



Honos alit artes

Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri

L'ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA
Giuristi e istituzioni tra Europa e America

a cura di

Paola Maffei e Gian Maria Varanini



Reti Medievali E-Book

19/IV

Honos alit artes

**Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri**

**L'ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA
Giuristi e istituzioni tra Europa e America**

**a cura di
Paola Maffei e Gian Maria Varanini**

**Firenze University Press
2014**

La via giudiziaria all'eugenetica?

di Faustino de Gregorio

La legge sulla procreazione medicalmente assistita, votata a larga maggioranza dal parlamento italiano il 19 febbraio 2004, sopravvissuta al referendum popolare del 12 e 13 giugno 2005, recentemente è stata oggetto di diversi provvedimenti giudiziari che, di fatto, sono intervenuti sul divieto giuridico di impiego della diagnosi genetica pre-impianto, contemplato all'art. 13, ribadito dalle Linee guida ministeriali del 22 luglio 2004, emanate ai sensi dell'art. 7 della legge *de qua*.

Come è noto, l'art. 13, comma 2 della citata legge n. 40 del 2004 stabilisce che la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche a essa collegate, volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative. Il comma 3 della medesima disposizione vieta, inoltre, espressamente la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione, ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione e del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche: l'unica eccezione è costituita dagli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione. L'art. 14, comma 5 prevede che i soggetti che accedono alla procreazione medicalmente assistita siano informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero materno.

Le Linee guida ministeriali del 22 luglio 2004, emanate ai sensi dell'art. 7 della legge n. 40 del 2004, stabilivano originariamente che «ogni indagine relativa alla salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5 dovrà essere di tipo osservazionale», escludendo quindi le tecniche di diagnosi pre-impianto, che vanno al di là di una mera osservazione al microscopio, essendo eseguite mediante tecniche invasive che presuppongono il prelievo di cellule.¹

¹ Sulla questione della diagnosi di pre-impianto, il tribunale di Catania, con la sentenza del 3 maggio 2004, aveva dichiarato palesemente infondata l'eccezione di incostituzionalità della legge n. 40/2004 per una presunta violazione degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, respingendo la richiesta di una coppia di coniugi (portatori sani di beta-talassemia) di impiantare solo embrioni sani: «gli ovuli fecondati vanno impiantati, anche se c'è il rischio che possano essere portatori di malattie genetiche». La predetta ordinanza può essere anche letta nella rivista «Il diritto ecclesiastico», 115 (2004), 3, pp. 283-299 con il commento di C.M. Pettinato, *I nuovi orizzonti giuridici della tutela dell'embrione*, pp. 299-311.

Con la sentenza n. 398 del 2008 il Tribunale amministrativo regionale del Lazio² ha invece dichiarato illegittime per eccesso di potere le suddette Linee guida nella parte in cui vietano la diagnosi pre-impianto³.

Nella sentenza in parola è evidenziato che

Le Linee guida impugnate, sulla base di quanto previsto dall'articolo 7 della legge n. 40 del 2004, hanno come finalità l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e non possono svolgersi su un terreno diverso da quello procedurale loro assegnato, come è la definizione dell'embrione, cioè il prodotto del concepimento umano nella fase di formazione degli organi al quale riconoscere il ruolo di "persona" e, conseguentemente, riconoscere la tutela giuridica approntata dall'ordinamento. La definizione di embrione allo scopo appena detto, stante la non definitività del livello di conoscenza raggiunto dalla scienza biologica sul punto, non può competere a un'Autorità amministrativa quale è quella che ha adottato l'impugnato provvedimento né essere disciplinata da un regolamento, per di più ministeriale, quale è, appunto, l'atto censurato, ma appartiene, in quanto espressione di una scelta di discrezionalità politica, al legislatore.

Non solo. Il giudice amministrativo ritiene che

per quanto riguarda l'ambito oggettivo di delimitazione della disciplina della procreazione medicalmente assistita, il potere relativo non possa che competere al legislatore, con la conseguenza che, se quest'ultimo nella sua ampia discrezionalità politica ha stabilito di consentire interventi diagnostici sull'embrione per le finalità prima espresse, questi ultimi non possono essere limitati nel senso prospettato nella norma delle Linee guida. Né vale richiamare la validità temporale delle Linee guida che nella legge n. 40 del 2004 viene limitata a tre anni. Ciò che rileva al fine del presente giudizio è l'attualità della pretesa lesione e non la futura possibilità, peraltro indimostrabile in quanto legata alla situazione futura e incerta, di un cambiamento della disposizione in atto in conseguenza dell'"evoluzione tecnico-scientifica" sul punto, che potrebbe esserci ma potrebbe anche non verificarsi nello stretto arco temporale indicato dalla norma.

Ne consegue che il giudice amministrativo, dicendo di avvalersi di una interpretazione costituzionalmente orientata della legge n. 40 del 2004, ha ritenuto di affermare la fondatezza e la legittimità della diagnosi genetica preimpianto:

per l'effetto annulla le Linee guida di cui al D.M. 21.7.2004 nella parte contenuta nelle Misure di Tutela dell'embrione laddove si statuisce che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 13 comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale.

Altresì ha sollevato anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3 della legge in esame, nella parte in cui prevede per il medico la possibilità di produrre un numero di embrioni non superiore a tre e l'obbligo del contemporaneo impianto. Una norma che risulterebbe in contrasto sia con l'articolo 3 che con l'articolo 32 della Costituzione, in quanto, a fronte di una tutela dell'embrione relativa, il bilanciamento degli interessi espresso dalla norma non sarebbe proporzionale perché non terrebbe conto delle variabili quali la salute della donna, l'età, le esigenze sanitarie nel caso concreto, le specifiche cause della sterilità della coppia. Orbene, la dichiarazione di illegittimità delle Linee guida da parte del Tar Lazio, per la verità, appare *ex se* insufficiente. Il giudice ammini-

² Tar Lazio, sez. III-quater, 21 gennaio 2008, n. 398, in «Foro italiano» (2008), vol. 4, pp. 207 e sgg.

³ Si veda «Corriere della Sera», 24 gennaio 2008.

strativo, con una motivazione sintetica, elimina dal sistema giuridico il limite fissato nell'atto di normazione secondaria. La legge, se ne ricava implicitamente, permette, dunque, interventi diagnostici di tipo non osservazionali. Ma quali sono? Quali finalità possono avere? L'enigma resta, nonostante la declaratoria di illegittimità. Perché, sarà pure illegittimo il decreto ministeriale, ma la legge n. 40 del 2004 non contempla interventi diagnostici sull'embrione che non siano rivolti alla tutela della sua posizione soggettiva, nell'ambito complessivo del trattamento terapeutico volto alla fecondazione assistita.

Negli altri paesi, per esempio, molto velocemente, le regole in materie sono molte diverse: così avremo che nel Regno Unito è permessa, esclusivamente a titolo gratuito, la donazione dei gameti, così come in Spagna⁴ previo rimborso spese per la donatrice e/o donatore, come pure in Belgio dove la donazione è permessa sia per le coppie come per i singoli, e anche in Francia è consentita purché la coppia però sia convivente da oltre due anni. In Norvegia è autorizzata la donazione del seme maschile solo in casi di accertata malattia genetica e anche per sterilità, e inoltre, è ammessa la selezione preventiva del sesso in caso di trasmissibilità femminile; anche in Grecia è possibile la donazione dei gameti e per i donatori è garantito l'anonimato con l'eccezione che la persona nata, in caso di necessità, ha facoltà di accedere ai dati riservati. In Svizzera la donazione dei gameti è consentita alla sola coppia regolarmente sposata e i dati del donatore non sono coperti da anonimato così da essere conosciuti con il compimento della maggiore età. Anche in Danimarca è consentita la donazione di gameti e l'accesso ai dati è possibile solo in presenza di gravi malattie genetiche trasmissibili oppure per problemi che non consentono la nascita di un figlio; mentre in Svezia è ammessa la donazione di gameti a condizione che la coppia sia regolarmente sposata e convivente (e, comunque, ci si deve sempre rivolgere a una struttura pubblica; nel caso di procreazione artificiale eterologa, è necessario il consenso espresso del compagno).

Per ritornare alle situazioni di casa nostra, vale la pena di ricordare che i tribunali di Cagliari e Firenze, già prima della esaminata sentenza del Tar Lazio, avevano emesso decisioni analoghe. La sentenza del tribunale di Cagliari del 24 settembre 2007⁵ ha accolto il ricorso di una coppia infertile di portatori sani di beta-talassemia, che si era sottoposta a un trattamento di fecondazione *in vitro*, il quale aveva condotto a una gravidanza non andata a buon fine perché la madre, durante il periodo di gestazione, scopriva che il feto era affetto dalla malattia ereditaria e ciò la faceva cadere nelle maglie della depressione, rendendo necessario l'aborto. Successivamente, la coppia decideva di sottoporsi nuovamente al trattamento di fecondazione assistita e, poiché la donna era ancora affetta da depressione, condizionava il trasferimento dell'embrione *in vitro* all'esecuzione della diagnosi genetica pre-impianto sul medesimo, per scongiurare appunto l'impianto di un embrione malato. La struttura sanitaria rifiutava di procedere alla diagnosi gene-

⁴ In «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» <www.statoechurchiese.it> (ottobre 2010) è stato pubblicato un corposo saggio a firma di M.J. Parejo Guzmán dal titolo *Rivendicazione dell'autonomia del malato: l'esercizio del diritto alla libera disposizione*, pp. 1-34.

⁵ Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007, in «Foro Italiano» (2007), 1, p. 3245 sgg.

tica in ottemperanza alla legge n. 40 del 2004 e congelava temporaneamente l'embrione prodotto *in vitro*. Questi i fatti.

La sentenza *de qua* parte dal presupposto che la legge n. 40 del 2004 non contenga un esplicito divieto della diagnosi genetica pre-impianto ma che, anzi, intenda bilanciare, al pari della legge n. 194 del 1978, la salute della donna e la vita dell'embrione. Il tribunale di Cagliari precisa, inoltre, che il divieto alla selezione eugenetica dei gameti e degli embrioni (art. 14) non varrebbe nel caso in esame, dal momento che una selezione effettuata per salvaguardare la salute della madre non rientrerebbe nella definizione propria di eugenetica. Il giudice sardo è arrivato a questo risultato dopo aver compiuto un bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti:

In questo specifico caso, infatti, il necessario bilanciamento degli interessi costituzionalmente garantiti impone un'opzione interpretativa dei dati normativi che, rendendo ammissibile la diagnosi pre-impianto, assicuri un'adeguata tutela del diritto della futura gestante a esprimere un consenso consapevole in ordine al trattamento sanitario ancora in itinere (impianto in utero dell'embrione prodotto *in vitro*), essendo un'esauriva informazione sullo stato di salute degli embrioni destinati all'impianto indispensabile, oltre che nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, in funzione della necessaria tutela della salute gestazionale della donna, come ampiamente argomentato prima.

È spontaneo chiedersi: questo compito non è riservato forse alla Corte Costituzionale? Forse è il caso di ricordare quanto aveva precisato il tribunale di Catania, nel 2004⁶, allorché, nel rigettare la richiesta di diagnosi genetica pre-impianto (anche allora si trattava di due soggetti beta-talassemici) evidenziò l'aberrazione con cui

si confondono gli interessi del figlio "desiderato" con quelli del figlio che concretamente verrà in essere, in ipotesi malato, e, per giustificare la concreta lesione degli interessi del figlio – reale – che concretamente verrà in essere, si invoca l'esigenza di tutelare la salute del figlio "desiderato" che, diversamente da quello che realmente si sacrificherà, è entità virtuale, del tutto astratta, esistente solo nella rappresentazione mentale dei suoi aspiranti genitori (...) Sicché, si dà l'impressione suggestiva di voler tutelare la salute del figlio, ma siccome il figlio tutelato non è quello reale, ma quello virtuale, non si difende in realtà alcun figlio, ma la propria volontà di averne uno conforme ai propri desideri, sacrificando a questo obiettivo, per tentativi successivi, tutti i figli reali difformi che venissero nel frattempo.

La finalità della legge n. 40 del 2004, individuata dall'art. 1, è quella di

favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana mediante 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.

Cosa si ricava da tale definizione? Pochi, semplici dati. Si ricava innanzitutto che la procreazione medicalmente assistita è un trattamento terapeutico, volto alla cura dell'infertilità e della sterilità, che in questo trattamento, del quale destinatario fondamentale è la donna, è coinvolto anche il concepito inteso e definito quale altro soggetto, i cui diritti e interessi devono essere considerati e bilanciati. Concepito che, nella esaminata sentenza del tribunale di Cagliari, appare essere

⁶ Tribunale di Catania, Sez. I, ordinanza 3 Maggio 2004, <<http://www.giappichelli.it/appendici>>.

soggetto perdente. Anzi si può pure dire che nelle pronunce degli ultimi anni l'embrione o il concepito perdano sempre.

Nella stessa direzione della sentenza sarda si colloca pure l'ordinanza del tribunale di Firenze del 17 dicembre 2007⁷, che accoglie la domanda di una coppia sterile (con l'aggiunta per la donna di essere affetta da malattia genetica irreversibile denominata esostososi multipla ereditaria), che aveva ricevuto il rifiuto della struttura sanitaria per l'espletamento della diagnosi pre-impianto in virtù della normativa vigente che consentiva solo una diagnosi di tipo osservazionale. In questa ordinanza il giudice adito tra l'altro precisa che alcun divieto contiene la legge n. 40 del 2004:

La interpretazione ha un riferimento sicuro nel dato testuale laddove nell'art. 13 si regola la sperimentazione sugli embrioni umani avendo quindi a cura il porre dei limiti (sui quali tra l'altro la comunità scientifica e anche sociale si è espressa con disaccordo) alla ricerca scientifica, mentre nell'art. 14 si è inteso regolare la fecondazione assistita singolarmente attuata delimitando il numero di embrioni da creare e disponendo in materia di trasferimento nell'utero della donna. Inoltre l'art. 14 al comma V prevede la possibilità dei soggetti della coppia di informarsi dello stato di salute degli embrioni. Ora è evidente che tale informazione non può essere collegata a una fatua curiosità dei futuri genitori, ma deve evidentemente essere posta in relazione alla necessità che i trattamenti terapeutici siano accompagnati dalla informazione necessaria a esprimere il necessario consenso (né qui importa richiamare la ampia giurisprudenza della S.C. che si è formata sul punto) come d'altra parte espressamente previsto dall'art. 4 lett b) e dall'art. 6 (...in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione...); ancora, la informazione deve essere ancorata alle disposizioni contenute nella legge 194/1978 due volte richiamata all'interno dello stesso art. 14. (comma 1: È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194. Ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194).

Secondo il giudice toscano sarebbe illogico negare la diagnosi pre-impianto, per poi dovere ricorrere post-impianto a una interruzione della gravidanza, giustificata dallo stato di salute anche psicologico della donna. Il richiamo, anche in questo caso, è agli articoli 32 e 3 della Costituzione:

tutela della salute di cui all'art. 32 cost. (non può essere ignorato il richiamo della Corte Costituzionale alla tutela prioritaria del già nato rispetto al feto: v. per tutte Corte cost., 18/02/1975, n. 27 "Il danno o pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto, ma non è sempre immediato e non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute della madre che è già persona, e quello dell'embrione che persona deve ancora diventare") e infine la necessità di salvaguardare la pari dignità di uomo e donna (art. 3, I comma), impedendo quello che autorevole dottrina ha definito come la legislazione in ordine al corpo della donna come "luogo pubblico", contro e oltre il suo privato convincimento, depongono per la lettura dell'art. 14 nel senso indicato. Deve quindi ritenersi che la diagnosi pre-impianto sia assolutamente legittima.

Per questi motivi, il giudice designato ha ordinato alla struttura convenuta

di procedere alla diagnosi genetica pre-impianto degli embrioni creati tramite fecondazione in vitro dei gameti di C.S.A. e P.G. e di trasferire in utero solo gli embrioni sani o portatori sani rispetto alla patologia di cui soffre la C., con crioconservazione degli embrioni malati sino all'esito della tutela di merito, il tutto secondo le migliori regole della scienza in relazione alla salute della madre.

⁷ Tribunale di Firenze, 17 dicembre 2007, in *Foro it.*, I, 2008, p. 632 e ss.

E alla fine siamo giunti alla sentenza n. 151 del 1 aprile 2009 della Corte Costituzionale⁸. Secondo la Corte, il limite legislativo del numero di embrioni impiantabili finirebbe per compromettere il principio dell'autonomia responsabile del medico oltre al fatto che

La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso.

Da qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», in accoglimento parziale della questione prospettata dal tribunale di Firenze. Rimane, quindi, in vigore la parte della disposizione (comma 2) secondo cui «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».

Le risultanze dell'analisi pre-impianto, specie in situazioni di rischio per la futura madre, dovrebbero quindi rientrare a pieno titolo nell'ambito delle condizioni prognostiche sulla cui base viene medicalmente valutato il numero “necessario” di embrioni da formare e da trasferire all'interno dell'utero della paziente:

L'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute.

In virtù di tale ragionamento la Corte Costituzionale

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna; dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, della legge n. 40 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 32, primo e secondo comma, della Costituzione, dal tribunale ordinario di Firenze, con ordinanza r.o. n. 323 del 2008; dichiara manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 32 della Costituzione, dal tribunale ordinario di Firenze con ordinanza r.o. n. 323 del 2008 e, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, dallo stesso tribunale con ordinanza r.o. n. 382 del 2008; dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 14, comma 4, della legge n. 40 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, dal tribunale ordinario di Firenze, con ordinanza r.o. n. 382 del 2008.

⁸ Corte Costituzionale, sentenza 1 aprile 2009, n. 151, in <www.cortecostituzionale.it>.

Dunque, la domanda che gli addetti ai lavori si pongono è la seguente: è mutato il contenuto della legge n. 40 dopo l'intervento della Corte Costituzionale? A dire il vero mi sembra di poter dire che i principi fondamentali siano rimasti pressoché inalterati. In che cosa è consistito allora l'intervento del giudice costituzionale? Insomma, si è limitato a dichiarare incostituzionale il comma 3 dell'articolo 14 della legge, laddove non prevedeva la subordinazione del trasferimento degli embrioni in utero a una rigorosa tutela della salute della donna e a rimuovere la conclusione del comma 2 del medesimo articolo 14, sì da consentire (eventualmente) la formazione in vitro di più di tre embrioni e sì da rimuovere (eventualmente) il dovere del medico di procedere «ad unico e contemporaneo impianto» nell'utero della donna degli embrioni creati in provetta. Anzi la Corte Costituzionale ha tenuto a ribadire che sono proprio le norme di buona pratica clinica e la più elementare consapevolezza deontologica a dimostrare che la tutela della salute è sempre e comunque un dovere primario del medico. E non ha assolutamente cancellato le altre norme a tutela dell'embrione, con la conseguenza che sono proprio i medici a dovere ponderare e bilanciare la soluzione migliore nell'ambito di una procedura di fecondazione assistita.

Rimane però aperto e irrisolto un grande problema: il giudice delle leggi non dice cosa fare degli embrioni non utilizzati. Come pure resta senza soluzione il problema della disparità di trattamento fra coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili a seconda che siano sterili oppure fertili, considerato che, allo stato, solo le prime hanno accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, e pertanto solo a esse sarebbe data la possibilità di non trasmettere ai figli i propri geni malati.

Non è sbagliato dire, oggi, che alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale, il nostro ordinamento giuridico presenta tre diverse ipotesi di interruzione della gravidanza: a) interruzione della gravidanza nei primi novanta giorni (art. 4, legge 194/1978), consentita quando la prosecuzione della gravidanza determinerebbe per la futura madre un «serio pericolo per la sua salute fisica o psichica»; b) l'interruzione della gravidanza oltre i primi novanta giorni (art. 6, legge 194/1978), «quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna»; c) e l'interruzione del trattamento di fecondazione assistita prima dell'impianto dell'embrione (articoli 13 e 14 legge 40/2004), accordata sul presupposto dell'accertata presenza di malattie genetiche dell'embrione che costituirebbe *ex se* rischio per la salute della madre, come esercizio di un diritto soggettivo alla completa informazione sul trattamento medico.

Scopo della legge n. 40 del 2004 sarebbe, dunque, non solo «curare» l'infertilità e la sterilità, ma anche garantire, prima dell'impianto, la selezione degli embrioni sani, cioè non portatori di malattie genetiche, contemperando il diritto alla salute psichica della donna e l'interesse a nascere del concepito e evitando l'interruzione volontaria di gravidanza post-impianto. Ma il tenore letterale dell'articolo 13 in questione, a ben vedere, non dice proprio così, non dice che è possibile un intervento diagnostico con l'obiettivo di accertare malattie incurabili dell'embrione, e in conseguenza di ciò, impedirne l'impianto. Delle due, l'una: o si impe-

disce, con una formula chiara, l'impianto dei soli embrioni la cui malattia genetica determina «sia il rischio di una prosecuzione patologica della gravidanza sia il rischio di aborto spontaneo» oppure è sufficiente la presenza della malattia genetica per opporre il rifiuto all'impianto. E il rifiuto, in questa seconda ipotesi, è totalmente discrezionale, sganciato da ogni bilanciamento e di fatto eugenetico. Come è noto, la legge n. 194 del 1978 si applica quando una gravidanza è già in corso, mentre la legge n. 40 del 2004 contempla una fattispecie diversa, l'impossibilità di riuscire a ottenere una gravidanza naturale e, quindi, il ricorso alla fecondazione assistita. Ma soprattutto la legge 194/1978 si applica a casi di gravidanze "indesiderate", mentre nel caso della fecondazione in vitro sono proprio le coppie a voler generare l'embrione. Come si può dire poi che l'embrione generato con tanti sforzi, una volta venuto all'esistenza, provochi un danno alla salute della futura madre (che magari già sa di essere portatrice di una malattia genetica) tale da legittimare la soppressione, è una cosa che va tutta spiegata e giustificata.

Sul punto è necessario ricordare anche la recente sentenza del tribunale di Bologna del 29 giugno 2009⁹, che pure ha ordinato a un centro di procreazione assistita di Bologna di procedere con la diagnosi genetica sugli embrioni alla luce della sentenza resa dalla Corte Costituzionale n. 151 del 1 aprile 2009:

La diagnosi preimpianto costituisce, appunto, un esame compiuto allo scopo di proteggere la futura gestante, scongiurando il pericolo per la sua salute che può provenire dalla presenza di malattie o di malformazioni del feto, come nel caso che ci occupa.

Secondo la pronuncia in esame, la diagnosi genetica di pre-impianto su di un embrione è legittima:

nel caso della "diagnosi pre-impianto" viene in rilievo il rapporto tra l'aspettativa di vita dell'embrione e il diritto alla salute della madre genetica: tale conflitto non può dirsi risolto dalla l. 40/2004 a favore dell'embrione, se solo si pone mente al fatto che la legge, all'art. 14, comma 5, prevede il diritto della coppia di chiedere informazioni sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero, informazioni certamente determinanti per decidere se accettare o rifiutare il trasferimento posto che la presenza di gravi malattie genetiche dell'embrione, portata a conoscenza della donna, potrebbe spingere quest'ultima a proteggere la propria integrità fisica e psichica della gestante.

Ed è altresì legittimo, secondo il giudice bolognese, accedere alla fecondazione assistita anche per le coppie non sterili:

negare la diagnosi medica pre-impianto significherebbe costringere la donna a prendere una decisione non informata e inconsapevole, in ordine al trasferimento in utero degli embrioni formati, con il rischio di mettere in pericolo la propria salute. D'altronde il divieto di diagnosi pre-impianto pare irragionevole e incongruente col sistema normativo se posto in parallelo con la diffusa pratica della diagnosi prenatale, tecnica altrettanto invasiva del feto, rischiosa per la gravidanza, ma perfettamente legittima in quanto avente la funzione di tutelare la maternità e la salute del feto.

La procedura di diagnosi genetica pre-impianto deve dunque essere ritenuta «ammissibile come il diritto di abbandonare l'embrione malato e di ottenere il solo trasferimento di quello sano». L'ordinanza dispone inoltre che si proceda

⁹ Tribunale Bologna 29 giugno 2009, in <www.italialaica.it>.

«previa diagnosi preimpianto di un numero minimo di 6 embrioni», che il medico esegua i trattamenti «in considerazione dell'età e del rischio di gravidanze plurigemellari pericolose» provvedendo al congelamento «per un futuro impianto degli embrioni risultati idonei che non sia possibile trasferire immediatamente e comunque di quelli con patologia».

L'ordinanza che abbiamo appena ricordato ha suscitato non poche severe critiche. Con tale provvedimento il tribunale di Bologna ha dichiarato ammissibile la diagnosi prima dell'impianto, estendendo l'applicazione della tecnica addirittura a coppie non sterili, con ciò sollevando forti perplessità sia nel campo giuridico che nel mondo sociale. L'ordinanza in esame, infatti, ha accolto il ricorso di una coppia fiorentina che si era rivolta a un centro diagnostico di Bologna, in seguito al parto di un bambino affetto da distrofia di Duchenne. Per il secondo figlio la coppia voleva evitare il dolore delle complicazioni ma il centro diagnostico aveva rifiutato la diagnosi pre-impianto dell'embrione¹⁰. La novità consiste proprio nella possibilità concessa alle donne non sterili di accedere alla diagnosi pre-impianto.

Trattasi di eugenetica? La bioetica laica e quella cattolica, ovviamente, valuteranno in termini opposti la decisione del giudice bolognese. Di certo, però, l'ordinanza in commento, che ammette il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita senza il previo requisito della infertilità o sterilità della coppia, contraddice lo spirito della legge n. 40 del 2004. Per dare certezza giuridica agli operatori del diritto occorre che il Legislatore intervenga prontamente.

Ma proprio mentre scriviamo queste pagine ecco che il tribunale di Firenze, muovendo dalle recenti determinazioni della Corte di Strasburgo¹¹ che si era pronunciata condannando l'Austria per palese violazione della CEDU, ha evidenziato più di un dubbio sul divieto della fecondazione eterologa rinviando la questione alla Corte Costituzionale. In sostanza i giudici del tribunale di Firenze hanno sollevato eccezioni di costituzionalità in ordine all'articolo che proibisce alle coppie sterili l'impiego per la fecondazione di gameti, sia donati che a pagamento (quindi ovociti o spermatozoi), appartenenti a donne o a uomini estranei: «il Giudice ha riconosciuto le istanze mosse dalla coppia dopo aver rilevato profili di manifesta irragionevolezza del divieto assoluto di Pma eterologa per l'evidente sproporzione mezzi-fini; di illegittima intromissione del legislatore in aspetti intimi e personali della vita privata» (cfr. sentenza del tribunale di Firenze, ottobre 2010). Insomma, viene messo in discussione tutto l'apparato della legge n. 40 del 2004 che abbiamo appena analizzato in questo articolo e che ora la Consulta dovrà nuovamente valutare. E sulla stessa scia del tribunale di Firenze¹², si è pronunciato anche quello di Catania in data 21 ottobre 2010¹³ rinviando all'esame della Consulta il divieto di fecondazione eterologa. Il caso è stato sollevato da una coppia che si era rivolta al tribunale di Catania in quanto la donna, a causa di una forma di menopausa pre-

¹⁰ La sentenza del tribunale di Bologna con alcuni commenti possono essere letti in <<http://www.italialaica.it/cgi-bin/news/view.pl?id=010117>>.

¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, sentenza S.H. e altri v. Austria, n. 57813/2000, in <www.rivistaaic.it>.

¹² Tribunale di Firenze, ordinanza del 29 marzo 2013, in <www.penalecontemporaneo.it>.

coce, aveva gravissimi problemi di fertilità. E ancor più di recente, il tribunale di Milano che, con ordinanza depositata il 29 marzo 2013¹⁴ chiede alla Consulta di pronunciarsi sulla legge n. 40 del 2004 e in particolare sul divieto dell'eterologa, in quanto lede il principio di eguaglianza tra le coppie, il diritto alla salute e, cosa ancor più grave, il diritto fondamentale di ogni coppia di autodeterminarsi, come anche sempre il tribunale di Firenze che appena lo scorso 24 aprile¹⁵ ha rinviato la legge alla Consulta sollevando questione di legittimità per la parte che vieta appunto l'eterologa. Insomma: la discriminazione delle coppie infertili.

Con questo ulteriore rinvio ai Giudici delle Leggi penso sia tempo ormai che si rivedano le norme in ordine al divieto della eterologa soprattutto quando questo divieto tende a discriminare una coppia in ragione «del grado di sterilità» (*sic!*).

Ciò che fa specie, comunque, è l'assenza, nei casi presi in esame, di una qualche soluzione legislativa, che autorizzi sempre più spesso i tribunali a intervenire nei campi che hanno a motivo i destini della vita come pure della morte. A tacer d'altro, da ultimo, basterebbe ricordare l'ordinanza del tribunale di Milano del 2/02/2011¹⁶, del tribunale di Catania del 13/04/2013¹⁷ nonché l'ordinanza della Corte Costituzionale del 7/06/2012, n. 150¹⁸. Inoltre, sul punto, vanno segnalate le ultime decisioni della Corte Europea dei diritti dell'Uomo del 28/08/2012¹⁹ e, più recentemente, dell'11/02/2013²⁰ con cui viene respinto il ricorso del governo italiano contro il provvedimento del 28/08/2012.

L'ultimo intervento della Corte Costituzionale inerente la legge 40 sulla fecondazione assistita destinato a mutare per sempre i destini di molte coppie sterili è del 9 aprile 2014 che giudica illegittimo il divieto della "eterologa", accogliendo di fatto i ricorsi presentati dai Tribunali di Milano, Firenze e Catania.

È tempo, allora, di definire in modo chiaro e assoluto lo statuto giuridico dell'embrione e del concepito piuttosto che "irritarsi" del prestigiosissimo riconoscimento del Nobel per la medicina a Robert Edwards scomparso all'età di 87 anni il 10 aprile del 2013, che già nel 1968, dopo aver reso fertile il primo ovulo in laboratorio, nel 1978, a distanza di dieci anni, realizza ciò che la mente umana non avrebbe mai sognato di raggiungere aprendo scenari nuovi, inesplorati in campo medico, la nascita di un figlio in provetta: Louise, da Lesley e John Brown.

Se, come da più parti reclamato, sussistono diritti anche in capo a persone che non nascono e non muoiono da un punto di vista biologico (come per esempio le società oppure gli enti e si potrebbe continuare), allora anche l'embrione e il feto debbono essere rispettati.

¹³ Tribunale di Catania, ordinanza del 21 ottobre 2010, in <www.affidamentocondiviso.it>.

¹⁴ Tribunale di Milano, ordinanza del 29 marzo 2013 in <www.penalecontemporaneo.it>.

¹⁵ Tribunale di Firenze, ordinanza del 24 aprile 2013 in <www.altalex.it>.

¹⁶ Tribunale di Milano, ordinanza del 2 febbraio 2011, in <www.rivistaaic.it>.

¹⁷ Tribunale di Catania, ordinanza del 13 aprile 2013, in <www.neldiritto.it>.

¹⁸ Corte Costituzionale, ordinanza del 7 giugno 2012, n. 150 in <www.penalecontemporaneo.it>.

¹⁹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 28 agosto 2012, sentenza Costa e Pavan v. Italia, in <www.governo.it>.

²⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 11 febbraio 2013, in <www.governo.it>.