

Famiglia e Diritto, 2017, 6, 535 (nota a sentenza)

DIAGNOSI PREIMPIANTO: L'APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA SENTENZA N. 96/2015 DELLA CONSULTA

di Aldo Carrato

Trib. Milano Sez. I Ordinanza, 18 aprile 2017

c.p.c. art. 700

L. 19-02-2004, n. 40, epigrafe

L'ordinanza cautelare del Tribunale di Milano rappresenta una delle prime applicazioni, nella giurisprudenza di merito, degli effetti prodotti nell'ordinamento giuridico dall'importante sentenza della Corte cost. n. 96 del 2015, mediante la quale è stato eliso dalla L. n. 40 del 2004 il divieto di poter procedere alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili affette da patologie geneticamente trasmissibili. Il provvedimento ex art. 700 c.p.c. si lascia apprezzare per l'analisi compiuta della portata della pronuncia del Giudice delle leggi e per la puntuale valutazione dei relativi presupposti applicativi, di non agevole ponderazione in relazione alla specifica fattispecie affrontata e positivamente risolta.

Sommario: Il panorama normativo-giurisprudenziale antecedente alla sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale e la questione sulla rilevanza giuridico-soggettiva dell'embrione umano - Profili generali sulla controversa questione della legittimità della c.d. diagnosi preimpianto - La questione incidentale di legittimità costituzionale comune alle due ordinanze di rimessione che ha portato alla sentenza n. 96 del 2015 - I possibili esiti della sollevata questione di legittimità costituzionale - La pronuncia di accoglimento n. 96/2015 della Corte costituzionale: analisi della sua portata in funzione del suo utilizzo da parte del Tribunale di Milano - Il caso sottoposto all'esame del giudice milanese - Le condivisibili ragioni della soluzione adottata - Brevi conclusioni

Il panorama normativo-giurisprudenziale antecedente alla sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale e la questione sulla rilevanza giuridico-soggettiva dell'embrione umano

Sul piano generale occorre osservare che l'impianto complessivo caratterizzante la L. n. 40 del 2004(1) si fondava sul principio cardine che l'embrione era considerato "persona" a cui veniva conferito una posizione di assoluta preminenza rispetto ai diritti ed alle aspettative degli altri soggetti del progetto parentale, ancorché all'art. 1 della stessa legge risultasse (e risulta tuttora) esplicitato l'intento di voler assicurare a "tutti i soggetti coinvolti" parità di diritti(2). La volontà di riconoscere all'embrione una tutela piena (equiparabile a quella della persona già nata) era evincibile, soprattutto, dagli

artt. 13 e 14 del capo IV della stessa L. n. 40 del 2004, dedicato, infatti, alle "Misure di tutela dell'embrione".

In particolare, nell'art. 13 risultavano - e risultano ancora - sanciti una serie di divieti posti a garanzia anche della dignità umana e riferiti alla: - produzione di embrioni umani a fini non procreativi e, quindi, di ricerca e di sperimentazione (salvo che per il perseguimento di quelli diretti al soddisfacimento di finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso); - alla pratica di ogni forma di selezione a scopi eugenetici; - all'esecuzione di interventi finalizzati a qualsiasi possibile forma di clonazione; - alla produzione di ibridi o chimere.

L'art. 14 individuava, invece, limiti alle metodologie di applicazione della P.M.A., al fine di evitare il compimento di molteplici attività precedentemente diffuse nella pratica sanitaria, ritenute contrarie alla dignità e tutela dell'embrione. A tale scopo erano contemplati i divieti di: - soppressione degli embrioni prodotti; - crioconservazione degli stessi; - produzione di embrioni non superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.

Il principio della predilezione per l'assoluta prevalenza della tutela dei diritti dell'embrione veniva ricavato anche dalla previsione sia del divieto di revoca del consenso da parte della coppia all'impianto dell'embrione fecondato (previsto dall'art. 6, comma 3, ultimo cpv., della legge in questione) che dal correlato obbligo della donna di ricevere in utero tutti gli embrioni (art. 14, comma 2, legge cit.).

La prima pronuncia maggiormente incidente - in ragione sia dei suoi contenuti che degli effetti propri da essa discendenti - sull'impianto della L. n. 40 del 2004 si identifica con la sentenza n. 151 del 2009 del Giudice delle leggi(3).

Con tale sentenza, la Corte costituzionale, investita da diverse autorità giurisdizionali(4), ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale, in primo luogo, dell'art. 14, comma 2, L. n. 40 del 2004 - secondo cui "Le tecniche di produzione degli embrioni [...] non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre" - limitatamente alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre". La Corte, partendo dalla premessa come dalla stessa L. n. 40 del 2004 fosse desumibile che la tutela dell'embrione non si configurava come assoluta ma limitata in relazione alla necessità di bilanciarla con le esigenze della procreazione, rilevava che il divieto di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario e comunque non superiore a tre (divieto che si faceva carico della questione degli embrioni cosiddetti soprannumerari) determinava, per un verso (sul presupposto che non sempre tre embrioni prodotti sono in grado di dare luogo a una gravidanza, variando le possibilità di successo in virtù delle caratteristiche degli stessi embrioni, delle condizioni soggettive delle

donne sottoposte alla procedura di PMA e dell'età delle medesime), la necessità - nel caso in cui il primo impianto non desse esito positivo - di reiterare i cicli di stimolazione ovarica, con conseguente aumento del rischio di insorgenza delle patologie a questa collegate; per altro verso, il medesimo divieto determinava, nelle ipotesi in cui fossero maggiori le possibilità di attecchimento degli embrioni, un pregiudizio diverso alla salute della donna e del feto, nel caso di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria di dette gravidanze (salvo il ricorso all'aborto, previsto dal comma 4 dello stesso art. 14 della L. n. 40 del 2004).

Alla stregua di tali ragioni, l'imposizione di una sorta di protocollo unico, senza riconoscere al medico la possibilità di considerare, sulla base delle conoscenze tecnico-scientifiche, le caratteristiche del singolo caso sottoposto alla procedura di PMA - in particolare, le condizioni soggettive della donna - e di scegliere di volta in volta, in base a dette caratteristiche, il numero degli embrioni da produrre e di quelli da impiantare, veniva a porsi in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il duplice profilo del principio di uguaglianza e di quello di ragionevolezza, poiché il legislatore aveva riservato il medesimo trattamento a situazioni differenti, sia con l'art. 32 Cost., avuto riguardo al potenziale pregiudizio derivante alla salute della donna (ed, eventualmente, del feto). La Corte richiamava, in proposito, la propria precedente giurisprudenza (con particolare riferimento alle sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002) sui limiti posti alla discrezionalità del legislatore dalle acquisizioni scientifiche su cui si fonda la professione medica e sul principio secondo il quale, "in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali".

La Corte dichiarava, pertanto, l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, limitatamente - come evidenziato - alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre", precisando, peraltro, che, in conseguenza del disposto intervento ablativo, si sarebbe dovuto considerare fatto salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione degli embrioni non avrebbero dovuto crearne un numero superiore a quello strettamente necessario (secondo una valutazione demandata, tuttavia, al medico, in base alle circostanze della fattispecie concreta).

In dipendenza della portata della sentenza n. 151 del 2009 erano venuti, dunque, meno sia il divieto di produrre embrioni in numero superiore a tre che impediva al medico di crearne un numero adeguato alle condizioni della donna (ferma restando l'impossibilità di creare un numero di embrioni superiore a quello considerato dal medico come strettamente necessario) sia l'obbligo, per lo stesso medico, di un unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti.

Inoltre, con la stessa sentenza si era osservato che, per effetto della caducazione dell'ultima parte del comma 2 dell'art. 14, veniva ad essere

introdotta, da un lato, una deroga al divieto di crioconservazione (sancito, in via generale, dal precedente comma 1), comportando, dall'altro, "la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti, ma non impiantati per scelta medica".

Le conclusioni relative all'art. 14, comma 2, avevano implicato infine l'adozione di una pronuncia additiva da ricondursi alla "declaratoria di incostituzionalità del comma 3 [dell'art. 14], nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna".

Con la successiva ordinanza n. 97 del 2010(5), la stessa Corte, nuovamente investita di questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1, 2 e 3, le dichiarava inammissibili per effetto della sopravvenuta sentenza n. 151 del 2009.

Appare, inoltre, opportuno porre in risalto che, con la successiva importante sentenza n. 162 del 2014, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa (contemplato dall'art. 4, comma 3, L. n. 40 del 2004), sul presupposto che lo stesso si poneva in contrasto con la fondamentale libertà di autodeterminazione della persona (ricondotta agli artt. 2, 3 e 31 Cost.), la quale, tra le sue espressioni, include la scelta di diventare genitori e formare una famiglia, il cui diritto sarebbe irragionevole non riconoscere anche alle coppie sterili (posto che il progresso scientifico consente, nell'attualità, di soddisfarlo). La caduta di tale divieto è stata giustificata anche dalla tutela del diritto alla salute psico-fisica (previsto dall'art. 32 Cost.) che non sarebbe stato garantito ove fosse stata procurata una sofferenza psicologica a quelle coppie che si sarebbero viste escluse dal ricorso ad una tecnica che, ammessa in altri Paesi, al pari della fecondazione omologa, è protesa, principalmente, a risolvere i problemi riproduttivi determinati da uno stato patologico irreversibile di sterilità. Tuttavia, anche sulla scorta di tali ragioni, la Corte - nella richiamata sentenza - ha escluso che la fecondazione eterologa possa essere utilizzata per "illegittimi fini eugenetici" e che possa essere assimilata ad altre metodiche come la c.d. "surrogazione di maternità".

Bisogna sottolineare che la tutela dell'embrione in quanto tale è salvaguardata anche dalla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, la quale, all'art. 18, comma 1, stabilisce che, anche laddove la legge consenta la ricerca sugli embrioni in vitro, "dovrà essere assicurata un'adeguata protezione dell'embrione".

Nel panorama della giurisprudenza europea sono, poi, intervenute - prima del 2014 - due rilevantissime pronunce, che hanno, tuttavia, aderito ad una concezione della tutela dell'embrione non del tutto univoca.

Infatti, per un verso la Corte di giustizia di Lussemburgo - con la sentenza 18 ottobre 2011 resa in causa C-34/10, *Brustle* - nel sancire la legittimità del

divieto dell'utilizzo a fini commerciali degli embrioni (con riferimento all'interpretazione della Dir. n. 98/44/Ce del 6 luglio 1998 in merito alla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche), aveva optato per una nozione di "embrione umano" da intendersi in senso ampio, ovvero includendovi gli ovuli sin dalla fecondazione (in tal modo pervenendo alla soluzione della tutelabilità dell'invenzione ove risulti funzionale esclusivamente alla salute dell'embrione stesso)(6). Per altro verso, la Corte di europea dei diritti dell'uomo (che, in precedenza, aveva già dato atto che non esisteva a livello europeo una soluzione condivisa sulla qualificazione dello "status di embrione" valorizzando al massimo il principio del margine di apprezzamento in ambito bioetico) - con la sentenza 28 agosto 2012 - ha ritenuto che non fosse sostenibile l'assimilazione tra embrione coltivato in vitro e bambino già nato, rilevando l'incoerenza con la tutela della salute della donna della possibilità, ammessa dall'ordinamento italiano, di procedere all'aborto terapeutico per le medesime patologie per le quali è interdetta la diagnosi preimpianto(7).

Va, però, rilevato che, in seguito, la Corte di giustizia - con sentenza della Grande Sezione del 18 dicembre 2014 - ha ribaltato il principio che aveva affermato con la sentenza resa nel 2011 nel caso *Brustle* (richiamata in precedenza), giungendo ad asserire che un ovulo umano che non è mai stato fecondato e viene sviluppato in laboratorio può essere utilizzato con scopi commerciali e per la ricerca sulla malattia e, quindi, brevettato. In altri termini, con questa rilevante decisione, la Corte di Lussemburgo ha stabilito il principio secondo cui, per essere qualificato come embrione umano, un ovulo non fecondato deve necessariamente avere la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano, con la conseguenza che un ovulo attivato per partenogenesi che abbia iniziato un processo di sviluppo non può essere considerato come un embrione umano ai sensi della direttiva sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche.

In data posteriore alla sentenza posta a fondamento logico-giuridico dell'ordinanza cautelare (ante causam) ex art. 700 c.p.c. del Tribunale civile di Milano, la medesima Corte costituzionale ha - con la recente sentenza n. 84 del 2016 - dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 1, 2 e 3 della L. 19 febbraio 2004, n. 40 del 2004, impugnato, in riferimento agli artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost., in quanto vieta in modo assoluto qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione umano che non sia finalizzata, in assenza di metodologie alternative, alla tutela della salute e allo sviluppo dello stesso. Secondo il Giudice delle leggi il quesito rimanda al conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e - si badi (in tal senso risultando, comunque, riconosciuta una dignità autonoma all'embrione) - il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga

riconosciuto. Sulla soluzione di questo conflitto i giuristi, gli scienziati e la società civile sono profondamente divisi; ed anche le legislazioni, i comitati etici e le commissioni speciali dei molti Paesi che hanno approfondito il problema non sono pervenuti a risultati generalmente condivisi. La Corte di Strasburgo, escludendo nella sentenza della Grande Chambre del 27 agosto 2015 (Parrillo contro Italia) che il censurato divieto di sperimentazione violi l'art. 8 della CEDU, ha osservato che la donazione degli embrioni non destinati a impianto solleva delicate questioni morali ed etiche sulle quali non esiste un vasto consenso europeo e che il Governo italiano non ha ecceduto l'ampio margine di discrezionalità che gli compete. Pertanto, nella scelta (ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, in assenza di soluzioni uniformi nella legislazione europea) tra il rispetto del principio della vita, che si racchiude nell'embrione, e le esigenze della ricerca scientifica, la linea di composizione tra gli opposti interessi attiene all'area degli interventi con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale. Quella recata dalla normativa impugnata è una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di costituzionalità. Per di più, una diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica, non potrebbe comunque introdursi nel tessuto normativo per via di un intervento additivo, stante il carattere non "a rima obbligata" di esso. Il differente bilanciamento, che per mezzo dell'incidente di costituzionalità si vorrebbe sovrapporre a quello presidiato dalla normativa scrutinata, non potrebbe, infatti, non attraversare (e misurarsi con) una serie di molteplici opzioni intermedie, inevitabilmente riservate al legislatore. Unicamente a quest'ultimo compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle "evidenze scientifiche" e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l'altro, all'utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia - e da quali malattie - ovvero anche di quelli scientificamente "non biopsabili"; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il "sacrificio" dell'embrione; all'eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; all'opportunità o meno di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la "commercializzazione" degli embrioni residui.

Profili generali sulla controversa questione della legittimità della c.d. diagnosi preimpianto

Ritornando alla questione che direttamente interessa in questa sede di approfondimento, bisogna sottolineare che un primo problema che si pose in sede applicativa della L. n. 40 del 2004 fu costituito proprio dalla possibilità o

meno, per le coppie alle quali la stessa legge consentiva di accedere alle tecniche di PMA, di chiedere la cosiddetta diagnosi preimpianto sugli embrioni, intendendosi, a questo riguardo, un accertamento - possibile nell'ambito di un programma riproduttivo di fecondazione in vitro, cioè operato su embrioni prodotti in vitro - che, tramite il prelevamento di una o più cellule dell'embrione prima del suo impianto nell'utero (il che comporta un certo margine di rischio di suo danneggiamento e di pregiudizio per il suo ulteriore sviluppo) permetteva di accertare, mediante l'analisi genetica dei materiali del nucleo delle cellule prelevate, se lo stesso embrione fosse portatore di (gravi) malattie genetiche. Tale problema venne a prospettarsi soprattutto al fine di soddisfare lo scopo - perseguito, generalmente, da parte di soggetti richiedenti portatori sani di dette malattie - di selezionare gli embrioni sani e non impiantare nell'utero (e crioconservare o sopprimere) quelli malati.

Tale diagnosi era ritenuta lecita, e comunemente praticata, sino all'entrata in vigore della L. n. 40 del 2004. La questione della sua liceità divenne invece controversa, anche in dottrina, proprio in seguito all'approvazione della L. n. 40 del 2004, ritenendosi che proprio la lettera di detta legge consentisse - in difetto di un'esplicita disposizione che facesse espresso riferimento alla diagnosi preimpianto - entrambe le soluzioni interpretative.

Sulla questione intervennero le Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, adottate dal Ministro della salute con decreto del 21 luglio 2004, ai sensi dell'art. 7, comma 1, L. n. 40/2004, le quali, proprio con riguardo alla sezione intitolata "Misure di tutela dell'embrione - Sperimentazione sugli embrioni umani - (articolo 13, Legge n. 40/2004)", dopo avere proibito "ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica", stabiliva che "Ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, [della legge n. 40 del 2004] dovrà essere di tipo osservazionale". Siffatta limitazione delle indagini preimpianto consentite a quelle "di tipo osservazionale", sembrava, quindi, porre un divieto di effettuare sull'embrione quelle analisi, di tipo, invece, invasivo, necessarie al fine di diagnosticare le malattie genetiche di cui esso poteva essere portatore.

Le prime applicazioni giurisprudenziali(8) si orientarono nella direzione di negare la possibilità della diagnosi preimpianto(9).

Della questione venne investita la Corte costituzionale dal Tribunale di Cagliari che, con un'ordinanza del 16 luglio 2005(10), ritenne rilevanti e non manifestamente infondate, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., le questioni di legittimità dell'art. 13 della L. n. 40 del 2004, nella parte in cui faceva divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che avevano avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie.

Le questioni furono, però, dichiarate manifestamente inammissibili dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 369 del 2006(11) (in relazione ad una ritenuta contraddizione presente nell'ordinanza di rimessione con riguardo all'incompletezza nell'individuazione delle norme censurabili contenenti il contestato divieto).

Successivamente lo stesso Tribunale di Cagliari, in data 24 settembre 2007(12), ebbe a ritenere ammissibile la diagnosi preimpianto sulla base di un'interpretazione considerata conforme alla Costituzione e disapplicando le Linee Guida ministeriali del 2004 (peraltro contrastanti con l'art. 12 della Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina - c.d. Convenzione di Oviedo, del 4 aprile 1997, ratificata e rese esecutiva in Italia con la L. n. 145 del 2001) in quanto da qualificarsi norma di rango inferiore rispetto alla L. n. 40 del 2004, nella parte in cui introduceva il divieto di diagnosi preimpianto prevedendo la sola indagine osservazionale.

A conclusioni analoghe a quelle di quest'ultima decisione del Tribunale isolano pervenne, poco tempo dopo, anche il Tribunale di Firenze con l'ordinanza del 19 dicembre 2007(13), con cui venne ammessa (per la prima volta) anche la crioconservazione degli embrioni soprannumerari.

L'epilogo della vicenda interpretativa in questione fu rappresentato dall'ordinanza del T.A.R. per il Lazio del 21 gennaio 2008, n. 398(14), con cui si pervenne all'annullamento delle predette Linee guida 2004 nella parte in cui stabilivano che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5, L. n. 40/2004 avrebbe dovuto essere di tipo osservazionale, sul presupposto che tale previsione si sarebbe dovuta considerare illegittima perché, mentre l'art. 13 della stessa legge consentiva interventi diagnostici sull'embrione volti alla tutela della salute e allo sviluppo dello stesso, il regolamento ministeriale li aveva inammissibilmente limitati alla sola osservazione.

Successivamente, con le nuove Linee Guida approvate con D.M. Sanità dell'11 aprile 2008 (con il quale fu sostituito il precedente decreto del 21 luglio 2004), si è provveduto ad eliminare la previsione relativa alla necessità che le indagini sulla salute degli embrioni creati in vitro debba essere di tipo osservazionale.

In seguito, con altre numerose pronunce dei giudici di merito(15) è stata ritenuta la legittimità della diagnosi preimpianto (anche finalizzata ad evitare la trasmissione di gravi malattie ereditarie) nell'ottica della sua piena compatibilità con i principi costituzionali posti a tutela della dignità e della salute della persona, avvalorate anche dalla importante sentenza della CEDU 28 agosto 2012 (sul caso Costa e Pavan c. Italia), con la quale era stata accertata la violazione, da parte dello Stato italiano, dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) - ma non dell'art. 14 (sul divieto di discriminazione) - della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con riferimento alla L. n. 40 del 2004

nella parte in cui consente l'accesso alla tecniche di P.M.A. unicamente alle coppie fertili e sterili.

Lo stesso Tribunale di Roma, con ordinanza del 26 settembre 2013, sul presupposto che potesse darsi immediata e diretta esecuzione alla suddetta decisione della CEDU del 28 agosto 2012 e che non fosse, perciò, necessario sollevare la questione di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 4 della L. n. 40 del 2004, pronunciandosi proprio sul ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. formulato dai coniugi Costa-Pavan, lo aveva accolto riconoscendo il diritto dei ricorrenti di sottoporsi al procedimento di PMA con trasferimento in utero della signora Costa, previo esame clinico e diagnostico degli embrioni creati tramite fecondazione in vitro, solo degli embrioni sani o portatori sani rispetto alla patologia da cui erano affette le parti mediante le metodologie previste dalla scienza medica e con crioconservazione degli embrioni malati sino all'esito della tutela di merito, ordinando, per l'effetto, all'ASL RM A o direttamente o avvalendosi di altre strutture specializzate ad eseguire i disposti trattamenti.

La questione incidentale di legittimità costituzionale comune alle due ordinanze di rimessione che ha portato alla sentenza n. 96 del 2015

Con due ordinanze di rimessione del 15 gennaio 2014 e del 28 febbraio 2014, il Tribunale di Roma - ritenendo di non poter fare diretta applicazione di quanto statuito dalla CEDU con la menzionata decisione del 28 agosto 2012 (invero indirizzata allo Stato italiano) - sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, dell'art. 4, comma 1, L. n. 40 del 2004, per assunto contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, nonché per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU nella parte in cui non consentivano il ricorso alle tecniche di P.M.A. alle coppie fertili portatrici di patologie geneticamente trasmissibili.

Con le indicate - ed invero speculari - ordinanze il citato Tribunale aveva, in particolare, ritenuto che gli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, L. n. 40 del 2004 contrastassero:

- con l'art 2 Cost., sul presupposto che tra i diritti soggettivi inviolabili vi sarebbero il diritto della coppia ad avere un figlio "sano" ed il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative; tali diritti - secondo la prospettazione emergente dalle ordinanze di rimessione - sarebbero stati irrimediabilmente lesi dalla limitazione del ricorso alle tecniche di PMA da parte di coppie che, pur non sterili o infertili, rischierebbero, però, concretamente, di procreare figli affetti da gravi malattie genetiche trasmissibili in quanto portatori delle stesse;

- con l'art. 3 Cost., inteso come principio di ragionevolezza (quale corollario del principio di uguaglianza), poiché tale esclusione dalla PMA di dette coppie avrebbe comportato la conseguenza irragionevole, paradossale ed incoerente di costringere le medesime coppie, desiderose di avere un figlio non affetto da patologie genetiche (avendo la consapevolezza degli effetti a queste

riconducibili), a dover affrontare l'esito incerto di una gravidanza naturale e dover, poi, ricorrere - ove rimanesse comprovata la trasmissione al feto di una tale malattia - alla, pur sempre dolorosa, scelta dell'aborto terapeutico, ammessa dalla L. n. 194 del 1978, invece evitabile ove fosse stato consentito legittimamente di procedere alla diagnosi genetica preimpianto degli embrioni (con la possibilità di dar luogo ad una gravidanza, a seguito del ricorso alle tecniche di PMA, conducente alla procreazione di un figlio sano);

- con lo stesso art. 3 Cost., sul presupposto che il suddetto divieto determinava una discriminazione tra la condizione delle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, e quella delle coppie sterili o infertili (o in cui l'uomo risultasse affetto da malattie virali contagiose per via sessuale), alle quali è, invece, riconosciuto il diritto di ricorrere alle tecniche di PMA;

- con l'art. 32 Cost., risultando leso il diritto alla salute della donna, sotto il profilo che la stessa, per realizzare il desiderio di procreare un figlio non affetto da una patologia trasmissibile ereditariamente, sarebbe stata costretta a dover affrontare una gravidanza naturale per, poi, dover, eventualmente, ricorrere ad un aborto terapeutico (nel caso di accertata trasmissione della malattia genetica), con la configurazione di un concreto aumento dei rischi per la sua salute fisica e per la sua integrità psichica, in assenza di un adeguato bilanciamento tra la tutela del suo complessivo diritto alla salute e quella dell'embrione;

- con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione alla norma interposta di cui all'art. 8 della CEDU, poiché consentire l'aborto terapeutico nell'eventualità appena riferita - che avrebbe conseguenze ben più gravi nella sfera psico-fisica della donna (aspirante madre) rispetto alla diagnosi genetica preimpianto - escludeva la funzionalità del divieto imposto dall'art. 4, comma 1, L. n. 40 del 2004, risolvendosi nell'incoraggiamento del ricorso all'aborto del feto, rispetto allo scopo perseguito dalla citata legge, consistente nella tutela del nascituro, traducendosi, in particolare, in una indebita ingerenza nella vita privata e familiare delle anzidette coppie, che dovrebbe ritenersi non proporzionale e non necessaria alla protezione dei diritti dei componenti delle coppie medesime;

- con l'art. 117, comma 1, Cost., in ordine al parametro normativo interposto di cui all'art. 14 della CEDU, sotto il profilo della discriminazione delle coppie fertili, portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, rispetto alle coppie sterili o infertili (o in cui l'uomo risultasse affetto da patologie sessualmente trasmissibili), che, invece, possono ricorrere alle tecniche di PMA in base alla L. n. 40 del 2004 e, conseguentemente, accedere alla diagnosi genetica preimpianto, da ritenersi lecita in base all'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 13 della stessa L. n. 40/2004.

I possibili esiti della sollevata questione di legittimità costituzionale

Come più volte evidenziato, la L. n. 40 del 2004 condizionava l'accesso alle tecniche di PMA alla sussistenza sia di una condizione di sterilità o di infertilità sia di alcuni altri requisiti soggettivi.

Dalla disposizione del comma 1 dell'art. 4 della citata legge - valutata congiuntamente a quelle che l'art. 1 definisce le "Finalità" della legge medesima - si desumeva che l'accesso alle tecniche di PMA richiedeva una diagnosi o, comunque, una documentazione da parte del medico, di sterilità o di infertilità (non altrimenti rimuovibili) ed era, quindi, precluso alle coppie non infertili né sterili(16), ivi incluse quelle affette da patologie trasmissibili (o portatrici sane delle stesse) per le quali la procreazione naturale presentava il grave rischio di trasmissione di dette malattie.

Con riguardo alla valutazione della legittimità di tale divieto si è, tuttavia, già posto in risalto che la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza resa dalla seconda sezione il 28 agosto 2012 nel caso Costa e Pavan contro Italia (ricorso n. 54270/10)(17) aveva affermato il principio secondo cui l'impossibilità dei ricorrenti, in base alla legislazione italiana (e, specificamente, alla stregua della L. n. 40 del 2004), di accedere alle tecniche di PMA e poi alla diagnosi preimpianto per poter mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori sani, violava l'art. 8 della CEDU che sancisce il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare ed esclude ogni ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che essa sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Con tale decisione, la Corte di Strasburgo aveva, invero, operato un vero e proprio giudizio di ragionevolezza, sub specie della coerenza tra le varie disposizioni dell'ordinamento italiano, assumendo l'incoerenza in esso riscontrata quale indice della sproporzione dell'ingerenza dello Stato italiano nell'esercizio del diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare e, conseguentemente, pervenendo all'accertamento della violazione dell'art. 8 CEDU.

Peraltro, la stessa Corte EDU aveva escluso una lesione del divieto di discriminazione previsto dall'art. 14 della CEDU, invocato dai ricorrenti sotto il profilo della discriminazione rispetto alle coppie sterili o infertili o in cui l'uomo sia affetto dal virus dell'HIV o dell'epatite B o C, sull'assunto che il divieto di accedere alla diagnosi de quo "interessa [...] qualsiasi categoria di persone".

Si è già detto delle condivisibili ragioni per le quali il Tribunale rimettente non avrebbe potuto procedere alla diretta disapplicazione dell'art. 4, comma 1, (in relazione all'art. 1, commi 1 e 2), L. n. 40 del 2004, sulla base della decisione (di parziale accoglimento) della CEDU nel caso Costa-Pavan c. Italia (come, invece, aveva ritenuto di poter fare lo stesso Tribunale con l'ordinanza cautelare del 26 settembre 2013, concessiva della tutela urgente invocata

proprio dai coniugi Costa e Pavan), e del perché, invece, avesse scelto legittimamente la necessitata soluzione del giudizio incidentale di legittimità costituzionale (nell'impossibilità di accedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme censurate, per effetto dell'inderogabilità letterale e sistematica del divieto contenuto nel citato art. 4, comma 1, per le coppie fertili di ricorrere alla PMA).

Venendo, perciò, alla valutazione del merito dei denunciati profili di illegittimità costituzionale sembrava - prima facie - che non potesse escludersi la denunciata violazione dei parametri di cui agli artt. 2, 3 e 32 Cost.

In primo luogo - anche sulla scorta dell'impianto logico-giuridico adottato nella sentenza n. 162 del 2014 - pareva sostenibile che la scelta di una coppia di diventare genitori di un figlio "sano" sia includibile (costituendone una delle forme di manifestazione) nel più ampio diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative (funzionale ad evitare il concreto rischio di trasmettere ad un figlio una patologia genetica preventivamente conosciuta di cui uno od entrambi dei genitori stessi siano portatori). Pertanto, le limitazioni di tale libertà - e, quindi, la previsione di un esplicito divieto impeditivo del suo esercizio - avrebbero dovuto essere necessariamente giustificate, sul piano della ragionevolezza e della proporzionalità, dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango, e, perciò, dal soddisfacimento di un'esigenza di bilanciamento di valori che sia costituzionalmente compatibile (v., sul punto, le sentt. n. 332 del 2000 e n. 151 del 2009). In questa ottica si trattava di verificare se la determinazione di avere un figlio "sano" o di andare consapevolmente incontro al rischio di procreare un figlio affetto da una (prevedibile) malattia genetica ereditaria, anche per la coppia che non sia sterile od infertile ma nella quale almeno uno dei componenti sia portatore di una siffatta malattia (inequivocabilmente diagnosticata sul piano medico), poteva essere coercibile, qualora non vulnerasse altri valori costituzionali. Sotto questo profilo si sarebbe potuto valorizzare l'argomento secondo cui la richiesta della coppia - in cui uno dei componenti presentava la suddetta patologia - di accedere alla PMA previa esecuzione della diagnosi preimpianto non avrebbe dovuto considerarsi fondata sulla pretesa di vedersi garantita una condizione di "integrale sanità" del figlio quanto sull'esigenza di evitare che lo stesso, all'atto della nascita, risultasse affetto da quella "specifica (e, quasi sempre, grave, quando anche non rara ed incurabile) malattia" di cui era stato accertato fosse portatore almeno uno dei genitori. In altre parole, con la diagnosi preimpianto nel caso sottoposto ai giudici rimettenti, la coppia aveva esercitato l'azione giudiziale per ottenere la selezione preventiva degli embrioni - ai fini della PMA - non in funzione della scelta di uno di essi che fosse "privo di qualsiasi patologia" ovvero dotato di particolari caratteristiche biotipiche (e, quindi, per il perseguimento di scopi propriamente eugenetici), quanto, piuttosto, per finalizzarla esclusivamente alla scelta dell'embrione privo di quella "specifica patologia" (grave, quando non incurabile), di cui era portatore

almeno uno dei genitori, onde garantire la certezza dell'esclusione di mettere al mondo un figlio affetto da una patologia genetica di origine ereditaria.

Pertanto, in virtù della natura meramente diagnostica che sarebbe riconducibile all'impiego della PGD (acronimo di Pre-implantation genetic diagnosis) nell'ottica appena indicata ed in considerazione dell'esclusiva finalizzazione della stessa a consentire la formazione di un consenso realmente informato nella coppia che vi fa ricorso, senza obliterare il dato che l'informazione medica alla medesima fornita è diretta a prevenire scelte verosimilmente più drammatiche - legittimamente ammesse dall'ordinamento - come quella di ricorrere all'aborto terapeutico ai sensi della L. n. 194 del 1978, si sarebbe potuto pervenire anche a sostenere - entro i detti limiti - la liceità della diagnosi preimpianto (addirittura ritenuta tale da vari giudici di merito, scavalcando il preventivo vaglio di costituzionalità e concedendo direttamente la tutela ex art. 700 c.p.c.), con ogni effetto conseguente in relazione all'asserita violazione della dignità della donna, del nato e del medico. Si osservava, con specifico riferimento alla diagnosi preimpianto, che proprio la possibilità per la donna di accedere all'aborto terapeutico (ai sensi dell'art. 6 della citata L. n. 194 del 1978) evidenziava l'irragionevolezza del divieto posto dall'art. 4, comma 1, L. n. 40 del 2004 (in relazione alle disposizioni generali di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 1 della medesima legge), poiché, sussistendo le condizioni legittimanti previste dalla legge (ovvero il pericolo per la vita e/o per la salute della donna medicalmente accertato) all'esito della diagnosi genetica prenatale effettuata sul feto oltre il terzo mese di gravidanza su richiesta della madre, il sistema normativo - così come complessivamente congegnato (ma verosimilmente antinomico) - non avrebbe consentito (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire "prima" alla donna un'informazione che le avrebbe permesso di evitare di assumere "dopo" una decisione ben più gravida di conseguenze pregiudizievoli per la sua salute psicofisica (da intendersi tutelata dall'art. 32 Cost.), qualificata come legittima dall'ordinamento, che, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, avrebbe dovuto verosimilmente far propendere per la prevalenza di quello della donna (aspirante madre consapevole) su quello dell'embrione. In tal senso, dunque, la tutela della salute e dell'autonomia decisionale della madre (e, dunque, di riflesso anche della coppia nel suo insieme) non avrebbe dovuto essere ritenuta, in via di principio, recessiva rispetto a quella dell'embrione, sino a condizionarne le scelte procreative entro gli stretti limiti pure imposti - dalla medesima L. n. 40 del 2004 - alla professione medica.

Del resto, con la stessa sentenza della Corte di Strasburgo del 28 agosto 2012 sul caso Costa-Pavan c. Italia (ancorché non direttamente condizionante l'orientamento della Corte costituzionale) era stato ritenuto che il divieto di accesso alla diagnosi preimpianto esteso a qualsiasi categoria di persone costituiva una violazione dell'art. 8 della CEDU (e non anche dell'art. 14 della stessa Convenzione europea), donde la possibile accoglibilità anche della violazione riferita all'art. 117, comma 1, Cost., sotto questo profilo. Invero,

l'ordinamento italiano, impedendo di effettuare l'impianto di embrioni, qualora i genitori siano portatori sani di una malattia genetica, ma consentendo alla donna gestante di praticare un aborto terapeutico nell'eventualità in cui il feto risultasse colpito dalla malattia stessa, aveva dimostrato di non essere coerente, tenuto anche conto, in particolare, delle conseguenze che questo comporta sia per il feto, il cui sviluppo è certamente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la donna, il cui interesse alla tutela del diritto alla salute psico-fisica dovrebbe non tanto più essere valorizzato in un'ottica di rilevanza pubblicistica quanto, piuttosto, in una dimensione attinente alla salvaguardia di un patrimonio indisponibile e di una condizione di piena realizzazione dei diritti individuali nello spazio privato. Pertanto, alla stregua della sostanziale assimilazione degli scopi e degli interessi perseguiti dalle coppie sterili od infertili (a cui si indirizza specificamente la previsione di cui al comma 1 dell'art. 4 della L. n. 40 del 2004) con quelli delle coppie fertili in cui, però, uno (almeno) dei componenti sia affetto da una patologia geneticamente trasmissibile, si sarebbe dovuta ritenere emergente una verosimile irragionevolezza nella prevista compatibilità di disposizioni normative che, da un lato, negavano alla coppia stessa la possibilità di assumere preventivamente l'informazione sulle condizioni di salute dell'embrione concepito "in vitro" (al fine di escludere, eventualmente, l'impianto dello stesso ove fosse rimasta accertata la trasmissione della malattia genetica ereditaria) mediante la metodica di PGD e, dall'altro lato, consentivano il successivo eventuale aborto del feto ove portatore della medesima patologia(18). Tale duplice riferimento normativo - avente fonte legislativa distinta - sembrava, piuttosto, aver prodotto un sistema positivo basato su un inconciliabile bilanciamento di interessi e, quindi, qualificabile in termini di "antinomia normativa". Anche in quest'ottica non si sarebbe potuta, perciò, escludere la possibile violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., risolvendosi nell'irragionevole distinzione all'interno delle coppie portatrici di malattie genetiche, dal momento che quelle sterili avrebbero potuto accedere alla PMA ed eventualmente alla diagnosi preimpianto, mentre quelle fertili sarebbero state private di tale possibilità. In altri termini, le coppie portatrici di malattie genetiche sarebbero state ammesse od escluse dalla fecondazione assistita a seconda che fossero o meno fertili, senza, tuttavia, considerare che per le une e per le altre il ricorso alla suddetta tecnica avrebbe potuto costituire l'unica possibilità di avere un figlio non colpito dalla patologia genetica. Alla stregua di tale ragionamento nella legislazione di alcuni Paesi europei (come la Francia, con la L. 29 luglio 1994, n. 654, art. 152/2(19), e la Spagna, con la L. 22 novembre 1988, n. 35, art. 1, poi sostituita dalla L. n. 40 del 2006(20)), che avevano valorizzato la procreazione medicalmente assistita in una prospettiva terapeutica di rimedio alla sterilità e all'infertilità della coppia, erano state ammesse alla PMA anche le coppie portatrici di malattie genetiche, nei confronti delle quali - in un inquadramento del sistema procreativo improntato al principio di responsabilità - pure dovrebbe sussistere un ostacolo insuperabile alla procreazione "naturale" riconducibile al rischio di

mettere al mondo un figlio ammalato (anche in modo eventualmente irreversibile), con tutte le conseguenze morali (e forse anche giuridiche(21)) che ne deriverebbero a carico dei genitori.

Sembra, in sintesi, che la denuncia di irragionevolezza prospettata dal rimettente Tribunale di Roma (con riferimento, soprattutto, agli artt. 3 e 32 Cost.) si sostanziava, in fondo, nella censura di un difetto di coordinamento rispetto alle fattispecie concrete tra la disciplina propria della procreazione medicalmente assistita (di cui alla L. n. 40 del 2004) e quella dell'interruzione volontaria di gravidanza (prevista dalla L. n. 194 del 1978), la quale avrebbe potuto implicare l'esigenza di addivenire ad una soluzione interpretativa armonizzatrice che risultasse tale da bilanciare (e, quindi, rendere compatibili) i diversi interessi tutelati dai due sistemi normativi. In altri termini, si sarebbe potuto sostenere - alla stregua di una non implausibile "interpretazione conforme praeter legem" - l'illegittimità della "restrizione" in via ermeneutica della portata di una disposizione legislativa, attraverso l'introduzione di un'eccezione non espressamente prevista alla portata applicativa dell'art. 4, comma 1, L. n. 40 (in relazione all'art. 1, commi 1 e 2, della stessa legge)(22). Il che, in effetti, poteva tradursi in una sentenza della Corte che riconosceva alla circostanza, da parte di uno od entrambi i componenti della coppia, di essere affetti da anomalie genetiche trasmissibili - la quale sarebbe stata idonea a configurare una situazione tale da legittimare, altrimenti, l'interruzione volontaria di gravidanza (di cui agli artt. 4 e 6 della L. n. 194 del 1978) - la valenza di un'"eccezione non prevista" al divieto di accesso alla PMA (e alla correlata diagnosi preimpianto) rivolto dalle norme censurate alle coppie fertili(23).

Non si sarebbe, tuttavia, potuta escludere l'emergenza di ragionevoli argomentazioni che avrebbero potuto far propendere anche per la dichiarazione di non fondatezza (ma non di manifesta infondatezza) della questione sollevata con le due ordinanze di rimessione.

In prima battuta era stato osservato(24) - in linea anche con la Relazione al disegno di legge poi sfociato nell'approvazione della L. n. 40 del 2004 - che il combinato disposto degli artt. 1 e 4 di questa legge trovava la sua ragione giustificatrice esclusivamente nel perseguimento dello scopo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi riconducibili soltanto ai casi di sterilità ed infertilità, rigorosamente certificati dal medico, con la conseguenza che il diritto di accesso alle tecniche di PMA in dette norme previste non avrebbe potuto configurarsi come una forma di "terapia ampia" per supplire all'impossibilità di procreare (dove sembrava quasi che il legislatore del 2004 si fosse mosso nel solco di una concezione che non riteneva i problemi riproduttivi come facenti pienamente parte del diritto alla salute, da intendersi, peraltro, come un valore dinamico in continua trasformazione). Si era sostenuto, al riguardo, che, in effetti, siccome il legislatore italiano non aveva inteso assumere una posizione unanime sul riconoscimento del diritto incondizionato al figlio, avrebbe potuto

ritenersi giustificata la scelta più prudente dallo stesso compiuta nel non sancire l'esistenza di un diritto assoluto alla procreazione positiva e, quindi, ritenuta legittima la sua scelta nel voler limitare l'utilizzazione di alcune procedure (come quella della PMA), escludendo alcune specifiche applicazioni potenzialmente o concretamente lesive di valori della persona comunque qualificati come fondamentali(25). La stessa sentenza n. 162 del 2014 sembrava muoversi in quest'ottica pur essendo pervenuta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme della L. n. 40 del 2004 nella parte in cui stabilivano il divieto del ricorso alla PMA di tipo eterologo, (solo) "qualora fosse stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili"(26).

Inoltre, ove pure la denuncia di irragionevolezza prospettata dal giudice rimettente (con riferimento, soprattutto, agli artt. 3 e 32 Cost.) fosse stata (plausibilmente) ritenuta ricollegabile - come già posto in risalto - a un difetto di coordinamento tra la disciplina propria della procreazione medicalmente assistita (di cui alla L. n. 40 del 2004) e quella dell'interruzione volontaria di gravidanza (prevista dalla L. n. 194 del 1978), si rilevava che l'intervento manipolativo richiesto alla Corte costituzionale (nel senso di ottenere la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4, comma 1, L. n. 40 del 2004, in combinato disposto con i commi 1 e 2 del precedente art. 1, nella parte in cui non risultava consentito l'accesso alla PMA in favore di coloro che, pur non essendo infertili o sterili, versavano nelle situazioni legittimanti l'interruzione di gravidanza ai sensi degli artt. 4 e 6 della L. n. 194 del 1978) non sarebbe stato esente da profili di problematicità. Infatti, si sarebbe potuta configurare l'eventualità - ove si fosse acceduto alla possibilità di pervenire ad una decisione manipolativa nei termini appena indicati - che la Corte, pur dovendo avere come riferimento il quadro normativo della L. n. 40 del 2004 che non era ispirato alla tutela della salute psico-fisica della donna bensì alla tutela (considerata prevalente) dell'embrione, si sarebbe verosimilmente esposta, nel garantire il diritto di accesso alla PMA anche alle coppie non affette da sterilità o infertilità assolute ma in cui uno dei due aspiranti genitori risultasse portatore di patologie geneticamente trasmissibili, al rischio di pervenire ad una soluzione "non costituzionalmente necessaria". A tal riguardo, in dottrina(27) si era sostenuto che, in effetti, il tipo di manipolazione invocato non sarebbe stato tanto destinato a garantire un coordinamento tra discipline imposto dal principio di ragionevolezza (ai sensi degli artt. 3 e 32 Cost.) e di proporzionalità (in virtù dell'art. 8 CEDU, con la mediazione dell'art. 117, comma 1, Cost.), bensì avrebbe prodotto due norme distinte contemplanti due differenti sistemi di accesso alla PMA (anticipata dalla diagnosi preimpianto) e all'interruzione di gravidanza, il primo dei quali sarebbe stato riconducibile alla sussistenza di presupposti sostanziali, mentre il secondo si sarebbe ricollegato ad una serie di condizioni aventi connotazione procedimentale. Inoltre, si era anche affermato che la procedura tutelata dalla L. n. 194 del 1978 si modellava sulla fisionomia di una situazione personale (ovvero quella di uno

stato di gravidanza già avviato e "in itinere") ben diversa da quella in cui si sarebbe venuto a trovare chi ancora non avesse concepito e che intendesse farlo mediante il ricorso alla PMA con il conforto della diagnosi preimpianto: una trasposizione automatica (ovvero senza alcun adattamento) della prima alla seconda appariva difficilmente realizzabile e, comunque, avrebbe implicato un esercizio di discrezionalità eccedente rispetto alla competenza propria della funzione giurisdizionale spettante alla Corte costituzionale e che, invece, era riconoscibile solo in capo al legislatore.

La pronuncia di accoglimento n. 96/2015 della Corte costituzionale: analisi della sua portata in funzione del suo utilizzo da parte del Tribunale di Milano

Con la richiamata sentenza(28) il Giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., gli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, L. 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili, accertate da apposite strutture pubbliche. Secondo la Corte l'irragionevolezza dell'indiscriminato divieto di accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte delle coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni, è resa evidente dalla circostanza che l'ordinamento italiano consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria, attraverso l'innegabilmente più traumatica modalità dell'interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali. Osservano ancora i giudici della Consulta che tale sistema normativo non permette, pur essendo scientificamente possibile, di far acquisire "prima" alla donna un'informazione che le potrebbe evitare di assumere "dopo" una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute, senza che quest'ultima possa trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in un'esigenza di tutela del nascituro, in ogni caso esposto all'aborto. In conclusione, si è ritenuto che la normativa denunciata costituisca il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone della razionalità dell'ordinamento, e fosse lesiva del diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria. Si aggiungeva, tuttavia, che spetta al legislatore introdurre apposite disposizioni al fine dell'auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base dell'evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possono giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di un'opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle. In conseguenza della dichiarata illegittimità costituzionale in riferimento ai parametri prevalenti di cui agli artt. 3 e 32 Cost. sono state ritenute assorbite le censure relative agli artt. 2 e 117, comma 1, Cost.

In sostanza, il contrasto con l'art. 3 Cost. è stato ritenuto sussistente in virtù dell'insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto, che le denunciate disposizioni opponevano, all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni, laddove era, invece, consentito a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla patologia predetta, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità dell'interruzione volontaria di gravidanze naturali. È stato, inoltre, ravvisato anche il contrasto con l'art. 32 Cost., poiché il sistema normativo non consente di fare acquisire prima alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere dopo una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute, quella, appunto, dell'interruzione volontaria della gravidanza.

In altri termini, il limite impeditivo normativo del ricorso alla PMA da parte di coppie fertili ma affette da una patologia geneticamente trasmissibile - valutato anche in combinazione (sotto il profilo della ragionevolezza sistematica) con la disciplina (di cui alla L. n. 194 del 1978) dell'aborto terapeutico praticabile dalla donna anche oltre il primo trimestre della gravidanza nell'eventualità dell'accertamento della sussistenza di casi in cui il parto o la maternità siano in grado di comportare un serio pericolo per la salute psico-fisica della donna o della (oggettiva) previsione di anomalie o malformazioni per il concepito - è stato ritenuto violativo dell'art. 3 Cost., implicando un'irragionevole discriminazione rispetto alla spettanza di detto diritto in favore delle coppie infertili o sterili in modo irreversibile (o in cui l'uomo sia risultato affetto da patologie sessualmente trasmissibili, in base all'estensione operata dalle Linee Guida del 2008), oltre che un'indubbia lesione - rilevante ai sensi dell'art. 32 Cost. - del bene alla salute psico-fisica da riconoscersi alla donna (aspirante madre), da considerarsi prevalente sulle esigenze sottese alla previsione del divieto della diagnosi preimpianto finalizzata alla PMA.

Emerge dalla pronuncia in discorso la consapevolezza di un'identità dello scopo perseguito dalle coppie fertili e sterili, portatrici di patologia genetica trasmissibile, che ricorrono alla PMA proprio per poter assumere anticipatamente le informazioni circa la presenza di quella specifica malattia genetica trasmessa al concepito, di cui uno dei due aspiranti genitori è portatore (e non, quindi, di qualsiasi altra patologia, donde l'esclusione della tutela del diritto generico ad avere un figlio - in ogni caso - sano), considerando la natura di embrione "in vitro" del frutto del concepimento e non di feto collocantesi, quasi, in rapporto di immedesimazione organica con la madre. Tale situazione sembrerebbe caratterizzata da una sostanziale identità con quella delle coppie sterili od infertili, sia con riguardo alla posizione soggettiva che all'interesse da finalizzare, donde l'ingiustificatezza di un trattamento differenziato in virtù della sussistenza o meno dell'ulteriore requisito soggettivo della sterilità. Del resto, il carattere di residualità ed eccezionalità dell'impiego delle tecniche di PMA nella prospettiva terapeutica

prescelta dalla L. n. 40 del 2004 verrebbe meno, nel caso di specie, ove si consideri che la decisione assunta di optare per la procreazione medicalmente assistita invece che per quella naturale risulterebbe sorretta dal giustificabile scopo di evitare il pericolo per la coppia fertile ma portatrice di patologia trasmissibile di concepire un figlio affetto da quella determinata patologia con l'unica alternativa di ricorrere - quando l'embrione(29) sarà già divenuto feto - all'aborto terapeutico, invece consentito da altra legge(30).

È importante, poi, ricordare che con la successiva - consequenziale - sentenza n. 229 del 2015(31), il Giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 13, commi 3, lett. b), e 4 della L. 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), L. n. 194 del 1978 e accertate da apposite strutture pubbliche. Infatti, essendo stata - con la citata sentenza n. 96 del 2015 - stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della stessa L. n. 40/2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili, accertate - si badi - da apposite strutture pubbliche, ne derivava che quanto era divenuto lecito per effetto di detta pronuncia non avrebbe potuto più, per il principio di non contraddizione, essere attratto nella sfera del penalmente rilevante.

Il caso sottoposto all'esame del giudice milanese

Nel procedimento instaurato dinanzi al Tribunale di Milano due conviventi, ricorrendo allo strumento cautelare di cui all'art. 700 c.p.c., avevano evocato in giudizio una struttura pubblica ospedaliera (attrezzata per procedere alla diagnosi preimpianto in sede di procreazione medicalmente assistita, ma che si era precedentemente dichiarata indisponibile a soddisfare tale richiesta dei ricorrenti) e, sul presupposto che il ricorrente maschio era affetto - per come confortato da apposita documentazione clinico-medica - da esostosi multiple ereditarie da qualificarsi come patologia irreversibile (peraltro trasmissibile geneticamente con modalità autosomica dominante che coinvolgeva tutto l'apparato scheletrico con un rischio quantomeno riconducibile al 50%(per cento)), la quale aveva determinato, in concreto, anche una condizione di infertilità in seno alla coppia, - in funzione della realizzazione del loro diritto a diventare genitori (altrimenti non perseguibile), chiedevano: a) di essere autorizzati a ricorrere alle metodiche di procreazione medicalmente assistita; b) di ottenere l'esecuzione di indagini cliniche diagnosticate sull'embrione; c) di sottoporsi ad un protocollo di PMA adeguato ad assicurare le più alte chances di risultato utile compatibilmente con quanto stabilito nella sentenza Corte cost. n. 151/2009; d) di sottoporsi ad un trattamento medico eseguito secondo tecniche e modalità compatibili con un elevato livello di tutela

della salute della donna nel caso concreto; e) di ordinare, perciò, alla resistente struttura pubblica ospedaliera di ottemperare agli obblighi previsti dalla legge n. 40/2004 eseguendo le indagini cliniche e diagnostiche sull'embrione previste per legge ed il trasferimento in utero della donna convivente con il signore affetto dalla anzidetta grave patologia genetica solo di embrioni sani, nonché pronunciare ogni altro provvedimento ritenuto opportuno e conseguente.

Nell'opposizione della resistente e dopo aver sollevato questione incidentale di legittimità costituzionale negli stessi termini già individuati dal Tribunale di Roma nelle precedenti ricordate ordinanze, culminate nell'accoglimento delle questioni con la richiamata sentenza n. 96 del 2015 (dove la declaratoria di inammissibilità della questione prospettata dal giudice milanese essendo la stessa divenuta priva di oggetto), il Tribunale meneghino è pervenuto all'accoglimento dell'istanza cautelare dei due conviventi ritenendo sussistenti sia il presupposto della verosimile fondatezza della domanda nel merito che il pericolo nel ritardo ai fini della concessione dell'invocata cautela.

Per giungere a tale esito il giudice adito ha fatto correttamente leva proprio sulla portata e sugli effetti immediatamente applicabili della stessa sentenza n. 96 del 2015 (oltre che sugli arresti pregressi - pure precedentemente segnalati - raggiunti dalla giurisprudenza sovranazionale).

A tal proposito non è sfuggito al giudice milanese che il Giudice delle leggi - con la suddetta sentenza - non ha "liberalizzato" (per così dire) il ricorso alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, bensì ha individuato due specifici requisiti per la liceità dell'accesso di tali coppie alla PMA, ovvero: a) la gravità del danno o del pericolo che potrebbe derivare alla madre dalla prosecuzione della gestazione; b) la necessità di un accertamento da parte di apposita struttura pubblica specializzata. È stato, in merito, affermato⁽³²⁾ che queste due condizioni - presenti sia nella motivazione che nel dispositivo della sentenza della Consulta - sono venute a far parte della "normativa di risulta" e costituiscono, quindi, parte integrante della L. n. 40 del 2004.

Da parte della migliore - e condivisibile - dottrina⁽³³⁾ è stato notato come la richiesta che la diagnosi della malattia genetica di cui gli aspiranti genitori sono portatori sia effettuata da centri pubblici appare del tutto plausibile, non potendo la Corte individuare specifici criteri di accreditamento dei centri autorizzabili. Allo stesso modo è stato ritenuto del tutto ragionevole, al fine di parametrare il grado di gravità della malattia genetica legittimante il ricorso alla diagnosi preimpianto, il richiamo al criterio già normativamente predeterminato dalla L. n. 194 del 1978 (e, segnatamente, dal suo art. 6, comma 1, lett. b), che consente di poter legittimamente ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza anche oltre il terzo mese.

Al di là dell'individuazione di questi due criteri base di riferimento necessario per il ricorso alla diagnosi preimpianto da parte delle suddette coppie, il Giudice delle leggi non poteva spingere la portata della menzionata sentenza nella specificazione di ulteriori requisiti, la cui determinazione non poteva che essere demandata all'azione discrezionale del legislatore. In questa ottica, nella stessa decisione, i giudici della Consulta hanno esplicitamente asserito che costituiva compito del legislatore 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 e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di 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).

Le condivisibili ragioni della soluzione adottata

Ciò posto, il Tribunale di Milano - compiendo una completa istruzione sommaria e procedendo ad un'applicazione diretta degli effetti discendenti dalla sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale - ha ritenuto ricorrenti i presupposti per garantire una tutela effettiva ed immediata del diritto dedotto in giudizio, proprio avendo riguardo al puntuale soddisfacimento delle due condizioni precettivamente imposte dalla pronuncia della Consulta (essendo rimasta demandata - come evidenziato - al futuro intervento del legislatore l'approvazione della normativa residua integratrice sulla scorta dell'auspicio operato dallo stesso Giudice delle leggi).

Pertanto, in ordine al requisito della gravità della patologia genetica dell'aspirante padre, il decidente non poteva non ricorrere ad un mirato accertamento medico che definisse la peculiarità della patologia genetica (con un rischio di trasmissione elevato fino a raggiungere il 50%(per cento), individuato da un apposito centro di consulenza genetica) dell'uomo in funzione del grave pericolo di cui avrebbe potuto risentire la donna nell'intraprendere una gravidanza a seguito della fecondazione avvenuta attraverso un gamete - non preventivamente selezionato - affetto dalla suddetta patologia(34) ed idoneo per la formazione di un embrione(35) sano all'interno dell'utero materno. Su tal punto, il giudice milanese ha individuato tutta una serie di circostanze cliniche oggettive (quale la probabile deformità degli arti, il dolore associato alla malattia, la necessità di sottoposizione a plurimi interventi chirurgici e il patema d'animo che si sarebbe potuto ripercuotere sulla coppia e sulla donna in particolare in stato di gravidanza) che, obiettivamente, potevano configurare il "criterio normativo di gravità" individuato nella sentenza della Corte costituzionale e che avrebbe, quindi, potuto determinare la scelta - ancor più invasiva (psicologicamente e fisicamente) - del ricorso all'aborto terapeutico anche dopo il primo trimestre della gravidanza.

Del resto, proprio per effetto della portata della citata sentenza n. 96/2015 (e pur auspicandosi l'intervento del legislatore), non appare discutibile che, in attuazione degli artt. 3 e 32 Cost. e del medesimo art. 6 della L. n. 194/1978(36) costituenti espressione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile e della tutela della salute della donna, alla PGD/PMA per le coppie con grave rischio di trasmettere patologia genetica legittimante il successivo aborto (come attestato da apposita certificazione medica rilasciata da struttura pubblica autorizzata), debba ora estendersi - in via analogica - la medesima disciplina prevista per l'aborto terapeutico.

Nell'ordinanza del giudice milanese è stato, poi, compiuto un ampio ed adeguato esame della ricorrenza dell'altro requisito della necessità della sottoposizione della donna alla diagnosi preimpianto in una struttura pubblica. Al riguardo il giudicante ha osservato come lo stesso art. 10 della L. n. 40 del 2004 impone che le strutture autorizzate a svolgere la PMA devono rispondere a requisiti tecnico-scientifici, controllabili dall'esterno. Lo stesso decidente ha, poi, valorizzato il principio di cautela a cui si è ispirata la Corte costituzionale nella previsione della necessità del ricorso ad una struttura pubblica e ne ha, perciò, tratto la giusta conseguenza che detta struttura debba essere abilitata a svolgere la PGD, oltre ad essere sottoposta ad autorizzazioni pubbliche e a controlli specifici.

Con riferimento al caso di specie, il decidente ha accertato in concreto - anche in virtù dell'emergenza di apposita determinazione deliberativa dell'Amministrazione dell'ospedale resistente - che quest'ultimo era legittimato a procedere all'effettuazione della diagnosi preimpianto nei confronti delle coppie richiedenti la PMA, ai sensi della L. n. 40 del 2004, ragion per cui, correttamente, è stato ritenuto configurato anche il secondo requisito prescritto dalla sentenza n. 96 del 2015.

L'ordinanza, inoltre, è particolarmente apprezzabile nella parte in cui affronta il problema dell'indisponibilità - da parte della resistente struttura pubblica sanitaria - del requisito tecnologico relativa alla specifica strumentazione necessaria per procedere alla PGD. Il giudice adito supera questo ostacolo ribadendo l'indirizzo più volte ribadito dalla giurisprudenza costituzionale sulla prevalenza del diritto assoluto alla salute, come garantito dall'art. 32 Cost. e salvaguardato anche dall'art. 8 della CEDU e dall'art. 7 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, diritto, perciò, al cospetto del quale gli altri interessi costituzionalmente protetti sono recessivi(37).

Nel provvedimento cautelare viene opportunamente richiamato anche l'arresto del Consiglio di Stato di cui alla sentenza n. 3297 del 2016 relativa alla dichiarata illegittimità di una determinazione della Regione Lombardia sulla discriminazione - dal punto di vista assistenziale - delle prestazioni tra la fecondazione omologa e quella eterologa. A tal proposito, Il Consiglio di Stato aveva rilevato che il punctum discriminis, in questa specifica materia, non poteva essere rinvenuto nelle sole esigenze finanziarie che, pur dovendo

essere preservate in un ragionevole temperamento di altri beni costituzionali (v., in particolare, artt. 81 e 117, comma 2, lett. e), Cost.), mai avrebbero potuto sacrificare interamente il nucleo irriducibile e "indefettibile" del diritto alla salute. Nelle citata pronuncia si aggiungeva anche che il richiamo a tali esigenze finanziarie non avrebbe potuto giustificare né celare la mancanza di adeguate ragioni selettive, che ponessero un ragionevole punto di discriminazione nell'accesso alle prestazioni sanitarie di soggetti aventi pari diritto. Anche il riferimento alla mancata inclusione della prestazione relativa alla fecondazione eterologa (come quella alla PGD) nei L.E.A non appariva, perciò, decisivo, poiché esso non avrebbe potuto impedire alla Regione di ammettere, nella propria autonomia garantita anche dall'art. 117 Cost., l'erogazione di prestazioni sanitarie aggiuntive rispetto ai L.E.A., laddove disponga di risorse finanziarie utili a tal fine (come, nella specie, aveva appunto fatto la Regione appellante, assumendo a proprio carico, sia pure con la previsione di un ticket, le tecniche di fecondazione omologa). In sintesi, la doverosa considerazione delle esigenze finanziarie da parte dell'Amministrazione non potevano indurla a discriminare - come era, invece, in concreto avvenuto - talune prestazioni all'interno di una categoria di medesimi assistiti da trattare in modo unitario, incidendo negativamente, per i soggetti discriminati, sul loro diritto alla salute, per quanto "finanziariamente condizionato", e sul nucleo "irriducibile" ed essenziale del loro diritto, quale affermato e configurato dalla Corte costituzionale.

Inoltre, il giudice milanese non ha mancato di porre in risalto - altrettanto oculatamente - come il diritto alla prestazione sanitaria, qualora la struttura pubblica compulsata dovesse trovarsi nell'impossibilità di erogarla in forma diretta, debba essere garantito attraverso il suo soddisfacimento in forma indiretta, mediante il ricorso ad altre strutture sanitarie idonee: in merito si richiama, opportunamente, l'art. 3 della L. n. 595 del 1985 (intitolato "Prestazioni erogabili in forma indiretta e prestazioni aggiuntive di assistenza sanitaria"), il quale prevede che: 1) Le prestazioni sanitarie sono erogate, di norma, in forma diretta attraverso le strutture pubbliche o convenzionate; 2) Le leggi regionali e provinciali stabiliscono quali fra dette prestazioni possono essere erogate anche in forma indiretta, nel caso in cui le strutture pubbliche o convenzionate siano nella impossibilità di erogarle tempestivamente in forma diretta; 3) Le medesime leggi stabiliscono pure le modalità per accedere alle prestazioni e per ottenere il concorso nella spesa sostenuta (omissis).

Infine, il Tribunale di Milano ha potuto agevolmente ravvisare l'emergenza del periculum in mora, siccome univocamente scaturente dalla non più giovane età dell'aspirante madre, ma soprattutto dal verosimile pregiudizio non risarcibile (o incertamente commisurabile sul piano pecuniario) di cui la stessa avrebbe potuto risentire sul piano dell'attentato alla sua salute fisica e psichica, estendibile anche al compagno, in virtù dell'aumento del grado di insuccesso - in relazione alla legittima aspirazione a diventare genitori - del ricorso alle tecniche di PMA con correlata sottoposizione a diagnosi genetica preimpianto.

Brevi conclusioni

In definitiva, si ritiene che l'ordinanza cautelare del Tribunale di Milano meriti convinta adesione per aver saputo "attualizzare" la portata (non di agevole percezione ed implicante delicati profili interpretativi) della importante sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale, la quale ha riconosciuto, nell'ambito della gerarchia dei diritti fondamentali della persona che pone al vertice la tutela del diritto alla salute della donna, il diritto di procreare e il diritto di costituire una famiglia come "scelta privata" che non ammette ingerenze del legislatore, censurando la irragionevolezza e la illogicità della previsione che non consentiva alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili di accedere alla PMA e alla DGP (salvo poi riconoscere il diritto, alle medesime condizioni, di ricorrere alle comuni diagnosi prenatali e all'aborto).

Grazie a questa pronuncia della Consulta (che i giudici di merito hanno cominciando ad applicare sul piano propriamente giurisdizionale), nel caso di coppia portatrice di malattie genetiche, la DGP con trasferimento dei soli embrioni non portatori del gene della malattia consente ora alla stessa coppia di realizzare un "progetto di procreazione responsabile", limitando per quanto possibile i sacrifici, essendo indubbio che l'interruzione di gravidanza ad esito di una diagnosi prenatale infausta è molto più traumatica, sia con riferimento alla salute della donna, sia in relazione agli interessi del nascituro che si trova, ormai, nello stadio fetale.

Il giudice milanese - con il provvedimento adottato (e qui annotato) - ha saputo dimostrare come la PGD relativa a malattie gravi rappresenti una prestazione essenziale di assistenza, evidenziando come sussista un criterio omogeneo di gravità della patologia, dell'embrione come del feto, in forza del quale a tutela della salute della donna è evincibile la pretesa ad effettuare la diagnosi genetica sull'embrione prima, per evitare un aborto terapeutico del feto, dopo. Concedere alla donna una tale possibilità non può rientrare nella discrezionalità dell'azienda sanitaria, per cui - a seguito della più volte citata sentenza della Corte costituzionale - ove emerga un criterio di gravità nella patologia tale da determinare l'aborto terapeutico il Centro di PMA pubblico, su richiesta della paziente, dovrà effettuare la PGD direttamente o garantirle la possibilità di poterla eseguire in forma indiretta.

(1) È opportuno ricordare che le quattro richieste di referendum abrogativo erano state dichiarate ammissibili dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 46, 47, 48 e 49 del 2005. Successivamente allo svolgimento delle operazioni di voto, la Presidenza del Consiglio dei ministri rendeva noto, con il comunicato del 15 luglio 2005 pubblicato nella G.U. della Repubblica 15 luglio 2005, n. 163, che alla votazione referendaria non aveva partecipato la maggioranza degli aventi diritto.

(2) Cfr., per tutti, L. D'Avack, La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre, in *Il diritto di fam. e delle persone*, 2009, spec. 1024 ss., nonché L'ordinanza 7 dicembre 2012 del Tribunale civile di Firenze, ivi, 2013, spec. 1278 ss. Del resto, sul piano scientifico, già il Comitato nazionale per la Bioetica reso l'11 aprile 2003 su "ricerche utilizzando embrioni umani e cellule staminali" riconosceva a detti embrioni la qualità di vite umane "a pieno titolo"; in tal senso si sosteneva che proprio perché gli embrioni non avrebbero potuto qualificarsi quale mero insieme di cellule, prive di un intrinseco valore, il rispetto e la protezione a questi dovuti esulavano dalle modalità con cui fossero stati procreati ed, eventualmente, dalla loro natura soprannumeraria.

(3) In *Giur. cost.*, 2009, 1656 ss., con note di M. Manetti, Procreazione medicalmente assistite; una political question disinnescata, e di C. Tripodina, La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena di difendere".

(4) Si trattava del T.A.R. per il Lazio - 21 gennaio 2008, n. 398 (che aveva sollevato questione di legittimità con lo stesso provvedimento con il quale aveva annullato le Linee guida del 2004 là dove stabilivano che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro deve essere di tipo osservazionale) e del Tribunale ordinario di Firenze (con due distinte ordinanze del 12 luglio e del 26 agosto 2008).

(5) È importante segnalare che con la stessa ordinanza n. 97 del 2010 la Corte dichiarava manifestamente inammissibile, per difetto di motivazione sulla rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ult. cpv., della L. n. 40 del 2004.

(6) Con questa sentenza la Corte di Lussemburgo era pervenuta ad una definizione della nozione di embrione senza distinguere la vita umana embrionale in fasi, più o meno rilevanti, di sviluppo, statuendo che sin dalla fecondazione dell'ovulo l'essere umano va protetto rispetto ad un possibile sfruttamento industriale dello stesso.

(7) La Corte di Strasburgo non aveva ritenuto, nel caso di specie, a differenza di quanto avvenuto, in materia di fecondazione eterologa, nella sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2001 resa nel caso S.H. ed altri contro Austria (ricorso n. 57813/00), di ricorrere al criterio, da essa stessa elaborato, del margine di apprezzamento di cui dispongono le autorità nazionali nell'attuazione degli obblighi nascenti dalla CEDU. La Corte ha negato tale margine in base all'argomento che, nella specie, non si trattava della fecondazione eterologa - settore riconosciuto come fonte di delicati interrogativi di ordine morale ed etico sullo sfondo di una continua evoluzione medica e scientifica nonché sul quale manca una chiara e univoca tendenza tra gli Stati membri - ma di quella omologa e di una questione che, stando ai dati di diritto comparato in suo possesso, riguardava, oltre all'Italia, solo due Stati

su trentadue presi in esame (l'Austria e la Svizzera, nella quale ultima, peraltro, era all'esame una modifica della legislazione diretta ad ammettere, in modo controllato, la diagnosi preimpianto).

(8) Cfr. Trib. Catania 3 maggio 2004, ord., in Foro it., 2004, I, 3498, con nota G.C. Casaburi, nonché T.A.R. Lazio, Sez. III, 9 maggio 2005, n. 3452, e TAR Lazio, Sez. III, 23 maggio 2005, n. 4047.

(9) Per un esaustivo e ragionato panorama in argomento cfr. G. Nicastro, La normativa sulla procreazione medicalmente assistita "riscritta" dai giudici, in *Questione giustizia*, 2013, 1, 189-207 e, più recentemente, B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano, 2017.

(10) In *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 613. Nel procedimento principale, una coppia di coniugi, entrambi portatori sani di beta-talassemia, che era stata ammessa alla procedura di PMA, aveva chiesto al primario dell'Ospedale regionale per le microcitemie la diagnosi preimpianto sull'embrione già formato, rifiutandone l'impianto sino a che tale diagnosi non fosse stata effettuata (l'embrione era stato, perciò, sottoposto a crioconservazione). A fronte del rifiuto del medico - opposto sulla base dell'art. 13 della legge n. 40 del 2004 - i coniugi aveva chiesto, in via cautelare, che fosse dichiarato il loro diritto a ottenere la diagnosi e adottato un decreto che ordinasse al medico di procedervi. Ad avviso del rimettente, la disposizione censurata avrebbe violato il diritto alla salute sia della donna sia dello stesso embrione - in quanto "probabilmente condannato a subire, nel tempo, danni biologici (...) [laddove] il rischio di inutilizzabilità a causa della diagnosi preimpianto si aggirerebbe statisticamente attorno all'uno per cento" - nonché l'art. 3 Cost., in ragione dell'ingiustificato diverso trattamento riservato ai genitori nel corso della gravidanza e nel corso del procedimento di PMA, atteso che ai primi è consentita la diagnosi prenatale.

(11) Corte cost. n. 369 del 2006, ord., in *Giur. cost.*, con note di C. Casini e M. Casini, Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004.

(12) In *Corr. giur.*, 2008, 3, 383, con nota di G. Ferrando, Il Tribunale di Cagliari dice sì alla diagnosi preimpianto.

(13) In *Fam. e dir.*, 2008, 7, 723, con nota di F. Astiggiano, Evoluzione delle problematiche relative all'analisi preimpianto dell'embrione e nuove Linee guida ministeriali.

(14) In questa Rivista, 2008, 5, 499, con nota di A. Figone, Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione?

(15) Cfr. Trib. Bologna 29 giugno 2009, ord. (con la quale, dando applicazione alla sent. n. 151 del 2009 della Corte costituzionale, venne disposta l'applicazione della diagnosi preimpianto di un numero minimo di sei embrioni ed il trasferimento in utero dei soli embrioni sani, oltre alla crioconservazione degli embrioni soprannumerari); Trib. Salerno 9 gennaio 2010, ord. (con cui

venne ordinata l'esecuzione dell'indagine preimpianto ed il trasferimento dell'utero degli embrioni che non presentavano mutazioni genetiche, riconoscendosi per la prima volta alla coppia non sterile in senso tecnico la possibilità di accedere alla P.M.A. in deroga a quanto previsto dalla legge, riconoscimento reiterato con ordinanza dello stesso Tribunale del luglio 2010); Trib. Cagliari 9 novembre 2012, ord. (con la quale, in accoglimento del ricorso, accertava il diritto della coppia ricorrente ad ottenere, nell'ambito dell'intervento di P.M.A., l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni ed il trasferimento in utero della donna solo degli embrioni sani o portatori sani delle patologie da cui erano risultati affetti i medesimi ricorrenti; disponeva, altresì, che la competente ASL eseguisse, nell'ambito del suddetto intervento, l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni e trasferisse nell'utero della donna, qualora da lei richiesto, solo gli embrioni sani ovvero portatori sani delle patologie da cui erano risultati affetti gli stessi ricorrenti, mediante le metodologie previste in base alla scienza medica e con crioconservazione degli ulteriori embrioni).

(16) Al riguardo, bisogna ricordare - come già sottolineato - che le Linee guida aggiornate del 2008, nella parte relativa alla "Certificazione di infertilità o sterilità (ai sensi del comma 1 [dell'art. 4])", avevano esteso la possibilità di ricorso alle tecniche di PMA anche alle coppie in cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBC (epatite B) o HCV (epatite C) in ragione del fatto che, in tali casi, l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto nel caso di rapporti sessuali non protetti costituiva "di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione", da fare rientrare tra i casi di infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico. Una sorta, quindi - come la definiscono le Linee guida - di infertilità "di fatto", che ampliava i casi di accesso alle tecniche di PMA, pur se solo al ricorrere di determinate malattie tassativamente indicate.

(17) In Nuova giur. civ. comm., 2013, I, 66 ss., con nota di C. Pardini, la diagnosi reimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: influenza delle pronunce nel panorama italiano.

(18) Infatti, la L. 22 maggio 1978, n. 194, si prefigge di tutelare la maternità e il diritto alla vita del concepito. Tuttavia, pur salvaguardando la vita umana dal suo inizio (art. 1), il diritto alla vita del concepito non gode di tutela assoluta ed incondizionata, poiché è destinato a soccombere nel bilanciamento con il diritto alla salute psico-fisica della gestante. Invero, a fronte di un pericolo per la salute della donna, costei può esercitare il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza, avvalendosi, al riguardo, di una sorta di "scriminante speciale", tipizzata dalla legge ed assimilabile allo stato di necessità. In questo quadro normativo appare evidente che, nel contemperamento tra il valore del diritto di aspettativa alla vita del nascituro e il valore (attuale) del diritto alla salute della donna, viene attribuito preferenza al secondo. Si è anche aggiunto che, anche a voler riconoscere un diritto a non nascere se malformato, questo

sarebbe un "diritto adespota", poiché, ai sensi dell'art. 1 c.c., la capacità giuridica si acquista solo con la nascita ed, inoltre, i diritti che la legge riconosce in favore del concepito, in virtù degli artt. 462, 487 e 715 c.c., sono, in ogni caso, subordinati all'evento della nascita.

(19) La disciplina della diagnosi preimpianto è stata modificata, in Francia, dalla L. n. 800/2004, (art. L 2131-4 "Code de la santé publique"), con la quale essa è stata ammessa, con attestazione medica, quando è altamente probabile che il nascituro possa essere affetto da malattia genetica o incurabile.

(20) Il cui art. 12 stabilisce che la diagnosi preimpianto ha come scopo principale la diagnosi di malattie ereditarie gravi, di manifestazioni precoci e non suscettibili di essere sottoposte a trattamenti curativi postnatali conformemente alle conoscenze scientifiche acquisite con lo scopo di pervenire alla selezione embrionale dei pre-embrioni non malati al fine del loro trasferimento.

(21) G. Ferrando, nel contributo Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili, in Nuova giur. civ. comm., 2013, II, 20 ss., ricorda, a tal proposito, il caso deciso dal Tribunale di Piacenza, il quale - con la sentenza 31 luglio 1950 (in Foro it., 1951, I, 987) - riconobbe la responsabilità del padre che aveva contagiato il figlio di lue all'atto del concepimento.

(22) Questo procedimento ermeneutico viene definito dalla teoria generale del diritto di origine tedesca come operazione di "riduzione teleologica" che, in un certo senso, costituisce il rovescio del procedimento analogico, siccome si fonda sulla constatazione di un vuoto normativo riconducibile, per l'appunto, all'omessa previsione di un'eccezione all'ambito applicativo di una norma, in relazione alla ratio stessa della disposizione normativa oltre che dei principi generali dell'ordinamento (per questa teoria v. F. Viganò, Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali, in Corso - Zanetti (a cura di), Studi in onore di Mario Pisani, II, Roma, 2010, 636 ss., spec. 657).

(23) La dottrina specialistica (v., ad es., B. 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, in Riv. AIC, 2014, 2) aveva già osservato come, nell'eventualità in cui la Corte costituzionale avesse accolto la questione, non vi sarebbe stato alcun rischio di accesso indiscriminato e incontrollato alle tecniche assistite e, dunque, alla diagnosi preimpianto da parte di tutte le coppie né sterili né infertili; infatti, l'eliminazione del divieto avrebbe consentito tale accesso solo alle coppie portatrici di gravi malattie genetiche, rispetto alle quali dunque fosse intervenuto un effettivo accertamento medico.

(24) V., ad es., L. D'Avack, L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche, in Il dir. di famiglia e delle persone, 2010, 1738 ss.

(25) Da ciò il D'Avack, in op. ult. cit., ne desume che ancor meno può dirsi esistente nell'ordinamento, nella Carta costituzionale e nelle Convenzioni internazionali, un "diritto al figlio sano"; del resto, invocare la "normalità" dell'essere umano potrebbe condurre verso un forma di "eugenismo discreto", senza trascurare che, al fine di garantire la libertà autentica della scelta delle coppie, costituisce compito delle autorità competenti e della scienza operare per offrire una migliore rappresentazione sociale dell'handicap. Lo stesso autore, nel ravvisare come eticamente ma anche giuridicamente inammissibile una selezione embrionaria dettata da ragioni non strettamente mediche, ma di mera preferenza genitoriale, ricorda che il diritto non assolve soltanto al compito di assicurare l'ordine nell'ambito della società ("ne cives ad arma ruant"), bensì anche a quello di educare a valori che possono considerarsi irrinunciabili per la persona.

(26) Tale divieto è stato, quindi, considerato idoneo a determinare una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della L. n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli (ma non necessariamente sani), senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali devono, comunque, ritenersi congruamente garantite.

(27) Cfr. 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* (nota a Trib. Roma 23 settembre 2013, ord., Costa-Pavan c. Asl Roma A + 1), in *Diritto pen. cont.*, 2014, 2, spec. 267 ss.

(28) In *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 930 ss.; in *Corr. giur.*, 2016, 186, con nota di M.A. Iannicelli. Meritevole di menzione è anche il commento di C. Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2.

(29) Sulla questione della sussistenza o meno di una dignità autonoma in capo all'embrione v., da ultimo, F.D. Busnelli, *Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 3, 393 ss.

(30) È interessante ricordare che, da ultimo, le Sezioni unite - con la recente sentenza 22 dicembre 2015, n. 25767 (in *Corr. giur.*, 2016, 41 ss., con nota di G. Bilò, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*), emanata in tema di danno da nascita indesiderata - hanno stabilito i seguenti due principi: 1) in materia di responsabilità medica da nascita indesiderata, il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza - ricorrendone le condizioni di legge - ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite "praesumptio hominis", in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo

stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale; 2) in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il nato disabile non può agire per il risarcimento del danno, neppure sotto il profilo dell'interesse ad avere un ambiente familiare preparato ad accoglierlo, giacché l'ordinamento non conosce il "diritto a non nascere se non sano", né la vita del bambino può integrare un danno-conseguenza dell'illecito omissivo del medico.

(31) Non è stata, invece, ritenuta fondata con la stessa sentenza n. 229/2015 la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 6, L. n. 40/2004, nella parte in cui comprende la soppressione di embrioni non trasferiti per le anzidette ragioni. La Corte ha rilevato, in proposito, che tale soppressione non è, infatti, necessaria per portare a termine utilmente diagnosi e selezione preimpianto, dunque per garantire la salute della donna. L'embrione residuo - dotato di valore costituzionale ex art. 2 Cost. - deve piuttosto essere crioconservato, in deroga al divieto penale di cui all'art. 14, comma 1, L. n. 40/2004. Allo stesso modo, con la successiva e già citata sentenza n. 84/2016, il Giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 1, 2 e 3, L. 19 febbraio 2004, n. 40, impugnato, in riferimento agli artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, comma 1, Cost., in quanto vieta in modo assoluto qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione umano che non sia finalizzata, in assenza di metodologie alternative, alla tutela della salute e allo sviluppo dello stesso. Il quesito rimanda al conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto. Sulla soluzione di questo conflitto i giuristi, gli scienziati e la società civile sono profondamente divisi; ed anche le legislazioni, i comitati etici e le commissioni speciali dei molti Paesi che hanno approfondito il problema non sono pervenuti a risultati generalmente condivisi.

(32) V. I. Pellizzone, L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza n. 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale, in www.forumquadernicostituzionali 4 novembre 2015.

(33) Cfr., per tutti, G. Ferrando, Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, II, 582 ss.

(34) Si calcola che siano oltre 10.000 le mutazioni genetiche produttrici di altrettante patologie, trasmissibili da genitori portatori ai propri figli, che è possibile diagnosticare grazie alla diagnosi genetica preimpianto sull'embrione (tra queste le più note e ricorrenti sono la fibrosi cistica, la talassemia, l'atrofia muscolare spinale e l'emofilia).

(35) Si noti che la procedura di screening che precede l'impianto in utero dell'embrione avviene in una fase molto precoce dello sviluppo di quest'ultimo, ovvero quando esso trovasi ancora allo stadio di blastocisti (generalmente collocato tra il 4°(gradi) e il 14°(gradi) giorno dopo la fecondazione) e, in via preferenziale, la tecnica viene eseguita mediante la biopsia dell'embrione, la quale viene effettuata da 3 a 5 giorni dopo l'immissione dello spermatozoo nell'ovocita.

(36) In dottrina (v. I. Pellizzone, op. cit.) si è osservato che, invece del richiamo all'art. 6, comma 1, lett. b), L. n. 194/1978 e al criterio di gravità da esso presupposto, il Giudice delle leggi 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. Tuttavia, dallo stesso orientamento scientifico si aggiunge che, ricorrendo al richiamo all'art. 6, invece che all'art. 4, la Corte ha posto un argine più incisivo all'accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto delle coppie fertili senza sconfinare nello spazio di discrezionalità del legislatore.

(37) Al riguardo si richiama, soprattutto, la sentenza della Corte cost. n. 267 del 1998, con la quale venne dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., il paragrafo 8.6 dell'allegato I della L. R. Piemonte 23 aprile 1990, n. 37 (Norme per la programmazione socio-sanitaria regionale e per il Piano socio-sanitario regionale per il triennio 1990-92), sancendosi che il diritto alla salute implica il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la sua tutela ed è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti; che, in quest'ottica, l'ammissione all'assistenza indiretta (come il diritto alla scelta del medico e del luogo di cura) deve essere temperata con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie, di cui dispone; e che, nel quadro di tali principi, il nucleo essenziale del diritto alla salute deve ritenersi salvaguardato da quelle disposizioni di legge (come l'art. 3 della L. n. 595 del 1985) che legittimano il ricorso all'assistenza indiretta nelle ipotesi in cui le strutture del servizio sanitario (incluse quelle convenzionate, ed oggi quelle accreditate) non fossero in grado di assicurare un tempestivo intervento sanitario, reso peraltro indifferibile dalle condizioni di salute della persona bisognosa di cura.