³⁷.

Il Tribunale di Cagliari basa, così, la sua decisione, fondamentalmente, sull'individuazione del consenso informato quale «vero e proprio diritto della persona che svolge la funzione di sintesi dei due diritti fondamentali all'autodeterminazione ed alla salute»³⁸.

Invero, le due situazioni considerate analoghe sono significativamente diverse (sia sul piano fattuale che su quello normativo) e, conseguentemente, diverso è il ruolo che vi gioca il consenso informato.

Nella procreazione naturale, il medico deve informare la gestante, in particolare all'esito delle indagini prenatali a cui si sia sottoposta, delle condizioni di salute dell'embrione/feto che ella porta in grembo. Nella PMA, invece, egli dovrà informare la coppia dello stato di salute degli embrioni prodotti in provetta ed, in particolare, in caso di DGP, delle eventuali alterazioni della loro mappatura genetica.

Dalla diversità delle due situazioni (naturale, l'una; artificiale, l'altra) e dalla diversa, conseguente connotazione della doverosa informazione medica, discende un differente *utilizzo* delle notizie ricevute.

Esse si trasmutano in pienezza di autodeterminazione rispetto ad un'eventuale scelta d'interruzione di gravidanza; in consenso informato, invece, rispetto all'incedere nella procedura di PMA³⁹.

Altrimenti detto, nella procreazione naturale, l'informazione fornita dal medico servirà alla coppia ed alla madre, in particolar modo, a decidere se ricorrere all'IVG. L'informazione, in questo caso, va a corroborare la consapevolezza della scelta materna riguardo all'opportunità di proseguire la ge-

³⁷ Nel concludere in questo modo, l'ordinanza richiama la sentenza del 24 settembre 2007 dello stesso Tribunale. Ad analogo convincimento giunge il Tribunale di Roma nel 2014, sebbene non ricorra, a tal fine, ad analogie con l'informazione medica di cui alla legge sull'IVG. Attraverso la DGP, viene «tutelato» – si legge nell'ord. Tr. Roma, 28 febbraio 2014 – «sia il diritto all'autodeterminazione dei soggetti coinvolti sia il diritto alla salute della futura gestante, essendo evidente che gli embrioni affetti da gravi patologie genetiche possono seriamente determinare una prosecuzione patologica della gravidanza, o causare un aborto spontaneo, o compromettere l'integrità fisica della donna, sottoponendola ad una pressione psicologica insostenibile o costringendola a ricorrere ad un aborto terapeutico».

³⁸ Ord. Tr. Cagliari, 9 novembre 2012. Lo stesso può dirsi per il Tribunale romano, nella succitata ordinanza del 28 febbraio 2014.

³⁹ Ai sensi dell'art. 6 della l. n. 40/2004, il medico è tenuto a fornire informazioni dettagliate alla coppia, «prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita».

stazione di quel determinato embrione/feto concepito e portato in grembo.

Nella PMA, invece, sull'informazione medica ricevuta si baserà l'individuazione di quali embrioni impiantare nel grembo materno e di quali, invece, destinare alla crioconservazione, indi, molto probabilmente, alla distruzione. All'informazione segue, cioè, la scelta della coppia (in una col medico) d'impiantare l'uno o l'altro o l'altro ancora degli embrioni prodotti.

La reale finalità perseguita col consenso informato nell'ambito della PMA è disvelata chiaramente dalla Corte costituzionale quando dichiara, nella sent. n. 96 del 2015⁴⁰, che «il sistema normativo, cui danno luogo le disposizioni censurate, 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»⁴¹.

In questa procedura, infatti, l'intervento del medico e della medicina è volto ad individuare un embrione *sano* tra quelli prodotti in laboratorio. Dopo averne debitamente informato la coppia, questo solo sarà avviato ad un percorso di vita, mentre si provvederà alla sostanziale distruzione degli embrioni che non sono sani o che non lo sono nella percentuale e nei termini ritenuti *soddisfacenti* dai genitori.

Non è possibile, pertanto, far discendere l'ammissibilità della DGP dalla (presunta) similitudine dell'informazione sulla salute del concepito nelle due procedure. Solo nell'IVG, infatti, questa corrisponde al suo proprio scopo, che è quello di fondare scelte consapevoli e non, invece, di fungere da criterio di selezione.

D'altro canto, se è indubbio che il consenso informato debba corredare ogni atto medico, non sembra altrettanto certo che la PMA rientri pienamente in questa categoria.

La fecondazione assistita, infatti, pur consistendo in un metodo terapeutico – qualifica pur indirettamente riconosciuta dalla l. n. 40/2004⁴² –, non è propriamente una cura (una *therapeia*).

⁴⁰ Riguardo a questa pronuncia della Consulta, v., *supra*, nota n. 9 e, *infra*, nel testo.

Tra i vari commenti ad essa, v. MARIA PIA IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2015, p. 797 ss., e ANTONIO 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 *Giur. cost.*, n. 3, 2015, p. 805 ss.

⁴¹ Punto 9 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 96/2015.

⁴² Art. 1, co. 2, della l. n. 40/2004: «Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano *altri metodi terapeutici* efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» (corsivo nostro).

Essa non determina, infatti, la guarigione dalla patologia in ragione della quale vi si ricorre: non è in grado, cioè, di eliminare l'alterazione, la disfunzione di cui il paziente è affetto, (ri)conducendolo ad una situazione di *normalità* (sia in caso di sterilità/infertilità, che impedisca una procreazione naturale, sia di qualsivoglia patologia genetica ereditaria, che non s'intenda trasmettere alla propria progenie).

Tanto meno può dirsi che la PMA sia in grado di curare la patologia dell'embrione. Essa è tesa, piuttosto, a sopprimerlo e l'eliminazione dell'embrione malato è tutt'altro che la sua cura: ne è, in tutta evidenza, l'esatto opposto.

L'informazione così anticipata (rispetto al momento in cui sarebbe altrimenti evidente la patologia) che la DGP consente, non corrisponde certo alla possibilità di una cura altrettanto precoce; come si è detto, essa, anzi, non contempla alcuna possibilità di cura.

Permette, piuttosto, di anticipare l'“eliminazione” dell'embrione rispetto a quell'interruzione della gravidanza a cui la madre ricorrerebbe se costretta all'impianto (una volta ricevuta, dalla diagnosi genetica neonatale, analoga informazione negativa sulla salute dell'embrione).

La PMA consiste – così, infine, può dirsi – in un intervento compiuto da un medico, in base a scienza medica, teso ad ottenere, in via alternativa e non risolutiva, attraverso una procedura, almeno parzialmente extracorporea, quel risultato procreativo che la patologia (del singolo o della coppia) altrimenti impedirebbe.

Non, dunque, un atto terapeutico, benché medico.

Non meraviglia, allora, che anche il consenso informato ad esso relativo risulti distorto rispetto alla sua propria funzione.

In realtà, nella vicenda DGP, il consenso *scolora*, essendo strumentale ad un atto non terapeutico e neppure propriamente medico, bensì essenzialmente *selettivo*, un *mero scarto*; solo l'atto successivo – l'impianto – è un vero e proprio atto medico (non terapeutico).

La DGP, dunque, è strumentale alla selezione, non all'impianto, sebbene questo sia atto successivo ai primi due (diagnosi e selezione).

Successivo ma non eziologicamente connesso. Ad esso, infatti, potrebbe non addivenirsi affatto, come accade, ad esempio, quando la DGP evidenzia embrioni tutti malati, dei quali la coppia non voglia, per questo, impiantare nessuno. Similmente, ben si potrebbe procedere all'impianto degli embrioni senza sottoporli a diagnosi genetica e, quindi, senza selezionarli; oppure impiantarli senza previa selezione, nonostante i risultati negativi della diagnosi.

Ci chiediamo, a questo punto del ragionamento, se la selezione embrio-

nale operata sulla base dei risultati forniti dalla DGP non rappresenti una forma di soppressione o d'impedimento dell'esistenza di *vite non degne di vivere*⁴³.

Se, in altri termini, questa non sia già eugenetica⁴⁴.

E, ancora, chi possa legittimamente assurgere a *decisore della dignità sufficiente*, secondo quale parametro e quale sia la *percentuale di dignità* sopra la quale *il decisore* riconosce/concede la vita.

Della triade composita (coppia e medico) che dovrebbe assicurare la valutazione più saggia, condivisa ed equilibrata, rimane, invero, ben poco.

Il consenso inizialmente dato è soggetto a variazioni conseguenti alle nuove informazioni via via acquisite e la condivisione iniziale della scelta viene rimessa, nel prosieguo, ai ripensamenti anche di una sola parte.

La questione del consenso non interessa unicamente i soggetti che si sottopongono alla fecondazione assistita ed i *loro* embrioni. Il consenso, soprattutto in quanto *informato*, unisce in un unico rapporto paziente e medico,

⁴³ È l'interrogativo che pone CARLO ALBERTO DEFANTI, *L'eugenetica porta all'eutanasia? L'argomento della deriva nazista in bioetica*, in *Bioetica*, n. 2-3, 2013, p. 481, nel confrontarsi con l'argomento della deriva nazista ed il suo ricorrere nel dibattito bioetico.

⁴⁴ Dopo aver definito l'eugenetica come la «disciplina che si prefigge di favorire e sviluppare le qualità innate di una razza, giovandosi delle leggi dell'ereditarietà genetica», secondo il significato del termine coniato, nel 1883, da F. Galton, la Treccani *on line* ne fornisce un'attualizzazione. Puntualizza, cioè, che, «a partire dagli anni 1950, con gli studi sul patrimonio genetico dell'uomo si è fatta strada una nuova e. tecnologica, che persegue tre direttrici: a) la selezione genotipica dei soggetti a rischio di manifestare una malattia, per mezzo della diagnosi prenatale e l'aborto dei soggetti indesiderati, o più precocemente, con la diagnosi pre-impiantatoria (e. selettiva o *creativa*); b) la selezione germinale, mediante la scelta di gameti raccolti e conservati in banche apposite e utilizzati nell'ambito delle tecniche di fecondazione artificiale (e. preventiva); c) la geneterapia, mediante la modificazione dell'informazione genetica contenuta nelle cellule somatiche, nelle cellule germinali e negli embrioni umani prodotti in vitro (e. curativa)» (voce *eugenetica*, Treccani, *la cultura italiana*, in www.treccani.it). La selezione conseguente alla DGP, oggetto delle nostre riflessioni, rientra chiaramente nel primo tipo delineato, vale a dire l'eugenetica selettiva o creativa.

Interrogato circa l'approccio più corretto ai test genetici prenatali, l'ematologo e genetista Licio Contu risponde che «la diagnosi prenatale è da sostenere quando sia funzionale a predisporre e programmare una terapia adeguata per il nascituro. Se invece l'obiettivo è sostanzialmente teso all'eliminazione del feto perché portatore di anomalie o patologie, allora siamo nell'ambito dell'eugenetica, tentazione da respingere con forza», in EMANUELA VINAI, *Diagnosi prenatali, l'eugenetica dietro l'angolo*, *Avvenire*, 13 gennaio 2011.

Il ginecologo Lucio Romano, convinto anch'egli che la DGP sia una «tecnica che di per sé porta ad una deriva eugenetica», fa chiarezza su di un aspetto trascurato o del tutto ignorato, che vede vittime della DGP *perfino* gli embrioni sani. In un'intervista rilasciata a GABRIELLA CERASO, *Corte europea contro Legge 40 su diagnosi pre impianto. Scienza e vita: deriva eugenetica*, 28 agosto 2012, in <http://it.radiovaticana.va>, precisa che la DGP «porta a una selezione degli embrioni, che una volta prodotti in numero [...] significativo, in parte comunque evidentemente moriranno. Non solo moriranno per l'approccio con la tecnica stessa della diagnosi genetica pre-impianto, ma potranno evidentemente subire delle conseguenze tali che saranno inidonei al trasferimento. Stiamo parlando di embrioni che sono, chiaramente, clinicamente sani».

coinvolti «in un processo decisionale condiviso rispetto al progetto terapeutico, pure all'interno delle differenze di ruolo e di competenze»⁴⁵.

Il nobile intento di condivisione consapevole di un programma di salute e di benessere – che già stenta a resistere alle distorsioni ed agli opportunismi della prassi⁴⁶ – viene demolito dalla «“medicina del benessere” o “del desiderio”»⁴⁷, nella quale «il medico si trova ad agire per sanare situazioni che riguardano il mondo delle relazioni e degli affetti. Lo stato patologico è la mancanza di un figlio, o, meglio ancora, la sofferenza della coppia o del singolo che non può procreare»⁴⁸.

È questa l'unica vera afflizione che, nelle situazioni di sterilità/infertilità, ci si dovrebbe preoccupare di curare o lenire, oltre, ovviamente, che impegnarsi a curare la patologia stessa⁴⁹.

Purtuttavia, vuoi per impossibilità, vuoi per incapacità di accollarsi la responsabilità scientifica della terapia di questo tipo di sofferenza, il medico finisce col riparare «nel ruolo di esecutore tecnico della richiesta del paziente, abdicando a quel contributo attivo, che invece rivendica nelle più abituali situazioni cliniche»⁵⁰.

Il fulcro di tutta la questione sta, in effetti, nei *desiderata*, anche mutevoli, del paziente: quand'egli dà, inizialmente, il consenso alla PMA e quand'egli lo revoca, poi, rispetto all'impianto dei soli embrioni malati.

4. *Secondo argomento: la diagnosi genetica preimpianto quale esito del bilanciamento tra il diritto alla vita del concepito e quello alla salute della futura gestante*

La revoca del consenso all'impianto consiste, in effetti, nell'esercizio di una *volontà selettiva*.

Più che *consenso*, dunque, *volontà*.

⁴⁵ NICOLA ROSSI, *Sviluppi tecnologici in medicina e consenso informato*, in *Psicologia della Salute*, n. 1, 2001, p. 40, nota n. 3.

⁴⁶ Cfr. ANGELO FIORI, *Per un riequilibrio tra dovere di globale beneficalità nella prassi medica ed esigenze del diritto in tema di consenso informato (nota a Trib Milano, Sez. VI, 4 dicembre 1997)*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 6, 1998, p. 1144.

⁴⁷ NICOLA ROSSI, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁸ *Ivi*, p. 41.

⁴⁹ Sulle attuali possibilità di cura della sterilità/infertilità, cfr., a titolo informativo, RODOLFO CASADEI, *Fecondazione assistita? La “napro” è più efficace ed è “cattolicamente corretta”. Infatti nessuno ne parla*, 1° luglio 2013, in www.tempi.it.

⁵⁰ NICOLA ROSSI, *op. cit.*, p. 41.

È la volontà «di chi è già persona» che prevale su quella di chi «persona deve ancora diventare»⁵¹; volontà quest'ultima non espressa in quanto inespriabile e, dunque, nemmeno conoscibile od ipotizzabile.

La volontà prevalente consiste, dunque, nella determinazione di avere un figlio che goda di buona salute ed, al contempo, di preservare la salute della madre (potremmo, a costo di una forzatura, fors'anche dire della coppia) da ogni *vulnus* che possa derivare dalla nascita di un figlio malato.

Il perseguimento della “salute”, nel duplice senso indicato, costituisce il secondo argomento intorno al quale ruotano i ragionamenti e le decisioni sulla DGP.

Nelle dinamiche giudiziarie in cui quest'argomento è stato messo in gioco, l'embrione ed i suoi diritti – che ne rappresentano l'altro polo – sono rimasti sostanzialmente misconosciuti.

Lo sviluppo della vicenda legislativa e giurisprudenziale ha fortemente ridimensionato lo statuto dell'embrione⁵².

Eppure, per il Comitato nazionale per la bioetica, l'embrione umano è «un essere dotato di identità individuale sin dal concepimento» ed è comunque bastevole «il dubbio che possa esserlo a imporre che ci si astenga dal nuocerli». Né mai va considerato «cosa», bensì «“essere appartenente alla specie umana”»⁵³.

Anche il principio ispiratore della struttura e dei contenuti originari della l. n. 40/2004 era, di tutta evidenza, «l'esigenza di tutelare sempre e comunque l'interesse prioritario del concepito e dell'embrione»⁵⁴.

Invero, l'unico *quizzo* di tutela dell'embrione, nella giurisprudenza costi-

⁵¹ Anche in questo caso, si mutano le espressioni adoperate dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 27/1975 sull'IVG, usate, nel *Considerato in diritto*, per riferirsi rispettivamente alla madre ed al figlio.

⁵² LAURA PALAZZANI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in *Persona y derecho*, n. 44, 2001, p. 131, esprime il timore che l'avanzare di scienza e tecnica comporti «inaccettabili e pericolose emarginazioni nei confronti dei più deboli ed indifesi. Tra questi, proprio gli embrioni (definiti gli “schiavi del 2000”) sembrano pagare il prezzo più alto». L'A. ritiene importante, per arginare il fenomeno, porre «l'imprescindibilità dei diritti umani come orizzonte epistemologico e criterio regolativo per lo sviluppo dinamico del diritto».

⁵³ Dall'*abstract* del Parere su *Identità e statuto dell'embrione umano*, sottoscritto dal Comitato nazionale per la bioetica il 22 giugno 1996, che ben sintetizza le diverse posizioni, composte nelle dichiarazioni del documento approvato all'unanimità.

⁵⁴ VITULIA IVONE, *op.cit.*, p. 147. L'A., lamentando il «sacrificio di altri interessi» che una così forte tutela dell'embrione comporta, osserva che, nella l. n. 40/2004, «la “potenzialità di vita” dell'embrione prevale sul diritto alla salute della donna, sulla sua libertà di autodeterminarsi in ordine alle scelte procreative, prevale sulla professionalità del medico, costretto dalla legge a consigliare alle proprie pazienti, con un comportamento scorretto sul piano deontologico, cicli di stimolazione ormonale che sa essere dannosi per la loro salute, prevale sugli interessi dei malati destinati a morte certa perché è vietata qualsiasi forma di sperimentazione che preveda l'utilizzazione di embrioni» (*ibidem*).

tuzionale – che, con quella di merito, ha *riscritto* le norme in materia di procreazione medicalmente assistita –, lo si può ravvisare nella sentenza Corte cost. n. 151 del 2009, che, nel mentre demolisce il limite numerico previsto dal legislatore del 2004 per la produzione *in vitro* di embrioni, conferma la necessità di rispettare il principio di «“stretta necessarietà”»⁵⁵.

L'incidenza di questa pronuncia sulla vicenda della DGP – nel senso nella sua ammissibilità e di un più ampio accesso ad essa – è centrale, seppure indiretta. Con la sent. n. 151/2009, infatti, cadono proprio quei divieti della PMA limitativi delle pratiche che consentono o agevolano un corretto svolgimento delle DGP⁵⁶.

Tant'è vero che, da più parti, si è plaudito alla doppia incostituzionalità ivi dichiarata⁵⁷, fino a leggerci la restituzione di «qualche grammo di dignità alle donne, ma in prospettiva a tutti gli italiani»⁵⁸.

Vi è, però, anche chi vi trova occasione di riflessione sulle molteplici manomissioni, *non parlamentari o referendarie*, della l. n. 40, al fine di assecondare «i forti interessi economici a cui la legge, in qualche modo, aveva messo limiti e paletti»⁵⁹, e chi allerta sugli ulteriori pericoli che potrebbero derivarne per la stessa salute della donna, oltre che degli embrioni⁶⁰.

⁵⁵ Così lo indica CARLA TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014, www.biodiritto.org, p. 72, che ben descrive questo passaggio della sentenza (*ivi*, pp. 72, 73).

⁵⁶ Cfr., sul punto, MARIA PIA IADICICCO, *La diagnosi*, cit., pp. 327, 328, e nota n. 10 a p. 328.

Relativamente all'accesso delle coppie infertili alla diagnosi preimpianto, ricordiamo che, con sentenza del 21 gennaio 2008, n. 398, il Tar del Lazio aveva annullato, per eccesso di potere, le Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita di cui al decreto ministeriale del 21 luglio 2004, nella parte contenuta nelle «Misure di tutela dell'embrione», laddove si statuiva che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, dovesse «essere di tipo osservazionale». Il giudice amministrativo vi aveva ravvisato un'illegittima riduzione «alla sola osservazione» delle possibilità di ricerca, di sperimentazione e d'interventi necessari per finalità terapeutiche e diagnostiche, consentite dalla legge n. 40/2004, se volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione.

⁵⁷ Quella del limite di embrioni producibili da impiantare con un unico e contemporaneo intervento – come già ricordato nel testo – e quella della mancata previsione che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna (vale a dire, illegittimità del divieto di crioconservazione).

⁵⁸ MICHELE AINIS, *Ritorno al futuro*, *La Stampa*, 2 aprile 2009. Cfr. anche la posizione di Carlo Flamigli, intervistato da MARIO REGGIO, “*Sancito un principio laico le madri valgono più dei feti*”, *La Repubblica*, 2 aprile 2009.

⁵⁹ Così Bruno Dallapiccola, nell'intervista rilasciata a GATY SEPE, «*Pasticcio giuridico a danno delle donne*», *Il Mattino*, 2 aprile 2009.

⁶⁰ «Più crescono gli impianti più gli embrioni soffrono, si sviluppano a fatica, si possono autodistruggere», ma è sottoposta ad un rischio maggiore anche la donna che si sottoponga alla PMA secondo le nuove regole, in quanto «crescono le gravidanze multiple e le gravidanze ectopiche, cioè con embrioni attaccati fuori dall'utero»: così l'Arcivescovo Elio Sgreccia, intervistato da ORAZIO LA ROCCA, “*È un brutto passo indietro pericolo per la salute delle donne*”, *La Repubblica*, 2 aprile 2009.

Il passaggio dalla fattura legislativa della regolamentazione della PMA, comprensiva della DGP (la l. n. 40/2004)⁶¹, a quella giudiziaria (le molteplici sentenze di merito e le varie pronunce del giudice costituzionale, in particolare le sentt. n. 151/2009 e n. 96/2015) ha determinato il transito da una netta prevalenza di tutela dell'embrione ad una altrettanto netta prevalenza di tutela della madre/coppia⁶²; dalla «soggettivazione precoce dell'embrione (creato in vitro)»⁶³ alla «radicale soggettivizzazione della nozione di salute»⁶⁴ della madre dell'embrione in vitro.

Per quest'ultima, invero, la posizione di *vantaggio* è in *re ipsa*, in quanto madre/coppia possono sempre scegliere di non accedere a pratiche artificiali di procreazione o recedere da esse in qualsiasi momento, affrontandone le eventuali conseguenze.

L'embrione, invece, non è mai chiamato ad effettuare alcuna scelta – né potrebbe esserlo – in ordine alla procedura nella quale e per la quale viene creato.

Eppure, un precedente di buon bilanciamento tra questi due diritti con-

Non pochi, invero, anche i danni alla donna, i rischi di sopravvivenza dei feti e le difficoltà di natura sanitaria e deontologica per i medici, derivanti dai limiti originariamente previsti dalla l. n. 40 ed eliminati dalla sentenza *de qua*. V., in proposito, STEFANO AGOSTA, *op. cit.*, pp. 4-7.

⁶¹ La pratica delle indagini genetiche sull'embrione ai primi stadi di sviluppo, diffusa prima della l. n. 40/2004, all'entrata in vigore di questa, fu considerata certamente vietata. Vero è che la legge non si esprimeva a riguardo, ma, ancor prima che le Linee guida esplicitassero il divieto, lo si poteva evincere, *sine dubio*, da varie sue disposizioni. V., in proposito, MARINA CASINI, *Diagnosi preimpianto: ecco dove sbaglia il giudice di Cagliari. Una memoria di Scienza & Vita*, 27 settembre 2007, in *www.scienzaevita.org*, p. 1 ss., e MAURO FUSCO, *Una sentenza potenziale "apripista" sulla liceità della diagnosi preimpianto*, in *www.istitutobioetica.org*.

⁶² Riportiamo l'osservazione di LARA TRUCCO, *op. cit.*, a commento della sent. Corte cost. n. 151/2009, rappresentativa, a nostro avviso, dello spirito che ha percorso tutta l'evoluzione giurisprudenziale – di merito e costituzionale – avente ad oggetto la legge n. 40/2004: «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 lato».

⁶³ Di cui all'art. 1 della legge n. 40/2004, secondo LORENZO CHIEFFI, *Analisi genetica e tutela del diritto alla riservatezza. Il bilanciamento tra il diritto di conoscere e quello di ignorare le proprie informazioni biologiche*, nel vol. *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, II, Jovene, Napoli, 2010, p. 872, che, con atteggiamento critico, la collegava alla «permanenza nell'ordinamento del divieto alla selezione genetica preimpianto» (*ibidem*).

⁶⁴ Affermatasi nella prassi applicativa della legge n. 40/2004, secondo MARCO OLIVETTI, *Nota del costituzionalista Marco Olivetti sulla recente sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato inammissibile l'eccezione di costituzionalità sollevata contro l'art. 13 della legge 40/2004*, 14 novembre 2006, in *www.scienzaevita.org*, come si chiarirà meglio, *infra*, nel testo.

trapposti esiste e regge da tempo: la legge n. 194 del 1978⁶⁵.

Quella buona composizione sull'IVG, ove riprodotta, *mutatis mutandis*, per la PMA, potrebbe scongiurare derive eugenetiche da un canto, danni alla salute o lesioni ai vari interessi dei soggetti coinvolti, dall'altro.

Essa ha il vantaggio di *venire dal passato*: è ispirata, pertanto, alla logica della *contrattazione dell'umano con l'umano*, senza interferenti *velleità da creatore*.

Questa provenienza richiede, ovviamente, anche adattamenti e trasposizioni.

Il saggio bilanciamento operato dal legislatore del '78 ha fissato i suoi elementi «sia nel diritto del concepito a proseguire il suo processo vitale, sia nel diritto alla vita e alla salute fisica e psichica della madre», cosicché la donna possa «legittimamente effettuare, nelle forme, termini e limiti predisposti dal legislatore, l'interruzione di gravidanza, senza che, peraltro, per questo si possa configurare un “diritto all'aborto”»⁶⁶.

Se il legislatore del 2004 non ha tenuto in conto il “modello IVG”, il giudice costituzionale lo ha invece considerato ed applicato alla PMA, nell'occasione di scrutinare la legittimità del divieto di accesso a quest'ultima per le coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

D'altro canto, se il problema è – com'è o, meglio, com'è diventato – l'ammissibilità o meno della selezione degli embrioni, in modo da poter *scegliere* solo quelli sani (e non più soltanto «la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana»⁶⁷), cade ogni ragione di distinguere tra sterili/infertili e fertili con malattie genetiche⁶⁸.

Tutto confluisce nella DGP e nella sua accessibilità.

⁶⁵ «Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza».

Anche secondo ANDREA PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, www.rivistaaic.it, p. 5, il legislatore del 2004, nella legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, avrebbe avuto «in realtà [...] un importante, collaudato modello di riferimento per il bilanciamento nelle questioni di inizio vita». Invero, quella disciplina regge – va detto e sarà ribadito *infra*, nel testo – anche in ragione della sua (voluta) ineffettività, anch'essa a tutto vantaggio della madre/coppia.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Dall'art. 1, co. 1, della l. n. 40/2004, che detta le finalità della legge.

⁶⁸ Ricordiamo la correlazione tra PMA/DGP ed istanze procreative di coppie sterili/infertili attraverso l'osservazione di MARIA PIA IADICICCO, *La diagnosi*, cit., p. 328: «a corroborare la tesi dell'illegittimità delle pratiche di diagnosi preimpianto, ha contribuito l'esplicita preclusione di accesso alle metodiche di procreazione artificiale per coppie non sterili o infertili (artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, l. n. 40/2004), pur portatrici di malattie a trasmissione genetica, rispetto alle quali la richiesta di accedere alla fecondazione assistita è funzionale non già al superamento di cause ostative alla procreazione naturale, ma alla possibilità di verificare, tramite esami preimplantatori, l'eventuale trasmissione agli embrioni creati *in vitro* della malattia di cui sono affetti o portatori sani i genitori».

Con la sent. n. 96/2015, la Corte, dunque, ricorrendo al canone della ragionevolezza, è riuscita a «creare un perfetto parallelismo tra le fattispecie di interruzione volontaria della gravidanza, consentite ad esito diagnosi prenatale, e le fattispecie di selezione degli embrioni non portatori della malattia geneticamente trasmissibile dopo la diagnosi genetica preimpianto, che presuppone l'accesso alla PMA»⁶⁹.

Di conseguenza, la l. n. 194/1978, richiamata precisamente nell'art. 6, co. 1, lett. b)⁷⁰ – vale a dire nel «“criterio normativo di gravità”» ivi individuato⁷¹ –, si fa *porta* ed, al contempo, *filtro* d'accesso alla PMA per le coppie fertili a rischio di trasmissione di gravi malattie genetiche⁷².

Quando la Corte applica una disposizione della legge sull'IVG alle situazioni (non) contemplate dalla legge sulla PMA (vale a dire, applica il criterio di gravità previsto dalla prima alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche non previste dalla seconda), finisce, però, col parificare situazioni diverse e diversamente regolamentate, non essendo *sovrapponibile* il bilanciamento dei diritti sotteso alle due discipline.

La Corte riscontra una «palese antinomia normativa» nel nostro ordinamento, in quanto esso consente a coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili di causare al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni, «di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali»⁷³.

Non consente, invece, alle stesse di perseguire il medesimo obiettivo attraverso la PMA, comprensiva di DGP, in quanto la l. n. 40 si fa carico

⁶⁹ IRENE PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, 4 novembre 2015, in *www.forumcostituzionale.it*, p. 5.

⁷⁰ Art. 6 della l. n. 194/1978: «L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

⁷¹ Al punto 9 del *Considerato in diritto* della sentenza *de qua*.

⁷² Contestuale è la declaratoria d'illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge n. 40/2004 che impedivano quell'accesso. Più precisamente, gli artt. 1, co. 1 e 2, e 4, co. 1, vengono dichiarati illegittimi «nella parte in cui non consentono...»: trattasi di una sentenza additiva.

⁷³ Una volta che, «dalle ormai normali indagini prenatali, siano, appunto “accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”» (sent. Corte cost. n. 96/2015, punto 9 del *Considerato in diritto*).

unicamente di problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana.

Appare, insomma, «irragionevole» – alla Corte come alla dottrina – «che la condizione psico-fisica [della donna] perda ogni rilievo al fine della prosecuzione della gravidanza prima dell'impianto per riacquistarlo subito dopo»⁷⁴. Similmente appare irragionevole che lo statuto dell'embrione venga diversamente modulato a seconda dei suoi differenti stati di evoluzione⁷⁵.

Non ci è sembra, invero, di poter condividere questo giudizio d'irragionevolezza.

Il legislatore, nel prevedere la possibilità di abortire, in una norma tesa primariamente a tutelare la maternità, tiene conto della condizione di *reale gravidanza* in cui si trova la madre ed anche su quest'elemento fonda le assunzioni di decisioni e le responsabilità previste dalla relativa disciplina.

Questo elemento corporeo – fortemente diversificativo delle due tipologie di procreazione considerate: quella naturale e quella artificiale – può ben spiegare quella diversità di disciplina che i giudici costituzionali ritengono, invece, antinomica.

La collocazione dell'embrione nel grembo materno, l'essere oggi *parte* ed, un giorno, *parto* delle sue viscere, questo legame di coesistenza nello stesso corpo che comporta reciproche reazioni ed alterazioni chimiche e fisiche, si presta quantomeno ad incidere sulla decisione che la madre dovesse eventualmente assumere sul prosieguo della gravidanza⁷⁶.

⁷⁴ Come sostiene STEFANO AGOSTA, *op. cit.*, p. 15, che, conseguentemente, definisce la corrispondente tutela come una «tutela “a sbalzi” del concepito, consentendone» la legge n. 40/2004 «una difesa massima immediatamente *prima* dell'impianto la quale, però, crollerebbe miseramente appena un attimo *dopo* per poi, nuovamente, impennarsi dal terzo mese di gravidanza in avanti».

Similmente, CARLA TRIPODINA, *op. cit.*, p. 71, ravvisa paradosso ed irrazionalità nel «tutelare in modo differente e intermittente la medesima posizione soggettiva – il concepito – garantendo in modo più forte lo stadio più remoto rispetto alla nascita (embrioni intoccabili *vs.* feti abortibili)» (*ivi*, p. 15).

⁷⁵ VITULIA IVONE, *op. cit.*, p. 148, nota che l'embrione, stante l'originario testo della l. n. 40, viene tutelato più del concepito e più del feto. «Ma poiché concepito, embrione e feto si riferiscono sempre alla medesima “persona”, cioè al medesimo soggetto che, una volta concepito e sviluppato nel feto, poi potrebbe venire alla luce, questa disciplina appare insensata, perché rispetto alla medesima “persona” propone tutele differenziate a seconda dell'età e dello stadio di sviluppo, oltre al fatto che crea uno status giuridico superiore per l'embrione e inferiore per il feto. Di qui il suo conflitto – anche – con la disciplina dell'aborto dettata con Legge 22 maggio 1978 n. 194» (*ibidem*).

⁷⁶ All'argomento del vincolo chimico e fisico che si stabilisce tra il feto e la gestante ricorre anche il Tribunale di Roma, nell'ordinanza dell'8 agosto 2014, per fondarvi il riconoscimento della maternità di una madre biologica (colei che conduce la gravidanza), rispetto alla pretesa della madre e del padre genetici del riconoscimento dello *status* di genitori e di “consegna” a loro dei nascituri gemelli. «La letteratura scientifica» – così il giudice Silvia Albano – «è unanime nell'indicare come sia proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre. D'altro canto è solo la madre uterina che può provvedere all'allattamento al seno del bambino». Il Tribunale attribuisce il convincimento anche al legislatore della riforma della filiazione, che «sembra [...] aderire a quella

Ella è *tutrice privilegiata* di questa creatura, prima e più fortemente del padre, del legislatore, delle Carte, delle Convenzioni, del giudice, della società, in quanto l'accoglie e la protegge – necessariamente, quand'anche non lo volesse – nel e con il proprio corpo.

Nulla di tutto ciò è riproducibile in sede di PMA, ove non ricorre né può ricorrere questo *vincolo di fisicità*.

Prima dell'impianto, manca la naturale protezione del corpo della madre: ecco, dunque, che il diritto *deve* offrire, quasi surrogatoriamente, la massima tutela al concepito; in qualche misura, anche nei confronti della madre stessa, rispetto alla quale l'embrione è ancora "entità" esterna, ben percepibile nella sua alterità (di diritti e d'interessi)⁷⁷.

Dopo l'impianto (costantemente, invece, nella gravidanza naturale) s'innalza il livello di protezione assicurato dalla madre al nascituro ed il grado della loro reciproca identificazione: il diritto, dunque, *può e deve* indietreggiare.

Ogni intervento sul nascituro che, in questa fase, la madre dovesse richiedere, sarebbe in primo luogo un intervento sul suo proprio corpo; ogni azione – lecita od illecita che sia – sulla vita e la salute dell'embrione sarebbe prima di tutto un'azione in grado d'incidere sulla sua vita e sulla sua salute.

È quantomeno probabile che questa condizione unica e non riproducibile *in vitro* dia luogo a decisioni *diverse*; è una possibilità che la Corte non può ignorare, scontando – come ha fatto –, con una certa *rapidità*, le similitudini.

Appaiono, piuttosto, *ragionevoli e necessitate* la tutela «“a sbalzi”»⁷⁸ e le variazioni dello statuto dell'embrione⁷⁹, determinate dalle discipline combinate delle leggi n. 194/1987 e n. 40/2004.

corrente di pensiero che ritiene che è nell'utero materno che la vita si forma e si sviluppa». Cfr., su questo argomento usato dal giudice romano (assieme, invero, ad altre motivazioni), SALVATORE PRISCO con MARINA MONACO, *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, nel vol. *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, a cura di Salvatore Prisco, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, nota 47 a pp. 142, 143. Si tratta del noto caso di errore compiuto dall'Ospedale Pertini di Roma nello "scambiare" gli embrioni di due coppie al momento dell'impianto, realizzando, così – com'è stata definita –, una "doppia eterologa per errore".

⁷⁷ Ciò che manca, nella fase della procreazione che si svolge in provetta, è la relazione fisica tra donna ed embrione, proprio quella «stretta relazione, una vera e propria simbiosi che corre tra di loro nel corso della gestazione», che, invece, LORENZO CHIEFFI, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni all'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2006, p. 4713, ritiene trascurata dal legislatore del 2004, a vantaggio del rafforzamento della soggettivazione dell'embrione.

⁷⁸ STEFANO AGOSTA, *op. cit.*, p. 15. Cfr., *retro*, nota n. 74.

⁷⁹ Cfr., *retro*, nota n. 75.

Ad ogni modo, la decisione d'interrompere la gravidanza, a seguito dell'impianto, consiste in una deliberazione procreativa successiva alla fase di PMA in laboratorio, ancora da venire, da svolgersi in altro contesto, in altre condizioni psico-fisiche, in altre circostanze, di cui nessuno – nemmeno i principali protagonisti (i componenti la coppia) – conoscono fin dal principio l'andamento e l'esito, potendo avanzare, al più, supposizioni.

Così «la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali»⁸⁰, sulla quale la Corte sostanzialmente basa la sua decisione, rimane una mera supposizione, una possibilità destinata a realizzarsi oppure no.

Similmente, quando la Corte lamenta, nel prosieguo della motivazione, «che il sistema normativo, cui danno luogo le disposizioni censurate, 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*⁸¹»⁸², essa tratta come certa una decisione che appartiene al futuro ed all'ipotetico.

È una decisione che dipenderà, invero – se e quando se ne realizzeranno i presupposti –, dalle valutazioni e dai comportamenti di una pluralità di soggetti: della madre, *in primis*, ma anche – in diverse misure ed in diversi modi – del padre, della coppia nella sua unità, dei sanitari, dei consultori, delle strutture socio-sanitarie, delle associazioni di volontariato e di ciascuno dei soggetti il cui intervento è previsto nella procedura d'IVG, così come regolata dalla legge.

Osservazioni analoghe si ripropongono rispetto all'affermazione della Corte che il mancato accesso alla PMA delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche arreca un *vulnus* al diritto alla salute della donna senza che «possa trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale *sarebbe comunque esposto all'aborto*⁸³»⁸⁴.

La decisione dei genitori d'interrompere la gravidanza (dunque, secondo la Corte, di “non tutelare il nascituro”), una volta avvenuto l'impianto dell'embrione geneticamente alterato, è tutta da assumere e nient'affatto scontata; in ogni caso, va presa in condizioni e circostanze ben diverse da quelle di laboratorio.

⁸⁰ Sent. Corte cost. n. 96/2015, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁸¹ Corsivo nostro.

⁸² Sent. Corte cost. n. 96/2015, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁸³ Corsivo nostro.

⁸⁴ Sent. Corte cost. n. 96/2015, punto 9 del *Considerato in diritto*.

Passando dal piano delle decisioni a quello dei controlli, non può non osservarsi che mancherebbe, ad ogni modo, la verifica della gravità del pericolo; precisamente, di quel «grave pericolo»⁸⁵ per la salute fisica o psichica della donna determinato da accertati processi patologici relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che la legge sull'IVG necessariamente richiede⁸⁶.

Per conseguire questa prova, in molti casi, «occorrerebbe valorizzare, per giustificare l'esistenza di un pericolo grave, la possibile insorgenza di uno stato di ansia della donna per la eventualità di trasmettere la malattia genetica al figlio, nel momento, successivo, in cui inizia la gravidanza e scopre che la triste eventualità si è verificata»⁸⁷.

Il che, in considerazione dell'elevato *tasso di ipoteticità* della situazione descritta, equivarrebbe, molto probabilmente, a non raggiungere la richiesta prova, salvo ricorrere ad una presunzione o, di fatto, ad una finzione.

«Il danno alla salute (psichica) della donna in questione in questo caso è infatti ipotetico e futuro»⁸⁸: per accertarlo, più che un medico, sarebbe necessario un veggente!

Le difficoltà sul piano dell'accertamento sono indice della torsione che si è impressa alle condizioni *ex l. n. 194/1978* nell'applicarle al caso della PMA/DGP. Ne è conseguita, infatti, «la radicale soggettivizzazione della nozione di salute che ha assunto centralità nella prassi applicativa della legge n. 40 del 2004 e che finisce per consistere nell'idea che sia lesione della salute dell'interessato (in questo caso dell'interessata), ciò che esso stesso ritiene essere tale, e non una condizione, anche psichica, accertabile oggettivamente da terzi»⁸⁹.

⁸⁵ *Ex art. 6 della l. n. 194/1978.*

⁸⁶ CARLA TRIPODINA, *op. cit.*, p. 76, argomentando dagli artt. 4 e 6 della l. n. 194/1978, nonché dalle sentt. Corte cost. nn. 27/1975 e 35/1997, ribadisce che l'IVG è consentita «esclusivamente ai fini di tutelare la vita e la salute fisica o psichica della donna che il feto reca in grembo. Sicché l'eventuale interruzione di gravidanza di un feto portatore di malattia deve trovare *sempre* la sua giustificazione in questo accertato riflesso patologico sulla salute della madre».

⁸⁷ IRENE PELLIZZONE, *op. cit.*, p. 8. Analoghe considerazioni le svolge MARTA GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, 28 giugno 2015, in www.forumcostituzionale.it, pp. 3, 4, consapevole che «quello che si prospetta per il legislatore non è un compito facile ed il richiamo al parametro della "gravità" di cui alla legge 194 del 1978 presuppone che per ricorrere alla diagnosi preimpianto non sia sufficiente una seria malformazione del feto bensì la dimostrazione che tale anomalia sia idonea a provocare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, facendo pertanto riferimento a limiti e parametri del tutto soggettivi».

⁸⁸ È quanto afferma MARCO OLIVETTI, *op. cit.*, ragionando sui motivi d'incostituzionalità della legge n. 40/2004 indicati dal giudice cagliaritano.

⁸⁹ Come continua MARCO OLIVETTI, *ivi*.

Questa lettura alquanto “personalizzata” del bene salute connessa alla l. n. 40/2004 fa il paio, d’altro canto, con l’inefficacia dei sistemi di verifica dei presupposti richiesti dalla l. n. 194/1978 per la richiesta d’aborto⁹⁰.

La similitudine mostrata, in questo, dalle due norme è solo apparente e, comunque, basata su di una distorsione nel momento applicativo di una delle due⁹¹.

Esse rimangono diverse, come detto, sul piano delle *valutazioni* e su quello delle *verifiche*.

E diverse sono anche sul piano delle *procedure* ivi contemplate.

La legge n. 194/1978 contempla una procedura finalizzata a supportare la madre nella sua decisione⁹².

È prevista ed è imprescindibile, infatti, la partecipazione al procedimento di un consultorio pubblico o di una struttura socio-sanitaria o di un medico di fiducia della gestante, col compito di cercare, con questa ed, eventualmente, col padre del concepito, le soluzioni ai problemi che inducono all’aborto⁹³.

Tale procedimento non sarebbe riproducibile nelle vicende di PMA e, difatti, non è stato contemplato nella l. n. 40/2004: non lo è stato, evidentemente, nella sua originaria scrittura ad opera del legislatore⁹⁴, ma neppure

⁹⁰ Di pari avviso è MARCO OLIVETTI, *ivi*. Sul punto dell’ineffettività dei sistemi di verifica della legge sull’IVG sia consentito rinviare a ROSANNA FATTIBENE, MARIA PIA IADICICCO, *Il diritto alla vita del concepito e l’interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, nel vol. *La nascita. I mille volti di un’idea*, a cura di Raffaele Prodomo, Giappichelli, Torino, 2006, p. 232 ss.

⁹¹ Cfr. MARCO OLIVETTI, *op. cit.*

⁹² Oltre che verificare la sussistenza delle condizioni alle quali ella può richiedere l’interruzione della gravidanza.

⁹³ L’art. 5 della l. n. 194/1978 prevede: «Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall’incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto.

Quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia questi compie gli accertamenti sanitari necessari, nel rispetto della dignità e della libertà della donna; valuta con la donna stessa e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, anche sulla base dell’esito degli accertamenti di cui sopra, le circostanze che la determinano a chiedere l’interruzione della gravidanza; la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie».

⁹⁴ La cui *intention*, tradotta nella finalità della legge, era la soluzione dei problemi di sterilità/infertilità e non la selezione degli embrioni sani a fini riproduttivi.

nella sua successiva *riscrittura* ad opera della Consulta. In particolare, non è stato richiamato da questa nella sentenza nella quale la l. n. 194/1978⁹⁵ funge da *tertium comparationis*⁹⁶. Ciò a conferma dell'approssimazione di questa *comparatio*.

Le descritte differenze discendono, invero, dalla diversità ontologica tra le due norme e, prim'ancora, tra le situazioni che esse regolano.

Il bilanciamento ben riuscito che il legislatore dell'IVG ha compiuto, è tra i diritti di "due persone", l'una che già lo è, l'altra che lo deve ancora diventare⁹⁷, ma che è già inequivocabilmente ed univocamente "il figlio" della gestante.

Nel caso della PMA, invece, più che di una relazione antinomica tra due diritti, trattasi dell'esercizio di un potere di scelta, intestato alla donna, tra chi possa proseguire un *cammino di vita e chi non*⁹⁸, tra una pluralità di embrioni, nessuno già individuato come "suo figlio" ma tutti potenzialmente tali.

Le perplessità riguardano, invero, anche l'*ampiezza dell'accesso* alla DGP, ora che è trasmutata la stessa finalità della legge.

Dall'ormai lontano 2004, infatti, è «cambiato radicalmente il suo *mood*», da ricerca di una soluzione per la sterilità/infertilità a «strumento della realizzazione di una libertà fondamentale, del diritto di procreare, di "divenire genitori e di formare una famiglia che abbia dei figli" (così la sent. 162/2014)»⁹⁹.

Se, dunque, la pratica medica della PMA è oramai del tutto disgiunta dall'originaria finalità, per servire, invece, il diritto di avere figli, non si ravvisa alcuna ragione d'impedirne l'accesso anche a coppie fertili che lamentino fattori di rischio procreativo diversi dall'ereditarietà di malattie genetiche¹⁰⁰.

⁹⁵ Richiamata, in particolare – come si è detto, *passim* –, nel suo art. 6, co. 1, lett. b).

⁹⁶ V., sul punto, GIORGIO REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale)*, in *www.diritticomparati.it*, e ANDREA PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 15.

⁹⁷ Si riprendono, ancora una volta, le espressioni adoperate dalla Corte costituzionale nella sent. n. 27/1975 sull'IVG, rispettivamente riferite alla madre ed al figlio.

⁹⁸ Sostanzialmente uno «*suis vitae ac necis*, che [...] non ha basi nel nostro ordinamento, nel quale la disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza non da luogo ad un diritto soggettivo ad abortire – come accade in altri ordinamenti, come quelli di alcuni Paesi scandinavi e degli Stati Uniti, sia pure limitatamente alle prime fasi della gravidanza – ma unicamente alla facoltà della donna di interrompere la gravidanza qualora questa determini un grave pericolo per la propria vita, per la propria salute fisica o per la propria salute psichica»: MARCO OLIVETTI, *op. cit.*

⁹⁹ ANTONIO D'ALOIA, "L'(EX) 40", 28 luglio 2015, in *www.personaedanno.it*.

¹⁰⁰ «Come, ad esempio, l'età avanzata della donna o l'assunzione di farmaci che aumentano le probabilità di procreare un figlio affetto da importanti malformazioni o anomalie aventi gravi ripercussioni sulla salute fisica o psichica della madre», come osserva MARIA PIA IADICICCO, *La diagnosi*, cit., p. 342.

Né si comprende perché la selezione possa avvenire a favore dell'“embrione sano”¹⁰¹, a discapito di quello malato e non, invece, a favore dell'embrione privo di predisposizioni negative¹⁰², a discapito di quello che non lo sia o finanche a favore dell'“embrione con un determinato colore di occhi”¹⁰³, a discapito di quello con un colore diverso.

È forse l'embrione malato più indegno di vita (*id est* da non impiantare nell'utero materno) dell'“embrione con gli occhi di un dato colore” (che, invece, la madre non può rifiutarsi d'impiantare adducendo la *spiacevolezza* del colore a ragione del suo rifiuto)? Vi è davvero differenza tra questi embrioni, per l'ordinamento, sì da legittimare la *distruzione*¹⁰⁴ di alcuni di essi e non di altri?

È vero che la legittimità del rifiuto viene basata, non sulle caratteristiche dell'embrione, bensì sulla salute della madre.

Ma questa ben potrebbe essere messa a repentaglio dalla prospettiva di un figlio obeso o alcolista. Anche queste eventualità potrebbero ingenerare – forse, a giusta ragione – uno sì forte stato d'ansia nella genitrice da concretare il «grave pericolo» di cui alla l. n. 194/1978.

La «radicale soggettivizzazione del diritto alla salute»¹⁰⁵ comprende anche questa possibilità.

È ben sottile il discrimine tra aborto terapeutico ed eugenetico, *id est* tra

¹⁰¹ Sta per embrione con mappa genetica priva di anomalie.

¹⁰² Come la predisposizione genetica alla depressione o alla dipendenza da alcool oppure all'ansia, alla paura, all'ipertensione, all'obesità, ecc., sulle quali sono in corso studi oramai avanzati: v., a titolo informativo, DANILO DI DIODORO, *La depressione è ereditaria? L'importanza della genetica in questa patologia*, 6 luglio 2015, in *www.corriere.it*, ed i seguenti articoli redazionali, tutti in *www.lescienze.it*: *Un gene per la predisposizione all'alcolismo*, 20 ottobre 2010, *La predisposizione genetica all'ansia*, 4 marzo 2008, *È genetica la predisposizione alla paura?*, 27 settembre 2001, *Una predisposizione genetica all'ipertensione*, 30 dicembre 2008, *Un nuovo gene associato all'obesità*, 3 settembre 2007.

¹⁰³ Sta ad indicare, simbolicamente, l'embrione dai caratteri genetici corrispondenti ad alcune caratteristiche somatiche anziché ad altre.

In altre parti del mondo, d'altro canto, la selezione degli embrioni già si spinge lecitamente fino a questo punto. V., a titolo informativo, LEONE GROTTI, *L'eugenetica è già disponibile negli Stati Uniti. Selezionare i «gameti perfetti» costa solo 1.500 euro*, 22 aprile 2014, in *www.tempi.it*.

¹⁰⁴ Consci del divieto di soppressione degli embrioni ancora previsto dalla l. n. 40/2004 (all'art. 14, co. 1), si ribadisce di usare il termine “distruzione” in relazione alla brevità del tempo di conservazione dell'embrione consentita dalla tecnica di crioconservazione (esso si attesta, generalmente, sui cinque anni).

È recente la notizia di una fecondazione eterologa effettuata – con successo – con un ovocita congelato da dieci anni. V. *Fecondazione eterologa, a Bologna gravidanza da ovocita congelato 10 anni fa*, 21 gennaio 2016, in *www.adnkronos.com*, e *Gravidanza da ovulo congelato da 10 anni*, 21 gennaio 2016, in *www.ansa.it*, in cui si riferisce, tra l'altro, di fecondazioni omologhe già avvenute, in passato, con ovociti provenienti da un altrettanto lungo congelamento.

¹⁰⁵ Ricorriamo, ancora una volta, all'efficace formula di MARCO OLIVETTI, *op. cit.*

lecito ed illecito: è facile ed insidioso scivolare lungo il *piano inclinato*, verso un laboratorio genetico ove non vi sia spazio per un “dovere del caso”¹⁰⁶, a protezione di una *chance* di vita – quale che sia – dell’essere umano *in fieri*.

L’approdo ad un’eugenetica terapeutica¹⁰⁷ o anche a valide alternative all’attuale DGP *selettiva*, che in (un) futuro (prossimo) potranno essere acquisite alla scienza¹⁰⁸, riuscirà, forse, a sollevarci dai tanti dubbi etici¹⁰⁹ e dalle correlate incertezze giuridiche.

Nell’attesa, è auspicabile un significativo potenziamento di profilassi e cura della sterilità e dell’infertilità; similmente, un rafforzamento della prevenzione e del sollievo alla sofferenza della coppia sterile; ultima ma non ultima, un’opera di diffusione della cultura dell’adozione e di simili istituti di filiazione e di solidarietà.

Sulla gestione dei protocolli di PMA, invece, non può che auspicarsi – consequenzialmente a quanto osservato in precedenza – che il bilanciamento operato dal legislatore nella l. n. 194/1978 si trasfonda, con gli opportuni adattamenti, in una riscritta disciplina (ad opera, questa volta, del legittimo titolare dell’attività normativa).

¹⁰⁶ Corrispondentemente a quel “diritto al caso” spesso invocato in relazione alla conoscenza del proprio patrimonio genetico, sul quale v. MATTEO GALLETTI, *Diritto al caso. Ignoranza, contingenza e scelte genetiche*, in *Notizie di Politeia*, n. 108, 2012, p. 9 ss., e LORENZO CHIEFFI, *Analisi*, cit., part. pp. 10-15.

¹⁰⁷ Che anticipa il momento della cura alla fase precedente all’impianto dell’embrione, evitando, così, di dover procedere ad un’operazione di selezione che ne determinerebbe l’esclusione. Cfr. ANTONIO FANTONI, voce *Terapia genica*, in *Treccani, la cultura italiana*, www.treccani.it.

¹⁰⁸ Come, ad es., l’analisi genetica dell’ovocita. Cfr., a riguardo, FRANCESCO FIORENTINO, *Un importantissimo traguardo in tema di procreazione assistita: prima gravidanza di una coppia italiana dopo l’applicazione clinica della Diagnosi Genetica Pre-Concepimento (PGD) sull’ovocita, l’alternativa etica alla diagnosi preimpianto sull’embrione*, in www.diagnosipreimpianto.it, ed anche il Comunicato stampa, *Nasce la diagnosi pre-impianto senza embrione*, in www.laboratorio-genoma.eu.

¹⁰⁹ Come non manca di notare JÜRGEN HABERMAS, *op. cit.*, p. 70, riguardo all’eugenetica terapeutica. «La possibilità di intervenire sulla condizione embrionale della persona umana per correggerne difetti genetici (terapia genica), e quindi per ripristinare delle condizioni di normalità, oppure quella di modificare alcuni geni nella convinzione di poter migliorare la connotazione biologica del proprio figlio, sono [...] alcuni degli orizzonti prospettati dalla nuova genetica.

La questione della terapia genica sarebbe in sé, astrattamente parlando, priva di controindicazioni etiche...»: così ADRIANO PESSINA, *Bioetica. L'uomo sperimentale*, Bruno Mondadori, Milano, 1999, p. 109, il quale non manca, però, di avvertire che anche gli interventi correttivi su cellule germinali «potrebbero danneggiare le generazioni future», quand’anche praticati sul singolo embrione. Sui dubbi etici e giuridici che anche la terapia genica, invero, comporta, quando trattasi di terapia genica impiegata nella linea germinale, v. anche CARLO CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, n. 4, 2004, pp. 846-849. Potrebbe costituire una prima applicazione di eugenetica terapeutica la fecondazione *in vitro* con tre genitori. Cfr., in proposito, NICOL DEGLI INNOCENTI, *Gran Bretagna, via libera a embrioni con tre genitori biologici*, 3 febbraio 2015, in www.ilsole24ore.com, e REDAZIONE SALUTE ONLINE, *Gran Bretagna, via libera a embrioni con tre genitori biologici*, 3 febbraio 2015, in www.corriere.it.

Più che un protocollo dovrebbe prevedersi, dunque, un procedimento (un articolato procedimento è, difatti, quello delineato dalla l. n. 194/1978), inclusivo non solo degli accertamenti e delle informazioni medico-sanitarie, invero già contemplate nell'attuale disciplina, ma anche di ogni altro tipo di supporto esplicativo, nonché giuridico, etico e psicologico, atto a coadiuvare la coppia nelle scelte delicate e complesse che è chiamata a compiere.

Dalla pluralità di voci di tale *concerto* potrebbe, forse, acquisire *fiato* anche quella «dell'embrione che persona deve ancora diventare»¹¹⁰.

Il sistema delle sanzioni, infine (già *inevitabilmente* previsto nell'attuale testo della legge n. 40/2004), anch'esso adattato, potrebbe contribuire all'osservanza ed all'effettività della procedura, a somiglianza – anche in questo – delle previsioni della legge sull'IVG¹¹¹.

È chiaro, infatti, che le similitudini non si possono invocare soltanto per l'esercizio delle libertà, ma, corrispondentemente, vanno applicate anche all'adempimento di obblighi e doveri.

5. Terzo argomento: la diagnosi genetica preimpianto quale conseguenza dell'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle sentenze di condanna della Corte EDU

Vero è che il giudice comune deve verificare la praticabilità di un'interpretazione della norma interna in senso conforme alle norme della CEDU, nell'ipotesi che gli si palesi un'antinomia¹¹².

Vero anche che la novella del primo comma dell'art. 117 Cost., come letta dalla Consulta, impone al giudice (ordinario e costituzionale stesso)¹¹³

¹¹⁰ Ancora dal *Considerando in diritto* della sent. Corte cost. n. 27/1975 sull'IVG.

Sia consentito rinviare a ROSANNA FATTIBENE, MARIA PIA IADICICCO, *op. cit.*, pp. 239-244, per riflessioni sull'opportunità della partecipazione di associazioni *pro vita* agli incontri con la madre o con la coppia, in consultorio, nell'ambito del protocollo di IVG.

¹¹¹ Cfr. FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008^{xv}, pp. 98-117, e ENRICO MARIA AMBROSETTI, *Sezione III - Profili penali dell'interruzione di gravidanza*, nel vol. *Diritto penale della famiglia*, a cura di Silvio Riondato, nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Paolo Zatti, IV, Giuffrè, Milano, 2011^l, pp. 873-904.

¹¹² In materia, v. ANTONIO RUGGERI, *L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registrati nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in *federalismi.it*, n. 10, 2015, www.federalismi.it, p. 2 ss., ROBERTO BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2015, www.rivistaaic.it, pp. 7-11, e PIERO GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, 9 luglio 2012, in www.penalecontemporaneo.it, pp. 7-13.

¹¹³ La sent. Corte cost. n. 317/2009, al punto 7 del *Considerato in diritto*, afferma: «questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte

di riconoscere una collocazione più significativa delle norme convenzionali rispetto a quelle internazionali nel rapporto con l'ordinamento interno¹¹⁴.

Francamente, però, il giudice di merito è andato ben oltre, nelle vicende di fecondazione assistita con diagnosi genetica.

Il caso *Costa e Pavan c. Italia* è noto¹¹⁵ e non è di esso che qui si vuole trattare, quanto, piuttosto, del suo seguito in diritto interno, in particolare *attraverso* l'ordinanza del Tribunale di Roma del 23 settembre 2013¹¹⁶.

A voler intendere «l'art. 46 della Convenzione¹¹⁷ diretto non solo allo Stato-persona, bensì anche ai suoi organi, giudici compresi, consegue necessariamente che il giudice comune sia chiamato a dar seguito alle decisioni di condanna del giudice europeo senza necessità di sollevare l'ulteriore pregiudiziale di costituzionalità». Questo, almeno – prosegue il giudice, nella pronuncia del 2013 –, «ogni qualvolta la regola ricavabile dalla sentenza CEDU sia sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi, senza margini di ambiguità, a quella interna riconosciuta contraria alla Convenzione»¹¹⁸.

di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione (sentenza n. 311 del 2009)...».

¹¹⁴ Il testo dell'art. 117, co. 1, Cost., si *biforca* nel riferimento al sistema Ue ed a quello convenzionale, nel diverso sostantivo usato nel comporre le relative formule: rispettivamente, «*obblighi* comunitari» e «*vincoli* internazionali» (corsivi nostri). È dato ritenere che, attraverso questa diversificazione linguistica, il legislatore costituzionale del 2001 abbia voluto indicare la possibilità e l'opportunità di differenziare, corrispondentemente, i moduli relazionali da adottarsi in attuazione di questa disposizione costituzionale.

¹¹⁵ ELENA FALLETTI, *op. cit.*, pp. 241, 242, lo ricostruisce brevemente.

¹¹⁶ Pronunciata dal giudice Donatella Galterio, in accoglimento del ricorso *ex art.700 c.p.c.*, formulato dai coniugi Rosetta Costa e Walter Pavan, già destinatari della sentenza della Corte EDU del 28 agosto 2012, che ne accoglieva il ricorso, «ritenendo la violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 8 CEDU denunciandone l'incoerenza del sistema normativo che da una parte vieta l'impianto di embrioni non affetti dalla malattia e dall'altro consente alla donna di interrompere la gravidanza in corso allorché venga accertato che il feto è affetto dalla medesima patologia e ritenendo pertanto la sproporzione dell'ingerenza del diritto nazionale rispetto alla vita privata dei ricorrenti» (dal *Premesso in fatto* dell'ord. Tr. Roma, 23 settembre 2013).

L'ulteriore ricorso al giudice interno della coppia Costa-Pavan era stato necessitato dal diniego opposte alla richiesta di accedere al trattamento di procreazione assistita con diagnosi genetica pre-impianto, successiva alla sentenza della Corte europea. Il rifiuto del Dirigente responsabile del Centro al quale i coniugi si erano rivolti era stato motivato col fatto che, «non risultando affetta da sterilità», alla coppia «non è consentito accedere al suddetto trattamento secondo la l. 40/2004» (dal *Premesso in fatto* dell'ord. Tr. Roma, 23 settembre 2013).

¹¹⁷ Che, rubricato come «Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze», al primo comma sancisce che «Le Alte Parti Contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti».

¹¹⁸ Nel *Rileva in diritto* dell'ord. Tr. Roma, 23 settembre 2013. Questa continua precisando che «la rimessione alla Corte Costituzionale dovrà essere limitata alle sole questioni che pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest'ultima e i principi

Il Tribunale capitolino sembra ignorare la diversa copertura costituzionale di cui godono il diritto dell'Unione europea ed il diritto internazionale pattizio nei rapporti con l'ordinamento interno.

L'art. 11 Cost., in una con l'art. 117, co. 1, Cost., così come interpretato dalla Corte costituzionale (con le sentt. nn. 348 e 349 del 2007), consente di procedere alla disapplicazione della norma interna contrastante con la norma di diritto Ue ed all'applicazione di quest'ultima, ove sia autoapplicativa. Ove, invece, non lo sia, sarà necessaria una dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna con essa contrastante, da cui l'obbligo, per il legislatore nazionale, di elaborare una disciplina coerente.

È la diversa «struttura nomologica»¹¹⁹ della norma Ue a necessitare e giustificare questo regime differenziato: l'intervento della Corte costituzionale non dipende, dunque, da un *minus* di copertura costituzionale.

La limitazione di sovranità richiamata dall'art. 11 Cost. garantisce, anzi, la più piena ed immediata applicazione possibile al diritto Ue, fatti salvi i

supremi dell'ordinamento costituzionale». Il Tribunale, a supporto del suo convincimento sul seguito da dare alle sentenze della Corte EDU nell'ordinamento nazionale, richiama la sent. Corte cost. n. 210/2013, che ha inaugurato il suddescritto sistema.

Il giudice romano sposa, dunque, una sorta di «doppio regime», che – come notato, all'indomani dell'ordinanza, da ANTONIO RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *Consulta OnLine*, 2013, www.giurcost.org, p. 3 – «richiama subito alla mente il parimenti doppio regime, come si sa, valevole per i casi di antinomia tra leggi e diritto dell'Unione». L'A. critica questa posizione del Tribunale romano, ritenendo che il giudice comune non debba «in alcun caso rivolgersi al giudice delle leggi, sia che la norma convenzionale cui è chiamato a dare esecuzione gli appaia autoapplicativa e sia pure che tale non sia, nel qual ultimo caso dovendosi comportare così come è solito fare in presenza di pronunzie della Corte costituzionale additive di principio». Ruggeri fa salvo solo il caso in cui il giudice sospetti che la norma convenzionale violi la nostra Carta costituzionale. In tale ipotesi, sarebbe tenuto a «sollevare una questione di costituzionalità della norma convenzionale, per il tramite della legge che vi dà esecuzione» (*ivi*, p. 4).

Sulla possibilità, anzi l'obbligo, per il giudice comune, di dare esecuzione direttamente ad una sentenza della Corte EDU, anche disapplicando la legge italiana, ove le sue disposizioni si oppongono all'attuazione della Convenzione, v. ELISABETTA LAMARQUE, FRANCESCO VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, 31 maggio 2014, in www.penalecontemporaneo.it, p. 1 ss. Gli AA. osservano che la disapplicazione *de qua* dovrebbe costituire un'ipotesi marginale, riguardando i pochi casi in cui un ricorrente vittorioso in sede europea «per qualche "strano" motivo abbia ancora un giudice nazionale a cui rivolgersi – cosa che non dovrebbe accadere spesso, dato che il ricorso a Strasburgo presuppone l'esaurimento delle vie giurisdizionali interne →» (*ivi*, p. 19). Ad ogni modo – continuano gli AA. –, si è delineato, così, un sistema di «doppio regime giurisdizionale» che essi considerano «uno slittamento rispetto al modello delle sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007, dove l'accentramento delle questioni di convenzionalità presso la Corte costituzionale non sembrava passibile di alcuna, neppure limitatissima, eccezione» (*ivi*, p. 20).

¹¹⁹ ANTONIO RUGGERI, *Spunti*, *op. cit.*, p. 3, utilizza questa formula ad indicare il fatto che le norme Ue possono essere *self-executing* oppure no.

controlimiti¹²⁰. In buona sostanza, il diritto dell'Unione esercita la sua primazia anche sulle norme costituzionali, ad esclusione di quelle in cui sono iscritti principi fondamentali.

Il combinato art. 10 Cost. ed art. 117, co. 1 Cost., letto alla luce delle surrichiamate sentenze del 2007, consente, invece, *unicamente* il ricorso alla Consulta, affinché dichiari l'incostituzionalità della legge nazionale in contrasto con la norma costituzionale per la violazione del parametro interposto/norma di diritto pattizio (letta, a sua volta, dal suo giudice naturale: la Corte EDU, quando si tratti della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).

La copertura costituzionale inferiore a quella assicurata al diritto Ue consente alla Corte costituzionale di esercitare un più ampio sindacato. In questo caso, infatti, il ricorso alla Consulta non rappresenta un espediente tecnico dovuto alla struttura della norma; risponde, piuttosto, all'esigenza di un vaglio effettivo di legittimità costituzionale, dall'esito non scontato, che può risultare anche complesso e, comunque, sempre opportuno.

Opportuno soprattutto al fine d'impedire che una previsione incoerente con il sistema assiologico delineato dalla Costituzione repubblicana possa accedere al nostro ordinamento per il *varco* aperto dall'art. 117, così come novellato dal legislatore costituzionale del 2001.

Ci sembra che quest'intento trapeli dalle sentenze cd. gemelle.

Esse costituiscono senz'altro un viatico all'applicazione del diritto convenzionale e, più in generale, ad una circolazione sempre più fluida di regole e valori riconoscibili in dimensione europea.

La Corte, però, pur sempre *custode*, ha effettuato quest'apertura con prudenza, tenendo per sé le *briglie del calesse*¹²¹.

¹²⁰ Ove la Consulta ne riscontrasse, non potrebbe addivenire ad una declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma interna sottoposta al suo vaglio.

¹²¹ Sebbene la sent. Corte cost. n. 96/2015 richiami la sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, dal tono stesso del richiamo si evince chiaramente come la Consulta abbia voluto considerare e risolvere «la denunciata carenza di previsioni della legge 40 esclusivamente (almeno dal punto di vista formale) come problema di diritto interno (la censura relativa all'art. 117 Cost. risulta infatti infine assorbita)»: ELENA MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata"*, 12 giugno 2015, in *Consulta OnLine*, n. 2, 2015, www.giurcost.org, p. 535. La pronuncia della Corte EDU – precisa l'A. –, nella sent. n. 96/2015, è richiamata «quasi *incidenter tantum*».

Questo riferimento, inoltre, è finalizzato solo a ricordare che la Corte di Strasburgo, «nell'omologo caso *Costa e Pavan c. Italia*, "ha denunciato l'incoerenza del sistema legislativo italiano che [...] non consente alle coppie portatrici di patologie geneticamente trasmissibili di accedere alla «P.M.A.»» (punto 4 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 96/2015). La Consulta cita ancora la sentenza della Corte EDU, ma per supportare *appena* la denuncia d'irragionevolezza che rivolge al divieto di accesso alla PMA con diagnosi preimpianto sottoposto al suo scrutinio: «con

D'altro canto, la stessa norma convenzionale (e, similmente, la norma Ue) è soggetta allo scrutinio della Corte costituzionale¹²². La norma interposta integra, in quanto tale, il parametro costituzionale, non lo nega né lo sostituisce: va accertato, pertanto, ad opera del Giudice delle leggi, che anch'essa sia conforme a Costituzione¹²³. In caso di riscontro negativo, la «Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano»¹²⁴.

Cosicché, anche la fecondazione eterologa, tra Costituzione italiana e Convenzione europea, è tenuta *al passo* dalla Consulta – ad insistere nella metafora –, rispetto ad un'eccessiva rapidità e convulsività dell'avanzare della scienza e del diritto stesso quando tenti di adeguarvisi (troppo) repentinamente.

La Consulta, ad esempio, non ha fatto proprio l'argomento del *diritto al figlio sano* che la Corte EDU aveva assunto a fondamento della sua decisione sul caso *Costa e Pavan c. Italia*¹²⁵, del quale alcun fondamento costituzionale

palese antinomia normativa (sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo nella richiamata sentenza *Costa e Pavan contro Italia*), il nostro ordinamento...» (punto 9 del *Considerato in diritto*).

¹²² Contestualmente alla norma di diritto interno che si presume la violi.

¹²³ Sull'analisi di conformità delle norme CEDU a Costituzione, v. CLAUDIO ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Consulta OnLine*, 2007, www.giurcost.org, par. 5.

¹²⁴ Sent. Corte cost. n. 348/2007, punto 4.7 del *Considerato in diritto*.

¹²⁵ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 28 agosto 2012, causa *Costa e Pavan c. Italia*.

Il riconoscimento del diritto al figlio sano, da parte della Corte EDU, in questa sentenza, non è, in verità, del tutto pacifico.

Alcuni, effettivamente, ascrivono alla Corte EDU l'enucleazione di questo nuovo diritto. In questo senso, BARBARA RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei "desideri"* (Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, sent. 28 agosto 2012-11 febbraio 2013), 14 maggio 2013, in www.forumcostituzionale.it, p. 3, pur considerando che «nel caso in esame il riconoscimento del diritto dei genitori a concepire un figlio sano sembra avere il mero scopo di consentire alla Corte di Strasburgo l'esame del ricorso, il cui merito non verte tanto sulla violazione dei diritti convenzionali invocati, quanto piuttosto su una incoerenza del sistema legislativo che si risolve in un vizio di irragionevolezza della legge, suscettibile di essere fatto valere in un giudizio di costituzionalità».

Altri, invece, la negano, come SIMONE PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, 8 luglio 2015, in www.forumcostituzionale.it, p. 2. L'A. ritiene che la «Corte costituzionale, peraltro in continuità con l'approccio della Corte EDU nel caso *Costa e Pavan c. Italia*», con la sent. n. 96/2015, abbia inteso, piuttosto, riconoscere alle coppie la tutela dell'art. 32 Cost., allorché perseguono «l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici».

In effetti, la lettura della sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, sul punto, è alquanto ambigua.

In alcuni passi, essa sembra negare il configurarsi del diritto *de quo*. ANTONIO IANNUZZI, VALENTINA ZAMBRANO, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L'emersione del "desiderio" di concepire un*

ci è dato, invero, riscontrare nel nostro ordinamento.

Giunge, piuttosto, alla stessa conclusione dei giudici di Strasburgo (accesso alla PMA con DGP anche alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche ereditarie), argomentando intorno al *diritto alla salute della madre* (oltre che denunciando l'irragionevolezza del legislatore).

Non si tratta di scrutinio di costituzionalità della Corte sulla norma convenzionale violata dal diritto interno, ma è caso significativo di come la Consulta sappia e possa salvaguardare autonomia ed identità valoriale nazionale pur sostenendo il progresso scientifico.

Registriamo, infine, che altri giudici – aditi successivamente al Tribunale di Roma –¹²⁶, correttamente, hanno ritenuto di sottoporre alla Corte costituzionale la questione di legittimità del divieto di accesso alla PMA ed alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche¹²⁷.

Essi fanno sperare in una *normalizzazione* delle relazioni giudiziario-interordinamentali.

figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2014, www.costituzionalismo.it, p. 20, osservano che, «avvedutamente», la Corte di Strasburgo «non ricorre mai al lemma diritto», riguardo al figlio sano, «quanto piuttosto al “più mite” termine desiderio». Va ascritta alla Corte EDU, inoltre, l'osservazione che quello fatto valere dalla parti, pur indicato quale diritto ad avere un figlio sano, «*altro non è* se non la possibilità di accedere alle tecniche della procreazione assistita e poi alla diagnosi preimpianto per poter mettere al mondo un figlio non affetto da mucoviscidosi, malattia genetica di cui [i ricorrenti] sono portatori sani» (corsivo nostro; punto 53 de *In diritto*). La formula adottata («*altro non è*») sembra smentire il configurarsi di un *nuovo* diritto.

Eppure, anche quando nega il diritto ad un figlio sano, la Corte europea sembra, in realtà, ammetterlo. Lo nega, infatti, solo in parte, il che significa contemplarlo per la parte restante. «Nel caso di specie, la diagnosi preimpianto non è tale da escludere altri fattori suscettibili di compromettere la salute del nascituro, quali, ad esempio, l'esistenza di altre patologie genetiche o di complicanze derivanti dalla gravidanza o dal parto. Il test in questione è infatti mirato alla diagnosi di una “specifica malattia genetica di particolare gravità [...] e incurabile al momento della diagnosi”»: è quanto precisa la Corte EDU, al punto 54 de *In diritto*. Ebbene, accettare il rischio di un figlio non sano *solo* relativamente a patologie o complicanze eventuali, indeterminate ed indeterminabili, significa comunque, per lo più, non accettarlo (non accettarlo, cioè, per le patologie determinate, che la DGP è in grado di accertare).

¹²⁶ Su questi più recenti risvolti, v. CARLA TRIPODINA, *op. cit.*, pp. 78, 79, e ANTONIO IANNUZZI, VALENTINA ZAMBRANO, *op. cit.*, p. 16 ss.

¹²⁷ Il parametro di costituzionalità è stato ravvisato, dai giudici *a quibus*, negli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost., nonché nell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU.