

L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*

di Irene Pellizzone **
(4 novembre 2015)

SOMMARIO: 1. Premessa: le condizioni poste dalla Corte – 1.1. La portata innovativa della sentenza – 2. La *ratio decidendi* della sentenza e le esigenze di cautela– 3. Al cuore della pronuncia: il rapporto con la disciplina dell'aborto dopo i primi 90 giorni – 3.1. Le “rilevanti anomalie e malformazioni” del feto e le patologie accertabili con la diagnosi genetica preimpianto - 3.2. Criteri che possano orientare il medico alla luce della giurisprudenza per il danno da nascita indesiderata - 3.3. La tenuta del limite delle malattie geneticamente trasmissibili - 4. Il carattere pubblico della struttura

1. Premessa: le condizioni poste dalla Corte

L'esito della sentenza n. 96 del 2015 è ben lontano da una “liberalizzazione” della diagnosi genetica preimpianto per le coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili¹.

La Corte costituzionale ha infatti dettato alcune incisive condizioni di liceità della stessa diagnosi e ha richiamato, con un deciso ed elaborato monito, l'attenzione del legislatore, sottolineando l'esigenza di nuove norme chiaramente volte a contenere abusi e pratiche mediche “disinvolute”.

In questo lavoro si compiranno alcune riflessioni sulle due “condizioni” poste dalla Corte. Ecco:

- 1) la malattia del genitore deve essere verificata e comportare il pericolo di “rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro”, rispondenti ai “criteri normativi di gravità” già stabiliti dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978”;
- 2) le patologie devono essere “adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata”.

Quelli elencanti sono dei veri e propri requisiti posti dalla Corte costituzionale per la liceità dell'accesso delle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili alla PMA.

Essi infatti compaiono sia nella motivazione, sia nel dispositivo della sentenza: il che sta a significare che fanno parte della “normativa di risulta” e costituiscono ora parte integrante della l. n. 40 del 2004.

I due requisiti in esame sono stati apposti per iniziativa della Corte negli artt. 1 e 4 della l. n. 40 del 2004, allo scopo di ammettere le coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili dalla PMA e quindi alla diagnosi genetica preimpianto.

La manipolazione² operata dalla Corte costituzionale sulle norme oggetto della questione è dunque composta, per così dire, da due strati, tra loro intimamente connessi: il primo,

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC* 3/2015 (24 luglio 2015). Nello stesso senso v. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in www.forumcostituzionale.it (28 giugno 2015).

2 Cfr. B. LIBERALI, *Interpretazione costituzionalmente conforme, questioni di legittimità costituzionale, disapplicazione della legge n. 40 del 2004 e diretta esecuzione della decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo (Costa e Pavan c. Italia) in materia di diagnosi genetica preimpianto*, G. BALDINI (a cura di), *Persona e Famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, in corso di pubblicazione, secondo cui non è da scartare l'ipotesi che la sent. n. 96 del 2015 sia una sentenza additiva di principio.

che contiene l'aggiunta, negli artt. 1 e 4, della categoria delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche alla categoria delle coppie sterili o infertili, già titolari del diritto di accesso alla PMA (questione così come sollevata dal giudice *a quo*); il secondo, che impone il rispetto delle due condizioni indicate (parte aggiunta della Corte costituzionale). Quanto alla motivazione del primo strato dell'addizione, la Corte riscontra sinteticamente la violazione del principio costituzionale di ragionevolezza, perché alle stesse coppie cui è vietato l'accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto è consentita la ben più dolorosa interruzione volontaria di gravidanza, e, di conseguenza, la violazione del diritto alla salute della donna. In riferimento a quest'ultimo profilo, la Corte mostra come il diritto alla vita del nascituro non fosse in alcun modo salvaguardato dalla disciplina previgente. Ne deriva che il sacrificio del diritto alla salute della donna era privo di giustificazione e, pertanto, illegittimo.

La motivazione della sentenza è ancora più stringata³ nella parte relativa al secondo strato dell'addizione: oltre ad una generica invocazione del principio di cautela, la Corte dice assai poco dei motivi che l'hanno indotta ad aggiungere i due requisiti di accesso alla PMA.

In altre parole, la pronuncia lascia almeno a prima vista insoddisfatti sulle spiegazioni del nesso di tali requisiti, voluti dal giudice costituzionale, con la Costituzione, ovvero sulle c.d. "rime obbligate" tra testo della legge, come scaturito dall'intervento manipolativo del giudice costituzionale, e testo costituzionale.

Non si intende con questo dare giudizi sul merito della scelta della Corte, dettata da evidenti ragioni di prudenza, o affermare che il nesso tra i requisiti di cui si parla e la Costituzione non esista.

In questa sede, inoltre, non ci si propone di mettere in discussione l'operazione manipolativa della Corte, adombrando che abbia agito al di là dei confini della Costituzione e sostituito alla valutazione politica del legislatore una propria scelta discrezionale.

Ci si limita ad osservare che qualche parola in più avrebbe aiutato l'interprete alle prese con il significato dei due requisiti, che può essere inteso in modi assai diversi.

Ad esempio, il richiamo all'art. 6, comma 1, lett. b), della l. n. 194 del 1978 può essere limitato a una parte della norma, sulla rilevanza delle patologie del nascituro, oppure comprendere anche la gravità del pericolo per la salute della donna; inoltre, oggi, non è certo facile o scontato dire quali siano le strutture sanitarie annoverabili tra quelle "pubbliche".

In questo scritto, si cercherà di confrontarsi con questi dubbi, provando a trovare indicazioni nelle pieghe della sentenza n. 96 del 2015, nei lavori preparatori delle leggi n. 40 del 2004 e n. 194 del 1978 e nella giurisprudenza più rilevante in materia di diagnosi preimpianto e diagnosi prenatale, non solo costituzionale.

L'obiettivo è dare qualche risposta ai problemi applicativi che potrebbero porsi nell'immediato, così come ai problemi che il legislatore dovrà affrontare se, come auspicato dalla Corte, interverrà a disciplinare la materia, dovendo anch'egli ovviamente attenersi ai limiti posti dal Giudice costituzionale.

1.1. La portata innovativa della sentenza

Prima di entrare nel vivo dei problemi evocati, è necessario dare brevemente conto della portata innovativa della sentenza n. 96 del 2015.

L'incertezza derivante dal silenzio della legge n. 40 del 2004 sulla diagnosi genetica

³ Come nota E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in Consultaonline 2015, fasc. II, 533 ss.

preimpianto per le coppie infertili si è definitivamente dipanata con la sentenza in esame⁴. Come già accaduto nella sent. n. 151 del 2009, la liceità di questa tecnica diagnostica nei confronti delle coppie che hanno i requisiti per accedere alla PMA, cioè sterili o infertili, è stata data per scontata dal giudice costituzionale⁵.

In quel caso, la vicenda oggetto del giudizio *a quo* implicava lo svolgimento della diagnosi preimpianto, perché altrimenti il giudizio medesimo non avrebbe avuto più senso. Si richiedeva infatti, essendo i membri della coppia infertile portatori di una malattia geneticamente trasmissibile, la formazione di un numero di embrioni superiore a tre, per effettuare con qualche probabilità di successo la diagnosi genetica preimpianto, selezionare gli embrioni privi della malattia genetica, trasferire solo quelli nell'utero della donna e crioconservare gli altri. La liceità della diagnosi era *uno* dei presupposti necessari per l'accoglimento della questione⁶.

Questa volta, la liceità della diagnosi preimpianto diventa *il* presupposto fondamentale per l'accoglimento della questione.

La Corte è infatti intervenuta rendendo la *presenza accertata* di malattie geneticamente trasmissibili nella coppia un requisito di accesso di queste alla PMA, al fine di svolgere la diagnosi e selezionare gli embrioni che non hanno ereditato la malattia.

La sentenza n. 96 del 2015 è finalmente giunta a eliminare il triste divario creatosi, a partire dal 2007⁷, con l'affermazione in giurisprudenza della interpretazione a favore della diagnosi, tra coppie infertili, portatrici di malattie genetiche, che potevano beneficiarne in quanto ammesse alla PMA, e coppie fertili, ugualmente portatrici di malattie genetiche, che ne erano escluse e potevano solo ricorrere ad esami diagnostici durante la gravidanza, eventualmente giungendo ad interromperla con un intervento ben più traumatico, sia fisicamente che psicologicamente.

4 Per una ricostruzione della vicenda che ha visto affermarsi in giurisprudenza una interpretazione costituzionalmente conforme degli artt. 13 e 14 della l. n. 40 del 2004, tale da consentire di praticare la diagnosi genetica preimpianto alle coppie sterili o infertili, nonché dell'emergere del problema dell'accesso delle coppie fertili, portatrici di malattie geneticamente trasmissibili alla PMA, v. B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della l. n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in www.rivistaic.it, n. 2/2014 e più di recente B. LIBERALI, *Interpretazione costituzionalmente conforme*, cit.

In tema v. anche A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, a cura di S. RODOTÀ, P. ZATTI, I. Giuffrè, Milano 2010, spec. 1362 s.; M. P. IADICCIO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, 2/2015, 325 ss.

5 Così v. M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in M. D'AMICO - I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010, 214 ss.

6 La questione infatti è stata sollevata nel corso dello stesso procedimento in cui il giudice aveva emesso una ordinanza di autorizzazione alla diagnosi preimpianto, a seguito della quale i ricorrenti avevano acquisito relazioni mediche che avevano evidenziato la possibilità di creazione di embrioni affetti da patologie pari al cinquanta per cento, sicché, nella specie, il numero di embrioni necessari ad assicurare una adeguata percentuale di successo era pari a sei (Tribunale ordinario di Firenze, ordinanza emessa il 26 agosto 2008 (r.o. n. 382 del 2008).

In tema v. M. D'AMICO, *Il divieto di diagnosi 'preimpianto'. Fra Corte costituzionale e giudici comuni sul problema postosi a Cagliari*, in *Bioetica*, 2007, fasc. 4.

7 La prima sentenza in tal senso è del Tribunale di Cagliari, 22 settembre 2007.

Si potrebbe intravedere una incongruenza logica in questa estensione: come è possibile che la Corte abbia incanalato nella disciplina della legge n. 40 del 2004, rivolta alle tecniche di fecondazione assistita, le esigenze, pur comprensibili, di chi è fertile e portatore di malattie genetiche? Alla base della sentenza non vi è invece un altro problema, diverso dalla infertilità, che impone di interrogarsi su un modello nuovo e inedito (in Italia) di riproduzione? Non è illogico che nel meno (esigenza della diagnosi), stia il più (accesso alla riproduzione assistita), a maggior ragione considerato che la legge n. 40 del 2004 non contiene nessuna disposizione che dia esplicitamente liceità alla diagnosi preimpianto, nemmeno per le coppie infertili?⁸

Le domande sono suggestive, ma non tali da porre in discussione l'intervento del giudice costituzionale.

Da un punto di vista medico, la diagnosi genetica preimpianto non è né realizzabile, né concepibile, senza la fecondazione assistita *in vitro*.

Ma a parte questo, si tratta di casi in cui il rischio di trasmettere la malattia genetica, di cui è portatrice, diventa per la coppia un ostacolo "non altrimenti rimuovibile" alla procreazione naturale⁹.

Da ciò deriva che la assimilazione con le coppie infertili è una soluzione, certo non obbligata, ma plausibile.

In questo quadro, la circostanza che la PMA in Italia fosse consentita solo alle coppie infertili, come richiesto dagli artt. 1 e 4 della l. n. 40 del 2004, ha imposto alla Corte di intervenire.

Il problema che si pone più seriamente è forse un altro: la selezione degli embrioni per il trasferimento nell'utero della donna, in base alla presenza o meno della malattia genetica. Tuttavia, questo problema non si è aperto per effetto della decisione n. 96 del 2015, ma nel momento in cui si è ammessa la liceità della diagnosi genetica per le coppie infertili. Infatti, se è vero che la diagnosi preimpianto può in certe situazioni servire, nel caso di infertilità, semplicemente ad acquisire informazioni necessarie per aumentare le *chances* di arrivare ad una gravidanza, è pure vero che, qualunque sia il motivo per cui è svolta, la legge n. 40 del 2004 permette alla coppia e al medico¹⁰, una volta appreso che l'embrione

8 Cfr. 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*, 1/2013, 13, che nota come "se si guarda all'esperienza comparata in cui esistono esempi di normative che ammettono l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale anche alle coppie fertili, emerge che la giustificazione di tale scelta risiede non tanto nella finalità di ovviare ad una causa ostativa della procreazione, quanto piuttosto nella volontà di impedire la trasmissione di malattie genetiche al nascituro. Una scelta, dunque, che parrebbe espressione della discrezionalità politica del Parlamento nazionale, che sceglie di assegnare un'ulteriore finalità al ricorso alle tecniche di procreazione artificiale".

9 Si ricordi che secondo l'art. 1 della legge n. 40 del 2004 "Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico". Tanto è vero che in via di prassi era stata adottata una interpretazione ampia di causa di infertilità, tale da ricomprendere nelle cause di infertilità idiopatiche o di derivazione psicologica anche i casi in cui i partner sono portatori della patologia geneticamente trasmissibile. In questo modo, è stato possibile ammettere alla PMA e alla diagnosi genetica coppie in precedenza fertili anche prima della pronuncia della Corte costituzionale. Così v. A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1363.

10 Dopo la sentenza n. 151 del 2009.

è portatore di certe anomalie genetiche, di decidere di non trasferirlo nell'utero.

2. La *ratio decidendi* della sentenza

A questo punto, occorre porsi alcuni interrogativi, per delineare la *ratio decidendi*:

a) perché occorre che la malattia geneticamente trasmissibile soddisfi il criterio di gravità dell'art. 6, comma 1, lett. b), della l. n. 194 del 1978, relativo all'aborto dopo i primi 90 giorni?

b) perché l'accertamento della malattia deve avvenire in una struttura pubblica?

Già ad una prima lettura della sentenza è possibile affermare, quanto alla prima domanda, che è il principio costituzionale di ragionevolezza ad imporre alla Corte di creare un perfetto parallelismo tra le fattispecie di interruzione volontaria della gravidanza, consentite ad esito diagnosi prenatale, e le fattispecie di selezione degli embrioni non portatori della malattia geneticamente trasmissibile dopo la diagnosi genetica preimpianto, che presuppone l'accesso alla PMA.

Solo se la donna può abortire dopo la diagnosi prenatale, infatti, il sacrificio del suo diritto alla salute è ingiustificato e dunque incostituzionale, non essendo bilanciato dalla tutela del nascituro, che è esposto al rischio dell'interruzione volontaria di gravidanza.

Ecco perché la l. n. 194 del 1978 diventa il "metro" per determinare i casi di ammissione alla diagnosi preimpianto di coppie fertili.

Ma vi è di più.

Invece del richiamo all'art. 6, comma 1, lett. b), della l. n. 194 del 1978 e al criterio di gravità da esso presupposto, la Corte avrebbe potuto fare riferimento all'art. 4 della stessa legge, che pure ammette l'aborto per la previsione, nei primi 90 giorni di gravidanza, di anomalie e malformazioni del feto che creino un pericolo *serio* per la salute della donna.

Ricorrendo all'art. 6, invece che al 4, la Corte costituzionale ha potuto porre un argine più incisivo all'accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto delle coppie fertili senza sconfinare, o senza sconfinare in modo evidente, nello spazio di discrezionalità del legislatore¹¹.

Infatti, la norma individuata dalla Corte richiede che le anomalie del feto siano *rilevanti*, che siano *accertate* e che creino un *grave pericolo* per la salute della donna. È stato più semplice quindi per il Giudice costituzionale ricorrere a questa norma per sostenere la necessità del rispetto del criterio di gravità (di cui si ragionerà più avanti).

Si tenga conto che la individuazione di un criterio per circoscrivere i casi che possano

¹¹ Non è dato sapere se la Corte costituzionale si sia posta il problema di menzionare anche l'art. 4, invece od oltre al 6.

Certamente, nell'esame complessivo della sentenza, il silenzio sull'art. 4 assume un significato pregnante, almeno su un piano astratto: non tutte le anomalie e malformazioni dell'embrione geneticamente trasmissibili dalla coppia consentono l'accesso alla PMA alle coppie fertili.

Pare tuttavia interessante chiedersi se questa scelta produca anche conseguenze su un piano pratico, come si farà oltre nel testo.

Infatti, non si può nascondere che per certi aspetti rinviare all'art. 4 della l. n. 194 del 1978 sarebbe stato più coerente.

Questo è vero, in primo luogo, per una questione di tempi: l'art. 4 regola l'aborto in una fase iniziale della gravidanza, più vicina al momento in cui è svolta la diagnosi preimpianto; in secondo luogo, come nel caso delle coppie fertili che si accingono ad intraprendere la ricerca di una gravidanza, ma non sono ancora certe di avere trasmesso la patologia all'embrione, l'art. 4 si riferisce alla "previsione" di anomalie e malformazioni e non richiede il loro accertamento.

trovare copertura nella pronuncia di incostituzionalità ha costituito probabilmente la preoccupazione più seria che il giudice costituzionale ha dovuto affrontare, prima di entrare nel merito della decisione.

Ciò emerge anche dalla parte motiva contenente il monito del giudice costituzionale al legislatore, affinché intervenga con una disciplina che regoli compiutamente la materia.

Si tratta di un monito che ricorda in parte l'impostazione usata dal giudice costituzionale nella sent. n. 27 del 1975, con cui è stata dichiarata illegittima la norma penale che allora puniva l'aborto ed in cui pure si invoca un intervento del Parlamento perché disciplini la materia con la dovuta cautela.

Più precisamente, in quel caso la Corte ha affermato che è *“obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione: e perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla”*.

Nel 2015, ritorna l'attenzione della Corte alla presenza di accertamenti medici seri. Tuttavia, a ciò si aggiungono ulteriori e specifici problemi che la Corte sottolinea, auspicando l'intervento risolutivo del Parlamento: il primo compito che questo dovrebbe assolvere, secondo quanto richiesto invece nella sent. n. 96 del 2015, è di *“introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili”*; il secondo, è individuare forme di autorizzazione e controllo per le strutture abilitate a ricorrere alle tecniche in questione.

Si può immaginare che i giudici costituzionali, nonostante il medesimo, drammatico interrogativo si ponesse già per le coppie infertili, abbiano avvertito in tutta la loro problematicità e dirompenza i pericoli dell'apertura indiscriminata a tutte le malattie geneticamente trasmissibili, in cui sullo sfondo si agita lo spettro delle derive eugenetiche. Grazie al richiamo dell'art. 6, comma 1, lett. b), della l. n. 196 del 1978 e al criterio di gravità da esso asseritamente presupposto, il Giudice costituzionale pare aver trovato la sua soluzione al problema.

Si vedrà più avanti se le cose stanno proprio così e se la soluzione elaborata dalla Corte tiene anche all'atto pratico. Più precisamente, si tenterà di definire il contenuto e l'oggetto del c.d. “criterio di gravità”.

Passiamo alla seconda domanda. Ben si comprendono, anche per questa, le preoccupazioni della Corte, retrostanti la decisione, di un uso troppo disinvolto, mosso da interessi economici, delle nuove prospettive aperte dalla sentenza da parte degli operatori del settore della PMA.

Tali preoccupazioni emergono chiaramente dall'unico frammento della motivazione del giudice costituzionale relativo al necessario carattere pubblico della struttura: le patologie che autorizzano l'accesso alla PMA delle coppie fertili (che come si è visto prima non sono tutte le malattie geneticamente trasmissibili, ma quelle rispondenti al criterio di gravità) devono essere *“adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata”*.

La necessità che l'*accertamento* della malattia geneticamente trasmissibile in strutture *ad hoc* emerge chiaramente nel monito al legislatore. Infatti la Corte auspica che il Parlamento, che chiama ad intervenire, preveda delle *“procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto)”* e *“una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa)”*.

3. Al cuore della pronuncia: il rapporto con la disciplina dell'aborto dopo i primi 90 giorni

A questo punto, è possibile interrogarsi sulla prima delle due condizioni poste dalla Corte costituzionale, ovvero la valutazione della malattia genetica “alla stregua del criterio di gravità di cui all’art. 6, comma 1, lettera b)”, della l. n. 194 del 1978.

Il criterio guida che si utilizzerà è costituito dalla *ratio* della pronuncia, che, come si è visto, è ispirata dal principio di cautela, al fine di proporre soluzioni interpretative coerenti con la decisione costituzionale.

Prima di ogni altra cosa, è bene specificare che le malattie diagnosticabili con la diagnosi o screening prenatale, compiuta quando l’impianto dell’embrione è avvenuto e la gravidanza è già piuttosto avanzata, e con la diagnosi o screening preimpianto, cromosomiche o genetiche, sono le stesse¹². L’unica differenza tra queste tecniche è determinata dal *momento* in cui sono effettuate rispetto alla gravidanza. Nel secondo caso la gravidanza non è nemmeno iniziata e gli embrioni su cui deve essere svolta la diagnosi sono crioconservati; tenuto conto che per impostare gli esami genetici e avere l’esito degli accertamenti è necessaria una quantità di tempo non trascurabile, si tratta di elementi positivi, perché l’attesa determinata da questi accertamenti non pone particolari problemi, al contrario di quanto avviene con l’inesorabile progredire della gravidanza.

Ciò posto, per prima cosa, occorre domandarsi se, nel richiamare l’art. 6, comma 1, lett. b), la Corte costituzionale intenda riferirsi a tutto il suo enunciato.

Questa norma richiede che le patologie del nascituro siano state accertate, che siano rilevanti e che il pericolo della salute della donna sia “grave”, così da giustificare l’aborto.

La lettera della sentenza, infatti, non è dirimente¹³. Se ad un primo esame potrebbe, forse, darsi per scontato che, nell’ottica di maggiore cautela adottata dalla Corte, entrambi gli elementi debbano sussistere, le cose si complicano appena si focalizza l’attenzione sull’accesso alla PMA da parte della coppia fertile portatrice di una malattia geneticamente trasmissibile.

In primo luogo, in questo caso non è possibile, ovviamente, accertare la presenza della malattia rilevante nel nascituro. È possibile invece accertare che la coppia sia portatrice di una malattia geneticamente trasmissibile, con esami più o meno complessi e sul cui

12 Sul rapporto tra le due diagnosi e screening, preimpianto e prenatale, 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 *I diritti delle coppie infertili*, cit., 235 ss.

13 Il dispositivo è ambiguo: gli artt. 1 e 4 della l. n. 40 del 2004 sono infatti annullati “*nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all’art. 6, comma 1, lettera b)*” [tondi aggiunti].

Nel riferirsi *ai criteri* di gravità di cui all’art. 6, la Corte intende probabilmente abbracciare *sia* dalla rilevanza della malattia, *sia* il grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

Non aiuta per nulla la motivazione della sentenza, secondo cui l’accesso alla PMA e alla DGP può avvenire “*al fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro, alla stregua del medesimo “criterio normativo di gravità” già stabilito dall’art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978*”. Dal modo in cui la Corte invoca genericamente il criterio della gravità, non è possibile infatti evincere se si stia riferendo solo alle anomalie e malformazioni o alla morte del nascituro, o anche ai rischi sullo stato di salute della donna.

significato si tornerà nel prossimo paragrafo.

Il problema attiene alla individuazione di parametri per stabilire la rilevanza della malattia. Infatti, anche nel caso della diagnosi prenatale, il cui esito giunge dopo i primi 90 giorni di gravidanza, è interamente affidato al ginecologo di valutare in modo puntuale la questione, a seconda delle condizioni di salute fisica e psichica della gestante nel caso concreto.

Ciò chiarito, occorre verificare se e come il secondo requisito, cioè il pericolo grave per la salute fisica o psichica della donna, possa essere accertato.

Qualora la risposta fosse negativa, ovviamente, occorrerebbe escludere che il criterio di gravità insista anche su questo elemento.

È opportuno a questo punto precisare una cosa forse ovvia, ovvero che quando la coppia chiede l'accesso alla PMA per sottoporre gli embrioni alla diagnosi genetica preimpianto, si accinge a intraprendere un percorso medico che, *forse*, porterà alla formazione di embrioni sottoponibili a diagnosi preimpianto.

È evidente allora che la prognosi medica circa l'esistenza del pericolo grave per la salute fisica o psichica della donna può rivelarsi talvolta estremamente anticipata e difficile.

Certo, potrebbero esservi casi in cui le condizioni della donna, anche fisiche, ne denotino una particolare fragilità.

Inoltre, si può immaginare che lo scenario oggi più comune sia quello di coppie che hanno scoperto di essere portatrici della malattia genetica perché hanno già sperimentato aborti dovuti alla presenza della malattia medesima o la nascita di figli che la hanno ereditata. Il difficile e triste vissuto della coppia, in queste ipotesi, può costituire un motivo di grave preoccupazione e malessere psichico della donna immediatamente valutabile dal ginecologo.

Tuttavia, nei restanti casi, occorrerebbe valorizzare, per giustificare l'esistenza di un pericolo grave, la possibile insorgenza di uno stato di ansia della donna per la eventualità di trasmettere la malattia genetica al figlio, nel momento, successivo, in cui inizia la gravidanza e scopre che la triste eventualità si è verificata.

Come qualcuno ha sostenuto, il criterio della gravità di cui alla legge 194 del 1978 *“presuppone che per ricorrere alla diagnosi preimpianto non sia sufficiente una seria malformazione del feto bensì la dimostrazione che tale anomalia sia idonea a provocare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, facendo pertanto riferimento a limiti e parametri del tutto soggettivi”*¹⁴.

La *ratio decidendi* della pronuncia, tutta imperniata su un parallelismo tra accesso a PMA e DGP e interruzione volontaria della gravidanza dopo i primi 90 giorni, potrebbe far propendere per questa tesi.

Tuttavia, la soggettività del parametro da cui si evince il limite all'accesso fa insorgere seri dubbi sulla correttezza di questa strada. Si corre infatti il serio rischio di assorbire dentro l'esame dello stato d'animo della donna in cerca della gravidanza le valutazioni mediche circa la gravità della patologia geneticamente trasmissibile.

Detto altrimenti, il requisito del pericolo grave per la salute psichica della donna, in un momento così anticipato rispetto al suo insorgere, potrebbe annacquare non poco il limite della gravità della patologia posto dalla sentenza costituzionale.

Ma come è possibile applicare il criterio di gravità posto dalla Corte costituzionale?

Quali sono le coppie che, davvero, pur essendo fertili hanno il diritto di accedere alla PMA?

3.1. Le “rilevanti anomalie e malformazioni” del feto e le patologie accertabili con la diagnosi genetica preimpianto

14 Così M. GIACOMINI, *op. cit.*, 3 s.

Può essere utile, per rispondere alle precedenti domande, provare a compiere un ulteriore sforzo e ricercare dei limiti oggettivi al novero delle malattie geneticamente trasmissibili rilevanti, cui il ginecologo possa ancorare le sue valutazioni.

Occorre, a questo fine, partire proprio dall'analisi delle malattie diagnosticabili nel feto, che potrebbero giustificare l'aborto anche dopo i primi 90 giorni.

Si trattava, sino a qualche tempo fa, di un numero di patologie notevolmente inferiore.

Ad esempio la fibrosi cistica, la beta talassemia, la sordità congenita.

Alcune di queste portano al decesso nei primi mesi di vita, come la fibrosi cistica, altre possono ridurre notevolmente l'aspettativa di vita, altre no.

Ma in base a quali criteri è possibile tracciare delle distinzioni in merito alla rilevanza di queste malattie? Sino a che il legislatore non interverrà, nessuno.

Oggi, la situazione è ancora più complessa, in quanto è possibile diagnosticare, sia pure con esami lunghi e complessi, un numero molto maggiore di patologie, non più solo cromosomiche ma anche genetiche.

In questo quadro, incentrare tutto su un giudizio di rilevanza della malattia genetica da parte del medico è dunque senza senso.

Si riconosce che in questo modo si ancorerebbe una decisione così delicata ad elementi oggettivi e non semplicemente alla percezione, da parte della donna, dei problemi derivanti dalla trasmissione della malattia genetica all'embrione. Tuttavia, se così fosse, diventerebbero ineludibili altri due interrogativi: quali siano le malattie rilevanti e, qualora siano indicati, se qualche autorità scientifica possa essere abilitata a identificarle in modo generale e astratto, valido per tutti i casi.

A entrambi gli interrogativi è possibile dare solo una risposta negativa.

Ovviamente, non è possibile ricorrere alla prassi della interruzione volontaria di gravidanza dopo i primi 90 giorni, perché nemmeno in questa ipotesi ci sono strumenti per distinguere in modo generale e astratto anomalie rilevanti e non rilevanti del feto.

Anzi, con la disciplina della l. n. 194 del 1978, si è voluto evitare proprio il rischio di ingabbiare le decisioni del medico in regole astratte e non adattabili al caso concreto.

In secondo luogo, questa scelta sarebbe incoerente con la sentenza della Corte, che definisce irrazionale il divieto di accesso alla PMA e alla diagnosi genetica per le coppie fertili ma portatrici di una malattia genetica alla luce della possibilità di interrompere la gravidanza dopo i primi 90 giorni.

L'intervento del legislatore, che stabilisse, in base ad evidenze scientifiche e con atti periodicamente aggiornabili, quali malattie possano legittimare l'accesso alla PMA e alla diagnosi genetica, dovrebbe comunque tenere conto, oltretutto, che la Corte costituzionale, recentemente e proprio in tema di PMA, ha dato rilievo centrale all'importanza, per una reale tutela del diritto salute, dello spazio di discrezionalità del medico, che deve poter adattare la terapia alle esigenze del caso concreto; divieti assoluti alle pratiche medico - terapeutiche, al contrario, sono stati considerati incostituzionali¹⁵. Nonostante si ritenga che la tutela dei diritti fondamentali del nascituro e l'esigenza di porre freni a derive eugenetiche potrebbero giustificare delle limitazioni legislative al diritto alla salute della donna, un elenco di malattie privo di clausole di salvaguardia per casi eccezionali potrebbe non essere, forse, la soluzione corretta.

3.2. Criteri che possano orientare il medico alla luce della giurisprudenza per il danno da nascita indesiderata

Nel tentativo di individuare, quantomeno, alcuni punti di riferimento per orientare l'azione

¹⁵ Cfr. le sentt. n. 151 del 2009 e 164 del 2014, in tema di PMA. Cfr. poi le sentt. nn. 282 del 2002 e 338 del 2003, che hanno dato il via a questo filone giurisprudenziale.

del medico, può essere interessante guardare alla giurisprudenza civile in tema di risarcimento del danno da nascita indesiderata, per mancata informazione da parte del medico di malformazioni o anomalie del nascituro che avrebbero portato, sempre nel rispetto dei requisiti richiesti dallo stesso art. 6, comma 1, lett. b)¹⁶, all'aborto.

Questa giurisprudenza, infatti, riconosce il diritto al risarcimento del danno per nascita indesiderata solo in presenza di un nesso causale tra la mancata informazione alla gestante e la mancata interruzione della gravidanza¹⁷.

Per verificare se il nesso esiste, l'autorità giurisdizionale compie un esame volto a verificare se, nel caso di specie, sussistevano elementi di fatto tali da dimostrare l'esistenza dei requisiti per interrompere la gravidanza, tra cui la gravità del pericolo per la salute, fisica o psichica, della donna.

Qualora emergessero, nei casi esaminati dalla giurisprudenza, elementi oggettivi legati alla salute della donna, riscontrabili anche nel momento antecedente alla scelta di ricercare una gravidanza, la tesi sostenuta nel precedente paragrafo sarebbe confutata.

Ciò posto, due sono gli orientamenti sinora adottati dalla Cassazione, tanto che le Sezioni Unite sono state di recente chiamate a dirimere il contrasto giurisprudenziale e siamo ora in attesa di una chiarificazione¹⁸.

L'orientamento più risalente e minoritario ritiene sufficiente che la donna alleghi in giudizio la sua intenzione di ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza, se informata della grave malformazione del feto¹⁹, precisando però che sorge una esigenza di prova quando il medico contesti tale affermazione²⁰.

Secondo l'orientamento più recente e maggioritario, i genitori, per avere il risarcimento, devono provare che nel caso concreto sarebbe stato possibile ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza e che, quindi, tutti i requisiti necessari a tal fine ex l. n. 194 del 1978 sussistevano.

Tra questi, ovviamente, vi è il pericolo grave per la salute della donna, dovuto non solo alla presenza di una rilevante malformazione del nascituro, ma anche di sue ripercussioni sulla salute, fisica o psichica, della gestante.

Più in particolare, si richiede al giudice di compiere un giudizio caso per caso. Non è possibile quindi per il giudice dare per scontato che la richiesta dell'accertamento diagnostico da parte della coppia abbia come sviluppo obbligato, in caso di esito negativo dell'esame, l'aborto, né ricorrere a generalizzazioni statistiche per dimostrare che le donne ricorrenti agli esami prenatali sono poi automaticamente soggette, se il feto risulta malformato, a traumi psicologici tali da consentire l'aborto.

In questo senso, nel 2013 la Cassazione ha affermato, dopo un interessante *excursus* sulla giurisprudenza in tema, che il nesso causale tra inadempimento del medico e nascita

16 Infatti, queste diagnosi si possono avere, allo stato, dopo il primo trimestre di gravidanza.

17 Sulle problematiche costituzionali in questo ambito v. M. D'AMICO, *Il concepito e il diritto a nascere sani: profili costituzionali alla luce della decisione della Corte di Cassazione (n. 16754 del 2012)*, in *Bioetica*, 2015, I, 23 ss.;

18 Cfr. Cass. Civ., Sez. III, ord. 23 febbraio 2015, n. 3569, che ha rinviato la questione appunto alle Sezioni Unite (i problemi sono due: l'onere della prova, come si è detto nel testo, e la configurabilità di un diritto al risarcimento del danno anche in capo al nato). Si rinvia a questa ordinanza anche per la descrizione dei due opposti orientamenti e per la giurisprudenza citata.

19 Cfr. tra le tante Cass. n. 6735/2002, ribadita da Cass. n. 14488/2004 e - più recentemente - da Cass. n. 13/2010 e da Cass. n. 15386/2011.

20 Così vedi Cass. n. 22837/2010.

indesiderata²¹ non poteva nel caso di specie ritenersi provato, posto che doveva trovare applicazione la [L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b\)](#), ed *“era da escludere, sulla scorta della valutazione prognostica in concreto consentita dalle risultanze probatorie, che fosse sufficientemente provato che la tempestiva informazione sulla presenza della sindrome di Down nel nascituro avrebbe determinato un “grave” pericolo per la salute fisica e psichica della madre”*²².

Insomma, l'elemento del pericolo per la salute della donna non è ritenuto dimostrabile in giudizio con il solo fatto che la coppia o la gestante hanno richiesto della diagnosi prenatale; piuttosto, servono elementi concreti che ne dimostrino la oggettiva esistenza.

Questi elementi possono rintracciarsi, ad esempio, in fattori ambientali, culturali, di storia personale (es. pregressa fragilità emotiva documentata), e, solo in un quadro probatorio più ampio, nel comportamento della donna durante la gravidanza in esito alle comunicazioni del medico sullo stato di salute del nascituro (richieste di approfondimenti ulteriori, risposte a domande del medico, ancorchè generiche)²³.

Ad esempio, un elemento concreto idoneo è stato ritenuto dalla Cassazione individuabile nell'insorgenza di una sindrome - ansioso depressiva dopo il parto, che possa far presumere che, al momento della comunicazione della malformazione, la donna avrebbe potuto legittimamente interrompere la gravidanza²⁴.

Si è affermato, poi, che la prova è proporzionalmente più semplice, se la malattia è rilevante²⁵. La tipologia della malattia, quindi, ha un peso non indifferente nella difficile prova del grave pericolo della salute della donna, valutata dopo il parto.

Preme rilevare allora che la tendenza della giurisprudenza sembra quella di dare rilievo ad un esame oggettivo dei fatti, piuttosto che di recepire in modo automatico le allegazioni della donna.

In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite, si può solo osservare che, anche secondo l'orientamento più risalente e minoritario, la sola richiesta della diagnosi prenatale non costituisce una prova inconfutabile del pericolo di salute grave della donna, posto che può essere messa in discussione dal medico convenuto in giudizio per risarcire il danno.

In altre parole, l'importanza data dalla Corte di Cassazione ad altri elementi, come la rilevanza della malattia e la presenza di fattori legati alla personalità della donna che ne comprovino in modo concreto una particolare fragilità, è non trascurabile ai fini del riconoscimento del risarcimento del danno.

Per la stretta analogia compiuta dalla Corte costituzionale tra selezione degli embrioni dopo la diagnosi preimpianto e interruzione volontaria di gravidanza dopo i primi 90 giorni, dunque, il grave pericolo per la salute della donna deve consistere, anche nel primo caso, in un elemento di fatto oggettivamente probabile, sia sul versante della rilevanza della patologia, se degli effetti sulla salute della donna.

Il ginecologo cui si rivolge la coppia fertile portatrice di malattia genetica dovrebbe essere

21 Il figlio è risultato affetto da sindrome di Down.

22 Cfr. Cass. Civ., sez. III, sent. 10 dicembre 2013, n. 27528 e giurisprudenza ivi citata.

23 Cfr. Tribunale Monza, sez. I, 2 ottobre 2013, n. 2261; in questo caso viene diagnosticata, dopo il parto, una grave patologia congenita, essendo il neonato risultato affetto da mielomelinocele lombare, associato a sindrome di Chiari 2, con idrocefalo; non si ritiene assolto l'onere probatorio da parte della coppia ricorrente ma è comunque riconosciuto un risarcimento del danno, dovuto alla maggiore difficoltà emotiva nell'affrontare la drammatica situazione, scoperta dopo la nascita e non quindi ad esito di una pianificazione.

24 Cfr. Cass. Civ., sez. III, sent. 27 aprile 2015, n. 8475.

25 V. ancora Tribunale Monza, sez. I, 2 ottobre 2013, n. 2261.

dunque chiamato ad assolvere il difficile compito di verificare se *quella* paziente sarebbe legittimata ad abortire dopo i primi 90 giorni di gravidanza, qualora il feto abbia ereditato la malattia per la cui diagnosi richiede l'accesso alla PMA.

Preme specificare che questo tipo di valutazione non presuppone necessariamente, né più né meno di quanto avviene nel caso dell'interruzione volontaria di gravidanza dopo il primo 90 giorni, un esame psichiatrico della donna. Questo può essere disposto, se ritenuto necessario per l'accertamento del problema di salute psichica della donna, ma non deve essere effettuato automaticamente.

La valutazione del ginecologo, piuttosto, deve essere ancorata alle condizioni di salute anche psichica della donna nel caso concreto.

3.3. La difficile tenuta del limite delle malattie geneticamente trasmissibili

Si segnala, infine, un ultimo problema, che non dipende però dal criterio della gravità della patologia e dal nesso con l'art. 6, comma 1, lett. b).

Come noto, l'amniocentesi e la villocentesi consentono di ricercare la presenza di gravi alterazioni cromosomiche che non sono trasmesse al feto perché i genitori ne sono portatori, ma perché sussistono fattori di rischio (ambientali o dovuti all'età della donna, ad esempio).

La presenza di queste malattie è considerata in via di prassi capace, se accompagnata al pericolo grave per la salute della donna, di giustificare l'aborto, anche ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b) (e questa è l'ipotesi, essendo diagnosticate dopo i primi 90 giorni).

Si pensi alla sindrome di Down, per esempio²⁶.

Questo tipo di patologie può essere diagnosticato anche con lo screening genetico preimpianto, che può essere svolto sugli embrioni prodotti all'interno dei cicli di PMA, al fine di indagare le cause dell'infertilità e della sterilità e rendere più serio il tentativo di fecondazione assistita.

La presenza dei fattori di rischio sopra indicati può giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili?

La risposta, considerato che la sentenza è inequivocabile nel limitarsi alle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, è ad un primo esame negativa.

Una interpretazione analogia che estenda il dettato degli artt. 1 4 della l. n. 40 del 2004 a queste fattispecie sembra da escludere, considerata la *ratio* di cautela che ispira tutta la motivazione della sent. n. 96.

Tuttavia, non è possibile escludere che insorgeranno, se il legislatore non deciderà di intervenire, altre questioni di costituzionalità in riferimento a queste fattispecie, in quanto le coppie fertili escluse dalla PMA e quindi dalla diagnosi potranno lamentare la stessa lesione di diritti e principi costituzionali delle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili²⁷.

Diverso è il problema delle coppie fertili e portatrici di una malattia geneticamente trasmissibile che, una volta ottenuto l'accesso alla PMA, chiedano di compiere

26 Tanto è vero che, se non viene diagnosticata, il medico è tenuto a corrispondere un risarcimento del danno per nascita ai genitori. Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 10 dicembre 2013, n. 27528: il ricorso è stato rigettato, ma non perché la malattia non sia stata ritenuta rilevante, ma per questioni legate alla prova del nesso causale tra scoperta della malattia e aborto.

Cfr. anche Trib. Roma, sez. XIII, 11 aprile 2011: in questo caso il diritto risarcimento del danno è stato riconosciuto (la sentenza rientra nel filone meno rigoroso, ma oggi minoritario, di cui si è parlato nel par. 2).

27 Come segnala E. MALFATTI, *op. cit.*, 536.

accertamenti diagnostici ulteriori a quelli mirati a individuare la trasmissione della singola malattia, per selezionare embrioni privi di altre anomalie che comunque potrebbero insorgere.

Si tratta di un problema molto delicato, per cui in questa sede è possibile solo abbozzare una soluzione.

In questo caso, sembra doveroso che il medico dia seguito alle richieste della coppia, se vi sono fattori di rischio che giustificerebbero gli accertamenti diagnostici qualora la coppia fosse infertile.

Ciò in base all'art. 14, comma 5, della legge 40 del 2004, che prevede un diritto di informazione sullo stato di salute dell'embrione in capo alla coppia.

Una volta che la coppia fertile accede alla PMA, infatti, non pare legittimo trattarla in modo diverso dalla coppia infertile.

4. Il carattere pubblico della struttura

In conclusione, si intende interrogarsi brevemente sulla nozione di struttura pubblica in cui occorre compiere gli *accertamenti* sulla sussistenza dei requisiti perché la coppia fertile possa accedere alla PMA e alla diagnosi genetica.

Salta agli occhi che la Corte costituzionale, nel dispositivo, non solo ha fatto riferimento al carattere pubblico della struttura, ma ha anche definito la struttura pubblica come "apposita".

Ebbene, l'unico modo per dare un significato alle parole della Corte è considerare "apposite" quelle strutture che sono state istituite proprio con quel compito o, comunque, che sono state abilitate ad assolvere la funzione di cui si discute con un atto normativo *ad hoc*.

Ma, come ovvio, prima della pronuncia di incostituzionalità delle norme che vietavano di praticare la PMA e la diagnosi preimpianto indistintamente a tutte le coppie fertili, simili strutture non potevano essere istituite né altrimenti esistere in Italia.

Se così stanno le cose, il ricorso al termine "apposite" potrebbe avere effetti assai destabilizzanti sull'interpretazione da dare alle parole "strutture pubbliche". Infatti, a meno che non si voglia svuotarlo interamente di senso, occorre riconoscere che la sentenza n. 96 del 2015 non è una "sentenza manipolativa additiva", da cui si ricava una normativa di risulta immediatamente applicabile, ma una "sentenza additiva di principio", con cui la Corte *"somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola del caso concreto"*, in attesa di un intervento legislativo" (sent. n. 295 del 1991).

Se questo è vero, il giudice eventualmente chiamato a dirimere le controversie che dovessero sorgere in materia sarebbe tenuto a verificare: 1) che la struttura sia pubblica; 2) la rispondenza dei caratteri della struttura pubblica ad un principio costituzionale espresso nella sentenza, identificabile a grandi linee con il principio di cautela, che, come si è visto, permea l'intera decisione.

Le ripercussioni di questa interpretazione sulla reale apertura della PMA e della diagnosi preimpianto alle coppie fertili, pur nel rispetto delle altre condizioni poste dalla sentenza n. 96 del 2015, non sono certo conseguenze da poco. Verosimilmente, la situazione di incertezza e aleatorietà che si creerebbe spingerebbe molte strutture pubbliche a non addentrarsi in questo terreno.

Diversamente, se si ascrive questa decisione alla categoria delle sentenze manipolative additive, il problema interpretativo cui far fronte si limita al significato da dare alla parola "pubblica".

Prima di trarre da un singolo termine usato dalla Corte costituzionale, sia pure nel dispositivo della sentenza, conseguenze di così ampia portata, impone di

contestualizzarne meglio il ricorso all'interno dell'intera sentenza.

Ebbene, se si trattasse di una sentenza additiva di principio, se ne dovrebbe, a rigore, trovare traccia nel dispositivo, il quale invece contiene manipolazioni ben precise e non fa riferimento a principi²⁸ o meccanismi²⁹ che il legislatore dovrebbe introdurre in futuro.

In secondo luogo, dalla motivazione della sentenza emerge che la Corte costituzionale invoca un futuro intervento del legislatore, ritenendolo però *auspicabile* e *opportuno*, ma non indispensabile, per dare immediata precettività alla normativa di risulta.

Tenuto conto di tutti questi elementi, pare preferibile attenuare l'importanza lessicale del termine "apposite", che forse denota semplicemente il carattere sofferto e combattuto della sentenza, e concentrare l'attenzione sul significato delle parole "strutture pubbliche".

A questo proposito, si può osservare che la Corte avrebbe potuto supportare la propria affermazione con un ulteriore parallelismo con la l. n. 194 del 1978, che si sarebbe potuto comprendere più facilmente nel quadro complessivo della decisione, invece di un richiamo generico al carattere pubblico della struttura. Infatti, all'art. 8 questa legge individua una serie di strutture abilitate a svolgere l'aborto: dopo i primi 90 giorni, si tratta di strutture di vario tipo, definibili comunque, semplificando, come pubbliche; prima di questo termine, oltre alle strutture pubbliche l'aborto può essere effettuato in "*case di cura autorizzate dalla regione, fornite di requisiti igienico-sanitari e di adeguati servizi ostetrico-ginecologici*".

La scelta di non richiamare questa norma, che peraltro è forse oggi superata dall'avvento di un nuovo sistema organizzativo del servizio sanitario nazionale, spezza il parallelismo tra aborto dopo i primi 90 giorni e accesso alla PMA delle coppie fertili, che si è visto la Corte ha istituito per i requisiti di accesso, con riferimento alla struttura sanitaria abilitata

28 Si tenga conto che, all'interno della controversa categoria delle sentenze additive di principio, si riscontrano diverse varianti. Cfr. V. MARCENÒ, *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche* decisorie, in *Giur. cost.*, 2000, 1985 ss.; F. MODUGNO, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su "il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (5 novembre 2008).

Uno dei più emblematici casi di sentenza additiva di principio è rappresentato dalla decisione n. 385 del 2005, che per la sua chiarezza vale la pena descrivere sinteticamente.

Dal dispositivo di questa pronuncia, risulta che la Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità degli artt. 70 e 72 del d. lgs. n. 151 del 2001 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), "*nella parte in cui non prevedono il principio che al padre spetti di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima*" (corsivo aggiunto). Significativo il riferimento ad un principio da introdurre nella legge oggetto dello scrutinio di costituzionalità. Nella sent. n. 96, invece, l'incostituzionalità non deriva dalla mancata previsione di un principio, cui occorrerà conformare la legge; piuttosto, la Corte aggiunge, ricavandole direttamente dalla Costituzione, delle regole per l'ammissione delle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili alla PMA, tra cui che quella riguardante il tipo di struttura sanitaria in cui effettuare i necessari accertamenti.

Ancora, la motivazione della sent. n. 385 del 2005 termina con la seguente notazione: "*Nel rispetto dei principî sanciti da questa Corte, rimane comunque riservato al legislatore il compito di approntare un meccanismo attuativo che consenta anche al lavoratore padre un'adeguata tutela*". Evidente la differenza con il tenore usato nella sent. n. 96 del 2015, in cui l'intervento del legislatore è solo auspicato (e non ritenuto indispensabile) dal giudice costituzionale.

29 Come nella sent. n. 420 del 1991 e la sent. n. 141 del 1989.

V. anche le sentt. n. 88 del 1992, 497 del 1988 e 177 del 1984. Oltre a dichiarare, nel dispositivo, l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevede un certo meccanismo, in questo caso la Corte, anche nella motivazione, ne rimette l'individuazione al legislatore.

ad intervenire.

Si noti per inciso che la l. n. 194 del 1978 all'art. 7 disciplina in modo preciso anche le modalità di accertamento dei processi patologici che consentono l'aborto dopo i primi 90 giorni. L'omessa menzione di questo articolo nella sentenza significa che non è strettamente necessario che l'accertamento dei requisiti per l'accesso delle coppie fertili alla PMA avvenga secondo le stesse regole³⁰.

Tornando al carattere pubblico della struttura, la concisa motivazione della Corte costituzionale (ed il mancato richiamo all'art. 8 della l. n. 194 del 1978) aprono problemi di interpretazione su cosa si intenda, oggi, con strutture pubbliche chiamate a verificare la presenza della malattia geneticamente trasmissibile rilevante e le ripercussioni gravi sulla salute della donna.

Anche in questo caso, lo sforzo che deve guidare l'interprete pare quello di rispettare il principio di cautela che permea tutta la decisione costituzionale.

Sebbene non ne faccia menzione, il giudice costituzionale è stato probabilmente influenzato dalla preoccupazione che questo delicato settore potesse diventare appalto degli operatori privati, già attivi in Italia nel campo della PMA, indotti ad ammettere le coppie alle tecniche da interessi prevalentemente economici.

In particolare, dalla lettura del monito della sentenza, si evince che alla Corte costituzionale preme che le strutture abilitate a svolgere questa delicata funzione siano soggette ad autorizzazioni pubbliche e controlli.

Si apre a questo punto il tema delle strutture sanitarie accreditate dalle regioni, a sensi dell'art. 8 *quater* del d. lgs. n. 502 del 1992.

Si tratta di un problema non secondario, posto che molti cicli di fecondazione assistita in Italia sono svolti in queste cliniche, che rispondono ad un fabbisogno della popolazione cui le sole strutture pubbliche non sarebbe in grado di fare fronte.

Il fatto che nella sentenza si faccia riferimento al carattere pubblico dell'ente non pare dirimente per escluderle dalla pratica medica in esame.

Si tenga infatti conto che, ai sensi della l. n. 40 del 2004, art. 10, tutte le strutture autorizzate a svolgere la PMA devono rispondere a requisiti tecnico scientifici e inoltre sottoporsi a controlli esterni. Evidentemente, ciò non è bastato alla Corte costituzionale.

Tuttavia, le strutture convenzionate sono soggette a ulteriori controlli sulla qualità e appropriatezza delle prestazioni erogate, nonché sulla loro struttura organizzativa e sui risultati ottenuti, da parte della regione³¹.

Proprio per questo, lo stesso art. 8 *quater* del d. lgs. n. 502 del 1992 le definisce "equiparate" alle strutture pubbliche.

Dunque, almeno ad un primo esame, svolto prestando attenzione alla *ratio decidendi* della sent. n. 96 del 2015, esse paiono soddisfare quei requisiti cui il giudice delle leggi ha fatto richiamo nella sua pronuncia.

** Ricercatrice in diritto costituzionale presso il Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano.

30 L'art. 7 della l. n. 194 del 1978 prevede che *"I processi patologici che configurino i casi previsti dall'articolo precedente vengono accertati da un medico del servizio ostetrico-ginecologico dell'ente ospedaliero in cui deve praticarsi l'intervento, che ne certifica l'esistenza. Il medico può avvalersi della collaborazione di specialisti. Il medico è tenuto a fornire la documentazione sul caso e a comunicare la sua certificazione al direttore sanitario dell'ospedale per l'intervento da praticarsi immediatamente"*.

31 V. l'art. 8 *quater* del d. lgs. n. 502 del 1992.