

FRANCA MEOLA

L'ACCESSO ALLA DIAGNOSI PRE-IMPIANTO NELLA COMPARAZIONE TRA L'ORDINAMENTO ITALIANO E QUELLO SPAGNOLO

Sommario: 1. Per un vaglio critico del merito e del metodo delle scelte legislative in tema di PMA nella comparazione tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo. 2. L'accesso alla diagnosi preimpianto in Italia: il controverso dettato legislativo nella valutazione giudiziale. 3. L'uso della diagnostica preimpianto in Spagna: la chiara strumentalità di tale indagine ai fini procreativi e di ricerca propri della nuova legge sulle tecniche di riproduzione umana assistita. 4. Leggi, diritti, interpretazione giudiziale. Per una valutazione critica del formante giurisprudenziale.

1. All'interno del più ampio contesto europeo, comunque complesso ed articolato in ragione della diversità di approccio dei singoli ordinamenti alle richieste di regolamentazione del settore della fecondazione *artificiale*¹, e della conseguente disomogeneità delle soluzioni normative da essi offerte al tema, la legge in materia di procreazione medicalmente assistita, varata dal Parlamento italiano nel 2004², ha indubbiamente, fin da subito, assunto un rilievo assolutamente peculiare.

L'impianto «patologicamente» impositivo, i contenuti eccessivamente punitivi, e le ricadute di forte impatto sociale che la connotano, hanno, infatti, prontamente permesso di additare in essa una tra le leggi più controverse in tema; e ciò non solo sotto il profilo etico, ma anche sotto quello più propriamente giuridico.

* Il presente contributo si intende concluso prima della pronuncia da parte della Corte Costituzionale della sentenza del 5 giugno 2015, n. 96.

1 Benché oramai assai diffusa nel linguaggio corrente, si è correttamente fatto notare che «l'espressione *fecondazione artificiale* andrebbe sostituita con quella di *fecondazione assistita*. Il termine *artificiale* tende a porsi come connotazione negativa di valore, mentre in realtà la fecondazione continua ad essere contrassegnata dalla naturalità; una naturalità che viene tuttavia favorita da un intervento di assistenza sanitaria»; così C. MAGNANI, *La procreazione artificiale come libertà costituzionale*, Urbino, 1999, 20, che, sul punto, riporta le considerazioni svolte da M. MORI, *La fecondazione artificiale*, Roma-Bari, 1995, 26.

2 Si tratta della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, avente ad oggetto *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, pubblicata in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004.

A marcare ancor più la peculiarità della normativa *de qua* è stata la distanza, immediatamente palesatasi, tra le prescrizioni in essa contenute e quelle positivizzate in altri Stati, quale la Spagna, il cui tessuto costituzionale, assolutamente *omogeneo*³ a quello italiano, avrebbe, al contrario, dovuto consentire un'assimilazione tra i due sistemi ordinamentali altresì sotto il profilo legislativo, specie nell'ambito di cui si sta trattando ed alla luce della sostanziale convergenza espressa dalla Corte costituzionale italiana e dal *Tribunal Constitucional* iberico riguardo al(le modalità di) bilanciamento tra i diversi beni costituzionali coinvolti nelle vicende riguardanti l'inizio vita.

Dopo aver, per la prima volta, significativamente riconosciuto che la tutela del concepito ha «fondamento costituzionale», «sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie», già anni fa in Italia, in esito al giudizio di costituzionalità che li vede impegnati nella definizione dei molti dubbi di legittimità sollevati con riguardo alla normativa penalistica che, al tempo, sanzionava il ricorso all'aborto, i giudici costituzionali, in maniera altrettanto incisiva, evidenziano la necessità di non disgiungere questa premessa «dall'ulteriore considerazione che l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione»; e ciò, perché, prosegue la Corte, «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»⁴. Da tale «asimmetria», allora, il riconoscimento, da parte dei

3 È stato opportunamente rilevato – a proposito di una possibile comparazione tra l'esperienza costituzionale italiana e quella spagnola – che si tratta di «due Costituzioni separate cronologicamente dallo spazio di trenta anni, ma unite da tanti fattori ed elementi: riguardo alla loro genesi, al processo di elaborazione, allo spirito di consenso al quale risposero e, soprattutto, ai valori di riferimento»; così G. ROLLA (a cura di), *Il X anniversario della Costituzione spagnola. Bilancio, problemi, prospettive*, Siena, 1989.

4 Corte Costituzionale, sentenza del 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, 120 ss., ed ivi i commenti di R. D'ALESSIO, *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, 528 ss.; e S. BARTOLE, *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, 2099 ss. A distanza di più di un ventennio la Corte costituzionale, sentenza del 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, I, 281ss., torna ad affrontare la tematica e, per la prima volta, dopo aver precisato che il «diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili [...] che occupano nell'ordinamento una posizione privilegiata», riconosce esplicitamente il «diritto del concepito alla vita»; così innovando rispetto alla precedente qualificazione di «situazione giuridica» contenuta nella sentenza del 1975. Tuttavia, anche in

giudici della Corte, della possibilità che la gravidanza possa essere interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno o pericolo grave, medicalmente accertato, a discapito del benessere fisico e dell'equilibrio psichico della gestante. Uguale dignità costituzionale, ma altrettanta insopprimibile necessità di un attento bilanciamento tra «plurime esigenze costituzionali», vengono, peraltro, nuovamente additate, quali ineludibili premesse di ogni successivo intervento legislativo in tali ambiti, nel monito rivolto molti anni più tardi dalla stessa Corte costituzionale all'organo parlamentare per sollecitarlo ad intervenire nel delicato settore delle nuove metodiche procreative, al fine di individuare «un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della *persona nata a seguito di fecondazione assistita*»⁵.

Analogamente, a distanza di anni, ricalcando in maniera pressoché fedele lo spirito e la lettera del pronunciamento della Corte costituzionale italiana, al pari di questa il *Tribunal Constitucional* spagnolo, dopo aver precisato che «*la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana*»⁶, sentenza in modo

occasione di tale pronuncia, la Consulta non manca di evidenziare, altrettanto espressamente, che «tale diritto può essere sacrificato solo nel confronto con quello, pure costituzionalmente tutelato e da iscriversi tra i diritti inviolabili, della madre alla salute e alla vita». Per una lettura critica di tale pronuncia si rimanda, ivi, alle osservazioni di C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*; e di M. OLIVETTI, *La Corte e l'aborto, fra conferme e spunti innovativi*. Si legga, inoltre, al riguardo il commento di M. RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale?*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 347 ss.

5 Corte Costituzionale, sentenza del 26 settembre 1998, n. 347, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 2632 ss. Da ultimo, un efficace richiamo al principio di ragionevolezza, quale principio cardine cui deve ispirarsi il delicato bilanciamento dei diritti rilevanti nell'ambito dell'inizio vita è rinvenibile in Corte Costituzionale, sentenza del 09 aprile 2014, n. 162, in www.giurcost.it. Nell'occasione, infatti, è proprio l'evidente violazione del principio *de quo* che induce i giudici costituzionali a pronunciarsi per l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, positivizzato dal legislatore all'art. 4, comma 3, legge n. 40/2004, *cit.*

6 *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 53 del 1985, 18 maggio, in *Boletín Oficial del Estado*, 1985, n. 119, (FJ 5). In verità, il principio *de quo*, enunciato per la prima volta nella citata sentenza, resa in tema di interruzione volontaria della gravidanza, torna ad essere affermato dal TC nella sentenza n. 116 del 1999, 17 giugno, in tema di procreazione medicalmente assistita, in *Boletín Oficial del Estado*, 1999, n. 162. Con ciò, i giudici costituzionali spagnoli individuano nell'impianto dell'embrione in utero un preciso momento la cui rilevanza non si esaurisce sul piano del divenire biologico del prodotto del concepimento, ma

inequivoco che il nascituro costituisce un «*bien jurídico constitucionalmente protegido*»⁷. Tuttavia, anche per i giudici iberici, che in questo modo relativizzano anch'essi la tutela del concepito, «*como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones*»⁸. In particolare, e specificamente nel caso in cui «*de los supuestos en los cuales la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer*», non potendosi affermare l'automatica netta prevalenza di uno degli interessi in conflitto (ossia la vita del concepito) sull'altro (quale il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute della donna), «*el intérprete constitucional se vede obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos*»⁹. Del resto, osserva il *Tribunal Constitucional*, soprattutto in caso di grave pericolo per la vita o la salute della donna, «*si la vida del "nasciturus" se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender*

si estende a quello giuridico, perché, a partire da esso viene generato un terzo, distinto dalla madre e suscettibile di vita autonoma. Ciò che non può invece sostenersi nei riguardi del (pre)embrione *in vitro*; prima del suo impianto in utero, infatti, «*ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simple gametos son, a estos efectos, persona humana*», con l'ulteriore precisazione che: «*los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno*» sentenza n. 116/1999 *cit.* Per alcuni commenti sulle sentenze appena menzionate, intese singolarmente ovvero nel loro reciproco rapporto, si rimanda a: C. LEMA AÑÓN, *Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Parte I)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2000, n. 12, 47 ss.; G. ARRUEGO RODRÍGUEZ e R. CHUECA RODRÍGUEZ, *Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina. (Reflexiones constitucionales sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2000, n. 12, 91 ss.; M. DEL PILAR CAMARA AGUILA, *Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 junio)*, in *Derecho Privado y Constitución*, 1999, n. 13, 117 ss. In particolare, per quel concerne la progressività della tutela accordata dall'ordinamento spagnolo al prodotto del concepimento, in relazione alle sue diverse fasi di sviluppo, cfr. C.M. ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Comares, 2002, 184 ss.

7 *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 53 del 1985, *cit.*, (FJ 7).

8 *Ibidem*.

9 *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 53 del 1985, *cit.*, (FJ 9).

su derecho a la vida»¹⁰; in tal modo riproducendosi «quasi letteralmente il criterio generale di prevalenza della tutela della posizione giuridica della donna espresso dalla sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale»¹¹.

Pur senza negare spessore alle marcate differenze¹² che distanziano, non solo cronologicamente ma anche contenutisticamente, le pronunce appena richiamate, è indubbio una loro sostanziale continuità argomentativa, o meglio una stretta contiguità della giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* rispetto a quella della Corte costituzionale italiana. Entrambe finiscono per disegnare un quadro valoriale e di principio sostanzialmente concordante nelle sue coordinate fondamentali, ma soprattutto per marcare la necessità di un bilanciamento che non può realizzarsi in astratto *una tantum* ma deve, di volta in volta, compiersi nella considerazione dei casi concreti della vita.

A fronte di ciò, il carattere assolutamente dicotomico¹³ dei testi legislativi infine approvati nei due Paesi può certo dirsi conseguenza del diverso uso, da parte dei rispettivi organi di rappresentanza della volontà popolare, di quella discrezionalità politica che ad essi naturalmente spetta pur all'interno delle predette prescrizioni costituzionali. Anzi, può a ragione sostenersi che l'esercizio di tale discrezionalità sia risultato infine funzionale alla concretizzazione di quello stesso quadro costituzionale di riferimento, che, «fatta eccezione per la doverosità della tutela del nato»¹⁴, rimette comunque all'interprete, ed *in primis* al legislatore, la ricerca di un «ragionevole bilanciamento della pluralità confliggente di diritti e interessi costituzionali coinvolti»¹⁵.

E proprio il criterio della ragionevolezza, che avrebbe dovuto, *ex ante*, essere il principio guida a cui, in entrambi gli ordinamenti, l'organo legislativo avrebbe dovuto ispirare il proprio intervento in materia, diventa, a

10 *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 53 del 1985, *cit.*, (FJ 11).

11 Così, S. PENASA, *La necessaria concordanza fra formanti: il livello di litigiosità giurisdizionale quale parametro di valutazione dei diversi modelli di regolazione legislativa nel biodiritto?*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi (a cura di), *Forum BioDiritto. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita ed altri problemi*, Padova, 2009, 79.

12 Sul punto, cfr. M.P. IADICICCO, *L'aborto al vaglio dei giudici costituzionali in Italia e in Spagna*, in www.forumcostituzionale.it

13 Di una «concretizzazione» del «comune terreno costituzionale» «in modelli di regolamentazione legislativa che non pare eccessivo definire dicotomici» parla S. PENASA, *op. cit.*, 80.

14 Così, C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto pubblico*, 2004, n. 2, 506.

15 *Ibidem*.

posteriori, il criterio utile al fine di vagliare il modo di esercizio di quella discrezionalità politica che si è detto naturalmente competergli.

Obiettivo di una simile analisi, ovviamente, è stabilire quanto il diverso uso di quella stessa discrezionalità abbia condotto alla positivizzazione di norme comunque *utili*, o se, e in che misura, i continui correttivi giurisprudenziali alla legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita siano stati, e siano a tutt'oggi, sintomatici di un tentativo di recupero in via pretoria di quell'adeguatezza che, fin da subito, è parsa assente nelle risposte date dal legislatore italiano alle questioni di inizio vita, sia in termini di ragionevolezza del bilanciamento enunciato quanto di concreta efficacia delle soluzioni operative predisposte. E ciò soprattutto nel confronto con una normativa, quale quella spagnola¹⁶,

16 La Spagna è stato il primo paese europeo a dotarsi di una legislazione organica in materia di procreazione medicalmente assistita già alla fine degli anni '80. In particolare, sotto la guida del governo socialista di Gonzáles, furono approvate due diverse leggi, a contenuto fortemente «permissivo», e precisamente la *Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida*, e la *Ley 42/1998, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*. Con l'avvento al potere della destra di Aznar, la legge sulla procreazione assistita fu modificata, in senso restrittivo, dalla *Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la ley 35/1988, de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida* che, di fatto, limitava il numero di embrioni da creare ed impiantare nella donna, restringeva il numero di embrioni soprannumerari, e dava certezza al destino di essi. Tornato al potere il partito socialista, il governo di Zapatero originariamente tentò di limitare la portata della riforma del 2003 con l'approvazione di due regi decreti, e precisamente il regio decreto 1720/2004, del 23 luglio, con il quale si individuavano le tipologie fisiopatologiche che permettevano il superamento dei limiti generali stabiliti per la fecondazione di ovociti nei processi di riproduzione assistita, ed il regio decreto 2132/2004, del 29 ottobre, che disciplinava i requisiti e le procedure per richiedere lo sviluppo di progetti di ricerca con cellule staminali ottenute da embrioni soprannumerari. Più tardi, però, lo stesso governo Zapatero decise di sottoporre il quadro normativo ad una profonda revisione, al fine di potenziare le possibilità di ricerca. Vennero così approvate la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida* (che ha abrogato la legge 35/1988), e la *Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica* (che ha abrogato la legge 42/1988), con cui si è permessa la clonazione terapeutica. In buona sostanza, la legislazione spagnola è variata, non solo nel tentativo di adeguarsi alle più recenti scoperte scientifiche, ma soprattutto a seguito dell'alternanza al governo di partiti di opposto orientamento politico, in quanto tali espressione di diverse istanze di carattere etico-giuridico. Per un commento critico della normativa in questione, nell'ambito della dottrina spagnola si leggano i contributi di da I. ALKORTA IDIAKEZ, *Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida*, in *Derecho sanitario*, vol. 11, luglio-dicembre, 2003, 172 ss.; S. PANTALEÓN PRIETO, *Contra la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, in *Jueces para la Democracia*, 1988, n. 5, 19 ss.; e C.

che, al contrario, non è stata scalfita neppure in sede di controllo di costituzionalità¹⁷.

Alla definizione dell'obiettivo che l'analisi intende realizzare si accompagna peraltro una precisa scelta di metodo quanto alla sua impostazione. Tralasciando ogni altra valutazione che, sul piano strettamente teorico, le norme in questione potrebbero pur correttamente suscitare, la ragionevolezza delle opzioni legislative in esse cristallizzate verrà valutata proprio attraverso la lente giurisprudenziale, e, quindi, alla luce del modo in cui le istanze sociali sottese alla richiesta di accesso alle nuove tecnologie riproduttive, frustate dal dettato della legge, hanno poi trovato una diversa definizione nelle aule giudiziarie.

Infine, allo scopo di circoscrivere il campo d'indagine, rispettando comunque le finalità e la metodologia prescelte, tra le altre tecniche comunque controverse nella loro applicazione l'analisi si soffermerà, nello specifico, sulla diagnosi preimpianto. Oltre che in ragione della pluralità e diversità di pronunciamenti che la richiesta di accesso ad essa ha, fino ad oggi, provocato a fronte di un controverso dettato normativo, la particolare attenzione rivolta alla metodica in questione si giustifica in forza della sua naturale «neutralità»¹⁸ rispetto ai fini. È noto, infatti, che, al pari di ogni altro strumento diagnostico «a finalità conoscitiva», tale tecnica,

LEMA AÑÓN, *Una década de legislación sobre reproducción asistida y utilización de embriones: observaciones sobre su aplicación, constitucionalidad y perspectivas de futuro*, in *Jueces para la Democracia*, 2000, n. 37, 68 ss. Per una ricostruzione puntuale ed approfondita dei successivi interventi del legislatore spagnolo in materia da parte della dottrina italiana, cfr. M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. Casonato, T.E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 37 ss.

17 Si allude anzitutto a *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 212 del 1996, 19 dicembre, in *Boletín Oficial del Estado*, 1997, n. 19, che, specificamente, ha affrontato la questione della legittimità costituzionale della legge 42/1988 sulla donazione ed utilizzazione di embrioni e feti umani e di loro cellule, tessuti od organi, che consentiva la donazione di embrioni clinicamente non vitali o morti (art. 2, lett. c.); quindi a *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 116 del 1996, 25 giugno, in *Boletín Oficial del Estado*, 1996, n. 182, che ha ribadito la conformità della legge alle esigenze di protezione costituzionale dell'embrione. Assolutamente critica nei riguardi del contenuto di tali sentenze è M. CASINI, *Il diritto alla vita del concepito nella giurisprudenza europea. Le decisioni delle corti costituzionali e degli organi sovranazionali di giustizia*, Padova, 2001, 269 ss.

18 Sul punto si rimanda a C. Casonato, T.E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, cit.; E. PALMIERI, *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 263 e E. DOLCINI, *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, in *Corriere di merito*, 2009, 39 ss.

normalmente richiesta da soggetti affetti da gravi patologie genetiche, in funzione preventiva alle comuni e comunque differenti diagnosi prenatali¹⁹, e quindi allo scopo di consentire, a favore degli stessi, l'identificazione di malattie genetiche o di alterazioni cromosomiche in embrioni, ottenuti in *vitro* da loro, in fasi molto precoci di sviluppo e prima dell'impianto in utero, è sostanzialmente inidonea in sé ad incidere sui futuri utilizzi delle informazioni che essa stessa offre. Indiscutibilmente, nella concreta prassi applicativa, la sua «innata» neutralità potrebbe disperdersi, e di fatto si disperde, favorendo, in positivo, la riduzione del rischio di un'eventuale trasferimento ed impianto in utero di embrioni affetti da affezioni cromosomiche e/o genetiche, ma potendo, ugualmente, ed in negativo, spianare, secondo molti, la strada a forme di eugenetica «passiva»²⁰. È per questa ragione che, a fronte delle possibilità di impiego di tale metodica, il vaglio sulle modalità di esercizio della discrezionalità politica si presta a valutazioni assolutamente interessanti, soprattutto sotto il profilo del concreto bilanciamento posto a base della scelta normativa infine positivizzata. Opportunamente, infatti, sul punto è stato evidenziato che: «se [...] in ragione delle suddette luci ed ombre i Parlamenti rimangono tendenzialmente liberi di precludere, o meno, l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto alle coppie non sterili, né infertili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili, più che alla scelta legislativa in sé, la scienza costituzionalistica dovrebbe piuttosto guardare ai bilanciamenti di valore a tale, discrezionale, decisione inevitabilmente consequenziali. Se, cioè, i “mezzi” legislativi in tal senso predisposti [...] si dimostrino invero non incongrui rispetto ai “fini” avuti di mira»²¹.

19 La diagnosi prenatale, come tale, si avvale di una variegata molteplicità di tecniche reciprocamente convergenti quali, ad esempio, l'ecografia, l'amniocentesi, la fetoscopia, la villocentesi, la funicolocentesi, ecc.

20 Preoccupazioni di tal genere sono state espresse, in particolare, da M. MASTROPIETRO, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*, in *Diritto di famiglia*, 2005, 1379, e M. PETRONE, *Trattamento dei dati genetici e tutela della persona*, in *Famiglia e diritto*, 2007, nn. 8-9, 853 ss. In tema, benché precedenti all'approvazione del testo della legge n. 40/2004, si leggano le interessanti osservazioni di C. CASONATO, *Discriminazione genetica e nuove frontiere del diritto alla privacy*, in *Associazione italiana di diritto comparato, I diritti fondamentali in Europa: XV Colloquio Biennale AIDC*, Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001, *Atti del Convegno*, Milano, 2001.

21 Così, S. AGOSTA, *Dal mero restyling all'integrale riscrittura giurisprudenziale: più rassicurante e disteso il nuovo «volto» del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione*, op. cit.

Nella prospettiva indicata, dunque, le argomentazioni da ultimo addotte dal Tribunale di Cagliari²² a sostegno della pronuncia infine resa con riguardo alla problematica *de qua*, e le valutazioni che quelle stesse argomentazioni suscitano, assumono valore paradigmatico. Esse, infatti, non si limitano semplicemente a riassumere un articolato e complesso *iter* di elaborazione giurisprudenziale della tematica, ma offrono elementi utili ad intendere, nel confronto con il dettato legislativo spagnolo, lo stacco e la contraddittorietà della normativa italiana a quel principio di ragionevolezza a cui avrebbero dovuto essere informate le scelte dell'organo parlamentare.

2. In effetti, il Tribunale di Cagliari che, nel caso definito con l'ordinanza pronunciata il 9 novembre 2012²³, torna²⁴ ad occuparsi del tema della diagnosi pre-impianto, non soltanto compendia brillantemente i più significativi precedenti giurisprudenziali in materia²⁵, ma, ribadendo infine

22 Tribunale di Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012 in www.altalex.com,

23 Si tratta della già citata ordinanza del Tribunale di Cagliari del 9 novembre 2012. Per un commento dei suoi contenuti si rimanda alle osservazioni di G. ROSSINI, *Diagnosi genetica preimpianto: tribunale Cagliari ne riafferma la legittimità*, in www.altalex.com, nonché a quelle proposte da A. VERRI, *Il tribunale di Cagliari riconosce per la prima volta il «diritto» di accesso alla diagnosi genetica preimpianto ad una coppia talassemica*, in www.penalecontemporaneo.it

24 In effetti, il Tribunale di Cagliari era stato in passato già due volte investito di tal genere di questione. Originariamente adito in sede cautelare, con ordinanza del 16.07.2005, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, 613 ss., esso si era posto quale giudice remittente la questione di legittimità dell'art. 13 della legge n. 40/04 dinanzi alla Corte costituzionale, per contrasto con gli artt. 2 e 32 del Testo fondamentale. Quindi, a seguito della successiva pronuncia di inammissibilità resa dalla Corte Costituzionale con ordinanza n. 369 del 09.11.2006, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 3835 ss., lo stesso Tribunale di Cagliari, giusta sentenza del 24.09.2007, *cit.*, aveva per la prima volta positivamente definito la *vexata quaestio* dell'accesso alla diagnosi preimpianto, grazie ad una lettura costituzionalmente orientata della normativa fatta oggetto di impugnazione da parte degli attori. È per questo che, chiosando efficacemente la vicenda, di cui, al tempo stesso, condivide in pieno gli esiti, G. ROSSINI, *Diagnosi genetica preimpianto: tribunale Cagliari ne riafferma la legittimità, op. cit.*, osserva come il Tribunale di Cagliari che, con l'ordinanza in commento, torna ad occuparsi di diagnosi pre-impianto, risolve «*opportunamente* la questione di cui *inopportunamente* è stato costretto ad occuparsi».

25 Tra le pronunce che, in ordine successivo, vengono ricordate dal giudicante si ricordino: Tribunale di Cagliari, sentenza del 22-24.09.2007, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 579 ss.; Tribunale di Firenze, ordinanza 17 dicembre 2007, in *Il Foro italiano*, 2008, 630 ss.; TAR del Lazio, sentenza n. 398 del 21 gennaio 2008, in *Il Foro amministrativo*, 2008, 151 ss.; Corte Costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, in www.giurcost.it; Tribunale di Bologna, ordinanza

l'ammissibilità della tecnica *de qua*, afferma definitivamente la solidità di un impianto decisivo e valoriale che, non a torto, può oggi considerarsi il diritto effettivamente vivente in materia.

«Affannosamente impegnato ad ovviare a quanto avrebbe dovuto piuttosto fare quello vigente»²⁶, esso, in particolare, rimarca la bontà dell'indirizzo ermeneutico teso ad ancorare la positiva definizione della problematica in esame alla dimensione costituzionale del diritto alla salute, e, di qui, a quel diritto «ad una adeguata informazione» che, quale suo corollario, obbliga il medico, che deve procedere all'impianto, a rendere pienamente edotti i soggetti che abbiano avuto legittimo accesso alle nuove tecniche procreative dei «possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti», nonché dello «stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire in utero».

Di fatto, è proprio il richiamo a tale diritto a spiegare la *ratio* di una decisione che, valutata nella sua portata complessiva, palesa una struttura sostanzialmente ricostruttiva, accentuata dal tono piuttosto assertivo dei passaggi in cui si articola.

E così, nell'intento, più o meno consapevole, di procedere ad una compiuta e completa razionalizzazione della *vexata quaestio* delle possibilità e dei limiti di accesso all'accertamento diagnostico in questione, di per sé oggetto di una assai controversa previsione legislativa²⁷, il giudicante non manca anzitutto di osservare come la procreazione medicalmente assistita «rappresenti un trattamento medico, come si desume, oltre che dai protocolli dell'Organizzazione mondiale della Sanità, dalla stessa legge 40/2004, che ne ammette il ricorso qualora non vi siano altri metodi

del 29 giugno 2009, in www.altalex.com; Tribunale di Salerno, ordinanza del 09 gennaio 2010, in www.giurcost.org

26 S. AGOSTA, *Dal mero restyling all'integrale riscrittura giurisprudenziale: più rassicurante e disteso il nuovo «volto» del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione*, op. cit.

27 In effetti, la legge, da un lato, all'art. 13, disciplinando la «Sperimentazione sugli embrioni umani», prevede un rigido divieto di «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano» (art. 13, comma 1) ed ammette la ricerca clinica e sperimentale «a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad esse collegate volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso e qualora non siano disponibili metodologie alternative» (art. 13, comma 2), mentre, dall'altro, all'art. 14, trattando dei «Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni», prevede il diritto della coppia di venire informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero (art. 14, comma 5).

terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità (art. 1) e prevede l'applicazione delle tecniche di procreazione assistita solo in strutture autorizzate iscritte in un registro nazionale istituito con decreto del Ministro della salute presso l'Istituto superiore di sanità (art. 11)»²⁸.

L'affermazione, che segna il definitivo superamento dell'ormai risalente *querelle* dottrinarie in ordine all'esatto inquadramento costituzionale della problematica in esame²⁹, costituisce, peraltro, la premessa sulla quale poggia la rilevanza che, nell'economia dell'ordinanza, il Tribunale accorda al «consenso informato», inteso come «vero e proprio diritto della persona», con funzione di sintesi «dei due diritti fondamentali all'autodeterminazione ed alla salute». Una rilevanza accordata non solo alla luce del quadro costituzionale di riferimento³⁰, delle numerose pronunce giurisprudenziali³¹ e delle altrettanto copiose disposizioni che, con diverso grado di vincolatività³², ne hanno sanzionato, sia a livello interno³³ che internazionale³⁴, la diretta strumentalità alla tutela dei diritti in questione, ma altresì in ragione dello specifico riferimento ad esso fatto dal dettato dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004. Tale articolo, infatti, espressamente, prescrive che: «prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, il medico informa in maniera dettagliata i soggetti [...] sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle re-

28 Tribunale di Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012, *cit.*

29 Si tratta di un profilo che ha interessato la riflessione dottrinale già molti anni prima dell'approvazione della legge 40/2004, e per il quale, quindi, si rimanda alle ormai risalenti, ma sempre efficaci notazioni di A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Diritto e società*, 1996, I, 207 e ss. Per il periodo successivo all'approvazione della legge n. 40/04 si veda il contributo di F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna Parlamentare*, 2005, 361 ss.

30 Il richiamo, esplicito, è agli artt. 2, 3 e art. 32 Cost., comma 2.

31 Tra quelle pronunciate in ultimo, in ordine di tempo, il giudice cagliaritano ricorda: Cass. sez. III, sentt. n. 16543 del 28.07.2011, n. 2468 del 30.01.2009, n. 10741 dell'11.05.2009.

32 In effetti, nell'ordinanza *de qua*, oltre alle norme di rango legislativo, sul versante ordinamentale interno, vengono altresì richiamate le norme del Codice di deontologia medica, e specificamente l'art. 30.

33 In particolare, qui si richiama l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, sull'*Istituzione del servizio sanitario nazionale*.

34 In questa parte, il richiamo è all'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, meglio nota come «Convenzione di Oviedo»; nonché all'art. 3 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000.

lative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro», precisando altresì che tali informazioni «devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa».

La cornice normativa così delineata rende pure solo intuitiva la strumentalità della prestazione del consenso *de quo* alla realizzazione di un progetto filiale responsabile. Non a caso, anche in quanto già ampiamente argomentato in punto di diritto altrove³⁵, il profilo viene semplicemente ad essere riaffermato dal giudice, unitamente alla naturale finalizzazione della diagnosi preimpianto allo scopo «di consentire alla donna una decisione informata e consapevole in ordine al trasferimento degli embrioni formati ovvero al rifiuto di detto trasferimento»³⁶. La metodica in questione, infatti, permette di accertare le condizioni di salute dell'embrione; o meglio, serve ad «accertare le condizioni di salute dell'embrione che siano legate da uno stretto nesso eziologico con l'integrità psicofisica della donna»³⁷, sì che questa possa consapevolmente determinarsi in ordine al prosieguo o meno del programma di riproduzione medicalmente assistita.

Riproponendo, qui, considerazioni utili a fugare le molte perplessità interpretative emerse in sede di prima applicazione della legge n. 40 del 2004, in particolare a causa del rimando che quest'ultima espressamente opera alle norme che regolano l'interruzione volontaria della gravidanza³⁸, il Tribunale sottolinea con ciò la perfetta simmetria tra l'uso, nei termini indicati, della diagnostica preimpianto e le previsioni della legge n. 194 del 1978. Queste, infatti, ammettono l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni qualora la donna accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, anche in relazione a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito³⁹, ovvero, anche

35 Il richiamo è alle considerazioni che, al riguardo, lo stesso Tribunale di Cagliari svolge, in particolare, nella sentenza del 24.09.2007, *cit.*

36 Tribunale di Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012, *cit.*

37 *Ibidem.*

38 Il riferimento, qui, è alla peculiare chiave di lettura che di tale combinato normativo è stata offerta dal Tribunale di Catania, ordinanza del 03.05.2004, in *Giustizia civile*, 2004, 2447 ss. Sul punto, sia consentito rinviare a F. MEOLA, *Il caso Cagliari: brevi note sulla definizione in positivo della vexata quaestio inerente all'ammissibilità della diagnosi preimpianto*, in R. Prodomo (a cura di), *Il futuro della bioetica. Una scienza nuova per il XXI secolo*, Torino, 2008, 34 ss.

39 Art. 4, legge 22 maggio 1978, n. 194, contenente *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, pubblicata in G.U. n. 140 del 22 maggio 1978.

dopo i primi novanta giorni, 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 donna⁴⁰.

A meno di non voler avallare una disparità di trattamento irragionevole e costituzionalmente censurabile, deve allora, anzitutto riconoscersi che anche l'informativa cui è tenuto il medico nello svolgimento di un programma di fecondazione in vitro⁴¹ sia «funzionale all'accertamento della sussistenza di un serio pericolo per la salute psico-fisica della donna, quale effetto della condizione patologica del concepito»⁴². Conseguentemente, deve ritenersi che, parimenti a quanto avviene nei casi di gestazione in corso, in cui gli accertamenti genetici sono «pacificamente ammessi ed anzi garantiti nonostante la loro invasività», anche la diagnosi preimpianto, qualora «sia stata richiesta dai soggetti indicati nell'art. 14, 5° comma, l. n. 40/2004; abbia ad oggetto gli embrioni destinati all'impianto nel grembo materno; sia strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e finalizzata a garantire a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita una adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare», sia pienamente lecita.

Del resto, anche la Corte di Strasburgo, di cui il giudice cagliaritano significativamente ricorda il recente pronunciamento in tema⁴³, ha sostanzialmente posto in evidenza come «alla possibilità di eseguire diagnosi prenatali, al fine di tutelare la salute della donna, consegua necessariamente, a pena di incoerenza del sistema, l'ammissibilità sempre per il medesimo scopo, della diagnosi preimpianto, che appare [...] indispensabile per il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa, riconosciuta dallo stesso art. 6 della legge n. 40 del 2004»⁴⁴.

40 Art. 6, legge 194/78, *cit.*

41 Art. 14, legge 40/04, *cit.*

42 Tribunale di Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012, *cit.*

43 Corte Europea dei diritti dell'Uomo di Strasburgo, Seconda Sezione, sentenza 28 agosto 2012, *Costa e Pavan/Italia* (ricorso n. 54270/10). Il testo integrale della sentenza può esser letto in www.giustizia.it

44 È in questi termini che il pronunciamento della Corte Europea dei diritti dell'Uomo di Strasburgo, Seconda Sezione, sentenza 28 agosto 2012, *Costa e Pavan/Italia*, *cit.*, viene riassunto dal Tribunale di Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012, *cit.*, limitatamente ai profili di interesse rispetto al giudizio di cui è investito. Sulle ricadute della sentenza *Costa e Pavan* all'interno del nostro ordinamento, si rinvia alle osservazioni svolte da M.P. IADICICCO, *L'accesso alla diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea: la problematicità delle relazioni interordinamentali in casi relativi a*

Nell'economia di una riflessione incentrata sull'analisi del rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale nella complessa definizione delle problematiche poste dal ricorso alla diagnostica pre-impianto, e, più in generale, sulle questioni di inizio vita alimentatesi in conseguenza della loro diffusione, quasi intuitive sono le considerazioni conseguenti alle osservazioni fin qui svolte.

La giurisprudenza che ripensa in prospettiva costituzionale le questioni poste dal ricorso all'accertamento diagnostico in questione, e ne ancora la definizione alla preventiva specificazione della complessa trama dei diritti rilevanti nella fattispecie oltriché alla chiarificazione del loro esatto bilanciamento, finisce in questo modo per riparare l'incoerenza ed irragionevolezza delle scelte legislative, riportando il tutto nell'alveo costituzionale. A fronte di un dettato normativo che, pur nella sua controversa formulazione letterale, ne aveva sanzionato l'impiego come inammissibile, l'elaborazione giurisprudenziale sviluppata in tema già nell'immediato, e da ultimo compendiata nella pronuncia in commento, è, al contrario, netta nel sostenere l'assoluta legittimità del ricorso alla diagnosi preimpianto. Chiaro, del resto, ma soprattutto coerente con il complessivo disegno legislativo sotteso alla 40/04, il percorso argomentativo sviluppato dai giudici in questa prospettiva. Nella valutazione di questi, infatti, «negare il ricorso alla diagnosi preimpianto anche quando, giusta la disposizione di cui all'art. 14, esso sia finalizzato allo scopo di fornire ai soggetti indicati dalla legge idonea informazione sullo stato di salute dell'embrione destinato all'impianto, significherebbe rendere perciò stesso irrealizzabile lo scopo in questione»⁴⁵. Ciò che equivarrebbe a contraddire la *ratio* stessa di tale disposizione: «l'informazione cui la legge finalizza l'impiego della diagnostica pre-impianto risulta, infatti, indispensabile sia per consentire ai futuri genitori di vivere, in maniera pienamente consapevole, l'attesa di un figlio, tra l'altro permettendogli di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del figlio, sia per tutelare la salute gestazionale della donna, mettendola al riparo dai danni che potrebbero esserle procurati dallo stato di salute dell'embrione»⁴⁶. Il recupero dell'intrinseca coeren-

questioni biogiuridiche e l'insufficienza del dialogo tra le Corti, in Quaderni costituzionali, 2015, n. 2, 330.

45 Sia nuovamente consentito il rinvio a F. MEOLA, *Il caso Cagliari: brevi note sulla definizione in positivo della vexata quaestio inerente all'ammissibilità della diagnosi preimpianto*, op. cit., 61.

46 *Ibidem*.

za e non contraddittorietà del complessivo dettato legislativo in esame, segnato dalle considerazioni appena svolte, si accompagna, peraltro, alla comprensione della più corretta impostazione costituzionale della problematica in esame. Giuste, infatti, le finalità a cui la diagnostica pre-impianto tende, questa risulta indiscutibilmente strumentale anzitutto al soddisfacimento di quell'esigenza di tutela del bene salute della madre, costituzionalmente fondato all'art. 32. Al tempo stesso, la chiara finalizzazione della diagnosi eseguita sugli embrioni prodotti in vitro e destinati all'impianto in utero alla realizzazione di un progetto genitoriale cosciente e responsabile, impone, nel rispetto di quel principio di uguaglianza positivizzato all'art. 3, che il relativo diritto, normalmente soddisfatto dalla diagnosi prenatale effettuata sul feto della gestante nel corso di una gravidanza, non subisca compressioni irragionevoli e costituzionalmente censurabili quando l'attuazione di quel progetto passa non già attraverso la più dolorosa scelta di un'interruzione volontaria della gravidanza, ma per mezzo del ricorso a quelle nuove tecnologie oggi in grado di consentire il superamento dei problemi riproduttivi della coppia.

3. In uno schema argomentativo che pure indugia nell'individuazione dei referenti normativi utili a fondare l'accoglimento della richiesta d'accesso alla diagnosi preimpianto manca tuttavia ogni accenno, da parte del giudice cagliaritano, ad ulteriori ed importati prescrizioni che, pur nella loro diversa portata, ed a prescindere dalla loro più risalente datazione, non solo avrebbero potuto ugualmente concorrere ad avallare la correttezza, in punto di diritto, della pronuncia infine resa, ma, proprio in forza della loro anteriorità temporale, avrebbero in particolare consentito di argomentare ancor meglio sull'irragionevolezza della scelta a favore di un divieto assoluto di diagnosi preimpianto a suo tempo fatta propria dal decisore politico italiano. Definendo, infatti, le possibilità ed i limiti già tracciati all'uso di tale metodica in epoca precedente la definitiva approvazione delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita, tali prescrizioni, se richiamate, avrebbero offerto al giudicante la possibilità di sostenere con maggiore incisività la contrarietà ad esse della scelta legislativa italiana, e, più in generale, la contraddittorietà delle disposizioni in cui quella stessa scelta si è tradotta.

In effetti, la soluzione che ammette la diagnosi preimpianto sull'embrione rintraccia, per il passato, un precedente significativo già nel *Codice di deontologia medica* del 1988, nel quale, all'art. 43, si legge che «ogni intervento sul genoma umano non può che tendere alla pre-

venzione e alla correzione di condizioni patologiche»⁴⁷, con l'ulteriore precisazione che «sono vietate manipolazioni genetiche sull'embrione che non abbiano finalità di prevenzione e correzione di condizioni patologiche»⁴⁸, e lo sono parimenti, ex art. 44, i test genetici, «se non diretti in modo esclusivo a rilevare o predire malformazioni o malattie ereditarie».

A livello internazionale, poi, la problematica concernente l'ammissibilità della diagnosi preimpianto trova, per quel tempo, un'importante definizione già nel documento del Consiglio d'Europa (*Cahbi*)⁴⁹ del 1989,

47 La previsione *de qua* viene peraltro ribadita all'interno del *Codice di deontologia medica* approvato nel 2006. In base all'art. 45, infatti: «Ogni eventuale intervento sul genoma deve tendere alla prevenzione e alla correzione di condizioni patologiche». In questa parte, la formula in questione è stata ampliata nella bozza di riscrittura del predetto codice, attualmente in discussione. Il novellato testo dell'art. 45 prevede, infatti, che: «Ogni eventuale intervento sul genoma deve essere finalizzato alla prevenzione e alla correzione di condizioni patologiche o a quelle predisponenti e all'individuazione di nuovi trattamenti diagnostico-terapeutici appropriati ed efficaci». Non vi è chi non veda, nel testo in questione, un chiaro ampliamento della formula originaria, attraverso la previsione della finalizzazione degli interventi sul genoma umano non solo alla prevenzione e alla correzione di condizioni patologiche, ma anche a quelle predisponenti e «all'individuazione di nuovi trattamenti diagnostico-terapeutici appropriati ed efficaci». Previsione, questa, a cui, peraltro, si aggiunge un'importante novità: l'espresso riferimento al medico quale soggetto che non solo deve effettuare tali interventi, ma su cui soprattutto ricade l'obbligo di fornire «un'adeguata informazione sui rischi connessi alle procedure e alle loro possibilità di successo acquisendo il consenso scritto». Specificamente, infatti, ancora l'art. 45 recita che: «Il medico prescrive ed attua interventi sul genoma umano per esclusivi fini di prevenzione, diagnosi e cura di condizioni patologiche o a queste predisponenti e per la ricerca di nuovi trattamenti diagnostico-terapeutici appropriati ed efficaci. Il medico garantisce idonea informazione sui rischi connessi alle procedure e alle loro possibilità di successo acquisendo il consenso scritto».

48 Si noti che, mentre nella versione del Codice del 1988, l'art. 43 (interventi sul genoma e sull'embrione umano) vietava altresì le «manipolazioni genetiche sull'embrione» che non avessero «finalità di prevenzione e correzione di condizioni patologiche», nella formulazione del corrispondente art. 45 del Codice di deontologia medica entrato in vigore nel 2006 ci si limita a condannare solo le pratiche sul genoma. E tale limitazione torna nella bozza di riforma del codice, attualmente in discussione.

49 O meglio, nel documento elaborato dal Comitato *ad hoc* di esperti sul progresso delle scienze biomediche del Consiglio d'Europa (CAHBI), istituito nel 1985. In particolare, tale comitato aveva lo scopo di evidenziare tutte le lacune di carattere politico e giuridico presenti nel sistema riguardo alla tutela della dignità e dei diritti umani, con l'obiettivo di consentire, sotto tale profilo, un'armonizzazione delle leggi vigenti nei vari Stati e proporre linee di condotta.

che, nell'enunciare i *Principi sui progressi delle scienze biomediche*⁵⁰, pure annovera, quali autonomi presupposti per l'accesso alle nuove tecnologie riproduttive sia l'«infertilità», sia «un serio rischio di trasmettere al bambino una grave malattia ereditaria», sia, ancora, «un serio rischio che il bambino soffra di un'altra malattia che comporterebbe una morte precoce o un handicap grave»⁵¹, e, coerentemente con questa premessa, prevede la possibilità per gli Stati membri di permettere «la separazione delle cellule di un embrione [...] per utilizzarne una parte per finalità diagnostiche quando si tratti di verificare la presenza di una malattia o di un'anomalia grave nel nascituro»⁵².

Tra le altre, proprio le indicazioni di chiara apertura nei riguardi delle possibilità di impiego della diagnostica preimpianto in tal modo espresse dal Consiglio d'Europa si rivelano particolarmente utili a rimarcare, nel confronto, la distanza che, anche solo per l'aspetto di cui si discute, separa il dettato normativo italiano da quello spagnolo, sotto il profilo della ragionevolezza del bilanciamento enunciato nelle rispettive disposizioni.

Nel panorama europeo, infatti, l'orientamento del Consiglio d'Europa, ancor prima di una sua puntuale recezione, trova addirittura una sua importante anticipazione nella legge spagnola sulle tecniche di riproduzione assistita che, già nel testo entrato in vigore nel 1988, in presenza di una serie di condizioni, ammetteva interventi diagnostici sul preembrione *in vitro* finalizzati ad individuare gravi malattie ereditarie, per curarle, se possibile, o per sconsigliare il trasferimento nell'utero, con esplicito divieto di influire su caratteri ereditari non patologici⁵³.

Oggi, coerentemente con le finalità assunte come proprie dalla nuova legge che, nella penisola iberica, disciplina le tecniche di riproduzione

50 Per una lettura del testo di tale documento, cfr. *Recueil des textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique*, Vol. II, 76 ss., in www.coe.int

51 Principio 1.1

52 Principio 17.3

53 Al riguardo, cfr. artt. 12 e 13 della *Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, cit. Tra l'altro, come nota M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, op. cit., 49, la disciplina contenuta negli artt. 12 e 13 *Ley 35/1988* era del tutto coerente con il disposto dell'art. 1, co. 2 e co. 3 della stessa legge, ove si indicava come finalità fondamentale (ma non esclusiva) della *pma* «l'intervento medico contro la sterilità umana per facilitare la procreazione quando altre terapie sono state scartate perché inadeguate o inefficaci», e si aggiungeva espressamente che le tecniche di *pma* «possono utilizzarsi anche per la prevenzione e il trattamento di infermità di origine genetica o ereditaria, quando sia possibile ricorrere ad esse con sufficienti garanzie diagnostiche o terapeutiche e siano inoltre strettamente indicate».

umana assistita⁵⁴, non solo le predette prescrizioni non vengono contraddette, ma le previsioni specificamente concernenti l'impiego della diagnosi preimpianto vengono addirittura corredate da due distinte clausole di salvezza, utili ad imprimere al sistema «quella elasticità necessaria in un campo come quello della procreazione assistita in cui le nuove scoperte rendono eccessivamente obsolete leggi eccessivamente rigide»⁵⁵.

Nell'economia di una legge finalizzata non soltanto a «disciplinare l'applicazione delle tecniche di riproduzione assistita», ma, altresì, a regolare l'impiego di queste ultime «nella prevenzione e nel trattamento delle malattie di origine genetica», ed a fissare i presupposti e i requisiti «di utilizzo dei gameti e dei pre-embrioni umani crioconservati», le potenzialità applicative dello strumento diagnostico in questione si moltiplicano, autorizzandosene l'impiego nella rivelazione di malattie ereditarie gravi (*enfermedades hereditarias graves*), di manifestazione precoce (*de aparición precoz*), e non suscettibili di essere oggetto di trattamento curativo postnatale (*y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal*) conformemente alle conoscenze scientifiche attuali⁵⁶, e consentendone altresì l'uso in funzione della rilevazione di ogni altra alterazione che possa compromettere la vitalità del preembrione (*La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión*)⁵⁷.

Scopo ugualmente perseguito in tutte queste ipotesi è la selezione embrionaria, utile a permettere il successivo trasferimento in utero dei soli pre-embrioni non malati.

Unico è il limite che, in tutti questi stessi casi, il legislatore oppone alla realizzazione degli obiettivi di prevenzione e di trattamento delle malattie genetiche a cui le previsioni in questione specificamente risultano strumentali: in tali ipotesi, infatti, l'impiego della diagnosi preimpianto è subordinato al solo obbligo della preventiva comunicazione alla competente autorità sanitaria⁵⁸.

54 Si tratta della *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, cit.

55 Così, E. CATANIA, *Le tecniche del legislatore spagnolo per la regolamentazione della procreazione medicalmente assistita*, in www.diritto.it

56 *Artículo 1, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, cit.

57 *Artículo 12, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, cit.

58 *Artículo 12, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, cit.

Ma, l'apertura che il legislatore spagnolo manifesta nei riguardi del ricorso allo strumento diagnostico in questione, nella consapevolezza delle sue innumerevoli potenzialità, è altresì rivelata dalle possibilità di ulteriore suo impiego a scopi differenti dalla ricerca, quali la selezione di pre-embrioni *in vitro* con antigeni istocompatibili per ragioni di cura di persone terze⁵⁹ ovvero per consentire la clonazione terapeutica attraverso il trasferimento nucleare. Possibilità applicative, queste, che la legge comunque consente; in questo caso subordinando il tutto alla previa autorizzazione del Comitato Nazionale per la Riproduzione Umana Assistita⁶⁰.

Ripensate alla luce del «diritto vivente» italiano in tema, l'estrema flessibilità delle disposizioni legislative spagnole riguardo l'impiego della diagnosi preimpianto, oltretutto la diversità dei fini a cui questo impiego è volto, sono certo sintomatiche di una vera e propria asimmetria tra i due sistemi ordinamentali, che, anche solo per il profilo esame, offrono un'importante riprova di quanto originariamente sostenuto in ordine allo scollamento che, nel passaggio dal piano dell'*inclusione* costituzionale a quello della *regolamentazione* legislativa⁶¹, spesso si registra tra tali sistemi per effetto del *balancing test* operato dal decisore politico.

In particolare, nell'economia dell'analisi finalizzata a definire le possibilità e i limiti d'impiego della diagnosi preimpianto, l'uso del metodo comparativo si rivela anzitutto prezioso ad intendere, nel confronto con quella italiana, il più ampio respiro della legislazione spagnola, quale risulta già dall'*incipit* del testo della legge 14/2006. La scelta del parlamento spagnolo a favore di una finalizzazione di tale legge non già al solo scopo della regolamentazione del ricorso alle tecniche di riproduzione assistita, ma altresì al loro utilizzo nella prevenzione e nel trattamento di malattie genetiche evidenzia una chiara volontà di affrancamento dell'impiego di tali tecniche dalla più limitata prospettiva della cura della sterilità e dell'infertilità, a cui, invece, ancora oggi rimane ancorata la normativa italiana.

59 La possibilità di effettuare ricerche a fini terapeutici (determinazione degli antigeni di istocompatibilità dei preembrioni *in vitro*) a favore di terze persone malate appartenenti allo stesso nucleo familiare rappresenta una novità la cui rilevanza è stata ben colta da C. GUERRERO PICÓ, *Spagna*, in C. Bontemps di Sturco, C. Guerrero Picó, S. Pasetto, M.T. Rörig (a cura di), *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera*, dicembre 2012, reperibile all'indirizzo web www.cortecostituzionale.it/documenti/bollettini/2012

60 *Artículo 12, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, cit.

61 In argomento, S. PENASA, *La necessaria concordanza tra formanti: il livello di litigiosità giurisdizionale quale parametro di valutazione dei diversi*, op. cit., passim.

Anzi, valutata alla luce delle successive puntualizzazioni che, nella fase della «*risoluzione* giurisdizionale»⁶², sono state offerte dai giudici riguardo all'esatta portata della qualificazione nei termini anzidetti dell'accesso alle tecniche di riproduzione assistita, tale prospettiva, nel nostro Paese, risulta piuttosto il punto di arrivo dell'elaborazione giurisprudenziale che non la disposizione d'apertura della legge vigente in materia. Infatti, sia pur consentito «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana»⁶³, il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, in Italia, è sempre stato, di fatto, piegato a soddisfare le esigenze proprie di quell'ideologia dell'embrione di cui è stato intriso tutto il testo legislativo. Conseguentemente, esso non si è mai realizzato nel rispetto delle regole che presiedono alla sottoposizione della persona ad un trattamento sanitario, a cominciare dall'obbligo di acquisizione del consenso che questi deve prestare, previa una sua adeguata informazione sulle conseguenze a ciò naturalmente connesse. Solo il successivo intervento correttivo della giurisprudenza ha determinato infine l'ancoraggio della liceità dell'impiego di tali tecniche al rispetto del diritto ad un'adeguata informazione di chi vi si sottopone. Sotto tale profilo, anche solo le argomentazioni svolte dal giudice cagliaritano già nel primo pronunciamento reso a favore dell'ammissibilità della diagnosi preimpianto sono assolutamente paradigmatiche della diversità del successivo approccio pretorio alla problematica rispetto all'impostazione originariamente offerta ad essa in via legislativa. Investito della questione, infatti, il giudice, a fronte di un dato normativo assolutamente controverso⁶⁴, al fine di confutare l'argomentazione secondo cui il divieto della diagnosi preimpianto sarebbe desumibile «anche dalla interpretazione della legge alla luce dei suoi criteri ispiratori», perentoriamente avverte che «la disciplina dettata non prevede per l'embrione una tutela assoluta, ma un bilanciamento dei contrapposti interessi che vede semmai prevalere, in certi casi, i diritti costituzionalmente garantiti dei soggetti che alle tecniche di procreazione assistita abbiano avuto legittimo accesso, ed in particolare della donna, destinata ad accogliere nel suo grembo l'embrione prodotto». Quindi, sulla scorta di tale premessa, espressamente statuisce che «negare il ricorso alla diagnosi preimpianto anche quando, [...], esso sia finalizzato allo scopo di fornire ai soggetti indicati dalla legge idonea informazione sullo stato di salute dell'embrione

62 Per riprendere l'espressione utilizzata da S. PENASA, *ult. op. cit.*, 63.

63 Art. 1, legge n. 40/04, *cit.*

64 Si tratta del combinato disposto dagli artt. 13 e 14, legge n. 40/04, *cit.*, più volte richiamati.

destinato all'impianto, significherebbe rendere perciò stesso irrealizzabile lo scopo in questione». Per il giudice, insomma, l'informazione a cui la legge finalizza l'impiego della diagnostica pre-impianto risulta indispensabile sia per consentire ai futuri genitori di vivere, in maniera pienamente consapevole, l'attesa di un figlio, tra l'altro permettendogli di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del figlio, sia per tutelare la salute gestazionale della donna, mettendola al riparo dai danni che potrebbero esserle procurati dallo stato di salute dell'embrione. Conseguentemente, in una prospettiva che non ribalta semplicemente un più risalente indirizzo giurisprudenziale⁶⁵, ma realizza addirittura un'interpretazione costituzionalmente conforme in grado di bilanciare gli interessi di rango primario coinvolti nella vicenda dedotta alla sua attenzione, il ricorso all'esame diagnostico in parola viene ritenuto dal giudicante perfettamente ammissibile agli scopi a cui tende l'accesso ad un programma di procreazione medicalmente assistito.

Ma, sia pur definitivamente accettata in tutte le implicazioni ad essa conseguenti, è indubbio che la prospettiva italiana, che limita l'impiego delle nuove metodiche procreative ai soli scopi di *cura*⁶⁶ delle patologie della funzione riproduttiva, rimane sempre e comunque angusta nel confronto con la sanzione giuridica dell'ammissibilità di impiego di queste stesse tecniche al soddisfacimento delle esigenze proprie della ricerca, quale si registra all'interno della normativa spagnola. È, infatti, a tali scopi, oltre che a quelli strettamente riproduttivi, a favore della coppia o di soggetti terzi a cui vengono donati, che, nello specifico, il nuovo articolo 11 *Ley 14/2006* finalizza l'impiego degli embrioni che, scartati in esito alle indagini preimplantatorie, vengono poi crioconservati⁶⁷. In par-

65 Tale argomentazione è stata, in particolare, sostenuta dal Tribunale di Catania, ordinanza del 03.05.2004, *cit.*

66 In effetti, il legislatore che, come si evince espressamente dalla lettera dell'art. 1, comma 1, della legge 40/04, *cit.*, intende le tecniche di procreazione medicalmente assistita come uno strumento per favorire la *soluzione* dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, finisce per connotare malamente tali tecniche. Come si è avuto modo di osservare in nota ad altro lavoro [sia consentito il rimando a F. MEOLA, *La scelta di procreare tra (poche) libertà e (molti) limiti*, in R. Prodomo (a cura di), *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, Napoli, 2005, 156, nota n. 90], si tratta di un'impostazione assolutamente errata, in quanto è ormai «largamente condivisa l'opinione che le tecniche di procreazione medicalmente assistita non sono una "cura" della sterilità, bensì un aggiramento del problema, destinato a risolvere le difficoltà di procreare di singoli soggetti».

67 *Artículo 11, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cit.*

ticolare, potenziando sul punto la precedente normativa in materia⁶⁸, la legge attualmente vigente in Spagna riconosce, all'art. 15, espressamente la facoltà di utilizzare gameti ed embrioni a fini di ricerca scientifica, nel rispetto di una serie di condizioni, quali l'impiego allo scopo dei soli pre-embrioni sovranumerari, l'acquisizione del consenso scritto della coppia o della donna donatrice, e la realizzazione in centri sanitari autorizzati, con previa approvazione del progetto di ricerca. Il tutto all'interno di un articolato normativo che prevede altresì «progetti di ricerca legati all'ottenimento, lo sviluppo e l'utilizzazione di linee cellulari da cellule staminali embrionali»⁶⁹.

Nel nostro Paese, invece, e giuste le considerazioni già svolte riguardo alle finalità del testo normativo, la legge vieta categoricamente qualsiasi sperimentazione che non sia preordinata a finalità diagnostico-terapeutiche a beneficio dell'embrione stesso (art. 13, comma 2), chiudendo quindi le porte a qualsiasi possibilità di utilizzo dell'embrione *in vitro*, anche se non più vitale o comunque non trasferibile, alternativo a quello procreativo a favore della coppia che è ricorsa ad un programma di procreazione assistita. E tale veto, che inibisce qualsiasi impiego degli embrioni prodotti *in vitro* in funzione dell'appagamento delle esigenze proprie della ricerca e della sperimentazione, viene calato all'interno di un più ampio articolato normativo che fissa una serie notevole di altri divieti che spaziano dalla produzione di embrioni umani a fini procreativi alla creazione di ibridi e chimere fino alla clonazione.

68 Precedentemente all'approvazione della *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, cit., e precisamente in conseguenza dell'entrata in vigore della *Ley 45/2003 de 21 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, cit., le possibilità d'impiego degli embrioni sovranumerari a fini di ricerca o sperimentazione erano state grandemente ridotte dal legislatore, che, ai fini dell'utilizzo dei medesimi per finalità diverse da quelle riproduttive o diagnostico-terapeutiche a vantaggio dei medesimi, sempre che essi fossero stati crioconservati *prima* della sua entrata in vigore, aveva posto, quale condizione, la loro «no viabilidad». Si tratta di un criterio assolutamente criticato dalla dottrina spagnola, che ha sempre, ripetutamente, contrastato sul punto le scelte del legislatore. In particolare, giusto quanto osservato da L. COPELLO, *Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo*, in *Revista Penal*, 2004, n. 13, 130, attraverso la differenziazione tra preembrioni «viables» e «no viables», «la Ley 35/1988 establece drásticas restricciones en la investigación con embriones viables, limitándola a la de carácter diagnóstico con fines terapéuticos o preventivos (art. 15.2), es decir, a los casos en los que el estudio revierte en el propio interés del embrión [...] o en el de la futura receptora».

69 *Artículo 15, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, cit.

Ma, se già il divieto di clonazione, in quanto riferito non solo a scopi riproduttivi⁷⁰ ma anche di indagine scientifica⁷¹, risulta, proprio per la sua ampia portata, giuridicamente assai opinabile, in quanto finisce inevitabilmente per impedire il progresso in un campo potenzialmente in grado di sviluppare strumenti utili alla cura di gravissime malattie degenerative, senza che tali inibizioni possano in qualche modo giustificarsi in forza dell'esigenza di salvaguardia di superiori interessi giuridicamente rilevanti o di soddisfacimento di altrettante pregnanti esigenze etiche⁷², di non minore spessore sono i dubbi alimentati dalla disposizione normativa che vieta «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano»⁷³. Nella sua absolutezza, infatti, tale divieto suscita non poche perplessità circa la capacità del dettato normativo a realizzare gli obiettivi che la legge stessa annovera espressamente tra le proprie finalità. Questi, infatti, possono dirsi raggiunti «quando si vieta la produzione di nuovi embrioni per destinarli *ab origine* alla ricerca scientifica» ma non «quando si vieta la sperimentazione su embrioni già esistenti»⁷⁴. L'osservazione, che involge un problema attualmente assai delicato e di improcrastinabile definizione⁷⁵,

70 In effetti, tale divieto, già desumibile dal tenore letterale della disposizione che vieta «ogni processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad altro essere umano in vita o morto» (art. 12, comma 7, legge n. 40/04, *cit.*), viene infine chiaramente enunciato dal legislatore attraverso la norma che *expressis verbis* nega la fattibilità di «interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca» (art. 13, comma 3, lett. c). In realtà, a destare perplessità non è tanto la previsione normativa volta a sanzionare la clonazione finalizzata «ad ottenere un essere umano». Infatti, tale disposizione, «che ripete un'analoga previsione contenuta all'art. 18, comma 2, della Convenzione di Oviedo può ritenersi sicuramente condivisibile, "in quanto conforme ad un sentimento etico largamente diffuso, anche fuori d'Italia"»; in questo senso, sia consentito il rinvio a F. MEOLA, «[...] fermo restando quanto previsto dalla legge 22 febbraio 1978, n. 194», (art. 14 *1 co. Legge 19 febbraio 2004, n. 40*). *Appunti su un inciso alquanto controverso*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi (a cura di), *Forum BioDiritto*, *op. cit.*, 223 ss.

71 Cfr. art. 13, comma 3, lett. c), legge n. 40/04, *cit.*

72 Per un approfondimento del profilo *de quo* sia di nuovo consentito il rinvio a F. MEOLA, *ult. op., cit.*, 223 ss.

73 Cfr. art. 13, comma 1, legge n. 40/2004, *cit.*

74 Così C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *op. cit.*, 2004, 521. Sul punto, sia inoltre ancora una volta consentito il rinvio a F. MEOLA, *ult. op., cit.*, 224 ss.

75 Ad accentuare l'urgenza di definire il destino degli embrioni soprannumerari è stata la Corte Costituzionale, sentenza dell'08 maggio 2009, n. 151, in *www.*

quale quello della sorte degli embrioni soprannumerari, evidenza, anche sotto tale profilo, l'assoluta irragionevolezza di un testo legislativo che, nel confronto con quello spagnolo, risulta definitivamente incapace di offrire soluzioni rispettose dell'esatto bilanciamento che, in materia, si impone tra i molteplici beni ed interessi costituzionalmente rilevanti.

4. Reiterare, nelle conclusioni, le considerazioni fin qui svolte in merito allo stacco che, negli ordinamenti in esame, si registra tra i rispettivi formanti legislativi per quel che concerne le scelte di inizio vita sarebbe ridondante; così come pletorica sarebbe ogni altra osservazione che indugiasse sui limiti denunciati come propri della legislazione italiana in materia rispetto a quella spagnola.

Indiscutibilmente, in tali aspetti, ed ancor prima nella individuazione di un analogo orizzonte costituzionale in cui pure devono necessariamente calarsi le scelte dei rispettivi organi parlamentari, è ben possibile rintracciare alcuni precisi ed importanti risultati dell'analisi comparativa fin qui condotta.

Spinta tuttavia oltre, a chi ne voglia proiettare gli sviluppi in una prospettiva di più ampio respiro, questa stessa indagine offre all'analisi ulteriori elementi di riflessione di non poco rilievo. In particolare, il costante riferimento all'elemento «flessibilizzante»⁷⁶ della giurisprudenza, e, più in generale, alla peculiarità dei rapporti tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, che, mai come nel nostro Paese, «si inseguono, si alternano, si scontrano, per correggersi o legittimarsi a vicenda»⁷⁷, ha da tempo suggerito, a chi si è già confrontato con tale problematica, di individuare nella

altalex.com. Con tale sentenza, infatti, il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 14, commi 2 e 3, legge n. 40/04, nella parte in cui, prevede l'obbligo di «un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» degli embrioni creati in conseguenza del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita; e non precisa che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

76 S. PENASA, *La necessaria concordanza tra formanti: il livello di litigiosità giurisdizionale quale parametro di valutazione dei diversi*, op. cit., 64.

77 C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. Cavino – C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, Milano, 2012, 41. Nello stesso senso, alla nota n. 4, 43, l'autrice richiama A. D'ALOIA, *Norme, garanzia, diritti nel tempo delle biotecnologie: note introduttive*, in Id. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, XVI.

risoluzione giurisprudenziale dei conflitti sorti nell'applicazione della disciplina legislativa un elemento determinante ai fini di una sua valutazione, «sia in termini di efficacia ed effettività dei mezzi di tutela sia in termini di rimodulazione della distribuzione dei modelli di regolazione all'interno delle tradizionali famiglie giuridiche»⁷⁸. Il livello di litigiosità di una legge è così stato assunto a criterio cardine di valutazione della qualità del prodotto legislativo, che viene in questo modo analizzato sia attraverso l'impatto che esso ha sulla realtà e i fatti da regolare, sia in relazione alle modalità di approvazione del relativo testo e dei meccanismi previsti per la protezione dei beni giuridici coinvolti⁷⁹. In particolare, attesa la «minima litigiosità»⁸⁰ che, in questi anni, si è registrata in Spagna attorno alle scelte positivizzate dal legislatore in tema di accesso alle nuove metodiche procreative, le diversità che è dato evidenziare nelle modalità di approvazione della disciplina spagnola, rispetto a quella italiana, oltretutto riguardo ai meccanismi di tutela da essa previsti, non solo consentono la sussunzione di tali leggi in modelli alternativi di regolazione giuridica⁸¹, ma, nel confronto, permettono di additare nella legislazione iberica un esempio di approccio «*procedure oriented*», la cui emulazione, nel nostro Paese, risulterebbe certo proficua nella prospettiva di un decongestionamento del nutrito contezioso giudiziario. In tale approccio, infatti, il dettato normativo non determina in maniera rigida e predeterminata la regola da applicare al caso concreto. Piuttosto, la definizione di questo viene semplicemente orientata dal regolatore pubblico. In tale misura, quindi, il modello regolativo in questione riesce non solo a garantire l'effettiva applicabilità della legge, ma anche ad assicurare un atteggiamento di rispetto e di adesione, quasi spontaneo, da parte dei soggetti coinvolti.

Definite le peculiarità del modello in questione, chiara è la riconducibilità ad esso della normativa spagnola. Le sue prescrizioni, infatti, palesano «la precisa ed espressa volontà del legislatore di innescare un processo di coinvolgimento e partecipazione tanto dei soggetti coinvolti nella materia quanto della componente tecnico-scientifica (*expertise*), all'interno di meccanismi istituzionalizzati che vengono ad affiancare – a completare – il tradizionale procedimento legislativo»⁸². Un coinvolgimento ed una partecipazione che,

78 S. PENASA, *ult. op., cit.*, 81.

79 *Ibidem*.

80 Al riguardo si rimanda a S. PENASA, *ult. op., cit.*, 87 ss.

81 Sul punto, per una corretta disamina dei diversi modelli normativi in cui sussumere le leggi in esame, si rinvia a S. PENASA, *ult. op., cit.*, 80 ss.

82 S. PENASA, *ult. op., cit.*, 83, il quale, al riguardo, più diffusamente, spiega: «La disciplina spagnola contiene precisi limiti nell'applicazione delle tecniche di

anche nel più limitato ambito delle scelte riguardanti l'impiego dei preembrioni soprannumerari crioconservati, si palesa un aspetto fondamentale ed indefettibile della disciplina⁸³, le cui previsioni risultano non solo in grado di assicurare l'obiettivo di una protezione effettiva della possibilità di sviluppo biologico dei preembrioni, ma altresì utili a bilanciare questo con le diverse finalità della ricerca scientifica. In effetti, «lasciando alla libera – in quanto consapevole – determinazione della coppia (o della donna) la scelta del possibile destino dei preembrioni soprannumerari, il rapporto di prevalenza fra le distinte opzioni possibili non viene [...] predeterminato per via legislativa». Piuttosto, viene a delinearsi «un modello a progressiva estensione dell'ambito di tutela, all'interno del quale viene lasciata alla donna l'opzione di privilegiare le soluzioni maggiormente garantiste del bene costituzionale del preembrione *in vitro* e della sua aspettativa di sviluppo biologico». All'interno del testo legislativo, «viene infatti garantita tanto la possibilità di favorire opzioni normative in grado di tutelare il bene giuridico costituzionalmente protetto “preembrione *in vitro*”, quanto la determinazione di uno spazio, residuale e condizionato dalla volontà della donna, aperto al bilanciamento di questo con il diritto costituzionale “*a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*” (art. 20, c. 1, della Costituzione spagnola del 1978) e con il mandato contenuto nell'art. 44, e. 2, della Costituzione spagnola, il quale prescrive ai poteri pubblici la promozione della scienza e della ricerca scientifica e tecnica a beneficio dell'interesse generale»⁸⁴. Al contrario, quanto alla normativa italiana, è altrettanto chiara la diversa scelta, da parte del legislatore, a favore di una regolazione di «contenuto», che, per la staticità delle sue disposizioni, non

p.m.a. e soprattutto rispetto all'utilizzo per finalità di ricerca degli embrioni soprannumerari crioconservati, che sembrano porsi in un rapporto di continuità e coerenza rispetto al modello di inclusione del conflitto sociale tracciato dalla propria giurisprudenza costituzionale. Ma una volta individuati a livello legislativo, l'applicazione concreta di tali limiti viene attuata attraverso meccanismi procedurali di coinvolgimento delle *expertise* (*Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida*) e di assunzione diretta di responsabilità da parte dei soggetti direttamente coinvolti (*compromiso de responsabilidad della madre o dei progenitori*)».

83 O meglio, «una concretizzazione a livello legislativo della regola di progressività crescente del livello di protezione delle varie fasi di sviluppo embrionale»; così S. PENASA, *ult. op., cit.*, 83.

84 Sul punto, cfr. S. PENASA, *La fragile rigidità della legge italiana in materia di procreazione assistita e la solida flessibilità del sistema spagnolo: modello «value oriented» e modello «procedure oriented» a confronto*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2010, n. 1, 133.

solo esclude ogni possibile osmosi tra il testo delle sue previsioni e il dato, sociale oltre che propriamente tecnico, su cui è chiamato ad incidere, ma finisce per assumere come sua unica ed esclusiva finalità la tutela del concepito. In questo senso, anche solo la rigidità del divieto di ogni sperimentazione sugli embrioni diventa paradigmatica di un approccio alla tematica assolutamente opinabile sotto il profilo giuridico, e propriamente costituzionale, per l'assoluto svilimento di quell'esigenza di bilanciamento con i diversi interessi costituzionalmente fondati e rilevanti in ambito, chiaramente compressi, ed anzi propriamente sconfessati.

Spinta in questa direzione, l'analisi potrebbe allora ulteriormente svilupparsi fino a definire quanto della pretesa «rigidità» della legislazione italiana si sia in concreto tradotta in una sua maggiore capacità garantista delle diverse posizioni giuridiche rilevanti in ambito, e quanto, invece, della «flessibilità» della normativa spagnola abbia, di fatto, soddisfatto tale obiettivo. In questa prospettiva, essa potrebbe, allora, trovare tutta una serie di elementi utili a sostenere, come già di fatto asserito, che una flessibilità proceduralmente rigida può, infine, risultare molto più efficace di un apparato proibizionista⁸⁵, ed offrire con ciò riprova di quanto la presunta maggiore «rigidità» della legislazione italiana, *quid est* il modello regolativo che esso incarna, sia stata, e sia a tutt'oggi, causa di quell'alto tasso di litigiosità che, facilmente registrabile nel nostro Paese, risulta al contrario inesistente nel sistema spagnolo. Anche sotto tale profilo, l'ormai copiosa giurisprudenza in tema di accesso alla diagnosi preimpianto torna a imporsi quale esempio dalla valenza paradigmatica. A fronte dell'incrocio, all'interno del medesimo testo legislativo, di un rigido divieto di qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano, affiancato dal riconoscimento dell'ammissibilità della ricerca clinica esclusivamente per finalità diagnostico-terapeutiche a favore dello stesso embrione oggetto di intervento (art. 13, primo comma), e di una successiva previsione riguardante il preciso diritto della coppia di essere informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero (art. 14, quinto comma), l'autorità giudiziaria è stata, in effetti, più volte adita nel tentativo di ricondurre nell'alveo della legalità costituzionale un contenuto normativo assolutamente privo di ogni ragionevolezza. E così, nel giro di pochi anni, alle pronunce dei giudici ordinari hanno fatto seguito ulterio-

85 Sul punto, si rimanda a tutte le interessanti osservazioni sviluppate nel suo scritto da S. PENASA, *La fragile rigidità della legge italiana in materia di procreazione assistita e la solida flessibilità del sistema spagnolo: modello «value oriented» e modello «procedure oriented» a confronto*, op. cit., passim.

ri e significativi interventi tanto della giustizia amministrativa quanto di quella costituzionale, che, ugualmente sollecitati dall'esigenza ed anzitutto dall'urgenza di superamento di un contenuto legislativo palesemente contraddittorio e perciò stesso giuridicamente opinabile, sono lì a testimoniare il progressivo ed importante aumento del contenzioso giudiziario da esso prodotto.

Ma, la sempre maggiore giurisdizionalizzazione dei conflitti ha finito ben presto per far emergere altresì le «ombre» di questa tendenza; a cominciare anzitutto dai costi normativi che essa comporta. Il riferimento, lapalissiano, è alla molteplicità e diversità di risposte che, in relazione alla stessa fattispecie dedotta alla cognizione dell'organo giudicante, è dato spesso registrare nella giurisprudenza italiana, anche (e soprattutto, forse) su questi temi. In effetti, nel susseguirsi delle pronunce appena ricordate si è di fatto colta, in questi anni, una risposta ondivaga e contraddittoria offerta dalla giurisprudenza a quella richiesta di maggiore ragionevolezza di cui, fin da subito, la legge è parsa priva, sia nella formulazione letterale che nella sua concreta applicazione. È così accaduto che ad una prima serie di pronunce⁸⁶, tutte di segno contrario al riconoscimento dell'ammissibilità della diagnosi preimpianto, ha poi fatto seguito un ulteriore intervento della giurisprudenza ordinaria⁸⁷ che, pur dovendo concludere nel segno dell'inammissibilità del ricorso a tale tipo di indagine, ha tentato tuttavia di recuperare le ragioni dei ricorrenti, purtroppo frustate dal dettato della legge, attraverso la proposizione della questione di legittimità delle disposizioni rilevanti nel giudizio, individuandone i profili di non manifesta infondatezza. Più di recente, invece, il «difetto procedurale»⁸⁸ dietro cui si è trincerata la Corte Costituzionale, dichia-

86 Ci si riferisce, in particolare, a: Tribunale di Catania, ordinanza del 03.05.2004, *cit.*; Tribunale di Roma, sentenza del 23.02.2005, in *Il Foro italiano*, 2005, I, 881; TAR Lazio, Sezione III, sentenza del 09.05.2005, n. 3452, in www.altalex.com

87 In questo senso, in successivo ordine di tempo, si sono espressi: Tribunale di Cagliari, sentenza del 24.09.2007, *cit.*; Tribunale di Firenze, ordinanza del 17.12.2007, in www.altalex.com; TAR Lazio, Sezione III quater, sentenza del 21.01.2008, n. 398, in www.altalex.com

88 L'espressione «difetto procedurale» è stata, in particolare, utilizzata da L. CHIEFFI, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni all'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 4722, per qualificare il vizio, ossia la mancata estensione dei dubbi di costituzionalità ad altri articoli della medesima legge, diversi dall'art. 13, che, stante l'interpretazione della Corte costituzionale, impedirebbe lo svolgimento del sindacato di legittimità sulle disposizioni fatte oggetto di

rando manifestamente infondata la questione sollevata dinanzi a sé, ha spianato la strada ad un nuovo filone giurisprudenziale che, fatta propria la premessa metodologica spinta a preferire, tra le varie interpretazioni possibili della disposizione da applicare al caso concreto, quella che assicuri una lettura costituzionalmente orientata della norma, ha finito, per questa via, per riconoscere la piena ammissibilità della diagnosi pre-impianto. Chiara ogni deduzione sul punto. Indubbiamente apprezzabile nel merito, forse criticabile nel metodo, la giurisprudenza appena ricordata, nella sua successiva evoluzione, risulta comunque chiaramente espressiva di uno dei maggiori limiti connessi agli sviluppi dell'attività ermeneutica: la disomogeneità dei giudicati. Una disomogeneità che di fatto comporta sempre un'importante compressione, quando non addirittura una vera e propria violazione, di quel principio al pari trattamento di tutti dinanzi alla legge, costituzionalmente sancito all'art. 3, che si declina altresì nei termini di un'uguaglianza di tutti nell'applicazione del diritto e nella garanzia della certezza del diritto.

C'è tuttavia un ulteriore aspetto della giurisdizionalizzazione dei conflitti di cui si è fatto cenno che il pur costante riferimento all'intervento armonizzante del formante giurisprudenziale all'interno dell'orizzonte ordinamentale italiano spesso scorda di apprezzare in quella che è la sua esatta portata, e che pure riveste un'importanza niente affatto secondaria in tema: l'erosione progressiva da parte dei giudici di quote di potere decisionale, *quid est* politico, naturalmente spettante al Parlamento. L'osservazione, in questo caso, investe più specificamente il principio della separazione dei poteri e porta a chiedersi se la pur apprezzabile ricerca di «un giusto punto di equilibrio» non si sia tradotta in un'alterazione del tradizione equilibrio tra potere legislativo e potere giurisdizionale.

Qui, peraltro, si impone una precisazione che investe propriamente la funzione giudiziaria. Sottesa, infatti, all'interrogativo sopra proposto non vi è affatto la pretesa di negare la valenza propria dell'attività interpretativa dei giudici, quale fase inscindibile da quella propriamente applicativa della legge. Al contrario, è ormai indubbio che «l'adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà non può essere rimesso solo ad uno strumento rigido, qual è la legge», ma «richiede anche uno strumento flessibile, qual è la giurisprudenza»⁸⁹. L'interpretazione giurisprudenziale, anzi, consente,

impugnazione da parte del Tribunale di Cagliari con ordinanza del 16.07.2005, *cit.*

89 F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 320.

specie negli ambiti incisi dallo sviluppo delle più moderne biotecnologie, la continua osmosi tra dato giuridico e dato sociale. Tuttavia, tale funzione non può risolversi in una creatività normativa senza limiti, *quid est* in una sostituzione alla legge; pena la chiara compressione delle garanzie di certezza giuridica.

Ripensato alla luce di tale precisazione, allora, i dubbi palesati in ordine alla tenuta di quel rapporto di stretta continuità tra dato legislativo e decisione giudiziaria esprimono la specifica esigenza di carpire quanto le soluzioni offerte, in via pretoria, alle problematiche suscitate dall'applicazione di talune, controverse applicazioni biotecnologiche risultino rispondenti al *proprium* della giurisdizione, nel senso sopra specificato, e quanto, invece, configurino sconfinamenti nel diverso ambito legislativo. In questa prospettiva, ad offrire elementi utili ad una riflessione sul punto è proprio il diverso approccio manifestato nei riguardi della controversa ammissibilità della diagnosi preimpianto dai diversi giudici di merito chiamati ad occuparsene. Indiscutibilmente, la soluzione da questi infine adottata è quella costituzionalmente più adeguata e ragionevole. Tuttavia, non sembra possa dubitarsi che, in taluni casi, le argomentazioni proposte dai Tribunali al fine di avallare la scelta a favore dell'ammissibilità della diagnosi preimpianto concretizzino vere e proprie rotture del dato letterale oltre che dell'impianto teleologico della legge.

Assolutamente significativa, nella prospettiva indicata, è l'ordinanza pronunciata dal Tribunale di Firenze il 17 dicembre 2007. In essa, infatti, l'interpretazione del dato legislativo viene forzata al punto da spingere il giudice a sostenere che la diagnosi preimpianto non è soltanto ammessa, ma piuttosto richiesta dalla legge 40 del 2004⁹⁰.

Inutile rimarcare l'opinabilità di tale asserzione.

Piuttosto, nell'evidenziare in essa un chiaro esempio di decisione eccedente i confini naturali dell'interpretazione giudiziale, pare possibile, prendendo le mosse da qui, avanzare una qualche considerazione conclusiva in merito al rapporto tra formante legislativo e formante giurisprudenziale, che, tuttavia, pure non esaurisce la riflessione sul punto. In particolare, se, ad evitare che l'«applicazione creativa» delle disposizioni legislative da parte dei giudici si trasformi in «surrogazione creatrice»⁹¹, è necessario che le disposizioni oggetto della valutazione giudiziale presentino aspetti contenutistici e procedurali utili ad evitare l'opinabile scivolamento della fun-

90 Tribunale di Firenze, ordinanza del 17.12.2007, *cit.*

91 Per usare le espressioni di S. PENASA, *La necessaria concordanza fra formanti: il livello di litigiosità giurisdizionale quale paramentro di valutazione dei diversi modelli di regolazione legislativa nel biodiritto?*, *op. cit.*, 65.

zione giudiziaria nel campo legislativo, è possibile, al contrario, sostenere che l'assenza delle qualità predette all'interno delle scelte positivizzate dal legislatore alimenti quello stesso scivolamento. Sicchè, lo «sbilanciamento legislativo», quale effetto di una tecnica normativa che, come nel caso italiano, «impone» dall'alto regole, assolutamente afflittive di diritti costituzionalmente garantiti ed al tempo stesso offensive delle risultanze offerte da quella stessa evoluzione tecnico-scientifica di cui si propone di disciplinare le più diverse applicazioni, finisce, in questa prospettiva, per esser talvolta causa di quel che, non a torto, può definirsi uno «sbilanciamento giurisprudenziale». Impegnata nel recupero della ragionevolezza tradita dal legislatore, in assenza di prescrizioni utili a circoscriverne la discrezionalità, l'interpretazione giudiziale, che pure offre soluzioni costituzionalmente apprezzabili, finisce insomma per tradire talvolta il *proprium* della funzione di cui è esercizio, in un chiaro capovolgimento di ruoli, dalle forti implicazioni costituzionali.