

Rivista N°: 2/2014
DATA PUBBLICAZIONE: 13/06/2014

AUTORE: Benedetta Liberali*

LA DIAGNOSI GENETICA PREIMPIANTO FRA INTERPRETAZIONI COSTITUZIONALMENTE CONFORMI, DISAPPLICAZIONE DELLA LEGGE N. 40 DEL 2004, DIRETTA ESECUZIONE DELLE DECISIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

1. Premessa. – 2. La legge n. 40 e le prime Linee guida in materia. – 3. Il primo orientamento della giurisprudenza e l'inesistenza del diritto ad avere un figlio sano. – 4. L'interpretazione conforme a Costituzione e il superamento della limitazione della diagnosi genetica preimpianto al solo tipo osservazionale. – 5. Il riconoscimento della legittimità della diagnosi genetica preimpianto anche da parte della Corte costituzionale. – 6. L'interpretazione conforme a Costituzione nella giurisprudenza successiva alla sentenza n. 151 del 2009 e il riconoscimento del diritto alla diagnosi genetica preimpianto anche per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche, che non possono accedere alla procreazione medicalmente assistita. – 7. La diagnosi genetica preimpianto per le diverse categorie di coppie (fertili e sterili o infertili e non sterili, portatrici di gravi malattie) fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40, diretta esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e questioni di legittimità costituzionale. Osservazioni conclusive. – 7.1. La diagnosi genetica preimpianto per le coppie infertili e sterili: l'interpretazione costituzionalmente conforme. – 7.2. La diagnosi genetica preimpianto per le coppie né infertili né sterili: interpretazione costituzionalmente conforme, disapplicazione della legge n. 40 e diretta esecuzione della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 7.3. (Segue): in attesa del giudizio di legittimità costituzionale.

1. Premessa

Uno dei profili che è stato considerato maggiormente problematico, a partire dai lavori preparatori della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, riguarda il riconoscimento o meno della legittimità della diagnosi genetica preimpianto, per quelle coppie che, in possesso dei requisiti richiesti dalla stessa legge, sono legittimate ad accedere alle tecniche procreative assistite. Con questo tipo di esame è possibile identificare eventuali malattie genetiche o alterazioni cromosomiche degli embrioni creati *in vitro*, in un momento che necessariamente precede il loro trasferimento in utero¹.

In relazione alla legittimità o meno della diagnosi genetica preimpianto si pongono una serie di questioni che rendono non priva di risvolti problematici la scelta del legislatore di permetterne o meno (e con quali conseguenze) il ricorso.

In particolare, nel caso in cui si permetta il ricorso alla diagnosi preimpianto, si pongono notevoli problematiche con conseguenti ricadute sia sulla posizione dello stesso embrione sia sulla posizione delle coppie.

In relazione alla posizione dell'embrione occorre considerare innanzitutto come l'esito dell'esame diagnostico potrebbe condizionare il successivo trasferimento in utero, in ragione dell'eventuale accertamento di malattie e a questo proposito sono stati addirittura prospettati veri e propri rischi di derive eugenetiche².

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano — benedetta.liberali@unimi.it

¹ Per diagnosi genetica preimpianto si intende "l'accertamento genetico che, attraverso la tecnica del prelievo di una o più cellule dall'embrione prima del suo impianto nell'utero materno, consente di accertare se l'embrione stesso sia o meno portatore di determinate gravi malattie" (così D. SIMEOLI, *Nota a tribunale di Cagliari 22 settembre 2007 n. 2508*, in *Giur. mer.*, 2008, I, 99).

Si veda S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio-vita*, I Tomo, Giuffrè, Milano, 2012, 156, laddove descrive le due forme di diagnosi (biopsia del globulo polare e biopsia dell'embrione) e i rischi ad esse connessi.

² Rassicurano rispetto ai rischi di derive eugenetiche le riflessioni di S. LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto: un problema aperto*, in *Fam. e dir.*, 2011, VIII-IX, 839 ss., secondo la quale "la circostanza che detta diagnosi comporti, necessariamente, una selezione degli embrioni sani fa nascere senz'altro l'esigenza che ad essa si pongano dei limiti, ma, allo stato attuale, almeno in Euro-

Inoltre, l'espletamento dello stesso esame potrebbe di per sé comportare un concreto e irreversibile rischio per la stessa salute dell'embrione, ancora una volta compromettendo il successivo trasferimento in utero dello stesso.

Con riguardo alla posizione delle coppie, si può osservare come queste si vedrebbero riservato un diverso trattamento in termini di accesso o meno alla diagnosi a seconda che sia loro consentito fare ricorso alle tecniche di procreazione assistita.

Al contrario, laddove l'esame fosse vietato o limitato quanto alle successive determinazioni della donna e della coppia al solo tipo osservazionale, verrebbero rinviate al momento in cui può essere effettuata la diagnosi prenatale la conoscenza dello stato di salute dell'embrione e la eventuale determinazione della donna di interrompere la gravidanza nel caso in cui venisse accertata la presenza di malattie che legittimano l'interruzione stessa, con ciò determinandosi una compromissione sia del diritto alla salute della donna, sia del diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative oltre che del diritto al consenso informato nell'ambito della procreazione assistita.

A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 40 (e dell'emanazione delle Linee guida ministeriali attuative) e alla luce del relativo quadro normativo non univoco in tema di ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto, si sono succeduti nel corso del tempo, come si vedrà, numerosi interventi della giurisprudenza di merito, amministrativa e anche costituzionale.

In questa prospettiva, assume un rilievo significativo il ruolo svolto dai giudici di merito cui, in un ordinamento che non prevede un ricorso diretto al Giudice costituzionale, viene demandato il compito di dare applicazione alle disposizioni di legge, di valutare e selezionare eventuali questioni di legittimità costituzionale su queste ultime o di pervenire a interpretazioni costituzionalmente orientate delle stesse.

Con riferimento a questo profilo – attinente al riconoscimento del diritto di accedere alla diagnosi genetica preimpianto per quelle coppie che possono accedere alla procreazione assistita secondo quanto prevede la legge n. 40 – si può verificare quale sia stato il percorso interpretativo che conduce a individuare una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni della stessa legge e a ritenere ormai legittimo il ricorso a questo tipo di esame diagnostico.

A questo scopo si rivela necessaria l'analisi sia delle decisioni che in un primo momento hanno negato la possibilità di fondare un simile diritto, sia di quelle che successivamente sono pervenute a un orientamento opposto, valorizzando in entrambi i casi i rispettivi profili critici.

Le riflessioni intorno alla legittimità della diagnosi genetica preimpianto per le coppie sterili o infertili che accedono alle tecniche assistite impone altresì di porsi un ulteriore interrogativo, che riguarda il mancato riconoscimento di questa stessa possibilità per quelle coppie che, in quanto né sterili né infertili, non possono accedere alla procreazione medicalmente assistita, ma che sono portatrici di gravi malattie genetiche, che, se trasmesse all'embrione, possono legittimare una volta instaurata la gravidanza il ricorso al trattamento interruttivo alle condizioni e secondo i limiti previsti dalla legge n. 194 del 1978. La legge n. 40 del 2004, infatti, prevede che possano accedere alle tecniche assistite solo quelle coppie che abbiano problemi di sterilità o infertilità non altrimenti superabili (artt. 1 e 4) e, conseguentemente, la possibilità di accesso alla diagnosi preimpianto è preclusa alle coppie che non rientrano in questa categoria.

È possibile mettere in rilievo alcuni aspetti critici di un simile limite da un lato a partire dalle considerazioni svolte in relazione al riconoscimento (attraverso l'interpretazione costituzionalmente conforme) del diritto di effettuare la diagnosi per le coppie sterili e infertili e dall'altro lato tenendo conto del diritto di interrompere la gravidanza sancito in presenza delle condizioni e secondo i limiti di cui alla legge n. 194 del 1978.

Per affrontare tale tematica si presenta, infatti, imprescindibile il riferimento alla materia dell'interruzione volontaria di gravidanza e, quindi, all'esame diagnostico effettuato durante la gestazione (cd. diagnosi prenatale), poiché entrambi gli esami diagnostici sono in grado di monitorare lo stato di salute dell'embrione e sono influenzati dall'evoluzione delle conoscenze e delle tecniche scientifiche. I due tipi di esame vengono eseguiti in momenti diversi e, dunque, a stadi dell'evoluzione dell'embrione diversi. La diagnosi prenatale, infatti, è un esame che viene effettuato durante la gestazione, quando la gravidanza è iniziata a seguito di procreazione naturale o artificiale³.

pa, nei Paesi in cui essa è consentita e regolamentata, la DGP, al pari della diagnosi prenatale, è uno strumento diagnostico volto a conoscere lo stato di salute dell'embrione ed, eventualmente, a prevenire malattie gravissime a trasmissione genetica."

³ Sul rapporto tra diagnosi prenatale e diagnosi preimpianto, si veda in particolare A. GUGLIELMINO – S. CHAMAYOU, *Diagnosi pre-impianto: tra tutela della salute e procreazione responsabile. Il punto di vista dei medici*, in M. D'AMICO – I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2010, 235 ss., laddove

Occorre a tale proposito rilevare come ormai non si pongano problematiche circa la legittimità dell'esecuzione di questo tipo di esami, che è possibile effettuare grazie all'evoluzione delle tecniche scientifiche.

Le ragioni che fondano la legittimità della diagnosi prenatale si ritrovano innanzitutto nella nota decisione della Corte costituzionale n. 27 del 1975⁴, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma che puniva penalmente l'aborto (art. 546 c.p.), nella parte in cui non si prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta quando il proseguimento della gestazione determinasse un danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile per la salute della donna, considerando che non esiste equivalenza fra chi è già persona (la donna) e chi persona deve ancora diventare (l'embrione).

Recependo le chiare indicazioni del Giudice delle Leggi, il legislatore del 1978 ha posto una disciplina (legge n. 194) definita dalla stessa Corte costituzionale quale legge a contenuto costituzionalmente vincolato (il cui nucleo normativo essenziale non può essere inciso se non violando le disposizioni costituzionali di cui è diretta espressione⁵), che agli artt. 4 e 6 prevede i limiti e le condizioni in presenza dei quali è possibile interrompere legittimamente la gravidanza.

Fra questi limiti e condizioni è previsto anche l'accertamento di gravi patologie dell'embrione suscettibili di ripercuotersi sul diritto alla vita e alla salute della donna.

Poiché, dunque, la diagnosi prenatale è strettamente funzionale all'accertamento di eventuali anomalie o malformazioni del nascituro, in presenza delle quali la donna, autodeterminandosi nelle proprie scelte procreative, può decidere di interrompere volontariamente la gravidanza, il medesimo esame deve ritenersi legittimo.

In relazione alla diagnosi prenatale, invece, possono residuare altre questioni problematiche attinenti, in particolare, alla mancata esecuzione di questi esami, all'erronea esecuzione degli stessi oppure alla mancata e scorretta informazione ad essi relativa, che danno per presupposta la legittimità della medesima diagnosi⁶. A questo riguardo, e non soffermandoci in questa sede sui conseguenti profili costituzionali e civilistici, vengono in rilievo le decisioni della Corte di cassazione, in materia di risarcimento del danno conseguente da mancata o erronea informazione relativa agli esami prenatali e alle eventuali malattie del feto⁷.

si chiarisce che la differenza fondamentale tra le due è rappresentata dal fatto che nella seconda la diagnosi viene effettuata prima che si instauri la gravidanza. Nella diagnosi prenatale, al contrario, l'esame viene eseguito in una fase di gestazione avanzata.

Si veda anche S. LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto*, cit., in cui si sottolinea come "L'evoluzione delle tecniche [...] ha determinato un ampliamento delle prospettive applicative della diagnosi prenatale, consentendo di trasferire l'epoca della diagnosi dalla fase 'post-impianto' a quella 'pre-impianto'. La diagnosi genetica preimpianto (DGP) rappresenta una nuova metodologia, complementare alle tecniche di diagnosi prenatale, che permette di identificare la presenza di malattie genetiche o di alterazioni cromosomiche in embrioni in fasi molto precoci di sviluppo, generati *in vitro* da coppie a elevato rischio riproduttivo, prima del loro impianto in utero."

E, ancora, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 156, rileva che "la DPI rappresenta una nuova metodologia (comunque normalmente complementare a quella pre-natale) che permette d'identificare la presenza di malattie genetiche, o di alterazioni cromosomiche, in embrioni ottenuti *in vitro* da coppie ad alto rischio riproduttivo, in fasi molto precoci di sviluppo e prima dell'impianto in utero."

⁴ CORTE COST., sent. 18.2.1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, 117 ss., su cui si veda R. D'ALESSIO, *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, ivi, 538 ss., e, più in generale, M. D'AMICO, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

⁵ Si veda a questo proposito CORTE COST., sent. 10.2.1997, n. 35, in *Giur. cost.*, 1997, 281 ss., sulla quale si rinvia a M. D'AMICO, *Una lettura della disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza in una problematica decisione di inammissibilità del referendum*, ivi, 1139 ss.

⁶ In questo senso anche S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 155 s., che sottolinea che la diagnosi prenatale "è ormai entrata di diritto a far parte, in ossequio alla buona pratica clinica, del normale monitoraggio delle gravidanze (al punto che la giurisprudenza ritiene responsabile di *malpractice* il medico che non abbia effettuato gli accertamenti dovuti o che, avendoli praticati in modo negligente, non sia stato in grado di informare correttamente la donna sulle reali condizioni del feto)".

⁷ Si vedano in particolare CORTE CASS., sent. 10.5.2002, n. 6735 ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 619 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*, ivi, IV, 630 ss., in cui la Corte, in relazione alla responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e successiva nascita indesiderata, rileva il rapporto che intercorre fra l'inadempimento del medico e l'impedimento nella decisione di interrompere la gravidanza della donna; CORTE CASS., sent. 21.6.2004, n. 11488, in *Giust. civ.*, 2005, 2115 ss., con osservazioni di E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*, ivi, 136 ss., con cui la Corte di cassazione riconosce che l'omessa rilevazione e la mancata comunicazione di gravi malformazioni nel feto si pongono in rapporto di causalità rispetto al mancato esercizio della facoltà di interrompere la gravidanza; CORTE CASS., sent. 10.11.2010, n. 22837, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, II, 689 ss., in cui la Corte, in relazione alla responsabilità del medico derivante da nascita indesiderata, ha stabilito che la donna deve provare che avrebbe deciso di interrompere la gravidanza nel caso in cui avesse ricevuto informazione della grave malformazione del feto, per poter accertare la sussistenza del nesso di causalità tra l'omessa rilevazione e comunicazione della malformazione e la successiva determinazione della donna nel senso del trattamento interruttivo; CORTE CASS., sent. 4.1.2010, n. 13, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, III, 1115 ss., in cui si riconosce la sussistenza del nesso di causalità fra omessa rilevazione e comunicazione di gravi malformazioni del feto da parte del medico e mancata determinazione da parte della donna di interrompere la gravidanza; CORTE CASS., sent. 2.10.2012, n. 16754, in *Giust. civ.*, 2013, X, 2119 ss., con nota di P. FRATI – M. GULINO – E. TURILLAZZI – S. ZAAMI, *Quanta informazione a fine diagnostico prenatale? La Suprema Corte statuisce che sia completa*,

Anche con riguardo alla possibilità di effettuare la diagnosi genetica preimpianto per le coppie né sterili né infertili è necessario, per ricostruire i relativi profili problematici e le ricadute sul piano della tutela dei diritti dei soggetti coinvolti, fare riferimento innanzitutto sia all'orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto un simile diritto per le coppie che hanno accesso alla procreazione medicalmente assistita sia a quello che, ponendo comunque in discussione anche la legittimità del ricorso alla diagnosi da parte delle coppie sterili e infertili, ha svolto rilevanti considerazioni in merito ai profili di discriminazione fra categorie di coppie.

In secondo luogo, risulta imprescindibile fare riferimento alla recente decisione, resa contro l'Italia dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁸, sia per il merito della stessa, ovvero l'accertamento della incoerenza dell'ordinamento italiano nella parte in cui consente di interrompere la gravidanza a determinate condizioni non permettendo di svolgere, in presenza delle stesse, la diagnosi preimpianto, sia per le rilevanti implicazioni processuali concernenti i rapporti fra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, giudici di merito e Corte costituzionale.

In relazione a questo ultimo aspetto, infatti, si segnalano diversi orientamenti dei giudici, che hanno deciso di dare immediata esecuzione alla sentenza della Corte Europea in un caso e in un altro, invece, di sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale, non ritenendo di poter pervenire a una interpretazione costituzionalmente conforme né di poter disapplicare direttamente la stessa legge n. 40, ma riportando la stessa questione nell'ambito del controllo di legittimità costituzionale.

2. La legge n. 40 e le prime Linee guida in materia.

Prima di analizzare la giurisprudenza di merito, amministrativa e costituzionale e la conseguente impostazione che ne deriva, occorre fare riferimento alle disposizioni della legge n. 40 del 2004 e delle Linee guida ministeriali.

La legge n. 40 non prevede un espresso divieto di ricorrere alla diagnosi genetica preimpianto. Ciononostante, il quadro normativo risulta profondamente contraddittorio, se si ha riguardo alle disposizioni della legge stessa.

L'art. 13 pone innanzitutto un divieto generale e assoluto di ogni forma di sperimentazione sugli embrioni umani. Si consente, poi, la ricerca clinica e sperimentale su questi ultimi a condizione che si perseguano "finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative". Nel medesimo articolo si dispone, da ultimo, che "ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti" è vietata.

Da questo insieme di disposizioni emerge una rilevante ambiguità interna della normativa, poiché, pur in mancanza di un esplicito divieto, non si rinviene una definitiva presa di posizione, che sia favorevole o contraria al ricorso alla diagnosi genetica preimpianto⁹.

determinante e funzionale alle richieste ed alle scelte materne, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, I, 335 ss., con cui la Corte, ripercorrendo attraverso il richiamo ai propri precedenti l'evoluzione interpretativa in questa materia, chiarisce che, quando il medico omette di indicare alla donna l'esistenza di più efficaci esami diagnostici prenatali impedendole di accertare l'esistenza di una malformazione genetica, il concepito, che pure è privo di soggettività giuridica fino alla nascita, quando nasce è titolare del diritto al risarcimento del danno consistente nell'essere nato non sano. In particolare, viene in rilievo il suo interesse ad alleviare la propria condizione di vita e il relativo diritto trova il proprio fondamento negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.; CORTE CASS., sent. 22.3.2013, n. 7269, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, V, 1499 ss., secondo cui il risarcimento dei danni derivanti dall'omessa informazione circa lo stato di salute del feto è subordinato alla prova che la stessa informazione omessa avrebbe determinato un processo patologico tale da provocare un grave pericolo per la salute della donna e che quest'ultima avrebbe interrotto la gravidanza. Da ultimo si veda CORTE CASS., sent. 10.12.2013, n. 27528, in *D. & G.*, 12.10.13, in cui si conferma che, in materia di risarcimento del danno da nascita indesiderata derivante dalla mancata rilevazione di malformazioni del feto e dalla conseguente mancata scelta di interrompere la gravidanza, occorre dimostrare che se tale informazione vi fosse stata la donna avrebbe deciso di interrompere la gravidanza.

⁸ CORTE EDU, sent. 28.8.2012, *Costa e Pavan c. Italia*, Ricorso n. 54270/10, rispetto alla quale si veda C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*.

⁹ Sul punto, si veda G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, XI, 521.

Ritiene, invece, che dalla mancanza di indicazioni espresse sul punto nella legge n. 40 si possa desumere un divieto della diagnosi genetica preimpianto S. LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto*, cit.

Questa ambiguità e l'incertezza in tema di tutela dei diritti che ne deriva erano poste in evidenza anche da ulteriori disposizioni di legge, previste all'art. 14 della legge n. 40, prima dell'intervento demolitorio della Corte costituzionale del 2009¹⁰.

Accanto a un generale e assoluto divieto di crioconservazione e soppressione degli embrioni, si prevedeva, infatti, l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto di un numero di embrioni prodotti che non poteva superare le tre unità.

Si prevedeva, poi, un'eccezione al generale obbligo di trasferimento in utero degli embrioni. Si sarebbero potuti crioconservare questi ultimi nel solo caso in cui il trasferimento in utero non fosse stato possibile in ragione di una grave causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione.

La Corte costituzionale ha stabilito, con la sent. n. 151 del 2009, che si debbano produrre embrioni nel numero strettamente necessario e che essi non debbano essere destinati a un unico e contemporaneo impianto. Il pregiudizio che consente di non procedere a un trasferimento immediato, inoltre, è stato esteso fino a ricomprendere anche quello che risulta prevedibile al momento della fecondazione¹¹. Il Giudice costituzionale, in particolare, ha ritenuto che la tutela degli embrioni non sia assoluta, ma che debba essere limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione.

L'art. 14, inoltre, prevede che le coppie che fanno ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita siano informate sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e destinati al trasferimento in utero.

In questo quadro normativo, le Linee guida ministeriali del 2004, emanate in attuazione del primo comma dell'art. 7 della legge n. 40 e poi superate dalle Linee guida del 2008, avevano introdotto un espresso divieto alla diagnosi genetica preimpianto, limitandone il ricorso al solo tipo osservazionale¹² e in tal modo arrivando a superare quanto previsto dalla stessa legge n. 40, come rilevato in sede di annullamento delle stesse Linee guida¹³.

3. Il primo orientamento della giurisprudenza e l'inesistenza del diritto ad avere un figlio sano.

Le prime pronunce della giurisprudenza di merito hanno mostrato di non dubitare della legittimità costituzionale di questa impostazione restrittiva. Ci si riferisce, in particolare, all'ordinanza del Tribunale di Catania¹⁴ e alla sentenza del TAR del Lazio¹⁵.

¹⁰ CORTE COST., sent. 8.5.2009, n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, III, 1656. Sulla decisione si veda in particolare E. DOLCINI, *Embrioni nel numero 'strettamente necessario': il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, II, 950. In generale, inoltre, si veda il volume R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Giappichelli, Torino, 2008.

¹¹ Si possono confrontare le due decisioni della Corte costituzionale in materia di interruzione volontaria di gravidanza e di procreazione medicalmente assistita (CORTE COST., sent. 18.2.1975, n. 27, cit., e CORTE COST., sent. 8.5.2009, n. 151, cit.). In un caso la Corte costituzionale ha esteso la tutela per la salute della donna anche oltre i limiti previsti dalla causa di giustificazione costituita dallo stato di necessità. Si ritiene "scriminato", quindi, anche il caso di interruzione volontaria della gravidanza che venga eseguita in presenza di un danno o di un pericolo non immediati. Nell'altro caso la Corte costituzionale ha esteso ugualmente la tutela per la salute della donna oltre il limite del pregiudizio non prevedibile al momento della fecondazione, così come stabiliva l'art. 14 della legge n. 40 del 2004. Nel bilanciamento tra la posizione giuridica della donna e quella dell'embrione prevale la tutela della prima, in presenza di un pregiudizio per la sua salute. La stessa Corte costituzionale ha chiarito, con riferimento alle esigenze della procreazione, che la tutela dell'embrione non è assoluta.

¹² S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 157 s., rileva come "con la semplice osservazione al microscopio dell'embrione si può solo analizzarne l'aspetto morfologico (forma, grandezza e struttura) e, quindi, se esso sia vivo, morto o, comunque, vitale [...] non già se presenti pure eventuali malformazioni genetiche".

¹³ Decreto ministeriale del 21 luglio 2004, dichiarato illegittimo da TAR LAZIO, sez. III-*quater*, sent. 21.1.2008, n. 398 (decisione del 31 ottobre 2007), in *Giur. mer.*, 2008, IV, 1134 ss. Con questa decisione le Linee guida sono state dichiarate illegittime, nella parte in cui si limitava ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni al solo tipo osservazionale. È stata, inoltre, sollevata questione di legittimità costituzionale sull'art. 14, commi secondo e terzo, della legge n. 40, per violazione degli artt. 3 e 32 Cost. A commento della sentenza, si veda A. DODARO, *Procreazione assistita e questione di legittimità costituzionale*, *ivi*, 1144 ss.

A seguito di tale decisione, sono state emanate nuove Linee guida (Decreto ministeriale dell'11 aprile 2008, n. 31639), che non riportano più la limitazione al solo tipo di diagnosi preimpianto osservazionale.

¹⁴ Si tratta di TRIB. CATANIA, ord. 3.5.2004, in *Giur. it.*, 2004, III, 2088 ss. A commento di tale ordinanza, si vedano M. D'AMICO, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? (in margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004)*, in A. CELOTTO - N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, FrancoAngeli, Milano, 2004, e F. CAGGIA, *Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (brevi riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della L. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Giur. it.*, 2004, III, 2093 ss.

Il Tribunale di Catania, condividendo l'impostazione della legge n. 40 e facendo riferimento all'intenzione del legislatore, ha ritenuto la diagnosi genetica preimpianto illegittima¹⁶. La richiesta dei ricorrenti di selezionare gli embrioni e di impiantare solo quelli sani, a giudizio del giudice, era da ritenersi assolutamente proibita dalla legge n. 40, laddove faceva divieto di crioconservare (oltre che sopprimere) gli embrioni (art. 14, primo comma) e imponeva di procedere con un unico e contemporaneo impianto degli stessi (art. 14, secondo comma).

Se, quindi, il legislatore aveva inteso offrire dei rimedi alle condizioni di sterilità e infertilità, consentendo alle coppie che ne sono affette di accedere alle tecniche riproduttive assistite, ciò non poteva significare che la possibilità di avere dei figli dovesse essere assicurata secondo modalità che non sono analoghe a quelle delle coppie fertili. Una coppia fertile, benché portatrice di una grave malattia genetica, non avrebbe quindi potuto ricorrere alle tecniche di procreazione assistita per selezionare, attraverso la diagnosi genetica preimpianto, gli embrioni da impiantare.

La decisione è stata motivata sulla base del fatto che non esiste il diritto ad avere un figlio sano, né è possibile ricomprendere fra i diritti della persona e della sua integrità psicofisica la possibilità di effettuare una selezione eugenetica degli embrioni. Non esiste neppure, sempre con riferimento al pericolo di selezione eugenetica, un diritto di informazione sullo stato di salute dell'embrione.

Tali conclusioni sono state raggiunte dal Tribunale tenendo in considerazione l'intenzione del legislatore. Questa è stata però isolata e presa in considerazione in una dimensione che risulta priva dei necessari riferimenti con altre disposizioni e principi fondamentali dell'ordinamento, quali il diritto alla salute e il diritto all'informazione in relazione ai trattamenti sanitari¹⁷. In particolare, si è rilevato come il Tribunale abbia affermato che alla legge n. 40 si deve una completa obbedienza, in considerazione del fatto che si tratta di una "legge nuova e frutto di scelte discrezionali del legislatore" e che al giudice di merito, nell'ambito della valutazione intorno alla non manifesta infondatezza delle questioni, spetta "un potere discrezionale che gli consentirebbe di entrare addirittura nel merito della questione", sovrapponendosi in qualche modo al giudizio che, invece, spetta al Giudice delle Leggi¹⁸.

Al giudice comune, infatti, è richiesto di decidere se sollevare questione di legittimità costituzionale nel caso in cui questa risulti non manifestamente infondata - dopo averne ritenuta anche la rilevanza e verificata l'assenza di una possibile interpretazione conforme a Costituzione¹⁹ - oppure respingerla in caso con-

Si veda, inoltre, in senso fortemente critico, E. GIACOBBE, *Tre 'banalità' e una verità: brevi osservazioni su una prima applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giust. civ.*, 2004, X, 2459 ss.

¹⁵ TAR LAZIO, sez. III-ter, sent. 9.5.2005, n. 3452, in *Foro it.*, 2005, III, 518 ss. A commento di questa sentenza, si veda A. CIERVO, "Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali", in *Giur. cost.*, 2008, IV, 3669 ss. Si può richiamare, a questo riguardo, anche TAR LAZIO, sent. 23.5.2005, n. 4046, in *Foro amm. TAR*, 2005, V, 1591 ss., che ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato avverso le Linee guida del 2004, in ragione della mancata dimostrazione da parte dei ricorrenti del loro interesse attuale a ricorrere che impedisce l'esame nel merito del ricorso.

¹⁶ Con riferimento a tale decisione, definisce "giudici di merito forse un po' troppo zelanti", davanti ai quali i tentativi di arrivare alla Corte costituzionale non sono andati a buon fine, M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giur. cost.*, 2006, VI, 3859.

¹⁷ G. ROSSINI, *La diagnosi preimpianto è ormai legittima? Intorno alla certezza giurisprudenziale e alla responsabilità del medico*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte*, cit., 188.

¹⁸ In questo senso M. D'AMICO, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice?*, cit., 35 s.

¹⁹ Il giudice comune, infatti, deve anche dimostrare di avere tentato di interpretare in senso conforme a Costituzione la disposizione di cui deve fare applicazione nel giudizio pendente. Nel caso in cui sia possibile fornire una tale interpretazione della disposizione (e non, quindi, quando si possa darne interpretazioni incostituzionali) il giudice comune non dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale. "In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali" (CORTE COST., sent. 22.10.1996, n. 356, in *Giur. cost.*, 1996, V, 3096 ss., in tema di pubblicità ingannevole in materia di commercio di sostanze alimentari, laddove si precisa anche come "Il caso in esame presenta inoltre questa singolarità: di nascere in presenza di un contrasto interpretativo interno alla giurisprudenza comune, al di là del quale, però, vi è convergenza sul risultato cui si mira e che è ritenuto conforme alla Costituzione. La divergenza riguarda soltanto le vie da percorrere: l'una richiede una previa declaratoria d'incostituzionalità; l'altra implica semplici operazioni interpretative di norme legislative. La questione di costituzionalità proposta tende così a configurarsi come un improprio tentativo per ottenere dalla Corte costituzionale l'avallo a favore di un'interpretazione, contro un'altra interpretazione, senza che da ciò conseguano differenze in ordine alla difesa dei principi e delle regole costituzionali, ciò in cui, esclusivamente, consiste il compito della giurisdizione costituzionale").

La Corte costituzionale, inoltre, ha disposto la restituzione degli atti al giudice remittente affinché rivalutasse, alla luce dello *jus superveniens*, la possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione (CORTE COST., ord. 25.7.2008, n. 303, in *Giur. cost.*, IV, 2008, 3300 ss., in tema di reclamo avverso il decreto di chiusura del fallimento).

E, ancora, il Giudice delle Leggi ha definito tale valutazione da parte del giudice comune un "doveroso tentativo di pervenire, in via interpretativa, alla soluzione da lui ritenuta costituzionalmente corretta" (CORTE COST., ord. 13.3.2008, n. 57, in *Giur. cost.*, 2008,

trario, a seguito di una valutazione che non deve sovrapporsi al giudizio di merito che può essere svolto solo dal Giudice delle Leggi. Tale operazione da parte dei giudici comuni si rivela particolarmente delicata, come si anticipava, in un ordinamento quale quello italiano che non prevede un accesso in via diretta, da parte del cittadino, alla Corte costituzionale²⁰.

Si può infine sottolineare come il Tribunale di Catania abbia introdotto nelle proprie argomentazioni il profilo della irragionevole discriminazione che si determina fra categorie di coppie nel caso in cui viene consentito solo a quelle che possono accedere alla procreazione assistita di effettuare l'esame diagnostico preimpianto, escludendo le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili. Questo argomento, come si avrà modo di vedere oltre in relazione ad altre decisioni della giurisprudenza, costituisce elemento fondamentale per soffermarsi sulla irragionevolezza della esclusione di questa ultima categoria di coppie dall'esame genetico preimpianto.

Per quanto riguarda le Linee guida, il TAR del Lazio è stato investito del ricorso con cui si impugnava per ingiustizia manifesta, irrazionalità e violazione dei principi comuni in materia di tutela della salute, tra le altre, la parte in cui si prevedeva che ogni indagine sullo stato di salute degli embrioni fosse di tipo osservazionale²¹.

Il TAR non ha accolto tale censura, ritenendo che le Linee guida non si ponessero in contrasto con quanto previsto dalla legge n. 40.

Si è affermato, più precisamente, che le Linee guida del 2004 non restringono l'ambito applicativo della legge n. 40 (art. 13) nel prevedere indagini di carattere osservazionale che precludono ogni tipo di indagine eugenetica. L'art. 13 consente, infatti, la sola ricerca che abbia finalità diagnostica e terapeutica a tutela dell'embrione e vieta qualsiasi forma di sperimentazione su quest'ultimo.

Si è osservato, altresì, che non vi sono terapie che permettono di curare un embrione malato e che non può essere invocato alcun diritto ad avere un figlio sano²². A questo riguardo, è utile richiamare quanto sostenuto dal TAR del Lazio, che ritiene che "sul piano [...] strettamente giuridico" non sia revocabile in dubbio "l'inesistenza di un fondamento alla pretesa ad avere un 'figlio sano'".

Inoltre, si è affermato che "si va [...] ben oltre la questione della configurabilità di un diritto alla procreazione, che è poi l'interfaccia del desiderio di essere genitori; anche ad ammettersi, per mera ipotesi, l'esistenza di un siffatto diritto della personalità, non può tuttavia sostenersi, già sul piano della ragionevolezza, che il metodo (artificiale) della procreazione assistita, il cui fine è solamente quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità od infertilità umane, possa offrire delle opportunità maggiori del 'metodo naturale'".

Si sarebbe potuto riscontrare, infatti, un evidente profilo di incostituzionalità della normativa nella parte in cui tratta diversamente le coppie portatrici di malattie genetiche, a seconda che siano o meno sterili o infertili. Solo le coppie sterili o infertili, che hanno accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sulla base dell'art. 5 della legge n. 40, potrebbero "scegliere" e "ottenere" un figlio sano.

Il, 821 ss., in tema di giurisdizione delle commissioni tributarie, laddove ha chiarito che "questa Corte ha più volte affermato che il giudice è abilitato a sollevare la questione di legittimità costituzionale solo dopo aver accertato che sia impossibile seguire un'interpretazione da lui ritenuta non contraria a Costituzione e che, conseguentemente, è manifestamente inammissibile la questione sollevata senza che il rimettente abbia dimostrato di avere esperito il doveroso tentativo di pervenire, in via interpretativa, alla soluzione da lui ritenuta costituzionalmente corretta").

Sull'interpretazione conforme a Costituzione, nonché sull'interpretazione conforme alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e al diritto comunitario, si veda M. D'AMICO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Relazione conclusiva*, in M. D'AMICO – B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Giappichelli, Torino, 2009, 499 ss.

Si vedano, inoltre, CONS. STATO, sez. IV, sent. 2.3.2010, n. 1220, in *Guida al dir.*, 2010, XIV, 88 ss., che ha ritenuto le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo direttamente applicabili in ragione dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, a commento della quale si vedano A. CELOTTO, *Il trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1120/2010 del Consiglio di Stato)*, in *www.neldiritto.it*, e G. COLAVITTI – C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso? Nota a Consiglio di Stato, sent. 2.3.2010, n. 1220*, in *Rivista AIC*, e TAR LAZIO, sez. II, sent. 18.5.2010, n. 11984, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, IV, 1259 ss., con riguardo all'obbligo, per il giudice, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario o di procedere in via immediata, senza che vi debba essere un accertamento della loro incostituzionalità da parte della Corte costituzionale, alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario.

²⁰ Ricostruisce i lavori dell'Assemblea costituente intorno alla possibile azione diretta da parte del cittadino dinanzi alla Corte costituzionale M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991, 112 ss.

²¹ Punto 8, TAR LAZIO, sez. III-ter, sent. 9.5.2005, n. 3452, cit. Con il sesto motivo di ricorso si sosteneva l'illegittimità delle Linee guida, nella parte in cui si proibiva ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica e si consentiva un'indagine sugli embrioni di tipo osservazionale.

²² L. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2007, VII, 1618, pone la questione se si tratti davvero di diritto ad avere un figlio certamente sano o piuttosto a non avere figli sicuramente malati.

Il TAR ha affermato, inoltre, sempre con riferimento al rapporto tra procreazione e concepito, che il principio di responsabilità della procreazione “appare di difficile compatibilità con i diritti del concepito”. A questo riguardo si può osservare come il TAR abbia rivalutato il principio della responsabilità nella procreazione sostenendo che questo presenta “ben altra dimensione” “in funzione del diritto della donna ad interrompere la gravidanza”, quando vi sia un serio o grave pericolo per la sua salute psicofisica. Ad avviso del giudice amministrativo tale dualismo normativo (legge n. 40 e legge n. 194) è giustificato dalla diversa prospettiva, da una parte, di tutela del diritto del concepito e, dall'altra, di tutela del diritto alla salute della donna. La soluzione giuridica differenziata non è contraddittoria, a giudizio del TAR che ha richiamato la giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo la quale non vi è equivalenza tra diritto di chi è già persona e di chi lo deve ancora diventare²³.

Occorre rilevare come anche in questa decisione si introduce l'argomentazione relativa alla discriminazione che si determinerebbe fra categorie di coppie, in relazione al riconoscimento o meno di un diritto alla scelta del figlio sano, a seconda che queste si trovino o meno in una condizione di sterilità o infertilità. Tale argomentazione, così come avvenuto nella decisione del Tribunale di Catania, è tesa a dare un fondamento alla decisione di non ritenere legittima la diagnosi genetica preimpianto.

4. L'interpretazione conforme a Costituzione e il superamento della limitazione della diagnosi genetica preimpianto al solo tipo osservazionale.

Dopo questa prima fase in cui la giurisprudenza ha mostrato di aderire completamente all'impostazione legislativa, il Tribunale di Cagliari ha invece deciso di sollevare questione di legittimità costituzionale²⁴.

Il giudice remittente ha dubitato della legittimità costituzionale del divieto di ottenere, su richiesta della coppia che aveva avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi genetica preimpianto sull'embrione prodotto. È stata in tal modo sollevata questione di legittimità costituzionale sull'art. 13 della legge n. 40 rispetto agli artt. 2, 3 e 32 Cost., nella parte in cui non consente di accertare attraverso la diagnosi genetica preimpianto se gli embrioni siano affetti da malattie genetiche, nel caso in cui tale omissione comporti un accertato pericolo grave e attuale per la salute psichica e fisica della donna²⁵.

La Corte costituzionale ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile a causa della contraddittorietà con la quale la questione stessa era stata prospettata²⁶. Se, infatti, il divieto di diagnosi genetica preimpianto si poteva dedurre, ad avviso dello stesso giudice remittente, non solo dall'art. 13 della legge, ma anche dall'art. 14 e dall'interpretazione di tutta la disciplina alla luce dei suoi criteri ispiratori, il fatto di sollevare la questione di legittimità costituzionale con riguardo al solo art. 13 rendeva evidente la contraddizione intrinseca dell'ordinanza di rimessione.

Tale impostazione, che poneva in evidenza la connotazione fortemente unitaria e “di sistema” della legge n. 40, ha quasi lasciato intendere che la dichiarazione di illegittimità costituzionale relativa a una sola

²³ CORTE COST., sent. 18.2.1975, n. 27, cit., e sent. 10.2.1997, n. 35, cit.

²⁴ TRIB. CAGLIARI, ord. 16.7.2005, n. 574, in *Giur. mer.*, 2005, XXII, 2627. Al riguardo, si veda M. D'AMICO, *Il divieto di diagnosi preimpianto. Fra Corte costituzionale e giudici comuni sul problema postosi a Cagliari*, in *Bioetica*, 2007, n. 4.

²⁵ Sulle motivazioni addotte dal Tribunale remittente, si veda anche M. D'AMICO, *La legge italiana e la diagnosi delle malattie genetiche*, in G. RAGNI (coordinato da), *Diagnosi genetica pre-fecondazione sul primo globulo polare dell'ovocita*, Editeam, Ferrara, 2011, 3 s.

²⁶ CORTE COST., ord. 9.11.2006, n. 369, in *Giur. cost.*, 2006, VI, 3831 ss. A commento di tale ordinanza si vedano M. D'AMICO, “Il giudice costituzionale e l'alibi del processo”, cit.; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*, ivi, 3849 ss., che sottolinea come la Corte costituzionale abbia con tale decisione “artatamente cercato appigli processuali per non decidere nel merito la questione”; A. CELOTTO, *La Corte costituzionale decide di non decidere sulla procreazione medicalmente assistita*, ivi, 3846 ss.; C. CASINI – M. CASINI, *Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004*, ivi, 3837 ss.. E, ancora, S. DELLA BELLA, *La Consulta non si pronuncia sulla q.l.c. dell'art. 13, l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, IV, 308 ss.

disposizione avrebbe dovuto comportare una dichiarazione di illegittimità consequenziale²⁷, relativamente a tutta la legge²⁸.

Questa decisione può risultare, peraltro, compatibile rispetto alla precedente decisione in tema di ammissibilità del *referendum* totale sulla legge n. 40, in cui era stata qualificata quest'ultima quale normativa costituzionalmente necessaria in quanto prima normativa organica in materia²⁹.

La Corte costituzionale, in definitiva, ha giudicato l'ordinanza di rimessione incompleta, poiché non erano state indicate tutte le norme oggetto da sottoporre al sindacato di costituzionalità³⁰, e, come è stato rilevato, ha deciso in questo modo di "non decidere"³¹.

Da ultimo, si può notare come il fatto che la decisione in esame sia stata una "pronuncia 'sofferta' è rivelato anche dal rifiuto del giudice relatore di redigerne il testo"³². Quest'ultimo aspetto può indurre a ritenere, in un sistema costituzionale che non prevede la possibilità per i giudici di esprimere un'opinione dissenziente³³, che la decisione non sia stata unanime³⁴.

A seguito (e forse a causa) della pronuncia della Corte costituzionale, vi sono stati alcuni giudici che hanno interpretato la disciplina inerente alla diagnosi genetica preimpianto in senso conforme a Costituzione³⁵. In questo modo, quindi, non sono state sollevate ulteriori questioni di legittimità costituzionale, assicurando direttamente alle coppie il riconoscimento del diritto alla diagnosi genetica preimpianto.

Il Tribunale di Cagliari³⁶ ha ritenuto, infatti, legittima la diagnosi genetica preimpianto nel caso in cui fosse avanzata una richiesta in tal senso dai soggetti indicati nell'art. 14, comma 5, e la diagnosi riguardasse embrioni destinati all'impianto in utero.

²⁷ La dichiarazione di illegittimità costituzionale di tipo consequenziale si estende, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, alle norme che presentano un contenuto sostanzialmente identico rispetto alla norma censurata. Al riguardo, si confronti CORTE COST., sent. 12.9.1995, n. 422, in *Giur. cost.*, 1995, III, 3255 ss. A commento di tale sentenza, si veda U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle «quote» nelle liste elettorali*, *ivi*, 3268 ss.

²⁸ Esprime forti perplessità intorno alla disapplicazione dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953 A. MORELLI, "Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi", in *www.forumcostituzionale.it*.

²⁹ CORTE COST., sent. 28.1.2005, n. 45, in *Giur. cost.*, 2005, I, 337 ss. A commento di tale decisione, G. MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle «leggi costituzionalmente necessarie»*, *ivi*, 351 ss. Con riguardo, in generale, alle pronunce della Corte costituzionale sull'ammissibilità dei *referendum* in materia di procreazione medicalmente assistita (sent. 28.1.2005, nn. 45, 46, 47, 48 e 49, *ivi*), si veda M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005.

³⁰ È stato rilevato, però, che, se il giudice rimettente avesse indicato come oggetto del giudizio anche altre disposizione della legge, la Corte costituzionale avrebbe comunque potuto pronunciare una decisione di rigetto per irrilevanza e di inammissibilità per avere individuato quale oggetto della questione un intero corpo normativo o disposizioni eterogenee e prive di stretta connessione. Così, C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche*, cit., che, inoltre, sottolinea come con questa decisione "si rischia di fare della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita una disciplina «sostanzialmente blindata, configurandosi la l. n. 40 come una peculiare fonte atipica, dotata di una straordinaria, quanto anomala, forza passiva», da un lato non potendo essere abrogata nella sua integrità mediante *referendum*, dall'altro potendo essere impugnata solo nella sua interezza, per la strettissima correlazione delle sue parti interne e per l'unitarietà dell'impianto, ma inutilmente, a pena di lasciare privi di tutela minima interessi costituzionalmente rilevanti: proprio perché costituzionalmente necessaria, infatti, la legge in questione si sottrarrebbe a una declaratoria di incostituzionalità che la coinvolgesse integralmente."

³¹ A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere*, cit.

³² A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere*, cit. Relatore dell'ordinanza è stato, infatti, il Giudice Alfio Finocchiaro, mentre ha redatto la decisione il Giudice Romano Vaccarella. Definisce l'ord. n. 369 del 2006 una decisione "sofferta" A. CIERVO, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, IV, 3669.

³³ Osserva come "In Europa [...] a causa dell'assenza (in Francia e in Italia) o della occorrenza molto rara delle opinioni dissenzienti (Germania, Spagna), non sappiamo abbastanza delle Corti costituzionali e del loro funzionamento. In particolare, non conosciamo quasi per nulla i concreti meccanismi interni per la presa di decisione di questi organi collegiali" P. PASQUINO, "Introduzione", in P. PASQUINO – B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti costituzionali (e altre Corti)*, Giuffrè, Milano, 2009, 10 s.

³⁴ S. L. MORSIANI, *A buon intenditor poche parole*, in *www.forumcostituzionale.it*.

³⁵ A commento di TRIB. CAGLIARI, sent. 24.9.2007, in *Corr. merito*, 2007, XXII, 1392 ss., e di TRIB. FIRENZE, ord. 17.12.2007, in *Giur. cost.*, 2008, I, 537 ss., si veda I. PELLIZZONE, *Fecondazione assistita e interpretazione costituzionalmente conforme. Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giur. cost.*, 2008, I, 552 ss.

Osserva criticamente come, se pure la lettura costituzionalmente conforme offerta dai due Tribunali (e anche quella del Tribunale di Salerno del 2010) sia "sicuramente condivisibile", "il quesito e il dubbio che rimane aperto è se una o più sentenze di merito possano fare venire meno un divieto, implicito, contenuto in una legge" S. LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto*, cit.

³⁶ TRIB. CAGLIARI, sent. 24.9.2007, cit. A commento di tale sentenza si veda anche L. D'AVACK, *Il Tribunale di Cagliari dichiara la legittimità dell'indagine preimpianto nella PMA, privilegiando il diritto della madre alla piena informativa sull'atto sanitario*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, I, 280 ss.

Si veda, inoltre, M. D'AMICO, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2008, 60, che ritiene che tale decisione rappresenti "una vittoria non soltanto per il riconoscimento di un diritto specifico, ma importante, che consente la correzione di uno degli aspetti più barbari della legge n. 40, quello che vietava la diagnosi preimpianto a coniugi portatori di gravi malattie genetiche."

Inoltre, l'esame avrebbe dovuto essere strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e finalizzato a garantire ai soggetti legittimati all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita una adeguata informazione sul suo stato di salute.

Il Tribunale di Cagliari, dunque, senza rimettere la questione alla Corte costituzionale, ha riconosciuto il diritto della coppia sterile, portatrice di malattie geneticamente trasmissibili, di conoscere lo stato di salute dell'embrione creato e destinato all'impianto e, dunque, di ottenere l'indagine genetica preimpianto.

L'interpretazione conforme a Costituzione è stata argomentata sulla base dell'assenza di un divieto esplicito nella legge n. 40 in tal senso e della differenza posta dalla disciplina stessa tra attività di ricerca, sperimentazione e manipolazione genetica (art. 13) e diagnosi genetica preimpianto (art. 14).

Se la prima prevede una tutela assoluta dell'embrione, la seconda disponendo un bilanciamento tra interessi costituzionalmente garantiti stabilisce la possibilità che prevalgano quelli dei soggetti che accedono alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Vi è, inoltre, una differenza letterale fra attività di ricerca e sperimentazione e diagnosi genetica tesa all'accertamento dello stato di salute dell'embrione.

La liceità della diagnosi si fonda, poi, sul principio del consenso informato, che richiede che il soggetto che si sottopone alle cure mediche (nella fattispecie in commento, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita) debba ricevere una completa informazione sugli aspetti rilevanti di queste ultime (artt. 6 e 14).

Nel caso della fecondazione assistita, quindi, lo stato di salute degli embrioni creati e destinati all'impianto in utero rappresenta un elemento essenziale e condizionante lo stesso consenso alla pratica di fecondazione, poiché se venisse riscontrata una grave malattia genetica questa potrebbe compromettere la salute psicofisica della donna. Quest'ultima, in ragione delle previsioni dettate dalla legge n. 194 del 1978, sarebbe peraltro legittimata all'interruzione di gravidanza.

Non si può, inoltre, trascurare che la diagnosi prenatale e quella preimpianto abbiano una medesima finalità, cioè quella di garantire ai soggetti interessati la conoscenza dello stato di salute del nascituro in un caso e dell'embrione destinato all'impianto nell'altro.

Una lettura costituzionalmente orientata elimina l'irragionevolezza estrinseca della disposizione sulla diagnosi preimpianto, rispetto agli accertamenti diagnostici effettuati nel corso della gravidanza considerati leciti³⁷.

La liceità della diagnosi genetica preimpianto, infatti, "risulta perfettamente coerente con quanto accade comunemente con riferimento agli accertamenti genetici praticati quando una gravidanza sia già in corso, ritenuti costantemente leciti dal diritto vivente."

Il Tribunale di Cagliari ha sottolineato a questo proposito "come il diritto vivente non solo abbia costantemente affermato la liceità della diagnosi prenatale, nonostante il rischio di aborto spontaneo che la caratterizza, ma come abbia altresì affermato la responsabilità giuridica del medico che non abbia fornito informazioni, ovvero abbia riferito informazioni errate, circa le condizioni del feto."

L'identità delle discipline relative alla diagnosi prenatale e a quella preimpianto "assicura una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni in esame anche con riferimento al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), poiché evita una diversità di trattamento di situazioni sostanzialmente analoghe, altrimenti censurabile costituzionalmente sotto il profilo della irragionevolezza."

Il Tribunale di Cagliari ha interpretato, quindi, in senso conforme a Costituzione la disciplina, respingendone l'interpretazione restrittiva, che negava la liceità della diagnosi preimpianto anche quando sia richiesta ai sensi del quinto comma dell'art. 14, che prevede che i soggetti che accedono alle tecniche assistite siano informati sul numero e sullo stato di salute degli embrioni³⁸. Questa interpretazione, infatti, è stata considerata una "lettura incostituzionale della disposizione".

³⁷ Sembra non condividere l'impostazione per la quale vi è irragionevolezza nel voler negare alla donna la possibilità di rifiutare l'impianto di embrioni per quegli stessi motivi legati alla sua salute che le consentirebbero di interrompere, successivamente, la gravidanza G. BALLARANI, *Procreazione medicalmente assistita e diagnosi pre-impianto: una sentenza contraria alla ragione della legge, ma conforme alla legge della ragione?*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 228, il quale ritiene che in questo modo si dimentica che in un caso vi è una madre che porta già in grembo un figlio (e "l'eventuale conflitto fra le due entità ha luogo all'interno dello stesso corpo e trova esito in un bilanciamento di valori precostituiti"), mentre nell'altro l'embrione creato per essere impiantato in utero non potrebbe vedersi negato il trasferimento destinato ad aprire la sua fase prenatale "senza con ciò infrangere il principio costituzionale che tutela la vita umana sin dal suo inizio".

³⁸ Sottolinea come la pronuncia del Tribunale di Cagliari sia contraddistinta da un "solido e razionale apparato motivazionale" D. SIMEOLI, *Nota a tribunale di Cagliari*, cit., che ricostruisce i punti argomentativi sui quali si fonda la decisione del Tribunale nel senso dell'ammissibilità della diagnosi.

Sulla base di tali considerazioni, il Tribunale ha, quindi, disapplicato le Linee guida ministeriali ritenute illegittime³⁹.

In un momento successivo, anche il Tribunale di Firenze, richiamando ampiamente la decisione del Tribunale di Cagliari⁴⁰, ha offerto una lettura costituzionalmente conforme della disciplina sulla diagnosi genetica preimpianto, peraltro ordinando espressamente di crioconservare gli embrioni malati fino alla tutela di merito⁴¹.

Il Tribunale ha sostenuto che le Linee guida ministeriali, limitando la diagnosi genetica preimpianto al solo tipo osservazionale, avessero introdotto una regola non prevista dalla legge n. 40, con ciò ponendosi in contrasto con i principi ispiratori della legge stessa e con quelli costituzionali, oltre che con l'art. 5 della legge n. 2248 del 1865⁴². La violazione del principio di legalità e di tassatività, nonché dei principi inerenti alla gerarchia delle fonti e dei limiti posti alla potestà regolamentare ministeriale, impongono la disapplicazione della disposizione.

Sarebbe, infatti, "non solo irrazionale ma addirittura fuori dal senso morale" procedere all'impianto per poi sottoporre la donna all'interruzione volontaria di gravidanza, una volta accertato lo stato di salute del feto. Deve essere, quindi, garantita una pari tutela alla donna che ancora non ha proceduto all'impianto dell'embrione in utero rispetto alla donna che, gravida, può accedere alla diagnosi prenatale⁴³.

Si può, infatti, svolgere un parallelismo tra la situazione della donna che decide di ricorrere all'aborto terapeutico in ragione della riscontrata malattia genetica del feto, che non costituisce eugenetica, e la situazione della donna che sceglie di non procedere all'impianto dell'embrione, a cui sia stata diagnosticata la medesima malattia.

A fronte della omogeneità fra queste due situazioni, appare del tutto irragionevole prevedere discipline differenziate, che impediscono alla donna che ricorre alle tecniche di procreazione assistita di valutare le conseguenze sulla propria salute dell'impianto di un embrione gravemente malato.

Il Tribunale, inoltre, ha sottolineato come si rendesse necessario tenere distinti gli ambiti di riferimento dell'art. 13 e dell'art. 14. La prima disposizione, infatti, delimita la ricerca scientifica in relazione alla tutela dell'embrione, mentre la seconda intende disciplinare il rapporto tra la coppia e l'embrione, tenendo conto della necessità di offrire un trattamento sanitario adeguatamente informato e della garanzia di una procreazione libera e cosciente.

Il Tribunale di Firenze ha considerato come l'art. 13 disciplini la sperimentazione sugli embrioni umani, ponendo dei limiti alla ricerca scientifica, mentre l'art. 14 regoli la fecondazione assistita "singolarmente attuata delimitando il numero di embrioni da creare e disponendo in materia di trasferimento nell'utero della donna." In quest'ultima norma, inoltre, si sancisce la facoltà per la coppia di informarsi sullo stato di salute degli embrioni.

Si è inoltre sottolineato come sia "evidente che tale informazione non può essere collegata ad una fatua curiosità dei futuri genitori, ma deve evidentemente essere posta in relazione alla necessità che i trattamenti terapeutici siano accompagnati dalla informazione necessaria ad esprimere il necessario consenso [...] come d'altra parte espressamente previsto dall'art. 4 lett b) e dall'art. 6".

³⁹ Ritiene che il giudice di Cagliari abbia fatto "sapiente ricorso agli strumenti ermeneutici" S. BANCHETTI, *La diagnosi preimpianto nella procreazione assistita: eugenetica o tutela della salute della donna?*, in *Giust. civ.*, 2008, VI, 1553.

⁴⁰ In senso critico rispetto a queste due decisioni si vedano C. CASINI – M. CASINI – M. L. DI PIETRO, *La legge 40/2004 e la diagnosi genetica pre-impianto nelle decisioni di Cagliari e di Firenze*, in *Med. e mor.*, 2008, I, 35 ss., e M. CASINI, *L'opposizione globale alla legge n. 40 e le lacune della sentenza cagliaritano: i diritti del concepito e le modalità esecutive della diagnosi genetica preimpianto*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, I, 287 ss.

⁴¹ TRIB. FIRENZE, ord. 17.12.2007, cit. Il giudizio, infatti, era stata introdotto con un ricorso presentato in via d'urgenza (art. 700 c.p.c.).

È stato osservato come il Tribunale di Firenze si sia spinto oltre la pronuncia del Tribunale di Cagliari, affermando che le informazioni sullo stato di salute degli embrioni non possono essere collegate ad una "fatua curiosità dei futuri genitori", bensì alla necessità di un trattamento sanitario informato. Così P. DI MARZIO, *Procreazione assistita, interrogativi sulla diagnosi preimpianto in cerca di risposte*, in *Giur. merito*, 2008, IV, 1002 ss.

⁴² Legge del 20 marzo 1865, n. 2248, recante "Legge sul contenzioso amministrativo (All. E)", al cui art. 5 si prevede che "In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi".

⁴³ Sottolinea come non si comprende di quale tutela possa godere l'embrione malato comunque impiantato, ma destinato poi all'aborto, S. BANCHETTI, *La diagnosi preimpianto nella procreazione assistita*, cit. In tal modo la tutela che la legge n. 40 intende garantire all'embrione risulterebbe inutile. La tutela è parziale, inoltre, con riguardo agli embrioni crioconservati: in questo caso, infatti, il divieto di ricorrere alla fecondazione eterologa e di procedere alla ricerca e alla sperimentazione impedisce di utilizzare questi embrioni "abbandonati", destinandoli al loro naturale deterioramento.

Come si è anticipato, a seguito di queste decisioni che attraverso una interpretazione conforme a Costituzione hanno disapplicato le Linee guida è intervenuto l'annullamento da parte del TAR Lazio⁴⁴ della previsione con cui si limitava al solo tipo osservazionale la diagnosi genetica preimpianto e sono state emanate le nuove Linee guida del 2008.

In particolare, il TAR Lazio annulla la previsione delle Linee guida, viziata da eccesso di potere, poiché "mentre nella legge si consente la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano, sia pure per finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e si consentono interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, sempre al medesimo scopo, nelle Linee Guida tale possibilità viene contratta al punto di essere limitata alla sola 'osservazione dell'embrione'."

5. Il riconoscimento della legittimità della diagnosi genetica preimpianto anche da parte della Corte costituzionale.

La seconda pronuncia della Corte costituzionale in tema di procreazione medicalmente assistita, pur non occupandosi in via diretta della legittimità costituzionale della diagnosi genetica preimpianto, presenta indubbi riflessi sul profilo della sua legittimità⁴⁵.

⁴⁴ TAR LAZIO, sez. III-*quater*, sent. 21.1.2008, n. 398, cit.

⁴⁵ In questo senso si esprime M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in M. D'AMICO – I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, cit., 214 ss., laddove afferma che "Un aspetto forse non del tutto chiarito riguarda la possibilità di ricorrere alla diagnosi preimpianto. Come si è accennato, alcuni giudici l'hanno ritenuta ammissibile in base ad una interpretazione costituzionalmente conforme della legge n. 40 del 2004 e la Corte costituzionale, non pronunciandosi sul punto, ammette implicitamente che il presupposto del giudizio, e cioè l'ammissibilità della diagnosi preimpianto, sia indiscutibile. Possiamo quindi affermare, alla luce del 'non detto' nella decisione, che oggi è lecito ricorrere a tale tipo di diagnosi quando ciò sia necessario per far conoscere ai genitori lo stato degli embrioni e, di conseguenza, per tutelare la salute psico-fisica della donna", *ivi*, 223. Si veda anche A. VERRI, *Il tribunale di Cagliari riconosce per la prima volta il 'diritto' di accesso alla diagnosi genetica preimpianto ad una copia talassemica*, in www.penalecontemporaneo.it, che sottolinea che la Corte costituzionale, "individuando come parametri costituzionali di riferimento gli artt. 3 e 32 Cost., ha rimosso definitivamente gli ostacoli che ancora si frapponevano alla possibilità di praticare la diagnosi genetica preimpianto: ossia, il divieto contenuto nel comma 2 dell'art. 14 di produrre un numero di embrioni superiore a tre per ogni ciclo di trattamento, il divieto di crioconservare gli embrioni, nonché l'obbligo di trasferire contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti."

Sempre in questo senso, si veda anche G. FERRANDO, *Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili*, in *Nuova Giur. civ.*, 2013, I, 20 ss., che ritiene che la sentenza della Corte "nel momento in cui autorizza la produzione del numero di embrioni ritenuto dai medici appropriato al caso singolo, schiude la porta alla possibilità di fare diagnosi preimpianto."

Si veda, per una impostazione diversa, L. VIOLINI, *Note minime ad una decisione problematica. Il punto di vista dei giuristi*, in M. D'AMICO – I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, cit., 191 ss., e anche S. LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto*, cit., che ritiene che alla luce del silenzio della Corte costituzionale non possa derivare alcuna legittimazione rispetto alla diagnosi preimpianto, pure sostenendo che quest'ultima dovrebbe essere consentita. In particolare, in relazione alla sentenza della Corte costituzionale, l'A. rileva come "Affinché la DGP possa considerarsi effettivamente ammessa nel nostro ordinamento sarebbe necessario un intervento della Corte il quale esplicitamente chiarisca o innovi – attraverso una sentenza rispettivamente interpretativa o additiva – la portata della legge 40 sul punto."

Il giudizio costituzionale era stato introdotto da tre ordinanze di rimessione⁴⁶, con cui erano state sollevate questioni di legittimità costituzionale relativamente agli artt. 14, commi primo, secondo, terzo e quarto, e 6, terzo comma, della legge n. 40, rispetto agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., nella parte in cui si poneva il divieto di crioconservazione degli embrioni soprannumerari, la necessità di creare un numero massimo di tre embrioni e di procedere a un unico e contemporaneo impianto, il necessario trasferimento degli embrioni senza considerare qualunque tipo di pregiudizio alla salute della donna che potesse derivarne e l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo.

La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dei commi secondo e terzo dell'art. 14, legge n. 40, nella parte in cui si fa obbligo al medico di procedere con la creazione di un massimo di tre embrioni, da destinare a un unico e contemporaneo impianto e nella parte in cui non si prevede che il trasferimento degli embrioni in utero debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. Ritiene, invece, inammissibili le altre questioni per mancanza di motivazione in ordine alla rilevanza delle stesse⁴⁷.

Se si prendono in considerazione gli argomenti addotti per sostenere l'inammissibilità della diagnosi genetica preimpianto, si può notare come essi vengano a cadere alla luce della pronuncia della Corte costituzionale.

Si sosteneva, infatti, l'illiceità della diagnosi preimpianto sulla base del tenore letterale dell'art. 13 della legge n. 40 e dei principi generali espressi dalla disciplina, quali l'irrevocabilità del consenso espresso successivamente alla fecondazione, il divieto di creare più di tre embrioni destinati comunque a un unico e contemporaneo impianto, nonché il divieto generale di crioconservare gli embrioni e di sopprimerli.

Si richiamava, inoltre, una lettura restrittiva del comma terzo dell'art. 14, che avrebbe fatto esclusivo riferimento agli ostacoli patologici transitori all'impianto, nel prevedere la possibilità di crioconservazione nel caso in cui il trasferimento in utero non fosse stato possibile⁴⁸.

Il Giudice delle Leggi conferma l'orientamento della giurisprudenza che attraverso una lettura costituzionalmente orientata aveva dichiarato legittima la diagnosi genetica preimpianto.

Attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge n. 40, nella parte in cui prevede il divieto di creare più di tre embrioni, destinati a un unico e contemporaneo impianto, vengono eliminati gli ostacoli che rendono difficoltoso il ricorso alla diagnosi genetica preimpianto⁴⁹.

⁴⁶ Le ordinanze di rimessione che hanno introdotto il giudizio di legittimità costituzionale sono del TAR LAZIO, sez. III-*quater*, 21.1.2008, ord. di rimessione n. 159, in *G.U.*, n. 22 del 21.5.2008, del TRIB. FIRENZE, 26.8.2008, ord. di rimessione n. 382, in *G.U.* n. 50 del 3.12.2008, e del TRIB. FIRENZE, 15.7.2008, ord. di rimessione n. 323, in *G.U.* n. 44 del 22.10.2008. Con riguardo al primo di questi provvedimenti, si può rilevare come la Corte costituzionale abbia superato la questione relativa al *nomen* del provvedimento stesso. Il TAR Lazio, infatti, aveva definito la propria ordinanza di rimessione come sentenza. Il giudice amministrativo, oltre a sollevare la questione di legittimità costituzionale sull'art. 14, commi secondo e terzo, della legge n. 40 per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., dichiara illegittime le Linee guida per violazione del principio di legalità, nella parte in cui limitano la diagnosi genetica preimpianto al solo tipo osservazionale. Auspicava il ricorso, da parte della Corte costituzionale, dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953 e, quindi, della dichiarazione di illegittimità consequenziale che investisse anche il comma terzo dell'art. 6 della legge n. 40, F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita o procreazione medicalmente obbligata? Brevi note sulla sentenza della sezione III TAR Lazio n. 398 del 21 gennaio 2008*, in *Giur. cost.*, 2008, III, 2735 ss.

Tale rilievo, alla luce delle successive ordinanze di rimessione del Tribunale di Firenze, è stato "superato" e non si è potuto, quindi, verificare se la Corte avrebbe utilizzato quello strumento di cui non aveva fatto uso in occasione dell'ord. 369 del 2006. La prima ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze solleva questione di legittimità costituzionale sui commi primo e secondo dell'art. 14 e sul comma terzo dell'art. 6 per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., mentre la seconda anche sui commi terzo e quarto dell'art. 14. Queste due ordinanze di rimessione, sollevando la questione di legittimità costituzionale anche sul terzo comma dell'art. 6 della legge n. 40, hanno così offerto l'occasione - non colta - alla Corte costituzionale di emettere una decisione di accoglimento che "permetterebbe di riconsegnare il trattamento sanitario alle valutazioni del medico e alla dovuta ricerca del consenso informato della madre" (F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita o procreazione medicalmente obbligata?*, cit.).

Peraltro la questione di legittimità costituzionale sull'art. 6, comma terzo, è stata nuovamente sollevata da TRIB. FIRENZE, 7.12.2012, ord. di rimessione n. 166, in *G.U.* n. 29 del 17.7.2013.

⁴⁷ CORTE COST., sent. 8.5.2009, n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, III, 1656 ss. A commento della decisione, si vedano M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale*, cit., 214 ss.; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *www.giurcost.org*; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in *www.forumcostituzionale.it*; S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale*, in *www.forumcostituzionale.it*. E, ancora, E. DOLCINI, *Embrioni nel numero 'strettamente necessario': il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, II, 950 ss.

⁴⁸ Elenca tali argomenti D. SIMEOLI, *Nota a tribunale di Cagliari*, cit.

⁴⁹ G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto*, cit., 526. E, ancora, S. AGOSTA, *Dal mero restyling all'integrale riscrittura giurisprudenziale: più rassicurante e disteso il nuovo «volto» del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 8, in cui si afferma che la Corte costituzionale con questa decisione rende implicitamente possibile effettuare indagini genetiche preimpianto, poiché il numero strettamente necessario di embrioni che si possono creare si determina anche in funzione di queste ultime.

A fronte della caduta di questi rigidi limiti, la Corte costituzionale ridisegna l'assetto di equilibri tra diritti e interessi costituzionalmente rilevanti.

La tutela dell'embrione, infatti, non deve intendersi come assoluta, ma deve subire un bilanciamento non tanto e non solo in relazione alla tutela della salute della donna, ma rispetto alle esigenze della procreazione.

Tale lettura veniva già in rilievo dalla stessa disciplina che prevedeva un numero massimo di embrioni da creare. Si ammetteva, infatti, implicitamente che, destinandoli tutti a un unico e contemporaneo impianto, alcuni andassero perduti.

La necessità di questo bilanciamento tra tutela dell'embrione ed esigenze procreative ha come logico corollario la rivalutazione, e dunque la valorizzazione, del ruolo del medico. Solo a quest'ultimo spetta, infatti, la scelta in ordine alla migliore pratica medica per il caso concreto e, quindi, la scelta in ordine, oltre al numero strettamente necessario di embrioni da creare per un concreto e serio tentativo di ottenere una gravidanza⁵⁰, anche all'esecuzione della diagnosi genetica preimpianto.

Successivamente, a distanza di quasi un anno dalla sentenza n. 151, la Corte costituzionale si pronuncia su identiche questioni sollevate dal Tribunale di Milano⁵¹.

Dichiarando la manifesta inammissibilità delle stesse, il Giudice delle Leggi chiarisce ulteriormente la portata della propria precedente decisione.

In particolare, infatti, si sofferma sul rapporto tra il generale e assoluto divieto posto dal primo comma dell'art. 14 di ricorrere alla crioconservazione e l'eliminazione del limite di un massimo di tre embrioni producibili e dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto. Il venir meno di questi limiti, infatti, determina la restituzione in capo al medico del proprio ruolo fondamentale, poiché è chiamato a quantificare il numero di embrioni da produrre per ogni caso concreto e, conseguentemente, a decidere in merito alla possibilità di crioconservare quegli embrioni che, sempre per scelta medica, non sono destinati a un immediato impianto.

La Corte costituzionale con questa seconda pronuncia sulle medesime questioni ha così colto l'opportunità di chiarire lo stretto rapporto che lega il primo comma dell'art. 14 ai due successivi. Il divieto di crioconservazione degli embrioni rimane fermo, salva la possibilità ove se ne accertino i presupposti di ricorrervi in ragione del venir meno dei limiti posti ai commi secondo e terzo dell'art. 14. Queste due ultime disposizioni, infatti, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale non prevedono più il limite massimo di tre embrioni producibili, né la necessità di un loro contemporaneo impianto. Inoltre, è stata ampliata la nozione di pregiudizio per la salute della donna, fino a ricomprendervi qualunque tipo di nocimento, anche prevedibile al momento della fecondazione.

Anche con riferimento alla legittimità della diagnosi preimpianto, la Corte costituzionale pare chiarire ulteriormente e in modo più diretto la portata del proprio precedente.

Si riporta, infatti, in modo puntuale nella parte dell'ordinanza relativa alla ricostruzione del caso concreto, il presupposto interpretativo che aveva spinto i giudici *a quibus* a sollevare le questioni di legittimità costituzionale, ovvero la richiesta da parte dei ricorrenti della stessa diagnosi genetica preimpianto, che veniva ritenuta legittima.

In senso contrario, ritiene che, se pure la decisione dia un "segnale di apertura verso l'ammissibilità della diagnosi preimpianto", rimane il dubbio che la Corte costituzionale tacendo sul punto possa effettivamente legittimare la tecnica, "in quanto il fondamento di un'indagine così delicata non può ravvisarsi solo sulla base di mere argomentazioni interpretative *a contrario*", S. LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto*, cit.

⁵⁰ In questo senso anche CORTE EUR. DIR. UOMO, sent. 1.4.2010, (Ricorso n. 57813, 8.5.2000), in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, FrancoAngeli, Milano, 2012, dove la Corte Europea ha affermato l'importanza del ruolo del medico, che può scongiurare i rischi legati alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita e al pericolo di mercificazione della donna.

Prefigurava le conseguenze sulla figura del medico di una eventuale pronuncia della Corte costituzionale, a seguito dell'ordinanza di rimessione del TAR Lazio, con riguardo alla caduta dei limiti rigidi della disciplina e in particolare all'ammissione della diagnosi genetica preimpianto, F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita o procreazione medicalmente obbligata?*, cit., la quale sosteneva che, in tal modo, si sarebbero consentite le necessarie valutazioni tecniche e mediche da operare nei singoli casi concreti. Si sarebbe così passati, appunto, "da una procreazione medicalmente obbligata a una procreazione medicalmente assistita".

⁵¹ TRIB. MILANO, ordd. di rimessione 6.3.2010 e 10.3.2010, ined., decise da CORTE COST., ord. 12.3.2010, n. 97, in *Giur. cost.*, 2010, II, 1101 ss.

6. L'interpretazione conforme a Costituzione nella giurisprudenza successiva alla sentenza n. 151 del 2009 e il riconoscimento del diritto alla diagnosi genetica preimpianto anche per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche, che non possono accedere alla procreazione medicalmente assistita.

Successivamente alla pronuncia della Corte costituzionale, altri giudici comuni sono stati chiamati a decidere sulla questione di legittimità della diagnosi genetica preimpianto, seguendo l'orientamento espresso sia dai giudici che avevano individuato un'interpretazione costituzionalmente conforme, sia dal TAR del Lazio, sia, in modo implicito, dalla stessa Corte costituzionale.

Nella prima pronuncia in materia del Tribunale di Bologna⁵², si è preso atto che, in ragione del venir meno del divieto di diagnosi preimpianto e dell'obbligo di produrre non più di tre embrioni, possono essere ordinati in via d'urgenza la produzione di un minimo di sei embrioni, la diagnosi genetica preimpianto dei medesimi nonché il trasferimento di quelli non affetti dalla patologia diagnosticata alla coppia e la crioconservazione di quelli di cui non sia possibile l'immediato trasferimento.

Occorre sottolineare come nel caso sottoposto all'esame del Tribunale alla coppia, in cui la donna era affetta da una grave malattia geneticamente trasmissibile, fosse stato diagnosticato uno stato di infertilità. Per questo motivo, dunque, la coppia aveva potuto accedere alle tecniche di procreazione assistita e, quindi, anche alla diagnosi genetica preimpianto.

Successivamente il Tribunale di Bologna⁵³ con tre ordinanze gemelle ha riconosciuto il diritto alla diagnosi preimpianto in casi di malattie geneticamente trasmissibili e di traslocazione cromosomica, il diritto alla creazione di un numero di embrioni strettamente necessario e il diritto di crioconservare gli embrioni non impiantati per scelta del medico.

Sempre in relazione al riconoscimento del diritto di effettuare l'esame diagnostico e di trasferire in utero i soli embrioni sani o portatori sani delle patologie di cui erano affetti i membri della coppia ricorrente, occorre richiamare la decisione del Tribunale di Cagliari⁵⁴, che, nel riconoscere tali diritti alla coppia - cui era stata accertata una condizione di infertilità e i cui membri erano affetti da talassemia⁵⁵ - ha ricostruito tutta la giurisprudenza di merito, amministrativa e costituzionale sul punto, richiamando anche la decisione sul caso Costa e Pavan della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

In modo significativo il Tribunale di Cagliari si sofferma in particolare sul rapporto fra il consenso informato nell'ambito dei trattamenti sanitari e l'espletamento dell'esame diagnostico preimpianto, rilevando come il diritto all'informazione sullo stato di salute degli embrioni risulti "funzionale ad una procreazione libera e consapevole" e come "la diagnosi preimpianto abbia come scopo proprio quello di consentire alla donna una decisione informata e consapevole in ordine al trasferimento degli embrioni formati ovvero al rifiuto di detto trasferimento." Peraltro il Tribunale pone in stretto collegamento, prima di soffermarsi sulla portata della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, le disposizioni della legge n. 194 del 1978 che consentono l'interruzione volontaria di gravidanza in presenza di determinate condizioni con il dovere di informazione che ricade sul medico, "funzionale all'accertamento della sussistenza di un serio pericolo per la salute psico fisica della donna, quale effetto della condizione patologica del concepito."

Anche il Tribunale di Salerno ha riconosciuto il diritto di effettuare la diagnosi genetica preimpianto, ma tale decisione - rimasta peraltro isolata - risulta ancora più significativa in ragione del fatto che alla cop-

⁵² TRIB. BOLOGNA, sez. I, ord. 20.06.2009, in *Giur. mer.*, 2009, XII, 3000 ss., con nota di G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. mer.*, 2009, XII, 3002 ss., che riconduce i contrasti della disciplina a quello che costituisce il "presupposto della legge stessa, a sua volta fortemente contestato in ambito scientifico prima ancora che giuridico: il riconoscimento della soggettività dell'embrione, espresso in termini inequivocabili dall'art. 1 comma 1 (costituente oltretutto una assoluta novità per il nostro ordinamento, che fino ad ora ha riconosciuto diritti al nascituro solo in ipotesi eccezionali, subordinate all'evento della nascita)".

⁵³ TRIB. BOLOGNA, ord. 19.07.2010, ined.

⁵⁴ TRIB. CATANIA, ord. 9.11.2012, in *Giur. mer.*, 2013, V, 1020 ss., a commento della quale si veda A. VERRI, *Il tribunale di Cagliari riconosce per la prima volta il 'diritto' di accesso alla diagnosi genetica preimpianto ad una coppia talassemica*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁵ Pur tenendo conto del fatto che anche in questo caso la coppia era infertile, ma dando rilevanza al tipo di malattia di cui i membri della coppia erano affetti, si può ricordare come TRIB. CATANIA, ord. 3.5.2004, cit., avesse sottolineato nella propria decisione come "una coppia di persone fertili portatrici di talassemia non può fare ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per selezionare gli embrioni da trasferire nell'utero."

pia ricorrente non era stato diagnosticato uno stato di infertilità o sterilità, tale da legittimare l'accesso alle tecniche di procreazione assistita⁵⁶.

Il Tribunale era stato investito di un ricorso in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c. da parte di una coppia portatrice di una grave malattia genetica (già peraltro trasmessa in precedenti gravidanze) che si era rivolta a un centro medico per poter accedere alle tecniche assistite e, dunque, alla diagnosi genetica preimpianto e che si era vista negata tale possibilità in ragione della mancanza della condizione di sterilità e infertilità richiesta dalla legge n. 40 (art. 4)⁵⁷.

Il giudice, dopo aver ricordato come la diagnosi preimpianto sia una normale forma di monitoraggio al pari di quella prenatale per poter conoscere lo stato di salute dell'embrione, ha richiamato la sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale.

Se pure si è riconosciuto come non si sia fatto alcun esplicito riferimento alla diagnosi preimpianto, tuttavia il Tribunale ha sottolineato come nella disciplina che deriva dall'intervento della Corte costituzionale la salute della donna rivesta una posizione dominante, dovendosi individuare un giusto bilanciamento tra embrione e esigenze procreative e non essendo, quindi, assoluta la tutela del primo.

Il giudice nel motivare la decisione che ammette la coppia fertile alle tecniche assistite ha svolto un importante confronto tra la situazione della donna che decide di interrompere la gravidanza in ragione della malattia del feto e quella della donna che può conoscere lo stato di salute del feto in un momento precedente al trasferimento in utero.

L'irragionevolezza dell'esclusione da questo tipo di controllo sullo stato di salute dell'embrione risiederebbe, dunque, nel fatto che in tal modo si costringerebbe la donna all'impianto di un embrione malato, per poi garantirle, in ragione della legge n. 194 del 1978, la possibilità di ricorrere all'aborto.

Il Tribunale di Salerno non si è limitato però all'individuazione di questo profilo irragionevole.

Il giudice, infatti, è arrivato a sostenere l'esistenza di un diritto soggettivo della donna al figlio sano. Tale diritto andrebbe ricompreso tra quelli inviolabili della donna, così come ogni scelta consapevole inerente alla procreazione, da ricondursi nell'ambito di tutela apprestata dall'art. 2 Cost. In particolare, il Tribunale di Salerno ha ritenuto che "il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative fa parte dei diritti fondamentali e personalissimi di entrambi i genitori congiuntamente, in maniera da garantire la pariteticità della tutela alla libera ed informata autodeterminazione di procreare tanto della madre che del padre."

Anche la figura del padre viene presa, quindi, in considerazione e si vede riconosciuta una pari titolarità nel diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative.

Il Tribunale di Salerno, quindi, ha chiarito che "Il diritto a procreare e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti verrebbero irrimediabilmente lesi da una interpretazione delle norme in esame che impedissero il ricorso alle tecniche di pma da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie". La sola tecnica che scongiuri un simile rischio è la diagnosi preimpianto, che, dunque, è in grado di soddisfare il diritto di essere informati della coppia.

La decisione di merito, se pure può risultare condivisibile sul piano della ricaduta pratica che essa dispiega nel caso concreto, non pare aver risolto il problema di fondo, ovvero il superamento della chiara lettera della legge che consente l'accesso alla procreazione assistita alle coppie cui venga diagnosticata una condizione di sterilità o infertilità⁵⁸.

⁵⁶ TRIB. SALERNO, ord. 9.1.2010, n. 191, in *Giur. merito*, 2010, 1289 ss. Per una ricostruzione delle posizioni espresse in dottrina in un momento antecedente rispetto alle decisioni dei Tribunali di Cagliari e Firenze, nonché della Corte costituzionale del 2009, si veda A. PORRACCILO, *Superato il vincolo disposto dalla legge della necessaria sterilità dei richiedenti*, in *Guida al dir.*, 2010, IX, 68 s.

⁵⁷ Si deve rilevare come le Linee guida ministeriali del 2008 abbiano introdotto una deroga al divieto di accesso alle tecniche assistite per le coppie non sterili e non infertili. Il provvedimento, infatti, ha previsto la possibilità di accesso alle tecniche anche alla coppia nella quale l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da virus di HIV e delle epatiti B e C.

⁵⁸ Ricostruisce puntualmente le diverse soluzioni che il Tribunale di Salerno avrebbe potuto adottare nel caso sottoposto al suo esame, C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in *www.costituzionalismo.it*, che individua come "via maggiormente raccomandabile" quella di giungere a una dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di accesso alle tecniche di procreazione assistita e dunque anche alla diagnosi preimpianto; quale "via più aerea ma non impossibile" il raggiungimento di un'interpretazione estensiva della nozione di infertilità tale da ricomprendere anche la situazione delle coppie fertili portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili; quale via non auspicabile quella che aggira il divieto facendo riferimento alla nozione di infertilità inspiegata, che si fonda sulle sole dichiarazioni della coppia; infine, la via che non sembra percorribile, ma che è stata scelta dal Tribunale, il riconoscimento diretto del diritto ad accedere alle tecniche assistite e, dunque, alla diagnosi preimpianto anche per le coppie né sterili né infertili.

In questo stesso senso si è espresso A. PORRACCILO, *Superato il vincolo disposto dalla legge*, cit., 70, che ritiene che se un medesimo caso si dovesse ripresentare al giudizio di un Tribunale, sarebbe necessario tentare di ottenere una pronuncia della Corte costituzionale, non potendosi pervenire a una interpretazione costituzionalmente conforme.

Se quindi si deve escludere la possibilità di pervenire a una simile interpretazione costituzionalmente conforme, che arriva a superare la legge, sembra auspicabile un intervento specifico del legislatore o della Corte costituzionale⁵⁹, anche considerando, come si vedrà oltre, che la relativa questione di legittimità costituzionale è stata sollevata.

A fronte del divieto per le coppie fertili e non sterili, se pure portatrici di gravi malattie genetiche, di accedere alla diagnosi genetica preimpianto, considerando che le nuove Linee guida del 2008 permettono l'accesso alle tecniche assistite quando un membro della coppia sia portatore di gravi malattie virali trasmissibili⁶⁰, occorre anche considerare come sia stato immaginato di pervenire a una estensione in via analogica rispetto ad altre patologie, ritenendo che quelle indicate dalle Linee guida fossero elencate solo a titolo esemplificativo⁶¹.

7. La diagnosi genetica preimpianto per le diverse categorie di coppie (fertili e sterili o infertili e non sterili, portatrici di gravi malattie) fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40, diretta esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e questioni di legittimità costituzionale. Osservazioni conclusive.

A partire dalle considerazioni che si sono svolte in relazione al riconoscimento o meno della possibilità di effettuare la diagnosi genetica preimpianto sia per le coppie che possono accedere alla procreazione medicalmente assistita sia per quelle che non possono accedervi in quanto né sterili né infertili (ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili) e considerando le successive decisioni da una lato della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Costa e Pavan contro l'Italia e dall'altro lato del Tribunale di Roma (rese in due diversi giudizi), è possibile svolgere ulteriori riflessioni che riguardano, specificamente, il rapporto fra giudici e Corti, che, chiamati a dare applicazione alle disposizioni della legge n. 40 o a valutare la compatibilità di queste rispetto alla Costituzione o alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, sono già pervenuti (o possono ancora pervenire) a soluzioni anche contrapposte.

7.1. La diagnosi genetica preimpianto per le coppie infertili e sterili: l'interpretazione costituzionalmente conforme.

Come si è detto, l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie che possono accedere alle tecniche di procreazione assistita può ormai ritenersi legittimo a seguito degli interventi della giurisprudenza di merito, amministrativa e costituzionale, che sono pervenuti a una lettura costituzionalmente conforme delle disposizioni⁶².

Prima di queste decisioni, se da un lato si riteneva che non si potesse indagare lo stato di salute degli embrioni per poi selezionare quelli sani da impiantare, dall'altro lato restava ferma la possibilità per la

⁵⁹ In questo stesso senso, ritiene non "ragionevolmente percorribile la strada che attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni consenta anche a coppie non sterili o infertili di accedere alle tecniche di PMA" G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Cedam, Padova, 2012.

⁶⁰ Si veda la nota n. 57. A questo proposito, si richiama G. FERRANDO, *Le diagnosi preimpianto*, cit., che in merito all'estensione a tali categorie di coppie della possibilità di accedere alla procreazione assistita significativamente osserva che "Muovendo dall'assunto per cui anche nel caso di coppie che presentano problemi di questa natura vi sarebbe un impedimento non altrimenti rimuovibile alla procreazione per via naturale, le Linee Guida ampliano le regole sull'accesso rigidamente definite dall'art. 4, non senza far sorgere il dubbio che un tale risultato sia correttamente perseguibile per via regolamentare."

⁶¹ In questo senso V. SANTARSIERE, *Procreazione medicalmente assistita per assecondare l'istinto genitoriale delle coppie mulate non sterili*, in *Giur. merito*, V, 2010, 1292 ss.

Anche G. FERRANDO, *Le diagnosi preimpianto*, cit., si sofferma sulla possibile interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 4 della legge n. 40, che "dia una lettura aggiornata della nozione di «coppia sterile o infertile» tale da comprendere tutte quelle per le quali la procreazione per vie naturali è preclusa dal rischio di trasmettere al figlio una grave malattia genetica", facendo riferimento alle Linee guida del 2008.

Si veda, inoltre, A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 in esecuzione di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in www.penalecontemporaneo.it, laddove si suggerisce una estensione della nozione di infertilità, anche riferendosi alle Linee guida del 2008, e si sottolinea come lo stesso divieto di accedere alle tecniche assistite per le coppie né sterili né infertili sia comunque "aggirabile nei fatti", poiché la coppia può autocertificare tale condizione.

Occorre rilevare come nel 2011 fosse stata preannunciata da parte dell'allora sottosegretario al Ministero della Salute E. Roccella l'adozione di nuove Linee guida ministeriali in materia, tese a vietare gli esami diagnostici preimpianto.

⁶² In senso contrario si veda, ancora, S. LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto*, cit., che auspica un intervento espresso sul punto, nel senso della ammissibilità della diagnosi, del legislatore o della Corte costituzionale.

donna, costretta all'impianto anche degli embrioni malati, di ricorrere all'interruzione della gravidanza, come previsto dalla stessa legge n. 40 del 2004⁶³.

In tal modo, oltre a una compromissione della salute sia fisica sia psichica della donna, sottoposta prima all'intervento di impianto degli embrioni e poi all'intervento interruttivo della gravidanza, si attuava una differenziazione nel grado di tutela tra il feto e l'embrione. Si accordava, infatti, una maggiore, perché assoluta, tutela a quest'ultimo, laddove neanche impiantato in utero, rispetto al feto, che poteva essere soppresso a seguito dell'interruzione della gravidanza, pur essendo a uno stadio di sviluppo e crescita sicuramente più avanzato⁶⁴.

La tutela dell'embrione, quindi, non risultava comunque garantita, come peraltro ha riconosciuto espressamente la Corte costituzionale con la sentenza n. 151 del 2009, rilevando che la legge pone "un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione."

7.2. La diagnosi genetica preimpianto per le coppie né infertili né sterili: interpretazione costituzionalmente conforme, disapplicazione della legge n. 40 e diretta esecuzione della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Con riguardo alla questione relativa alla legittimità dell'accesso al medesimo esame diagnostico per le coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili che non sono né sterili né infertili e che per questo non possono accedere alle tecniche di procreazione assistita, come si è visto, il Tribunale di Salerno nel 2010 è pervenuto a una discutibile interpretazione costituzionalmente conforme, riconoscendo direttamente tale diritto in capo alla coppia ricorrente.

Successivamente, la questione è stata oggetto di una decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nei confronti dell'Italia (Costa e Pavan c. Italia, 2012).

In particolare, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo da parte dell'Italia, in considerazione della incoerenza dell'ordinamento italiano, che consente la diagnosi prenatale e, a determinate condizioni, l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, mentre non permette di accedere alla diagnosi genetica preimpianto in presenza di quelle medesime condizioni, con conseguente impossibilità di rifiutare l'impianto dell'embrione malato⁶⁵.

⁶³ In particolare, l'art. 14 della legge n. 40 prevede che "È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194" e che "Ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194."

⁶⁴ In questo senso C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi*, cit., che osserva come in tale modo si verifichi "l'esito paradossale e irrazionale che l'ordinamento finisce per tutelare in modo differente e intermittente la medesima posizione soggettiva – il concepito – garantendo in modo più forte lo stadio più remoto rispetto alla nascita". Si sottolinea, inoltre, come ciò comporti un sacrificio oltre che per la salute della donna, poi costretta a sottoporsi all'interruzione di gravidanza, anche per il ruolo del medico a cui viene impedito di adottare le scelte che ritiene più opportune per il caso concreto.

Si è osservato come il divieto di effettuare indagini in un momento precedente rispetto all'impianto avrebbe potuto impedire anche l'applicazione di trattamenti che si sarebbero potuti rivelare necessari, quali trattamenti salvavita. Compie questa osservazione G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale*, cit., che sottolinea il contrasto, almeno potenziale, tra le due discipline, posto che l'impossibilità di effettuare la diagnosi genetica preimpianto, con il successivo obbligo di impiantare tutti gli embrioni, nonché l'irrevocabilità del consenso al trasferimento, non impediscono di ricorrere, successivamente a quest'ultimo, all'interruzione della gravidanza, per le medesime ragioni che motivavano il ricorso alla diagnosi stessa. In particolare, l'A. rileva come la legge n. 40 introdurrebbe "una sorta di «doppio regime»", prevedendo l'obbligo di impianto degli embrioni malati e facendo salva la possibilità di abortire. In questo modo "resta del tutto irragionevole riconoscere rilevanza allo stato di salute psichica della madre, dopo l'impianto dell'embrione nell'utero, al punto di consentirle l'aborto, e negarlo invece prima (atteso che la prospettiva dell'impianto di un embrione che può essere portatore di patologie è circostanza che certo altera la salute, in primo luogo psichica, della donna)".

Si vedano anche le riflessioni di G. FERRANDO, *Le diagnosi preimpianto*, cit., che, richiamando le condizioni e i limiti dettati dalla legge n. 194 del 1978 agli artt. 4 e 6 e sottolineandone la diversità, rileva come la stessa legge, "nel bilanciare diritto alla salute della donna e diritto alla vita del concepito, segue un principio di gradualità, assicurando al concepito una protezione via via più intensa con il progredire delle fasi del suo sviluppo, rendendo sempre più stringenti le condizioni in base alle quali l'IVG è ammessa, fino ad imporre al medico di preservarne la vita nel caso in cui il feto abbia la possibilità di vita autonoma."

⁶⁵ Rileva come il divieto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita, e in particolare alla diagnosi genetica preimpianto, per le coppie né infertili né sterili, ma portatrici di gravi malattie genetiche, che prima del 2004 invece potevano ricorrere alla diagnosi

Si è, infatti, rilevato come “in materia, il sistema legislativo italiano manca di coerenza. Da un lato, esso vieta l’impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall’altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia” (§ 64). A fronte di questo quadro normativo, “l’unica possibilità offerta ai ricorrenti è iniziare una gravidanza secondo natura e procedere a interruzioni mediche della gravidanza qualora l’esame prenatale dovesse rivelare che il feto è malato” (§ 65).

A fronte di questa decisione, occorre segnalare, per le rilevanti problematiche sul piano costituzionale che ne derivano, che il Tribunale di Roma⁶⁶, cui aveva fatto ricorso la medesima coppia che si era rivolta alla Corte Europea, ha riconosciuto il diritto di sottoporsi al procedimento di procreazione assistita con trasferimento in utero dei soli embrioni sani o portatori sani della malattia genetica di cui è portatrice la stessa coppia e, quindi, a seguito di esame diagnostico preimpianto.

Il Tribunale di Roma ha provveduto a disapplicare direttamente l’art. 4 della legge n. 40, tenendo conto di quanto stabilito dalla Corte Europea e ritenendo ormai superato il divieto di diagnosi preimpianto attraverso una lettura costituzionalmente orientata.

Il giudice, quindi, sulla base di queste considerazioni ha ritenuto di poter superare il divieto, stabilito chiaramente dalla legge, di accesso alla procreazione medicalmente assistita per la categoria di coppie che non sono né sterili né infertili.

In particolare, il Tribunale si limita a rilevare che è “proprio il divieto di accesso alla PMA per le coppie fertili e al contempo trasmettitori di gravi malattie ereditarie a porsi in assoluta dissonanza con il diritto alla salute consacrato nella carta Fondamentale tra i diritti assoluti (art. 32 Cost.), non essendosi il legislatore del 2004 fatto carico di prendere in esame quello stesso ‘pericolo per la salute psico-fisica della donna’ che pure quasi 30 anni addietro aveva ritenuto, con la legge 194/1978, causa legittimamente l’interruzione della gravidanza che, ove eseguita oltre i 90 giorni, così come è previsto nelle ipotesi di anomalie o malformazioni del nascituro, non è neppure più tecnicamente configurabile come ‘aborto’ realizzandosi invece attraverso un vero e proprio intervento chirurgico.”

Se pure, ancora una volta, si possa condividere l’esito cui è pervenuto il giudice nell’accordare diretta tutela alla coppia ricorrente quanto al merito, in relazione al caso concreto⁶⁷, si deve necessariamente rilevare come si sia proceduto a una diretta disapplicazione della legge n. 40, in particolare di quelle disposizioni che limitano l’accesso alla procreazione assistita alle sole coppie per le quali sia stata accertata una

per poter impiantare i soli embrioni sani, “con ciò evitando il dramma dell’aborto terapeutico nel caso in cui la malattia del feto fosse accertata attraverso diagnosi prenatale in corso di gravidanza”, desti serie perplessità costituzionali C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi*, cit.

Sottolinea in modo significativo che la Corte Europea ha chiarito “che il diritto che i ricorrenti fanno valere non è quello «ad avere un figlio sano», come sostenuto dal governo, ma è invece il diritto di accedere alla PMA e quindi alle DPI, al fine di generare un figlio che non abbia la specifica malattia di cui sono affetti i genitori, impregiudicata restando l’eventualità che nasca con altre malattie congenite o derivanti da complicanze della gravidanza o del parto”, G. FERRANDO, *Le diagnosi preimpianto*, cit.

⁶⁶ TRIB. ROMA, ord. 23.9.2013, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia?*, cit. Si veda A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà ‘seguito’ a Corte EDU Costa e Pavan)*, in www.giurcost.org, con osservazioni in merito alla applicazione diretta della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Sempre su questo aspetto, si veda ancora A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento ‘intercostituzionale’*, in *Rivista AIC*, 4 s., che nell’elencare i casi di applicazione diretta della Convenzione Europea cita espressamente la decisione del Tribunale di Roma, riconducibile ai casi di “acclarata violazione della Convenzione da parte di norma di legge tuttavia non (ancora) rimossa a seguito e per effetto della pronuncia della Corte europea; dopo di che – quanto meno alle parti attivatesi per ottenere giustizia a Strasburgo (ma, a mia opinione, anche a terzi...) – non dovrebbe applicarsi la norma interna illegittima bensì, in modo diretto ed esclusivo, la norma convenzionale”, e, da ultimo, “Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all’adesione dell’Unione alla CEDU e all’entrata in vigore del Prot. 16)”, *ivi*.

Peraltro anche la decisione del TRIB. CAGLIARI, ord. 9.11.2012, cit., richiamando la decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, si sofferma sugli effetti della decisione nell’ordinamento interno.

⁶⁷ In questi stessi termini si esprime anche A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia?*, cit., laddove afferma come si tratti di “Un esito, ribadiamo, apprezzabile nelle sue implicazioni sostanziali e contingenti, perché è difficile dubitare che, in quella vicenda specifica (e sulla vicenda specifica si concentra, per vocazione istituzionale, l’attenzione sia della Corte EDU, sia del Tribunale di Roma), si materializzasse marcatamente il denunciato vizio di irragionevolezza, versando gli interessati in una condizione, e provenendo da un’esperienza, che al di là d’ogni ragionevole dubbio li avrebbe legittimati a ricorrere (di nuovo) all’aborto in caso di trasmissione dell’anomalia genetica al feto (con conseguente, immaginabile turbamento psichico di una madre già gravemente provata)”, *ivi*, 8. Lo stesso A. rileva subito dopo come “Se, tuttavia, proviamo a spostare l’attenzione dalla destinazione all’itinerario attraverso il quale a quella destinazione si è pervenuti, la questione si complica più di un po’”, *ivi*, 9.

condizione di sterilità o infertilità non altrimenti risolvibile⁶⁸, sulla base delle indicazioni provenienti dalla decisione della Corte Europea.

Il giudice di merito, invece, condividendo l'impostazione della decisione di quest'ultima e rilevando, quindi, un contrasto tra le previsioni normative di cui era chiamato a fare applicazione e le disposizioni costituzionali (sia l'art. 117 Cost., sia ulteriori parametri costituzionali), avrebbe dovuto sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale⁶⁹.

In particolare, occorre rilevare come nel nostro ordinamento non sia possibile applicare direttamente la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁷⁰, con conseguente disapplicazione della norma interna ritenuta con essa contrastante⁷¹. Non è ancora intervenuta, infatti, la formale adesione⁷² alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e con essa, quindi, la sua "comunitarizzazione"⁷³. In questo senso la giurisprudenza della Corte costituzionale è costante, a partire dalle note sentenze nn. 348 e 349 del 2007⁷⁴, sebbene nella giurisprudenza amministrativa vi siano state alcune decisioni di segno opposto⁷⁵.

⁶⁸ Si vedano ancora a questo proposito le osservazioni critiche di A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia?*, cit., 11, laddove rileva che il Tribunale di Roma si è discostato dalle indicazioni della Corte costituzionale pur facendo espresso riferimento alla sua giurisprudenza, "procedendo dichiaratamente a disapplicare l'art. 4 della legge 40/2004, senza neppure tentare di presentare la propria soluzione *sub specie* di interpretazione convenzionalmente conforme [...] o valorizzando profili del caso concreto che avrebbero, forse, reso sufficiente allo scopo l'interpretazione estensiva del concetto di infertilità".

⁶⁹ Si rinvia ancora a A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia?*, cit., e si richiamano, sempre in materia di legittimità della diagnosi genetica preimpianto, le già citate e discusse decisioni con cui si è superata la lettera della norma, in ragione, questa volta, di una interpretazione costituzionalmente conforme. Ci si riferisce in particolare a TRIB. CAGLIARI, sent. 24.9.2007, cit. (e anche TRIB. FIRENZE, sent. 17.12.2007, cit.), che, disapplicando direttamente le Linee guida ministeriali del 2004, ha riconosciuto direttamente in capo alla coppia ricorrente il diritto di effettuare la diagnosi genetica preimpianto ed è stata criticata non tanto per il suo punto di arrivo, quanto per il percorso argomentativo relativo all'interpretazione conforme a Costituzione da parte di I. PELLIZZONE, *Fecondazione assistita e interpretazione costituzionalmente conforme*, cit., che ha osservato come questa interpretazione "non conferisca ai giudici il potere di decidere sovrapponendo loro valutazioni di 'giustizia', avvertite nel caso concreto, alle scelte operate dal legislatore"; e a TRIB. SALERNO, ord. 9.1.2010, n. 191, cit., in cui si è esteso il diritto di effettuare la diagnosi genetica preimpianto anche alle coppie non ammesse ad accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

⁷⁰ Ritiene che i principi espressi in CORTE COST., sentt. 24.10.2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 3475 ss., e n. 349, *ivi*, 3535 ss., non possano essere messi in discussione se non forse a seguito dell'adesione dell'Unione alla CEDU, mediante la sua ratifica, S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU*, in *Rivista AIC*.

A commento di tali pronunce si vedano, inoltre, A. RUGGERI, "La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologica-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)", in *www.forumcostituzionale.it*; M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.; e A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, *ivi*, 3574 ss.

Si confrontino, inoltre, CORTE COST., sent. 27.2.2008, n. 39, in *Giur. cost.*, 2008, 408 ss.; sent. 24.7.2009, n. 239, *ivi*, 2009, 3004 ss., con nota di A. SCARCELLA, *Confisca dei terreni e delle aree abusivamente lottizzate e potere-dovere interpretativo del giudice: considerazioni a margine della sent. n. 239 del 2009 della Corte costituzionale*, *ivi*, 3015 ss.; sent. 26.11.2009, n. 311, *ivi*, 2009, 4657 ss., con commento di M. MASSA, *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, *ivi*, 4679 ss.; e sent. 4.12.2009, n. 317, *ivi*, 2009, 4747 ss., con nota di F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il «margine di apprezzamento» statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, *ivi*, 4772 ss.

Si veda, inoltre, la sent. 12.3.2010, n. 93, in *Giur. cost.*, 2010, 1053 ss., con note di A. GAITO – S. FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, *ivi*, 1065 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU*, in *www.forumcostituzionale.it*.

Da ultimo, si veda la sent. 11.3.2011, n. 80, definita "Un'autentica *summa* del pensiero della Corte in tema di rapporti interordinamentali" da A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in *www.forumcostituzionale.it*.

⁷¹ Per una ricostruzione dei primi casi di disapplicazione da parte dei giudici comuni, si veda V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padova, 2008, 307 ss.

⁷² Sul punto si veda V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *www.forumcostituzionale.it*. Si veda, inoltre, P. BILANCIA - M. D'AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2009.

⁷³ Sottolinea come solo con l'adesione dell'Unione europea alla CEDU quest'ultima entrerà a fare parte del diritto comunitario e come, quindi, eventuali conflitti tra le norme interne e quelle convenzionali potranno essere risolti come quelli tra le prime e le disposizioni comunitarie S. CATALANO, *Trattato di Lisbona e 'adesione' alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in P. BILANCIA - M. D'AMICO, *La nuova Europa*, cit., 241 s.

⁷⁴ CORTE COST., sentt. 24.10.2007, nn. 348 e 349, cit., su cui, in generale, si veda R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Giappichelli, Torino, 2007. Si vedano le osservazioni critiche di A. RUGGERI, *Spunti*, cit., 12, laddove ritiene che "tanto l'applicazione diretta della Convenzione quanto l'estensione della cerchia degli effetti prodotti dalle decisioni della Corte che ne è istituzionalmente garante prenderanno sempre di più piede nelle pratiche giudiziali di diritto interno" e che "lo stesso giudice delle leggi, il cui orientamento di 'chiusura' nei riguardi dell'applicazione diretta parrebbe restare fermo e saldo sulle basi concettuali edificate con le sentenze 'gemelle' del 2007, andrà col tempo a ritagliare spazi di una certa consistenza a beneficio dell'applicazione stessa".

⁷⁵ Si vedano TAR LAZIO, sez. II, sent. 18.5.2010, n. 11984, cit., e CONS. STATO, IV sez., sent. 2.3.2010, n. 1220, cit.

Pur a fronte di questo diretto riconoscimento del diritto di accedere alla diagnosi genetica preimpianto, in considerazione della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non si può non considerare che una tale operazione interpretativa non solo ha determinato un criticabile superamento della lettera della legge n. 40, ma ha anche impedito, con modalità altrettanto discutibili, che la relativa questione venisse sottoposta al giudizio della Corte costituzionale.

7.3. (Segue): in attesa del giudizio di legittimità costituzionale.

In relazione a questo ultimo profilo, si deve peraltro considerare che la questione è stata sollevata dal Tribunale di Roma, nell'ambito di un altro giudizio, e sulla relativa ordinanza occorre, necessariamente, soffermarsi⁷⁶.

La coppia ricorrente⁷⁷ chiedeva al Tribunale di ordinare al centro medico di consentire l'accesso alle tecniche di procreazione assistita e di effettuare la diagnosi genetica preimpianto, provvedendo a disapplicare l'art. 4, comma primo, della legge n. 40, in quanto ritenuta contrastante con gli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. In via subordinata, la coppia chiedeva che venisse sollevata questione di legittimità costituzionale sugli artt. 1, commi primo e secondo, e 4, comma primo, della legge n. 40.

Il Tribunale ha condiviso tale prospettazione, in considerazione del fatto che l'esame diagnostico preimpianto richiesto è funzionale all'esercizio del diritto all'autodeterminazione nelle scelte procreative. Inoltre, il divieto comporta la lesione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza, oltre che del diritto alla salute delle stesse coppie costrette a ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza.

In modo significativo il Tribunale – dopo aver ricostruito il percorso giurisprudenziale che ha condotto a ritenere attraverso una interpretazione costituzionalmente conforme legittimo il ricorso alla diagnosi preimpianto per le coppie che possono accedere alla procreazione assistita e dopo aver richiamato le decisioni relative alle coppie che invece non possono accedervi in ragione della propria condizione di non sterilità o infertilità – ha affrontato la questione relativa all'alternativa posta fra la disapplicazione diretta della legge e la necessità di sollevare questione di legittimità costituzionale.

Quanto alla prima ipotesi, il Tribunale ha mostrato di non condividere l'impostazione avanzata dai ricorrenti circa l'avvenuta comunitarizzazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che legittimerebbe la disapplicazione diretta delle norme interne contrastanti con il Trattato stesso.

Inoltre, il giudice ha ritenuto che non sia neanche possibile pervenire a una interpretazione costituzionalmente conforme degli artt. 1, commi primo e secondo, e 4, comma primo, della legge n. 40, in ragione del fatto che si è "in presenza di una limitazione espressa del ricorso alla P.M.A. contenuta in due articoli (1 e 4) della legge 40/2004, che rende difficile estendere, per via interpretativa, il ricorso alle tecniche anche alle coppie fertili ma portatrici di patologie geneticamente trasmissibili [...]. La interpretazione estensiva non è consentita dalla chiara lettera della legge e dall'utilizzo di espressioni che rendono palese la volontà di limitare, come il verbo 'circoscrivere'. Far discendere una interpretazione estensiva in ordine ai soggetti che possono accedere alla PMA, inserendovi anche le coppie fertili, dalla lettura costituzionalmente orientata della diagnosi preimpianto appare un'operazione logica ardata, atteso che se è vero che l'accesso alle tecniche è presupposto logico e funzionalmente connesso alla diagnosi, è tuttavia vero che la questione della ammissibilità della diagnosi preimpianto si pone a prescindere dal limite di accesso, potendo coinvolgere anche coppie sterili o infertili."

Si deve, peraltro, richiamare la riflessione svolta dal Tribunale di Roma relativa alla previsione delle Linee guida del 2008, che consente l'accesso alla procreazione assistita anche alle coppie il cui membro maschile sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili. Se la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo aveva ritenuto non sussistente la prospettata discriminazione fra coppie di questo tipo e coppie né sterili né infertili, ma pur sempre portatrici di malattie geneticamente trasmissibili in ragione del fatto che "Le tecniche della procreazione assistita sarebbero utilizzate [...] solo per depurare lo sperma dalla componente infettiva" (§73)⁷⁸, il Tribunale di Roma ha ritenuto ugualmente che non vi fossero profili di irragionevolezza, ma in ra-

⁷⁶ TRIB. ROMA, 14.1.2014, ord. di rimessione, ined.

⁷⁷ La coppia ricorrente è fertile e non sterile. In ragione della malattia (distrofia muscolare) da cui era risultato affetto il feto a seguito degli esami prenatali effettuati e di cui è portatrice sana la donna, quest'ultima aveva interrotto la gravidanza.

⁷⁸ La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non ha, infatti, accolto la censura prospettata dalla coppia ricorrente in relazione all'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che riguardava l'asserita discriminazione rispetto alle coppie né sterili né infertili che possono accedere alla procreazione assistita quando l'uomo è portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili, come prevedono le Linee guida del 2008. Ad avviso della Corte Europea, infatti, non risulta irragionevole il trattamento differenziato, in consi-

gione del fatto che “Appare evidente che le linee guida sono il frutto della equiparazione tra cause impeditive della procreazione dovute a infertilità o sterilità e cause che, di fatto, risultano impeditive della procreazione, in quanto precludono il rapporto sessuale a causa dell’elevatissimo rischio di contagio della donna.” Il Tribunale, quindi, ha giustificato l’ammissione alle tecniche assistite per questa categoria di coppie sulla base del fatto che a differenza delle coppie portatrici di altre malattie geneticamente trasmissibili vi è il rischio di contagio fra i membri della coppia.

Quanto alla non manifesta infondatezza della questione, se da un lato si può osservare criticamente come il Tribunale abbia dato per scontato che esistano nel nostro ordinamento un vero e proprio diritto al figlio sano, il diritto all’autodeterminazione nelle scelte procreative e il diritto a procreare⁷⁹, limitandosi a ricondurli nell’ambito dei diritti fondamentali dell’uomo, dall’altro lato risulta maggiormente argomentata la ritenuta irragionevolezza e incoerenza del divieto in relazione alla disciplina della interruzione volontaria di gravidanza, nei sensi di cui si è già detto.

Per questi motivi il giudice *a quo* ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 2, 3, 32 e 117 Cost., collegando quest’ultimo parametro alla decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo relativa al caso Costa e Pavan.

Il giudice remittente ha quindi deciso, in modo condivisibile, di non aderire all’impostazione che aveva condotto il Tribunale di Salerno a riconoscere direttamente il diritto di accesso alle tecniche attraverso una interpretazione costituzionalmente conforme e che aveva indotto il Tribunale di Roma a una diretta disapplicazione della legge n. 40 in ragione dell’intervenuta decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, riportando correttamente la relativa questione nell’alveo del controllo di legittimità costituzionale.

Tale opzione, peraltro, consente di garantire qualunque sia l’esito del giudizio costituzionale (ad esclusione di una declaratoria di manifesta inammissibilità per vizi dell’ordinanza di rimessione e ferme restando le problematichità derivanti da una decisione nel senso dell’infondatezza della questione, che lascerebbe permanere un contrasto rispetto a quanto statuito dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo) una omogeneità nell’applicazione di una legge, quale quella che regola le tecniche di procreazione medicalmente assistita, particolarmente delicata in ragione delle rilevanti conseguenze e degli effetti che si dispiegano sulla effettiva garanzia dei diritti dei soggetti coinvolti.

Con particolare riferimento all’ipotesi in cui la Corte costituzionale dovesse accogliere la questione, occorre sottolineare come non vi sarebbe alcun rischio di accesso indiscriminato e incontrollato alle tecniche assistite e, dunque, alla diagnosi genetica preimpianto da parte di tutte le coppie né sterili né infertili. Infatti, l’eliminazione del divieto consentirebbe tale accesso solo alle coppie portatrici di gravi malattie genetiche, rispetto alle quali dunque sia intervenuto un effettivo accertamento medico. Al contrario, si ricordi come attualmente possono accedere alle tecniche assistite anche coppie la cui condizione di infertilità o sterilità può non essere affatto accertata con un controllo medico.

In attesa, dunque, della decisione della Corte costituzionale, si può da ultimo osservare come questo complessivo susseguirsi di interventi giurisprudenziali, a diverso livello, avrebbe già potuto e potrebbe ancora costituire occasione per il legislatore per procedere a un ripensamento della disciplina di questo particolare aspetto, in particolare per “individuare condizioni e modalità di esercizio del diritto all’autodeterminazione in questi specifici casi. L’arricchirsi e il raffinarsi delle tecniche di procreazione assistita illustrano bene il nuovo rapporto tra volontà e vita e, in primo luogo, mettono in evidenza l’incompatibilità sempre più marcata tra diritto all’autodeterminazione e limitazioni all’accesso a queste tecniche legate a condizioni personali e sociali [...], che si traducono non solo in violazioni del principio di eguaglianza, ma incidono sulla stessa dignità della persona.”⁸⁰

derazione del fatto che in quei casi l’analisi condotta è effettuata prima che avvenga la fecondazione e non incide sull’embrione già creato.

⁷⁹ Sul diritto alla procreazione si veda F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. II, Cedam, Padova, 1995, 465 ss.

⁸⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma, 2013, 284.