

Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*

di Marta Giacomini **
(28 giugno 2015)

La Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 96 del 2015, è intervenuta nuovamente sull'assetto della legge n. 40 del 2004 consentendo alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche di ricorrere alla diagnosi preimpianto. La Corte ha ritenuto che il divieto imposto dalla norma fosse del tutto irragionevole sotto il profilo del bilanciamento degli interessi coinvolti, con riferimento alla tutela della salute della donna e, specialmente, a quella dell'embrione.

Questa pronuncia si inserisce all'interno di una rete di altre precedenti decisioni che, nel loro contenuto essenziale, sono ripercorse a cominciare dalla sentenza n. 151 del 2009. In particolare, la Consulta si è pronunciata sulla legittimità di alcuni dei profili della legge n. 40, eliminando l'obbligo all'unico e contemporaneo impianto degli embrioni creati ed il limite al numero degli embrioni da impiantare, dichiarando inoltre l'incostituzionalità dell'immediato trasferimento degli embrioni senza tenere presente il pregiudizio arrecato alla salute della donna.

Con la decisione del 2009 la Corte ha così ridefinito la disciplina della fecondazione alla luce del necessario bilanciamento tra i diritti dell'embrione ed il nuovo valore costituzionale delle *"giuste esigenze di procreazione"*. Lo stesso principio è stato richiamato anche nella sentenza n. 162 del 2014 per dichiarare l'illegittimità del divieto assoluto alla fecondazione eterologa le cui conclusioni vertono sul presupposto che la PMA abbia implicazioni su una pluralità di interessi costituzionali che comportano la definizione di un *"ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze nel rispetto della dignità della persona umana"*.

L'ultima recente sentenza della Corte ha pertanto seguito lo stesso approccio delle decisioni che l'hanno anticipata, affrontando il divieto di accedere alla diagnosi genetica preimpianto, non solo dal punto di vista del principio ma, anche, con l'intento di offrire un'ampia panoramica del tema. Il divieto in esame era infatti già stato oggetto di alcune pronunce giurisprudenziali seguite all'entrata in vigore della legge n. 40 che ne avevano, però, riconosciuto la sua legittimità, evidenziando che il ricorso a tale tecnica avrebbe rischiato di diventare una forma di selezione eugenetica tra embrioni sani ed embrioni malati, in violazione del chiaro disposto stabilito dall'art. 13 comma 3, lett. b) della stessa legge.

Le vicende che negli anni si sono succedute attorno alle tecniche di fecondazione sono sempre state oggetto di accesi dibattiti riconnessi alla sfera della tutela della persona, al contemperamento di ideologie politiche, etiche e religiose, influenzate anche dall'apporto della giurisprudenza nazionale ed europea.

È in questo contesto che si iscrive la legge n. 40 del 2004 con cui l'Italia, in ritardo rispetto alle altre esperienze europee, ha cercato di disciplinare la materia dopo un lungo ed articolato scontro intorno all'opportunità di ammetterla o di vietarla, concluso con una convocazione referendaria. Il risultato è stato una disciplina che, pur avendo l'intento di fissare i presupposti e le modalità di svolgimento della PMA imponendo precisi limiti e divieti, ha evidenziato, sin dall'inizio, i suoi punti di criticità tanto da farla diventare oggetto di censure di illegittimità costituzionale che l'hanno fortemente ridimensionata.

* Scritto sottoposto a *referee*.

Non fa eccezione la decisione n. 96 del 2015 che, come anticipato, pur non risolvendo appieno le questioni giuridiche in materie di selezione degli embrioni, si muove in conformità del percorso tracciato dalle pronunce che l'hanno anticipata, comprese quelle della Corte EDU. La vicenda oggetto della questione di legittimità costituzionale ricalca, infatti, una situazione analoga al caso dei coniugi *Costa e Pavan c. Italia* (n. 54270/10, 28 agosto 2012), ripreso anche nelle motivazioni della Corte costituzionale. Nel 2012 la Corte EDU stabilì, infatti, che il divieto di poter ricorrere alle tecniche di procreazione artificiale e della diagnosi preimpianto, opposto dalla legge n. 40 alle coppie fertili ma portatrici di patologie geneticamente trasmissibili, costituisca una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della CEDU ledendo, anche, il loro diritto a concepire un figlio sano. Si deve però tenere presente che, in questo caso, i ricorrenti *Costa e Pavan*, avevano ottenuto l'esecuzione diretta della sentenza della Corte di Strasburgo senza dover attendere che la normativa italiana si adeguasse a quanto era stato stabilito dalla Corte EDU. (Si rimanda sul tema alle considerazioni svolte da B. Randazzo, *La bulimia della Corte dei "desideri". (Corte EDU, Costa e Pavan c. Italia, sent. 28 agosto 2012 – 11 febbraio 2013)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2013).

La decisione n. 96 del 2015 prende avvio con due procedimenti civili cautelari promossi da due coppie di coniugi che chiedevano di essere ammessi alla procreazione medicalmente assistita mediante diagnosi preimpianto al fine di evitare il rischio di trasmettere ai figli la malattia genetica di cui, in entrambi i casi, uno dei componenti della coppia era risultato portatore a seguito degli esami diagnostici prenatali svolti durante una precedente gravidanza e poi interrotta con il ricorso all'aborto terapeutico, poiché il feto risultava affetto da tale patologia. Questa metodologia diagnostica permette, infatti, attraverso la tecnica del prelievo di una o più cellule dall'embrione prima del suo impianto nell'utero materno, di accertare se l'embrione stesso sia portatore o meno di determinate gravi malattie e, quindi, di conoscerne lo stato di salute prima del suo impianto.

Il Tribunale di Roma aveva sollevato due separate, ma identiche, questioni di legittimità costituzionale della norma che vieta l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie portatrici di malattie genetiche per contrasto con gli articoli 2, 3, 32 e 117, comma 1 della Costituzione, in riferimento agli articoli 8 e 14 CEDU.

La Consulta, tra i diversi parametri proposti dal giudice *a quo* (artt. 2, 3, 32, 117 comma 1 della Costituzione), affermata l'impossibilità di disapplicare la norma interna per contrasto con le norme CEDU e di individuare un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni oggetto della censura, ha stabilito che nonostante "*l'univoco e non superabile tenore letterale della prescrizione*" da cui si evince che il ricorso a dette tecniche sia "*comunque circoscritto ai casi di sterilità o infertilità*", ha dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni per violazione degli artt. 3 e 32 della Costituzione.

Con riferimento all'art. 3 della Costituzione ha dichiarato che vi sia un "*insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto*" per le coppie, affette da gravi malattie geneticamente trasmissibili, di accedere alla PMA con diagnosi preimpianto. L'irragionevolezza, in coerenza con il percorso argomentativo seguito nel 2012 dalla Corte EDU nel caso *Costa e Pavan c. Italia*, consiste nella "*palese antinomia normativa*" che vede da una parte, la legge n. 40 del 2004 che vieta la selezione degli embrioni preimpianto e, dall'altra, la legge n. 194 del 1978 che, allo stesso tempo, autorizza l'interruzione volontaria della gravidanza nel caso in cui il feto sia affetto dalla patologia di cui i ricorrenti sono portatori e che, proprio grazie alla diagnosi preimpianto, vorrebbero scongiurare.

Nelle motivazioni, la Corte definisce il divieto espresso dalla legge n. 40 come “irragionevole” ed “irrazionale”. *Irragionevole* in termini di bilanciamento degli interessi coinvolti che, oltre a violare il diritto alla salute della donna ex art. 32 della Costituzione, non tutelerebbe il nascituro che sarebbe comunque esposto al rischio di un’interruzione di gravidanza. *Irrazionale* alla luce di quanto previsto dalla legge n. 194 nella parte in cui non consente alle coppie, affette da gravi malattie geneticamente trasmissibili, di ricorrere alla diagnosi preimpianto al “*fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro*” mantenendo, tuttavia, un chiaro richiamo al criterio della “gravità” previsto dalla legge n. 194.

Dalle argomentazioni della Corte emerge che la dichiarazione di incostituzionalità del divieto normativo si fonda su parametri interni e non su quelli convenzionali. In tal modo ricorda che nei rapporti intercorrenti tra l’ordinamento italiano e la CEDU, in caso di incompatibilità, è previsto un giudizio di legittimità costituzionale ex art. 117, primo comma, della Costituzione e non la diretta applicazione della Convenzione. (Per un approfondimento si richiama l’analisi svolta da F. Viganò, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 giugno 2015)

La Corte di Strasburgo, non deve stabilire il significato della legge nazionale ma valuta se, il modo con cui sia stata applicata nel caso sottoposto alla sua attenzione, abbia violato la CEDU. Infatti, se i giudici comuni devono interpretare il diritto interno in conformità alle norme della CEDU, allo stesso tempo, hanno il compito di adottare, per tale diritto, una lettura conforme alla Costituzione, in nome del “*predominio assiologico di questa sulla CEDU*”. (cit. D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2015)

La Consulta, pur lasciando intendere la volontà di chiarire definitivamente che la diagnosi preimpianto sia ammessa dalla legge n. 40, afferma, analogamente alla sentenza n. 162 del 2014, di non limitarsi a dichiarare l’incostituzionalità delle disposizioni ma di inviare un monito al legislatore, chiamato all’individuazione, anche periodica, sulla base dell’evoluzione tecnico-scientifica delle malattie per cui è possibile autorizzare la diagnosi preimpianto; patologie che dovranno in ogni caso rispondere al criterio normativo di gravità per cui la legge 194 del 1978 consente l’aborto oltre il terzo mese di gravidanza.

Nelle motivazioni delle Corte, pur avendo dato risposta alle esigenze di tutela sollevate nel caso di specie, si deduce che il divieto al ricorso della diagnosi preimpianto sia stato superato solo parzialmente, spettando, infatti, al legislatore il compito di indicare le patologie per le quali autorizzare questa metodologia diagnostica. Sorge pertanto spontaneo domandarsi sulla base di quale ideale scala valoriale si potrà distinguere l’indice di gravità delle malattie genetiche che, se pur regolate da parametri scientifici e, come stabilito dalla stessa Corte, aggiornate periodicamente, potrebbe spesso non coincidere con il margine di apprezzamento soggettivo della coppia interessata alla diagnosi.

Quello che si prospetta per il legislatore non è un compito facile ed il richiamo al parametro della “gravità” di cui alla legge 194 del 1978 presuppone che per ricorrere alla diagnosi preimpianto non sia sufficiente una seria malformazione del feto bensì la

dimostrazione che tale anomalia 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.

L'accertamento di tutte queste condizioni dovrà, inoltre, essere svolto da strutture pubbliche e, ancora una volta, sarà onere del legislatore stabilire, per questi centri, le forme di autorizzazione e controllo su scala statale e regionale, nonché le procedure in conformità alle quali operare alla luce anche dei costi che graveranno sulla sanità pubblica.

La Corte, pur avendo adempiuto al compito di pronunciarsi sulla ragionevolezza del divieto, ha di fatto lasciato una disciplina da riscrivere. Il tanto menzionato "*contemperamento degli interessi*" rischia di incontrare dei limiti di attuazione, specialmente sotto il profilo della garanzia di tutela di questi diritti eticamente sensibili.

Alla luce di tali considerazioni è prevedibile che la Corte costituzionale, come la Corte EDU, saranno nuovamente chiamate a pronunciarsi a riguardo. Fino a quando non vi sarà un intervento legislativo che ne definisca i parametri, la possibilità di accedere alla diagnosi preimpianto crea, e creerà, molte aspettative alle coppie intenzionate a ricorrervi. Le singole vicende personali, che si svilupperanno parallelamente al progresso scientifico, finiranno così per sollevare altri interrogativi, primo tra tutti cosa debba intendersi per "*gravità*".

** Dottoranda di ricerca, Università di Verona.