

UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI MILANO-BICOCCA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza



La procreazione medicalmente assistita

I diritti delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche e la tutela degli embrioni

Relatore:

Giovanni IORIO

Correlatrice:

Stefania Pia PERRINO

Tesi di laurea di:

Giorgia ILACQUA

Matricola n. 817129

Anno Accademico 2020/2021

CAPITOLO 1

La PMA in ambito giuridico prima del 2015

1 Introduzione

1.1 Caratteri generali

1.1.1 Storie delle tecniche di PMA

1.1.2 Tecniche di PMA oggi

1.2 Panorama normativo – giurisprudenziale antecedente alla sentenza della Corte costituzionale n. 96/2015

1.2.1 I requisiti per l'accesso alle tecniche della PMA

1.2.2 Le linee guida ministeriali del 2004 e 2008 contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di PMA

1.2.3 Verso un'apertura alla diagnosi genetica preimpianto

1.2.4. Le sentenze del Tribunale di Cagliari, del Tribunale di Firenze e del TAR del Lazio

1.2.5 La violazione degli articoli 3 e 32 della Costituzione in materia di diritto d'uguaglianza e diritto di salute

CAPITOLO 2

Accesso PMA a coppie con malattie genetiche

2 Introduzione

2.1 Gli interventi in tema di diagnosi genetica preimpianto

2.1.1 Quando il caso concreto sollecita il diritto

2.1.2 Sentenza Costa Pavan vs Italia - il caso

2.1.3 La pronuncia della Grande Camera di Strasburgo sul divieto di indagini genetiche preimpianto

2.2 La questione incidentale di legittimità costituzionale che ha portato alla sentenza della Corte costituzionale n. 96/2015

2.2.1 Le due ordinanze di rimessione del Tribunale di Roma del 2014, n. 69 e 86.

2.2.2 Sentenza n. 162/14: tra il diritto ad avere un figlio sano e il divieto di fecondazione eterologa

2.2.3 Incongruenze tra la legge 194/1978 e la legge 40/2004

2.3 La sentenza della Corte costituzionale n. 96/2015 e i suoi risvolti

2.3.1 La caduta del divieto di accesso alle tecniche di PMA per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche

2.3.2 Le nuove linee guida ministeriali del 2015 contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di PMA

2.3.3 D.M. n. 265/2016: la riforma della disciplina del consenso alla luce del nuovo impianto normativo

2.3.4 La pronuncia del Tribunale di Milano: il primo caso di applicazione concreta della sentenza n. 96 del 2015

2.3.5 Costi dell'accesso alla DPG: un problema ancora aperto

CAPITOLO 3

Tutela della dignità dell'embrione

3 Introduzione

3.1 I diritti degli embrioni

3.1.1. La tutela dell'embrione: i divieti. Profili di diritto comparato

3.1.2 Sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale: il bilanciamento tra i diritti della donna e i diritti dell'embrione

3.1.3 La pronuncia della Grande Camera di Strasburgo sul divieto di sperimentazione sugli embrioni umani

3.2 Il nuovo “*status*” dell’embrione

3.2.1 Il rapporto tra la diagnosi genetica preimpianto e lo status giuridico dell’embrione attraverso la sentenza n. 229/2015 della Corte costituzionale

3.2.2 Il destino degli embrioni

3.2.3 Sentenza n. 84/2016: il divieto di ricerca scientifica sugli embrioni criconservati

CONCLUSIONI

La PMA in ambito giuridico prima del 2015

1 Introduzione

In questo primo capitolo analizzeremo sinteticamente alcuni aspetti fondamentali della procreazione medicalmente assistita dal suo albero fino alla sentenza numero 96 del 2015. In particolare, oltre ad un breve “*excursus*” sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita e la loro nascita, faremo un breve cenno circa gli aspetti più controversi legati alla legge numero 40 del 2004. Partiremo dalle differenze sostanziali tra le Linee guida del 2004 e del 2008, analizzando le sentenze dei Tribunali di Cagliari, di Firenze e del Lazio tra il 2007 e il 2008 che hanno portato all’emanazione del decreto ministeriale l’11 aprile del 2008. Infine, concluderemo il capitolo analizzando una questione di legittimità costituzionale sollevata dal sopracitato TAR del Lazio relativa agli articoli 3 e 32 della Costituzione in relazione al principio di uguaglianza e al diritto alla salute.

1.1 Caratteri generali

La procreazione medicalmente assistita, nel nostro ordinamento, è regolata dalla legge numero 40 del 2004, introdotta a seguito di un dibattito politico e culturale ancora oggi molto acceso. L’obiettivo di tale legge è quello di creare un adeguato bilanciamento dei valori in gioco, cercando di predisporre anche una forma di tutela specifica nei confronti del concepito,

come previsto dall' articolo 1: *“Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”*. Oltre che dalla legge 40, essa è regolamentata dalle Linee guida nazionali del 2015, alle quali devono meticolosamente conformarsi tutte le strutture che sono state autorizzate a praticare tale tecnica.

1.1.1 Storie delle tecniche di PMA

Per tecniche di procreazione medicalmente assistita si intendono *“tutti quei procedimenti che comportano il trattamento di ovociti umani, di spermatozoi o embrioni nell’ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza”*.¹ La tecnica dell'inseminazione artificiale, in Italia, si diffuse dopo il 1930 dove assunse carattere di metodo scientifico. Vi fu, sempre nei primi decenni degli anni Trenta, la scoperta di una serie di tecniche che consentirono lo sviluppo delle prime Banche del Seme; una delle prime in Italia fu istituita nel 1984 da Emanuele Lauricella, due anni dopo la divulgazione della notizia della prima gravidanza ottenuta con embrioni congelati. Tali tecniche furono da un lato la scoperta nel protettore del glicerolo, che permise periodi sempre più lunghi di conservazione degli spermatozoi; dall'altro lato gli sviluppi della crioconservazione del liquido seminale. Un'altra tappa storica decisiva vide

¹ D.M. 11 aprile 2008, *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*. Consultabile al link: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2008/04/30/08A02587/sg>

la luce alla metà degli anni Sessanta con l'introduzione della fecondazione in vitro, seguita dal trasferimento dell'embrione in utero. E successivamente negli anni Ottanta con la divulgazione dell'esecuzione del primo GIFT (*Gamete IntraFallopian Transfer*) per via laparoscopica, concludendosi nel 1992 con la messa a punto della tecnica ICSI grazie all'italiano Giampiero Palermo

1.1.2 Tecniche di PMA oggi

Considerando la complessità e il grado di invasività, le tecniche vengono suddivise in I, II e III livello. La ragione di tale suddivisione sta nell'individuazione di una progressione di scelta, che inizi dalle opzioni terapeutiche meno invasive, secondo il principio di gradualità, come espressamente previsto dall'articolo 4, 2 co. della legge numero 40 del 2004: *“Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi:*

- a) *gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività;*
- b) *consenso informato, da realizzare ai sensi dell'art. 6.*

Le tecniche di primo livello sono le cosiddette tecniche semplici, quelle di inseminazione artificiale. Le più note sono la ICI (*Intra – Cervical Insemination*) e la IUI (*Intra-uterine Insemination*), vengono considerate semplici in quanto la fecondazione avviene direttamente all'interno dell'utero della donna, a differenza delle tecniche di secondo e

terzo livello che, a causa della loro invasività per la coppia, vengono definite “*di alta tecnologia*” e di “*fecondazione in vitro*”, poiché il contatto tra spermatozoo e ovocita viene, nel momento più adatto, predisposto in laboratorio. Le più note sono la FIVET (*Fertilization In Vitro Embryo Transfer*), la ICSI (*IntraCytoplasmatic Sperm Injection*) e la GIFT (*Gamete Intra – Fallopian Transfer*).² A causa della loro complessità, vi sono differenze procedurali rispetto alle tecniche di primo livello, le quali, infatti, devono essere espressamente indicate nelle linee guida ministeriali. Esse sono chiaramente previste all’articolo 7 della legge numero 40 del 2004: “1. *Il ministero della salute, avvalendosi dell’Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l’indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.*

2. *Le linee guida di cui al comma 1 sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate.*

3. *Le linee guida sono aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all’evoluzione tecnico – scientifica, con le medesime procedure di cui al comma 1*”. L’obiettivo delle linee guida è duplice: medico e legale. Esse, infatti, dal punto di vista medico, consentono, a causa del costante progresso delle tecniche di procreazione, aggiornamenti periodici ma, nel pieno rispetto di tutte le norme contenute nella legge numero 40 del 2004.

2 Per maggiori approfondimenti F. Buzzi, G. Tassi, *la procreazione medicalmente assistita: normativa, giurisprudenza e aspetti medico – legali*, Milano, 2011.

1.2 Panorama normativo – giurisprudenziale antecedente alla sentenza della Corte costituzionale n. 96/2015

1.2.1 I requisiti per l'accesso alle tecniche della PMA

I requisiti per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sono stabiliti negli articoli 4 e 5 della sopracitata legge ³ i quali nello specifico sanciscono che: *“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”*, e articolo 5: *“Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”*. Da questi due articoli possiamo dedurre che l'impiego di pratiche di PMA era previsto solo ed esclusivamente alle coppie cui era stata accertata l'impossibilità di procreare per via naturale, escludendo dunque i soggetti fertili portatori di malattie genetiche trasmissibili alla prole, inoltre, l'accesso a tali tecniche non è consentito alle donne singole, in quanto l'incapacità a procreare non deriva da un problema di natura medico, ma è dovuta alla mancanza di un partner; alle coppie omosessuali e, inoltre, viene espressamente vietata la fecondazione

³ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004*, <https://www.camera.it>

post mortem e si consente l'accesso solo ai soggetti con un età "potenzialmente fertile" questo per bloccare il fenomeno delle "nonne – mamme" che nel periodo precedente il 2004 si stava pericolosamente diffondendo e che non dava la garanzia per il nato di poter essere assistito nel tempo da entrambi i genitori⁴.

Altra questione da non trascurare è il consenso informato che è riconosciuto come presupposto irrinunciabile di qualsiasi prestazione sanitaria, disciplinato all'articolo 6: *"Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulla probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n.184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa. 2. Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private*

⁴ Per maggiori approfondimenti G. Iorio, "Corso di diritto privato", Torino, 2020.

autorizzate. 3. La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura [...]. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo. 4. Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico – sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione. 5. Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge". Il medico deve quindi informare i membri della coppia, che vogliono sottoporsi alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in maniera dettagliata fornendo, oltre che i costi in termini economici, anche i possibili pericoli ai quali la coppia potrebbe incorrere. La legge, inoltre, indica anche in modo esaustivo il fine, che è quello di "garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa". Possiamo da qui intuire l'accortezza del legislatore nei confronti del diritto del figlio a nascere da persone consapevoli e ben cosce del loro ruolo genitoriale e dei relativi obblighi che sorgono in capo a loro. Quest'ultimo concetto viene, inoltre, consolidato dall'irrevocabilità del consenso a partire dal momento in cui l'ovulo viene fecondato. Ancora una volta, infatti, l'intento del

legislatore vuole essere quello di rafforzare la necessità di maturazione e consapevolezza della decisione presa dalla coppia.

In particolare, possiamo soffermarci su un aspetto abbastanza complesso sancito al terzo comma dell'articolo suindicato, quale il problema della revocabilità del consenso alle tecniche procreative dopo la fecondazione dell'ovulo. Aspetto che è strettamente correlato con il primo comma dell'articolo 14: *“è vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.”* Quest'ultimo inciso in particolare è molto importante poiché fa sorgere la domanda se, almeno ove venga accertata la presenza di una patologia del nascituro⁵, la coppia possa legittimamente revocare il consenso all'impianto dell'embrione già formato. Interrogativo a cui cercheremo di dare una risposta nel prossimo capitolo.

1.2.2 Le linee guida ministeriali del 2004 e 2008 contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di PMA

Le prime linee guida sono state emanate sotto forma di decreto il 24 luglio 2004: in generale in esse sono contenute le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il Decreto presenta contenuti prevalentemente tecnici a cui tutte le strutture autorizzate ad utilizzare tale tecnica devono conformarsi. Le linee guida, infatti, forniscono dettagli circa la definizione di sterilità o infertilità quale

⁵ Tra i casi che legittimano il ricorso alle pratiche abortive prima dei novanta giorni dal concepimento, l'articolo 4 della legge numero 194 del 1978 contempla, infatti, le *“previsioni di anomalie o malformazioni del concepito”*. Ai sensi dell'articolo 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.

assenza di concepimento dopo dodici/ventiquattro mesi di regolari rapporti sessuali non protetti. Si indicano, inoltre, le varie tecniche e i relativi livelli⁶ fornendo precisazioni specifiche ed estremamente particolareggiate circa i presupposti per l'accesso all'una o all'altra tecnica. In aggiunta, in relazione all'articolo 6, le Linee guida prevedono un processo di comunicazione più specifico e dettagliato rispetto alla legge con l'obiettivo di permettere ai soggetti che decidono di intraprendere il percorso di procreazione medicalmente assistita di riflettere sulle diverse conseguenze che potrebbe comportare il trattamento, siano esse positive o negative, fornendo la possibilità di sostegno e assistenza alle coppie in tutte quelle situazioni in cui sorge il rischio di anomalie genetiche trasmissibili.

Un altro aspetto importante che si vuole sottolineare sono le “novità” interpretative. Le Linee guida, infatti, non si sono limitate semplicemente a fornire indicazioni più minuziose, ma sono andate oltre fornendo un'interpretazione della legge numero 40 del 2004. Tali novità riguardano *un ulteriore requisito per l'accesso alla fecondazione: l'assenza di sieropositività da HIV della coppia. Quando si tratti di fecondazione in vitro, in modo, assai sibilino, si afferma che devono essere considerate le implicazioni di queste patologie per i potenziali figli.*⁷ Un'altra interpretazione delle linee guida riguarda gli embrioni. La quale definisce che, se a seguito di un'indagine sulla salute degli embrioni, richiesta dalla coppia, la quale ha facoltà (come indicato dalla legge⁸) di poter domandare

6 § 1.1.2.

7 M. Dogliotti, *Le “Linee guida” del Ministero della salute sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e diritto*, n. 5, 2004.

8 Legge n. 40 del 2004, articolo 14 – comma 5: *“I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero”*

ogni “indagine e impianto a finalità eugenetiche”⁹, ne risulta una grave anomalia si potrebbe ipotizzare la possibilità che il trasferimento non venga attuato; come previsto dalle Linee guida: “qualora il trasferimento nell’utero degli embrioni non risulti possibile per cause di forza maggiore relative allo stato di salute della donna non prevedibili al momento della fecondazione e, comunque, un trasferimento non risulti attuato, ciascun embrione non trasferito dovrà essere crioconservato in attesa dell’impianto che dovrà avvenire prima possibile. Qualsiasi embrione che non sia trasferito in utero verrà congelato con onere a carico del centro di procreazione medicalmente assistita in attesa del futuro impianto”. Tali “novità interpretative” le possiamo considerare figlie di tutte le polemiche sorte nel primo periodo di vigenza della legge, con il fine di fare chiarezza ad un quadro normativo che fin da subito appariva confuso, senza, però, riuscire nell’intento.

Come visto sopra¹⁰, le linee guida devono essere aggiornate periodicamente (almeno ogni tre anni) per riuscire a stare al passo con l’evoluzione tecnico – scientifica avvalendosi dell’Istituto superiore di sanità e previo parere del Consiglio superiore di sanità. Le successive sono state emanate sotto forma di decreto l’11 aprile del 2008, che vanno a sostituire il precedente decreto ministeriale del 21 luglio del 2004. Le principali novità delle nuove linee guida sono:

1. “La possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita viene estesa anche alla coppia in cui l’uomo sia portatore di una malattia virali sessualmente trasmissibili, e in

9 Linee guida ministeriali del 2004. Consultabile al seguente link: <https://www.gazzettaufficiale.it>

10 § 1.1.2.

particolare del virus HIV e di quelli delle epatiti B e C, riconoscendo che tali condizioni siano assimilabili ai casi di infertilità per i quali è concesso il ricorso alla PMA". La presenza di una di queste malattie potrebbe comportare un elevato rischio di infezione, sia per la madre che per il feto, in conseguenza a rapporti sessuali non protetti. Per tale motivo si riconosce la possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

2. *"L'indicazione che ogni centro per la PMA debba assicurare la presenza di un adeguato sostegno psicologico alla coppia, predisponendo la possibilità di una consulenza da parte di uno psicologo adeguatamente formato nel settore"*.

3. *"L'eliminazione dei commi delle precedenti linee guida che limitavano la possibilità di indagine a quella di tipo osservazionale"*. Infatti, le linee guida del 2004, non consentivano di accertare lo stato di salute con un accettabile grado di effettività, mediante il prelievo di una o più cellule dell'embrione prima del suo impianto nell'utero materno, bensì permettevano un'indagine meramente osservazionale sulla base del solo esame al microscopio.

L'aspetto più rilevante delle linee guida del 2004, infatti, era che esse vietavano l'indagine genetica preimpianto, consentendo solo indagini osservative di tipo morfologico¹¹. Mentre con le nuove linee guida del 2008, il ministro della salute Livia Turco, accogliendo la pronuncia del

11 La *ratio* di questa scelta nasce dal fatto che non essendo consentito in quel determinato periodo storico intervenire sugli embrioni per correggere eventuali anomalie genetiche, l'indagine genetica risulterebbe superflua. Anzi potrebbe portare a decisioni in contrasto con quanto previsto dal testo legislativo quale la volontà per la madre di rifiutare il trasferimento in utero degli embrioni affetti da anomalie genetiche.

TAR, non va a prevedere il divieto di indagine genetica preimpianto, quest'ultima consiste in un accertamento genetico che consente di accertare se l'embrione è affetto da gravi malattie e quindi di conoscerne, prima dell'impianto lo stato di salute.

1.2.3 Verso un'apertura alla diagnosi genetica preimpianto

Sul piano generale, possiamo considerare che uno dei principi fondanti che caratterizzano la legge numero 40 del 2004 riguarda l'embrione considerato come persona e al quale veniva riconosciuta una tutela equiparabile a quella della persona già nata. Questo è quanto possiamo dedurre dagli articoli 13 e 14 della sopracitata legge. In particolare, l'articolo 13 prevede che: *“1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. 2. 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. 3. Sono, comunque, vietati: a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione. b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche. c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca. d) la fecondazione di un*

gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o chimere". Rispetto all'articolo 14: "1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni. 2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico – scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre. 3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile. 4. Ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime. 5. I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero". Come vedremo più avanti, nel corso degli anni sono state sollevate diverse questioni di legittimità rispetto ad alcuni commi di entrambi gli articoli che hanno portato a sviluppi determinanti in materia di procreazione medicalmente assistita.

Abbiamo accennato nel precedente paragrafo all'evoluzione che ha portato nell'arco di quattro anni al riconoscimento dell'indagine genetica preimpianto frutto di una serie di sentenze emanate tra l'anno 2007 e 2008. È inevitabile, a seguito dell'emanazione delle linee guida del 2004 porsi una serie di interrogativi e il più ricorrente, e ampiamente approfondito nei prossimi paragrafi, è proprio domandarsi quale possa

essere il senso di non prevedere la diagnosi genetica preimpianto, ma successivamente consentire alla madre di abortire.

1.2.4 Le sentenze del Tribunale di Cagliari, del Tribunale di Firenze e del TAR del Lazio

La questione relativa alla legittimità del divieto di indagine genetica preimpianto fu sollevata di fronte al TAR del Lazio nel 2008¹², il quale aveva valutato quel divieto come illegittimo e, pertanto, invalido. Il ricorso fu proposto da *Warm – World Association Reproductive Medicine*, una associazione senza fini di lucro che rappresenta gli interessi collettivi di professionisti e centri svolgenti attività di procreazione medicalmente assistita contro il Ministero della Salute. Nello specifico il giudice del TAR: *“annulla per eccesso di potere la disposizione delle Linee guida, che statuisce che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni in vitro, ai sensi dell’art. 13, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale, e 2. solleva la questione di legittimità costituzionale dell’art.14, commi 2 e 3 della legge n.40/04, che riguardano il divieto di creare un numero di embrioni superiore a tre e il divieto di crioconservazione degli embrioni, se non per causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, per contrasto con gli articoli 3 e 32 Cost.”*¹³ La sopracitata sentenza, infatti, ritiene lecita la ricerca clinica e sperimentale e gli interventi

¹² Tar Lazio, 21.01.2008, in *Consulta*, 2014, n. 398. La pronuncia può leggersi al seguente link: <https://www.giurcost.org/links/398s-%202008.html>

¹³ V. Pugliese, *il diritto a diventare genitori: procreazione medicalmente assistita e caduta dei divieti*, Bari, 2011.

sull'embrione volti alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso.

Prima ancora della pronuncia del TAR, però, il tema dell'indagine genetica preimpianto era già stato al centro di vari casi giudiziari. Nel 2007, infatti, il Tribunale di Cagliari e il Tribunale di Firenze avevano concesso l'indagine genetica facendo leva sull'articolo 14, comma 5, della stessa legge 40. Nello specifico il Tribunale di Cagliari, con Sentenza del 22 settembre 2007, riconosce il diritto di ottenere l'accertamento diagnostico preimpianto in quanto l'incertezza sullo stato di salute del nascituro potrebbe comportare un disagio psicologico rilevante alla madre che, se protratto nel tempo, potrebbe sfociare in una malattia. Le motivazioni che hanno portato a tale sentenza sono varie, ma tutte richiamano una serie di principi costituzionali quali il diritto alla piena consapevolezza dei trattamenti sanitari, il diritto alla salute e il principio di uguaglianza. Il fatto riguardava due coniugi che, essendo stata accertata la sterilità di coppia, si erano rivolti all'Ospedale di Cagliari per ottenere la fecondazione "*in vitro*". In precedenza, attraverso la medesima procedura, la donna si era già trovata in stato di gravidanza che era stata interrotta per ragioni terapeutiche quando al feto era stata diagnosticata la beta – talassemia. Questo causò nella madre l'insorgenza di una sindrome ansioso – depressiva che protratta nel tempo gli causò una compromissione della sua salute psico – fisica. Qualche anno più tardi la coppia decide di ricorrere nuovamente alla fecondazione assistita, richiedendo in questo caso la diagnosi preimpianto in quanto l'incertezza sulla salute dell'embrione aveva nuovamente determinato per la madre la caduta in uno

stato patologico diagnosticato. Il medico, tuttavia, rifiutò di eseguire la diagnosi preimpianto ritenendo che la causa in questione non rientrasse nelle finalità previste all'articolo 13. A seguito del rifiuto del medico, i coniugi ricorrono in giudizio per chiedere che fosse dichiarato il diritto della donna di ottenere la diagnosi preimpianto e conseguentemente condannare i convenuti all'esecuzione dell'accertamento genetico in questione.

Anche il Tribunale di Firenze, con Ordinanza 17 – 19 dicembre 2007, segue lo stesso percorso argomentativo del Tribunale di Cagliari. Nel caso specifico la parte ricorrente, una coppia affetta da sterilità, dichiara di essere affetta anche da una malattia genetica irreversibile, di aver fatto ricorso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita e di aver richiesto la diagnosi preimpianto considerato l'alto rischio di trasmissibilità all'embrione della malattia. La struttura sanitaria, anche in questo caso però, si rifiutò di accogliere la richiesta della coppia in forza del combinato disposto degli articoli 13 e 14, comma 5 della legge numero 40 del 2004 e delle Linee guida che consentivano solo la diagnosi osservazionale, totalmente inutile nel caso di specie. In aggiunta, rispetto al Tribunale di Cagliari, il giudice adduce che l'introduzione del divieto di diagnosi genetica preimpianto prevista dalle Linee guida del 2004, creata ex novo, andava a violare il principio di legalità e i limiti del potere regolamentare ministeriale. È da considerarsi irrazionale infatti, secondo il Tribunale, in riferimento al rapporto diagnosi preimpianto, amniocentesi o villocentesi e interruzione volontaria della gravidanza *“pensare che si debba procedere all'impianto per poi, successivamente alla valutazione clinica del feto,*

procedere ad un aborto” andando a ricollegarsi con lo stesso ragionamento logico che qualche mese prima era già stato espresso dal Tribunale di Cagliari, quale appunto il pericolo per la madre di sottoporsi ad un forte stress fisico e psicologico che avrebbe potuto causare l’insorgere di patologie ansioso – depressive.

1.2.5 La violazione degli articoli 3 e 32 della Costituzione in materia di diritto d’uguaglianza e diritto di salute

Il TAR del Lazio con la sentenza del 21 gennaio del 2008 solleva un’ulteriore questione di legittimità costituzionale dell’articolo 14 commi 2 e 3, per contrasto con gli articoli 3 e 32 della Costituzione. “2. *Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell’evoluzione tecnico – scientifica e di quanto previsto dall’articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.*

3. *Qualora il trasferimento nell’utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile”.* In particolare, al comma 2 è ravvisabile una violazione dell’articolo 3¹⁴ in riferimento alla disparità di trattamento, in quanto per legge situazioni diverse soggiacciono

¹⁴ Costituzione, articolo 3: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”.

al medesimo trattamento, donne che non riescono a produrre contestualmente tre embrioni idonei a realizzare il risultato della procreazione, non godono delle stesse possibilità di gravidanza delle donne con buone condizioni fisiche. Inoltre, la predeterminazione del numero di embrioni producibili non tiene conto del fatto che quando si parla di tecniche di procreazione medicalmente assistita, si è in presenza di un trattamento sanitario, pertanto il medico dovrebbe poter valutare ogni singolo caso sottoposto al trattamento.

Un ulteriore contrasto è poi identificabile con il diritto alla salute sancito all'art. 32¹⁵ in quanto nell'ipotesi di un tentativo non andato a buon fine, la donna sarebbe costretta ad un successivo trattamento ovarico che potrebbe comportare il rischio della “*sindrome da iperstimolazione ovarica*” la quale potrebbe insorgere non a causa di esigenze di natura medica, bensì in conseguenza ad una disposizione di legge. Infatti, i limiti posti alla crioconservazione sortiscono effetti dannosi per la salute della donna e per embrioni, molto spesso non forti. Un ultimo aspetto da considerare, in aggiunta, che va in contrasto con uno dei principi ispiratori della medesima legge, articolo 4, comma 2, lettera *a*) *gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività*; è la violazione del principio della minore invasività. In conclusione, quindi possiamo dire che nei primi anni di vita della legge

15 Ivi, articolo 32: “*La repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.*”

numero 40 del 2004, l'intento di voler bilanciare i diritti di tutti i soggetti coinvolti è risultato fallimentare.

Accesso PMA a coppie con malattie genetiche

2. Introduzione

In questo capitolo esamineremo uno degli aspetti più controversi e discussi della legge numero 40 del 2004: l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie non sterili portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Prima di approfondire i vari aspetti della sentenza numero 96 del 2015, ci soffermeremo sugli interventi in materia di diagnosi genetica preimpianto analizzando tre sentenze emanate tra il 2009 e il 2010 dai Tribunali di Bologna e Salerno e, in particolare, ci focalizzeremo sulla sentenza "*Costa e Pavan c. Italia*" andando a sviscerare i vari aspetti che, l'11 febbraio 2013, hanno portato la Grande Camera a rendere vincolante il parere reso dalla Decima Sezione con la sentenza numero 228 del 2012.

Nella seconda parte del capitolo il nostro "*focus*" sarà in particolare sull'anno 2014: porgeremo la nostra attenzione sulla questione di legittimità costituzionale che ha portato all'emanazione della sentenza numero 96 del 2015, analizzando approfonditamente le due ordinanze di rimessione del 15 gennaio 2014 e 28 febbraio 2014, attraverso le quali il Tribunale di Roma sollevò questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, commi 1 e 2, dell'articolo 4, comma 1, della legge numero 40 del 2004 per contrasto con gli articoli 2, 3, 32 e 117, comma 1 della Costituzione in relazione agli articoli 8 e 14 della CEDU; ed esamineremo la sentenza numero 162 del 2014, tra le più importanti in materia di

procreazione medicalmente assistita, con riferimento al diritto del figlio a nascere sano e alla caduta del divieto di fecondazione eterologa. Infine, sposteremo la nostra attenzione sulle note ed evidenti incongruenze che sorgono tra la legge numero 40 del 2004 e la legge numero 194 del 1978 la quale disciplina l'interruzione volontaria della gravidanza.

Nella terza parte del capitolo entreremo nel cuore della sentenza numero 96 del 2015 andandone a esaminare i vari aspetti e, successivamente, i cambiamenti che sono susseguiti a tale pronuncia: tra questi, il decreto ministeriale del primo luglio 2015 che va ad aggiornare e sostituire il precedente DM emanato nel 2008 (a seguito degli interventi giurisprudenziali che si sono susseguiti nel tempo, si ha avuto, infatti, la necessità di stabilire nuove linee guida che andassero a regolamentare, insieme alla legge numero 40 del 2004, la procreazione medicalmente assistita) e la riforma della disciplina del consenso, conformandola con il nuovo impianto normativo. Il nuovo decreto ministeriale del 2016, infatti, disciplina gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato e le modalità con cui la volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita deve essere manifestata. Infine, analizzeremo l'ordinanza cautelare del Tribunale di Milano del 2017 che rappresenta una delle prime applicazioni degli effetti prodotti nell'ordinamento giuridico dall'importante sentenza numero 96 del 2015: grazie a questa ordinanza si iniziò a mettere in risalto un aspetto che, fino a quel momento, era rimasto in secondo piano, ovvero i costi dell'accesso alla diagnosi genetica preimpianto non essendo inseriti nei Livelli Essenziali di Assistenza. Concluderemo quindi il capitolo trattando

l'argomento sotto il duplice aspetto del costo della procedura medica in quanto tale e le spese necessarie per vedersi riconosciuto il diritto all'accesso alla medesima in via giudiziaria.

2.1 Gli interventi in tema di diagnosi genetica preimpianto

In tema di procreazione medicalmente assistita, uno degli aspetti più critici e problematici è senz'altro quello della diagnosi genetica preimpianto, tecnica che permette di trasferire il momento della diagnosi dalla fase “*post-impianto*” a quella “*pre-impianto*”.¹⁶ Fin dalla nascita della legge numero 40 del 2004, infatti, è stato un tema sempre molto discusso a causa del silenzio del legislatore in merito. Come abbiamo già visto, e come avremo modo di vedere successivamente, il legislatore ha escluso fin da subito l'ammissione alla diagnosi preimpianto, ma in una maniera un po' ambigua e discutibile: lasciando, a volte, spazio all'interprete per la decisione, e questo ha, senz'altro, implementato il dubbio se la legittimità della diagnosi preimpianto possa ricavarsi dagli interventi giurisprudenziali. È assodato che, al pari della diagnosi prenatale, è uno strumento diagnostico utilissimo perché volto a conoscere lo stato di salute dell'embrione e, eventualmente, a prevenire malattie gravissime a trasmissione genetica: proprio per la sua importanza dovrebbe sempre essere consentita, ovviamente andando a stabilire dei precisi contorni

16 “*La diagnosi genetica preimpianto rappresenta una nuova metodologia, complementare alle tecniche di diagnosi prenatale, che permette di identificare la presenza di malattie genetiche o di alterazioni cromosomiche in embrioni in fasi molto precoci di sviluppo, generati in vitro da coppie ad elevato rischio riproduttivo, prima del loro impianto in utero*” in A. Carrato, *Diagnosi preimpianto: l'applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*, in *Famiglia e Diritto*, n. 6, 2017, p. 10.

applicativi, così da non entrare in contrasto con determinati principi e diritti consolidati nel nostro sistema. Nei prossimi paragrafi andremo proprio ad approfondire tale aspetto con riferimento in particolare agli articoli 3 e 32 della Costituzione.

A partire dal 2007 si sono susseguiti una serie di interventi giurisprudenziali¹⁷ che hanno evidenziato una incertezza del sistema portando ad un quesito: possono più sentenze di merito far venire meno un divieto, implicito, contenuto in una legge? La risposta, da un punto di vista strettamente giuridico, sembrerebbe essere negativa: vista l'importanza dell'argomento, infatti, per essere considerata effettivamente ammessa, sarebbe necessario un intervento chiaro e preciso della Corte che vada a chiarire definitivamente i dubbi. Discostandoci da questo, invece, *“nella realtà sociale, oggi, in Italia: nella pratica medica, a seguito dell'intervento della Consulta n.151/2009 e dei Tribunali di Bologna e Salerno nel 2009 e 2010, è invalsa la convinzione che il divieto alla DGP sia venuto meno e i centri che si occupano di procreazione assistita hanno ricominciato ad effettuare questo tipo di indagine”*.¹⁸

2.1.1. Quando il caso concreto sollecita il diritto

Le linee guida emanate con decreto ministeriale l'11 aprile del 2008 hanno aperto la strada circa l'espansione della nozione normativa d'infertilità consentendo l'accesso alla fecondazione assistita *“anche alla*

17 Cfr. le sentenze dei Tribunali di Cagliari e Firenze del 2007 e del Tribunale di Salerno del 2010, consultabili ai siti <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org> e <https://www.giurcost.org>

18 S. La Rosa, *La diagnosi genetica preimpianto: un problema aperto*, in *Famiglia e Diritto*, n. 8-9, 2011.

coppia in cui l'uomo sia portatore di una malattie virali sessualmente trasmissibili". Questo ha spinto e legittimato le coppie non sterili, ma portatrici di malattie genetiche a voler ricorrere in giudizio per vedersi riconosciuta la possibilità di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. A riguardo, possiamo analizzare tre sentenze emanate tra il 2009 e 2010 dai Tribunali di Bologna e Salerno. In particolare, il Tribunale di Bologna con ordinanza depositata il 17 giugno del 2009 accoglie pienamente la richiesta dei ricorrenti disponendo che siano applicate le procedure mediche per assicurare il miglior successo alla coppia, e in particolare la fecondazione in vitro previa diagnosi genetica preimpianto di un numero minimo di sei embrioni, richiamando la sentenza della Corte Costituzionale¹⁹. Il caso in questione riguardava una coppia nella quale alla gestante era stato riscontrato, per la quarta volta, un elevato rischio abortivo, mentre il marito era portatore di *"traslocazione robertsoniana tra il cromosoma 13 e il cromosoma 21"* per questi motivi decidono di ricorrere alla fecondazione assistita presso il SIMER di Bologna il quale annuncia alla coppia *"entro i limiti di cui alla Legge numero 40 del 2004, la possibilità per loro di avere un figlio era inferiore al 10%, mentre nel caso in cui fosse stato possibile sottoporre alla analisi preimpianto un numero minimo di sei embrioni le possibilità sarebbero salite al 90%"*. Tale motivo spinse la coppia a ricorrere in giudizio arrivando così all'emanazione della sentenza suindicata. Tale pronuncia ha una novità rilevante: il riconoscimento del diritto alla fecondazione

19 V. Corte cost., sent. 8.5.2009, n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, consultabile al sito <https://www.giurcost.org/decisioni/2009/0151s-09.html>

medicalmente assistita anche una coppia non sterile facendo in questo caso prevalere la considerazione dell'età e della salute della paziente.

Altra rilevante pronuncia è stata emessa con ordinanza del 29 giugno 2009 sempre dal Tribunale di Bologna. Il fatto in questione riguardava una coppia affetta da patologia irreversibile e incurabile con un rischio di trasmissione pari al 50% per questo motivo le parti si rivolgono al Centro di Fecondazione Assistita "Tecnobios" s.r.l. di Bologna per ottenere una gravidanza dichiarandosi *"disponibili ad accettare l'embrione solo ove fosse diagnosticato che lo stesso non risulti portatore della patologia"*. Di fronte alla resistenza del centro nel rifiutare l'analisi degli embrioni, nonostante le due sentenze di merito dei Tribunali di Cagliari e Firenze e la pronuncia ad opera del TAR Lazio, la coppia ricorre al Tribunale di Bologna il quale accoglie la richiesta della coppia per impiantare e trasferire nell'utero della signora solo gli embrioni portatori sani e la crioconservazione dei residui embrioni affetti da patologia, reputando legittima la diagnosi preimpianto.

Infine, con sentenza del Tribunale di Salerno emanata il 9 gennaio 2010 viene consentita la fecondazione in vitro e la diagnosi genetica preimpianto ad una coppia con figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie genetiche trasmissibili. La coppia aveva, come si può leggere dalla sentenza, *"già sostenuto quattro gravidanze, la prima culminata, nel 2003, con la morte della piccola a causa della trasmissione della malattia genetica di cui i genitori sono portatori; la seconda e la quarta, nel 2004 e nel 2008, culminate con l'interruzione della gravidanza di feti risultati affetti dalla medesima malattia; la terza, nel 2005, a seguito della quale"*

era nato il figlio che dall'indagine prenatale era risultato invece non colpito dalla malattia". In questo specifico caso il giudice richiama fin da subito l'ampliamento della concezione di infertilità risultante dalle Linee guida del 2008 riconoscendo la diagnosi preimpianto una normale forma di monitoraggio avente finalità conoscitiva della salute dell'embrione. Il giudice richiama, infine, alcuni contenuti previsti con la sentenza numero 151 del 2009 che approfondiremo nel prossimo capitolo, tra questi il riconoscimento alla madre di una serie di diritti quale, in particolare, il diritto a conoscere se il feto sia malato mediante diagnosi preimpianto, senza essere successivamente costretta ad abortire. L'elemento, quale principio cardine, che lega le tre sentenze sopracitate è proprio il diritto alla procreazione responsabile della coppia genitoriale, quando questa sia portatrice di patologie trasmissibili al nascituro. La *ratio* è quella di evitare di mettere al mondo un bambino gravemente malato e, soprattutto, sottrarre alla donna la traumatica esperienza dell'aborto. A partire dalle Linee guida per poi proseguire con la sentenza numero 151 del 2009 e con queste tre sentenze qua sopra analizzate, inizia in modo latente ad aprirsi la strada verso il riconoscimento del diritto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle coppie non sterili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili.

2.1.2 Sentenza Costa – Pavan vs. Italia – il caso

Con la sentenza numero 228 del 2012 si è voluto mettere in rilievo uno degli aspetti più controversi della legge numero 40 del 2004, ossia il

divieto di accesso alla diagnosi genetica preimpianto. Oltre alle coppie che non sono in grado di produrre gameti fecondabili artificialmente, la possibilità era preclusa anche alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche in quanto non rientravano nei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche previsto dall'articolo 4. Nel caso in questione i ricorrenti sono una coppia che nel 2006, in seguito alla nascita della loro prima figlia, scoprono di essere portatori sani della mucoviscidosi, patologia dalla quale la primogenita è risultata essere affetta. Nel 2010 la coppia, desiderosa *“di procreare un figlio che non fosse colpito dalla malattia di cui erano portatori, eseguirono una diagnosi prenatale dalla quale risultò che il feto era affetto dalla mucoviscidosi. Decisero quindi di effettuare una interruzione medica di gravidanza”*. L'intenzione dei ricorrenti era quella di *“accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e ad una diagnosi genetica preimpianto prima che la ricorrente inizi una nuova gravidanza”*²⁰ che non hanno però potuto realizzare in quanto non rientravano tra i soggetti autorizzati ad accedere a tale tecnica ai sensi della legge numero 40 del 2004. Per tale motivo la coppia decide di ricorrere alla Corte Europea contro la Repubblica Italiana, invocando la violazione degli articoli 8²¹ e 14²² della Convenzione.

20 Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, [Seconda Sezione], 28.02.2012.

21 Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, articolo 8: *“1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”*.

22 *Ivi*, articolo 14, *“Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita ad ogni altra condizione”*.

In relazione alla violazione del primo articolo citato, il giudice prende una netta posizione a favore dei ricorrenti riguardo il preteso diritto vantato dalla coppia ad avere un figlio sano e la richiesta alla diagnosi rispetto ad una malattia genetica grave ed incurabile presente al momento dell'analisi per scongiurare il rischio che il nascituro potesse nascere con la stessa patologia di cui la coppia è portatrice. Poiché il test in questione è mirato alla diagnosi di una specifica malattia genetica incurabile e di particolare gravità al momento della diagnosi, la Corte rigetta l'osservazione del Governo, secondo la quale, ad accogliere le richieste dei ricorrenti, si finirebbe con l'ammettere la tutelabilità del diritto ad avere un figlio sano, in quanto tale privo di un fondamento giuridico. Infatti, la diagnosi preimpianto non esclude altri fattori suscettibili di compromettere la salute del nascituro, come, ad esempio, complicanze derivanti dalla gravidanza o dal parto oppure l'esistenza di altre patologie genetiche. Pertanto, *“la Corte europea accerta la violazione dell'articolo 8 della Convenzione, ancorandola ad una sorta di “difetto di sistema” dell'ordinamento interno”*²³. In particolare, la Corte trova incoerente il sistema italiano nella parte in cui vieta alla coppia portatrice di malattie genetiche trasmissibili la possibilità di effettuare la diagnosi genetica preimpianto, ma consente successivamente di poter procedere all'aborto terapeutico. Alla luce di quanto detto, il giudice europeo ritiene tale divieto irragionevole considerandolo un'intrusione eccessiva nel diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti.

23 C. Nardocci, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1, 2013. Consultabile al sito <https://www.rivistaaic.it>.

Avendo riguardo alla disposizione di cui all'articolo 14, essendo il divieto in questione esteso a tutte le coppie indistintamente, la Corte europea non configura l'ipotesi di discriminazione sollevata dalla coppia, rigettandola ai sensi dell'articolo 35 della Convenzione.²⁴ Possiamo notare un aspetto critico a riguardo: abbiamo visto come secondo la Corte il divieto è da considerarsi previsto per qualsiasi categoria di coppia, in realtà l'assenza di violazione del principio di discriminazione poggia su un presupposto erroneo. Infatti, non tiene da conto la giurisprudenza interna in materia che ha visto riconoscere ad alcune categorie di persone il diritto di accesso alla diagnosi genetica preimpianto, infatti con le Linee guida del 2008 è stata introdotta la possibilità, per le coppie in cui l'uomo sia portatore sano di una malattia sessualmente trasmissibile, di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita²⁵. Qui possiamo ravvisare una discriminazione rispetto alle coppie fertili a cui, fino a quel momento, era stato negato l'accesso a tali tecniche e di conseguenza anche alla diagnosi genetica preimpianto. Per queste ragioni possiamo non ritenere condivisibile la soluzione accolta dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo rispetto all'assenza di violazione dell'articolo 14 della Convenzione.

Successivamente alla sentenza, i ricorrenti si rivolsero al “Centro Tutela della Salute della Donna e del Bambino S. Anna” per richiedere l'accesso al trattamento di procreazione assistita con diagnosi genetica

24 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, articolo 35: “3. La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso avanzato in base all'articolo 34 quand'essa giudichi tale ricorso incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi protocolli, manifestamente infondato o abusivo. 4. La Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione del presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni fase della procedura.”

25 Le Linee guida del 2008, introdotte con decreto ministeriale l'11 aprile 2008, sono state adottate a seguito della decisione con cui il T.A.R. del Lazio ha annullato, dichiarandone l'illegittimità, le Linee guida del 2004.

preimpianto, ottenendone il rifiuto da parte del responsabile della struttura. Data l'opposizione, la coppia ricorre al Tribunale di Roma chiedendo l'ordinazione in via d'urgenza al Centro di accesso alla procedura e alla diagnosi. La Controparte eccepisce che *“in assenza di una modifica della legge 19.2.2004 n.40 che vieta l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili seppur portatrici di malattie genetiche trasmissibili la domanda non può essere accolta e che comunque la medesima legge, consentendo esclusivamente interventi sull'embrione aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, non consente la diagnosi preimpianto laddove abbia come nel caso di specie finalità squisitamente selettiva senza essere diretta alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione.”*²⁶ Assodata la violazione dell'articolo 8 della Convenzione, si è reso necessario stabilire se l'efficacia della sentenza della Corte di Strasburgo fosse destinato a ripercuotersi sul diritto interno, oppure, fosse limitata solo nei confronti della vittima della violazione stessa. Ai sensi dell'articolo 46²⁷ della Convenzione, si esclude che il giudice interno possa ignorare una decisione presa dalla Corte Europea. Possiamo quindi concludere che in tutte quelle situazioni in cui è ravvisabile un contrasto che non lascia spazio ad alcuna ambiguità, il giudice comune è chiamato a dar seguito alla decisione resa dal giudice europeo senza necessità di sollevare questione pregiudiziale di costituzionalità. Alla luce di quanto detto, possiamo stabilire che, nel caso in esame, alla sentenza si possa dare immediata esecuzione: *“il principio secondo il quale il divieto di accesso*

26 Tribunale di Roma, in *Giur. cost.*, sez. Prima, Civile, 23.09.2013, consultabile al sito <https://www.giurcost.org> ›

27 Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, articolo 46: *“Le Alte parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie delle quali sono parti”*.

*dei coniugi Costa – Pavan, in quanto portatori sani di grave malattia ereditaria e come tale trasmissibile al concepito, alla PMA attraverso la selezione pre-impianto degli embrioni è in contrasto con l’art. 8 CEDU, si allinea con l’interpretazione data dalla Corte Costituzionale alla l.40/2004 con la sentenza 151/2009 che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 14, 2° e 3° comma”.*²⁸ Oltre a questo, come già ampiamente discusso sopra, il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, configura una discordanza con il diritto alla salute consacrato nella Carta Fondamentale tra i diritti assoluti. Concludendo, con riferimento alla fattispecie analizzata, è diritto dei ricorrenti ottenere l’esame diagnostico e l’impianto in utero degli embrioni sani o portatori sani della fibrosi cistica, andando a disapplicare l’articolo 4 della legge numero 40 del 2004.

2.1.3 La pronuncia della Grande Camera di Strasburgo sul divieto di indagini genetiche preimpianto

A seguito della sentenza del 28 agosto 2012, con la quale l’ordinamento italiano venne condannato per il divieto alle coppie portatrici di malattie genetiche di ricorrere alla diagnosi genetica preimpianto nell’ambito della fecondazione in vitro, riscontrando una violazione con l’articolo 8 della Convenzione, l’Italia chiese il riesame della sentenza stessa. Nella Fattispecie, il Governo italiano sollevò eccezione dichiarando

²⁸ Tribunale di Roma, in *Giur. cost.*, sez. Prima, Civile, 23.09.2013, cit.

che i sig.ri Costa e Pavan non avrebbero esaurito le vie di ricorso interne²⁹: a differenza dei richiedenti nella causa decisa dal tribunale di Salerno, non si sono rivolti alle autorità per richiedere l'autorizzazione ad effettuare la diagnosi preimpianto e di conseguenza non si sono visti opporre rifiuto da parte delle stesse.³⁰ Mentre i ricorrenti affermarono il divieto assoluto della legge rispetto all'accesso alla diagnosi preimpianto e per tale ragione l'ordinanza oggetto d'esame costituirebbe una decisione isolata. La Corte richiama alla mente che *“in mancanza di uno specifico rimedio interno, spetta al Governo dimostrare, appoggiandosi sulla giurisprudenza interna, lo sviluppo, la disponibilità, la portata e l'applicazione della via del ricorso da esso invocata. Inoltre, il Governo non può invocare l'esistenza di un mezzo di impugnazione interno in assenza di una giurisprudenza interna che dimostri l'effettività di quest'ultimo nella pratica e nel diritto, tanto meno quando tale giurisprudenza promani da un organo giudiziario di primo grado”*.³¹ Secondo la Corte la decisione del Tribunale di Salerno è considerata come una denuncia isolata in quanto pronunciata da un giudice di primo grado e non confermata da un organo di grado superiore. Inoltre, non è possibile lamentare ai ricorrenti di non aver fatto ricorso per ottenere una misura che è vietata in maniera assoluta dalla legge, come il Governo

29 Secondo l'articolo 34 della Convenzione, *“un'istanza può essere presentata alla Corte da ogni persona, organizzazione non governativa o gruppo di individui che affermano di essere vittime di una violazione da parte di una delle Alte Parti Contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti Contraenti si impegnano a non ostacolare in alcun modo l'esercizio effettivo di questo diritto”*.

30 V. Ordinanza n. 12474/09, in *Giur. cost.*, consultabile al sito <http://www.giurcost.org>

31 V. Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, [Seconda Sezione], 28.02.2012, consultabile al sito <https://www.camera.it>

ammette esplicitamente³². Pertanto, la Corte sostiene che le eccezioni del Governo non possono essere prese in considerazione.

Un aspetto molto importante sul quale possiamo soffermarci riguarda la denuncia, presentata dai ricorrenti, rispetto alla sproporzione della misura prevista dal sistema legislativo italiano che autorizza le coppie a poter procedere ad un'interruzione medica di gravidanza qualora il feto dovesse essere colpito dalla patologia di cui i genitori sono portatori. Per giustificare tale tesi, il Governo richiama la preoccupazione di tutelare la salute e la dignità del bambino e della donna. Anche su questo punto, però, la Corte rimane totalmente in linea con il pensiero dei ricorrenti sottolineando l'incoerenza tra la tutela degli interessi sopracitati con la possibilità di poter eseguire un aborto terapeutico sicuramente con conseguenze maggiori sia per il feto, il cui sviluppo è più avanzato rispetto all'embrione, ma soprattutto per la donna. Sulla base di quanto scritto sopra, il Governo italiano presenta ricorso per chiedere il riesame della sentenza del 28 agosto 2012 evidenziando il mancato rispetto del requisito del previo esaurimento delle vie di ricorso interne; lamentando nei confronti della Corte di aver modificato il contenuto del ricorso poiché essa si sarebbe espressa sulla mancanza di proporzionalità del divieto di diagnosi genetica preimpianto alla luce del complesso sistema normativo italiano, mentre la domanda presentata dai ricorrenti riguardava la compatibilità di tale divieto con l'articolo 8 della CEDU; sostenendo la coerenza dell'ordinamento italiano e l'errore della Corte nella parte in cui

32 Il diritto italiano vieta l'accesso alla diagnosi preimpianto a qualunque categoria di persone. Il decreto ministeriale dell'11 aprile 2008, infatti, si è limitato a consentire alle coppie di cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili di accedere alla fecondazione artificiale al fine di evitare il rischio, derivante dalla procreazione secondo natura, di trasmissione di patologie sessualmente trasmissibili alla madre e al figlio.

metteva a confronto il divieto di diagnosi genetica preimpianto (considerato dal Governo come un principio) con un'eccezione, cioè l'ammissibilità condizionata dell'aborto. Alla luce di queste motivazioni, la richiesta non fu, però, accolta e con decisione dell'11 febbraio 2013 la Grande Camera rende vincolante la sentenza resa dalla Decima Sezione sul caso "*Costa e Pavan c. Italia*".

2.2 La questione incidentale di legittimità costituzionale che ha portato alla sentenza della Corte costituzionale n. 96/2015

Con due ordinanze del 15 gennaio 2014 e 28 febbraio 2014, il Tribunale di Roma sollevò questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, commi 1 e 2, dell'articolo 4, comma 1, della legge numero 40 del 2004 per contrasto con gli articoli 2 ("*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*"), 3, 32 e 117, comma 1 ("*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*") della Costituzione in relazione agli articoli 8 e 14 della CEDU. La questione fu sollevata nonostante la sentenza "*Costa e Pavan c. Italia*" in quanto, per la Corte costituzionale, la CEDU, essendo diritto internazionale pattizio, è capace di vincolare lo Stato, ma, non creando un ordinamento giuridico, le pronunce non sono produttive di effetti diretti

nell'ordinamento interno, tali da legittimare i giudici nazionali a disapplicare le norme interne in contrasto.

Nello specifico il Tribunale aveva ritenuto che gli articoli sopracitati contrastassero con l'articolo 2 della Costituzione nella parte in cui non veniva riconosciuto l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di patologie geneticamente trasmissibili, lamentando il fatto che tra i diritti soggettivi inviolabili ci sarebbe anche il diritto della coppia ad avere un figlio "sano" e il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative; con l'articolo 3 per violazione del principio di uguaglianza, come già discusso nel primo capitolo, poiché tale divieto determinerebbe una discriminazione tra la condizione delle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, e quella delle coppie sterili o infertili alle quali è, invece, riconosciuto il diritto di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Inoltre, sempre con riferimento all'articolo 3 si lamenta anche la violazione di un principio corollario a quello di uguaglianza, ossia quello di ragionevolezza poiché l'esclusione dalla procreazione medicalmente assistita di dette coppie comporterebbe la conseguenza irragionevole ed incoerente di costringerle le stesse coppie, desiderose di avere un figlio non affetto da patologie genetiche di cui loro sono affetti, a dover affrontare l'esito incerto di una gravidanza ed eventualmente ricorrere alla dolorosa scelta dell'aborto terapeutico con tutte conseguenze negative sia a livello fisico e psicologico che essa comporta, soprattutto per la donna. Con questo ultimo aspetto il tribunale di Roma lamenta una violazione anche con l'articolo 32 della Costituzione. Per quanto riguarda, invece, l'articolo 117, comma 1,

reclama, in relazione all'articolo 8 e 14 della CEDU, poiché “*consentire l'aborto terapeutico nell'eventualità appena riferita – che avrebbe conseguenze ben più gravi nella sfera psico – fisica della donna (aspirante madre) rispetto alla diagnosi genetica preimpianto – escludeva la funzionalità del divieto imposto dall'art. 4, comma 1, L. n. 40 del 2004, risolvendosi nell'incoraggiamento del ricorso all'aborto del feto, rispetto allo scopo perseguito dalla citata legge, consistente nella tutela del nascituro, traducendosi, in particolare, in una indebita ingerenza nella vita privata e familiare delle anzidette coppie, che dovrebbe ritenersi non proporzionale e non necessaria alla protezione dei diritti dei componenti delle coppie medesime*”³³. Inoltre, il Tribunale di Roma lamenta, in riferimento all'articolo 14 CEDU, una situazione di discriminazione nei confronti delle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili le quali non hanno accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e, di conseguenza, alla diagnosi genetica preimpianto come, invece, è riconosciuto alle coppie sterili o infertili, oppure in cui l'uomo risultasse affetto da patologie sessualmente trasmissibili.

2.2.1 *Le due ordinanze di rimessione del Tribunale di Roma del 2014, n. 69 e 86.*

Andremo ora ad approfondire le due ordinanze di rimessione, emesse dal Tribunale di Roma, citate nel precedente paragrafo. Con riferimento alla prima, ovvero l'ordinanza numero 69 del 15 gennaio del 2014, i

³³ A. Carrato, *Diagnosi preimpianto: l'applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*, in *Famiglia e Diritto*, n. 6, 2017, pag. 10.

ricorrenti, nel gennaio 2013 si rivolsero al “Centro tutela della salute della donna e del bambino S. Anna” per richiedere l’accesso ad un trattamento di procreazione medicalmente assistita e ad una diagnosi genetica preimpianto in quanto la donna era portatrice sana di una malattia genetica ereditata dal padre con un rischio accertato di trasmissione della mutazione genetica al figlio del 50%. La coppia, nel 2012, scoprì di aspettare un figlio affetto dalla mutazione genetica sopramenzionata procedendo di conseguenza all’interruzione medica di gravidanza. Desiderosi di diventare genitori, e al fine di escludere la trasmissione della patologia, la coppia si rivolse al centro specialistico dove, però, dovettero scontrarsi con il rifiuto da parte del dirigente responsabile fondato sul fatto che *“la coppia, non risultando affetta da sterilità o infertilità, non poteva accedere al trattamento ai sensi della legge 19 febbraio 2004, n. 40 – norme in materia di procreazione medicalmente assistita -”*. I ricorrenti si opposero a tale rifiuto richiamando il caso *“Costa e Pavan c. Italia”*³⁴ dove l’Italia venne condannata a causa della sproporzione dell’ingerenza del diritto nazionale rispetto alla vita privata dei ricorrenti. *“In via subordinata, chiedevano di sollevare la questione di legittimità costituzionale degli articoli 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, per contrasto con gli articoli 11 e 117 Cost. e per violazione degli articoli 2, 3, 13, 32 Cost., limitatamente alle parole – sterilità o infertilità -”*. La controparte eccepì che la domanda non poteva essere accolta in quanto la stessa si era assolutamente conformata con quanto previsto dalla legge in quel momento in vigore la quale *“consentiva esclusivamente interventi sull’embrione aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, non consentiva la diagnosi*

³⁴ *Ibidem.*

preimpianto con finalità selettiva”. Con riferimento alla possibilità di accedere alla diagnosi preimpianto: l’evoluzione interpretativa delle pronunce ampiamente approfondite nei precedenti paragrafi, ha permesso a questo giudice di poter escludere la sussistenza di un divieto della diagnosi e selezione preimpianto finalizzata ad impedire il trasferimento dei soli embrioni non affetti da gravi patologie. Infatti, la lettura combinata degli articoli 13, comma 2, e 14, comma 5, evidenzia che il diritto delle parti ad essere informate sia finalizzato a prestare il loro eventuale consenso all’impianto nell’utero della donna degli embrioni fecondati in vitro. È grazie alla diagnosi preimpianto che viene tutelato il diritto all’autodeterminazione, ma anche il diritto alla salute della futura gestante. Inoltre, la suddetta diagnosi non ha come diretta conseguenza una eventuale interruzione della gravidanza, ma, la conoscenza della salute del feto può essere utile alla coppia per consentire una adeguata preparazione psicologica e pratica in relazione ai problemi del nascituro. Per quanto concerne, invece, al ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili portatrici di patologie geneticamente trasmissibili, l’accesso a tale tecnica è il presupposto per cui la coppia fertile possa accedere alla diagnosi così da conoscere se l’embrione sarà affetto dalla patologia prima dell’impianto in utero, così da evitare la scelta dolorosa di una eventuale interruzione della gravidanza. Il divieto di accesso posto dalla legge numero 40 del 2004 configura una violazione del diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative, nonché una violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza costringendo le coppie sopracitate ad una gravidanza naturale ed eventuale aborto

terapeutico. Su questo punto si era già espresso il Tribunale di Salerno, con una pronuncia già ampiamente discussa ed esaminata nel precedente paragrafo, il quale aveva superato il dato letterale della legge numero 40 del 2004. Il giudice, nel caso in questione, *“ritiene che non si possa accedere alla lettura costituzionalmente orientata proposta in via principale dai ricorrenti”*. Pertanto, il giudice sollevò la questione di legittimità costituzionale degli articoli 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1 della legge numero 40 del 2004 per contrasto con con gli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione.

La seconda ordinanza, numero 86 del 28 febbraio 2014, seguì la stessa scia della prima. In particolare, i ricorrenti sono una coppia in cui la moglie è affetta da una malattia genetica *“portatrice sana eterozigote di una traslocazione reciproca bilanciata tra il braccio corto di un cromosoma 3 ed il braccio lungo di un cromosoma 5 con punti di rottura rispettivamente in 3p25 5q33, di derivazione materna”*. Nel 2009 la donna conseguì una gravidanza naturale che si concluse con l'interruzione volontaria della gravidanza al quinto mese di gestazione dopo che era emersa nel feto la presenza di un'alterazione cromosomica. Anche in questo caso la coppia, desiderosa di avere un figlio, decise di rivolgersi ad un centro specializzato per accedere a fecondazione medicalmente assistita e poter effettuare la diagnosi genetica preimpianto in modo da ottenere informazioni sullo stato di salute dell'embrione prima del suo impianto in utero. Come nella precedente ordinanza, i ricorrenti videro opporsi un rifiuto fondato sul fatto che la coppia, non risultando affetta da sterilità o infertilità, non poteva accedere al trattamento ai sensi della legge numero

40 del 2004. Per questo motivo, in linea con l'ordinanza numero 69, i ricorrenti sollevarono questione di legittimità con riferimento agli stessi articoli dell'ordinanza di cui sopra³⁵ per contrasto con gli articoli 11 e 117 della Costituzione, oltre che con gli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione. In questa seconda ordinanza esamineremo i rapporti tra la norma costituzionale, la norma di legge che recepisce la norma internazionale e la legge ordinaria. In particolare, con la legge costituzionale numero 3 del 2001 che ha introdotto il nuovo primo comma dell'articolo 117, si è data maggiore forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, attraendo le norme CEDU nella sfera di competenza della Corte. È da precisare che tale nuova disposizione è capace di riconoscere alle norme CEDU forza passiva superiore a quella delle leggi ordinarie, ma non di elevare le stesse al rango di fonte costituzionale. Per questo motivo il giudice comune *“non dispone del potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU”*.³⁶ Nel caso di specie, i ricorrenti sostenevano che, dal momento dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU, i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione diventavano diritto dell'Unione con le conseguenze che ne derivano con riferimento alle modalità di adeguamento del diritto interno al diritto sovranazionale. Seguendo questa ipotesi, in caso di contrasto di una disposizione interna in contrasto con la norma CEDU, il giudice ordinario avrebbe potuto procedere alla disapplicazione della norma interna contrastante. Su questo punto si è pronunciata la Corte costituzionale affermando che *“in linea di principio, dalla qualificazione dei diritti*

35 I ricorrenti chiesero di sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento agli articoli 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40.

36 Corte cost. sentenza 22-24 ottobre 2007, n. 348, in *G.U.*

*fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario non può farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost., né, correlativamente, la spettanza al giudice comune del potere – dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la predetta Convenzione”;*³⁷ da qui ne consegue l'impossibilità, per entrambe le ordinanze di sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli articoli 11 e 117, primo comma, della Costituzione. Dal momento che la disapplicazione non apparve una strada percorribile, il giudice considera l'opportunità di una lettura costituzionalmente orientata degli articoli 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1 della legge numero 40 del 2004 per superare il contrasto con i sopracitati articoli della Costituzione e della CEDU. Ovviamente è sempre necessario fare un bilanciamento tra diritti fondamentali che deve essere valutato secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità. Qualsiasi diritto fondamentale, infatti, è soggetto a limiti per interagire con una pluralità di altri diritti. Nessuno di questi può considerarsi protetto in termini assoluti dalla Costituzione, l'esito del bilanciamento non può mai essere il sacrificio totale di uno dei valori in gioco. Alla luce di tutto quanto sopra esposto, con riferimento ad entrambe le ordinanze, possiamo comprendere il motivo per cui il giudice abbia legittimamente optato per la soluzione del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, non potendo procedere ad una diretta disapplicazione degli articoli suindicati a causa dell'inderogabilità letterale del divieto contenuto nell'articolo 4, comma 1, per le coppie fertili di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita.

³⁷ Cfr Corte cost. sent. n. 210 del 2013, in *Consulta Online*. Consultabile al sito <https://www.giurcost.org>

2.2.2 Sentenza n. 162/14: tra il diritto ad avere un figlio sano e il divieto di fecondazione eterologa

Una delle tappe fondamentali che precedono la sentenza 96 del 2015, insieme alla sentenza 151 del 2009 che approfondiremo dettagliatamente nel prossimo capitolo, è la pronuncia numero 162 del 2014 la quale opera un evidente cambio di rotta andando a prendere posizione sul diritto della coppia ad avere un figlio sano, diretto corollario del diritto ad autodeterminarsi nelle scelte procreative. Infatti, *“pareva sostenibile che la scelta di una coppia di diventare genitori di un figlio “sano” sia includibile nel più ampio diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative (funzionale ad avere il concreto rischio di trasmettere ad un figlio una patologia genetica preventivamente conosciuta di cui uno od entrambi dei genitori stessi siano portatori). Pertanto, le limitazioni di tale libertà e, quindi, la previsione di un esplicito divieto impeditivo del suo esercizio, avrebbero dovuto essere necessariamente giustificate, sul piano della ragionevolezza e proporzionalità, dall’impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango, e, perciò, dal soddisfacimento di un’esigenza di bilanciamento di valori che sia costituzionalmente compatibile”*.³⁸ In questo senso, la richiesta della coppia non verte sulla volontà di voler un figlio privo di qualsiasi patologia, bensì domandare l’accesso alla diagnosi preimpianto al fine di evitare che l’embrione sia privo di quella specifica patologia, grave e incurabile, di cui il genitore è affetto o portatore sano. Inoltre, con la sentenza numero 162 del 1014 è

³⁸ A. Carrato, *Diagnosi preimpianto: l’applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*, in *Famiglia e Diritto*, n. 6, 2017, pag. 12.

stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli articoli 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione, l'articolo 4 della legge numero 40 del 2004, nella parte in cui stabilisce per la coppia destinataria delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita, il divieto di ricorso a tali tecniche di tipo eterologo³⁹, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. Prima di entrare nel merito della decisione, è necessario fare alcune premesse per comprendere come si è arrivati a questa pronuncia: prima della sopramenzionata sentenza il ricorso a tali tecniche era esperibile solo in caso di impossibilità di rimuovere in altro modo le cause impeditive della procreazione, circoscritto ai casi di sterilità ed infertilità comprovate da certificazioni mediche (ciò aveva incrementato l'esodo delle coppie nelle cliniche dei paesi europei, ove non vigevano tali divieti). Tra il 2010 e il 2011 alcune coppie di coniugi avevano adito l'autorità giudiziaria italiana con ricorso cautelare al fine di accertare il loro diritto ad accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo ed affinché venisse disposta la crioconservazione degli embrioni prodotti da utilizzare per la fecondazione eterologa. I Tribunali di Firenze e Milano, con distinte ordinanze, rimisero alla Corte costituzionale la questione di legittimità lamentando la violazione dell'articolo 117, commi 1 e 3, in relazione agli articoli 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché degli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione, per il divieto del ricorso alla fecondazione eterologa. Con riferimento alla

39 La procreazione medicalmente assistita eterologa si differenzia da quella omologa per la provenienza degli ovociti e/o spermatozoi; nella procreazione medicalmente assistita omologa i gameti sono quelli della coppia, nella procreazione medicalmente assistita eterologa i gameti derivano, invece, da persone esterne alla coppia.

violazione delle norme convenzionali, è importante menzionare la sentenza della Corte “*SH e altri c. Austria*” la quale in un primo momento aveva riconosciuto il divieto di fecondazione eterologa, come regolato nell’ordinamento austriaco, in contrasto con gli articoli 8 e 14 della Convenzione. Nello stesso giudizio intervenne, però, la Grande Camera che, con sentenza del 3 novembre 2011, affermò che il parziale divieto della fecondazione eterologa rientrava nel margine di discrezionalità dei singoli stati, per tale motivo non rappresentava un’illegittima interferenza della pubblica autorità nel diritto al rispetto della vita privata. Questo cambio di rotta portò la Corte costituzionale a restituire gli atti ai tribunali rimettenti chiedendo loro di procedere ad una nuova valutazione della questione sulla base del diverso significato assunto. Sulla base di questo, le questioni sono state riproposte e la Corte costituzionale, con la sentenza numero 162 del 2014 ha dichiarato l’illegittimità dell’articolo 4, comma 3, della legge numero 40 del 2004, in relazione agli articoli 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione nella parte in cui si impedisce alla coppia di utilizzare la tecnica di procreazione medicalmente assistita eterologa. Infatti, la scelta di tale coppia di diventare genitori e formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, riconducibile agli articoli 2, 3 e 31 della Costituzione, poiché concerne la sfera privata e familiare e limitazioni di tale libertà devono essere ragionevolmente giustificate dall’impossibilità di tutelare altrettanti interessi di pari rango. Inoltre, nella disciplina in esame si è tenuto conto anche del diritto alla salute, garantito dalla Costituzione all’articolo 32, quale diritto fondamentale di ogni essere umano al possesso

del migliore stato di sanità. In questo senso, l'impossibilità di formare una famiglia mediante ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo potrebbe incidere negativamente e in misura rilevante sulla salute della coppia. In questo senso, l'intento non è stato quello di assecondare il desiderio di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì quello di tenere conto della nozione di patologia, anche psichica e la sua incidenza sul diritto alla salute: da qui nasce la necessità di non prevedere un divieto assoluto come unico mezzo idoneo a garantire la tutela degli altri valori costituzionali coinvolti. Nella valutazione della Corte vi è poi la piena consapevolezza che la fecondazione di tipo eterologo è praticata in molti paesi europei, e che i cittadini italiani potevano recarsi in questi paesi per utilizzare tali tecniche, con conseguente disparità di trattamento dal punto di vista economico.

2.2.3 Incongruenze tra la legge 194/1978 e la legge 40/2004

L'articolo 6 della legge numero 194 del 1978, che disciplina l'interruzione volontaria della gravidanza, sancisce che: *“l'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportano un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinano un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.”* Dal testo possiamo, indubbiamente, riscontare un'incongruenza del sistema normativo con riferimento all'articolo 4 della

legge numero 40 del 2004 rispetto al sopracitato articolo 6 nella parte in cui riconosce, per la donna, la possibilità di accedere all'aborto terapeutico, evidenziando l'irragionevolezza del divieto posto dalla legge che regola la procreazione medicalmente assistita, poiché, *“sussistendo le condizioni legittimanti previste dalla legge (ovvero il pericolo per la vita e/o per la salute della donna medicalmente accertato) all'esito della diagnosi genetica prenatale effettuata sul feto oltre il terzo mese di gravidanza su richiesta della madre, il sistema normativo non avrebbe consentito (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna un'informazione che le avrebbe permesso di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più gravida di conseguenze pregiudizievoli per la sua salute psicofisica.”*⁴⁰ Su questo aspetto, se facciamo un bilanciamento dei vari interessi in gioco, è più ragionevole prediligere l'interesse della donna rispetto a quella dell'embrione cercando di tutelare maggiormente la tutela della salute e dell'autonomia decisionale dell'aspirante madre. L'incoerenza dell'ordinamento italiano risiede proprio nel fatto di non permettere ad una coppia portatrice di una malattia genetica di effettuare l'impianto di embrione, ma successivamente consentire alla donna di praticare un aborto con conseguenze sicuramente più dannose sia per il feto, il cui sviluppo è sicuramente maggiore rispetto a quello dell'embrione, sia per la donna. L'illogicità emerge nell'impossibilità per la coppia fertile, ma portatrice di una malattia genetica trasmissibile, di poter scoprire se il nascituro possa essere affetto dalla stessa patologia: “privilegio” che invece è concesso alla coppia sterile. In altri termini, “le

40 A. Carrato, *Diagnosi preimpianto: l'applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*, in *Famiglia e Diritto*, n. 6, 2017.

coppie portatrici di malattie genetiche sarebbero state ammesse od escluse dalla fecondazione assistita a seconda che fossero o meno fertili, senza, tuttavia, considerare che per le une e per le altre il ricorso alla suddetta tecnica avrebbe potuto costituire l'unica possibilità di avere un figlio non colpito dalla patologia genetica".⁴¹ In alcune legislazioni straniere, come Francia e Spagna, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita era già previsto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche e la *ratio* risiedeva nel fatto che il pericolo di poter trasmettere la malattia al nascituro, e di conseguenza mettere al mondo un figlio ammalato, veniva considerato come un ostacolo insuperabile alla procreazione "naturale". Nell'ordinamento italiano, invece, prima della sentenza numero 96 del 2015 di cui parleremo ampiamente nel prossimo paragrafo, si riconosceva la possibilità alla coppia fertile di non mettere al mondo un figlio con gravi patologie di cui la stessa è affetta, ma solo con l'interruzione volontaria della gravidanza. Per questo motivo, vi sono state numerose richieste d'intervento alla Corte costituzionale per ottenere la dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 4, comma 1, della legge numero 40 del 2004 nella parte in cui non consentivano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita in favore di coloro che, pur non essendo infertili o sterili, versavano nelle situazioni legittimanti l'interruzione di gravidanza prevista dalla legge numero 194 del 1978.

41 *Ibidem.*

2.3 La sentenza della Corte costituzionale n. 96/2015 e i suoi risvolti

2.3.1 *La caduta del divieto di accesso alle tecniche di PMA per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*

La sentenza numero 96 del 2015 segna la caduta dell'ultimo irragionevole divieto, dopo il divieto di congelamento degli embrioni⁴² e quello di fecondazione eterologa⁴³, previsto dalla legge numero 40 del 2004: l'accesso alle tecniche di procreazione assistita per le coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche. Successivamente a questa sentenza, è stata riconosciuta la possibilità a tali coppie di poter venire a conoscenza dello stato di salute dell'embrione e, quindi, scoprire se gli embrioni realizzati risultano affetti dalla malattia genetica di cui i genitori sono portatori e, di conseguenza, ottenere l'impianto soltanto di quelli sani. In Italia, il percorso per arrivare all'emanazione della sentenza in oggetto è sicuramente stato lungo e tortuoso e vede la sua nascita con la condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per la violazione dell'articolo 8 della Convenzione. Con la sentenza della Corte costituzionale numero 151 del 2009, nel momento in cui autorizza la produzione del numero di embrioni ritenuto dai medici appropriato al caso singolo e consente loro la crioconservazione, si schiude la porta alla possibilità di eseguire la diagnosi preimpianto. A questa pronuncia è seguita quella emanata dal Tribunale di Salerno che, con ordinanza, ha consentito ad una coppia fertile l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente

42 Corte Cost., 8.5.2009, n. 151, in *G.U.*

43 Corte cost. 10.6.2014, n. 162, cit.

assistita e di diagnosi preimpianto. Successivamente, è stata chiamata ad intervenire sulla questione anche la Corte europea che, con la pronuncia resa nel caso *Costa e Pavan c. Italia*, ha dichiarato contrario alla Convenzione il divieto in questione a carico delle coppie fertili. Alla vera e propria svolta si arriva, però, solo nel 2015, prima, infatti, a prescindere dall'emanazione delle sentenze sopracitate, permaneva il divieto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche in quanto la norma generale riservava l'accesso alle tecniche esclusivamente alle coppie sterili o infertili. Nel corso del tempo diversi giudici avevano sollevato la questione di legittimità costituzionale *“motivata su due ordini di argomenti. Da un lato gli artt. 2 e 3 Cost., il rispetto dell'autodeterminazione nelle scelte legate alla procreazione, il principio di eguaglianza e di ragionevolezza, dall'altro l'art. 32 Cost., il diritto alla salute, dato che il divieto finisce per costringere le coppie portatrici di malattia geneticamente trasmissibile ad avviare una gravidanza per poi doverla interrompere se le diagnosi prenatali fossero infauste”*.⁴⁴ La sentenza in oggetto è finalmente giunta ad eliminare il divario creatosi in giurisprudenza⁴⁵ con l'affermazione della interpretazione a favore della diagnosi, tra coppie infertili, portatrici di malattie genetiche, che potevano beneficiarne in quanto ammesse alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, e coppie fertili, ugualmente portatrici di malattie genetiche, che ne erano escluse e potevano solo ricorrere ad esami diagnostici durante la gravidanza, eventualmente giungendo ad interromperla con un intervento ben più traumatico, sia fisicamente che psicologicamente. Per quanto riguarda la

44 G. Ferrando, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n.40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 10, 2015, pag. 2.

45 In tal senso la prima sentenza è del Tribunale di Cagliari, 22 settembre 2007.

ratio decidendi che ha portato all’emanazione della sentenza, il giudice ha ritenuto corretto tenere come metro di giudizio, per determinare i casi di ammissione alla diagnosi preimpianto delle coppie fertili, la legge numero 194 del 1978 riferendosi all’articolo 6 comma 1, e al criterio di gravità da esso presupposto al fine di scongiurare il pericolo dell’apertura indiscriminata a tutte le malattie geneticamente trasmissibili, in cui sullo sfondo si agita lo spettro delle derive eugenetiche. Infatti, *“la norma individuata dalla Corte richiede che le anomalie del feto siano rilevanti, che siano accertate e che creino un grave pericolo per la salute della donna.”*⁴⁶ Da qui sorge però il problema concernente l’individuazione di parametri per stabilire la rilevanza della malattia: occorre verificare come il pericolo grave per la salute fisica o psichica della donna possa essere accertato. Nelle situazioni in cui l’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita viene richiesta dalle coppie che hanno già sperimentato aborti dovuti alla presenza della malattia genetica di cui loro sono affetti o portatori, il triste vissuto della coppia, in questo caso, può determinare un motivo di grave preoccupazione e malessere immediatamente valutabile. La situazione si complica, invece, in tutte le altre circostanze in cui, per giustificare l’esistenza di un pericolo grave, occorrerebbe mettere in rilievo la possibile insorgenza di uno stato di ansia della donna per la eventualità di trasmettere la malattia genetica al figlio. Infatti, il criterio della gravità di cui alla legge numero 194 del 1978 *“presuppone che per ricorrere alla diagnosi preimpianto non sia sufficiente una seria malformazione del feto bensì la dimostrazione che tale anomalia*

46 I. Pellizzone, *L’accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *forum di quaderni costituzionali*, 2015.

sia idonea a provocare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, facendo pertanto riferimento a limiti e parametri del tutto soggettivi.”⁴⁷ Alla luce di quanto detto finora è lecito porsi alcuni quesiti: quali sono le coppie che, davvero, pur essendo fertili hanno il diritto di accedere alla procreazione medicalmente assistita? Sulla base di quali criteri è possibile tracciare delle distinzioni in merito alla rilevanza di una malattia? Fino a quando non ci sarà un intervento del legislatore volto a stabilire, in base ad evidenze scientifiche, quali malattie possano legittimare l’accesso alla procreazione medicalmente assistita non è possibile dare una risposta certa e concreta a tali interrogativi. È possibile far riferimento alla disciplina, regolata dalla legge numero 194 del 1978, che giustifica l’aborto anche dopo i primi 90 giorni; quindi, il ginecologo cui si rivolge la coppia fertile portatrice di malattia genetica dovrebbe ottemperare al difficile compito di verificare se la donna sarebbe legittimata ad abortire dopo i primi 90 giorni di gravidanza, qualora il feto abbia ereditato la malattia per cui la diagnosi richiede l’accesso alla procreazione medicalmente assistita⁴⁸. Ovviamente, l’intervento della Corte costituzionale non può che essere accolto con positività nella parte in cui riconosce l’illegittimità della legge 40 che preclude il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili, e, inoltre, può essere interpretato come un modo per dare un stimolo al legislatore affinché possa individuare, anche

47 *Ibidem*.

48 I. Pellizzone, *L’accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *forum di quaderni costituzionali*, 2015 - la valutazione che viene fatta dal ginecologo altro non è che un esame psichiatrico necessario per l’accertamento dei problemi di salute psichica della donna, volti, per esempio, ad accertare la presenza di fattori legati alla personalità della donna che comprovino in modo concreto una particolare fragilità.

periodicamente sulla base della evoluzione tecnico-scientifica, le patologie (e le relative procedure di accertamento) che possano giustificare l'accesso a tali tipi di tecniche alle coppie fertili. Nonostante la portata innovativa della pronuncia, è possibile riscontrare delle criticità, in particolare, la decisione di richiamare solamente la violazione degli articoli 3 e 32 della Costituzione potrebbe comportare il rischio *“che, in futuro, coppie con altre caratteristiche – magari semplicemente un po' in là con gli anni (e dunque “statisticamente” a rischio di produrre embrioni malformati), oppure soggette ad una particolare esposizione ambientale – vengono a lamentare un vulnus, o comunque un pericolo alla salute fisica e psichica femminile derivante dall'esclusione, a fortiori, dalle tecniche di PMA (e pertanto dalla possibilità di chiedere l'individuazione del cariotipo per accertare l'assenza delle alterazioni genetiche più frequentemente riscontrabili, come si può fare invece con la diagnosi prenatale).”*⁴⁹ Il compito del Parlamento avrebbe potuto essere quello di fornire un'apertura culturale, far acquisire nuove consapevolezze, piuttosto che ancorarsi a frammenti normativi già ossidati dalle Corti negli anni precedenti.

Analizzati gli aspetti generali, procediamo con l'analisi della fattispecie in esame: a seguito di due procedimenti civili *“ante causam”* promossi da altrettante coppie di coniugi al tribunale di Roma, esso sollevò questione di legittimità costituzionale degli articoli 1, commi 1 e 2, e 4 della legge numero 40 del 2004, per contrasto con gli articoli 2, 3 e 32 e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione agli articoli 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nella parte in cui non

⁴⁹ E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non “scontata” né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta OnLine*, fasc. II, 2015.

consentivano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie che, pur non essendo sterili, rischierebbero di procreare figli affetti da gravi malattie genetiche di cui gli stessi genitori sono affetti o portatori sani. Nello specifico, il rimettente lamentò: il contrasto con l'articolo 2 della Costituzione con riguardo ai diritti inviolabili della persona, quali il diritto della coppia ad un figlio "sano" e il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative nella parte in cui si consentiva l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole coppie sterili o infertili; il contrasto con l'articolo 3 della Costituzione teso al principio di ragionevolezza in quanto comporta la paradossale, irragionevole e incoerente conseguenza di costringere coppie fertili ad avere una gravidanza naturale, seppur consapevoli di una determinata malattia e degli effetti negativi che questa potrebbe comportare per il nascituro, consentendogli a posteriori di ricorrere alla scelta dell'aborto. Prendendo come riferimento il principio di uguaglianza, evidenzia una discriminazione tra le coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, e coppie fertili in cui l'uomo risulti essere affetto da malattie sessualmente trasmissibili a cui l'accesso a tale tecnica è loro consentito; contrasto con l'articolo 32 della Costituzione lamentando una lesione del diritto alla salute della donna, nel momento in cui è costretta a procedere con l'aborto terapeutico, non tenendo conto dei devastanti effetti a livello fisico e psichico che questo comporta; per ultimo, contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione, in relazione agli articoli 8 e 14 della Convenzione lamentando una indebita ingerenza nella vita familiare di

dette coppie e sottolineando ancora una volta discriminazione per la violazione dell'articolo 3 della Costituzione.

Sulla base di quanto finora detto, l'irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco è evidente: *“il sistema normativo non consente di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute. Dal che, quindi, il mancato rispetto del diritto alla salute della donna. Senza peraltro che il vulnus, così arrecato a tale diritto, possa trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all’aborto.”*⁵⁰ La decisione numero 96 ammette che *“sussiste un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell’indiscriminato divieto, che le denunciate disposizioni oppongono, all’accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie infertili affette [...] da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili [...] di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni. E ciò in quanto, con palese antinomia normativa [...] il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la [...] modalità dell’interruzione volontaria [...] di gravidanze naturali.”*⁵¹ Ciò che ha voluto mettere in luce la Corte è la lesione del diritto fondamentale alla salute della donna, costretta a sottoporsi ad un intervento interruttivo di gravidanza non potendo beneficiare di un’informazione circa lo stato di salute dell’embrione in una fase di sviluppo antecedente alla formazione

50 Corte cost. sent. n. 96 del 2015, punto n. 9, in *G.U.*

51 *Ibidem.*

del feto. Un aspetto correlato a questa pronuncia e che desta scalpore è il silenzio della Corte rispetto alla violazione dell'articolo 3 sotto il profilo dell'irragionevole discriminazione tra coppie a fronte dell'apertura al ricorso alle tecniche procreative in favore delle coppie in cui l'uomo risulti affetto da malattie virali contagiose per via sessuale. Nelle ordinanze del Tribunale di Roma si legge il contrasto *“con l'art. 3 anche sotto il profilo della discriminazione delle coppie fertili, portatrici di malattia geneticamente trasmissibile, rispetto alle coppie sterili o infertili (o in cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili), che invece possono ricorrere alle tecniche di P.M.A.”*.⁵² Come abbiamo avuto modo di approfondire nel precedente paragrafo⁵³, entrambe le ordinanze di rimessione dedicano ampio spazio al tema della diagnosi genetica preimpianto, e, su cui, il Giudice costituzionale non si sofferma ad approfondire. Altro tema che suscita interesse, e che merita di essere esaminato, riguarda il fatto che, rispetto all'articolo 117, comma 1, Costituzione, il Giudice costituzionale chiude le porte all'accoglimento della questione di costituzionalità, escludendo in radice la violazione delle disposizioni convenzionali invocate dal remittente come norme interposte riguardanti il rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione e che non abbia impiegato tali norme interposte per istituire una relazione coerente con la Corte europea in *Costa e Pavan c. Italia*: rendendo, così, ancora più incerto il quadro dei rapporti tra giudici, costituzionale e comune, e Giudice sovranazionale; *“non deve perciò stupire lo spazio residuale lasciato alla Convenzione nelle motivazioni a*

52 Tribunale di Roma, ordinanza di rimessione, in *G.U.*, n. 86 del 2014.

53 v. § 2.2.1

supporto dell'incostituzionalità. Essa, infatti, [...] viene chiamata in causa solamente per predicarne l'incapacità di produrre effetti diretti nel nostro ordinamento, tenuto conto delle sue differenze strutturali rispetto al diritto dell'Unione europea. Punto, quest'ultimo, che nasconde il vero problema che agita il sonno della Corte costituzionale, quello cioè relativo alla disapplicazione della legge da parte dei giudici per contrasto con la CEDU."⁵⁴ La sentenza, pertanto, segna un doppio epilogo, il primo riguardante il superamento della preclusione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche; il secondo relativo alla conferma dei rapporti ormai assestati tra giudici interni e sovranazionali. Come abbiamo avuto modo di vedere in questo paragrafo, a prescindere dall'importanza che riveste, la sentenza in esame non va ad eliminare tutti i dubbi che circondano l'effettiva praticabilità della diagnosi genetica preimpianto in Italia. Tali dubbi si riflettono anche sul bilanciamento tra il diritto alla coppia a conoscere, precedentemente all'impianto, lo stato di salute dell'embrione rispetto alla patologia cui i genitori sono portatori e il diritto alla vita dell'embrione: aspetto che approfondiremo adeguatamente nel prossimo capitolo. In conclusione, *“se l'apertura alla diagnosi genetica preimpianto potrebbe rappresentare l'accoglimento di un'impostazione che riconosce precedenza al diritto alle giuste esigenze della procreazione della coppia, le perplessità che circondano la decisione n. 96 del 2015 non consentono di giungere a una conclusione definitiva su questo aspetto.*"⁵⁵

54 G. Repetto, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in *Diritti Comparati*, Giugno 11, 2015.

55 M. D'Amico – B. Liberali, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016.

2.3.2 Le nuove linee guida ministeriali del 2015 contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di PMA

Come già discusso nel precedente capitolo⁵⁶, lo scopo delle linee guida è quello di fornire chiare informazioni agli operatori delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita affinché sia assicurato il pieno rispetto di quanto dettato dalla legge. A seguito delle pronunce costituzionali del 2009 e del 2014, le quali hanno eliminato, rispettivamente, il numero massimo di tre embrioni da creare e trasferire in un unico e contemporaneo impianto, e il divieto di fecondazione eterologa, si è ritenuto necessario aggiornare le linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita al fine di adeguarne i contenuti, attraverso l'emanazione del decreto ministeriale del primo luglio 2015. Tra le principali novità, è importante segnalare: l'apertura alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle coppie in cui la donna è portatrice di malattie virali sessualmente trasmissibili (le linee guida del 2008, invece, ne consentivano l'accesso solo per l'uomo portatore); l'accesso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in tutte quelle situazioni in cui è stata comprovata la sterilità di uno dei due partner in cui non si possa disporre di gameti competenti; l'attività di consulenza e sostegno rivolta alla coppia: ogni centro di procreazione medicalmente assistita, infatti, dovrà offrire un supporto psicologico a tutte quelle coppie che ne abbiano necessità, in tutte le fasi dell'approccio diagnostico e, eventualmente, anche dopo che il processo di

⁵⁶ v. § 1.2.2

trattamento è stato completato, a prescindere dall'esito delle tecniche applicate. L'attività di consulenza, a seconda delle situazioni, può essere:

“1. decisionale il cui scopo fondamentale è di consentire ai soggetti di comprendere e riflettere nel corso della proposta di trattamento che li riguarda sulle implicazioni che questo potrebbe avere per loro, per le loro famiglie e sugli eventuali figli nati come risultato del trattamento. Questo tipo di consulenza dovrà essere disponibile prima di intraprendere ogni tipo di trattamento o di decisione. L'operatore che offrirà la consulenza dovrà discutere con tutti i soggetti coinvolti le implicazioni del trattamento: per sé stessi, per i propri familiari, per ogni figlio o figli che verranno;

2. di sostegno che deve supportare le coppie in momenti di stress e difficoltà. Questo può accadere in ogni momento, prima, durante e dopo l'esecuzione del trattamento, indipendentemente dall'esito. I centri debbono fare ogni sforzo possibile per offrire supporto a qualsiasi soggetto coinvolto nel trattamento e che richieda aiuto, come ad esempio: individui che non possono accedere alle terapie, che hanno difficoltà ad affrontare un determinato ciclo di trattamento, individui nei quali il trattamento è fallito;

3. genetica nella previsione di rischio di anomalie genetiche trasmissibili;

4. terapeutica che deve riuscire ad assistere i soggetti che ne abbiamo bisogno nello sviluppare strategie che consentano loro di far fronte alle conseguenze dei trattamenti per l'infertilità sia a breve che a lungo termine. Essa include l'aiutare i soggetti a moderare le loro aspettative e ad accettare la realtà di particolari situazioni. I centri devono invitare

coloro che si sottoporranno ai trattamenti a considerare: la loro attitudine rispetto alla propria infertilità o a quella del partner, la possibilità che il trattamento fallisca.”⁵⁷

2.3.3 D.M. n. 265/2016: la riforma della disciplina del consenso alla luce del nuovo impianto normativo

A seguito della sentenza numero 96 del 2015, che insieme alle due pronunce del 2009 numero 151 e del 2014 numero 162, hanno demolito la legge numero 40 del 2004 e riformulato i requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, si è sentita la necessità di conformare questo nuovo impianto normativo con la disciplina del consenso delle parti all'accesso alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita. Secondo l'articolo 6, comma 3⁵⁸: *“la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo”*. Il 28 dicembre 2016 è stato adottato il nuovo Decreto ministeriale, in sostituzione alla

⁵⁷ Linee guida ministeriali del 2015, in <https://www.gazzettaufficiale.it>

⁵⁸ Legge 19 febbraio 2004, n. 40.

precedente normativa del 2004, il quale disciplina gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato e le modalità con cui la volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita deve essere manifestata. Per poter comprendere al meglio le differenze tra il vecchio e il nuovo provvedimento, è necessario un breve *excursus* volto a ricostruire la disciplina del consenso all'atto medico. La necessità del consenso è sancita sia in sede nazionale che internazionale: nell'ambito nazionale, seppur non esista un esplicito riferimento di carattere generale, vi sono numerose fonti giurisprudenziali che consolidano tale regola. Nell'ambito internazionale, invece, prendiamo come riferimento l'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea il quale sancisce che: *“la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”*, unitamente all'articolo 3 il quale stabilisce che: *“ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica”* e che nell'ambito della medicina e della biologia, deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, *“il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge”*. Sia a livello internazionale che nazionale, il consenso vuole garantire due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico nonché di eventuali terapie alternative. La scelta deve essere libera, per essere libera la persona deve essere adeguatamente informata della propria condizione e dell'impatto che l'intervento medico può avere sul proprio *status* psico-

fisco. A livello nazionale questo si evince dalla Costituzione, ma non solo. Infatti, sia la legge numero 833 del 1978, che la legge numero 180 dello stesso anno, sanciscono la volontarietà dei trattamenti sanitari nel pieno rispetto della dignità della persona. La legislazione ordinaria è accompagnata dalle norme deontologiche, rispetto a cui, però, è discusso il valore giuridico, che disciplinano in modo articolato l'obbligo del medico ad informare il paziente al fine di operare con il suo consenso. Con il codice deontologico medico del 2014, assistiamo al passaggio da una dimensione oggettiva a quella soggettiva: il medico assiste il paziente, egli non può sostituirsi e decidere al posto suo, ma, lo accompagna e supporta nel processo fornendogli gli strumenti necessari affinché il paziente possa fare una scelta libera e consapevole. *“Il consenso si presenta come un processo relazionale, momento essenziale dell'alleanza tra il medico e la persona assistita, che si instaura sin dal loro primo contatto, e si protrae per tutta la durata dell'assistenza e della cura, in una continua dialettica tra fiducia comunicazione”*.⁵⁹

Con riferimento al nuovo decreto ministeriale del 2016, le differenze rispetto alla disciplina precedente sono frutto della riscrittura costituzionale dell'impianto della legge numero 40 del 2004. Il nuovo regolamento, per esempio, dedica una specifica sezione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: viene stabilito il dovere del medico di informare dettagliatamente tutti i rischi legati a questa particolare tecnica, ivi comprese le varie visite e i vari esami a cui necessariamente dovrà sottoporsi l'aspirante madre. Inoltre, altro elemento

⁵⁹ A. Ricci, *La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il D.M. 28 dicembre 2016, N.265: novità e vecchi problemi*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1, 2018.

distintivo da sottolineare riguarda il fatto che la coppia viene informata circa i costi economici totali derivanti dalla procedura. Dall'analisi degli obblighi formativi, si desume che l'intento del legislatore voleva proprio essere quello di descrivere meticolosamente tutti i vari passaggi del processo informativo tra il medico e la coppia. Tale intento, con riferimento, in particolare, alla fecondazione eterologa, potrebbe risultare ambiguo facendo sorgere il dubbio che, alla base, la sua intenzione fosse quella di contenere il ricorso a questa tipologia di procreazione medicalmente assistita, anziché porlo sullo stesso piano dell'omologa. Un altro aspetto peculiare della disciplina del consenso informato in relazione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, rispetto a quello ordinaria, riguarda la formazione del consenso che deve essere espresso per iscritto, congiuntamente da entrambi i componenti della coppia, al medico, per segnare che l'impegno non è solo nei confronti della struttura sanitaria, ma tra i singoli richiedenti e tra la coppia e il nato. Questo perché la volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita consente l'attribuzione dello *status* di figlio al nato e la conseguente attribuzione del ruolo e della responsabilità genitoriale in capo ai richiedenti.

Analizzando il modello di informativa sul trattamento dei dati personali, secondo quanto previsto da decreto in esame, l'informativa sul trattamento dei dati personali costituisce uno degli elementi minimi di conoscenza, necessari alla formazione del consenso informato in caso di richiesta di accesso alla procreazione medicalmente assistita. Il trattamento dei dati personali, anche di quelli idonei a rivelare lo stato di salute, è

operazione necessaria per poter accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e di qui la necessità di richiedere a ciascun componente della coppia il consenso al trattamento dei dati, previa specifica informativa anche se, l'assetto originario della previsione non ricomprendeva l'informativa sul trattamento dei dati personali tra gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato. Con il nuovo decreto del 2016, vi è, quindi, un attento e scrupoloso rispetto della disciplina sulla protezione dei dati personali, sensibilizzando l'adozione di modelli operativi standard. Novità che ha sollevato una criticità in particolare: *“i principi di trasparenza, finalità, pertinenza e non eccedenza dei dati, impongono di specificare all'interessato la relazione che lega il trattamento e i dati personali che ne costituiscono l'oggetto ad uno specifico fine. Conseguentemente, sarebbe stato necessario precisare i dati personali necessari alle finalità amministrative, distinguendoli opportunamente dai dati personali, necessari alle finalità di assistenza sanitaria”*.⁶⁰ L'indeterminatezza dell'informativa comporta inevitabilmente la genericità del relativo consenso al trattamento dei dati personali, infatti, non si fa riferimento ad un trattamento ben individuato di dati o categorie di dati e per finalità parimenti definite, formula che disattende l'articolo 23 del Codice il quale non può dirsi soddisfatto da quella che risulta essere una sottoscrizione di una generica ed indeterminata formula. Alla luce di quanto detto in precedenza, il modello di dichiarazione di consenso informato alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, allegato al decreto ministeriale, più che un'utile base di partenza per le strutture sanitarie, è una rigida guida

60 *Ibidem.*

operativa che fornisce un criterio oggettivo per la valutazione dell'adempimento dell'obbligo, circoscrive il consenso all'interno della sola dimensione contrattualistica. Nello scenario descritto, essendo completamente trascurato dal regolamento ministeriale l'aspetto della comunicazione, il consenso perde i suoi originari elementi fondanti. E il dovere di informare, impostato esclusivamente in termini oggettivi, perde di vista la funzione di tutela della persona assistita, nella sua individualità.

2.3.4 La pronuncia del Tribunale di Milano: il primo caso di applicazione concreta della sentenza n. 96 del 2015

L'ordinanza cautelare del Tribunale di Milano rappresenta una delle prime applicazioni degli effetti prodotti nell'ordinamento giuridico dall'importante sentenza numero 96 del 2015. Il 18 aprile 2017, il giudice milanese fu chiamato a decidere il ricorso proposto dai ricorrenti *ex* articolo 700 c.p.c.⁶¹ *“diretto all'accertamento del diritto di una donna ad ottenere, nell'ambito di un intervento di procreazione medicalmente assistita, l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni e il trasferimento nel suo utero solo degli embrioni sani o portatori sani delle patologie di cui il compagno risulti affetto”*.⁶² La coppia si era rivolta nel 2014 all'Ospedale Maggiore Policlinico per accedere alla tecnica e, di conseguenza, alla diagnosi genetica preimpianto a causa della patologia genetica cui l'uomo

61 *“Chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”*.

62 A. Carrato, *Diagnosi preimpianto: l'applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*, in *Famiglia e Diritto*, n. 6, 2017, pag. 27.

era affetto con alto rischio di trasmetterla alla prole. La coppia dovette scontrarsi con il rifiuto da parte della struttura pubblica, la quale aveva suggerito ai ricorrenti di doversi rivolgere ad una struttura privata specializzata in *“diagnosi genetica perimpianto per l’estosi multipla ereditaria”*. A seguito di tale diniego, la coppia decise di intraprendere il percorso di procreazione medicalmente assistita in Grecia, ma i due tentativi fatti non portarono ad un esito positivo. In diritto, i ricorrenti evidenziarono la lesione di diritti costituzionalmente garantiti ai sensi degli articoli 2, 13, 29 e 32 della Costituzione sia nei confronti che del nascituro quali: *“l’autodeterminazione (consentita dalla conoscenza dello stato di salute dell’embrione), alla realizzazione della personalità attraverso la genitorialità e, in particolare, era leso il diritto all’eguaglianza dei cittadini, atteso che solo i più abbienti potevano recarsi in strutture di procreazione medicalmente assistita private”*⁶³. Inoltre, lamentarono una violazione dell’articolo 9 della Costituzione nella parte in cui gli era stato impedito di potersi valere dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica. Come abbiamo visto nei precedenti paragrafi, tutte queste questioni furono già sollevate e trattate dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo con la sentenza *“Costa e Pavan c. Italia”* e, alla luce di questo, i ricorrenti chiesero di poter accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ottenere l’esecuzione di indagini cliniche diagnosticate sull’embrione e il trasferimento in utero solo di embrioni sani. La controparte rispose alle accuse giustificando il rifiuto non in ragione della legge numero 40 del 2004, bensì a causa di una mancanza di competenze specifiche dovute all’utilizzo di particolari tecniche e

63 *Ibidem.*

strumentazioni non in possesso della struttura ospedaliera. Inoltre, sottolineò l'impossibilità, da parte del giudice, in caso di contrasto tra una disposizione di legge interna e la Convenzione europea, di disattendere la disciplina. Egli, infatti, poteva limitarsi a sollevare questione di legittimità costituzionale: azione compiuta dallo stesso a seguito dell'udienza del mese di febbraio nel 2015 con riferimento agli articoli 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1 della legge numero 40 del 2004, per contrasto con gli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione in relazione agli articoli 8 e 14 della Convenzione nella parte in cui non consentivano il ricorso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. Una importante svolta a questo ricorso viene data grazie alle pronunce del 2015 e del 2016⁶⁴, a seguito delle quali fu disposta una consulenza tecnica diretta ad accertare le caratteristiche della malattia geneticamente trasmissibile di cui è affetto il ricorrente questo perché il criterio di valutazione per determinare i casi di ammissibilità alla diagnosi preimpianto di coppie fertili, stabilito dalla sentenza del 2015, è proprio quello di gravità ai sensi dell'articolo 6 della legge numero 194 del 1978: viene tracciato un evidente parallelismo tra aborto dopo i primi 90 giorni e accesso alla procreazione medicalmente assistita delle coppie fertili. Essendo la pronuncia del 2015 "*additiva di principio*" abilita il giudice a fare riferimento ai principi stabiliti nella sentenza⁶⁵ e, in attesa dell'intervento del legislatore, ad individuare la regola del caso concreto, così da garantire una tutela effettiva del diritto lesa. Nel caso in questione, la relazione della consulenza tecnica aveva messo in risalto le conseguenze

64 Sul punto cfr la sent. n. 96 del 2015 e la pronuncia n. 54 del 2016, in *G.U.* consultabile al sito <https://www.gazzettaufficiale.it/>

65 V. Corte cost., sent. 5.6.2015, n. 96, in *Giur. cost.*, 2015.

che la malattia comportava non solo per il ricorrente che, nel tentativo di risolvere le complicanze è stato sottoposto a numerosi interventi chirurgici dall'età infantile fino all'età adulta,⁶⁶ ma, più in generale, anche tutte le complicanze che sarebbero potute insorgere con un forte impatto anche sulla vita quotidiana: dalle difficoltà scolastiche per i bambini, nell'attività fisica, nella scrittura o nell'utilizzo di apparecchi elettronici; alle difficoltà per gli adulti in ambito lavorativo, senza trascurare la difficoltà a costruire delle relazioni sociali con importanti ripercussioni quindi anche nell'ambito psicologico. A fronte di questi elementi il giudice ha ritenuto di giustificare la diagnosi genetica preimpianto nel percorso di procreazione medicalmente assistita con l'esigenza di tutelare la salute della madre: accudire ed assistere un figlio affetto da questa patologia, infatti, comporterebbe un grosso dispendio di energie, nonché importanti effetti a livello psichico. In conclusione, hanno trovato fondamento la tutela della salute ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione e gli articoli 2, 3 e 24. Inoltre, il diritto dei ricorrenti, di mettere al mondo un figlio non affetto dalla medesima patologia genetica dalla quale è affetto uno dei due genitori, costituirebbe una forma di espressione della vita privata e familiare, tutelata dall'articolo 8 della Convenzione. L'analisi di questa sentenza è stata fondamentale per comprendere l'importante profilo della sentenza numero 96 del 2015, la quale, andando a censurare l'irragionevole previsione che non consentiva alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ha riconosciuto il diritto di procreare senza

66 Affetto da Estosi Multipla Ereditaria, patologia caratterizzata dall'insorgenza di multipli tumori benigni che spesso provocano dolori tali da dover ricorrere ad interventi chirurgici.

ammettere ingerenze del legislatore. Ulteriore portata innovativa della suindicata sentenza della Corte è quella di non lasciare spazio all'azienda sanitaria di poter decidere circa la possibilità o meno per la donna di accedere alla diagnosi preimpianto. Infatti, in tutti i quei casi in cui predomina un criterio di gravità della patologia tale da delineare l'aborto terapeutico, il Centro, su richiesta della paziente, dovrà effettuare la diagnosi genetica preimpianto senza poter compiere scelte discrezionali. Il giudice milanese, con il provvedimento adottato *“ha saputo dimostrare come la diagnosi genetica preimpianto relativa a malattie gravi rappresenti una prestazione essenziale di assistenza, evidenziando come sussista un criterio omogeneo di gravità della patologia, dell'embrione come del feto, in forza del quale a tutela della salute della donna è evincibile la pretesa ad effettuare la diagnosi genetica sull'embrione prima, per evitare un aborto terapeutico del feto, dopo.”*⁶⁷ Possiamo concludere affermando che: sulla base della sentenza numero 96 del 2015, la Corte costituzionale ha correttamente risolto la questione delle coppie fertili portatrici di patologie genetiche trasmissibili alle quali era precluso l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e, quindi, alla diagnosi genetica preimpianto, uniformando i diritti di queste coppie a quelli delle coppie sterili o infertili. Rispetto all'ordinanza cautelare in questione, hanno posto reclamo il Ministero della Salute e l'Ospedale Maggiore Policlinico: *“secondo il Ministero, l'ordinanza reclamata sarebbe stata pronunciata in assenza di una specifica disposizione di rango legislativo (nonostante la sentenza della Corte cost. n. 96/2015 avesse*

67 A. Carrato, *Diagnosi preimpianto: l'applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*, in *Famiglia e Diritto*, n. 6, 2017.

precisato che la materia su cui verte il giudizio è oggetto di riserva assoluta di legge) e avrebbe erroneamente applicato i principi enunciati nella suindicata pronuncia nella parte in cui dispone di effettuare l'indagine presso centri pubblici (mentre la Consulta richiede che siano pubblici i centri ove accertare le patologie possono giustificare l'accesso alla procreazione medicalmente assistita). Il Ministero, ha, infine, contestato il requisito della "gravità" della patologia da cui l'aspirante padre risultava essere affetto, prospettando il rischio che con la diagnosi genetica preimpianto si possa "scegliere fra tanti embrioni il migliore, cioè la coppia può scegliere di chi essere genitore".⁶⁸ Tutti i motivi proposti sono stati ritenuti infondati: il Tribunale di Milano, chiamato a decidere il caso in esame, in attesa dell'intervento del legislatore, ha fondato la sua decisione con riferimento ai principi stabiliti nella sentenza numero 96 del 2015, e, sulla base di questi, ha ritenuto fondato il diritto vantato dai ricorrenti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anticipate dalla diagnosi genetica preimpianto, quest'ultima volta esclusivamente a selezionare embrioni privi di quella specifica e grave patologia cui risulta essere affetto il genitore. "Diversa, invece, è la ragione posta dalla struttura ospedaliera a sostegno del proprio reclamo, che non ha lo scopo di chiedere un ripensamento della decisione del giudice monocratico circa l'accertamento del diritto dei ricorrenti ad ottenere, nell'ambito dell'intervento di procreazione medicalmente assistita, l'esame clinico diagnostico sugli embrioni e il trasferimento in utero dei soli embrioni sani o portatori sani della patologia da cui

⁶⁸ M. A. Iannicelli, *Diagnosi genetica preimpianto e coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili: il giudice di merito applica la sentenza della Corte cost. n. 96/2015*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 1, 2018.

l'aspirante padre risulta essere affetto, bensì quello di chiedere al Collegio la precisazione dei soggetti deputati ad accollarsi l'onere finanziario per l'effettuazione della prestazione indicata a favore dei ricorrenti".⁶⁹ Anche questo motivo è stato respinto dal Collegio richiamando totalmente l'impostazione data dal giudice nella prima fase del giudizio: ad ogni persona deve essere garantito il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute. Il diritto alla salute non può mai essere posto in discussione con la disponibilità delle attrezzature di cui una struttura ospedaliera è dotata. Pertanto, qualora la struttura sanitaria dovesse trovarsi impossibilitata ad erogare una prestazione, tale diritto dovrà essere comunque garantito attraverso il ricorso ad altre strutture sanitarie idonee. Nel caso di specie, se in Lombardia non ci sono strutture in grado di eseguire la diagnosi genetica preimpianto dell'esotosi multipla ereditaria, la struttura sanitaria dovrà indirizzare la coppia presso un'altra struttura con oneri a carico della Regione Lombardia quale regione di residenza dei soggetti interessati.

2.3.5 Costi dell'accesso alla DPG: un problema ancora aperto

Come abbiamo visto nei precedenti paragrafi, la Corte costituzionale, con la sentenza numero 96 del 2015, aveva cancellato il divieto di diagnosi preimpianto previsto dalla legge numero 40 del 2004. Successivamente a questa pronuncia, il lungo dibattito sorto negli anni precedenti appariva superato. In realtà, si iniziò a mettere in risalto un aspetto che, fino a quel

⁶⁹ *Ibidem.*

momento, era rimasto in secondo piano: la sostenibilità dei costi di tale trattamento. Non essendo inserita nei Livelli Essenziali di Assistenza, le relative spese sono a carico esclusivamente di chi la richiede, determinando una plausibile discriminazione legata alle diverse capacità economiche degli aspiranti genitori, nonché nell'accesso al diritto alla salute della madre e del nascituro. La questione è stata affrontata solamente dal Tribunale di Milano nel 2017, nella pronuncia analizzata nel paragrafo precedente, che riconosceva l'onere in capo alla struttura sanitaria sia in forma diretta che indiretta: infatti, nel caso in cui la struttura fosse stata impossibilitata ad eseguire tale tecnica, avrebbe dovuto lei stessa indirizzare la coppia presso una struttura adeguata. Questo per dare garanzia al diritto alla salute. La stessa fattispecie coincideva con il caso deciso dal tribunale di Vercelli, l'unica differenza tra le due istanze riguardava il fatto che la prestazione concessa dal giudice vercellese avrebbe dovuto essere concessa fuori dalla Regione di residenza delle parti, ma il carico economico avrebbe dovuto essere sostenuto, in ogni caso, dalla Regione Piemonte. Per questo motivo, la struttura ospedaliera aveva richiesto il rigetto della domanda sostenendo che le prestazioni richieste dai ricorrenti in merito alla diagnosi genetica preimpianto non rientravano nel tariffario sanitario e, di conseguenza, non sarebbero state effettuate presso strutture pubbliche. A partire da questa circostanza, in questo capitolo tratteremo l'argomento sotto un duplice aspetto: il costo della procedura medica in quanto tale e le spese necessarie per vedersi riconosciuto il diritto all'accesso alla medesima in via giudiziaria, qualora l'amministrazione sanitaria rifiutasse di erogare la prestazione richiesta.

Con riferimento al secondo aspetto, nella fattispecie in esame, è risultato che le spese legali parevano addirittura superare il valore della procedura di procreazione medicalmente assistita. *“Tali argomentazioni giustificative della compensazione delle spese di lite non sembrano essere appropriate, in quanto la questione trattata non è di “assoluta novità”, né la giurisprudenza può dirsi “mutata”, in considerazione degli interventi di Corti supreme sovranazionali (come la Corte di Strasburgo) e nazionali (cioè la Corte costituzionale), che riconosceva l’attinenza del contenzioso sulla PGD alla tutela della salute, diritto assoluto costituzionalmente garantito”*.⁷⁰ Andando ad esaminare il caso in esame, i ricorrenti erano una coppia con già alle spalle un’esperienza di procreazione medicalmente assistita con esito infausto, nel 2016, infatti, la loro prima figlia morì dopo neanche un mese di vita dopo esserle stato diagnosticato di essere affetta da rene policistico bilaterale. La coppia, desiderosa di avere un figlio, non si arrese ma, durante gli accertamenti preliminari al nuovo trattamento, scoprirono di essere entrambi portatori sani della stessa patologia che aveva causato la morte della loro prima bambina. Per questa ragione, la coppia decise di rivolgersi presso un centro pubblico autorizzato per la fecondazione assistita e attrezzato per le indagini genetiche al fine di evitare di esporsi ad un’ulteriore traumatica esperienza, devastante sia per la coppia, e soprattutto per la madre, che per il feto. Tuttavia, l’ASL di competenza negò l’accesso alla procedura giustificandosi con il fatto che la tecnica di diagnosi preimpianto non era compresa nei Livelli Essenziali di Assistenza ponendo così degli ostacoli legati sostanzialmente a motivi

⁷⁰ E. Falletti, *Filiazione – Costi dell’accesso alla diagnosi preimpianto: alcune riflessioni giuridiche*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 11, 2019.

finanziari. La domanda dei ricorrenti si fondava sulla tutela del diritto alla salute, sotto il profilo fisico e psichico, sia della madre che del nascituro: aspetto che era già stato affrontato sia dalla Corte costituzionale con la sentenza numero 96 del 2015, che nella pronuncia “*Costa e Pavan c. Italia*”. “*La Corte costituzionale aveva dichiarato incostituzionale l’articolo 1, comma 1, gli articoli 2 e 4, primo comma, L. n. 40/2004 nella parte in cui non consentiva il ricorso alle tecniche di PGD alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità accertate da apposite strutture pubbliche. Pertanto, visto che il giudice delle leggi aveva dichiarato incostituzionale tale assenza per violazione del diritto fondamentale alla salute ex art. 32 Cost., primo comma, non si vede perché si debba riconoscere ad un altro potere della Pubblica Amministrazione, come l’amministrazione regionale piemontese, pari discrezionalità nel negare il diritto fondamentale alla salute della donna e del nascituro. Infatti, seppure la materia sanitaria sia di competenza regionale, può una amministrazione locale come la regione porsi al di sopra delle decisioni della Corte costituzionale, escludendo la diagnosi preimpianto dai servizi erogati dal suo sistema sanitario?*”⁷¹

Domanda più che lecita a cui il Giudice in questione ha cercato di dare una risposta: innanzitutto, è doveroso sottolineare che la richiesta dell’assistenza sanitaria pubblica rientra nel novero del diritto alla salute, e di fronte a tale diritto (riconosciuto non solo dalla costituzione all’articolo 32, ma anche dall’articolo 8 CEDU nonché dagli articoli 3 e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea) gli altri diritti, anche se costituzionalmente garantiti, vengono posti in secondo piano. Nel caso in

⁷¹ *Ibidem.*

esame, mere ragioni finanziarie non posso andare a ledere il diritto alla salute e proprio per codesta ragione è stata stabilita la modalità di erogazione indiretta della prestazione ad opera di un altro Centro attrezzato, ma gravante sulla struttura sanitaria cui la coppia inizialmente si è rivolta.

Rispetto alle precedenti pronunce giurisprudenziali in materia di diagnosi preimpianto, l'aspetto molto interessante emerso è il costo economico in relazione al diritto alla salute: assodata l'importanza di riconoscere e ammettere la diagnosi genetica preimpianto, ci si pone l'interrogativo sul prezzo da affrontare per la tutela della salute di madre e nascituro che teoricamente dovrebbe essere a carico del sistema sanitario, ma non essendo le indagini genetiche ricomprese nei Livelli Essenziali di Assistenza non sempre la tutela della salute e del nascituro è garantita. Riguardo le spese del giudizio, nel caso in questione il giudice ne ha disposto la compensazione sulla base del fatto che in assenza di una espressa previsione nel tariffario regionale, non sarebbe stato possibile autorizzare autonomamente la spesa, essendo tali indagini non incluse nei Livelli Essenziali di Assistenza, pena la possibile responsabilità del funzionario. Sorge a riguardo il quesito se sia corretto parlare di compensazione in un ambito dove il diritto alla salute della donna non viene riconosciuto dalla pubblica amministrazione, questo va un po' a vanificare il grande lavoro fatto dal giudice costituzionale con la sentenza numero 96 del 2015 perché se da un lato la donna vede, grazie alla pronuncia appena menzionata, riconoscersi la possibilità di accedere alla tecnica di procreazione medicalmente assistita anche in presenza di una

malattia genetica ereditaria, dall'altro lato potrebbe sfumare non avendo la possibilità di vedere codesto diritto attuato da tutte le strutture pubbliche.

Tutela della dignità dell'embrione

3. Introduzione

In questo terzo, ed ultimo capitolo, porremo la nostra attenzione sulla figura dell'embrione a cui la legge numero 40 del 2004 ha, fin dalla sua nascita, prestato particolare attenzione con l'intento di volerlo proteggere (in quanto considerato soggetto debole) da possibili comportamenti irresponsabili di persone adulte disposte a perseguire a tutti i costi la soddisfazione del loro desiderio di diventare genitori. In particolare, analizzeremo la spinosa questione dello *status* da attribuire agli embrioni: partendo dal dibattito parlamentare del 27 marzo del 2002 e seguendo il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, troveremo una iniziale giustificazione dei divieti imposti dagli articoli 13 e 14 della legge numero 40 del 2004 a cui seguono interventi sanzionatori molto rigidi; in merito a questi faremo una comparazione con gli ordinamenti legislativi tedesco e spagnolo che, seppur molto diversi tra di loro, si differenziano dal nostro sistema andando entrambi a riconoscere una definizione di embrione ben precisa, mancante, invece, nel nostro ordinamento, tale mancanza, come vedremo, genera incertezza andando ad equiparare concetti tra di loro differenti (ovulo fecondato, nascituro, feto, concepito). Andremo poi ad analizzare l'irragionevole tutela riconosciuta all'embrione, creata dal nostro legislatore, il quale, attraverso le sue scelte, prese in modo generale ed assoluto, va a violare i principi di ragionevolezza e di uguaglianza, poiché regola in maniera eguale situazioni diverse. Infine, sposteremo la nostra attenzione sulla pronuncia della Corte costituzionale in tema di

bilanciamento tra i diritti della donna e i diritti dell’embrione. Grazie alla sentenza numero 151 del 2009 la storia della fecondazione assistita d’ora in poi entrerà in una nuova fase. Il diritto a diventare genitori, infatti, non solo acquisterà una rilevanza costituzionale, ma rappresenterà un bene, che si bilancerà con l’embrione e concorrerà con il diritto alla salute della donna. Mentre, a livello sovranazionale, attraverso la sentenza “*Parrillo c. Italia*”, con riferimento al divieto di sperimentazione sugli embrioni umani, andremo ad esaminare il parere reso dalla Grande Camera di Strasburgo il 27 agosto 2015 facendone risaltare sia la legittimità della conclusione, ma anche le ambiguità e criticità che tale pronuncia ha portato con sé.

Nella seconda parte del nostro capitolo, sposteremo la nostra attenzione sullo *status* giuridico dell’embrione e le sue relazioni con il mondo esterno. In particolare, concentreremo la nostra attenzione sul rapporto intercorrente tra la diagnosi genetica preimpianto e lo status giuridico dell’embrione, analizzando la sentenza numero 229 del 2015 grazie alla quale si posero le basi per una giurisprudenza costituzionale particolarmente protettiva nei confronti dei diritti dell’embrione. Ci concentreremo, poi, sul destino di quegli embrioni destinati a non nascere perché affetti da patologie, a cui la sentenza sopramenzionata ha prestato molta importanza andando a riconoscere un’equiparazione tra embrione sano e malato. Infine, analizzeremo l’ultima sentenza della Corte costituzionale in materia di procreazione medicalmente assistita, la numero 84 del 2016, relativa al divieto di sperimentazione sugli embrioni umani.

3.1 I diritti degli embrioni

Uno degli aspetti più significativi della legge in materia di procreazione medicalmente assistita è l'importanza che questa attribuisce all'embrione. L'articolo 1, co. 1, infatti, include il concepito tra i soggetti a cui è necessario assicurare una tutela, al pari di tutti gli altri soggetti coinvolti. Il testo fu emendato a seguito di un acceso dibattito, poiché si ritenne che la formulazione iniziale⁷², non individuando nei diritti della madre, in particolare nel suo diritto alla salute psicofisica, un limite al diritto a nascere del concepito, contrastasse con la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, secondo cui, in caso di conflitto tra l'esigenza di tutelare la vita dell'embrione e il diritto alla salute psicofisica della madre, il diritto della madre dovesse prevalere. Non vi sono specifiche disposizioni di legge che indicano quali sono i diritti spettanti agli embrioni, ma *“dalla ricostruzione del dibattito parlamentare emerge chiaramente che secondo i sostenitori dei diritti degli embrioni agli embrioni spettano gli stessi diritti che spettano ad ogni nato. In particolare [...] il diritto alla vita comprendente il diritto di nascere, il diritto all'identità genetica e il diritto alla famiglia naturale”*.⁷³ Come avremo modo di vedere nei prossimi paragrafi, rispettivamente agli articoli 13 e 14 della legge numero 40 si vieta la produzione di embrioni a fini non procreativi, la sperimentazione sugli embrioni che non persegua finalità terapeutiche, la produzione degli embrioni a fini non procreativi e la soppressione degli embrioni. La *ratio* che ha spinto a trovare una tutela

72 Il testo inizialmente presentato in assemblea recitava: *“Nell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la presente legge assicura il diritto a nascere del concepito”*.

73 Nicola Riva, *Diritti e procreazione medicalmente assistita*, Roma, 2012, pag. 157.

degli embrioni fa riferimento all'esigenza di voler proteggere i soggetti più deboli tra quelli coinvolti nelle pratiche di procreazione medicalmente assistita, per evitare che essi vengano danneggiati dall'atteggiamento irresponsabile di persone adulte disposte a perseguire a tutti i costi la soddisfazione del loro desiderio di diventare genitori.⁷⁴ Una delle questioni al centro del dibattito parlamentare del 27 marzo 2002 sulla procreazione medicalmente assistita, fu proprio quella dello status da attribuire agli embrioni: dalla soluzione a tale questione è dipesa la possibilità di attribuire agli stessi alcuni diritti fondamentali, tra cui il diritto alla vita, in quanto si è ritenuto che gli embrioni siano persone a tutti gli effetti sin dalla loro formazione. Sul punto anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, interpellato a seguito dell'approvazione della legge 40 ha sostenuto la tesi secondo cui il ciclo vitale di un essere umano comincia con la penetrazione dello spermatozoo nell'ovocita⁷⁵ e si conclude con la morte. Questo spiega il perché la produzione di embrioni soprannumerari, crioconservazione, soppressione, uso sperimentale e selezione genetica degli embrioni vengono ritenute pratiche moralmente inammissibili perché lesive della dignità degli embrioni. Tale tesi è stata condivisa da molti parlamentari che hanno preso parte al dibattito, come è possibile vedere dal resoconto

74 A tal riguardo è importante riportare le parole di Giuseppe Fioroni (DL) (Camera, 27 marzo 2002): *“Donare la vita è un atto d'amore; mai può rappresentare la soddisfazione egoistica di un proprio bisogno, che tende ad eliminare ogni diritto dell'altro. Attenzione ancora più forte si deve a questi diritti se l'altro è il nascituro, che rappresenta certamente il più debole, il soggetto più indifeso, colui che non ha voce e che non ha rilevanza o peso politico ma, proprio per questo, deve trovare, nella nostra coscienza, completa attenzione, totale accoglienza e sincera solidarietà. [...] Crescendo sia compito del legislatore tutelare [...] il nascituro [...] dal poter subire danni per non avere, in questo momento, voce in capitolo. [...] La nascita di un figlio, generare una nuova vita, è un atto d'amore e la giusta aspirazione di un uomo ed una donna, di un padre e di una madre. Ma, quando ciò rischia di trasformarsi nella volontà di avere un figlio a qualunque costo, la nascita e l'atto d'amore rispondono più ad un atto di egoismo e di soddisfazione di un interesse personale – anche se pienamente legittimo – che ad un atto d'amore verso la nuova vita”*. Il resoconto dibattito parlamentare è consultabile al link: <http://documenti.camera.it>

75 Per maggiori informazioni v. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Considerazioni bioetiche in merito all'“ootide”*, in <https://www.governo.it/bioetica/testi/Ootide.pdf>

ufficiale. In particolare, Angelo Sanza e Francesco D'Agostino si sono spinti oltre sostenendo la lesione della dignità anche nella misura in cui viene prodotto più di un embrione per ciclo in quelle situazioni ove la coppia che ricorre alla procreazione medicalmente assistita desidera avere un unico figlio, questo perché alcuni di quegli embrioni sarebbero prodotti non perché se ne senta la necessità, ma per accrescere le probabilità di successo dell'intervento. Inoltre, tra i sostenitori di tale tesi venne utilizzato spesso il principio di precauzione, secondo cui, *“nell'incertezza circa lo status morale e/o ontologico degli embrioni, sarebbe bene considerarli persone o comunque soggetti morali a tutti gli effetti ed evitare comportamenti che, se gli embrioni fossero effettivamente persone o comunque soggetti morali, risulterebbero moralmente inammissibili.”*⁷⁶

Una questione a cui non si è prestata dovuta attenzione nel corso del dibattito sulla procreazione medicalmente assistita non è tanto l'interrogativo se considerare gli embrioni come persone o meno, quanto più considerare cosa rende un essere meritevole di tutela; su tale aspetto cercheremo di dare una risposta nel prossimo paragrafo.

3.1.1. La tutela dell'embrione: i divieti. Profili di diritto comparato

Con riferimento alla legge numero 40 del 2004, già dal suo impianto iniziale, è parso fin da subito evidente l'intenzione del legislatore ad avere un occhio di riguardo per la tutela dell'embrione nella più ampia misura possibile. Tale tutela si articola e si esprime a vari livelli tra gli articoli 13 e 14 della stessa legge. Nello specifico, secondo l'articolo 13 *“1. È vietata*

⁷⁶ Nicola Riva, *Diritti e procreazione medicalmente assistita*, Roma, 2012, pag. 170.

qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. 2, 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. 3. Sono, comunque, vietati: a) la produzione di embrioni umani ai fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge; b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo; c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca; d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere. [...]". Mentre, ai sensi dell'articolo 14 "1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194. 2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnica-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre. 3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della

donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile. [...] 8. È consentita la crioconservazione dei gameti maschile e femminile, previo consenso informato e scritto”. Quindi, il comma primo dell’articolo 14, vieta la soppressione e la crioconservazione, mentre l’articolo 13 vieta qualsiasi sperimentazione e ricerca. Ovviamente, questa disciplina così rigida si riflette sulle sanzioni particolarmente severe che spaziano tra l’ampio uso di sanzioni amministrative (pecuniarie o interdittive) fino ad arrivare a quelle penali (detentive, pecuniarie, interdittive)⁷⁷. A tal riguardo è interessante effettuare una comparazione con alcuni ordinamenti degli altri Paesi europei dove possiamo osservare come rispetto a questi, la legge italiana pare eccessivamente “squilibrata” nel trattamento sanzionatorio⁷⁸, evidenziando, inoltre, una grossa differenza riguardo la figura dell’embrione. In particolare, ci concentreremo su due impianti legislativi: quello tedesco e quello spagnolo. In Germania vige dal 1 gennaio del 1991 la “*Embryonenschutzgesetz*”⁷⁹, una normativa tra le più restrittive ispirata alla piena tutela dell’embrione dove, a differenza di quella italiana, è contenuta una definizione di embrione precisa: per il Legislatore tedesco,

77 F. Buzzi – G. Tassi, *La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Milano, 2011: “l’utilizzo di gameti estranei alla coppia richiedente è punito con una sanzione pecuniaria amministrativa da 300.000 a 600.000 euro (art. 12 comma 1); la commercializzazione di gameti o embrioni e la surrogazione di maternità sono punite con multe da 600.000 a 1 milione di euro, oltre alla reclusione da 3 mesi a 2 anni (art. 12 comma 6); la sperimentazione sugli embrioni, condotta al di fuori delle finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo degli embrioni stessi, è punita con la multa da 50.000 a 150.000 euro, oltre alla reclusione da 2 a 6 anni (art. 13 comma 4); chi viola l’obbligo di trasferire contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti, o congela embrioni, o li sopprime, è punito con la multa da 50.000 a 150.000 euro, oltre alla reclusione fino a 3 anni (art. 14 comma 6).”

78 Ad esempio, la legge tedesca sulla procreazione medicalmente assistita, più vicina a quella italiana come ideali, prevede per le sanzioni di tutti i reati in materia una pena minima pecuniaria non superiore ai 25.000 euro e una pena massima detentiva non oltre i 5 anni.

79 EschG consultabile al link: <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/>

infatti, si può parlare di embrione soltanto dopo la fusione dei nuclei (avvenuta la fecondazione dell'ovocita), intendendo questo come il momento della formazione di un unico patrimonio genetico, diverso da quelli dei singoli gameti da cui l'embrione ha avuto origine. La Spagna, invece, è stato uno dei primi paesi a dotarsi di una legge in materia di procreazione medicalmente assistita e la sua legislazione si è sempre differenziata dagli altri paesi europei per i suoi ampi confini: fin dalla sua nascita (il 22 novembre del 1988) poterono accedere alla tecnica in esame tanto le coppie sterili o portatrici di gravi malattie genetiche, quanto le donne singole, purché maggiorenni e consenzienti. Con la *Ley 14/2006*⁸⁰, che è andata a sostituire integralmente il primo impianto normativo del 1988, con riferimento alla definizione di embrione, è ancor più rigorosa andando a fissare fin dal suo primo articolo il limite cronologico per distinguere l'embrione dal pre-embrione. Quest'ultimo è definito come *“il gruppo di cellule risultante dalla divisione progressiva dell'ovocita dal momento della fecondazione fino al quattordicesimo giorno”*⁸¹ e su questo è possibile eseguire diagnosi genetica preimpianto, così come sono possibili la crioconservazione, la donazione per fini riproduttivi o di ricerca e la soppressione senza alcuna ulteriore utilizzazione. Questa piccola analisi dei due ordinamenti sopracitati vuole fare risaltare come nell'ordinamento italiano il legislatore abbia creato una tutela irragionevole dell'embrione, volendo porre fin da subito limiti molto rigorosi. Infatti, il divieto di creare più di tre embrioni e il divieto di congelare quelli non impiantati, scelte prese dal legislatore in modo generale ed assoluto, vanno a violare i principi di ragionevolezza e di

80 Consultabile al link: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

81 *Ley 14/2006*, articolo 1, comma 2.

uguaglianza, in quanto connessi al divieto di regolare in maniera eguale situazioni diverse. “Sono valutazioni che attengono, in significativa parte, al campo di apprezzamento del medico, a garanzia del diritto alla salute della donna, che accede alla fecondazione in condizioni personali, di salute, di età anche molto diverse, e che non possono essere regolate per legge in modo uniforme”.⁸²

3.1.2 Sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale: il bilanciamento tra i diritti della donna e i diritti dell’embrione

L’8 maggio 2009, con la sentenza numero 151⁸³, la Corte costituzionale si è pronunciata sulle questioni di incostituzionalità sollevate dalle ordinanze del Tar Lazio e del Tribunale di Firenze⁸⁴, e ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’articolo 14, comma 2, della legge numero 40 del 2004 limitatamente alle parole “*ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre*”; e del comma 3 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna. Infatti, grazie a questa pronuncia emerge la tutela della salute della donna, che prevale su quella del concepito: rispetto al profilo relativo al limite previsto di embrioni da impiantare, la Corte ha ritenuto questo inaccettabile poiché il numero massimo di tre embrioni non teneva in considerazione la possibilità,

82 A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 3, 2015, pag. 8.

83 V. Pugliese, “*Il diritto a diventare genitori. Procreazione Medicalmente Assistita e caduta dei divieti*”, Bari, 2011: “*Si tratta di una sentenza di accoglimento parziale, manipolativa, che colpisce norme presenti nel testo della legge. Questo non cade nel suo impianto complessivo, ma, alla luce del diritto alla salute e del rispetto all’autonomia dei canoni della scienza e dell’arte medica, viene riscritto nelle suddette parti, subendo profonde modificazioni.*”

84 AA.VV., *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, 2010, di S. Della Bella “*La diagnosi preimpianto dell’embrione: problemi interpretativi e responsabilità*”, pag. 201.

assolutamente non remota, che i tre embrioni prodotti non potessero risultare in grado di dar luogo alla gravidanza, accrescendo, tra l'altro, i rischi di pregiudizio per la salute fisica e psichica della donna, a causa della possibile insorgenza di patologie connesse alla reiterazione dei cicli di stimolazione ovarica. Inoltre, tale limitazione si porrebbe in contrasto sia con il principio di eguaglianza sia con quello della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita. Infatti, le possibilità di successo dipendono da molteplici fattori, quali ad esempio le caratteristiche degli embrioni, le condizioni soggettive delle donne e la loro età (al cui avanzare corrisponde la riduzione graduale delle probabilità di una gravidanza), la risposta ovarica. Quanto al principio di eguaglianza, si palesa un contrasto con l'articolo 3 della Costituzione nella parte in cui il legislatore riserva lo stesso trattamento, imponendo un modello terapeutico unico e con l'articolo 32 in quanto si reca pregiudizio alla salute della donna ed eventualmente anche del feto. Sotto il profilo della ragionevolezza, poi, l'impianto iniziale è stato censurato dalla Corte perché privava il medico della possibilità di prendere decisioni che tenessero conto delle situazioni concrete, in particolare delle condizioni fisiche delle pazienti. Da qui assistiamo al ritorno della centralità del medico in quanto viene riconosciuta direttamente a lui la possibilità di decidere il numero di embrioni da impiantare. Egli, infatti, *“nell'interesse della salute di quella determinata donna che deve “trattare” ha il potere di inseminare un numero di ovociti non predeterminato dal legislatore [...] e di crioconservare, quale logica conseguenza della caducazione del comma 2 dell'art. 14, legge n. 40/2004, gli embrioni che risultassero eccedenti*

rispetto al numero opportuno per quella specifica donna".⁸⁵ Quindi, è il medico a dover decidere, secondo le regole di buona pratica clinica, il trattamento da porre in essere e non il legislatore, con previsioni generali ed astratte che trattino allo stesso modo situazioni dissimili. Nello specifico, al medico è riconosciuto decidere, caso per caso, quanti embrioni produrre e quanti impiantare: se tutti in un'unica soluzione oppure alcuni soltanto, e procedere alla crioconservazione degli embrioni non impiantati per scelta medica seppur il divieto di crioconservazione previsto al primo comma dell'articolo 14 rimaneva intatto e penalmente sanzionato.⁸⁶ Inoltre, grazie alla pronuncia della Consulta, si riconosce in capo al medico di procedere alla diagnosi genetica preimpianto sugli embrioni a disposizione e stabilire, a loro discrezione, quali e quanti impiantarne. Ne discende che, se la diagnosi genetica preimpianto rileva la presenza di malattie genetiche, qualora la donna non lo consenta, l'embrione non sarà impiantato. Così interpretata, la legge sulla procreazione medicalmente assistita trova un giusto equilibrio tra diritti della donna e quelli dell'embrione e si coordina con la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza. Infatti, sebbene siano riconosciuti al concepito una serie di diritti come il diritto alla vita, alla dignità, alla salute e all'identità, questi devono essere organizzati con quelli altrettanto rilevanti (e talvolta prevalenti) della madre. In conclusione, quindi, la sentenza numero 151 del 2009 corregge l'impostazione della legge numero 40 del 2004, ma senza stravolgerla,

85 AA.VV., *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, 2010, di C. Parrinello, "Procreazione medicalmente assistita e responsabilità del medico", pag. 216.

86 Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit.: "Le raggiunte conclusioni, che 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 – che determina la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica – comportano [...]".

consentendo di rendere effettivo sia l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, sia di tutelare la salute della donna, oltre, ovviamente, a quella del nascituro. Infatti, le questioni relative l'ambito della ricerca scientifica, la distinzione tra pre-embrione ed embrione e lo statuto giuridico dell'embrione non vengono prese in considerazione dal giudice, anche se questi inizia a tracciare una via che verrà poi riconsiderata, qualche anno dopo, nel 2015 con la sentenza numero 229. Alla luce di quanto esposto, in seguito alla sentenza in esame, si è consolidato l'assunto secondo cui l'embrione è portatore di diritti sin dal momento del suo concepimento. I suoi tre diritti fondamentali, quali il diritto alla vita, alla famiglia e alla propria identità genetica, però, subiscono una rivisitazione e un rilevante bilanciamento con il diritto alla salute della donna, il diritto all'autonomia della pratica medica e il diritto alla libertà della ricerca scientifica finalizzata a scopo terapeutico. Assodato che la sentenza segna una svolta sul piano della pratica medica, non sono mancate, ovviamente, reazioni alla sentenza della Corte costituzionale che si incanalano in diverse direzioni: alcuni ritengono la sentenza equilibrata poiché bilancia adeguatamente la tutela dell'embrione con la tutela della salute della donna *“senza delegittimare uno dei principi fondanti della legge, cioè quello secondo cui deve essere prodotto un numero di embrioni strettamente necessario alle finalità procreative, quindi non eccessivo”*⁸⁷; altri vanno a precisare che le rivisitazioni motivazionali della Consulta, non significano un ribaltamento della normativa. Infatti, la Corte non mette in discussione il principio secondo cui le tecniche di fecondazione artificiale sono lecite solo se funzionali allo scopo procreativo. Il pronunciamento

87 F. Buzzi – G.Tassi, *“La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali”*, Milano, 2011, pag. 211.

indica piuttosto che è il medico a decidere discrezionalmente i mezzi con cui attuare la terapia, sia riguardo al numero degli embrioni da produrre. Quanto all'aspetto relativo alla diagnosi genetica preimpianto, si era resa necessaria la stesura di nuove linee guida⁸⁸ andando a disciplinare tecnicamente i centri abilitati e definire le competenze richieste dall'operatore; poiché, l'articolo 14, così come emendato dalla Corte, affidava al medico una grande responsabilità nel processo terapeutico, esponendolo, però, anche a numerosi rischi, soprattutto in mancanza delle giuste codifiche per valutare la sua diligenza o perizia in relazione alle tipologie degli interventi eseguiti. Un ulteriore aspetto che possiamo analizzare in relazione alle conseguenze che la legge numero 151 del 2009 ha portato con sé riguarda l'aumento del numero degli embrioni ibernati presso i centri di procreazione medicalmente assistita di cui, però, le linee guida non si preoccupano di definire le loro sorti. A partire dalla pronuncia del 2009, infatti, si è riscontrato un numero sempre più crescente della conservazione *in vitro* degli embrioni per diverse ragioni: una tra queste potrebbe essere, per esempio, la rinuncia definitiva da parte della coppia oppure la mancanza di consenso. Questi vengono trasferiti dai centri di procreazione medicalmente assistita alla Biobanca Nazionale e da quel momento le menzionate linee guida *“non si preoccupano di stabilire le sorti di tali embrioni, né distinguono il relativo trattamento a seconda che si tratti di embrioni viabili per un successivo impianto a fini procreativi o campioni non suscettibili di utilizzo in cicli di fecondazione”*.⁸⁹ E, dal silenzio del legislatore in merito, possiamo ipotizzare come possibili

88 v. § 2.3.2

89 S. P. Perrino, *“Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2020, pag. 12.

soluzione la destinazione alla ricerca scientifica con finalità terapeutica e non sperimentale. In conclusione *“con tale pronuncia la Corte ha lasciato all’interprete una serie di nodi interpretativi, preferendo intervenire “col cesello”, piuttosto che “con le scure”, a dimostrazione dell’inevitabile atteggiamento di self-restraint del Giudice delle leggi, quando si tratti di esaminare questioni particolarmente delicate [...] in grado di trascinare la Corte nell’agone dell’acceso dibattito politico. [...] Di conseguenza, per quanto la Corte costituzionale sia intervenuta “con il cesello” a dichiarare la incostituzionalità degli artt. 13 e 14, la sentenza n. 151/2009 ha riscoperto con maggiore vitalità l’esigenza della ricostruzione della natura giuridica dell’embrione nel nostro ordinamento”*.⁹⁰

3.1.3 La pronuncia della Grande Camera di Strasburgo sul divieto di sperimentazione sugli embrioni umani

La Grande Camera di Strasburgo torna a pronunciarsi, in seguito alla pronuncia resa nel 2013 nei confronti della sentenza *“Costa e Pavan c. Italia”*, in materia di procreazione medicalmente assistita, il 27 agosto 2015 nel caso *Parrillo c. Italia*, affrontando per la prima volta la questione *“se il divieto di sperimentazione sugli embrioni umani contrasti con le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”*.⁹¹ Il caso in questione riguardava una coppia che, nel 2002 fece ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente grazie alla quale furono ottenuti cinque embrioni. A seguito della morte dell’uomo, avvenuta nell’anno successivo,

⁹⁰ S. P. Perrino, *“Embryo-Adozioni: A Brave New World?”*, in *Giustizia Civile*, 01 febbraio 2021, p. 2, consultabile al link: <https://giustiziacivile.com>

⁹¹ *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 settembre 2015, consultabile al link: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>

il desiderio della donna fu quello di donare gli embrioni creati in vitro per la ricerca scientifica al fine di contribuire allo studio di terapie per le malattie difficilmente curabili. Tale richiesta, però, trovò ostacolo con quanto stabilito dall'articolo 13 della legge numero 40 del 2004 che, come suindicato, vieta la sperimentazione sugli embrioni umani, anche se finalizzata alla ricerca scientifica prevedendo sanzioni penali. Ritenendo il divieto assoluto, e per questo motivo non esperibile nelle vie di giudizio interne, la signora Parrillo decise di ricorrere immediatamente alla Corte europea dei diritti dell'uomo invocando il contrasto della legge italiana con gli articoli della CEDU 1 (“*Ogni persona fisica o giuridica ha il diritto al rispetto dei suoi beni [...]*”) lamentando il fatto che la legge italiana le impediva di donare i suoi embrioni per finalità di ricerca scientifica obbligandola a mantenerli in stato di crioconservazione fino alla loro estinzione; 8, vedendo in tale divieto una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e 10 (“*Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche [...]*”) lamentando che il divieto di poter donare gli embrioni in causa violerebbe la libertà di espressione, di cui la libertà della ricerca scientifica costituirebbe un aspetto fondamentale; sostenendo, inoltre, che gli embrioni in questione furono creati in epoca precedente all'entrata in vigore della legge sulla procreazione medicalmente assistita. Rispetto al terzo motivo di ricorso, il 28 maggio 2013, la Corte lo dichiarò incompatibile *rationae personae* con la Convenzione⁹² sostenendo che la ricorrente non poteva considerarsi

92 CEDU, articolo 35: “3. La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che: (a) il ricorso è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o

vittima rispetto al motivo sollevato. Infatti, avrebbero dovuto essere i ricercatori, unici titolari del diritto di espressione nel caso di specie, a ricorrere in giudizio lamentando la violazione dell'articolo 10 da parte della normativa italiana; mentre, rispetto al primo e secondo motivo rinviò l'esame alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo che il 27 agosto 2015 si pronunciò sul caso in questione. Seguendo la maggioranza, essa stabilì che il divieto di donare embrioni alla scienza non va a costituire una violazione dei diritti tutelati dall'articolo 8 della Convenzione né dell'articolo 1 ravvisando nell'embrione una pertinenza biologica dei genitori e pertanto considerandolo oggetto del loro diritto di autodeterminazione, ricompreso questo nel concetto di vita privata. Nonostante ciò, però, l'argomentazione della Corte concede spazio alle tesi di ciascuna delle due parti riconoscendo il legame sussistente tra il genitore e l'embrione, senza, però, dimenticare la particolare condizione, meritevole di tutela, in cui versa quest'ultimo. A differenza della sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, in cui la Corte ha fondato l'accertamento della violazione proprio sulla contraddittorietà del nostro sistema legislativo, nel caso in esame la Corte non si è espressa sulla coerenza dell'ordinamento quanto piuttosto si è mossa analizzando eventuali contraddizioni che possono avere un impatto negativo sulla posizione soggettiva dell'individuo che propone il ricorso. La decisione della *Grande Chambre* ha, senz'altro, lasciato degli interrogativi. Essa, infatti, “*non si è chiesta se il divieto assoluto di sperimentare sugli embrioni umani costituisca l'unica misura*

dei suoi protocolli, manifestamente infondato o abusivo; o (b) il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno. 4. La Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione del presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni stato del procedimento”.

*possibile per garantire la vita degli embrioni o se, piuttosto, non sia preferibile un divieto di sperimentazione sui soli embrioni destinati all'impianto in utero, che lasci aperte le porte alla ricerca scientifica sugli embrioni affetti da morte orgasmica”*⁹³ Essendo stati emessi tali passaggi, sorge spontaneo chiedersi come si possa pervenire alla conclusione che la limitazione del diritto alla vita nel caso di specie costituisce una misura necessaria in una società democratica. Rispetto al primo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente lamentava violazione dell'articolo 1 della Convenzione, la Grande Camera lo ha dichiarato inammissibile escludendo che l'embrione possa essere descritto come “bene” poiché tale parola implica un significato patrimoniale. A differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente, gli embrioni non possono essere considerati come meri beni e pertanto il caso in questione sarebbe estraneo all'ambito applicativo della norma convenzionale, rilevante esclusivamente in materie economiche e patrimoniali. Risolte le questioni relative agli articoli 1 e 8 della Convenzione, non possiamo non soffermarci sulle lacunosità e ambiguità che tale decisione ha portato con sé. Considerata nel suo complesso, *“la sentenza [...] sembra condurre l'interprete alla conclusione che l'embrione non destinato all'impianto in utero possa essere assimilato a una “pertinenza biologica” dei genitori, non in grado di assurgere a soggetto di diritto in atto [...] ma neppure meritevole di essere considerato come un bene economicamente valutabile”*.⁹⁴ Assodata la legittimità della conclusione, questa risulta ambigua nella parte in cui, pur preoccupandosi di specificare quello che l'embrione non è, non chiarisce lo statuto

93 A. Vallini, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 settembre 2015, consultabile al link: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>

94 *Ibidem*.

giuridico da assegnarli. Nel caso in esame, infatti, la Corte europea non si è mai soffermata circa la possibilità di titolare il diritto alla vita in capo all'embrione. Inoltre, non ha risolto definitivamente la questione del contrasto del divieto di sperimentazione sugli embrioni con i diritti garantiti dalla Convenzione dal momento che il profilo della limitazione della libertà della ricerca non è stato mai preso in considerazione ritenendo che dovessero essere gli scienziati a promuovere un apposito ricorso.

3.2 Il nuovo “*status*” dell'embrione

Alla luce di tutto quello di cui si è discusso nei precedenti paragrafi, è opportuno dedicare qualche riflessione sul tema dello “*status*” giuridico dell'embrione e delle sue relazioni con il mondo esterno, in particolare con i diritti costituzionalmente garantiti di tutte quelle coppie costrette a ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, grazie alle due note sentenze del 2015, non più circoscrivibili alle sole affette da sterilità o infertilità, alle pronunce degli anni precedenti riguardanti la rimozione del limite numerico alla fecondazione degli embrioni e l'obbligo dell'unico contestuale impianto e il divieto della fecondazione eterologa. La questione giuridica dell'embrione ha sempre fatto discutere e posto interrogativi in capo alla giurisprudenza italiana ed europea. Infatti, la sentenza del 1975 ha fin da subito affermato che l'embrione “*ancora persona non è*”; mentre la *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo ha affermato che fin quando non vi sarà una definizione giuridica dell'inizio della vita umana condivisa all'unanimità a livello europeo, la definizione è rimessa al singolo stato. “*Nel corso del dibattito, ancora in auge,*

*l’embrione è stato definito come quell’entità che ha con sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza) o – ancora – un valore di rilievo costituzionale”.*⁹⁵ Facendo riferimento, in particolare, alla sentenza numero 229 del 2015 avremo modo di inquadrare gli effetti nel più ampio contesto della posizione occupata dall’embrione nel nuovo impianto della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita; mentre in tema di proprietà ed embrioni, ci soffermeremo sulla pronuncia della Corte costituzionale del 2016 attraverso la quale il Giudice delle leggi afferma che sarebbe “*giuridicamente inaccettabile la pretesa dei genitori di considerarsi “proprietari” degli embrioni che abbiano generato come se questi fossero mero materiale biologico e non loro figli*”. Alla luce di tutti gli interventi in tema della “*tutela dell’embrione*”, risulta complicato, quindi, inquadrare l’embrione e, più nello specifico, inquadrarne la sua soggettività.

3.2.1 Il rapporto tra la diagnosi genetica preimpianto e lo status giuridico dell’embrione attraverso la sentenza n. 229/2015 della Corte costituzionale

A seguito della sentenza numero 151 del 2009 la quale ha affermato il diritto delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche ereditarie di accedere alla procreazione medicalmente assistita preceduta dalle tecniche di diagnosi genetica preimpianto, si è sentita l’esigenza di voler adeguare il profilo penalistico a tale nuovo impianto normativo, portando la Corte ad intervenire sull’articolo 13 della legge numero 40 del 2004 il quale

⁹⁵ S. P. Perrino, “*Gli embrioni “corpo del reato” e gli aventi diritto alla restituzione*”, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 4, 2018, pag.18.

prevedeva un divieto assoluto di sperimentazione e indagine sull’embrione. La decisione in essere si dimostra come una prosecuzione della sentenza numero 96 del 2015 la quale ammetteva l’uso della fecondazione assistita per produrre embrioni in vitro con lo specifico scopo di sottoporli a diagnosi genetica preimpianto al fine di selezionare soltanto embrioni sani per il trasferimento in utero. Infatti, la sentenza in commento *“inserendosi nella medesima prospettiva, provvede ad attribuire ancor più chiara legittimazione alla selezione per il trasferimento in utero dei soli embrioni sani, con esclusione, dunque, di quelli gravemente malati. Purché quella selezione non comporti la soppressione del concepito affetto da anomalie genetiche”*.⁹⁶ Possiamo constatare, attraverso le sentenze del 2015, numero 96 e 229, l’intenzione della Corte nel voler ridimensionare gli effetti delle sue precedenti decisioni numero 151 del 2009 e 162 del 2014, in favore di una maggiore attenzione alla presunta soggettività giuridica dell’embrione che, come abbiamo avuto modo di vedere nel caso *“Parrillo c. Italia”*, sta acquisendo rilevanza anche a livello sovranazionale.

Nel caso in esame, il rimettente sollevò questione di legittimità costituzionale dell’articolo 13, commi 3, lettera b) e 4, e dell’articolo 14, commi 1 e 6, della legge numero 40 del 2004, rispetto al divieto assoluto previsto per la selezione eugenetica e la soppressione degli embrioni soprannumerari non distinguendo, quindi, quelle situazioni in cui *“tale condotta sia finalizzata all’impianto nell’utero della donna dei soli embrioni non affetti da malattie genetiche o portatori sani di malattie genetiche e la soppressione, concerna, conseguentemente, gli embrioni soprannumerari affetti, invece, da siffatte malattie”*.⁹⁷ Nello specifico,

96 A. Vallini, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 dicembre 2015, consultabile al link: <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>

97 Corte cost., sent 21.11.2015, n. 229, in *G.U., punto 1*, consultabile al link: <https://www.cortecostituzionale.it>.

secondo il Tribunale di Napoli, l'articolo 13 andava a violare l'articolo 3 della Costituzione, sotto il profilo della ragionevolezza e l'articolo 32 per contraddizione rispetto alle finalità di tutela della salute dell'embrione disciplinata dall'articolo 1 della legge in materia di procreazione medicalmente assistita. Inoltre, riconobbe un contrasto con l'articolo 117, primo comma *“in relazione all'art. 8 della CEDU, come interpretato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, laddove ha affermato che il diritto al rispetto della vita privata e familiare include il desiderio della coppia di generare un figlio non affetto da malattia genetica.”*⁹⁸ In aggiunta, sempre il ricorrente, con riferimento all'articolo 14, lamentò un pregiudizio del diritto di autodeterminazione (garantito dall'articolo 2 della Costituzione) e la violazione dell'articolo 3 sotto il profilo della ragionevolezza. Inoltre, reclamò contrasto con il sopramenzionato articolo 8 della Convenzione, con conseguente violazione dell'articolo 117, poiché, ai sensi del rimettente *“l'assoggettare a sanzione penale l'operatore medico che proceda alla soppressione degli embrioni soprannumerari affetti da malattie genetiche, costringerebbe le coppie che fanno ricorso alle tecniche di PMA, e che volessero evitare il procreare un figlio affetto da malattia genetica, a subire in ogni caso l'impianto degli embrioni affetti da malattie genetiche – con evidente pregiudizio della salute della donna se non sotto il profilo fisico, quantomeno da un punto di vista psicologico – nonché a seguire necessariamente la strada dell'interruzione volontaria della gravidanza”*.⁹⁹

Il giudice ritenne fondata la prima questione (relativa all'articolo 13) dichiarandone l'illegittimità costituzionale nella parte in cui sanzionava penalmente la condotta del sanitario volta esclusivamente ad evitare il

98 *Ibidem.*

99 *Ibidem.*

trasferimento nell'utero della donna di embrioni che, dalla diagnosi preimpianto, siano risultati affetti da malattie genetiche rispondenti ai criteri di gravità di cui all'articolo 6 della legge numero 194 del 1978. Infatti, affermato il diritto della coppia di selezionare l'embrione sano da quello malato, non avrebbe avuto senso lasciare la previsione penale a carico del sanitario; mentre, ritenne la seconda questione infondata: in relazione al divieto di soppressione degli embrioni di cui al primo comma dell'articolo 14, la Corte ne motivò l'infondatezza, richiamando l'inesistenza di una giustificazione ragionevole, *“in termini di contrappeso, nella tutela di un altro interesse”*. In tale caso, la Corte precisò che il divieto previsto dall'articolo 14 risultò conforme al principio di ragionevolezza rientrando nella discrezionalità del legislatore prevedere che a tutela della dignità dell'embrione questo debba essere crioconservato a tempo indeterminato. L'intervento della Corte, non si arrestò alla mero giudizio delle due questioni sollevate dal ricorrente, ma prese in considerazione la questione della soggettività giuridica dell'embrione: *“l'embrione [...] quale che sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riconducibile a mero materiale biologico”*.¹⁰⁰ Possiamo considerare la non equiparazione dell'embrione a mero materiale biologico, come una volontà della Corte a voler assegnare all'embrione uno *status* giuridico bilanciabile con quello di altri soggetti. Alla luce di quanto fin ora esposto, possiamo concludere che se è vero che l'accoglimento della questione rispetto all'articolo 13 sembrerebbe risolvere alcune perplessità legate agli esiti della decisione numero 96 del 2015 della Corte¹⁰¹, dall'altra parte le ragioni

100 Corte cost., sent 21.11.2015, n. 229, in G.U., punto 3.

101 *“Quanto è divenuto così lecito, per effetto della suddetta pronunzia additiva, non può dunque – per il principio di non contraddizione essere più attratto nella sfera del penalmente rilevante”*. In Corte cost., sent 21.11.2015, n. 229, in G.U., punto 2.2.

dell'infondatezza posero le basi per una giurisprudenza costituzionale particolarmente protettiva nei confronti dei diritti dell'embrione, analizzeremo approfonditamente quest'ultimo aspetto nei prossimi paragrafi.

3.2.3 *Il destino degli embrioni*

La difficoltà di individuare una nozione precisa di embrione comporta, oltre ai problemi di cui si è già discusso nei precedenti paragrafi, una serie di complicazioni in merito al possibile destino degli stessi creati nell'ambito di una procedura di fecondazione medicalmente assistita e non impiantati o non più impiantabili in utero. A questo si aggiungono le problematiche sorte con le ultime pronunce della Corte costituzionale, che espressamente hanno riconosciuto in capo all'embrione la sua "*dignità*": da una parte prospettando la crioconservazione dell'embrione malato e non più destinato all'impianto, dall'altra, ammettendo la possibilità per il legislatore di riconoscere attività di ricerca sugli embrioni, potenzialmente, si va a sacrificare la stessa dignità. Come abbiamo avuto modo di vedere nei precedenti capitoli, grazie all'evoluzione tecnico-scientifica, oggi è possibile conoscere lo stato di salute dell'embrione non solo attraverso la diagnosi prenatale, ma anche prima dell'impianto in utero nel caso in cui si ricorra alle tecniche di procreazione assistita, attraverso la diagnosi genetica preimpianto. L'accesso a tale tecnica ha posto una serie di interrogativi, tra questi verificare cosa possa accadere degli embrioni a seguito del mancato impianto in utero. Grazie alle note sentenze del 2009 e del 2015 non sembra si possano avanzare più dubbi né sulla liceità della

diagnosi genetica preimpianto, né sulla possibilità per la coppia, che abbia ottenuto l'informazione circa lo stato di salute dell'embrione, di voler rifiutare l'impianto di quelli malati. In materia, un'altra sentenza che ha giocato un ruolo molto importante è senz'altro la numero 162 del 2014, attraverso la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto assoluto di fecondazione eterologa. In tale prospettiva, *“si può ragionare sulla possibilità per il legislatore di consentire la donazione anche di un'embrione già formato, laddove esso non sia più destinato all'impianto nell'ambito della originaria procedura di fecondazione assistita, rispetto alla coppia che quei medesimi embrioni ha creato con i propri gameti”*.¹⁰² La possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione, infatti, potrebbe costituire una valida soluzione rispetto alle problematiche relative al destino degli embrioni non impiantati. Anche alla luce della sentenza numero 229 del 2015, la donazione o l'adozione degli embrioni da parte di altre coppie andrebbe a garantire la piena dignità anche a quelli malati, impedendo così che possano essere soppressi. Come già anticipato, la Corte ha riconosciuto la piena discrezionalità del legislatore rispetto alla possibilità di regolamentare la ricerca scientifica degli embrioni. L'articolo 13, fin dall'impianto originario della normativa numero 40 del 2004, ha posto un divieto assoluto rispetto ad ogni tipo di sperimentazione sugli embrioni volta ad alterarne il patrimonio genetico, ma ha permesso la ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni, laddove sia tesa a perseguire finalità di tipo terapeutico e diagnostico per garantire la tutela della loro salute e del loro sviluppo. In questo paragrafo, però, rivolgeremo la nostra attenzione in particolare al destino degli embrioni, che, a seguito della

102 M. D'Amico, B. Liberali, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016.

diagnosi genetica preimpianto, presentano delle anomalie tali per cui si decide il non impianto in utero e pertanto destinati a non nascere. Sul punto è interessante approfondire i pareri contrastanti resi dal Comitato Nazionale per la Bioetica.¹⁰³ Infatti, alcuni componenti ritengono che, con il consenso della coppia, sia possibile destinare gli embrioni alla ricerca anche laddove si determini una distruzione di essi. Altri ritengono, invece, inaccettabile qualsiasi tipo di strumentalizzazione dell’embrione, anche se inutilizzabili per la presenza di gravi anomalie, i quali “*dovrebbero essere lasciati nel terreno di coltura fino a morte naturale*”. Per questo, risulta particolarmente significativa la proposta del Comitato di arrivare ad una definizione di morte dell’embrione così che si possa consentire la successiva donazione di cellule embrionali per la ricerca scientifica, quale metodologia alternativa alla crioconservazione; con quest’ultima tecnica è possibile mantenere nel tempo sia gli embrioni che i gameti senza limiti temporali¹⁰⁴, andando così a preservare la possibilità di un futuro impianto in utero. In origine, l’articolo 14 della legge numero 40 del 2004 prevedeva un divieto assoluto alla crioconservazione degli embrioni, derogato in seguito alle ultime pronunce della Corte costituzionale. A partire dalla sentenza numero 151 del 2009, infatti, gli embrioni che non dovessero essere impiantati durante il primo tentativo devono essere crioconservati. Occorre, inoltre, richiamare quanto stabilito con l’aggiornamento del 2015 delle Linee guida prevedendo che: “*tutti gli embrioni che sono in attesa di*

103 Comitato Nazionale per la Bioetica, “*Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*”, 26 ottobre 2007. Consultabile al link: <https://bioetica.governo.it/>

104 M. D’Amico, B. Liberali, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016: “*In tutte le ipotesi delineate di crioconservazione, si potrebbe dare il caso che la condizione in cui si vengano a trovare gli embrioni permanga nel tempo, senza soluzione di continuità. A fronte, quindi, della permanenza delle condizioni che ne impediscono, a vario titolo, l’impianto e considerando che lo stesso primo comma dell’art. 14 prescrive il divieto di soppressione degli embrioni, sembra una conseguenza necessaria il proseguimento della condizione di crioconservazione*”.

*un futuro impianto verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate. [...] Per quanto concerne gli embrioni “in stato di abbandono”, prodotti prima della legge 40, la Regione o la Provincia autonoma di competenza stabilisce i criteri per allocare i costi di crioconservazione”.*¹⁰⁵ Con l’aggiornamento viene a mancare sia la definizione di stato di abbandono degli embrioni crioconservati sia le condizioni in presenza delle quali poteva procedersi con la conseguente attribuzione del relativo stato, presente, invece, nelle precedenti Linee guida. Oltre al divieto alla crioconservazione, l’impianto originario, prescriveva all’articolo 14 anche il divieto di soppressione degli embrioni; in merito a questo è intervenuta la sentenza numero 229 del 2015 che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale nella parte in cui vieta e sanziona la condotta della soppressione degli embrioni prodotti in sovrannumero e affetti da malattie genetiche, accertate a seguito di diagnosi genetica preimpianto. Grazie a questa decisione assistiamo all’equiparazione tra embrioni sani e malati confermando per entrambi, laddove non siano destinati all’impianto, la necessità di ricorrere alla crioconservazione. Sempre nell’ottica della dignità dell’embrione, infatti, la soppressione dell’embrione, anche se malato, non trova alcuna giustificazione nella necessità di tutelare un interesse contrapposto, poiché, il mantenimento dello stato di crioconservazione dell’embrione malato non va ad incidere sulla posizione giuridica della donna. A differenza, invece, della soppressione dell’embrione attraverso il trattamento interruttivo della

¹⁰⁵ Integrale rinvio all’Accordo del 15 marzo 2012, sezione E (*Lavorazione delle cellule per procedure di PMA*), paragrafo 9 (*Crioconservazione degli embrioni: modalità e termini*). Consultabile al link: <https://www.gazzettaufficiale.it/>

gravidanza giustificato in questo caso dalla necessità di tutelare la vita e la salute della donna.

3.2.3 Sentenza n. 84/2016: il divieto di ricerca scientifica sugli embrioni crioconservati

Il percorso giurisprudenziale che ha interessato la legge in materia di procreazione medicalmente assistita ha, da ultimo, condotto alla sentenza numero 84 del 2016 della Corte costituzionale, attraverso la quale essa si è pronunciata sulla questione relativa al divieto di sperimentazione sugli embrioni umani di cui all'articolo 13. La sentenza in commento prese le mosse da un ricorso *ex* articolo 700 c.p.c. con protagonisti una coppia che nel 2009 decise di rivolgersi ad un centro per la fecondazione assistita di Firenze, con richiesta di effettuare un'indagine genetica preimpianto. All'epoca, non essendo ancora intervenuta la sentenza numero 151 del 2009, il tentativo diede luogo a tre embrioni, tutti risultanti affetti da patologia, per cui si scelse di non procedere al trasferimento in utero. Ad ottobre dello stesso anno la coppia fece un secondo tentativo il quale portò alla creazione di dieci embrioni, essendo, nel frattempo, intervenuta la sentenza della Corte costituzionale che dichiarò l'incostituzionalità dell'obbligo di creazione di soli tre embrioni da destinare ad un unico e contemporaneo impianto. Dei dieci embrioni creati, su quattro non fu possibile eseguire l'indagine del DNA e cinque risultarono affetti dalla patologia. Per tale ragione, venne effettuato l'impianto dell'unico sano con esito, però, infausto e la coppia manifestò la volontà di destinare gli embrioni crioconservati alla ricerca scientifica. Il centro si oppose a tale

richiesta, ritenendo di non poter procedere ai sensi dell'articolo 13 della legge numero 40 del 2004. A seguito di tale rifiuto, la coppia decise di adire in giudizio e la questione fu sottoposta al vaglio del giudice costituzionale il quale la dichiarò incostituzionale. Da questo giudizio, emerge l'annosa ed irrisolta questione, lamentata dal giudice, della mancanza di definizione dell'embrione *“che non risulta distinto da altri concetti come ad esempio “concepito e ovulo fecondato” e che, secondo il giudice, andrebbe invece individuato come “entità organica al terzo giorno della fecondazione dell'ovocita”*. In tal modo, il divieto di ricerca dell'art. 13 sarebbe applicato al solo *“embrione”*, così inteso, ma non *“nel tempo intercorrente tra concepimento, formazione della blastocisti, morula ed embrione (3 gg circa)*.¹⁰⁶ Seguendo tale ragionamento, sarebbe maggiormente garantita la ragionevolezza del bilanciamento tra protezione dell'embrione e libertà di ricerca scientifica. In ogni caso, è interessante notare come la Corte costituzionale non manchi di sottolineare l'intangibilità dell'embrione umano e l'importanza di assicurare una tutela adeguata fin dalle prime fasi di sviluppo. Infatti, anche la tutela dell'embrione è meritevole di tutela costituzionale ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione. Il difficile compito del giudice costituzionale, nel caso in esame, è stato proprio quello di dover bilanciare interessi contrapposti che vedono, da una parte, il rispetto della vita umana e, dall'altra, la tutela e promozione della ricerca scientifica, necessaria al progresso sociale. *“La conclusione cui perviene il giudice costituzionale nella pronuncia annotata è quella che porta a valorizzare l'ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nazionale al fine di contemperare i diversi interessi in rilievo e di operare la sintesi ottimale*

106 C. Picciocchi, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, n. 12, 2016, pag.2.

delle esigenze coinvolte. Nel caso di specie [...] la valutazione dell'opportunità per il legislatore di intervenire a modifica della disciplina vigente dovrebbe importare, in ogni caso, la considerazione delle risultanze dell'evoluzione del progresso scientifico e tecnologico, per poter stabilire [...] se destinare alla ricerca scientifica solo gli embrioni malati e, in caso positivo, quelli affetti da quali patologie, determinare un periodo di crioconservazione ovvero prevedere modalità di consultazione della coppia o della donna donatrice, in caso di volontario abbandono del prodotto embrionale.”¹⁰⁷ In sintesi, la Corte costituzionale prospetta la questione proposta come un conflitto tra il rispetto del principio della vita e le esigenze della ricerca scientifica. Inoltre, essa è ben consapevole di essere stata, attraverso la giurisprudenza, causa di due cambiamenti che hanno inciso in materia sostanziale sul panorama della procreazione medicalmente assistita: da un lato, con la sentenza numero 151 del 2009, eliminando il limite della creazione di soli tre embrioni, ha riconosciuto la possibilità di crioconservare gli embrioni, molti dei quali destinati a non essere impiantati. D'altro lato, con la sentenza numero 96 del 2015 si fa strada l'ipotesi che una determinata percentuale di embrioni sia affetta da patologie e per questo motivo siano destinati solamente alla crioconservazione, essendo per essi certi l'abbandono da qualsiasi progetto parentale. Nonostante questi due interventi rivoluzionari però, la Corte non ha mai messo in secondo piano la dignità degli embrioni che sussiste indipendentemente dal fatto che essi siano o meno affetti da patologie.¹⁰⁸

107 I. Rivera, *Procreazione assistita – La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2, 2017, pag. 6.

108 In questo caso, possiamo ricordare la sentenza numero 229 del 2015, in cui era stata dichiarata l'incostituzionalità del reato di selezione degli embrioni (rendendosi altrimenti impossibile la diagnosi genetica preimpianto), ma non la previsione penale relativa alla soppressione dell'embrione stesso.

Possiamo senza dubbio affermare che il caso in esame non rientra nella fattispecie prevista dalla sentenza numero 229 del 2015 non dichiarata incostituzionale dal giudice poiché, in questo caso l'interesse antagonista esiste ed è di valore costituzionale: infatti, la libertà di ricerca scientifica è prevista nella Carta fondamentale all'articolo 9. Ciò che si vuole mettere in discussione è il bilanciamento tra la libertà di ricerca scientifica e la protezione dell'embrione che spinge la Corte a porsi una serie di interrogativi: *“si possono utilizzare per la ricerca solo gli embrioni malati o anche quelli “non biopsabili”? Per quali obiettivi di ricerca? Dopo quale periodo di crioconservazione? Debbono essere ricontattati la coppia o la donna?”*¹⁰⁹ Interrogativi senza dubbio legittimi, i quali, però, non possono ricevere una risposta concreta. Non a caso, la questione della tutela dell'embrione ha sempre destato delle perplessità, sin dalla sentenza numero 27 del 1975 in tema di aborto¹¹⁰ e l'avvento delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, e di conseguenza l'aumento di embrioni crioconservati, affetti o meno da patologie, non più destinati all'impianto, non ha fatto altro che alimentare tali dubbi e perplessità. *“Questo non cambia la “natura biologica” degli embrioni, [...] né li trasforma [...] in meri oggetti. [...] Ciò che cambia, è il possibile distacco dalla destinazione verso una finalità procreativa alla quale, prima dell'avvento delle tecniche di procreazione in vitro, gli embrioni umani erano indissolubilmente legati. Dal punto di vista biologico l'embrione crioconservato per il quale ogni progetto parentale sia stato abbandonato ha una natura identica a quella di qualsiasi altro embrione e la medesima*

109 C. Picciocchi, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, n. 12, 2016.

110 Corte cost., sent. 18.2.1975, n. 27, in *G.U.*, consultabile al link: <https://www.giurcost.org>

attitudine a diventare persona".¹¹¹ La sostanziale differenza risiede nel fatto che per tutti quegli embrioni portatori di una patologia, essa è destinata a restare mera attitudine e in nessun momento sarà portata ad efficacia, essendo per loro stato abbandonato ogni progetto parentale. Possiamo concludere affermando che alla luce di tutti gli interventi legislativi e giurisprudenziali, il riconoscimento della soggettività dell'embrione rimane ben saldo nel nostro ordinamento e non sembra possibile ipotizzare una prossima modifica legislativa volta a scardinarlo. La destinazione alla ricerca non può essere una fonte di soppressione dell'embrione. In ogni caso, quest'ultimo, anche se malato, proprio in quanto soggetto giuridico e come tale titolare di diritti soggettivi, non potendo più ambire a nascere con dignità, deve, perlomeno, essere messo in condizione di poter "morire" con dignità.

111 C. Piciocchi, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, n. 12, 2016, pag. 7.

CONCLUSIONI

Nel corso dell'ultimo decennio, molteplici sono state le pronunce che hanno interessato la legge numero 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita. Si è, infatti, assistito ad un'operazione di riscrittura della stessa mediante l'azione congiunta delle autorità giurisdizionali nazionali e sovranazionali. Non possiamo negare che ci sono stati notevoli passi avanti dalla prima struttura che regolava la legge numero 40 del 2004, anche se altrettanti passi devono ancora essere fatti. Infatti, al giorno d'oggi, sono ancora tante le coppie, fertili affette o portatrici di malattie genetiche, che lottano per poter soddisfare il loro desiderio di voler creare una famiglia. Fino al 2015 ad esse era precluso il percorso di procreazione medicalmente assistita e potevano solo ricorrere ad esami diagnostici durante la gravidanza, eventualmente giungendo ad interromperla con un intervento ben più traumatico, sia fisicamente che psicologicamente. Le varie pronunce analizzate hanno riconosciuto a tali coppie non solo l'accesso a tale tecnica, ma anche la possibilità di verificare l'esistenza di malattie genetiche nell'embrione in fase molto precoce dello sviluppo, attraverso la diagnosi genetica preimpianto, ma, nonostante la loro portata innovativa, queste non garantiscono alle coppie la strada spianata verso la genitorialità, le quali sono costrette a scontrarsi con intoppi e rallentamenti, a volte, ingiustificati. Vorrei mettere in luce, nelle mie conclusioni, in particolare, la questione relativa all'accesso a tale trattamento e i relativi costi riportando le recenti esperienze di due donne entrambe affette da una malattia genetica neuromuscolare, la *Charcot Marie Tooth*. che, insieme ai rispettivi mariti, si sono rivolti, carichi di speranze, presso il centro di fertilità di Milano Niguarda e quello di Bologna per intraprendere il

percorso di procreazione medicalmente assistita con la speranza di poter mettere al mondo un figlio non affetto dalla loro stessa patologia. Nel primo caso, dopo il primo approccio positivo, e pronti per iniziare la cura ormonale, la coppia milanese si è dovuta scontrare con la paura di vedere il loro sogno infranto a causa del mancato consenso, apparentemente ingiustificato, da parte del direttore sanitario per procedere con la diagnosi preimpianto. Mossi da un forte senso di rabbia, delusione e sconforto, la coppia si è subito adoperata a sollecitare il direttore sanitario nel prendere una decisione “*minacciando*” un clamore mediatico in caso di mancata risposta; risposta che è arrivata solamente due giorni dopo con l’approvazione a procedere. È senz’altro da ammirare la tenacia e la perseveranza di questa coppia che, nonostante l’avvilimento iniziale, ben consapevole dei suoi diritti ha lottato affinché il loro sogno di diventare genitori non venisse infranto da una decisione immotivata da parte del direttore sanitario che, nonostante gli interventi delle Corti supreme sovranazionali (Corte di Strasburgo) e nazionali (Corte costituzionale) rispetto all’accesso alla diagnosi genetica preimpianto, non prendesse in considerazione la tutela del diritto di salute, sotto il profilo fisico e psichico, sia della madre che del nascituro. Quanto alla seconda coppia, in Italia le strutture pubbliche in grado di offrire la diagnosi preimpianto sono ancora poche e di conseguenza molti si ritrovano “*costretti*” a dover procedere privatamente, in quanto, ad oggi, i macchinari adatti a procedere a tale diagnosi sono presenti per lo più nelle strutture private. Questo è quanto successo ai due coniugi residenti in Emilia Romagna i quali si erano inizialmente rivolti al Policlinico Sant’Orsola di Bologna, uno degli ospedali più importanti in tema di procreazione medicalmente assistita, ma che, seppur all’avanguardia in ambito di fecondazione artificiale, non dispone dei macchinari adatti per poter procedere alla diagnosi genetica

preimpianto. Per tale ragione, la soluzione che era stata offerta alla coppia prevedeva l'inizio del percorso nel sopraccitato ospedale, fino alla formazione dell'embrione. Dopo di che sarebbe stata la coppia a doversi adoperare autonomamente nella ricerca di un'altra struttura per proseguire il percorso (dall'organizzazione della spedizione fino alla ricerca del biologo per procedere alla biopsia per arrivare all'analisi genetica). Al che, data la situazione e avendone fortunatamente la possibilità economica, la coppia ha deciso di intraprendere tale percorso privatamente e vicino casa onde evitare lunghi spostamenti che avrebbero aggiunto ulteriore stress in una situazione già di per sé complicata e delicata. La poca disponibilità, in tutta Italia, di strutture pubbliche in grado di offrire la diagnosi genetica preimpianto crea senza dubbio una forte disparità, poiché le uniche strade percorribili per le coppie, che non vogliono trasmettere al proprio figlio la malattia di cui loro stesse sono affette, impossibilitate a sostenere gli elevati costi della procedura sono: dover affrontare una trasferta, spesso fuori regione, oppure l'aborto; entrambe le scelte andrebbero senz'altro a gravare a livello psicologico, creando, nella coppia, un fardello in più da sostenere in un paese, come il nostro, in cui viene tutelato il diritto alla salute nella carta Costituzionale, ma poi non include la diagnosi genetica preimpianto nei Livelli essenziali di assistenza.

In conclusione, nonostante gli importanti passi mossi dal 2015 ad oggi, non è ancora purtroppo possibile poter parlare di assoluta equiparazione di diritti tra coppie sterili e coppie fertili portatrici di malattie genetiche, in quanto, seppur l'intervento legislativo ha riconosciuto l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto un diritto delle coppie portatrici di malattie genetiche, la prestazione non compare tra i LEA rischiando così di essere totalmente a carico dell'utente. Nel privato, invece, le strutture che applicano tali indagini diagnostiche sono molte di

più, ma, a causa dei costi elevati, non sono sostenibili da tutti. La disparità tra le due categorie di coppie nasce proprio dal fatto che le coppie fertili portatrici di malattie genetiche, molto spesso si vedono costretti a ricorrere in giudizio per vedersi riconosciuti i loro diritti, il rispetto del principio di uguaglianza ed il rispetto della scelta di non trasmettere ai propri figli malattie che ben conoscono, con l'intenzione di volergli evitare sofferenze e difficoltà non solo a livello fisico ma anche psicologico, tra l'altro in un momento molto delicato per le coppie che si accingono ad intraprendere questo importante percorso. Per questo motivo, sarebbe necessario un intervento legislativo al fine di rendere il diritto di accesso alla diagnosi genetica preimpianto esigibile senza il necessario ricorso al giudice, poiché l'attuale parametro di riferimento contenuto nella legge numero 194 del 1978 può essere suscettibile di interpretazione soggettiva da parte del medico portando all'esclusione di patologie genetiche tali da permettere, secondo lui, una qualità di vita comunque buona. Ad oggi, quindi sono ancora tante le coppie fertili che si ritrovano a lottare per poter vedersi riconosciuti i loro diritti e, alcune di queste vedono la nascita dei loro figli solamente dopo aver adito in giudizio; bambini che senza la diagnosi preimpianto non sarebbero mai nati.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA:

AA.VV., *“Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità”*, Milano, 2010.

A. CARRATO, *Diagnosi preimpianto: l'applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*, in *Famiglia e Diritto*, n. 6, 2017.

A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 3, 2015.

A. RICCI, *La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il D.M. 28 dicembre 2016, N.265: novità e vecchi problemi*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1, 2018.

A. VALLINI, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 febbraio 2013.

A. VALLINI, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 settembre 2015.

A. VERRI, *Il Tribunale di Cagliari riconosce per la prima volta il “diritto” di accesso alla diagnosi genetica preimpianto ad una coppia talassemica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 dicembre 2012.

C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1, 2013.

C. PICIOCCHI, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, n. 12, 2016

Camera dei Deputati, *Resoconto sommario e stenografico*, seduta del 27 marzo 2002, <http://documenti.camera.it>

Comitato Nazionale per la Bioetica, *“Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili”*, 26 ottobre 2007, <https://bioetica.governo.it/>

Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 settembre 2015, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>

E. FALLETTI, *Filiazione – Costi dell'accesso alla diagnosi preimpianto: alcune riflessioni giuridiche*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 11, 2019.

E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non “scontata” né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta OnLine*, fasc. II, 2015.

EschG, <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/>

F. BUZZI, G. TASSI, *“La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali”*, Milano, 2011.

F. SCIA, *“Procreazione medicalmente assistita e status del generato. Percorsi giurisprudenziali e intervento legislativo”*, Napoli, 2010.

F. SCIA, *“Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita”*, Napoli, 2012.

G. FERRANDO, *Come d’autunno sugli alberi le foglie. La legge n.40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 10, 2015.

G. IORIO, *“Corso di diritto privato”*, Torino, 2020.

G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in *Diritti Comparati*, Giugno 11, 2015.

I. PELLIZZONE, *L’accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *forum di quaderni costituzionali*, 2015.

I. RIVIERA, *Procreazione assistita – La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2, 2017.

M. D’AMICO, B. LIBERALI, *“Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future”*, Napoli, 2016.

M. DOGLIOTTI, *Le “Linee guida” del Ministero della salute sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e diritto*, n. 5, 2004.

M. A. IANNICELLI, *Diagnosi genetica preimpianto e coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili: il giudice di merito applica la sentenza della Corte cost. n. 96/2015*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 1, 2018.

N. RIVA, *“Diritti e procreazione medicalmente assistita. Un esame della normativa italiana”*, Roma, 2012.

S. LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto: un problema aperto*, in *Famiglia e Diritto*, n. 8-9, 2011.

S. P. PERRINO, *“Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2020.

S. P. PERRINO, *“Embryo-Adozioni: A Brave New World?”*, in *Giustizia Civile*, 01 febbraio 2021.

V. PUGLIESE, *“Il diritto a diventare genitori. Procreazione medicalmente assistita e caduta dei divieti”*, Bari, 2011.

GIURISPRUDENZA:

Corte costituzionale, 18 febbraio 1975, in *G.U.*, <https://www.cortecostituzionale.it>

Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, in *G.U. n. 42 del 31 ottobre 2007*, <https://www.cortecostituzionale.it>

Corte costituzionale, 08 maggio 2009, in *G.U. n. 19 del 13 maggio 2009*, <https://www.cortecostituzionale.it>

Corte costituzionale, 10 giugno 2014, in *G.U. n. 26 del 18 giugno 2014*, <https://www.cortecostituzionale.it>

Corte costituzionale, 05 giugno 2015, in *G.U. n. 40 del 10 giugno 2015*, <https://www.cortecostituzionale.it>

Corte costituzionale, 11 novembre 2015, in *G.U. n. 46 del 18 novembre 2015*, <https://www.cortecostituzionale.it>

Corte costituzionale, 13 aprile 2016, in *G.U. n. 16 del 20 aprile 2016*, <https://www.cortecostituzionale.it>

D.M. 21 luglio 2004, *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*, <https://www.gazzettaufficiale.it>

D.M. 11 aprile 2008, *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2008/04/30/08A02587/sg>.

D.M. 1 luglio 2015, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, <https://www.gazzettaufficiale.it>

D.M. 28 dicembre 2016, *Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40*, <https://www.gazzettaufficiale.it>

Legge 22 maggio 1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in G.U., <https://www.gazzettaufficiale.it>

Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004, <https://www.camera.it>

Ley de 26 de mayo, n. 14 Sobre técnicas de reproducción humana asistida, in BOE n. 126 de 27/05/2006, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>.