



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

PARTE TERZA

IL DIVIETO DI INDAGINI GENETICHE PREIMPIANTO PREVISTO DALLA LEGGE N. 40 DEL 2004 ED IL RELATIVO CONTROVERSO RAPPORTO CON I PRINCIPI CONTENUTI NELLA LEGGE N. 194 DEL 1978: LA RECENTE PRONUNCIA CON CUI LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO HA BOCCIATO LE NORME CHE VIETANO TALI TECNICHE.

di Fausta Scia

ABSTRACT

The present study aims to examine the recent decision by which the European Court of Human Rights condemned the ban on pre-implantation genetic testing, contained in Law no. 40/04, contrary to article 8 of the European Convention Human Rights (ECHR).

In order to better define this decision, it was decided to review the various interventions of the case law on this point, which show an orientation wavering on the admissibility of such techniques and about the relationship between the prohibition of the same and the Law no. 194/78.

SOMMARIO: 1. La inammissibilità delle indagini genetiche preimpianto e il divieto di crioconservazione e soppressione degli embrioni. Il problema della revocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo. In particolare, l'orientamento del Tribunale di Catania – 2. Gli interventi del Tribunale di Cagliari e la proposizione della questione di legittimità costituzionale. La dichiarazione di inammissibilità della corte costituzionale – 3. La riproposizione della questione di costituzionalità e la illegittimità riscontrata dalla Corte costituzionale – 4. La successiva giurisprudenza di merito e la dichiarazione di inammissibilità della nuovamente sollevata questione di costituzionalità – 5. La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 28 agosto 2012

1. La inammissibilità delle indagini genetiche preimpianto e il divieto di crioconservazione e soppressione degli embrioni. Il problema della revocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo. In particolare, l'orientamento del Tribunale di Catania.

Con la sentenza del 28 agosto 2012, la Corte di Strasburgo è intervenuta sulla delicata questione riguardante la legittimità, soprattutto alla luce della legge sulla interruzione

volontaria della gravidanza, del divieto, contenuto nella legge in materia di procreazione medicalmente assistita, di praticare indagini genetiche preimpianto.

Tale problematica, che rientra tra quelle su cui si sono maggiormente divisi gli studiosi che si sono occupati della legge n. 40 del 2004, è stata più volte affrontata anche dalla nostra giurisprudenza.

Al fine di inquadrare compiutamente la richiamata decisione della Corte Europea - la quale ha esaminato anche il problema dei limiti relativi all'accesso alle tecniche procreative - sembra, allora, il caso di procedere ad una rapida disamina dei dati normativi che hanno sollevato i principali dubbi interpretativi sul punto, nonché ad una ricognizione delle diverse pronunce in cui la giurisprudenza ha esaminato la questione della praticabilità delle indagini diagnostiche preimpianto.

Ai sensi del 1° comma dell'art. 14 della legge n. 40/2004, «è vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194» (ai sensi dell'8° comma della medesima disposizione, invece, «è consentita la crioconservazione dei gameti»), mentre il 3° comma dell'art. 6, in materia di «consenso informato», dispone che «la volontà [di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita] può essere revocata...fino al momento della fecondazione dell'ovulo»⁵¹².

Il problema più significativo che si pone al riguardo è quello relativo alla vincolatività - quanto ai limiti temporali di possibile revocabilità della volontà degli interessati - della disposizione di cui al 3° comma dell'art. 6 pure nel caso in cui siano presenti le condizioni previste dalla legge n. 194, la cui operatività è fatta salva dal 1° comma dell'art. 14⁵¹³.

⁵¹² Come si vedrà meglio più avanti, le disposizioni appena citate sono state sottoposte, insieme ai commi 2 e 3 dell'art. 14, al vaglio della Corte costituzionale, la quale ha, però, dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale del 1° comma dell'art. 14 e del 3° comma dell'art. 6 per carenza di motivazione sulla relativa rilevanza (sent. n. 151/2009, cit. *infra*, § 3). Sulla legittimità di tali norme è stata poi chiamata a pronunciarsi per la seconda volta la Corte costituzionale, la quale, con ord. n. 97/2010 (cit. *infra*, § 4), sia pure, come si avrà modo di precisare in seguito, con motivazioni parzialmente diverse, ha dichiarato nuovamente inammissibile la questione sottoposta. Per un approfondimento dei diversi interventi, sia della giurisprudenza di merito, sia della Corte costituzionale, su tale delicata materia, sia consentito rinviare a quanto già osservato in SCIA, *Procreazione medicalmente assistita e status del generato. Percorsi giurisprudenziali e intervento legislativo*, Jovene, 2010, 65 ss.

⁵¹³ Tra i casi che legittimano il ricorso alle pratiche abortive prima dei novanta giorni dal concepimento, l'art. 4 della legge n. 194 contempla le «previsioni di anomalie o malformazioni del concepito». Ai sensi dell'art. 6, invece, l'aborto è ammesso, ove vi sia un rischio per la salute fisica o psichica della donna in relazione alla propria situazione e a quella del nascituro, anche quando siano già trascorsi novanta giorni. Pare opportuno ricordare, inoltre, come, ai sensi del 5° comma dell'art. 14, «i soggetti di cui all'art. 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero».

E' chiaro come la soluzione di tale questione finisca col dipendere dalla portata che si intende attribuire all'inciso «fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194».

La giurisprudenza di merito, nel suo primo intervento sulla nuova legge⁵¹⁴, ha escluso sia che quest'ultima consenta la possibilità di impianto dei soli embrioni sani, sia che la stessa, così interpretata, possa essere tacciata di illegittimità costituzionale per violazione del diritto alla salute e all'autodeterminazione.

Sotto il primo profilo, in particolare, i giudici - chiamati ad affrontare un caso analogo a quello sottoposto all'esame della Corte Europea, trattandosi in entrambe le ipotesi di embrioni non ancora formati - non hanno, dunque, accolto l'interpretazione della legge proposta dalla coppia ricorrente, la quale - affetta da sterilità e da una grave malattia genetica, la talassemia - chiedeva, appunto, a modifica del consenso già prestato, la diagnosi genetica sugli embrioni che sarebbero stati formati e, successivamente, di non impiantare quelli eventualmente malati. Secondo i coniugi, l'inciso «fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194», di cui al 1° comma dell'art. 14, consentirebbe un'applicazione estensiva della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza alla fecondazione *in vitro* nel caso di embrioni portatori di gravi malformazioni.

Secondo i giudici catanesi, invece, il riferimento alla legge n. 194 andrebbe semplicemente inteso nel senso che la donna conserva la possibilità di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza anche ove il concepimento sia avvenuto artificialmente⁵¹⁵.

Di conseguenza, sulla base del principio per cui "l'aborto c.d. terapeutico è terapeutico con riferimento alla salute della madre e non a quella del bambino", il Tribunale esclude l'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto⁵¹⁶, trascurando, evidentemente, i riflessi

⁵¹⁴ Trib. Catania, 3 maggio 2004, in *Fam. e dir.*, 2004, 372 ss., con note critiche di FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati?* e di DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?* Per un giudizio positivo sulla decisione del Tribunale di Catania, v. A. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e dir.*, 2005, 212 ss., nonché, sia pure con alcune riserve, OLIVETTI, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in *Guida al diritto, Dossier/3*, marzo 2004, 50.

⁵¹⁵ Ma tale interpretazione lascia molto perplessi, soprattutto perché l'inciso di cui al 1° comma dell'art. 14, inteso in tal senso, finirebbe col risultare del tutto ridondante: pure in mancanza dello stesso, infatti, non residuerebbe alcun dubbio sull'estensibilità del diritto di ricorrere all'aborto anche alle donne che non abbiano potuto concepire naturalmente il proprio bambino. E ciò sembra valere a maggior ragione ove alle stesse venga preclusa la possibilità di rifiutare l'impianto dell'embrione fecondato artificialmente.

⁵¹⁶ In realtà, il divieto delle indagini genetiche preimpianto è contenuto nella stessa legge n. 40 (art. 13, comma 2), ma, come si vedrà meglio più avanti, la scelta dei giudici non risulta fondata su tale disposizione, bensì su di una presa di posizione del tutto soggettiva. Sul punto, sembra il caso di anticipare come la giurisprudenza più recente si sia orientata, invece, in senso favorevole all'ammissibilità delle tecniche diagnostiche preimpianto, nonostante il disposto di cui al 2° comma dell'art. 13 (v. Trib. Cagliari, 22 settembre

che, sulla stessa salute della madre, il solo (fondato) timore di dare alla luce un figlio non sano, pare, comunque, invece, senz'altro suscettibile di provocare. I giudici non hanno considerato, inoltre, come ammettere la selezione genetica preimpianto significherebbe, in una situazione come questa, prevenire senz'altro il rischio che si ricorra alle pratiche abortive e, dunque, alla soppressione non più di un embrione ma di un feto. Si eviterebbe, insomma, come ha ben evidenziato anche la Corte Europea nella sentenza che si annota, la «incoerenza» di una scelta che, dopo aver imposto alla donna l'impianto degli embrioni, le consentirebbe, a gravidanza avviata, di ricorrere all'aborto, finendo, in tal modo, col tutelare, del tutto irrazionalmente, più l'embrione che il feto.

Del resto, le linee guida adottate con D.M. 21 luglio 2004, disattendendo l'orientamento del Tribunale di Catania, hanno espressamente escluso la coercibilità del trasferimento degli embrioni malati. In tali linee guida si legge, in particolare, che «qualora dall'indagine» relativa allo stato di salute degli embrioni *in vitro*, indagine che «dovrà essere di tipo osservazionale»⁵¹⁷, vengano evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un

2007, cit. *infra*, nota 19, Trib. Firenze, 17 dicembre 2007, in *Giur. merito*, 2008, 4, 997, e in *Fam. e dir.*, 2008, 723 ss., con nota adesiva di ASTIGGIANO, *Evoluzione delle problematiche relative all'analisi preimpianto dell'embrione e nuove linee guida ministeriali*, in *Fam. e dir.*, 2008, 723 ss., nonché Tar Lazio, 21 gennaio 2008, cit. *infra*, nota 23).

⁵¹⁷ Si tratta di indagini non invasive, che consentono di risalire esclusivamente a quelle patologie rilevabili attraverso un semplice esame visivo. Al riguardo, pare il caso di segnalare come nelle nuove "Linee Guida in materia di procreazione medicalmente assistita" approvate l'11 aprile 2008 (il relativo decreto è pubblicato nella Gazzetta ufficiale del 30 aprile 2008), è venuta addirittura meno la limitazione della possibilità di indagine a quella di tipo osservazionale. Al riguardo, sembra, però, necessario non tralasciare di considerare come le uniche indagini consentite dalla legge siano quelle finalizzate alla cura dell'embrione, tra le quali deve ritenersi, dunque, non rientrano quelle di tipo genetico, non risultando le stesse idonee, almeno allo stato delle attuali conoscenze scientifiche, a consentire il perseguimento dell'obiettivo indicato dal legislatore. E', dunque, la stessa legge che finisce col circoscrivere alle sole indagini di tipo osservazionale quelle lecitamente praticabili, con la conseguenza che la semplice rimozione, posta in essere dalle linee guida approvate nel 2008, del limite contenuto nel regolamento ministeriale del 2004, non pare potersi ritenere sufficiente a giustificare la scelta operata, proprio sulla base della pretesa novità apportata dalle più recenti linee guida, dalla giurisprudenza che si è successivamente occupata della questione. Ci si riferisce, in particolare, al Tribunale di Firenze, che, con due ordinanze, rispettivamente di luglio e agosto del 2008 (cit. *infra*, nota 24), ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 6 e 14 della legge n. 40, dando, appunto, per scontata la attuale praticabilità della diagnosi genetica preimpianto. Ci si riferisce, inoltre, al più recente provvedimento del Tribunale di Salerno, che, con ordinanza del 9 gennaio 2010 (cit., *infra*, nota 37), nel consentire l'accesso alle tecniche procreative ad una coppia affetta da una malattia geneticamente trasmissibile, ma non da sterilità, ha ammesso la praticabilità delle indagini genetiche preimpianto. Ancora maggiori perplessità destano, ovviamente, quelle sentenze con le quali i giudici, perfino sotto la vigenza delle linee guida del 2004 (dagli stessi considerate, evidentemente, illegittime), si sono orientati per la piena liceità di tutte le indagini preimpianto, comprese, dunque, quelle di tipo genetico (e v. Trib. Cagliari, 22 settembre 2007, cit. *infra*, nota 19, nonché Trib. Firenze, 17 dicembre 2007, cit., *supra*, nota 5, sulle quali si tornerà più ampiamente in seguito). V., inoltre, Tar Lazio, 21 gennaio 2008, cit. *infra*, nota 23, e Trib. Firenze, ordinanze nn. 323 e 328 del 2008, cit. *infra*, nota 24. La stessa cautela manifestata dalla Corte costituzionale - la quale, nel dichiarare, come si è anticipato, parzialmente illegittimi i commi 2 e 3 dell'art. 14, si è poi pronunciata per la inammissibilità della questione di costituzionalità sia dei commi 1 e 4 della medesima norma, sia del comma 3 dell'art. 6 - conferma, del resto la necessità di non dare per scontato, sulla base del solo regolamento ministeriale in esame, il superamento di un divieto (quello, appunto, della diagnosi

embrione, il medico responsabile della struttura ne informa la coppia ai sensi dell'art. 14, comma 5. Ove in tal caso il trasferimento dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura *in vitro* del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi.

Esclusa, insomma, la coercibilità⁵¹⁸, nonostante la previsione di cui all'art. 6, comma 3, della legge n. 40⁵¹⁹, dell'impianto degli embrioni, il vero problema sembra consistere, allora, nella circostanza che la legge stessa vieta la diagnosi genetica preimpianto⁵²⁰, consentendo esclusivamente indagini finalizzate alla cura dell'embrione.

Nell'art. 13, comma 2, si legge, infatti, che «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative»⁵²¹.

genetica preimpianto) che, invece, né il legislatore, né la Consulta hanno, evidentemente, ancora inteso rimuovere. Del resto, lo stesso Governo ha confermato espressamente la sussistenza di tale divieto nella legge italiana (v., infatti, la difesa della legge n. 40/2004 operata dal Governo innanzi alla Corte Europea nel caso oggetto della sentenza del 28 agosto 2012).

⁵¹⁸ Com'è stato osservato (tra gli altri, v. VILLANI, *La procreazione assistita*, Giappichelli, 2004, 77 ss., FERRANDO, *op. cit.*, 383, MARTINI, *Riflessioni sulla soggettività e capacità del concepito dopo l'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Vita notarile*, 2005, 1153 ss., e BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Esi, 2006, 92 ss.), infatti, la libertà del consenso al trattamento medico è considerata come principio di ordine generale sia dalla Convenzione di Oviedo del 1997, ratificata dall'Italia con l. n. 145/2001 (art. 5, comma 3), sia dal nuovo Codice di Deontologia Medica del 16 dicembre 2006 (capo IV). Tale principio trova applicazione anche in molte leggi interne. Inoltre, ai sensi dell'art. 13 Cost., nessuna restrizione della libertà personale è ammessa «se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». La eventuale preclusione della possibilità di revocare il proprio consenso al trattamento medico si scontrerebbe, del resto, sia con il principio di cui all'art. 2 Cost., che non può non riferirsi anche al diritto all'autodeterminazione nelle scelte personali, sia con l'art. 32 Cost., secondo il quale «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». E la legge può imporre trattamenti obbligatori soltanto quando ciò serva per tutelare non solo la salute individuale, ma anche e soprattutto quella collettiva, la quale non pare possa ritenersi compromessa dal mancato impianto degli embrioni malati. In tal senso, v. FERRANDO, *op. cit.*, 383, e, in particolare, VILLANI, *op. cit.*, 84.

⁵¹⁹ In dottrina, è stato osservato come tale disposizione sia sostanzialmente inapplicabile, sia perché manca la previsione di sanzioni per il caso in cui la donna revochi il proprio consenso dopo la formazione dell'embrione, sia perché non è specificato quali siano le conseguenze dell'eventuale, sia pure illegittimo, rifiuto dell'impianto. La revoca può, quindi, essere considerata inefficace, ma ciò non significa che il medico possa procedere all'impianto contro la volontà della donna. Così, FERRANDO, *op. cit.*, 380 ss. In senso analogo, OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 329 ss., nonché MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, 2006, 255.

⁵²⁰ V. *supra*, nota 5.

⁵²¹ Peraltro, nelle stesse linee guida del 2008 si legge, ad eliminare qualsiasi eventuale dubbio residuo, che «è proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica». Si tratta di una disposizione analoga a quella già contenuta nel regolamento ministeriale del 2004. Al riguardo, pare il caso di accennare all'orientamento seguito dal TAR Lazio che, nella sentenza del 5 maggio 2005, n. 3452 (in *Guida al diritto*, 23/2005, 76 ss., con nota critica di MESSINA, *Per un supporto scientifico alle nuove regole basta il parere dell'Istituto superiore di sanità*), si è pronunciato per la legittimità della disposizione con cui le linee guida del 2004 hanno ammesso solo indagini di tipo osservazionale sugli embrioni, vietando, appunto, ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica. Per effetto di una sentenza del Consiglio di Stato - il quale, rilevata la sussistenza nel provvedimento del giudice di

Peraltro, il Tribunale di Catania ha preso una posizione, sul punto, in realtà, del tutto svincolata dal tenore di tale disposizione (cui, in effetti, nell'ordinanza non è fatto alcun cenno), statuendo che «non ha senso affermare che l'interesse costituzionalmente garantito e vincolante del nascituro a nascere sano andrebbe tutelato non facendolo nascere, perché non far nascere taluno è la più radicale negazione possibile del suo interesse a nascere sano»⁵²². Inoltre - aggiunge il Collegio, con una considerazione analoga a quella successivamente formulata dal Governo italiano nel tentativo di difendere, innanzi alla Corte Europea, il divieto di indagini preimpianto - «la Costituzione non prevede un diritto assoluto dei genitori di avere un figlio come lo desiderano».

I giudici catanesi si sono limitati, dunque, a richiamare l'art. 14 - che, come si è visto, vieta la soppressione degli embrioni (fermo restando quanto previsto dalla legge n. 194) e ammette la crioconservazione solo in casi eccezionali - nonché l'art. 4, che consente il ricorso alle tecniche procreative solo quando vi siano casi di sterilità o di infertilità. Il Collegio non fa, invece, alcun riferimento, lo si ripete, alla disposizione di cui all'art. 13, che ammette la ricerca sugli embrioni solo ove la stessa sia diretta al perseguimento di «finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso». Eppure, sembra proprio questo il dato normativo che

prima istanza di un vizio destinato a pregiudicare il corretto instaurarsi del contraddittorio, ne ha disposto l'annullamento - il TAR Lazio è nuovamente intervenuto sulla questione, pervenendo, questa volta, ad una conclusione del tutto difforme rispetto a quella del 2005: con sentenza n. 398 del 21 gennaio 2008, cit. *infra*, nota 23, il Tribunale amministrativo si è, infatti, pronunciato per la illegittimità delle medesime linee guida nella parte in cui ammettono solo indagini di tipo osservazionale sulla salute degli embrioni. In proposito, i giudici precisano come il potere di definire «l'ambito oggettivo di delimitazione della disciplina della procreazione medicalmente assistita...non possa che competere al legislatore», restando riservato all'autorità amministrativa il solo «potere di adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale» (tra i commenti favorevoli a tale provvedimento, v. SEGNI, *La diagnosi preimpianto: un problema aperto*, in *Fam. e dir.*, 2008, 855 ss., e, già, FIGONE, *Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione?*, nota a Tar Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Fam. e dir.*, 2008, 506, il quale osserva come a rendere apprezzabile la decisione del Tar Lazio concorrano il tenore dell'art. 13 della legge n. 40 (dal quale - dal punto di vista dell'a. - non si evincerebbe alcun divieto della diagnosi preimpianto), la disposizione di cui all'art. 14, comma 5 (che deporrebbe, addirittura, per l'esplicita liceità di tale tecnica), nonché il principio del consenso informato di cui all'art. 6 della medesima legge. In senso analogo, v. DOGLIOTTI, *Procreazione assistita: le Linee guida del 2008*, in *Fam. e dir.*, 2008, 749 ss.). Soprattutto per effetto di tale sentenza, nelle nuove linee guida approvate nell'aprile del 2008 (v. *supra*, nota 6) non è stata confermata la limitazione alle indagini sugli embrioni contenuta nel provvedimento del 2004.

⁵²² CHIARELLA, *Procreazione medicalmente assistita e selezione degli embrioni: il sogno di un figlio tra diritti e aspirazioni*, in *Famiglia*, 2005, 475, richiama, nel tentativo di giustificare la scelta operata, sotto questo profilo, dal Tribunale di Catania, la sent. della Cassazione n. 14488 del 29 luglio 2004 (in *Guida al diritto*, n. 32/2004, 48), la quale si è pronunciata nel senso della inesistenza, in capo al sanitario responsabile di non aver prescritto alla donna gli esami necessari per l'individuazione di possibili patologie del nascituro e, dunque, di non aver messo la stessa in condizione di scegliere di interrompere la gravidanza, dell'obbligo di risarcire il danno cagionato al figlio nato, appunto, con una grave malformazione. Secondo i giudici, non è, infatti, «concepibile nel nostro ordinamento un diritto a non nascere del minore malformato». Sul punto, v., inoltre, per l'ampiezza dei riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, PARENTE, *Malformazioni fetali e danni esistenziali*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1003 ss.

effettivamente ostacola un'interpretazione della legge tale da consentire la praticabilità di accertamenti diagnostici di tipo genetico sull'embrione destinato all'(eventuale) impianto. Sarebbe stata, allora, senz'altro più apprezzabile una scelta esegetica fondata, appunto, su tale disposizione, piuttosto che sul principio di cui all'art. 14, soprattutto perché, come si è visto, l'interpretazione proposta dai giudici non pare l'unica consentita dalla lettera dell'art. 14. Viceversa, non sembra, purtroppo, possibile un'interpretazione della norma di cui all'art. 13 tale da ricavare dalla stessa una reale apertura nel senso dell'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto⁵²³.

Il divieto della ricerca sul patrimonio genetico dell'embrione coinvolge, inoltre, inevitabilmente la delicata questione - della quale si è occupata anche la Corte Europea - concernente la preclusione, per le coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, ma non affette da sterilità, della possibilità di accedere alle pratiche fecondative⁵²⁴ (ai sensi dell'art. 4, comma 1, infatti, «il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico»)⁵²⁵.

⁵²³ Proprio sulla base di tale considerazione, il Tribunale di Cagliari, con un'ordinanza del mese di giugno del 2005, sulla quale si tornerà più avanti, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, della legge. Lo stesso Tribunale, con sentenza del 22 settembre 2007, su cui pure si tornerà più avanti, ha, invece, successivamente fornito una diversa interpretazione dell'art. 13, escludendo senz'altro che da tale norma possa ricavarsi il divieto di praticare indagini diagnostiche preimpianto. In senso analogo, v. Trib. Firenze, 17 dicembre 2007, cit., *supra*, nota 5, nonché, successivamente, Tar Lazio, 21 gennaio 2008, cit. *infra*, nota 23, e Trib. Firenze, ordinanze nn. 323 e 328 del 2008, cit. *infra*, note 24.

⁵²⁴ Diversa si presenta, ora, la situazione per quelle coppie che, pur non affette da sterilità, richiedano l'accesso alle tecniche procreative allo scopo di prevenire il rischio che la presenza nell'uomo di una malattia virale sessualmente trasmissibile (da HIV, HBV e HCV) possa determinare una grave infezione per madre e feto. Le "Linee Guida in materia di procreazione medicalmente assistita" del 2008 estendono, infatti, l'applicabilità di tali tecniche alle ipotesi indicate. «Innovazione sicuramente condivisibile», osserva, al riguardo, DOGLIOTTI, *Procreazione assistita: le Linee guida 2008*, cit., 749 ss., il quale si chiede, però, «se, trattandosi evidentemente di un'interpretazione estensiva della norma (art. 4, comma 1), le Linee guida fossero la sede più adatta». Al riguardo, la Corte Europea, nella sentenza che si annota, ha precisato come nessuna discriminazione sia configurabile tra le coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (ma non sterili né infertili), come, appunto, la coppia ricorrente, e quelle in cui l'uomo sia affetto da malattie sessualmente trasmissibili: in ogni caso, infatti, vale il principio che vieta l'applicabilità delle tecniche diagnostiche preimpianto. Di conseguenza, la Corte ha escluso, come di vedrà meglio in seguito, l'accogliibilità del ricorso presentato dalla coppia italiana contro la legge n. 40 per violazione dell'art. 14 della CEDU (mentre, come si è già accennato, il ricorso è stato accolto sotto il profilo della violazione dell'art. 8 della medesima Convenzione).

⁵²⁵ In senso critico nei confronti di tale disposizione, v. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e dir.*, 2004, 635, nonché VILLANI, *op. cit.*, 57 ss., e Id., *Procreazione assistita*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia. Aggiornamenti*, 2006, 280, il quale critica la scelta legislativa in quanto non «conforme ai vigenti principi costituzionali». Analogamente, v. A. SANTOSUOSSO, *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Guida al diritto, Dossier/3*, marzo 2004, 29 ss. Sul punto, v., inoltre, PERLINGIERI, *Il*

Esclusa la possibilità di rilevare precocemente la presenza di ipotetiche patologie genetiche degli embrioni, sarebbe comunque del tutto superflua la eventuale estensione alle coppie - non sterili ma - affette da malattie ereditarie del diritto di ricorrere alle tecniche procreative. Alle stesse resterebbe, infatti, soltanto la speranza di scoprire, ma solo a gravidanza iniziata, che il nascituro sarà più fortunato dei suoi genitori, salva la possibilità, in caso contrario, di ricorrere alle pratiche abortive. Esattamente come avviene in tutti i casi in cui il concepimento sia avvenuto in modo naturale. Ma assimilare programmaticamente, anche a costo di evidenti forzature, le conseguenze del ricorso alla procreazione assistita a quelle legate alla procreazione naturale, significa rischiare non solo gli esiti paradossali cui si è accennato, ma anche di sottovalutare l'opportunità, offerta dalle nuove tecniche, di prevenire molti dei rischi legati sia alle pratiche abortive (il ricorso alle quali, per effetto del divieto delle indagini preimpianto finisce, paradossalmente, addirittura con l'essere incentivato), sia, a monte, alla stessa messa in opera degli accertamenti diagnostici praticabili a gravidanza già intrapresa⁵²⁶.

2. *Gli interventi del Tribunale di Cagliari e la proposizione della questione di legittimità costituzionale. La dichiarazione di inammissibilità della corte costituzionale.*

Della questione concernente l'ammissibilità delle tecniche diagnostiche preimpianto si è occupato anche il Tribunale di Cagliari⁵²⁷ che, sollecitato in via cautelare, si è discostato dall'orientamento seguito dai giudici siciliani, dichiarando non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, della legge n. 40, «nella parte in cui non consente di accertare, mediante la diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna ammessa alla procedura di procreazione medicalmente assistita siano affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori, quando l'omissione di detta diagnosi implichi un accertato pericolo grave ed attuale per la salute psico-fisica della donna».

diritto civile nella legalità costituzionale, Esi, 2006, 775, secondo il quale sussisterebbe un «diritto a ricevere assistenza da parte dello stato» ove siano presenti rischi di malattie ereditarie o ragioni di ordine psicologico.

Si segnala, in proposito, la diversa scelta operata dal legislatore francese, il quale ha espressamente indicato, tra le finalità del ricorso alla procreazione assistita, anche la necessità di impedire la trasmissione di malattie genetiche particolarmente gravi (art. L. 2141-2 del *code de la santé publique*, introdotto dall'art. 24 della legge n. 800 del 6 agosto 2004, in materia di bioetica).

⁵²⁶ La probabilità di abortire a seguito di tali esami arriva fino al 2%. E considerato che gli stessi non sono praticabili prima della 11° settimana di gravidanza, è chiaro come a rischio non sia la sopravvivenza di un embrione, bensì di un feto già completamente formato.

⁵²⁷ Si tratta dell'ordinanza n. 574 del 16 luglio 2005, pubblicata in *Giur. it.*, 2006, 6, 1167, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 613 ss., con nota di PALMERINI, *La Corte costituzionale e la procreazione assistita*.

«Deve in primo luogo porsi in rilievo» - si legge nell'ampia motivazione del Tribunale - «la sussistenza di un conflitto coinvolgente, da un lato, la tutela della salute della ricorrente e, dall'altro, la tutela dell'embrione». I giudici ricordano, al riguardo, come, nel caso di specie, l'embrione si trovi sottoposto a crioconservazione, in conseguenza del rifiuto della ricorrente di procedere all'impianto senza previa diagnosi. Situazione, questa, suscettibile, considerata la non coercibilità dell'impianto, di provocare danni biologici anche irreversibili per l'embrione medesimo, «destinato invece al tempestivo trasferimento in utero nella ipotesi che la diagnosi accertasse la insussistenza di beta-talassemia». Del resto, anche la salute della donna - aggiungono i giudici - è, nel caso di specie, «seriamente minacciata dalla impossibilità di conoscere lo stato di salute dell'embrione prima di procedere all'impianto».

Dunque, nel sottolineare come «l'interpretazione prevalente» dell'art. 13 della legge n. 40 «condurrebbe ad una pronuncia di contenuto negativo sul ricorso, con conseguente concretizzazione del pericolo per la salute della donna e per quella dell'embrione», il Collegio afferma che deve ritenersi giustificato il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 40, in relazione sia agli artt. 2 e 32, comma 1 Cost., sia all'art. 3 Cost. Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, il Tribunale di Cagliari osserva come «sia pacificamente consentita nel diritto vivente la diagnosi prenatale, e come anzi sia stata ritenuta più volte sussistente dalla Corte di cassazione la responsabilità del medico che non abbia fornito informazioni, ovvero abbia fornito informazioni errate, circa le condizioni del feto...Ritenuto dunque in capo ai genitori il diritto, di cui nessuno dubita, all'informazione sulla salute del feto nel corso della gravidanza per le ragioni suddette, non può negarsi l'esistenza di un'analoga posizione soggettiva nella fase della procreazione assistita che precede l'impianto. La contraria affermazione comporterebbe un diverso trattamento di posizioni soggettive sostanzialmente analoghe, con conseguente contrasto della norma che vieta la diagnosi preimpianto con l'art. 3 della Costituzione».

Tale divieto, però, come afferma lo stesso Tribunale, non discende solo dalla norma censurata, ma è «comunemente desunto anche dalla interpretazione della legge alla luce dei suoi criteri ispiratori» e «dalla disciplina complessiva della procedura di procreazione medicalmente assistita disegnata dalla legge», nonché dall'art. 14, comma 3, ai sensi del quale la crioconservazione può essere mantenuta fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.

Da ciò la scelta della Corte costituzionale, intervenuta sul punto con ordinanza 9 novembre 2006, n. 369⁵²⁸, di dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge *de qua*. Secondo la Corte, in particolare, il giudice *a quo* sarebbe incorso in una evidente contraddizione 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"⁵²⁹.

A distanza di circa due anni dal suo primo intervento sul tema, il Tribunale di Cagliari, su iniziativa delle medesime parti che già avevano azionato il procedimento in via cautelare, si è nuovamente occupato della questione relativa alla diagnosi genetica preimpianto, approdando, però, ad una soluzione diversa rispetto a quella adottata in precedenza. Con sentenza del 22 settembre 2007⁵³⁰, i giudici, preso atto del fatto che, al riguardo, «nessun lume può trarsi dalla decisione della Corte costituzionale, prima richiamata, che ha lasciato del tutto irrisolta la questione in esame, avendo il Supremo Collegio chiuso il procedimento davanti a sé con una decisione meramente processuale», si sono, infatti, pronunciati per la praticabilità della diagnosi preimpianto, purché la stessa sia richiesta dai soggetti di cui all'art. 14, comma 5, l. n. 40, abbia ad oggetto embrioni destinati all'impianto, sia strumentale all'accertamento di eventuali malattie degli stessi e finalizzata a garantire agli aspiranti genitori una adeguata informazione sul relativo stato di salute⁵³¹.

Nel pervenire a tale conclusione, il Tribunale osserva, innanzitutto, come, al riguardo, «appaia fortemente significativa l'assenza, nel sistema delineato dalla legge n. 40/2004, di un espresso divieto riguardante specificamente la diagnosi preimpianto»⁵³¹. La disciplina in

⁵²⁸ In *Guida al diritto, Famiglia e minori*, 2, 2006, 46 ss., con nota critica di A. SANTOSUOSSO, *Procreazione assistita: confermato per gli embrioni il divieto di diagnosi*, e in *Studium iuris*, 2, 2007, 127 ss., con nota critica di VILLANI, *Procreazione assistita e diagnosi genetica preimpianto: la Corte costituzionale salva "pilatescamente" il divieto*.

⁵²⁹ In senso critico verso la pronuncia della Consulta, v. FIGONE, *La Corte costituzionale interviene in tema di diagnosi preimpianto sull'embrione*, in *Fam. e dir.*, 2007, 545.

⁵³⁰ In *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 249, ss., con nota di PALMERINI, *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*, e, già, in *Fam. e dir.*, 2007, 1148 ss., con nota di DOGLIOTTI, *Diagnosi preimpianto, accertamento dello stato di salute dell'embrione e diritti della persona*, secondo il quale tale pronuncia «va segnalata per il rigore dell'impostazione, la chiarezza e l'ordine della esposizione, l'essenzialità e la sobrietà dello stile».

⁵³¹ La previsione contenuta nelle linee guida ministeriali del 2004 (previsione poi annullata dal Tar Lazio nel 2008, come si è già più volte accennato), ove si legge che «ogni indagine relativa alla salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale», sarebbe, allora, secondo il Tribunale di Cagliari, illegittima, finendo arbitrariamente con «l'includere nell'ambito del divieto di cui all'art. 13 comportamenti che, invece, secondo quanto stabilito dal legislatore, non vi rientrano». Analogamente, v. Trib.

questione non prevede per l'embrione – aggiungono i giudici - una tutela assoluta, «ma un bilanciamento dei contrapposti interessi, che vede semmai prevalere, in certi casi, i diritti costituzionalmente garantiti dei soggetti che alle tecniche di procreazione assistita abbiano avuto legittimo accesso, ed in particolare della donna, destinata ad accogliere nel suo grembo l'embrione prodotto». La donna potrà, insomma, «legittimamente rifiutare l'impianto dell'embrione prodotto *in vitro* allorché la conoscenza dell'esistenza di gravi malattie genetiche o cromosomiche nell'embrione medesimo abbiano determinato in lei una patologia tale per cui procedere ugualmente all'impianto sarebbe di grave nocimento per la sua salute fisica o psichica»⁵³².

Questa sarebbe, del resto, una soluzione «necessitata in considerazione del dovere del giudice di scegliere, tra le varie interpretazioni possibili della disposizione da applicare al caso concreto, quella che assicuri una lettura costituzionalmente orientata della norma».

Nel caso in esame, pare, però, che i giudici, nel tentativo di fornire ad ogni costo un'interpretazione dell'art. 13 presuntamente più conforme ai principi costituzionali, abbiano finito col forzare la *ratio* stessa di tale norma. Sebbene, infatti, realmente l'art. 13 non vieti espressamente la diagnosi genetica preimpianto, una lettura di tale norma alla luce del criterio sistematico e, quindi, nel quadro della disciplina complessiva della materia, sembra comunque portare ad escludere l'ammissibilità di tutte quelle pratiche - tra le quali senz'altro rientrano, come lo stesso Tribunale pare ammettere, le indagini genetiche preimpianto - che risultino suscettibili di ledere l'interesse sicuramente considerato dalla legge prioritariamente degno di tutela, ossia quello del concepito.

Del resto, come si è già avuto modo di accennare, è stato lo stesso Governo italiano ad affermare espressamente, nel tentativo di difendere la legge n. 40 innanzi alla Corte Europea, la sussistenza del divieto di praticare indagini genetiche preimpianto⁵³³.

Meglio avrebbe fatto, allora, il Tribunale sardo a sollevare nuovamente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, facendo leva sulle direttive chiaramente fornite, al riguardo, dalla Corte costituzionale, e cogliendo, così, l'occasione per fare definitivamente chiarezza circa il necessario coordinamento tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e la *ratio* della legge n. 194/1978, il cui richiamo in alcune disposizioni della legge n. 40 pare, infatti, contrariamente a quanto affermato dai giudici cagliaritari, di per sé del tutto

Firenze, ord. 17 dicembre 2007, cit. *supra*, nota 5. Per un commento favorevole all'ordinanza del Tribunale di Firenze, v. BALDINI, *Procreazione assistita: legittimità della diagnosi preimpianto e crioconservazione*, in www.altalex.com.

⁵³² Il riferimento è al 3° comma dell'art. 14, ora parzialmente modificato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 151 del 2009, cit. *infra*, § 3.

⁵³³ V. *supra*, nota 6.

insufficiente a garantire un equilibrato - oltre che sufficientemente definito - bilanciamento tra l'interesse della donna e quello del concepito.

3. *La riproposizione della questione di costituzionalità e la illegittimità riscontrata dalla Corte costituzionale.*

Peraltro, a pochi mesi di distanza dalla riferita pronuncia del Tribunale di Cagliari, in materia è nuovamente intervenuto il Tar Lazio che, con sentenza n. 398 del 21 gennaio 2008⁵³⁴, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, della legge n. 40, per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.

Con due ordinanze emesse a distanza di un mese l'una dall'altra, sulla questione sono ritornati, poco dopo, anche i giudici del Tribunale di Firenze⁵³⁵.

In particolare, con ordinanza n. 323 del 12 luglio 2008, i giudici toscani hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 2, per contrarietà agli artt. 3 e 32 Cost. Il Tribunale ha, altresì, dichiarato non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, della legge n. 40, per contrarietà all'art. 32 Cost., comma 2, nella parte in cui tale norma prevede la irrevocabilità del consenso da parte della donna all'impianto in utero degli embrioni già formati.

Con ordinanza n. 328 del 26 agosto 2008, il medesimo Tribunale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; dell'art. 14, comma 3, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., limitatamente alle parole «qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile», «di forza maggiore», «non prevedibile al momento della fecondazione», «fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile»; dell'art. 14, comma 4, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost. Lo stesso Tribunale ha, poi, dichiarato non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, per contrasto con gli

⁵³⁴ In *Fam. e dir.*, 2008, 499 ss., con nota adesiva di FIGONE, *Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione?*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 489 ss., con nota, anch'essa adesiva, di PENASI, *Tanto tuonò che piove: l'illegittimità parziale delle Linee Guida e la questione di costituzionalità della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*. Si tratta della medesima decisione con la quale i giudici amministrativi hanno annullato la disposizione con cui le linee guida del 2004 ammettevano solo indagini di tipo osservazionale sullo stato dell'embrione da impiantare (v. *supra*, nota 10). Per la critica al tipo di provvedimento adottato, v. GIRELLI, *E' consentito sollevare questione di legittimità costituzionale con sentenza?*, in *Giur. it.*, 2008, 1905. Sul punto, v., inoltre, CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto"*. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004, in *Giur. it.*, 2010, 289 ss.

⁵³⁵ Entrambe le ordinanze risultano pubblicate in *Foro it.*, 2008, I, 3354.

artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., nella parte in cui non contiene, alla fine, le parole «e, dalla donna, anche successivamente».

L'8 maggio 2009, con la sentenza n. 151, la Corte costituzionale⁵³⁶, riuniti i tre giudizi, ha emesso la sua attesa decisione sul punto. Dopo essersi pronunciata per la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale del 1° comma dell'art. 14, del 4° comma del medesimo articolo⁵³⁷, nonché del 3° comma dell'art. 6, per carenza di motivazione sulla relativa rilevanza, la Consulta ha dichiarato fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3.

Quanto, in particolare, alla disposizione di cui all'art. 14, comma 2, la Corte costituzionale osserva come la legge in esame riveli «un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge». La previsione in esame, «in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili». L'art. 14, comma 2, determinerebbe, inoltre, secondo i giudici, un contrasto con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio, ad esso connesso, relativo sia alla salute della donna, sia a quella del feto.

Alla luce di tali premesse, i giudici si pronunciano, dunque, per la illegittimità dell'art. 14, comma 2, ma, aderendo alla richiesta formulata dal Tribunale di Firenze con ordinanza n. 328 del 26 agosto 2008, limitano la portata della propria dichiarazione di incostituzionalità alla parte della norma che si riferisce «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre».

⁵³⁶ In *Fam. e dir.*, 2009, 761 ss., con nota adesiva di DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*; in *Giust. civ.*, 2009, 6, 1177, con nota critica di E. GIACOBBE, *La festa della mamma. Osservazioni a caldo a Corte Cost. 8 maggio 2009, n. 151*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1123, con nota adesiva di FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*.

⁵³⁷ La questione di legittimità di tale norma è stata sollevata d'ufficio dal Tribunale di Firenze con ordinanza n. 328.

La Corte si discosta, invece, dall'orientamento seguito dallo stesso Tribunale di Firenze laddove, nel dichiarare incostituzionale il comma 3 dell'art. 14, non elimina né la parte della norma che impone, quale condizione per la eccezionale crioconservabilità, la «non prevedibilità» della grave e documentata causa «di forza maggiore» relativa allo stato di salute della donna, né quella che consente la crioconservazione «fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile». Nella sentenza si legge, infatti, che il disposto di cui al 3° comma dell'art. 14 è incostituzionale solo «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»

Partendo proprio dalla conclusione cui approda la Corte riguardo alla disciplina delle ipotesi in cui risulta eccezionalmente consentita la crioconservazione, sembra il caso di osservare come essa si presenti difficilmente giustificabile, almeno ove si intenda evincere dalla sentenza in esame la volontà di considerare ammissibile, nonostante il tuttora vigente disposto di cui al 2° comma dell'art. 13⁵³⁸, la praticabilità delle tecniche diagnostiche preimpianto. Si tratta, infatti, di tecniche destinate a chi abbia motivo di temere il rischio di trasmettere al generando una malattia di tipo genetico, in quanto tale, evidentemente, già nota al momento della fecondazione. Ma, al di là di quanto concerne il limite della «non prevedibilità», imposto quale condizione per poter accedere, comunque in via del tutto eccezionale, alla crioconservazione degli embrioni, residuano forti perplessità circa la stessa possibile persistenza, una volta data per scontata, appunto, la liceità delle indagini genetiche preimpianto, del generale divieto di crioconservazione di cui al 1° comma dell'art. 14⁵³⁹.

Ciò, a meno di non voler ritenere che la Consulta abbia, concludendo nel senso accennato, implicitamente inteso proprio escludere la praticabilità di tali tecniche diagnostiche⁵⁴⁰, il cui divieto sembra risultare, in effetti, tuttora vigente, ed in merito al quale nulla viene esplicitato, in realtà, nella motivazione della Corte⁵⁴¹.

⁵³⁸ Ed in linea, dunque, con l'orientamento seguito in materia dalla giurisprudenza più recente (ci si riferisce agli ormai noti provvedimenti del Tar Lazio e del Tribunale di Firenze del 2008), cui, nel riportarne integralmente alcuni significativi passaggi, la Corte costituzionale sembrerebbe, in effetti, aderire.

⁵³⁹ E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Giappichelli, 2003, 1184 ss., osserva, al riguardo, come il divieto di crioconservazione non trovi più alcuna giustificazione, anche in considerazione dell'ormai soppresso divieto di creare un numero massimo di tre embrioni, da destinare ad un unico e contemporaneo impianto. E' «naturale», afferma, infatti, l'a., «che gli embrioni, quanti ne siano, prodotti e non impiantati, vadano congelati». Il comma 1 dell'art. 14, «in sostanza, pone oggi il divieto di crioconservazione degli embrioni, a meno che non ci siano embrioni da crioconservare».

⁵⁴⁰ *Contra*, FERRANDO, *Fecondazione in vitro*, cit., 523.

⁵⁴¹ V., però, quanto osservato *supra*, nota 27, circa il presumibile intendimento, sul punto, della Corte stessa.

Diversamente, sarebbe stato senz'altro più opportuno denunciare la irragionevolezza della norma in esame, non già per la incongruenza tra le limitazioni ivi contenute e il preteso affievolimento della tutela dalla stessa riservata all'embrione, bensì per la incompatibilità tra il relativo disposto e la oramai diffusamente reputata consentita praticabilità delle indagini genetiche preimpianto⁵⁴². E ancora più adeguata si sarebbe rivelata, in una simile prospettiva, la scelta di pronunciarsi per la incostituzionalità pure del generale divieto di crioconservazione. Salvo che, pare il caso di ribadirlo, non si voglia concludere nel senso che, col proprio atteggiamento alquanto sfuggente, la Corte costituzionale abbia deliberatamente inteso evitare di optare apertamente per la incondizionata praticabilità di tecniche, sulla cui ammissibilità la stessa dimostrerebbe, così, di nutrire ancora, evidentemente, delle riserve.

Conclusione, quest'ultima, che non risulta, peraltro, condivisa dalla giurisprudenza di merito intervenuta all'indomani della pronuncia in esame.

4. *La successiva giurisprudenza di merito e la dichiarazione di inammissibilità della nuovamente sollevata questione di costituzionalità.*

Con ordinanza del 29 giugno 2009, il Tribunale di Bologna⁵⁴³, nell'ammettere la praticabilità della diagnosi genetica preimpianto, afferma, infatti, che la legittimità delle relative tecniche trova «saldo fondamento nella decisione della Corte costituzionale che...ha posto chiaramente in primo piano la tutela della salute fisica e psicologica della madre». In particolare, l'ammissibilità delle indagini preimpianto sarebbe una immediata conseguenza della scelta della Consulta di imporre che il trasferimento degli embrioni - da realizzare, comunque, non appena possibile - debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna. «Negare la diagnosi preimpianto», osservano, al riguardo, i giudici bolognesi, «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».

Ma non sembra che la Corte costituzionale abbia inteso così scopertamente ammettere la praticabilità delle indagini in questione, soprattutto considerato che la stessa ha volutamente escluso la rimozione del generale divieto di crioconservazione degli embrioni: divieto, in realtà, incompatibile con la pretesa liceità delle tecniche diagnostiche preimpianto. La scelta dei giudici bolognesi si presenta, allora, solo come l'ennesimo tentativo di superare, anche a

⁵⁴² In tal senso, v., infatti, la memoria depositata dalla difesa nel giudizio davanti al Tribunale di Firenze, conclusosi con ordinanza n. 323 del 12 luglio 2008.

⁵⁴³ In *www.altalex.com*.

costo di evidenti forzature interpretative, un divieto - quello relativo alla diagnosi genetica preimpianto - che nel nostro ordinamento è da reputare tuttora vigente

Senz'altro più apprezzabile sarebbe apparsa, invece, la pronuncia in esame se il Tribunale, deciso a contrastare l'ammissibilità del divieto di procedere ad indagini genetiche preimpianto, avesse sollevato la questione di legittimità costituzionale sia dell'art. 13, comma 2, per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., nella parte in cui tale norma non esclude dal novero dei divieti riguardanti la ricerca clinica sugli embrioni quello di praticare le indagini preimpianto, sia dell'art. 14, il quale contiene principi che finirebbero col risultare incompatibili con l'eventuale liceità delle tecniche diagnostiche riguardanti l'embrione.

E lascia, allora, perplessi anche la medesima recente pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, su cui si tornerà più avanti, nella quale non si fa alcuna menzione del divieto di crioconservazione, la cui evidente incompatibilità con la dichiarata ammissibilità delle indagini genetiche preimpianto finisce col rendere, dunque, alquanto incerta la effettiva portata di tale sentenza.

La stessa Corte costituzionale⁵⁴⁴, del resto, nel pronunciarsi per la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, sollevata dal Tribunale di Cagliari il 16 luglio 2005⁵⁴⁵, aveva, sia pure implicitamente, suggerito ai giudici di orientarsi in tale direzione, osservando come il divieto contenuto nel 2° comma dell'art. 13 «sia desumibile anche da altri articoli della stessa legge»⁵⁴⁶, tra i quali proprio l'art. 14.

D'altro canto, sebbene tale norma, per effetto del recente, ulteriore intervento della Consulta⁵⁴⁷, sia stata parzialmente modificata, la stessa risulta continuare a contemplare, oltre al generale divieto di crioconservazione, il criterio della non prevedibilità degli eventi destinati ad impedire l'immediato trasferimento in utero degli embrioni formati. Criterio che, come si è già avuto modo di osservare, porta ad escludere la crioconservabilità degli embrioni nel caso in cui si abbia motivo di sospettare la presenza di una patologia genetica degli stessi, trattandosi di una circostanza senz'altro prevedibile già al momento della fecondazione. Un'ulteriore, concreto limite, dunque, all'attuale praticabilità delle indagini diagnostiche preimpianto.

⁵⁴⁴ Corte cost., 9 novembre 2006, n. 369, cit. *supra*, nota 17.

⁵⁴⁵ Cit. *supra*, nota 16.

⁵⁴⁶ In quell'occasione non impugnati: da qui, lo si ricorda, la decisione della Corte di pronunciarsi per la inammissibilità della sollevata questione di legittimità del 2° comma dell'art. 13.

⁵⁴⁷ Si tratta della sentenza n. 151 del 2009, cit. *supra*, § 3.

Peraltro, con un provvedimento del 9 gennaio 2010⁵⁴⁸, richiamato dalla Corte Europea nella sentenza in epigrafe, anche il Tribunale di Salerno si è pronunciato per l'ammissibilità di tali tecniche, estendendo la relativa operatività addirittura alle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, ma non affette né da sterilità, né da infertilità. Ciò in deroga non solo alla disposizione di cui all'art. 13, comma 2, della legge n. 40, ma anche a quella di cui agli artt. 1 e 4, comma 1. L'art. 1 sancisce, infatti, che il ricorso alla procreazione assistita è consentito solo «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», e l'art. 4, comma 1, precisa che l'accesso alle relative tecniche è limitato ai soli «casi di sterilità o infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico».

Sul presupposto - che anche i giudici campani hanno dato per scontato - della insussistenza nella legge n. 40 del divieto di praticare indagini genetiche preimpianto, il Tribunale ha, insomma, proposto una lettura evolutiva dei concetti di sterilità e di infertilità, in considerazione del fatto che la diagnosi preimpianto avrebbe senso proprio per quelle coppie che, pur non sterili, siano comunque affette da patologie trasmissibili per via genetica⁵⁴⁹. Ma, sebbene la scelta di consentire l'accesso alle tecniche procreative anche alle coppie fertili sembri, oltreché umanamente condivisibile, effettivamente coerente con l'ammissibilità delle indagini diagnostiche preimpianto, resta ferma, alla luce dell'attuale quadro normativo, l'insuperabilità, almeno in via esegetica, sia del divieto di ricorrere alla procreazione assistita per le coppie che non presentino i requisiti richiesti dalla legge, sia dello stesso divieto di praticare le indagini preimpianto.

Anche ai giudici salernitani, come già a quelli del Tribunale di Bologna, va, dunque, addebitato di non aver saputo sfruttare l'occasione ad essi presentatasi per sollevare la questione di legittimità costituzionale di quelle norme della legge n. 40 che esprimono principi ritenuti evidentemente indivisibili. Con l'aggravante che il Tribunale di Salerno, a differenza del Tribunale di Bologna, mostra consapevolezza del fatto che nella «sentenza della Corte costituzionale, 8 maggio 2009, n. 151... non vi è riferimento esplicito alla diagnosi preimpianto». La pronuncia del Tribunale fa leva, infatti, essenzialmente sulle linee guida

⁵⁴⁸ In *Corr. merito*, 2010, 255 ss., con nota sostanzialmente adesiva di CASABURI, *Procreazione medicalmente assistita: "disco verde" giurisprudenziale alle coppie non sterili e non infertili*; in *Fam. e dir.*, 2010, 476 ss., con commento parzialmente favorevole di SEGNI, *Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili – Un nuovo problema*, e di LA ROSA, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*, e in *Dir. e giur.*, 2010, 54 ss., con nota critica di DI LELLA, *Accesso alle tecniche di procreazione assistita e diagnosi pre-impianto. Una discutibile interpretazione degli artt. 1 e 4 della legge n. 40 del 2004.*

⁵⁴⁹ Così CASABURI, *op. cit.*, 260.

ministeriali del 2008, le quali, in effetti, non solo non limitano più le indagini sugli embrioni a quelle di tipo osservazionale, ma contemplano anche la possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita nei casi in cui l'uomo sia portatore di malattie sessualmente trasmissibili. Secondo i giudici, ciò, da un lato, «determina un ampliamento della concezione normativa di infertilità e quindi consente un maggiore accesso alle pratiche di procreazione assistita», dall'altro, «rende la diagnosi preimpianto...una normale forma di monitoraggio con finalità conoscitiva della salute dell'embrione». Ma le linee guida sono un atto di natura regolamentare, che non può né modificare, né disporre un'interpretazione autentica di una disposizione di legge⁵⁵⁰

Secondo il Tribunale di Salerno, dalla pronuncia della Corte costituzionale emergerebbe, in ogni caso, il riconoscimento alla salute della madre di un ruolo dominante rispetto a quello riservato all'embrione, con la conseguenza che andrebbe tutelato comunque «il diritto della madre a conoscere se il feto sia malato tramite appunto diagnosi preimpianto»⁵⁵¹. La Consulta, però, non ha fatto alcun riferimento alla diagnosi preimpianto, la cui inammissibilità sembra, anzi, nella sentenza confermata, lo si ribadisce, dalla scelta della stessa Corte di conservare il generale divieto di crioconservazione degli embrioni⁵⁵².

Ancora una volta, dunque, i giudici di merito tentano di superare, a costo di evidenti forzature interpretative, divieti che, ad onta della relativa discutibilità, nel nostro ordinamento sono da reputare comunque tuttora vigenti, risultando gli stessi destinati a venir meno solo a seguito di un intervento del legislatore o della Corte costituzionale.

I giudici di legittimità non sembrano, però, orientati, almeno per il momento, ad incidere sul vigente quadro normativo, come risulta confermato dalla recente ordinanza n. 27 del 12 marzo 2010⁵⁵³, con cui la Corte è intervenuta su iniziativa del Tribunale di Milano, il quale, poco prima che fosse pronunciata la sentenza n. 151/2009 della medesima Corte, aveva sollevato, con due distinte ordinanze⁵⁵⁴, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 6, comma 3, ultima parte, e 14, commi 1, 2 e 3, della legge n. 40/2004.

⁵⁵⁰ Così, testualmente, SEGNI, *Procreazione*, cit., 479.

⁵⁵¹ In mancanza, osserva il Tribunale, verrebbe leso il diritto ad avere un figlio sano, «diritto soggettivo da ascrivere tra quelli inviolabili della donna ai sensi dell'art. 2 cost.», nonché il più generale «diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative».

⁵⁵² Sul punto, v. quanto osservato dianzi, nonché più oltre, in ordine all'ultimo intervento della Consulta sul tema.

⁵⁵³ In *www.cortecostituzionale.it*

⁵⁵⁴ Rispettivamente del 6 e 10 marzo 2009, entrambe inedite, ma rinvenibili in *G.U. – I Serie Speciale – n. 39 del 30.9.2009*.

La Consulta, riuniti i giudizi, ha dichiarato la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, oltreché del comma 3 dell'art. 6, per difetto di motivazione sulla rilevanza, dei commi 2 e 3 dell'art. 14, per essere stati gli stessi già dichiarati parzialmente illegittimi con la sentenza n. 151/2009, nonché del 1° comma dell'art. 14.

Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, i giudici di legittimità osservano che, con la pronuncia n. 151/2009, «questa Corte, nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, della stessa legge, per carenza di motivazione sulla rilevanza, ha però precisato...che le raggiunte conclusioni circa l'incostituzionalità dell'art. 14, comma 2, introducono "una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell'art. 14, quale logica conseguenza della caducazione, nei limiti indicati, del comma 2"». Probabilmente, però, alla Corte non è risultato chiaro come, tra i «limiti indicati», ce ne sia uno - quello del rispetto del criterio della prevedibilità di cui al 3° comma dell'art. 14, che la sentenza n. 151/2009 ha inteso conservare - che finisce con l'ostacolare l'ammissibilità della crioconservazione proprio nelle ipotesi in cui la coppia, come in uno dei due casi sottoposti all'esame della Consulta, abbia motivo di temere la trasmissione al nascituro di malattie geneticamente trasmissibili.

Del resto, la circostanza che la stessa Corte riconosca esplicitamente la sussistenza di un «principio generale di divieto di crioconservazione», sembra sufficiente a sollevare forti perplessità sulla ricostruzione interpretativa della sentenza n. 151/2009 operata, a distanza di quasi un anno, dalla medesima Corte costituzionale.

I giudici di legittimità, inoltre, anche nell'ultimo loro provvedimento, non fanno alcun riferimento alla diagnosi genetica preimpianto. Ancora una volta viene, dunque, il sospetto che i giudici abbiano inteso evitare di prendere espressamente posizione sulla spinosa questione concernente l'ammissibilità delle tecniche diagnostiche preimpianto, ritenendo probabilmente preferibile riservare la relativa soluzione alla competenza del legislatore⁵⁵⁵.

5. *La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 28 agosto 2012.*

Di tale problematica si è occupata ora la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale, con la dianzi richiamata sentenza del 28 agosto 2012, ha condannato la normativa che vieta

⁵⁵⁵ Non a caso, del resto, nell'ordinanza della Corte si legge che la deroga al generale divieto di crioconservazione «determina la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti, ma non impiantati per scelta medica». Ove si ammetta la diagnosi preimpianto, la scelta di non impiantare gli embrioni malati sembra dover competere, infatti, alla donna e non già al medico.

la praticabilità delle tecniche diagnostiche preimpianto⁵⁵⁶. In particolare, la Corte ha stabilito la contrarietà di tale divieto al principio di cui all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Nel caso di specie, una coppia italiana, portatrice sana di una malattia geneticamente trasmissibile, adisce la Corte Europea invocando la contrarietà agli artt. 8 e 14 della CEDU⁵⁵⁷ sia del divieto di praticare indagini genetiche preimpianto (art. 13, comma 2), sia del limite di accesso alle tecniche procreative, consentito solo alle coppie sterili o infertili (art. 1, comma 2 e 4, comma 1).

La Corte, nell'accogliere il ricorso solo sotto il profilo della contrarietà della legge italiana all'art. 8 della CEDU (precisando, riguardo alla disposizione di cui all'art. 14, come non sia configurabile l'ipotesi di discriminazione, essendo il divieto di accedere alle tecniche diagnostiche in questione esteso a tutte le coppie indistintamente)⁵⁵⁸, osserva, innanzitutto, come, alla luce della propria giurisprudenza, il concetto di “vita privata” di cui all'art. 8 sia un concetto ampio, comprendente, oltre al diritto dell'individuo di allacciare e sviluppare rapporti con i simili, anche il diritto allo sviluppo personale, all'autodeterminazione e al rispetto della decisione di diventare o di non diventare genitore.

Più specificamente, aggiunge la Corte, le indagini diagnostiche preimpianto non sono da sole sufficienti ad escludere che venga compromessa la salute del nascituro, il quale potrebbe risultare comunque affetto da altre patologie genetiche o subire le complicanze derivanti dalla gravidanza o dal parto. I giudici rigettano, dunque, l'osservazione del Governo, secondo la quale, ad accogliere le richieste dei ricorrenti, si finirebbe con l'ammettere la tutelabilità del c.d. diritto ad avere un figlio sano, in quanto tale privo di un fondamento giuridico. La coppia che si è rivolta alla Corte non reclama altro – precisano i giudici – se non la possibilità di accedere alla diagnosi reimpianto, al fine di mettere al mondo un figlio non affetto, nel caso specifico, da mucoviscidosi, malattia genetica di cui gli stessi sono portatori sani.

⁵⁵⁶ Tecniche che, come si legge nel punto 73 della relativa sentenza, lo stesso Governo italiano considera vietate dalla legge.

⁵⁵⁷ 46 Che sanciscono, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione.

⁵⁵⁸ I ricorrenti lamentano la sussistenza di una discriminazione tra le coppie portatrici di malattie genetiche (ma non sterili o infertili), e le coppie affette da sterilità o infertilità o in cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili (v. linee guida del 2008, cit. *supra*, nota 13): solo alle prime sarebbe precluso, a dire della coppia italiana, il diritto di accedere alle tecniche diagnostiche preimpianto. La Corte Europea ha, però, correttamente evidenziato come il divieto di diagnosi genetica preimpianto interessi qualsiasi categoria di persone, non potendosi, pertanto, ritenere discriminati i ricorrenti rispetto alle coppie in cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili. Di conseguenza, i giudici dichiarano manifestamente infondata questa parte del ricorso, rigettandola ai sensi dell'art. 35 §§ 3 e 4 della Convenzione. V., sul punto, la richiamata decisione del Tribunale di Salerno, cit. *supra*, nota 37.

Inoltre, nel sottolineare come la nozione di bambino non sia assimilabile a quella di embrione, la Corte critica l'incongruenza della scelta legislativa che, mentre vieta la soppressione di un embrione (eventualmente malato) non ancora impiantato nel corpo della donna, consente, invece, di ricorrere all'aborto anche quando nel grembo materno è ormai presente un feto già compiutamente formato. Del resto, il fatto che sia le tecniche diagnostiche, vietate, praticabili prima dell'impianto dell'embrione, sia quelle, lecite, che presuppongono che la gravidanza sia già stata avviata (amniocentesi e villocentesi), consentano il perseguimento del medesimo fine, avvalorano ulteriormente l'accusa di «incoerenza» mossa alla legge italiana. Ciò senza considerare che lo stesso fatto di praticare le (consentite) indagini genetiche citate determina un non trascurabile aumento del rischio di aborto (dello 0,5-1% l'amniocentesi e addirittura del 2% la villocentesi)⁵⁵⁹.

La Corte di Strasburgo evidenzia, inoltre, le differenze tra il caso in esame e quello di cui, l'anno prima, è stata chiamata ad occuparsi la Grande Camera, la quale, con provvedimento del 3 novembre 2011 n. 57813⁵⁶⁰, ha affrontato la questione concernente l'ammissibilità del divieto di fecondazione eterologa contenuto nella legge austriaca⁵⁶¹.

I giudici della Grande Camera, superando l'orientamento seguito dalla Corte Europea il 1° aprile 2010⁵⁶², hanno stabilito che «gli stati parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali hanno il diritto di scegliere le regole interne idonee a

⁵⁵⁹ In senso contrario al divieto della diagnosi genetica preimpianto si esprimono, tra gli altri, BALDINI, *Libertà procreativa*, cit., 105 ss., e, già, VILLANI, *La procreazione*, cit., 61 ss.

⁵⁶⁰ In *Guida al diritto*, 2011, 46.

⁵⁶¹ La legge 7 luglio 1992, n. 293 («Legge federale di introduzione di norme sulla riproduzione assistita, nonché di riforma del codice civile, della legge sul matrimonio e della norma di giurisdizione») stabilisce che gli ovociti possono essere utilizzati solo nella donna dalla quale provengono, sia nel caso di fecondazione *in vitro*, sia in quello di fecondazione *in vivo* (mentre, in tale ultimo caso, è consentita la donazione di seme).

⁵⁶² *First section. Case of S.H. and others v. Austria*, in www.personaedanno.it. La Corte si è pronunciata su un ricorso presentato nel 2000 da due coppie austriache, alle quali, in applicazione della richiamata legge n. 293/1992, era stato negato l'accesso alle richieste tecniche di procreazione eterologa. In particolare, nel primo caso, essendo la moglie completamente sterile, a differenza del marito, la coppia aveva chiesto di ricorrere all'ovodonazione e alla fecondazione *in vitro* con il seme di quest'ultimo. Ebbene, secondo la Corte di Strasburgo, non esistono giustificazioni ragionevoli e oggettive per la discriminazione operata dal § 3 FMedG tra coppie che, non avendo bisogno della ovodonazione, possono ricorrere alla *fiwet*, e coppie che, non potendo farne a meno, devono rinunciare alla fecondazione extracorporea. Nel secondo caso, essendo sterili entrambi i coniugi, la coppia aveva chiesto di ricorrere alla fecondazione *in vitro* con donazione di seme. Anche in questo caso, la Corte condanna la discriminazione operata dalla legge austriaca tra coppie che, potendo fare ricorso alla fecondazione *in vivo*, si vedono riconosciuto il diritto ad avvalersi della donazione di seme, e coppie che, non avendo altra strada che quella della fecondazione extracorporea, devono, invece, rinunciarvi. La legge austriaca violerebbe, dunque, secondo la Corte di Strasburgo, il divieto di discriminazione di cui all'art. 14 CEDU, in relazione al diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU tale legge - ammettendo la *fiwet* in caso di fecondazione omologa, ma non in quello di fecondazione eterologa, la quale è, peraltro, ammessa, purché *in vivo*, nell'ipotesi di donazione di seme - finirebbe, infatti, col riservare una ingiustificata disparità di trattamento a coppie aventi gli stessi problemi di sterilità. Sul punto, v. quanto si è già avuto modo di osservare in SCIA, *op. cit.*, 249 ss.

disciplinare l'accesso alla procreazione assistita di carattere eterologo». Non sarebbe, dunque, «contraria al diritto al rispetto della vita privata e familiare, che si applica anche ai casi in cui i genitori cerchino di avere figli, la normativa interna che, tenendo conto di motivazioni etiche e giuridiche, vieta il ricorso ad alcune forme di fecondazione eterologa. In assenza di un consenso tra gli stati parti e di atti internazionali in materia, gli stati hanno libertà di scelta nella predisposizione del quadro normativo anche se le autorità nazionali devono tenere conto dei mutamenti introdotti dalla scienza medica»⁵⁶³.

Ebbene – afferma la Corte Europea nella sentenza del 28 agosto 2012 – mentre in quel caso i giudici hanno dovuto affrontare la questione della compatibilità tra il divieto di fecondazione eterologa contenuto nella legge austriaca, e l'art. 8 della CEDU, nel caso sottoposto ora al vaglio della Corte, che riguarda la fecondazione di tipo omologo, si tratta di verificare la proporzionalità tra il divieto di accedere alle indagini preimpianto e la disciplina che consente di ricorrere alle pratiche abortive quando la gravidanza sia già avviata. La pronuncia della Grande Camera, di apertura nei confronti della legislazione nazionale, è legata, dunque, ad una questione diversa da quella esaminata più di recente dalla Corte Europea, la quale – nel condannare l'ingerenza dello Stato italiano nel diritto dei ricorrenti al rispetto della propria vita privata e familiare - ha, dunque, legittimamente ritenuto di poter decidere il caso in esame indipendentemente dall'esito del precedente giudizio.

⁵⁶³ Al riguardo pare il caso di segnalare la sentenza n. 150/2012 (in www.cortecostituzionale.it) con cui la Consulta è stata chiamata ad occuparsi della questione di legittimità dell'art. 4, comma 3 della legge n. 40/2004, sollevata dal Tribunale di Firenze con ordinanza del 6 settembre 2010, dal Tribunale di Catania con ordinanza del 21 ottobre 2010 (il quale ha esteso la questione di costituzionalità anche all'art. 9, commi 1 e 3, e all'art. 12, comma 1) e dal Tribunale di Milano con ordinanza del 2 febbraio 2011. Tutti i rimettenti promuovono il giudizio di legittimità dell'art. 4, comma 3 della legge in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, e premettono che devono applicare queste ultime nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo con la sentenza della Prima Sezione del 1° aprile 2010. Tuttavia, successivamente alle ordinanze di rimessione è intervenuta la citata sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo, la quale, come si è visto, si è pronunciata diversamente sul principio enunciato nel suo precedente intervento. Di conseguenza, come si legge nella sentenza, i giudici della Corte costituzionale hanno statuito che «poiché il giudice comune deve avere riguardo alle norme della CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo, la diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all'interpretazione accolta dalla sentenza della Prima Sezione incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e costituisce un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale proposta». «Va, dunque, ordinata la restituzione degli atti ai giudici rimettenti» - aggiunge la Corte - «affinché questi procedano ad un rinnovato esame dei termini della questione». «Siffatta conclusione si impone» - si legge ancora nella sentenza - per due ragioni: «in primo luogo, perché costituisce l'ineludibile corollario logico-giuridico del valore delle sentenze del giudice europeo nell'interpretazione delle norme della CEDU che i rimettenti hanno correttamente considerato al fine di formulare le censure; in secondo luogo, in quanto una valutazione dell'incidenza sulle questioni di legittimità costituzionale del *novum* costituito dalla sentenza della Grande Camera spetta anzitutto ai rimettenti, pena altrimenti un'alterazione dello schema dell'incidentalità del giudizio di costituzionalità».

Ma l'aspetto probabilmente più significativo della sentenza in commento è rappresentato dal rilievo attribuito alla circostanza della esplicita ammissione, da parte del Governo (punto 73), della sussistenza nel diritto italiano del divieto delle tecniche diagnostiche preimpianto. Il fatto che lo stesso Governo riconosca la inammissibilità delle relative indagini avvalora, infatti, la considerazione secondo la quale la semplice rimozione, posta in essere dalle linee guida approvate nel 2008, del limite contenuto nel regolamento ministeriale del 2004, non avrebbe dovuto essere ritenuta sufficiente a giustificare la scelta, operata invece dalla giurisprudenza che si è successivamente occupata della questione, di ammettere senz'altro, nonostante la chiara disposizione di cui al 2° comma dell'art. 13 della legge, la praticabilità delle indagini in questione⁵⁶⁴.

Del resto, la legge n. 40 ha un'unica, inequivocabile, impostazione di fondo, emergente dall'intero suo impianto normativo, nel quale non risulta in alcun modo realizzato un adeguato equilibrio tra gli interessi del concepito e quelli della futura madre. L'impianto ideologico della legge risulta, infatti, complessivamente ispirato alla scelta di privilegiare senz'altro i diritti dell'embrione nel bilanciamento tra gli interessi coinvolti dal fenomeno procreativo.

Da qui il valore senz'altro dirimpente della pronuncia della Corte Europea, la quale, sanzionando il divieto di diagnosi genetica preimpianto, sembra far venire meno uno dei principi sui quali si basa la tutela riconosciuta dalla legge alla figura del concepito. Del resto, sebbene tale decisione circoscriva a tale divieto (oltreché, come si è visto, alla limitazione alle coppie sterili o inferiti del diritto di accedere alla procreazione assistita) il proprio giudizio negativo, la stessa finisce comunque col travolgere anche altri principi ispirati alla medesima scoperta volontà del legislatore di anteporre gli interessi dell'embrione a quelli della madre. Ci si riferisce, in particolare, al divieto di crioconservazione – che, data la relativa incompatibilità con la dichiarata ammissibilità delle tecniche diagnostiche preimpianto, è da considerarsi oramai superato - nonché al divieto di revoca del consenso una volta che l'embrione si sia già formato⁵⁶⁵.

La Corte Europea - e di qui il carattere fondamentale e di principio della pronuncia in questione - ha, dunque, abbattuto gli ostacoli frapposti all'attuazione di un bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti dal fenomeno procreativo più equilibrato e definito, tale da adeguatamente rispettare anche il diritto alla salute della donna e il principio di

⁵⁶⁴ V. *supra*, nota 6.

⁵⁶⁵ V. *supra*, § 3.

autodeterminazione della coppia, nonché, soprattutto, tale da rimediare alla incoerenza di un sistema normativo poco lineare. Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, l'operato superamento del principio della assoluta prevalenza dei diritti del concepito rispetto a quelli corrispondenti della madre offre, infatti, l'opportunità di garantire ora - con la rimozione, appunto, della «incoerenza del sistema legislativo italiano» - la ragionevolezza di un testo normativo che, lo si ricorda, fa esplicitamente salvo il ricorso alle procedure di cui alla legge n. 194 del 1978 sull'interruzione di gravidanza: legge la quale, nel bilanciamento tra gli interessi della madre e quelli del concepito, perviene notoriamente ad esiti diametralmente opposti rispetto alla normativa sulla procreazione medicalmente assistita⁵⁶⁶.

⁵⁶⁶ Sul rapporto tra diritto del concepito e diritto della donna di ricorrere alle pratiche abortive, v. la sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 18 febbraio 1975 (in *Giur. cost.*, 1975, 117 ss.), la quale ha sottolineato che «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora divenire». Al riguardo, v., inoltre, Corte cost. 10 febbraio 1997, n. 35 (in *Giur. it.*, 1997, I, 348).