

**Dal mero *restyling* all'integrale *riscrittura* giurisprudenziale:
più rassicurante e disteso il nuovo «volto»
del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione**

di Stefano Agosta *
(9 maggio 2011)

SOMMARIO: 1. I dubbi sulla congruità del divieto di diagnosi preimpianto rispetto ai fini presi di mira dalla l. n. 40/2004 (e dal relativo decreto ministeriale d'attuazione). – 2. Le oscillanti soluzioni interpretative messe in campo dalla giurisprudenza: gli iniziali interventi in senso conservativo e le prime perplessità. – 3. (*Segue*): la decisiva «svolta» dell'annullamento del dec. Min. della Salute (21 luglio 2004). – 4. (*Segue*): la fuga in avanti dell'ord. 13 gennaio 2010, Trib. Salerno. Ovvero dell'interpretazione conforme a Costituzione spinta sino al suo limite massimo... ed oltre.

1. *I dubbi sulla congruità del divieto di diagnosi preimpianto rispetto ai fini presi di mira dalla l. n. 40/2004 (e dal relativo decreto ministeriale d'attuazione)*

Da non confondersi con quella c.d. prenatale¹ – la quale è ormai entrata di diritto a far parte, in ossequio alla buona pratica clinica, del normale monitoraggio delle gravidanze² – la diagnosi preimpianto è una nuova metodologia (comunque complementare alla suddetta pre-natale) che permette d'identificare la presenza di malattie genetiche, o di alterazioni cromosomiche, in embrioni ottenuti in *vitro* da coppie ad alto rischio riproduttivo, in fasi molto precoci di sviluppo e prima dell'impianto in utero: ritenuta dalla maggior parte degli ordinamenti tendenzialmente “neutra”³ – alla stregua di ogni altro strumento diagnostico “a finalità conoscitiva” – rispetto ai futuri utilizzi delle informazioni che offre, essa viene di solito praticata su embrioni di otto cellule – condizione, questa normalmente raggiunta a partire da tre a cinque giorni dopo la penetrazione dello spermatozoo nell'ovocita – mediante la rimozione di una o due di tali cellule, denominate blastomeri. Dal che un preliminare giudizio su tale metodica rivela, insomma, come – pur costituendo strumento tecnico essenzialmente di *conoscenza* non già di *selezione*⁴ – essa non vada certo esente da talune, non secondarie, notazioni critiche (le quali, tuttavia, non hanno certo precluso la legittimità di tali procedure in nessuno dei più importanti paesi europei ed extra-europei). Così, in disparte il fatto che *tests* genetici sopra superfici talmente esigue e microscopiche si dimostrano sempre invasivi e potenzialmente a rischio di completa distruzione dell'organismo che si sta formando, tale diagnosi, sebbene impiegata al precipuo fine di ridurre il rischio di trasferimento e l'eventuale impianto di embrioni affetti da affezioni cromosomiche o geneti-

· Il presente lavoro in parte riprende, e sviluppa, taluni spunti già frutto di un intervento svolto al Convegno su *Innovazioni biotecnologiche e diritti della persona* (Ferrara, 20-21 gennaio 2011).

¹ ... avvalentesi, come tale, di una variegata molteplicità di tecniche reciprocamente convergenti quali, ad esempio, l'ecografia, l'amniocentesi, la fetoscopia, la villocentesi, la funicolocentesi, ecc.

² ... al punto che la stessa giurisprudenza ritiene responsabile di *malpractice* il medico che non abbia effettuato gli accertamenti dovuti o che – avendoli eseguiti, ma in modo negligente – non sia stato in grado di informare la donna sulle reali condizioni del feto (così, ad esempio, ormai pacificamente si ritiene che, nel caso di errata diagnosi pre-natale, il medico risponda, in particolare, per la lesione del diritto di autodeterminazione della donna che non ha potuto esercitare il suo diritto di scegliere in ordine ad un'eventuale interruzione della gravidanza).

³ Utili ragguagli sul punto possono vedersi nei contributi di AA.VV., *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, a cura di C. Casonato-T.E. Frosini, Torino 2006, ma pure in E. PALMERINI, *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 263 e E. DOLCINI, *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, in *Corr. mer.*, 2009, 39 ss.

⁴ ... giacché, informando sulle condizioni di salute dell'embrione o del feto, rende possibile una scelta di maternità consapevole e responsabile.

che che portino alla nascita bambini malati, consentirebbe, a prestare ascolto ai suoi più accaniti detrattori, una forma di eugenetica “passiva”⁵.

Se dunque, in ragione delle suddette luci ed ombre, i Parlamenti rimangono tendenzialmente liberi di precludere, o meno, l’accesso alla diagnosi genetica preimpianto alle coppie non sterili, né infertili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili, più che alla scelta legislativa di per sé, la scienza costituzionalistica dovrebbe piuttosto guardare ai bilanciamenti di valore a tale, discrezionale, decisione inevitabilmente consequenziali⁶. Se, cioè, i “mezzi” legislativi in tal senso predisposti (il divieto di accesso di cui, appunto, si sta discorrendo) si dimostrino invero non incongrui rispetto ai “fini” avuti di mira: che non sarebbero solo quelli, “a valle”, di evitare che la D.P.I. possa tradursi, per ciò solo, in una vera e propria selezione eugenetica degli embrioni⁷ ma anche, “a monte”, di impedire un trattamento che – pur di verificare la condizione di salute di essi – rischi per ciò stesso, come s’accennava, di arrecargli danni irreversibili (senza considerare che la materiale esecuzione di tale metodica inevitabilmente presupporrebbe la produzione di un numero aprioristicamente non definito, né definibile, di embrioni). Dal che, quanti – tra i soggetti portatori di malattie geneticamente trasmissibili – intendessero comunque avere un figlio si troverebbero innanzi all’alternativa di affrontare una gravidanza “naturale”, correndo così il rischio di dare alla luce un bambino malato, ovvero di ricorrere all’istituto dell’adozione: *tertium non datur*, alla coppia sterile/infertile essendo concessa una possibilità (di scegliere, cioè, tra adozione e ricorso alla fecondazione artificiale) invece legislativamente preclusa a quella fertile ma portatrice di malattie genetiche, quasi che la possibilità di procreare fosse (paradossalmente) una “colpa” da espiare con la corrispondente impossibilità di accedere ad “altre” condizioni procreative.

Già per questo solo – seppur superficiale ed intuitivo – rilievo, un divieto assoluto di tal genere sarebbe da ritenere incongruo (*recte*, incostituzionale) per probabile contrasto con una sfilza di previsioni costituzionali. In primo luogo, col combinato disposto degli artt. 3, comma 1, e 32 Cost., precludendosi difatti l’accesso ad un trattamento sanitario per una categoria di persone sulla base di una mera condizione personale (per insensato che possa sembrare, in ragione dello stato di “fertilità”); in second’ordine, con la libertà di autodecisione ed il diritto alla procreazione ex artt. 2, 13, 30 e 31 Cost., comprimendosi, irragionevolmente, la scelta del singolo di avere figli quando sia affetto da impedimenti fisici (ancorché tecnicamente rimovibili)⁸; in terza battuta, col diritto alla salute dello stesso neonato ex art. 32 Cost., non avendo trovato seguito il principio – di buon senso prima ancora che medico – per cui la *prevenzione* delle malattie dovrebbe essere di gran lunga preferibile alla loro successiva *cura*⁹; in quarto, ed ultimo, luogo, con la libertà, rispettivamente, di ricerca scientifica e scienza di cui al combinato disposto degli artt. 9 e 33 Cost., tale previsione proibendo ai medici di analizzare, e giudicare, la normalità “cromosomica” di un embrione e costringendoli a trasferire in utero embrioni che mai avrebbero impiantato. E ciò, senza dire delle esiziali ricadute sociali che una scelta di tal fatta produrrebbe rischiando, alla stregua di quanto già accaduto prima dell’approvazione della disciplina sull’aborto, di incentivare il cosiddetto “turismo riproduttivo” dei cittadini all’estero.

Nonostante tutto, proprio il nostro paese, in netta controtendenza rispetto a quelli che appartengono all’Unione europea, si è distinto per non aver esteso alle suddette coppie (portatrici di malattie genetiche, appunto, ma non sterili/infertili) la possibilità di ricorrere

⁵ In tal senso, ad esempio, B. MASTROPIETRO, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*, in *Dir. fam.*, 2005, 1379.

⁶ Sulle soluzioni attualmente alternative all’ammissibilità della D.P.I., cfr. per esempio P. CANESTRARI, *Commento alla l. 40*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, spec. 417.

⁷ In oggetto, S. BAGNI, *La nuova legge sulla procreazione assistita alla prova della Consulta sarebbe davvero destinata all’aborto?*, in questo *forum*.

⁸ In tal senso, A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in questo *forum*.

⁹ Così, ad esempio, R. VILLANI, *La nuova legge sulla procreazione assistita*, in *Studium iuris*, 2004, 578.

alla D.P.I.: così, infatti, l'art. 1, comma 1, della l. n. 40/2004 (alla rubrica *Finalità*) consente il ricorso alla procreazione medicalmente assistita al solo scopo di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (previsione, questa, ulteriormente rafforzata dal successivo art. 4, *Accesso alle tecniche*, laddove si ribadisce, comma 1, che l'impiego delle tecniche fecondative è ammesso «solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico»). Il Parlamento avrebbe, in altre parole, optato per una disciplina della fecondazione artificiale che fosse il più simile possibile a quella naturale (senza la possibilità, cioè, di selezionare i nascituri in sani e malati): siffatta scelta sarebbe, d'altro canto, «coerente con i molti valori che il legislatore ha inteso tutelare con la legge in questione e con le molte preoccupazioni che tanti hanno manifestato con riferimento alle complesse questioni che avrebbe posto la libertà eventualmente concessa a genitori e medici di selezionare e conservare e/o distruggere embrioni»¹⁰.

In disparte le correzioni derivanti, rispettivamente, da una possibile revisione legislativa – quella, cioè, per cui sarebbe dovuto essere il Legislatore in prima persona a ritornare su un testo così pesantemente gravato da non poche, né irrilevanti, contraddizioni per mettervi nuovamente mano – ovvero da un eventuale annullamento da parte della Corte costituzionale¹¹, pur sempre in piedi rimarrebbe l'alternativa rappresentata dall'interpretazione conforme a Costituzione da parte dei giudici comuni: e così, difatti, pare essere puntualmente accaduto, negli anni successivi assistendosi ad un diritto *vivente* affannosamente impegnato ad ovviare a quanto avrebbe dovuto piuttosto fare quello *vigente*¹² (che, poi, il legislatore si sia dimostrato tutt'altro che riconoscente innanzi a questa, di fatto obbligata, opera giurisprudenziale di supplenza è tutt'altro paio di maniche, la quale, scomposta, reazione della politica innescata dai doverosi interventi della magistratura rappresentando, casomai, un peculiare punto d'intersezione tra le contigue questioni di inizio e fine-vita in Italia su cui, nondimeno, non è adesso possibile intrattenersi).

2. Le oscillanti soluzioni interpretative messe in campo dalla giurisprudenza: gli iniziali interventi in senso conservativo e le prime perplessità

¹⁰ In tal modo, Trib. Catania, sez. I civ., decreto 3 maggio 2004 n. 40 (punto 6). Dopo aver prestato il proprio consenso informato al trasferimento in utero, la vicenda occasionata dalla pronunzia in esame era quella di una coppia affetta da talassemia che richiedeva al medico di procedere alla diagnosi preimpianto e – a seguito degli esiti di questa – di non impiantare gli embrioni eventualmente malati tutelando, in tal modo, il diritto alla salute della madre e del nascituro: a tale pretesa, nondimeno, il medico opponeva il proprio rifiuto invocando l'art. 14, l. n. 40/2004. Ricorsi in giudizio, i coniugi chiedevano al giudice: *a*) di dichiarare in via urgente, ex art. 700 cod. proc. civ., il loro diritto a trasferire ed impiantare nell'utero della donna gli embrioni creati che non presentassero (all'esito della D.P.I.) patologie genetiche; *b*) di disporre, in attesa della definizione del giudizio di merito, la crioconservazione dei residui embrioni risultati malati; *c*) di ordinare, infine, alla parte resistente la prosecuzione del protocollo di procreazione medicalmente assistita finalizzato all'impianto degli embrioni sani (o portatori sani). Contestualmente, si sollevava eccezione di legittimità costituzionale della legge cit. per violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost. Il Tribunale di Catania cit., rigettava, tuttavia, la richiesta e dichiarava manifestamente infondate le prospettate censure d'incostituzionalità. Critiche sull'uso del potere di sollevare la questione di legittimità costituzionale da parte del giudice *a quo* sono state eccepite, a tal proposito, da M. D'AMICO, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)?*, in questo *forum*, e T. E. FROSINI, *Stupisce il mancato ricorso alla Consulta*, in *Guida al dir.*, 12 giugno 2004, 56 s. (di opinione diversa, invece, M. OLIVETTI, *Decisione coerente, ma gli interessi vanno bilanciati*, sempre in *Guida al dir.*, cit., 59).

¹¹ Così come, ad esempio, accaduto con la sent. n. 151/2009, su cui, *ex plurimis*, G. DI GENIO, [Il primato della scienza sul diritto \(ma non su i diritti\) nella fecondazione assistita](#), in questo *forum*; L. TRUCCO, [Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di \(almeno in parte\) decidere](#), in *Giur. it.*, 2010, 281 ss.; D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in [www.giurcost.org](#), nonché, volendo, S. AGOSTA, [Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale \(a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009\)](#), in questo *forum*.

¹² Per un'accurata ricostruzione della evoluzione giurisprudenziale in tema di D.P.I., v. part. L. TRUCCO, *op. cit.*

Destinatario più d'interventi propriamente demolitori che non di puro e semplice *restyling* normativo da parte dalle giurisprudenza, il divieto di D.P.I. non può certo dirsi che abbia avuto vita facile se non nei suoi primissimi anni d'infanzia (quando, cioè, non è stato dichiarato illegittimo né da Trib. Catania 3 maggio 2004 ma, nemmeno, da T.A.R. Lazio 5 e 23 maggio 2005 decc., rispettivamente, nn. 3452 e 4047): così, con riferimento alla prima pronuncia¹³, alla tesi dei ricorrenti che consigliava una lettura secondo ragionevolezza del divieto di soppressione degli embrioni di cui all'art. 14, l. n. 40 cit. – avendo riconosciuto la l. n. 194/1978 alla donna il diritto di procedere all'interruzione della gravidanza in presenza di anomalie o malformazioni del concepito in un momento storico in cui le conoscenze scientifiche neppure consentivano la diagnosi delle malformazioni in una fase anteriore alla gravidanza – il giudice catanese opponeva il carattere esclusivamente terapeutico dell'aborto, consentito dalla legge solo avendo riguardo alla salute psico-fisica della madre, il cui diritto nascerebbe solo dopo l'instaurarsi della gravidanza e con riferimento alle sue sole condizioni, non già a quelle del nascituro¹⁴.

Non troppo dissimili, in tal senso, neppure le conclusioni cui perviene T.A.R. Lazio, sez. III, 5 maggio 2005, n. 3452, il quale – atteso che il combinato disposto della l. n. 40 e del dec. Min. della Salute 21 luglio 2004 imbastiscono un sistema nel quale la diagnosi genetica preimpianto sia consentita solamente nell'interesse del concepito ed esclusivamente mediante indagine osservazionale¹⁵ – ritiene, tuttavia, che «l'apparente difformità tra norma di legge e provvedimento, che, *prima facie*, sembra avere una portata più restrittiva, va stemperata allo stato dell'arte e inquadrata in un'ottica di attuale coerenza con le disposizioni della legge suddetta, occorrendo considerare come nella pratica non esistono ancora terapie geniche che permettano di curare un embrione malato, con possibile incidenza dunque sullo stato di salute del medesimo, con la conseguenza che la diagnosi preimpianto invasiva non potrebbe che concernere le sole qualità genetiche dello stesso embrione». «Legittimamente» dunque, prosegue il giudice laziale, «il decreto del Ministero della salute 21 luglio 2004 contenente linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita interviene a tutela dell'embrione limitando la pratica medica su di essi, tanto più ove la stessa non si basi su adeguate evidenze scientifiche e sperimentali in considerazione del fatto che la scienza medica proietta la sua luce in un contesto che si pone all'incrocio fra due diritti fondamentali, quello di essere curato efficacemente e quello di essere rispettato nella propria dignità e integrità di essere umano» concludendo – invero, un po' piallescamente – che «è evidente che l'impossibilità di effettuare diagnosi preimpianto non permette di selezionare gli embrioni sani nel caso di genitori portatori di malattie genetiche. Una tale facoltà è preclusa dalla legge (art. 13, III comma, lett. b) in quanto ricade nel divieto di selezione a scopo eugenetico, seppure trattasi di eugenetica negativa, volta cioè a fare sì che non nascano persone portatrici di malattie ereditarie, e non già a perseguire scopi di 'miglioramento' della specie umana» (punto 8 cons. dir.).

Risolte insomma dalla giurisprudenza – in senso temporaneamente conservativo dello *status quo* – le perplessità sollevate da varie associazioni sulle linee-guida di applicazione della legge (pur nei molteplici profili di illegittimità denunciati, spazianti dalla violazione della Convenzione di Oviedo all'eccesso di potere per ingiustizia manifesta, irrazionalità e violazione dei principi comuni in materia di tutela della salute) affinché siffatto divieto di D.P.I. sia ritenuto lesivo degli artt. 2 e 32 Cost. bisogna attendere il giudice civile del Tribunale di

¹³ Su cui G. CASABURI, *Ancora sulla l. n. 40 del 2004: divieto di crioconservazione degli ovociti fecondati*, in *Corr. mer.*, 2005, 529.

¹⁴ Avendo dato assoluta precedenza, nell'*iter* motivazionale, all'*original intent* del legislatore (per come emerso dai lavori parlamentari) tale decisione lascia, comunque, non poco interdetti, essendosi «disattesi i risultati ormai pacificamente acquisiti nell'interpretazione dell'art. 12 disp. prel. al codice civile, atteso che il compito dell'interprete è di ricercare non la volontà storico-psicologica del legislatore, ma il significato immanente della legge stessa, come parte del sistema giuridico»: così, S. ROSSI, *La fecondazione assistita. Rassegna di giurisprudenza*, in www.personaedanno.it.

¹⁵ ... basata, cioè, sull'esame al microscopio di eventuali anomalie di sviluppo dell'embrione creato *in vitro*.

Cagliari il quale, in sede cautelare, decideva (ord. del 16 luglio 2005) di sollevare la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 13, cit., nella parte in cui fa divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione, ai fini dell'accertamento di eventuali patologie¹⁶. Sfruttando la "sponda" inaspettatamente offerta da una certa disomogeneità argomentativa purtroppo esibita dalla succitata ordinanza di rimessione, la Corte costituzionale coglieva quindi l'imperdibile occasione di sbarazzarsi di una pronuncia (anzitutto, politicamente...) scomoda: così, dichiarata inammissibile la questione con ord. n. 369 del 24 ottobre 2006 (pres. Bile, est. Finocchiaro)¹⁷, la Consulta rilevava come fosse evidente «la contraddizione in cui il Tribunale incorre nel sollevare una questione volta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una specifica disposizione nella parte relativa ad una norma (il divieto di sottoporre l'embrione, prima dell'impianto, a diagnosi per l'accertamento di eventuali patologie) che, secondo l'impostazione della stessa ordinanza di rimessione, sarebbe però desumibile anche da altri articoli della stessa legge, non impugnati, nonché dall'interpretazione dell'intero testo legislativo alla luce dei suoi criteri ispiratori».

A quasi un anno dal primo pronunciamento del giudice delle leggi, tocca nuovamente al Tribunale di Cagliari (stavolta g.u. Cabitza) pronunciarsi sul tanto vituperato divieto, ritenendo «che i dati normativi richiamati consentano, con particolare riferimento al diritto alla piena consapevolezza dei trattamenti sanitari, al diritto alla salute e al principio di uguaglianza, tutti coinvolti nel caso di specie, un'interpretazione costituzionalmente orientata che riconosca la praticabilità della diagnosi genetica preimpianto nei casi in cui la stessa sia stata richiesta ai sensi dell'art. 14 comma 5 della legge. In questo specifico caso, infatti, il necessario bilanciamento degli interessi costituzionalmente garantiti impone un'opzione interpretativa dei dati normativi che, rendendo ammissibile la diagnosi preimpianto, assicuri un'adeguata tutela del diritto della futura gestante ad esprimere un consenso consapevole in ordine al trattamento sanitario ancora *in itinere* (impianto in utero dell'embrione prodotto *in vitro*), essendo un'esauritiva informazione sullo stato di salute degli embrioni destinati all'impianto indispensabile, oltre che nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, in funzione della necessaria tutela della salute gestazionale della donna»: memore del recente – e, forse, ancora bruciante – fallimento innanzi al tribunale costituzionale, in tal frangente il giudice preferisce insomma eludere la questione di legittimità costituzionale accogliendo direttamente la domanda alla stregua, appunto, di una lettura costituzionalmente orientata del tormentato art. 13 della l. n. 40 (in diametricale contrasto, peraltro, con la precedente ordinanza cautelare dello stesso tribunale che simile lettura aveva invece escluso).

Ciò facendo in ragione di almeno quattro *iter* logico-giuridici che profondamente innervano la motivazione della pronuncia in esame: per la mancanza, in primo luogo, di un esplicito e puntuale divieto di D.P.I. nel "sistema" delineato dalla l. n. 40/2004, il testo della quale caratterizzandosi piuttosto per una chiara e decisa presa di posizione in favore di interessi di volta in volta ritenuti maggiormente meritevoli rispetto ad altri¹⁸. Né, in senso

¹⁶ Il caso, in particolare, riguardava due coniugi portatori sani di beta-talassemia i quali avevano inutilmente richiesto all'A.S.L. 8 del capoluogo sardo la diagnosi preimpianto degli embrioni in quanto una precedente gravidanza – pure ottenuta con tecniche di P.M.A. – si era già dolorosamente risolta in un aborto, essendo il feto risultato affetto proprio da beta-talassemia: dal che, nel non infondato timore che un nuovo embrione rischiasse di essere affetto dalla medesima malattia genetica, il giudice sospettava un possibile contrasto con agli artt. 2, 3 e 32 Cost. di una disposizione che, consentendo solo una verifica di tipo osservazionale (e, comunque, a tutela esclusiva della salute dell'embrione stesso), di fatto precludesse appunto la suddetta diagnosi preimpianto.

¹⁷ A proposito della quale, v. A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità conseguenziale e selezione discrezionale dei casi*, e S.L. MORSIANI, "A buon intenditor poche parole", entrambi in questo forum; L. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2007, 1618 ss.; A. GIGLIOTTI, *L'ordinanza della Corte costituzionale sul divieto di diagnosi preimpianto*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁸ ... e per la cui tutela è stata predisposta «una fitta rete di specifici divieti e dettagliati obblighi, la cui violazione è spesso sanzionata anche penalmente».

contrario, varrebbe richiamare la diversa previsione contenuta nelle linee-guida ministeriali del 22 luglio 2004, la cui espressa imposizione della sola indagine osservazionale sugli embrioni «pone semmai in evidenza l'inesistenza, nel sistema della legge, di un divieto riguardante la diagnosi preimpianto quando richiesta ai sensi del 5° comma dell'art. 14»: potendosi, piuttosto, rilevare «come il divieto, non identificabile nel sistema della legge n. 40/2004, sia in realtà il frutto di un'impostazione restrittiva fortemente voluta dall'Esecutivo che, in contrasto con le stesse disposizioni di legge, e quindi in palese violazione delle prerogative proprie degli atti di normazione secondaria, lo ha espressamente sancito proprio in occasione della emanazione delle Linee guida» e discendendone, dunque, l'inevitabile illegittimità della citata norma di rango secondario¹⁹.

Per la diversità di ambito applicativo esistente tra l'art. 13 ed il 14 della medesima legge, in seconda battuta, nel primo non potendo certo ricadere la D.P.I. richiesta, come nel caso di specie, dai soggetti che abbiano avuto (legittimo) accesso alla tecniche di procreazione assistita e finalizzata all'accertamento di eventuali gravi malattie dell'embrione destinato all'impianto in utero²⁰. Per il conseguente collegamento sistematico esistente tra il predetto art. 14 e il precedente art. 6²¹, in terz'ordine, il primo rappresentando necessario *pendant* ed integrazione del secondo laddove riconosce, ai soggetti che abbiano avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, il diritto di essere informati sul numero e, su loro esplicita richiesta, «sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero» (così, appunto, art. 14, comma 5): dal che insomma, in ossequio al generale principio del consenso informato, il vero e proprio «trattamento sanitario» rappresentato dall'impianto in utero dell'embrione prodotto *in vitro* non potrebbe prescindere da un'adeguata e consapevole informazione circa tutti gli aspetti rilevanti coinvolti, ivi compresi il numero e lo stato di salute degli embrioni stessi²².

¹⁹ Non dissimilmente potrebbe concludersi – sempre con riferimento a questo primo punto della decisione – rispetto infine «all'argomentazione secondo cui il divieto della diagnosi preimpianto sarebbe desumibile 'anche dalla interpretazione della legge alla luce dei suoi criteri ispiratori' (ordinanza di rimessione alla Corte Cost. del Tribunale di Cagliari del 16 luglio 2005, n. 574)»: e ciò dal momento che «nel complesso delle disposizioni disciplinanti la materia della procreazione medicalmente assistita non sia identificabile un'unica *ratio legis* e come, invece, l'ispirazione di fondo muti a seconda di quale sia l'ambito specifico tenuto in considerazione dalle singole norme. In particolare non può affermarsi che l'impianto normativo sia *in toto* sorretto dall'unica *ratio* dell'assoluta tutela dell'aspettativa di vita dell'embrione, anche a discapito dei diritti costituzionalmente garantiti dei soggetti coinvolti nel procedimento di procreazione medicalmente assistita, caratterizzando detto criterio ispiratore» (come, a momenti, il Tribunale dimostrerà) «il solo ambito dei rapporti disciplinati dall'art. 13 e non trovando invece espressione con riferimento alla diversa materia disciplinata dall'art. 14, all'interno del quale va ricompresa l'attività diagnostica richiesta dagli attori. La correttezza dell'assunto è comprovata anche dall'analisi delle altre disposizioni attraverso le quali trova pratica realizzazione quel bilanciamento di interessi di cui la stessa liceità della diagnosi preimpianto è espressione (...) anche l. n. 40/2004 appare infatti ispirata, in questo specifico ambito, alla medesima *ratio*: tutela massima per il concepito che però si arresta davanti al prevalente interesse della donna alla sua salute fisica e psichica».

²⁰ «Quando cioè l'accertamento diagnostico (altrimenti precluso al sanitario) trovi giustificazione nell'esigenza di assicurare la soddisfazione del diritto, specificamente riconosciuto dall'art. 14, comma 5, ai futuri genitori, di essere adeguatamente informati sullo stato di salute dell'embrione stesso. Come già posto in evidenza, non può essere negata infatti, da un punto di vista letterale e concettuale, la differenza tra attività di ricerca, sperimentazione e manipolazione genetica, disciplinate dall'art. 13, e l'accertamento diagnostico richiesto ai sensi dell'art. 14, 5° comma, unicamente finalizzato, come già detto, a fornire ai soggetti indicati dalla legge idonea informazione sullo stato di salute dell'embrione destinato all'impianto».

²¹ ... il quale stabilisce che prima del ricorso «e altresì in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita» il medico debba informare in maniera dettagliata i soggetti che alle tecniche medesime abbiano avuto legittimo accesso «sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti».

²² «Negare l'ammissibilità della diagnosi preimpianto anche quando sia stata richiesta ai sensi dell'art. 14 della legge significherebbe dunque rendere impossibile una adeguata informazione sul trattamento sanitario da eseguirsi, indispensabile invece sia nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, consentendo ai futuri genitori di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del nascituro, sia in funzione della tutela della salute gestazionale della donna».

3. (Segue): la decisiva «svolta» dell'annullamento del dec. Min. della Salute (21 luglio 2004)

Il successivo 17 dicembre 2007 spettava, infine, all'ennesima decisione giudiziaria pronunziarsi direttamente sulle vecchie linee-guida ministeriali (edizione 2004) nella parte in cui vietavano il ricorso alla diagnosi preimpianto (a soli due mesi dalla sentenza del giudice cagliaritano)²³: in questo peculiare frangente, è un giudice fiorentino (I. Mariani) ad accogliere la richiesta della coppia ricorrente, stabilendo che – per questa specifica parte – le suddette linee guida fossero inapplicabili giacché contro la legge stessa e la Costituzione nonché, contestualmente, ad obbligare il centro ad eseguire la diagnosi, disporre la crioconservazione degli embrioni malati (che la l. n. 40 a tutt'oggi vieta) e affermare il principio secondo cui il medico debba sempre seguire le regole della migliore scienza ed esperienza con specifico riguardo alla salute della donna. Ripercorrendo, e idealmente integrando, il processo motivazionale del giudice sardo che l'ha preceduto, pure il Trib. Firenze ricollega insomma la liceità della diagnosi preimpianto alla distinta portata, rispettivamente, dei citati artt. 13 e 14 – riguardando, l'uno, la ricerca e la sperimentazione e, l'altro, l'utilizzo degli embrioni nelle tecniche di procreazione assistita) nonché al principio del consenso medico informato: col che, la diagnosi preventiva in parola sarebbe sempre stata, da quel momento in poi, possibile ogni qualvolta si fosse paventato il rischio di trasmettere una grave malattia genetica (e, corrispondentemente, lecito il rifiuto del simultaneo impianto del numero obbligatorio di tre embrioni, se una gravidanza gemellare avesse potuto compromettere la salute della donna). Una fugace anticipazione, insomma, di quel metodo che, di lì a poco, sarebbe stato più duramente obiettato al giudice di Salerno nel 2010 atteso che, prevedendo l'obbligo per il centro medico di procedere alla crioconservazione degli embrioni che fossero risultati affetti dalla patologia genetica, secondo taluni il giudice fiorentino avrebbe già oltrepassato – non senza una certa disinvoltura, invero – l'art. 14, comma 1 (che, non bisogna tralasciarlo, pur sempre stabilisce un divieto assoluto di congelamento dell'embrione) *ex facto* introducendo un'ipotesi non prevista dalla legge.

A segnare definitivamente la sorte delle predette linee-guida, spazzando una volta per tutte il campo da ogni residua perplessità circa la loro legittimità, è comunque la pronuncia del T.A.R. Lazio, sez. III *quater*, 21 gennaio 2008, n. 398 con la quale si annullano finalmente le tanto contestate indicazioni ministeriali, ritenute viziate da "eccesso di potere": così – fermo il generale divieto di sperimentazione su ciascun embrione umano – mentre la fonte legislativa prevede la ricerca e la sperimentazione nonché gli interventi necessari per finalità terapeutiche e diagnostiche solo se volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, esse avrebbero contemplato un'illegittima (giacché atto amministrativo di natura regolamentare e, come tale, obbligato a prestare ossequio alla legge) riduzione di tale possibilità alla sola osservazione; se, difatti, il legislatore, nella discrezionalità politica che gli è fisiologicamente propria, ha stabilito di consentire interventi diagnostici sull'embrione per le finalità sopramenzionate, essi non possono certo essere ridimensionati da un contrario intervento del Ministro.

È così ampiamente spianata la strada a nuove linee-guida «rischiarate dalla ragione» – in tal senso, l'allora Ministro della Solidarietà Sociale, Paolo Ferrero – le quali vedono, difatti, la luce appena una manciata di mesi dopo, ad aggiornamento (*rectius*, quasi integrale sostituzione) delle precedenti: si perfeziona, in tal modo, il procedimento del tanto atteso

²³ A sollevare questa volta la questione era stata una coppia trentenne di Milano nella quale la donna era portatrice di una grave malattia genetica che portava all'accrescimento esagerato della cartilagine delle ossa (la c.d. esostosi): essendovi una percentuale molto elevata che tale malformazione venisse trasmessa al figlio – se non, addirittura, che essa si rivelasse ad esito infausto per quest'ultimo – la coppia si rivolgeva al centro Demetra di Firenze, chiedendo di poter fare la diagnosi preimpianto nonché l'adeguamento della procedura prevista allo stato di salute della donna (la quale rischiava una gravidanza gemellare). Al secco diniego opposto in tal senso dal centro, ai coniugi non restava che rivolgersi, infine, al sito www.madreprovetta.org per chiedere una consulenza ed intraprendere un'azione legale volta ad ottenere un provvedimento d'urgenza *ex art.* 700 cod. proc. civ.

provvedimento ministeriale da emanarsi triennialmente – secondo quanto predisposto dalla stessa legge 40 che indica la necessità di un aggiornamento in rapporto all’evoluzione tecnico-scientifica – previo parere del Consiglio Superiore di Sanità. Firmate dal Ministro della Salute dell’epoca, Livia Turco, l’11 aprile 2008, esse dispongono in particolare: a) l’estensione della possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alla coppia in cui l’uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili (in particolare del virus H.I.V. e di quelli delle epatiti B e C) riconoscendo tali condizioni come “assimilabili” ai casi di infertilità per i quali la legge già concede il ricorso alla P.M.A. (essendovi, in questi casi, un elevato rischio di infezione per la madre e il feto, conseguente a rapporti sessuali non protetti con il *partner* sieropositivo, il quale di fatto precluderebbe la possibilità di avere un figlio a queste coppie); b) l’obbligo, in capo ad ogni centro per la P.M.A., di assicurare la presenza di un idoneo sostegno psicologico alla coppia, predisponendo la possibilità di una consulenza da parte di uno psicologo adeguatamente formato nel settore; c) l’eliminazione dei commi delle precedenti linee-guida che limitavano la possibilità di indagine a quella di tipo osservazionale (ciò, ovviamente, a seguito delle recenti sentenze di diversi Tribunali tra cui, specificamente, quella del T.A.R. Lazio dell’ottobre 2007). Anche per il (nuovo) Ministro, insomma, la D.P.I. – per le finalità conoscitive che tipicamente la connotano e che fisiologicamente ne intrecciano il destino con quella prenatale – costituisce una normale forma di monitoraggio, alla stregua della buona pratica clinica, la cui mancanza può dar luogo a responsabilità medica²⁴.

Non contento di aver fatto piazza pulita delle più irragionevoli disposizioni contenute nell’atto ministeriale, nondimeno, il giudice laziale solleva – contestualmente al medesimo provvedimento di annullamento e con riferimento alla possibile lesione degli artt. 3 e 32 Cost. – questione di legittimità costituzionale dell’art. 14, commi 2 e 3, della l. 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui precipuamente prevede, ai fini della applicazione della procreazione medicalmente assistita, la formazione di un numero limitato di embrioni, fino ad un massimo di tre, da impiantare contestualmente, e contestualmente vieta la crioconservazione di embrioni al di fuori delle limitate ipotesi ivi previste. Com’è noto, la Corte costituzionale (con sent. 8 maggio 2009, n. 151) aderirà senza particolari riserve all’impostazione del T.A.R. Lazio ma, sul punto specificamente riguardante le effettive modalità di applicazione delle tecniche di P.M.A., non è possibile al momento diffondersi più di tanto: qui basterà semplicemente rilevare come dichiarando illegittimi, rispettivamente, il comma 2, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», ed il comma 3 dell’art. 14 «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna» la Consulta avrebbe reso implicitamente possibile effettuare, pure dopo l’entrata in vigore della suddetta disciplina, indagini genetiche preimpianto, il numero di embrioni «necessario» determinandosi anche in funzione della D.P.I., qualora la situazione di salute della coppia orienti verso quella soluzione e la coppia ne faccia richiesta²⁵.

Dal che, non è certo un caso che il germe della riflessione condotta dal giudice costituzionale attecchisca, e pianti più saldamente le sue radici, nella giurisprudenza ordinaria di pochissimo tempo dopo²⁶. Non casualmente richiamate le conclusioni di cui alla, di poco

²⁴ Sul punto, G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della L. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. mer.*, 2009, 441 ss.

²⁵ Così, E. DOLCINI, *La legge sulla fecondazione assistita oggi, tra giurisprudenza di merito e Corte costituzionale*, in www.csm.it.

²⁶ La vicenda che, anche in questo caso, dolorosamente si ripeteva era quella di una coppia che, rivolgendosi ad un centro per la fecondazione assistita, chiedeva di poter accedere alla diagnosi genetica preimpianto al fine di evitare il rischio di trasmissione alla prole della malattia di cui risultava portatrice la donna, atteso che tale rischio fosse pari al 50%: alle perplessità del direttore del centro medico – il quale rilevava come, a proposito della legittimità della D.P.I., dopo la pronuncia di illegittimità della specifica norma delle linee-guida ministeriali ad opera del T.A.R. Lazio (preceduta da due sentenze di merito dei Tribunali, rispettivamente, di Cagliari e Firenze), la situazione fosse comunque molto incerta e, in tal senso, nemmeno di grande aiuto fossero le “nuove” linee-guida (proibendo ogni forma di selezione a

antecedente, pronunzia costituzionale (e, anzi, portandone ad ulteriore avanzamento le premesse) il giudice bolognese adito, con ordinanza del 29 giugno 2009, non ci pensa su due volte prima di aderire a quell'interpretazione costituzionalmente orientata della l. n. 40 che tiene nettamente distinte la «ricerca clinica e sperimentale» (vietata dall'art. 13, comma 2) dalla diagnosi preimpianto²⁷, entrambe riguardanti l'embrione eppure relative a diversi conflitti d'interessi. «Invero, mentre nell'un caso si ha conflitto tra l'interesse della collettività alla libertà di ricerca e di sperimentazione scientifica – insito nella nozione di 'ricerca clinica e sperimentale' – e l'interesse del concepito alla propria incolumità fisica, identità e dignità, conflitto che si risolve a favore di quest'ultimo», non ugualmente starebbero le cose nel caso della c.d. diagnosi preimpianto giacché «viene in rilievo il rapporto tra l'aspettativa di vita dell'embrione e il diritto alla salute della madre genetica: tale conflitto non può dirsi risolto dalla l. 40/2004 a favore dell'embrione, se solo si pone mente al fatto che la legge, all'art. 14, comma 5, prevede il diritto della coppia di chiedere informazioni sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero, informazioni certamente determinanti per decidere se accettare o rifiutare il trasferimento posto che la presenza di gravi malattie genetiche dell'embrione, portata a conoscenza della donna, potrebbe spingere quest'ultima a proteggere la propria integrità fisica e psichica della gestante».

Col che, non può che concludersi insomma come «negare la diagnosi medica preimpianto significherebbe costringere la donna a prendere una decisione non informata e inconsapevole, in ordine al trasferimento in utero degli embrioni formati, con il rischio di mettere in pericolo la propria salute». E, pure quando tutto ciò non dovesse ritenersi ancora sufficiente, lo stesso giudice rammenta che a mettere la definitiva pietra tombale sul suddetto divieto di D.P.I. starebbe, infine, la decisione della Corte costituzionale medesima la quale «con le note declaratorie di illegittimità, ha posto chiaramente in primo piano la tutela della salute fisica e psicologica della madre che, opinando diversamente, sarebbe esposta al rischio derivante da interruzioni di gravidanza, o prosecuzioni patologiche della stessa in caso di embrione portatore di gravi malformazioni o malattie genetiche, ovvero conseguente da plurime stimolazioni ovariche» (sebbene una qualche forzatura, nondimeno, residuerebbe nel numero di sei embrioni espressamente individuato come "minimo" dalla stessa Corte bolognese, pure se si tratterebbe comunque di un'indicazione tendenzialmente coerente con le regole dell'arte medica)²⁸.

4. (Segue): *la fuga in avanti dell'ord. 13 gennaio 2010, Trib. Salerno. Ovvero dell'interpretazione conforme a Costituzione spinta sino al suo limite massimo... ed oltre*

Ma è con la più recente ordinanza 13 gennaio 2010 del Tribunale di Salerno, sez. I civile (g.u. Scarpa) che siffatto, faticoso, tormentato – e, però, incontenibile – fremito giurisprudenziale volto ad una progressiva, per dir così, "costituzionalizzazione" della vituperatissima legge italiana sulla P.M.A. raggiunge probabilmente il suo fronte più avanzato (e discusso). Il caso era quello di due coniugi – entrambi portatori di una mutazione del gene SMA1, causativo dell'atrofia muscolare spinale di tipo 1 (idonea nel 25% dei casi a tra-

scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ed ammettendo la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione solo per finalità terapeutiche e diagnostiche) – la coppia rispondeva investendo della questione il Tribunale di Bologna affinché, ritenuta la sussistenza dei requisiti del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*, dichiarasse in via urgente il diritto dei ricorrenti di accedere alla D.P.I. per trasferire nell'utero della donna solo gli embrioni non portatori della specifica patologia di cui ella stessa era portatrice.

²⁷ La quale lettura, peraltro, già da tempo era stata suggerita dalla più accorta e sensibile dottrina in materia: così, ad esempio, F.D. BUSNELLI, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2003, 263; M. DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, 385; R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino 2004, part. 61 ss., 82 ss. e 195 ss.

²⁸ Così, ancora, E. DOLCINI, *La legge sulla fecondazione assistita oggi*, cit.

smettersi in sede di concepimento della prole) – i quali avevano già sostenuto ben quattro gravidanze²⁹: rivoltasi ad un centro salernitano di fecondazione assistita per intraprendere una nuova gravidanza, la coppia si sentiva tuttavia negare siffatta richiesta, reputando il suddetto centro di non poter procedere alla diagnosi preimpianto degli embrioni da prodursi e di non poter pertanto esaudire l’aspettativa dei coniugi di accettare il trasferimento di soli embrioni non affetti dalla patologia in oggetto. Autorizzando, pertanto, a ricorrere alla P.M.A. (debitamente preceduta da D.P.I. con tecniche combinate di citogenetica e di genetica molecolare per mettere al mondo un figlio che potesse sopravvivere) una coppia fertile, avente dunque alle spalle un solo figlio e ben quattro luttuosi tentativi, non solo la sopramenzionata pronunzia scavalca, non senza una certa disinvoltura, l’obiezione di essere stata resa nel contesto di una sorta di processo “simulato”³⁰ ed impone l’adempimento contrattuale da parte del centro convenuto – il quale, secondo le “migliori pratiche scientifiche”, dovrà dunque procedere alla diagnosi preimpianto ed al trasferimento dei soli embrioni che non evidenzino la mutazione genetica di cui i coniugi sono portatori – ma, prendendo proprio le mosse dagli esiti della pregressa giurisprudenza ordinaria, amministrativa e costituzionale in materia, supera, con un’interpretazione adeguatrice degli artt. 1, comma 2, e 4, comma 2, il divieto per le coppie non sterili né infertili di accedere liberamente all’inseminazione artificiale.

Che la salute della madre avesse assunto un ruolo predominante in materia lo aveva già autorevolmente rimarcato proprio il giudice costituzionale, portando sotto una più benigna luce la stessa l. n. 40/2004 nella misura in cui, lungi dal riconoscere una protezione assoluta ed incondizionata all’embrione, tale disciplina si sforzi piuttosto di individuare «un giusto bilanciamento» con la tutela delle esigenze della procreazione: cosicché «il diritto a procreare, e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti» avrebbero subito un’irrimediabile offesa «da una interpretazione delle norme in esame che impedisse il ricorso alla tecniche di P.M.A. da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili; solo la procreazione assistita attraverso la diagnosi preimpianto, e quindi l’impianto solo degli embrioni sani, mediante una lettura ‘costituzionalmente’ orientata dell’art. 13, consentono di scongiurare simile rischio. La diagnosi preimpianto, richiesta dalle coppie che abbiano accesso a tecniche di procreazione assistita, è quindi funzionale alla soddisfazione dell’interesse dei futuri genitori ad avere adeguata informazione sullo stato di salute dell’embrione, nonché sul trattamento sanitario consistente nell’impianto in utero dell’embrione prodotto in vitro. Lo stesso art. 14, comma 5, l. n. 40 del 2004 prevede il diritto della coppia di chiedere informazioni sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell’utero, informazioni determinanti per decidere se accettare o rifiutare il trasferimento» (così, ord. cit.).

Il quadro giurisprudenziale che si va lentamente componendo, a conclusione di questa – seppur stringata e largamente frammentata – rassegna, pare insomma tratteggiare una rappresentazione della D.P.I. affatto diversa da quella originariamente avuta in mente dal legislatore del 2004. Così, traghettata da pratica vietata nel diritto *vigente* a tecnica ampiamente consentita dal diritto *vivente* nel volgere di pochi anni, la D.P.I. sarebbe a tutt’oggi legittimamente effettuata al ricorrere di tre, reciprocamente integrate, condizioni: 1) la richiesta da parte di coppie sterili o infertili che, a norma della l. n. 40, abbiano avuto acces-

²⁹ La prima culminata, nel 2003, con la morte del feto a causa della trasmissione della malattia genetica di cui i genitori erano, appunto, portatori; la seconda e la quarta (rispettivamente, nel 2004 e nel 2008) tragicamente conclusesi con l’interruzione della gravidanza di feti risultati affetti dalla medesima malattia; la terza, infine, nel 2005 a seguito della quale era nato un figlio dall’indagine prenatale non risultante invece colpito dalla malattia.

³⁰ Nel senso, cioè, della effettiva concretezza della controversia: considerato che lo stesso centro medico convenuto ha sostanzialmente aderito in tutto alla posizione dei coniugi attori, solo obiettando di aver necessità di una sorta di autorizzazione *ope iudicis*, temendo di incorrere altrimenti nelle sanzioni previste dalla legge e che, in materia cautelare, non vi è intervento, almeno non obbligatorio, del P.M. (su questi, precipui, profili, G. CASABURI, *Procreazione medicalmente assistita: disco verde giurisprudenziale alle coppie non sterili e non infertili*, in www.personaedanno.it).

so alle tecniche di procreazione assistita; 2) l'effettuazione della diagnosi limitatamente agli embrioni destinati all'impianto; 3) per l'esclusiva finalità di informare la coppia sullo stato di salute degli embrioni (restando, in tal maniera, radicalmente precluse tanto quelle diagnosi effettuate al fine di operare una selezione "eugenetica" degli embrioni ai sensi dell'art. 13 della medesima legge quanto quelle, pure eccezionalmente consentite in alcuni Paesi, per stabilire la compatibilità istologica dell'embrione con persone già nate)³¹. A seguito dell'infaticabile opera di *maquillage* giurisdizionale, in sintesi, da torvo e arcigno che inizialmente appariva, il "volto" della legge del 2004 pare farsi addirittura più disteso e rassicurante (per questa parte, almeno): pur vietando difatti – in assenza di situazioni realmente patologiche – la selezione degli embrioni al fine di predeterminarne il sesso o altri caratteri, nell'interpretazione costituzionalmente conforme offertane dai giudici essa non si opporrebbe ad indagini volte ad accertare la presenza nell'embrione di malattie, o anomalie, talmente gravi da esporre a pericolo la stessa salute psico-fisica della donna, non contemplando, a tal proposito, alcun divieto.

Quasi superfluo, a questo punto, annotare come fitte e scroscianti siano piovute le critiche su pronunzie talmente avanzate ed innovative, specie su quella salernitana, sia nel metodo che nel merito (evenienza, questa, che non causalmente si era già, poco prima, verificata in Italia anche sul diverso versante del testamento biologico). Così, a proposito di tale, ultima, decisione, se è vero che la questione delle cc.dd. patologie genetiche trasmissibili, di cui siano affetti uno o entrambi i *partners*, è già stata affrontata dalla giurisprudenza, è pur vero che, fino alla decisione adesso in commento, essa non era mai stata presa in considerazione disgiuntamente dalla condizione di sterilità/infertilità della coppia comunque imposta dalla l. n. 40; a differenza dei casi giudiziari precedentemente esaminati³², difatti, qui la coppia ricorrente non è affatto sterile, né infertile (tant'è che, nonostante le vicissitudini, ha messo al mondo un figlio "sano"): il "pallino" passando, insomma, dal requisito della sterilità/infertilità, espressamente richiamato dalla legge, a quello della sussistenza della mera malattia genetica, "inventato" invece dal nulla dal giudice con un'interpretazione, appunto, *lato sensu* "creativa".

Col che se, nel merito, s'è aspramente criticato l'appellativo di sentenza motivata dal "diritto alla salute"³³, sarebbe nondimeno il metodo seguito dal giudice ad attirare gli strali più puntuti non solo della politica ma, soprattutto, della dottrina³⁴: a ben guardare, infatti, quella dell'interpretazione conforme non era certo l'unica via percorribile dal Tribunale salernitano potendosi variamente (e preferibilmente...) o ritentare nuovamente l'accesso alla Corte costituzionale, ritenendo ovviamente impossibile trarre dal testo della legge un senso adeguato a Costituzione che consentisse di rimuovere il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e di D.P.I. per le coppie fertili; ovvero – sulla falsa

³¹ Su tutti questi profili, spec. G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in www.cosmag.it.

³² ... cioè, in particolare, della decisione fiorentina (in cui il marito era affetto da una seria oligospermia derivata da una rara malattia genetica tumorale «con possibilità di essere trasmessa ai figli con una probabilità del 50% e probabilità di trasmissione a un proprio figlio del proprio tumore» e la moglie da fibrosi cistica nonché portatrice sana di beta-talassemia) e di quella bolognese (in cui, invece, era la donna a soffrire della c.d. distrofia muscolare Becker, geneticamente trasmessa già ad un figlio, sopraggiungendo, poi, uno stato di infertilità della coppia *sine causa*).

³³ «Ma la salute di chi? Non certo degli embrioni, che anzi vengono sacrificati in un numero molto alto, anche venti. Il giudice in sostanza stabilisce che per il diritto alla salute di uno si può sacrificare il diritto alla vita di venti»: così il sottosegretario alla Salute Eugenia Roccella, ad esempio in www.gravidanzaonline.it, a parere della quale dilagherebbe «la tendenza della magistratura a invadere campi che non sono suoi: la magistratura non ha compiti creativi, deve applicare le leggi. Non può contraddirle palesemente come fatto dal giudice di Salerno. Eppure abbiamo un giudice che decide che una legge votata dal Parlamento è carta straccia. Se si vuole introdurre l'eugenetica» prosegue, nella sua improvvisata arringa, il sottosegretario «lo si dica chiaramente e si voti una legge in Parlamento, e non in tribunale, e vedremo se gli italiani daranno il loro consenso».

³⁴ Così, C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.costituzionalismo.it; ma, pure, G. CASABURI, *Procreazione medicalmente assistita: discorso verde giurisprudenziale*, cit.

riga, peraltro, delle nuove linee-guida ministeriali³⁵ – sperimentare un’interpretazione più lata ed estensiva dell’espressione «infertile», come tale, ricomprendente anche le coppie fertili ma ad alto rischio di trasmissione di malattie genetiche.

Inutile dire quindi, in conclusione di queste poche e sparse notazioni, come la vicenda salernitana rappresenti senza dubbio un emblematico *leading case* per il diritto costituzionale per almeno due buone, intimamente contigue, ragioni: sia per la dinamica ad esso sottesa, ciclicamente ricorrente nella delicata materia in esame (presupponente cioè, in maniera neanche tanto dissimulata poi, il permanente scontro ormai da tempo esistente tra Parlamento e magistratura in tema di scelte esistenziali dell’individuo)³⁶; sia soprattutto perché, una volta di più, non fa che portare ad emersione, come è di moda dire, “luci” ed “ombre” della dottrina del c.d. diritto vivente, il cui indispensabile apporto consente senz’altro la flessibilizzazione *in vivo* di normative altrimenti eccessivamente rigide e rigoristiche ma, non di rado, al salato prezzo d’inevitabili colpi di mano interpretativi (quando non di vere e proprie storture).

Tra le ombre che più minacciose si allungano sulla pronunzia in parola, una riguarda senz’altro l’invalidabile limite a qualsivoglia interpretazione conforme di una disposizione il giudice decida di tentare, il quale orizzonte rimane pur sempre rappresentato dalla lettera della stessa (dall’effettivo perimetro semantico del “contenitore”, cioè, che il diritto vivente intenda riempire dei più diversi “contenuti”)³⁷: nel caso di specie, allora, non sarebbe nemmeno poi tanto disagevole dimostrare come il dato letterale nudo e crudo dell’art. 4, comma 1³⁸, nella sua, obiettivamente, cristallina chiarezza, avrebbe dovuto scongiurare al Tri-

³⁵ ... le quali, come visto, hanno aperto alla possibilità di ricorso alla P.M.A. anche quando l’uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da virus dell’H.I.V. o delle epatiti B o C, assimilando tali casi – che impongono «l’adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infertilità» – a quelli di «infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico».

³⁶ Così per esempio – a proposito del c.d. testamento biologico – in occasione della mancata emanazione del c.d. decreto-legge “salva Eluana”, su cui, *ex plurimis*, T. GROPPI, *Incostituzionale un decreto per il caso Eluana*, in *L’Unità* (6 febbraio 2009); A. PACE, *L’inutilità pratica della legge «per Eluana»*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; R. ROMBOLI, *Il conflitto fra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, 1, 46 ss.; N. ZANON, *Scelto il principio di precauzione*, in *Il Sole 24 Ore* (7 febbraio 2009), nonché i contributi di L. PEDULLÀ, *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare il decreto-legge “salva-Eluana”*; S. ROSSI, *Il Parlamento, la Cassazione e il diritto di Eluana*; C. SALAZAR, *Riflessioni sul “Caso Englaro”*; A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le “ragioni” di Napolitano* e S. SPINELLI, *Un nuovo conflitto costituzionale tra Presidente della Repubblica e Governo*, tutti in questo *forum* (ma, pure, gli interventi di U. ALLEGRETTI, *Un rifiuto presidenziale ben fondato*; G. AZZARITI, *Era ipotizzabile un rinvio alle Camere della legge che il Parlamento si apprestava a approvare per bloccare l’esecuzione della decisione “Englaro”?*; V. ONIDA, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti-legge*; T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*; R. ROMBOLI, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*; A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*; S. STAMMATI, *Breve nota sui problemi costituzionali suscitati dal caso Englaro*, tutti consultabili in www.astrid-online.it).

³⁷ Sul punto – oltre ai numerosi contributi di AA.VV., rispettivamente, al convegno su *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D’Amico-B. Randazzo, Torino 2009 e, più di recente, in occasione del seminario svoltosi presso la Consulta il 6 novembre 2009 su *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano 2010 – cfr., *ex multis*, almeno G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme a”*, in www.federalismi.it; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant’anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, a cura di P. Carnevale-C. Colapietro, Torino 2008, 89 ss.; V. SCIARABBA, *L’“interpretazione conforme” tra sindacato diffuso (su “norme”) e ipotesi di “graduazione della costituzionalità”: spunti di riflessione*, in AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi-M. Perini-A. Pisaneschi, Torino 2008, 481 ss.; nonché G.P. DOLSO, *Interpretazione adeguata: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, e R. PINARDI, *L’interpretazione adeguata tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, entrambi in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, IV, Napoli 2009, rispettivamente, 1305 ss. e 1523 ss.

³⁸ A norma del quale «il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico, nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa

bunale adito qualunque interpretazione adeguatrice favorevole al riconoscimento di un diritto di accesso alla procreazione medicalmente assistita (ed alla corrispondente diagnosi preimpianto) per le coppie fertili a rischio di trasmissione di patologie genetiche.

Ma – anche a voler ammettere, in tesi, la legittimità di una tale ricostruzione esegetica – rimarrebbe pur sempre sul terreno un'altra, più generale, perplessità della dottrina: quella avente, in altre parole, a che fare con l'efficacia di suddette proposte giurisprudenziali e, ampiamente, con la funzione del controllo "diffuso" dei giudici sul territorio nazionale; se il magistrato avesse optato, infatti, per la più acconcia via del ricorso alla Consulta, l'effetto di un eventuale accoglimento della questione avrebbe ovviamente riguardato tutte le coppie, presenti e future, e non solo quella coinvolta nel caso *de quo*³⁹. A parere di taluni insomma, nell'ipotesi considerata, riaffiorerebbe in tutta la sua problematica – e rivitalizzata – carica l'altra tradizionale faccia, quella per così dire "oscura", del diritto vivente: la classica obiezione «di gettare l'ordinamento nell'anomia, nell'incertezza della decisione caso per caso, in balia dell'universo valoriale di chi, uomo solo, di volta in volta si trova a decidere» – pure in un campo, come appunto quello dei diritti fondamentali della persona, assai bisognoso di certezze e stabilità – rischia, nondimeno, di ritorcersi come un *boomerang* contro la stessa dottrina dell'interpretazione conforme, sino al (non, invero, auspicabile) punto di precluderla del tutto nella materia in questione e forse, "per sistema", persino in qualunque altra⁴⁰. La considerazione, infine, che ciò risponda ad un mero rapporto causale di azione-reazione – che, cioè, la magistratura si sia trovata obbligata a "controbilanciare" in senso estensivo una disciplina legislativa, all'inverso, "sbilanciata" in senso restrittivo – pure non priva di una sua consistenza pratica, rischia solo di traslare altrove il problema teorico ad essa sotteso, non certo di risolverlo una volta per tutte.

* Ricercatore di Diritto costituzionale, Università di Messina

accertata e certificata da atto medico».

³⁹ Avendo così agito, invece, l'unica conseguenza che tale pronuncia è riuscita a sortire sarebbe quella di privare «tutte le altre coppie nella medesima condizione della possibilità di vedere affermato quello stesso diritto in via generale e astratta per mezzo di una declaratoria di illegittimità costituzionale pronunciata dalla Corte costituzionale. Ed è d'altra parte difficile che tale generalità venga conseguita con la diffusione di un 'diritto vivente' in spregio alla lettera della legge»: così C. TRIPODINA, *op. cit.*

⁴⁰ Non potendosi, né volendosi tuttavia «negare che anche il giudice più fedele alla legge non possa, in qualche senso, non creare diritto: è questa una verità banale. Ma altro è interpretare la legge; altro è ignorarla, sovvertirla, scansarla»: in tal senso, nuovamente, C. TRIPODINA, *op. cit.*