

Diagnosi genetica preimpianto

# La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea

di **Elena Falletti**

L'articolo si occupa della diagnosi preimpianto, cioè di quella tecnica diagnostica che consente di verificare se l'embrione formato in vitro è portatore di gravi patologie genetiche trasmesse dai genitori. La legge 19 febbraio 2004, n. 40, che stabilisce le "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", presenta perplessità ancora non risolte. Tra queste va evidenziata la possibilità di accesso alle tecniche diagnostiche, riservata alle sole coppie infertili. Infatti, il testo normativo parrebbe essere contraddittorio, da un lato, tutelando il diritto degli aspiranti genitori di essere informati sullo stato di salute dell'embrione, e, dall'altro lato, interdiciendo qualsiasi tipo di intervento sperimentale sull'embrione stesso. L'autrice ricostruisce il dibattito dottrinale, giurisprudenziale nazionale ed europeo sul tema.

## Il dibattito sulla diagnosi preimpianto

La diagnosi genetica preimpianto (Preimplantation Genetic Diagnosis - PGD) è una tecnica diagnostica che, basandosi sull'isolamento degli embrioni, consente di campionare i loro blastomeri saggiandone la struttura genetica e identificando alcune malattie genetiche (1). Essa è duramente contestata dai sostenitori dell'intangibilità dell'embrione poiché costoro manifestano dubbi sul valore morale dell'intervento su materiale umano di origine embrionale, anche se inerisce la cura dell'embrione medesimo. Infatti secondo detta visione l'embrione può definirsi un "progetto di persona (2)" ovvero esso possiede la potenzialità di diventare tale fin dal momento della formazione dello zigote, e quindi sostengono che l'embrione abbia diritto al medesimo grado di protezione piena riservato alle persone. Va evidenziato che la legge 19 febbraio 2004 n. 40, la quale regola la procreazione medicalmente assistita, assicura al "concepito" "i diritti di tutti i soggetti coinvolti" (3), tuttavia si sostiene che codesta previsione abbia un valore "meramente enunciativo" (4).

La specifica questione dell'ammissibilità ovvero inammissibilità della diagnosi preimpianto sugli embrioni sorge dalla lettura dell'art. 13 (Sperimentazione sugli embrioni umani) inteso dalla dottrina più legata ai valori cattolici come interdittivo di in-

dagini diagnostiche, poiché ai sensi del primo comma del citato articolo è vietata "qualsiasi sperimen-

### Note:

(1) R. Pavone, *La convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2010, 99; A. Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011, 179; A. Guglielmino, S. Chamayou, *Diagnosi preimpianto: tra tutela della salute e procreazione responsabile. Il punto di vista dei medici*, in *I diritti delle coppie infertili*, a cura di M. D'Amico, I. Pellizzone, Milano, 2010, 235. Per quanto concerne una analisi delle fattispecie cliniche nelle quali le coppie possono avvalersi di tale tecnica si veda, S. La Rosa, *La diagnosi preimpianto: un problema aperto*, in *Fam. e dir.*, 2011, 839.

(2) Specificamente, secondo questo orientamento «L'embrione è un essere umano con potenzialità di sviluppo (non un essere umano potenziale)» (Opinione espressa dalla minoranza della Commissione Dulbecco. Testo della relazione consultato su <http://numedionline.it/numedi/document/sintstam.rtf>). Si vedano altresì, Congregazione per la dottrina della fede, *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione Donum vitae*, Roma, (22 febbraio 1987), I, 3: AAS 80 (1988); Giovanni Paolo II, Lettera Enciclica "Evangelium Vitae", Roma, 1995. Pertanto, secondo questo orientamento, l'embrione va pienamente tutelato sin dal suo concepimento senza distinzioni rispetto alle sue modalità di formazione (cioè dopo la fecondazione dell'uovo da parte dello spermatozoo o dalla fecondazione in vitro o dal trapianto nucleare somatico) ovvero ai suoi momenti di sviluppo (es: dal momento dell'annidamento dell'uovo fecondato ovvero dalla comparsa della stria primitiva) nonché dalla sua condizione (cioè di embrione soprannumerario, formato per la ricerca e così via).

(3) A. Santosuosso, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, cit., 172.

(4) Sul contenuto "meramente enunciativo" della tutela del concepito si veda Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 48, in *Foro it*, 2005, 627.

tazione su ciascun embrione umano” (5). Tale disposizione parrebbe essere in contrasto con quanto stabilito dall’art. 14 (Limiti all’applicazione delle tecniche sugli embrioni), comma 5 dove si stabilisce che gli aspiranti genitori (coniugati o conviventi, di sesso diverso e viventi) possano richiedere di essere informati “sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell’utero”.

Dopo alcune prime pronunce giurisprudenziali in senso contrario (6) alla ammissibilità della diagnosi preimpianto, va osservato che si è stabilizzata l’opinione maggioritaria di dottrina e giurisprudenza dove si afferma che possa ritenersi prioritario il diritto della coppia, qualificato da taluno come fondamentale (7), a conoscere il numero e lo stato di salute degli embrioni prodotti in ossequio all’art. 13 della legge 19 febbraio 2004 n. 40 inerente ai limiti generali della ricerca scientifica sugli embrioni umani.

Uno degli aspetti più controversi riguarda l’identificazione della diagnosi preimpianto quale strumento realizzativo di politiche eugenetiche. Tale connessione costituisce un equivoco spesso presente nel dibattito politico e giuridico. Sul punto, infatti, occorre evidenziare come le pratiche eugenetiche siano state storicamente (8) dirette contro intere popolazioni o fasce di esse (9), poiché esse integrano «(U)na politica coercitiva destinata a promuovere un obiettivo riproduttivo, contro i diritti, le libertà e le scelte degli individui. Ai fini dell’integrazione di questa definizione, “coercizione” include leggi, regolamenti, positivi o negativi (compresi gli incentivi o i limiti all’accesso ai servizi sanitari a prezzi accessibili) presentati dagli Stati o da altre istituzioni sociali (10), mentre la tecnica di indagine genetica realizzata dalla “diagnosi preimpianto è diretta esclusivamente all’individuo e alla famiglia» (11). Obiettivo prioritario della diagnosi preimpianto riguarda la realizzazione dell’aspirazione di ciascun genitore di evitare gravi sofferenze ai figli qualora questi fossero affetti da terribili malattie genetiche. Tuttavia le opinioni contrarie ribadiscono la valenza moralmente inaccettabile di quella che viene definita “la costruzione di bambini su misura (12)”, poiché non esisterebbe il diritto costituzionalmente protetto di generare un figlio sano (13), sottolineando il fatto che se questo diritto esistesse, esso legittimerebbe le richieste di risarcimento del danno da *wrongful life* (14). Va invece evidenziato come negli ultimi anni sul danno da nascita indesiderata si è sviluppato un intenso dibattito dottrinario e giurisprudenziale (15), nei confronti del quale si è aperto un significativo spazio se non di completa ammissibilità, almeno di suo riconoscimento in certune fattispecie (16).

Un ulteriore e importante punto foriero di dibattito concerne la possibilità di ritiro del consenso da parte del genitore, in particolare della madre, nel mo-

**Note:**

(5) C.Casini - M. Casini. - M.L. Di Pietro, *La legge n. 40/04 e la diagnosi genetica di pre-impianto nelle decisioni di Cagliari e Firenze*, in *Med. morale*, 2008, I, 35.

(6) Trib. Catania, decr. 3 maggio 2004, dove il giudice sostiene che il principio ispiratore della riforma riguarda il fatto che l’embrione è un soggetto diverso dalla madre, anche egli titolare del bene protetto della vita in quanto persona. Un progetto procreativo, quindi, non può determinare né le qualità, né le caratteristiche somatiche del futuro nascituro. Nello stesso senso, Trib. Roma, 23 febbraio 2005 (V. Pugliese, *Il diritto a diventare genitori. Procreazione medicalmente assistita e caduta di divieti*, Bari, 2011, p. 43.

(7) G. Baldini, *Diagnosi genetica pre-impianto nell’evoluzione normativo-giurisprudenziale*, 2012, in *www.altalex.com*, consultato in data 9 dicembre 2012.

(8) P. Proctor, *Racial Hygiene*, Cambridge, 2000, 97.

(9) D.C. Wertz, J.C. Fletcher, K. Berg, *Review of Ethical Issues in Medical Genetics*, World Health Organization, Human Genetics Programme, Geneve, 2003, 10.

(10) D.C. Wertz, J.C. Fletcher, K. Berg, *Review of Ethical Issues*, cit.

(11) A. Guglielmino, S. Chamayou, *Diagnosi pre-impianto*, cit. 242.

(12) Ci si riferisce a E. Roccella, *Procreazione: entro dicembre nuove linee guida per la l. 40, 27 maggio 2009*, *www.asca.it*, citato da E. Dolcini, *Presentazione de “I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, (a cura di M. D’Amico e I. Pellizzone), Milano, 2010, 13).

(13) A. Gorgoni, *Il diritto alla diagnosi reimpianto dell’embrione*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 607.

(14) G. Alpa, *Soluzioni controverse*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2006, 65; V. Guglielmucci, *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno e resp.*, 2007, 957; I. Giesen, *Of Wrongful Birth, Wrongful Life, Comparative Law and the Politics of Tort Law Systems*, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1424901>.

(15) Per quanto concerne la giurisprudenza di legittimità: Cass. civ. sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754 in questa *Rivista*, 2013, 1, 45 con nota di P.G. Monateri, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; Cass. civ. sez. III, 5 giugno 2012, n. 8984; Cass. civ. sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13; Cass. civ. sez. Unite, 11 novembre 2008, nn. 26975, 26974, 26973, 26972, quest’ultima in questa *Rivista*, 2009, 1, 40 sui cui v. M. Franzoni, *Il danno non patrimoniale nel diritto vivente*; Cass. civ. sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320; Cass. civ. sez. III, 10-maggio 2002, n. 6735. Relativamente alla giurisprudenza di merito, si vedano: Trib. Roma sez. II, 14 marzo 2012; Trib. Como, 16 gennaio 2012; Trib. Bologna sez. III, 8 marzo 2010; Trib. Campobasso, 27 gennaio 2009; Trib. Roma sez. XIII, 16 gennaio 2009; Trib. Monza, sez. IV, 15 ottobre 2007; Trib. Venezia sez. III, 25 luglio 2007; Trib. Genova sez. II, 24-maggio 2007; Trib. Genova sez. II, 7 aprile 2006; Trib. Genova sez. II, 20 marzo 2006; App. Catania sez. I, 24 febbraio 2006; Trib. Monza sez. II, 14 novembre 2005.

(16) Sul punto, da ultimo S. Rossi, *La Cassazione e la nascita indesiderata. Profili costituzionali di Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012; V. anche P.G. Monateri, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile* (in nota a Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754), in questa *Rivista*, 2012, 1, 59 e S. Cacace, *Il giudice “rotamatore” e l’enfant préjudice*, in *Danno e resp.*, 2013, XXXX

mento dell'impianto degli embrioni. A questo proposito si sottolinea come il combinato disposto dell'art. 6 e dell'art. 14, comma 5, della legge 40/2004 disponga che «in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione» (art. 6) il medico è tenuto a comunicare alla coppia dettagliate informazioni inerenti ai possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche e sui rischi da esse derivanti» (art. 14), oltre al diritto della coppia di chiedere informazioni sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero (17). Pertanto, si segnala la contraddittorietà contenuta nel tenore letterale del testo legislativo: da un lato si informano gli aspiranti genitori sullo stato di salute embrionale; dall'altro il testo dell'art. 6, comma 3, legge 40/2004 proibisce alla coppia di ritirare il consenso all'impianto dopo il momento della fecondazione dell'ovulo. Autorevole dottrina si esprime in termini di «retorica legislativa» (18), poiché se da un lato ci si chiede come si possa procedere all'impianto coercitivo che violerebbe principi fondamentali di libertà e autodeterminazione tutelati dalla Costituzione agli artt. 2, 13 e 32; dall'altro lato si ragiona sul fatto che questa fattispecie configurerebbe un obbligo incoercibile, in quanto non provvisto di sanzioni (19), al pari del dovere di fedeltà coniugale (20). Va segnalato l'intervento «correttivo» delle Linee Guida del 2004, le quali affermavano che la liceità di non trasferire embrioni anomali, sempre considerando questa diagnosi come il risultato di una valutazione osservazionale (21). Tale correzione venne soppressa nelle linee Guida del 2008 a seguito dell'intervento del TAR Lazio (22), lasciando aperto il problema. Tuttavia su questo punto, come sull'intera materia della procreazione medicalmente assistita, si mantiene viva una forte divergenza di opinioni (23).

L'accesso a siffatte tecniche si inserisce nelle *policies* realizzative in materia di tutela della salute riproduttiva e della gravidanza e dei trattamenti contro l'infertilità (24), al fine di rendere possibile la realizzazione del diritto alla procreazione responsabile recentemente qualificato dall'UNFPA (United Nations Population Fund) (25) quale diritto fondamentale della persona. Sul punto non ha mancato di esprimersi il giudice europeo dei diritti umani (26), il quale ha stigmatizzato la legislazione italiana sostenendone il controsenso logico relativo al divieto della PGD per le coppie fertili, previsto dall'art. 4, comma 1, della legge 40/2004, con la possibilità successiva all'impianto dell'embrione di accedere all'aborto terapeutico del feto ai sensi degli artt. 6 e 7 della legge 22 maggio 1978, n. 194, qualora questo

soffrisse di patologie così gravi tali da mettere in pericolo la salute psichica e fisica della madre.

### Il panorama giurisprudenziale italiano

La giurisprudenza italiana in materia di diagnosi preimpianto è stata copiosa, tanto da contare almeno 15 interventi giudiziari provenienti da organi giudiziari differenti (27) e non raramente in con-

#### Note:

(17) A. Gorgoni, *Il diritto alla diagnosi preimpianto dell'embrione*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 610.

(18) C. Casonato, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, in E. Camassa, C. Casonato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, 24.

(19) A. Gorgoni, *Il diritto alla diagnosi preimpianto*, cit., 610

(20) Tuttavia la medesima dottrina che propone questa ricostruzione la definisce semplicistica e riduttiva (C. Casonato, *op. cit.*).

(21) B. Molaschi, *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 7, 524.

(22) TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Fam. e dir.*, 2008, 5, 506 con nota di A. Figone, *Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione*. V. anche M. Dogliotti, *Procreazione assistita: le Linee guida*, ivi, 2008, 749 e M. Segni, *La diagnosi preimpianto: un problema aperto*, ivi, 2008, 855.

(23) S. La Rosa, *op. cit.*; B. Molaschi, *op. cit.*; R. Conti, *Il diritto alla vita nella giurisprudenza delle Alte Corti*, Relazione presentata all'incontro «La giurisprudenza delle Corti europee e interpretazione del giudice nazionale: dalla procreazione assistita all'interruzione delle cure, organizzato il 25 ottobre 2012 dal Ufficio Referenti per la Formazione Decentrata del Distretto di Torino - Diritto Europeo, manoscritto consultato per gentile concessione dell'autore.

(24) M. Greene, S. Joshi, O. Robles, *By Choice, Not By Chance, Family Planning, Human Rights and Development, State of World Population 2012, United Nations Population Fund*, New York, 2012, p. IV.

(25) M. Greene, S. Joshi, O. Robles, *By Choice, Not By Chance*, cit., 1.

(26) Sulla fecondazione eterologa, un tema che esula dalla trattazione dell'argomento in parola, v. *infra*, nota 74.

(27) Nello specifico, in ordine cronologico: Trib. Catania, 3 maggio 2004, in *Fam. e dir.*, 2004, 372 con note di G. Ferrando e M. Dogliotti; Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 47; Trib. Roma, 23 febbraio 2005, TAR Lazio 5 maggio 2005, n. 3452; TAR Lazio, 23 maggio 2005, n. 4047; Corte cost., 9 novembre 2006, n. 369, in *Fam. e dir.*, 2007, 545, con nota di Figone; Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Fam. e dir.*, 2007, 1141 con nota di M. Dogliotti e M. Bellina; Trib. Firenze 19 dicembre 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 7, 723 con nota di F. Astiggiano e in *Guida al diritto*, 2008, 3, 53, con nota di G. M. Salerno, *Aumenta l'opera di supplenza dei giudici in presenza di regole non sempre coerenti*; TAR Lazio 21 gennaio 2008, n. 398; Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, in questa *Rivista*, 2009, 9, 1213 con nota di Ferrando e in *Fam. e dir.*, 2009, 761 con nota di M. Dogliotti; Trib. Bologna 29 giugno 2009; Trib. Salerno 9 gennaio 2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 476 con note di M. Segni e S. La Rosa; Corte Cost. 12 marzo 2010, n. 97; Corte europea dei diritti umani, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, segnalata in *Osservatorio*, in questa *Rivista*, 2012, 11, 1380; Trib. Cagliari, 9 novembre 2012; Trib. Firenze 13 settembre 2010 e Trib. Catania 21 ottobre 2010, in questa *Rivista*, 2010, 12, 1623, con nota di S. La Rosa e in *Fam. e dir.* 2010, 1135 con nota di Salanitro.

traddizione tra loro. La prima tesi sostenuta dalla giurisprudenza riconosceva la priorità della tutela dei diritti dell'embrione alla vita e all'integrità fin dal momento del concepimento e subordinava ad essi la libertà di ricerca scientifica e il diritto alla procreazione da parte dei genitori (28). È altresì da rilevare come secondo il giudicante gli artt. 4 e 14 della legge 40/2004 non integrassero violazioni di ordine costituzionale con riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost. in quanto la Costituzione non garantisce il diritto assoluto dei genitori ad avere un figlio sano (29). A questo proposito il giudicante ricordava come l'utilizzo "eugenetico" dell'aborto è vietato dalla legge, poiché esso è consentito solo con riferimento alla salute della madre, una volta instaurata la gravidanza (30). Per quanto concerne il rigetto della domanda, si osserva che esso era fondato principalmente su una ricostruzione ermeneutica e gerarchica delle fonti, relativamente ad una materia la cui regolamentazione, dibattuta per anni, è stata approvata poche settimane prima dell'istanza delle parti e sulla quale non vi possono essere dubbi sulla volontà del Legislatore (31).

I mesi successivi si caratterizzavano per la raccolta firme della campagna referendaria per l'abolizione della legge 40/2004, sui cui quesiti referendari si pronunciò la Corte costituzionale (32). In contemporanea il Tribunale di Roma emanò un'ordinanza che, seppur rigettando l'istanza di PGD della coppia, evidenziava l'inadeguatezza del disposto normativo a risolvere effettivamente i problemi dell'infertilità secondo i principi basilari della buona pratica medica e auspicava il ripensamento legislativo dopo lo svolgimento dei referendum del 2005. La dottrina ha aspramente criticato siffatta rinuncia ad una interpretazione adeguatrice (33), evitando di sollevare ogni questione di legittimità costituzionale, critica rinvigorita dal mancato raggiungimento del quorum referendario (34). Tuttavia la questione non si è sopita per effetto all'emanazione delle Linee Guida del 21 luglio 2004 (35), che limitavano ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro ai sensi dell'art. 23, comma 5. Detta indagine era consentita solo se di tipo osservazionale (36). Con una prima pronuncia il TAR Lazio (37) ribadiva da un lato che «l'indagine genetica preimpianto (caratterizzata dal prelievo di una cellula per esaminarla) è consentita solamente nell'interesse del concepito»; mentre dall'altro osservava che «non esistono ancora terapie geniche che permettano di curare un embrione malato, con possibile incidenza dunque sullo stato di salute del medesimo; di conseguenza la diagnosi preimpianto invasiva non potreb-

be che concernere le sole qualità genetiche dello stesso embrione». In ogni caso, in questa decisione iniziava ad emergere il dualismo diastonico dell'impianto normativo italiano in merito al fatto che seppure la diagnosi preimpianto fosse interdetta, veniva riconosciuto il diritto della madre a interrompere la gravidanza in caso di serio e grave pericolo per la sua salute fisica o psichica, che poteva essere compromessa anche dalla conoscenza della malattia del feto (38). Inoltre, in questa decisione i giudici amministrativi affermano che le Linee guida ministeriali prevedevano la non coercibilità dell'impianto se dall'indagine osservazionale risultasse che l'embrio-

**Note:**

(28) V. Pugliese, *Il diritto a diventare genitori. Procreazione medicalmente assistita e caduta di divieti*, Bari, 2011, 42.

(29) Trib. Catania, 3 maggio 2004, cit.

(30) Su questo punto si fonda la censura di illogicità effettuata dalla Corte di Strasburgo nel caso *Costa e Pavan c. Italia*.

(31) V. Pugliese, *op. cit.*

(32) I quesiti referendari concernevano l'abolizione dell'intera legge 19 febbraio 2006 n. 40 con la sentenza n. 45 del 28 gennaio 2005, ovvero parti di essa, compreso il combinato disposto in materia di diagnosi preimpianto, con le sentenze 46, 47, 48 e 49 depositate nella medesima data (sul punto: V. Satta, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in *Amministrazione in cammino*, 2005, consultabile su <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/?p=74>, R. Greco, *Ammissibilità del referendum in materia di procreazione assistita*, in *Sanità pubblica e privata*, 2005, 4, 75 e ss.; G. Gambino, *La legge 40/2004: principi e prospettive alla luce del dibattito referendario*, in *Medicina e morale*, 2005, 1003 e ss.).

(33) Parla di "rassegnazione ermeneutica" A. De Ciervo, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali* in *Giur. cost.* 2008, p. 3696; V. Pugliese, *op. cit.*, 52.

(34) S. Rodotà, *Se il Parlamento concede un ruolo civile alla Chiesa*, in *La Repubblica*, 13 giugno 2005; C. Magris, *L'onnipotenza che ci fa paura*, in *Corriere della Sera*, 14 luglio 2005.

(35) Decreto del Ministero Salute 21 luglio 2004: "Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita", emanato ai sensi dell'art. 7, comma 1 della legge 40/2004 e pubblicato nella G. U. 16 agosto 2004, n. 191.

(36) «Qualora dall'indagine vengano evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione, il medico responsabile della struttura ne informa la coppia ai sensi dell'art. 14, comma 5. Ove in tal caso il trasferimento dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura in vitro del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi» (Si veda il paragrafo: "Misure di tutela dell'embrione sperimentazione sugli embrioni umani - (articolo 13, legge n. 40/2004)" del Decreto Min. Salute 21 luglio 2004).

(37) TAR Lazio, sez. III-ter, 5 maggio 2005 n. 3452.

(38) A questo proposito si segnala giurisprudenza di merito che autorizza l'aborto selettivo di feti affetti da malattie genetiche, poiché i giudici riconoscono che si debba tutelare la salute psichica e fisica della madre in quanto ricorrono i presupposti ex art. 4 l. 194/1978, non derogato, né abrogato dalla legge 40/2004. Si tratta di Trib. Cagliari, 5 giugno 2004, in *Foro it.*, I, 3497 e Id., 30 giugno 2004, *ibidem*. In dottrina, V. Pugliese, *op. cit.*

ne soffrisse di gravi anomalie (39). Successivamente, una questione di illegittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Cagliari (40), sulla violazione degli artt. 2, 3 e 32 per la violazione del principio di uguaglianza per quanto concerne all'accesso al diritto di informazione sulla salute del nascituro e quindi alla maternità consapevole, veniva rigettata dalla Corte costituzionale in quanto qualificata come contraddittoria (41).

A mutare l'orientamento interpretativo fu la Curia cagliaritano (42) che, discostandosi dai suoi precedenti, riconobbe l'accesso all'accertamento diagnostico preimpianto poiché l'incertezza sullo stato di salute embrionale provocava nella ricorrente aspirante madre una costante sindrome ansioso-depressiva. Il giudice motivava l'autorizzazione concessa basandosi su: 1) la mancanza di un esplicito divieto; 2) la liceità della ricerca clinica, cioè dell'indagine sistematica volta ad accrescere le conoscenze nell'ambito della diagnosi e della cura delle malattie attraverso lo studio e l'osservazione diretta degli ammalati; 3) il diritto alla piena consapevolezza in ordine ai trattamenti sanitari previsto dagli artt. 6 e 14 della medesima legge 40 in relazione all'informativa dei pazienti sugli effetti collaterali, sui rischi relative all'applicazione delle tecniche nonché ai rischi e alle probabilità di successo ad esse collegati, nonché al rispetto del fondamentale principio del consenso informato del paziente; 4) l'illiceità delle Linee Guida ministeriali sia sotto un profilo di gerarchia delle fonti, in quanto la normazione secondaria non può contrastare con la legge, sia sotto un profilo clinico poiché la mera indagine osservazionale sull'embrione non consente di accertare effettivamente lo stato di salute dell'embrione, con conseguente compromissione del diritto all'informazione adeguata; 5) si è rilevato il contrasto con l'art. 12 della Convenzione di Oviedo che consente l'accesso ai test genetici predittivi a fini medici "e con riserva di un consiglio genetico adeguato (43)"; 6) l'illogicità del contrasto tra l'assolutezza dell'aspettativa di vita dell'embrione garantito dall'art. 13 della legge 40/2004 e il richiamo espresso alla legge 194/1978 in considerazione delle specifiche condizioni di salute della donna; 7) la lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni che regolano la materia effettuata alla luce del principio di eguaglianza garantisce l'accesso alla diagnosi preimpianto poiché «evita una diversità di trattamento di situazioni sostanzialmente analoghe, altrimenti censurabile costituzionalmente sotto il profilo della irragionevolezza», in relazione al possibile accesso diagnostico sulla salute del nascituro effettuato du-

rante la gravidanza. La dottrina aveva commentato siffatto provvedimento identificandolo come un "cambio di rotta" rispetto all'orientamento precedente (44). Questa direzione è stata seguita sia dai giudici di merito fiorentini (45), sia da quelli amministrativi (46). Il Tribunale di Firenze aderiva in pieno alla ricostruzione ermeneutica delle fonti adottata dai giudici cagliaritano sottolineando però che fosse amorale «pensare che si debba procedere all'impianto, per poi successivamente alla valutazione clinica del feto, procedere ad un aborto» (47). I giudici amministrativi laziali da un lato annullavano per eccesso di potere le disposizioni delle Li-

### Note:

(39) Queste argomentazioni sono riprese da TAR Lazio, 23 maggio 2005 n. 4047, ove si specifica che l'indagine osservazionale è basata sull'esame al microscopio di eventuali anomalie di sviluppo dell'embrione creato in vitro, mentre l'indagine genetica è caratterizzata dal prelievo di una cellula per esaminarla (V. Pugliese, *op. cit.*, 57).

(40) Trib. Cagliari, 16 luglio 2005, n. 574.

(41) Corte cost., 9 novembre 2006, n. 369. In dottrina, A. Celotto, *La Corte costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, 3849; A. Morelli, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità conseguenziale e selezione discrezionale dei casi* (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006, in *Forum Quaderini Costituzionali* 2006,

(42) Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Corr. merito*, 2008, 313, con nota di G. Casaburi, *Procreazione assistita: il Tribunale di Cagliari dà la luce verde alla diagnosi preimpianto* e in *Fam. e dir.* 2007, cit. In dottrina, A. Gorgoni, *Il diritto alla diagnosi preimpianto dell'embrione*, cit., 604; S. Della Bella, *La svolta: il Tribunale di Cagliari e il Tribunale di Firenze ammettono la diagnosi preimpianto*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 5, 419.

(43) In dottrina si specifica che "(L)'espressione non è definita nella Convenzione, ma la sua portata è stata ulteriormente discussa nel quadro dell'elaborazione del protocollo addizionale. La relazione esplicativa all'articolo 8 del protocollo addizionale precisa che la consulenza genetica è un processo individualizzato che tenga conto, in particolare, il contesto psicologico e familiare della persona interessata e coinvolgendo uno scambio tra lui o lei e la persona che fornisce la consulenza. Si è pertanto ritenuto che la consulenza genetica potrebbe variare in forma e misura, in conformità, in particolare, con le implicazioni del test e il loro significato per la persona interessata o dei membri della sua famiglia, tra cui possibili implicazioni per le scelte di procreazione" (L. Lwoff, *Council of Europe adopts protocol on genetic testing for health purposes*, in *European Journal of Human Genetics* (2009) 17, 1374-1377; doi:10.1038/ejhg.2009.84).

(44) E. Dolcini, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, 36; T. Auletta, *Implicanze giuridiche nella procreazione assistita*, in S. Consoli, V. Rocca, *Embrioni, cellule e persona: biomedicina, giurisprudenza ed etica a confronto*, Firenze, 2008, 71.

(45) Trib. Firenze, 19 dicembre 2007, cit..

(46) TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, cit. In dottrina, S. Penasa, *Tanto tuonò che piovve: l'illegittimità parziale delle Linee Guida e la questione di costituzionalità della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 4, 499.

(47) V. Pugliese, *op. cit.*, 80.

nee Guida del 2004 che statuivano la natura osservazionale dell'indagine relativa allo stato di salute degli embrioni poiché è compito delle Linee Guida stabilire norme di alto contenuto tecnico e non intervenire in materia di procreazione medicalmente assistita, materia coperta dalla riserva di legge. Dall'altro lato i giudici amministrativi sollevavano una questione di legittimità costituzionale in merito all'art. 14, commi 2 e 3 della legge 40/2004 relativi al divieto di creazione di un numero di embrioni superiore a tre e il divieto di crioconservazione degli embrioni soprannumerari. Tali norme apparivano slegate da ogni concreta valutazione sulla riuscita dell'impianto, in quanto escludevano «la possibilità di consentire l'accertamento delle molte variabili che accompagnano la vicenda della procreazione assistita, quali ad esempio la salute e l'età della donna interessata e la possibilità che la donna produca embrioni non forti» (48), non nel temuto senso di "geneticamente superiori", ma in grado di concludere felicemente una gravidanza (49). Una seconda ordinanza che sollevava una questione di costituzionalità è stata emanata dal Tribunale di Firenze (50) dove veniva criticato sotto il profilo della irragionevolezza il percorso "diagnostico-terapeutico" astrattamente confezionato dalla legge 40/2004, "che lega(va) le mani al medico (51)" in violazione al codice deontologico, che imponeva al sanitario di curare il paziente seguendo i canoni migliori della scienza e dell'arte medica, caratterizzate dalla continua evoluzione nella pratica clinica e non stabilizzate dal dettato positivo delle norme di legge. Infatti, la diagnosi preimpianto era resa concretamente impossibile da alcuni elementi caratterizzanti la legge 40/2004, cioè il divieto assoluto di congelamento degli embrioni, il divieto di realizzazione di più di tre embrioni e l'obbligo di impiantarli tutti, costringendo allo stesso momento la donna a ripetere i cicli di stimolazioni ormonali e i prelievi di ovociti, senza valutazione delle sue condizioni personali, quali età e stato di salute (52). A siffatte questioni di costituzionalità si aggiungeva una ulteriore ordinanza del Tribunale fiorentino (53), dove si censurava, per violazione degli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, gli artt. 5 e 6 della legge 40/2004 poiché prevedevano l'irrevocabilità della manifestata volontà alla sottoposizione del trattamento di procreazione medicalmente assistita. Con la sentenza 8 maggio 2009, n. 151 (54) la Corte costituzionale non è intervenuta esplicitamente sull'ammissibilità della PGD, (55) limitandosi a stabilire l'incostituzionalità dell'obbligo dell'unico e contemporaneo impianto di tre embrioni, "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 (56). La dottrina si è divisa sulle conseguenze di questa argomentazione in merito alla liceità della PGD. Secondo una parte di essa, la Corte si è espressa con un presupposto logico, il quale si basa sulla corretta pratica medica, ovvero l'analisi degli embrioni da impiantare, nella tutela della salute della paziente che li dovrà ricevere, fermo restando il divieto di pratiche eugenetiche (57). Altra dottrina sostiene che non essendo stato affrontato esplicitamente il punto, la diagnosi preimpianto è da considerarsi ancora proibita (58). Altri ancora affermano che la questione è stata superata con l'emanazione delle Linee Guida del 2008 (59), ade-

**Note:**

(48) TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, cit.

(49) V. Pugliese, *op. cit.*, 83.

(50) Trib. Firenze, 12 luglio 2008.

(51) G. Ferrando, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, relazione esposta all'incontro di studio: "Il giudice e le decisioni di inizio e fine vita", Roma, 16 - 18 settembre 2009, consultato su [www.csm.it](http://www.csm.it), p.8.

(52) G. Ferrando, *ult. op. loc. cit.*

(53) Trib. Firenze, 26-28 agosto 2008.

(54) Cfr. nota 27. In dottrina: sulla sentenza cfr. i commenti di G. Ferrando, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, in questa Rivista, 2009, 9, 1216 ss.; U. Villani, *Procreazione assistita e corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette e indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della l. n. 40/2004*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 475 ss.; U. Salanitro, *Principi e regole, contrasti e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 2, 85; M. D'Amico, I. Pellizzone, (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, cit.

(55) S. La Rosa, *La diagnosi genetica preimpianto*, cit., 845.

(56) Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit.

(57) E. Dolcini, Presentazione, in M. D'Amico, I. Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, cit., 13.

(58) F. R. Fantetti, *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 8-9, 683; N. Boschiero, *L'intervento della Consulta sulla legge 40/2004: considerazioni introduttive*, in M. D'Amico, I. Pellizzone, *I diritti delle coppie infertili*, cit., 131.

(59) Infatti, si osserva in dottrina che "(L)e linee guida del 2008 confermano il divieto di diagnosi preimpianto a finalità eugenetica, ma eliminano le ultime tre disposizioni delle precedenti linee guida che prevedevano: il carattere puramente «osservazionale» di ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro; il fatto che, qualora l'indagine avesse rilevato gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione, la coppia ne veniva informata; in caso di mancato trasferimento dell'embrione, la sua coltura in vitro dovesse proseguire fino al suo estinguersi (art. 13, «Sperimentazione sugli embrioni umani»). Tali disposizioni sono state eliminate tenendo conto dei recenti orienta-

(segue)

guatesi all'interpretazione della giurisprudenza (60). Nonostante ciò rimaneva irrisolto il punto sulla discriminazione nell'accesso alle tecniche di PGD da parte delle coppie che, seppur fertili, sono consapevoli del rischio di trasmissione di gravi patologie ai nascituri e pertanto sono orientate a chiedere diagnosi predittiva. La giurisprudenza di merito riprende il filo del dibattito con tre provvedimenti (61) che ordinano alle strutture sanitarie di svolgere le diagnosi preimpianto. Tali ordinanze si rifanno ai valori tutelati dalla Corte costituzionale con la sentenza 151/2009 in merito alla protezione della salute della donna (62), alla tutela della maternità e del feto (63), alla consapevolezza della madre sullo stato di salute degli embrioni, diritto esteso a entrambi i genitori (64), nonché l'accoglimento delle posizioni di una certa dottrina sul diritto a generare un figlio sano (65).

### **Gli interventi della giurisprudenza di Lussemburgo e Strasburgo**

Anche se la materia della fecondazione in vitro non è pertinente all'applicazione del diritto dell'Unione Europea non si può esulare dal riferire di una importante pronuncia della Corte di giustizia in materia di tutela della dignità dell'embrione. Ci si riferisce al caso *Brüstle* (66): seppure la questione posta alla Corte riguardasse esclusivamente il divieto di brevettabilità e di commercializzazione di prodotti provenienti da cellule staminali embrionali umane, ampia parte delle dottrine e della giurisprudenza (67) ne hanno utilizzato i passaggi argomentativi per ribadire l'intangibilità dell'embrione umano, provocando quale conseguenza il paradossale aggravarsi della frattura tra le opinioni contrapposte (68). L'approccio della Corte europea dei diritti umani è stato diverso, infatti i giudici di Strasburgo hanno dato atto che non esiste a livello europeo una soluzione condivisa sulla qualificazione dello status dell'embrione. Tale orientamento è presente già nelle decisioni più risalenti (69), nelle quali la Corte non aveva preso posizione sulla qualificazione del diritto alla vita del feto nei confronti dell'intenzione della madre di abortire (70). Infatti, nel caso *Vo c. Francia* (71), seppure riconoscendo la dignità del nascituro, la Corte ha dato atto del disaccordo europeo generalizzato sullo status giuridico dell'embrione e sul fatto che non vi fossero al momento riscontri scientifici che consentissero di orientare la questione. In conseguenza di ciò non vi sarebbe una convergenza sostanziale di opinioni, scientifiche e giuridiche, sui due punti centrali della questione: a) sull'esclusione dell'embrione quale soggetto del di-

ritto alla vita; b) se il diritto alla vita dell'embrione è collegato a quello della madre, quindi che il diritto alla sua salute sia subordinato alla cura della salute materna. Va sottolineato che nel caso concreto portato davanti ai giudici di Strasburgo, la *Cour de Cassation* stabilì che al feto non può riconoscersi la qualifica di persona e che quindi non è ipotizzabile

#### **Note:**

(continua nota 59)

menti giurisprudenziali". (I. Ambrosi, M. D'Auria, *Le recenti linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita e la questione di legittimità costituzionale della l. n. 40 del 2004 posta all'esame della Corte costituzionale*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 8-9, 763; E. Dolcini, *Presentazione*, cit.).

(60) In particolare TAR Lazio 21 gennaio 2008, n. 398, cit.

(61) Trib. Bologna, 17 giugno 2009; Id., 29 giugno 2009; Trib. Salerno, 9 gennaio 2010.

(62) Trib. Bologna, 17 giugno 2009, cit.;

(63) Trib. Bologna, 29 giugno 2009, cit.;

(64) Trib. Bologna, 29 giugno 2009, cit.

(65) Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, cit.

(66) Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 18 ottobre 2011, n. C-34/10, *Brüstle c. Greenpeace e V*. La vicenda sorge dal deposito da parte di Oliver Brüstle di un brevetto relativo a cellule progenitrici neurali, isolate e depurate, aventi proprietà neurologiche e ancora in grado di moltiplicarsi. Il brevetto avrebbe potuto porre rimedio al problema tecnico della riproduzione illimitata di siffatte cellule, trovando applicazione nei trapianti di cellule del sistema nervoso e migliorando la cura di numerose malattie neurologiche, specie del morbo di Parkinson. Contro questo brevetto ha presentato ricorso l'associazione Greenpeace e V, in quanto proibito dalla legge tedesca di implementazione della direttiva CE/44/98, che all'art. 6 prevede il divieto di brevettabilità delle invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all'ordine pubblico o al buon costume, in particolare, al paragrafo 2) lett. c) il quale vieta "le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali" (Si consenta di rinviare sul punto a E. Falletti, *Brevettabilità, dignità e autodeterminazione: lo status dell'embrione di fronte alle Corti*, in corso di pubblicazione su *Diritti e culture per una formazione giuridica*)

(67) Trib. Spoleto, 3 gennaio 2012; Corte cost. 19 luglio 2012, n. 196.

(68) E. Bonadio, *Biotech Patents and Morality after Brüstle*, in *European Intellectual Property Review*, 2012, 7.

(69) Tra le decisioni in materia si ricordano: *Bruggemann e Scheuten v. Germany*, 12 luglio 1977 sul diritto della madre di abortire, *X v. United Kingdom*, 13 maggio 1980, sull'assenza della previsione del diritto alla vita per il "non nato" ai sensi della CEDU, *H. v. Norway*, 29 maggio 1992, dove si evidenziavano le divergenze sul punto tra i vari ordinamenti dei Paesi aderenti alla CEDU (In dottrina, P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, 97).

(70) . Silvestri, Il quesito sul diritto alla vita dell'embrione e/o del feto ex art. 2 CEDU rimane ancora insoluto nella sentenza *Evans c. Regno Unito* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 2006, in [http://archivio.rivistaic.it/cronache/giurisprudenza\\_comunitaria/embrione\\_evans/index.html](http://archivio.rivistaic.it/cronache/giurisprudenza_comunitaria/embrione_evans/index.html).

(71) Corte europea dei diritti umani, 8 luglio 2004. Il caso concerneva un errore medico subito dalla madre che aveva provocato la morte del nascituro (Cour de Cassation, chambre criminelle, 30 juin 1999, n. 97-82.351).

la fattispecie di omicidio. Nelle successive decisioni relative al caso Evans contro Regno Unito di Gran Bretagna (72) la Corte di Strasburgo non ha modificato la propria posizione, rinviando la soluzione della questione agli Stati aderenti e valorizzando al massimo il principio del margine di apprezzamento in ambito bioetico.

Anche la decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani *S. H. c. Austria* del 3 novembre 2011 (73), è utile in questo caso a confermare il principio dell'ampio margine di apprezzamento da parte degli Stati membri in materia di definizione e regolamentazione dell'embrione anche se essa tratta specularmente del diritto a diventare genitori, comunque garantito ex art. 8 CEDU, per mezzo di un intervento sul processo di formazione dell'embrione attraverso la fecondazione eterologa (74). Statuisce la Corte: «(P)oiché l'utilizzo della fecondazione in vitro ha sollevato e continua a sollevare questioni delicate di ordine etico e morale che rientrano in un contesto di progressi rapidissimi in campo medico e scientifico, e poiché le questioni sollevate dalla presente causa vertono su aree in cui non vi è ancora una omogeneità tra gli Stati membri, la Corte ritiene che il margine di discrezionalità di cui deve disporre lo Stato convenuto sia ampio» (75).

Più recentemente la Corte di Strasburgo si è espressa sulla disciplina della fecondazione medicalmente assistita, proprio in tema di accesso alla diagnosi preimpianto. Ci si riferisce al caso *Costa e Pavan c. Italia* del 28 agosto 2012 (76). La questione riguarda una coppia di coniugi portatori sani di fibrosi cistica, i quali lamentavano il divieto posto dalla legge 40/2004, in particolare dagli artt. 4 e 5 che consentono l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, e quindi alla diagnosi preimpianto alle coppie che, sulla base di accertamenti medici, risultino sterili o infertili. La fattispecie inerente i ricorrenti invece concerneva una coppia di sesso diverso ma fertile, infatti essi avevano già generato una figlia affetta dalla malattia e la signora aveva abortito un feto affetto dalla stessa malattia diagnosticata al feto nei primi mesi di gravidanza (77). Scoperta dunque la ricorrenza della trasmissione della malattia ai figli, la coppia si rese conto che per soddisfare il desiderio di avere figli non affetti dalla grave patologia avrebbero potuto soltanto rivolgersi alle tecniche di inseminazione in vitro e all'analisi genetica preimpianto al fine di evitare di impiantare embrioni non malati. A differenza di altre coppie di aspiranti genitori, i signori Costa e Pavan non si rivolsero alla magistratura italiana per ottenere una ordinanza che concedesse loro di accedere alla dia-

gnosi preimpianto, ma adirono direttamente la Corte di Strasburgo ai sensi dell'art. 35 della Convenzione europea dei diritti umani (78), che disciplina le condizioni di ricevibilità.

Più strettamente collegato al tema della diagnosi preimpianto, le argomentazioni sui presupposti richiamati dallo Stato Italiano riguardavano la tutela della salute del nascituro e della madre, la libertà di

**Note:**

(72) Il caso riguardava una donna che, in previsione di un intervento chirurgico ablativo sul proprio apparato riproduttivo, si era sottoposta, insieme al suo compagno, ad un trattamento di fecondazione in vitro. Tuttavia in seguito la relazione era cessata e la signora chiedeva di utilizzare gli embrioni anche senza il consenso dell'ex partner, ma così l'operazione non era più possibile ai sensi dello *Human Fertilisation and Embriology Act*.

(73) Invece, la Prima Sezione della Corte europea dei diritti umani, *S. H. et al c. Austria*, 1 aprile 2010, cit. aveva affermato che seppure «non esista un obbligo per gli Stati membri di adottare una legislazione che consenta la fecondazione assistita, una volta che questa sia consentita, nonostante il largo margine di discrezionalità lasciato agli stati contraenti, la sua disciplina dovrà essere coerente in modo da prevedere una adeguata considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti in accordo con gli obblighi derivanti dalla Convenzione».

(74) A questo proposito si ricorda che con l'ordinanza 22 maggio 2012 - 7 giugno 2012 n. 150 la Corte costituzionale ha restituito gli atti ai giudici remittenti che avevano sollevato questione di incostituzionalità dell'art. 4, comma 3 della legge 40/2004 interdittivo della fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologa (A. Verri, *A proposito dell'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale in tema di fecondazione eterologa*, 2012, consultabile su [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)). I Tribunali di Firenze, Catania e Milano avevano dato credito alla sentenza della Corte di Strasburgo emanata il 1 aprile 2010, *S. H. e altri contro Austria*, la quale affermava che il divieto di fecondazione eterologa violava tanto il diritto alla vita familiare ex art. 8 CEDU e il principio di non discriminazione ex art. 14 CEDU (Corte europea dei diritti umani, 1 aprile 2010, *S. H. e altri contro Austria*, Ricorso n. 57813/00, in *Fam. e dir.* 2010, 977 con nota di U. Salanitro). Pertanto avevano sollevato questione di costituzionalità per violazione degli artt. 10 e 117 Cost. Al contrario, con la sentenza del 3 novembre 2011, la Grande Camera della Corte dei diritti umani ha ribaltato la decisione affermando sulla fecondazione in vitro eterologa solleva questioni di ordine etico e morale "che rientrano in un contesto di progressi rapidissimi in campo medico e scientifico, e poiché le questioni sollevate (...) vertono su aree in cui non vi è ancora una omogeneità tra gli Stati membri". Pertanto la Corte ha ritenuto che lo Stato convenuto debba disporre di un ampio margine di discrezionalità (C. Murgo, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*, in *Nuova civ. comm.*, 2012, 3, 233).

(75) B. Liberali, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il c.d. Time Factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1/2012.

(76) Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, n. 54270/10, cit.

(77) P. Venturi, *Sulla legittimità della legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita in relazione alla Cedu*, in *Giur. it.*, 2012, 10.

(78) A. Pecorario, *A Strasburgo c'è un "Judge in the Town": analisi del caso Costa e Pavan contro Italia in materia di diagnosi genetica preimpianto*, 2012, consultato su [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

coscienza e dell'etica del sanitario coinvolto nella procedura di PMA e, apoditticamente, si richiama il pericolo di deriva eugenetica. Invece, la Corte ha rigettato tali istanze qualificandole insufficienti per giustificare la deroga ai sensi dell'art. 8, comma 2 CEDU poiché da un lato non è sostenibile l'assimilazione tra embrione coltivato in vitro e bambino già nato (79); dall'altro la Corte sostiene la non coerenza con la tutela della salute della donna la possibilità, ammessa dall'ordinamento italiano, di procedere all'aborto terapeutico per le medesime patologie per cui è interdetta la diagnosi preimpianto. Del pari, la Corte evidenzia la carenza argomentativa della difesa del Governo in merito alle due ulteriori motivazioni, ovvero l'impedimento di derive eugenetiche e il collegamento tra queste e la tutela della libertà professionale dei professionisti sanitari (80). Tuttavia è la Corte a presentare una spiegazione alla debolezza di siffatte argomentazioni governative evidenziando l'incoerenza tra l'impianto normativo della legge 40/2004, che da una parte vieta la selezioni degli embrioni coltivati in vitro e non affetti dalla fibrosi cistica ai fini dell'impianto nell'utero materno, mentre dall'altra ammette l'aborto terapeutico per il caso che il medesimo embrione sia malato della stessa patologia. Si osserva dunque che la Corte fa proprie le osservazioni sollevate dalla giurisprudenza di merito nella rilettura costituzionalmente orientata della legge 40/2004 (81). Ulteriormente i giudici di Strasburgo, che hanno sottoscritto la decisione in discussione all'unanimità, sottolineano che non viene riconosciuto il diritto ad avere dei figli sani, i cui caratteri genetici forti siano preselezionati nell'embrione fecondato, né questo è richiesto dai ricorrenti, poiché seppure evitato il rischio della malattia, permarrebbero invariate le restanti incognite della gravidanza e della presenza di altre patologie (82). Inoltre, la Corte non manca di analizzare alla luce della comparazione giuridica il panorama della disciplina degli altri Paesi sottoscrittori della CEDU sul tema e osserva che in tema di fecondazione omologa con possibilità di diagnosi selettiva (giustificata dal contagio di malattie incurabili una volta contratte), per coltivazioni di embrioni in vitro "la posizione italiana è minoritaria, se non isolata, comune soltanto a Austria e Svizzera (83). Pertanto è riscontrabile un *consensus* di orientamento opposto a quello italiano e quindi i margini di apprezzamento risultano essere più limitati e ne consegue un controllo più serrato sui margini di proporzionalità e adeguatezza (84) che comporta la censura della normativa italiana.

## Conclusioni e prospettive

In seguito alla pronuncia *Costa e Pavan c. Italia* una nuova coppia di coniugi infertili ha instato in via d'urgenza per accedere alla diagnosi preimpianto poiché entrambi sono portatori sani di gravi patologie ereditarie. Il giudice cagliaritano (85) ha accolto la richiesta non solo richiamando l'interpretazione della giurisprudenza costituzionale e di merito ma facendo esplicito riferimento alla decisione della Corte di Strasburgo, anzi giustificando la concessione del provvedimento d'urgenza riferendosi alla normativa sovranazionale. Infatti, osserva il giudicante che «(N)ella fattispecie in esame, si deve ritenere certamente possibile una interpretazione adeguatrice della norma interna, in quanto le norme della Convenzione, nel significato attribuito dalla Corte di Strasburgo con la recente pronuncia, peraltro non definitiva (...), appaiono conformi alla nostra Carta, nella lettura offerta anche dalla più volte citata sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009, laddove ha esaminato il bilanciamento tra gli interessi contrapposti» (86).

Ciò nonostante, il Governo italiano ha presentato domanda di rinvio alla Grande Chambre della Corte di Strasburgo nell'ultimo giorno utile proprio contro la citata decisione. Dalla lettura del comunicato governativo i motivi adottati non paiono di sostanza, ma di mera forma; nello specifico, relativamente alla necessità di salvaguardare l'integrità e la validità del sistema giudiziario nazionale, senza entrar e nel merito delle scelte normative adottate dal Parlamento né di possibili nuovi interventi legislativi (87). Secondo il Governo tale istanza di rinvio si è resa necessaria perché la coppia di coniugi ha instato la sua domanda direttamente alla Corte di Strasburgo, senza esaurire i rimedi interni e senza tenere in adeguata considerazione il margine di apprezzamento riconosciuto dalla CEDU nell'ambito delle legislazioni nazionali.

### Note:

(79) Corte europea dei diritti umani, 28 agosto 2012, cit. In dottrina, P. Venturi, *op. cit.*

(80) P. Venturi, *op. cit.*

(81) Trib. Cagliari, 22 settembre 2007, cit.; TAR Lazio, 21 gennaio 2008, cit.

(82) P. Venturi, *op. cit.*

(83) Corte europea dei diritti umani, 28 agosto 2012, cit.

(84) P. Venturi, *op. cit.*

(85) Trib. Cagliari, 14 novembre 2012, inedita

(86) Trib. Cagliari, 14 novembre 2012, cit.

(87) Governo Italiano, comunicato stampa del 28 novembre 2012, <http://governo.it/Presidenza/Comunicati/dettaglio.asp?d=69911>