



CIVILE

Diritto civile - Persone



DIAGNOSI PRENATALE ANCHE SUGLI EMBRIONI? LA PAROLA VA ALLA CONSULTA

LEGGE 40/2004, DOPO IL FLOP DEL REFERENDUM IL TRIBUNALE DI CAGLIARI SOLLEVA LA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ

- La circostanza che con l'istanza cautelare ex articolo 700 Cpc sia stato chiesto un provvedimento insuscettibile di esecuzione in forma specifica non rende inammissibile la domanda, poiché l'eventuale provvedimento di accoglimento sarebbe comunque in grado di esercitare una coazione indiretta, derivante dalle norme penali conseguente alla mancata ottemperanza all'ordine del giudice.
- È rilevante e non manifestamente infondata, con riferimento agli articoli 3 e 32 della Costituzione, la questione di legittimità dell'articolo 13 della legge 40/2004 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»), nella parte in cui fa divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie dell'embrione stesso, suscettibili di nuocere, se conosciute, alla salute fisica o psichica della madre.

Tribunale di Cagliari – Sezione civile – ordinanza 16 luglio 2005, n. 5026

Giudice Satta

Motivi in fatto ed in diritto

Con ricorso depositato il primo giugno 2005 i coniugi X. Y. e Z. J. hanno esposto, in fatto, le seguenti circostanze:

- insieme si erano rivolti all'Ospedale Regionale per le Microcitemie di Cagliari, Servizio Ostetricia e Ginecologia, Diagnosi genetica prenatale e preimpianto, facente parte dell'Azienda Usl n. 8 di Cagliari, e precisamente al Primario dello stesso servizio, dott. Giovanni Monni, essendo stata accertata la sterilità di coppia, per ottenere la fecondazione in vitro;
- in precedenza, ricorrendo alla stessa procedura, X. Y. si era trovata in stato di gravidanza ma, essendosi accertato, attraverso la villocentesi praticata all'undicesima settimana della gestazione, che il feto era affetto da beta-talassemia, la gravidanza aveva dovuto essere interrotta per ragioni terapeutiche;
- X. Y., infatti, constatato che avrebbe procreato un figlio portatore della grave malattia, aveva visto compromessa la sua salute psicofisica a causa di una sindrome ansioso-depressiva, per una durata di circa un anno;
- a causa di questa esperienza aveva richiesto, d'accordo con il marito, nella procedura di procreazione medicalmente assistita e successivamente alla formazione di un embrione, la diagnosi preimpianto al fine di accertare se lo stesso fosse affetto da beta-talassemia, e aveva rifiutato l'impianto prima di conoscere il risultato diagnostico;
- il dott. Giovanni Monni aveva tuttavia rifiutato di eseguire la diagnosi preimpianto;
- anche dopo la formazione dell'embrione, destinato all'impianto, il medico aveva ribadito l'invito ad effettuare il trasferimento, ma la Y. lo aveva rifiutato, pretendendo la diagnosi

preimpianto - sempre al fine di evitare un pregiudizio per la sua salute - temendo che l'embrione fosse affetto dalla già indicata malattia genetica;

- per la situazione creatasi, X. Y., tenuto conto anche della pregressa esperienza conclusasi con l'interruzione della gravidanza, avrebbe corso un serio pericolo di pregiudizio per la sua salute psico-fisica in caso di impianto dell'embrione non preceduto dalla diagnosi richiesta;
- il rifiuto del dott. Monni di eseguire la diagnosi preimpianto era stato giustificato alla luce dell'interpretazione corrente dell'articolo 13, legge 40/2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita);
- la disposizione, ha soggiunto la ricorrente, consentendo unicamente interventi sull'embrione aventi finalità diagnostiche e terapeutiche volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione stesso, avrebbe impedito, secondo la suddetta interpretazione del medico, quelli aventi come finalità il solo accertamento di eventuali gravi malattie genetiche da cui fosse affetto, come appunto la beta-talassemia;
- più specificamente, secondo tale tesi del sanitario, la diagnosi preimpianto non sarebbe stata consentita neppure quando - come nel caso concreto - fosse stato comunque sussistente, in assenza di tale diagnosi, un grave pericolo per la salute psicofisica della donna, derivante dal fondato timore che l'embrione fosse affetto da una grave malattia genetica;
- secondo l'assunto di parte ricorrente, invece, tale lettura della disposizione dovrebbe essere esclusa alla luce della norma costituzionale che tutela il diritto alla salute (articolo 32, primo comma, Costituzione). Un'interpretazione costituzionalmente orientata non sarebbe, infatti, ostacolata dal tenore letterale della norma, che consente la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano a condizione che si perseguano finalità



Tribunale di Cagliari - Ordinanza 5026/05



esclusivamente terapeutiche e diagnostiche: ciò, nonostante la legge sembri fissare un'ulteriore restrizione, limitando la ricerca al solo fine di tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso.

X. Y. e Z. J. hanno quindi domandato che il Tribunale dichiarasse in via cautelare, ai sensi dell'articolo 700 Cpc, il loro diritto di ottenere la diagnosi preimpianto dell'embrione già formato, al fine di evitare che l'attesa della diagnosi prenatale, nel ragionevole dubbio che l'embrione fosse portatore di una grave malattia genetica (la beta-talassemia), potesse arrecare un grave pregiudizio alla salute psicofisica della madre, che pure desidera la gravidanza e la procreazione di un figlio non portatore di gravi malattie.

I ricorrenti, facendo presente che gli embrioni erano provvisoriamente crioconservati, e che il tempo necessario per la convocazione della controparte avrebbe potuto pregiudicare l'attuazione del provvedimento urgente, hanno quindi chiesto che il Tribunale provvedesse con decreto, a norma dell'articolo 669-sexies, secondo comma, Cpc, ad ordinare al dott. Monni di procedere alla diagnosi preventiva.

X. Y. e Z. J. hanno precisato, quanto all'azione di merito, che intendevano far valere il diritto alla diagnosi preimpianto, e ciò al fine di procedere al successivo trasferimento dell'embrione qualora esso non fosse risultato affetto da gravi malattie genetiche, onde evitare un serio pregiudizio alla salute della madre. Il fondato timore che, durante il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria, questo fosse minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile, coinvolgeva così l'embrione come la salute dell'attrice.

I ricorrenti, per l'ipotesi in cui il Tribunale avesse ritenuto di non poter seguire l'interpretazione prospettata, hanno, per altro verso, sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 13 legge 40/2004, con riferimento agli articoli 2 e 32, primo comma, della Costituzione, nella parte in cui la norma ordinaria non prevede la diagnosi preimpianto, ove la stessa sia giustificata dalla necessità di tutelare il diritto della donna alla salute.

La questione dovrebbe ritenersi rilevante ai fini della decisione e non manifestamente infondata, secondo la parte attrice, sulla base delle valutazioni già operate dalla Corte costituzionale in numerose decisioni riguardanti l'interruzione della gravidanza, che hanno riconosciuto, da un lato, il fondamento costituzionale della tutela del concepito, affermando contemporaneamente, dall'altro, la prevalenza su tale valore del diritto della donna alla salute.

Disposta dal giudice la comparizione delle parti, l'Azienda Usl n. 8 di Cagliari ed il dott. Giovanni Monni, direttore del Servizio di ostetricia e ginecologia dell'Ospedale per le Microcitemie, non si sono costituiti nel procedimento.

È intervenuto in giudizio il Pm, il quale ha osservato come la diagnosi consista essenzialmente nella verifica dello stato di salute dell'embrione, così che dovrebbe riconoscersi, in via di principio, trattarsi di operazione a contenuto neutro rispetto a qualunque successivo intervento sull'embrione medesimo, con la conseguenza che - a differenza delle attività di ricerca e sperimentazione - essa non potrebbe essere sottoposta a limite alcuno.

L'articolo 14 legge cit., nell'evidente intento di evitare abusi, limiterebbe, secondo il Pm, la diagnosi al solo caso in cui ne abbiano fatto richiesta i componenti della coppia che ha avuto accesso alla procreazione medicalmente assistita e che intendano conoscere lo stato di salute dell'embrione, essendo la diagnosi preimpianto vietata

in ogni altro caso. Il diritto dei soggetti legittimati all'informazione circa lo stato di salute dell'embrione comporterebbe pertanto l'obbligo della struttura sanitaria di praticare la diagnosi. Seguendo tale prospettiva, l'articolo 10 Dm 22 luglio 2004 (Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita), che si discosta da questi principi ed impone alle strutture sanitarie autorizzate un'interpretazione restrittiva, prescrivendo che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro debba essere esclusivamente di tipo osservazionale, dovrebbe essere disapplicato, per l'evidente contrasto con le disposizioni degli articoli 13, secondo comma, e 14, terzo comma, della legge.

Il Pm ha inoltre affermato che, pur essendo vero che le tecniche diagnostiche non possono essere talmente invasive da compromettere la salute e le potenzialità di sviluppo dell'embrione medesimo, dovrebbe comunque riconoscersi che tecniche non semplicemente osservazionali siano consentite laddove, secondo la *lex artis*, abbiano un'accettabi-

■ **Il caso:** una donna, dopo un primo tentativo di fecondazione artificiale, non andato a buon fine, pativa una malattia psichica. Effettuava quindi un secondo tentativo, ma chiedeva al medico di eseguire una diagnosi sull'embrione prima che questo fosse impiantato, al fine di evitare che eventuali malattie dell'embrione potessero provocare un secondo stress. Al rifiuto del medico, la donna chiedeva al tribunale ex articolo 700 Cpc di ordinare una diagnosi prenatale dell'embrione. Il tribunale ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 13 legge 40/2004.

■ **Il decisum:** la gestante ha diritto di sapere se l'embrione che le verrà impiantato è sano o no, perché in caso negativo tale notizia potrebbe nuocere alla sua salute psichica. È, pertanto, fondata la questione di legittimità costituzionale della norma che impedisce tali indagini.

■ **Norme applicate:** articoli 3, 32 della Costituzione; articolo 13 legge 40/2004.



Tribunale di Cagliari - Ordinanza 5026/05



le probabilità di rischio, da valutarsi secondo parametri che tengano conto non solo della salute dell'embrione, ma anche di quella della futura gestante. Una tale interpretazione troverebbe conforto nella disposizione dell'articolo 14, terzo comma, legge cit., che consente la crioconservazione degli embrioni «Qualora il trasferimento degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione», dovendo intendersi tale riferimento con riguardo ad una malattia fisica o mentale, eziologicamente collegata ad un antecedente patogeno di qualsiasi natura e, dunque, persino ad un gravissimo stress psichico indotto dal timore che l'embrione da impiantare sia affetto da patologia invalidante ed incurabile.

Il Pm ha quindi concluso perché il giudice, disapplicata la disciplina secondaria, ordinasse, in accoglimento del ricorso, l'esecuzione della diagnosi preimpianto sull'embrione, alla stregua di parametri di rischio compatibili, secondo la scienza medica, con la salute e lo sviluppo dell'embrione; ovvero, in subordine, perché - dichiarata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 13, primo comma, legge 40/2004, in relazione agli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione - sospendesse il procedimento, disponendo il rinvio degli atti alla Corte costituzionale.

Il procedimento è stato istruito con produzioni documentali ed assunzione di sommarie informazioni.

Ciò premesso, deve preliminarmente rilevarsi la ammissibilità, sul piano processuale, del ricorso proposto ai sensi dell'articolo 700 Cpc, non ostandovi la considerazione secondo la quale il contenuto del provvedimento d'urgenza eventualmente concesso verrebbe in sostanza a coincidere con il futuro contenuto della decisione di merito.

In proposito questo giudice ritiene senz'altro condivisibile l'ormai affermato orientamento giurisprudenziale il quale non solo ammette la possibilità che il provvedimento d'urgenza abbia contenuto anticipatorio della sentenza di merito, ma riconosce come in alcune fattispecie la tutela cautelare possa essere efficacemente assicurata unicamente da una totale anticipazione degli effetti della pronuncia di merito, potendo il successivo giudizio accertare la fondatezza del diritto azionato in via d'urgenza e provvedere sul regolamento delle spese processuali.

Sotto diverso profilo deve ritenersi non ostativa alla ammissibilità del ricorso proposto ai sensi dell'articolo 700 Cpc la considerazione della non eseguibilità in forma specifica del provvedimento cautelare che ordini la effettuazione della diagnosi preimpianto, tenuto conto della coazione indiretta derivante dalle norme penali conseguente alla mancata ottemperanza all'ordine del giudice.

Venendo all'esame della domanda posta dai ricorrenti, diretta

ad ottenere che il giudice ordini la effettuazione della diagnosi preimpianto sull'embrione, si rende necessaria una breve disamina delle disposizioni della legge 40/2004, che disciplina la materia della «procreazione medicalmente assistita», approvata all'esito di un lungo ed acceso dibattito politico e parlamentare. In particolare l'articolo 13 n. 2 della legge citata stabilisce che «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative», mentre il successivo n. 3 lett. b) vieta «ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione, o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete, ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma due del presente articolo».

Il successivo articolo 14 recita al n. 5 che «i soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero, e - a loro richiesta - sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire sull'utero».

Tali norme sono state quasi unanimemente interpretate, anche alla luce di una considerazione di carattere generale sugli scopi perseguiti dalla legge nel suo complesso, nel senso che non consentirebbero di procedere alla diagnosi preimpianto.

Tale comune interpretazione restrittiva è stata poi confermata con la emanazione delle linee guida di cui all'articolo 7 della legge in esame (Dm della Salute Gu 191 del 16 agosto 2004), con la precisazione che «ogni indagine relativa alla salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 14 comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale».

I ricorrenti hanno in primo luogo prospettato, ed a tale prospettazione ha sostanzialmente aderito il Pm, la possibilità di una interpretazione delle norme in esame alla luce dei principi costituzionali, ed in particolare del diritto alla salute della donna, che consentirebbe - previa disapplicazione della previsione delle linee guida sulla possibilità della sola diagnosi osservazionale sull'embrione in vitro - di ritenere invece ammissibile la effettuazione della diagnosi genetica preimpianto, laddove il bilanciamento degli interessi costituzionalmente garantiti dell'embrione e della donna rendano necessaria tale diagnosi per una adeguata tutela della salute di quest'ultima.

È ben vero che il giudice, chiamato a decidere su un caso concreto, deve sempre, nella interpretazione delle disposizioni di legge ritenute applicabili alla fattispecie portata al suo esame, cercare di vagliarne le varie possibili interpretazioni scegliendo, ove possibile, quella non confliggente con principi o norme



costituzionali.

Peraltro la norma di cui all'articolo 13 n. 2, legge 40/2004 è comunemente interpretata, ed in tal senso sembrano deporre il suo contenuto e la sua formulazione letterale, come escludente la possibilità di una diagnosi preimpianto sull'embrione laddove la stessa non sia finalizzata esclusivamente alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione medesimo. Le linee guida, che sotto tale profilo sono state recentemente oggetto di impugnazione davanti al Tribunale amministrativo del Lazio, il quale ha rigettato il ricorso, hanno - per ciò che può rilevare - ulteriormente ristretto l'ambito della diagnosi, consentendo unicamente quella di tipo osservazionale.

Il divieto della diagnosi preimpianto è comunemente desunto anche dalla interpretazione della legge alla luce dei suoi criteri ispiratori, dai quali emerge la preoccupazione di restringere entro limiti rigorosi la ricerca scientifica sugli embrioni, in via generale vietata salvo le eccezioni previste dalla legge, nonché l'intento di garantire in tale ottica la massima tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione.

Ulteriori elementi a conforto di tale interpretazione vengono poi tratti dalla disciplina complessiva della procedura di procreazione medicalmente assistita disegnata dalla legge, laddove si prevede la revocabilità del consenso solo fino alla fecondazione dell'ovulo, il divieto di creazione di embrioni in numero superiore a quello necessario per un unico impianto - obbligatorio quindi per tutti gli embrioni - ed il divieto in via generale di crioconservazione e di soppressione di embrioni.

Né in senso diverso può essere letto l'articolo 14, terzo comma, della legge in esame, che consente la crioconservazione degli embrioni qualora il trasferimento degli stessi non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, non prevedibile al momento della fecondazione. Infatti tale norma, precisando che la crioconservazione può essere mantenuta fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile, fa evidente riferimento ad ostacoli patologici all'impianto di natura meramente transitoria, e non potrebbe quindi essere applicata a fattispecie quale quella portata all'esame di questo giudice.

Va infine detto che la diagnosi preventiva finalizzata all'accertamento di eventuali malattie genetiche, come nel caso concreto la beta-talassemia, non potrebbe ritenersi utilizzabile per «interventi a tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione», non sussistendo - sulla base delle attuali conoscenze scientifiche - alcuna possibilità di cura di tali malattie (vedi anche, sul punto, le sommarie informazioni rese all'udienza del 10 giugno 2005 dalla dott. Cau, componente della struttura diretta dal dott. Monni).

Le considerazioni svolte non consentono, secondo questo giudice, una interpretazione adeguatrice della norma di cui all'arti-

colo 13 della legge in esame la quale, alla luce del principio costituzionale del diritto alla salute, permetta di affermare la praticabilità della diagnosi preimpianto nelle ipotesi in cui la sua mancata esecuzione possa minacciare seriamente la salute fisica o psichica della donna.

L'interpretazione restrittiva comunemente accettata della suddetta norma rende allora necessario l'esame della questione di legittimità costituzionale sulla stessa sollevata dalle parti.

In particolare deve accertarsi se il divieto di diagnosi preimpianto, in relazione al caso in esame, comporti un dubbio di incostituzionalità della norma in questione.

Il problema, come correttamente inquadrato dalle parti, concerne l'eventualità che il rifiuto della diagnosi preimpianto comporti di per sé il pericolo di una lesione del diritto alla salute della donna che la richiede.

Deve senz'altro escludersi qualunque rilievo di motivazioni soggettive che ricolleghino la necessità della diagnosi preimpianto alla prospettiva di un'eventuale futura interruzione della gravidanza in caso di accertamento di anomalie genetiche, dovendo ritenersi non previsto dal nostro ordinamento l'aborto eugenetico, e non tutelato un interesse dei genitori ad avere un figlio sano. È pacifico infatti che l'impianto degli embrioni sia obbligatorio, anche se non coercibile (come desumibile dalla interpretazione della legge e comunque specificamente riconosciuto dalle linee guida), e che l'eventuale interruzione della gravidanza potrebbe avvenire solo in presenza dei presupposti previsti dalla legge 194/78, che tale materia disciplina.

La ricorrente, secondo quanto dimostrato dalla certificazione medica prodotta (v. certificato in data 31 maggio 2005 della psichiatra dott. C. P., in atti), già in passato aveva sofferto di una depressione reattiva conseguente ad una interruzione di gravidanza attuata alla undicesima settimana di gestazione per motivi terapeutici, dopo che la diagnosi prenatale aveva accertato che il feto era affetto da beta-talassemia, malattia della quale entrambi i ricorrenti sono portatori sani.

La ricorrente, sempre secondo la certificazione medica prodotta, presenta allo stato un grave stato ansioso con umore depresso, strettamente connesso al conflitto tra la scelta di procedere comunque all'impianto dell'embrione ed il proprio vissuto di inadeguatezza di fronte ad una possibile malattia del feto, «probabilmente rimosso o sottovalutato in precedenza per il prevalere di un fortissimo desiderio di maternità».

Le circostanze di fatto riferite nel ricorso, e soprattutto la descritta situazione di salute della ricorrente, consentono senz'altro di ritenere la rilevanza, con riguardo al caso di specie, della questione di legittimità costituzionale prospettata, nonché, per quanto di seguito si dirà, la non manifesta infondatezza della questione medesima in relazione agli articoli 2 e 32, comma primo, della Costituzione della Repubblica Italiana, il quale ul-

Tribunale di Cagliari - Ordinanza 5026/05



timo recita «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interessi della collettività...».

Deve in primo luogo porsi in rilievo la sussistenza di un conflitto coinvolgente, da un lato, la tutela della salute della ricorrente e, dall'altro, la tutela dell'embrione. In proposito deve tenersi presente che l'embrione si trova, allo stato, sottoposto a crioconservazione, in conseguenza del rifiuto della ricorrente di procedere all'impianto senza previa diagnosi; situazione questa che nel tempo, considerata la non coercibilità dell'impianto, non può che produrre danni biologici anche irreversibili per l'embrione medesimo. Non vi è dubbio che anche la salute della donna sia, nel caso di specie, seriamente minacciata dalla impossibilità di conoscere lo stato di salute dell'embrione prima di procedere all'impianto. In questa situazione, in cui «procedere all'impianto potrebbe essere di grave danno per l'equilibrio psico-fisico della paziente» (vedi certificato 31.5.05 già citato), e stante il rifiuto dell'impianto se non preceduto dalla diagnosi genetica e la non coercibilità dello stesso, non solo appare inadeguata la tutela della salute della donna - con conseguente violazione dell'articolo 32 della costituzione - ma non risulta neppure maggiormente garantita la salute dell'embrione, probabilmente condannato a subire, nel tempo, danni biologici, e destinato invece al tempestivo trasferimento in utero nella ipotesi che la diagnosi accertasse la insussistenza di beta-talassemia. A ciò va aggiunto, sempre nell'ottica della tutela dell'embrione, che il rischio di inutilizzabilità a causa della diagnosi preimpianto si aggirerebbe statisticamente intorno all'uno per cento: percentuale inferiore, quindi, a quella del rischio di aborto nelle diagnosi prenatali (v. sul punto le dichiarazioni della dott. Cau), mentre, persistendo il rifiuto dell'interessata all'impianto, sarebbe inevitabile protrarre lo stato di crioconservazione dell'embrione sino alla sopravvenienza di un danno biologico irreparabile.

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere giustificato il dubbio sollevato dalla parte ricorrente sulla legittimità dell'articolo 13 della legge citata, in relazione agli articoli 2 e 32, primo comma, della Costituzione, dovendosi sottolineare come l'interpretazione prevalente della norma in questione condurrebbe ad una pronuncia di contenuto negativo sul ricorso, con conseguente concretizzazione del pericolo per la salute della donna e per quella dell'embrione.

Deve infine ricordarsi come la Corte costituzionale, chiamata più volte a pronunciarsi su norme riguardanti analoghe questioni, abbia avuto occasione di affermare che non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione «che persona deve ancora diventare» (per tutte, sentenza 27/1975); ribadendo successivamente in altre pronunce il carattere fondamentale del diritto della donna alla salute, e

la sua prevalenza, in caso di conflitto, sulla tutela accordata al concepito.

Deve pertanto ritenersi non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 13 n. 2 della legge 40/2004, nella parte in cui non consente di accertare, mediante la diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna ammessa alla procedura di procreazione medicalmente assistita siano affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori, quando l'omissione di detta diagnosi implichi un accertato pericolo grave ed attuale per la salute psico-fisica della donna.

La questione di legittimità costituzionale di tale norma appare non manifestamente infondata e rilevante anche in relazione all'ulteriore profilo (segnalato dai ricorrenti nelle memorie illustrative), attinente al contrasto della norma medesima con il principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3 della costituzione.

Deve in proposito rilevarsi come sia pacificamente consentita nel diritto vivente la diagnosi prenatale, e come anzi sia stata ritenuta più volte sussistente dalla Corte di cassazione la responsabilità del medico che non abbia fornito informazioni, ovvero abbia riferito informazioni errate, circa le condizioni del feto. Può quindi affermarsi che sia garantito il diritto della donna, che ne abbia fatto richiesta attraverso l'accesso alla diagnosi prenatale, alla più ampia e corretta informazione sullo stato di salute del feto, e sulla eventualità che lo stesso sia affetto da malattie genetiche.

Né sembra potersi obiettare che tale diritto sia ricollegabile unicamente alla prospettiva della eventuale interruzione della gravidanza, da un lato perché non può affermarsi la sussistenza di un diritto all'aborto, essendo la possibilità dell'interruzione della gravidanza - anche in presenza di anomalie genetiche - condizionata alla sussistenza di tutti i presupposti previsti dalla citata legge 78/1994; dall'altro perché si tratta di un diritto che garantisce una maternità più consapevole, consentendo alla donna, anzi ad entrambi i genitori, un'adeguata preparazione psicologica in relazione ai problemi di salute del nascituro.

Ritenuto dunque in capo ai genitori il diritto, di cui nessuno dubita, all'informazione sulla salute del feto nel corso della gravidanza per le ragioni suddette, non può negarsi l'esistenza di un'analogia posittiva soggettiva nella fase della procreazione assistita che precede l'impianto. La contraria affermazione comporterebbe un diverso trattamento di posizioni soggettive sostanzialmente analoghe, con conseguente contrasto della norma che vieta la diagnosi preimpianto con l'articolo 3 della Costituzione.

Deve essere quindi sollevata, con riguardo a tutti gli indicati profili, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 13 della legge 40/2004 (Norme in materia di procreazione medi-



calmente assistita), nella parte in cui fa divieto, su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, di richiedere ed ottenere la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie, in relazione agli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione. Il presente procedimento cautelare non può essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale, e deve essere pertanto sospeso.

PQM

Il Tribunale, visto l'articolo 23, legge 87/1953,

1. solleva, in quanto rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione, la questio-

ne di legittimità dell'articolo 13 della legge 40/2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui fa divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie;

2. ordina la sospensione della presente causa per pregiudizialità costituzionale;

3. ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale in Roma;

4. ordina la notificazione del presente provvedimento alla Presidenza del Consiglio dei ministri ed alle parti di causa;

5. ordina la comunicazione della presente ordinanza ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica;

6. manda alla Cancelleria per gli adempimenti.

L'embrione, la madre, i diritti da tutelare Un giudice coraggioso fra etica e legge

La Corte valuterà se la norma bilancia gli interessi in gioco

di **Mauro Fusco**

E' rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 13 della legge sulla procreazione medicalmente assistita, nella parte in cui fa divieto, ai soggetti che hanno avuto accesso alle relative tecniche, di richiedere e ottenere la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie.

Dopo oltre un anno dall'entrata in vigore della normativa italiana sulla procrea-

zione medicalmente assistita e dopo il recente fallimento della consultazione referendaria (12 e 13 giugno scorsi), il tribunale di Cagliari, nella persona del giudice Donatella Satta, ha ritenuto necessario rimettere al giudizio della Corte costituzionale la legge 40/2004 in una delle sue disposizioni maggiormente controverse e di difficile interpretazione, ovvero il divieto di diagnosi preimpianto, contenuto nell'articolo 13 (l'ordinanza del tribunale di Cagliari è qui pubblicata a p. 19, mentre il commento di Paolo Veronesi è a p. 14). Prima di esaminare le motivazioni dell'ordinanza del tribunale di Cagliari, si rende tuttavia

necessario chiarire, almeno a grandi linee in cosa consista la diagnosi preimpianto, al fine di cogliere le implicazioni di natura bioetica e giuridica che tale tecnica solleva.

LA DIAGNOSI PREIMPIANTO:

FINALITÀ, MODALITÀ E IMPLICAZIONI

La diagnosi preimpianto è una realtà estremamente recente (la prima applicazione risale al 1990; cfr. A. H. Handyside ed altri, *Pregnancies from biopsied human preimplantation embryos sexed by Y-specific Dna amplification*, in «Nature», 1990, 344, pp. 768 ss.), resa possibile dall'avvento delle tec-



Fusco - Legge 40/2004: procreazione medicalmente assistita



niche di fecondazione assistita *in vitro*, attraverso le quali è stata data la possibilità a medici e scienziati di osservare l'embrione nei primissimi stadi del suo sviluppo. Dalla mera osservazione al microscopio, che consente di verificare unicamente la compattezza, la regolarità morfologica e la qualità degli embrioni allo stato di poche cellule, il recente sviluppo della citogenetica permette oggi di eseguire un'indagine cromosomica in tempi brevissimi, capace di identificare

precocemente alcune disfunzioni cromosomiche che potrebbero costituire una condizione ostativa all'attecchimento, o comportare gravi patologie per il nascituro. La tecnica consiste nel prelievo di uno o due cellule (blastomeri) dalle sei-otto che compongono l'embrione allo stadio precoce dello sviluppo al fine di eseguire, sul patrimonio genetico dello stesso, protocolli diagnostici che consentono attualmente di identificare oltre novanta patologie tra cui emofilia A e B, betatalassemia, fibrosi cistica, anemia falciforme, distrofia muscolare di Duchenne-Becker. Successivamente al prelievo, che non comporta danni rilevanti per l'embrione, e allo *screening* genetico, la coppia potrà conoscere, prima del trasferimento in utero, le condizioni di salute dell'embrione e decidere se procedere o meno al suo impianto, non essendo ancora possibile, allo stato dell'arte, compiere interventi capaci di correggere le eventuali anomalie.

Da quanto detto finora, appare evidente che l'utilizzo della diagnosi preimpianto offre alle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili al nascituro, di aumentare sensibilmente le possibilità di avere un figlio sano senza affidarsi al caso o a successivi e molto più invasivi interventi di interruzione volontaria di gravidanza. È tuttavia parimenti evidente come l'altra faccia di tale possibilità sia la distruzione degli embrioni risultati

non sani, ritenuta insostenibile da chi condivide quella visione etica e religiosa secondo cui l'embrione meriti una tutela pari a quella della persona.

LA DIAGNOSI PREIMPIANTO,
LA LEGGE 40/2004
E LE LINEE GUIDA

*Procreazione assistita:
la legge italiana
punta a tutelare...*

Chiarito a grandi linee in cosa consista la diagnosi preimpianto è il caso ora di vedere come il legislatore della legge 40/2004 si sia posto di fronte all'utilizzo di tale tecnica e soprattutto di esaminare le norme rispetto alle quali il giudice cagliaritano ha ritenuto opportuno accogliere la questione di legittimità costituzionale con l'ordinanza dello scorso 16 luglio.

La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita si propone tra gli obiettivi primari quello di garantire il più possibile il concepito, introducendo a tale scopo una serie di vincoli e limiti all'utilizzo delle tecniche che ne fanno una tra le legislazioni maggiormen-

te restrittive nel panorama europeo (per ulteriori approfondimenti si rinvia a «D&G» 21/2005, 18/2004 e 25/2004). Tra questi l'articolo 13 n. 2 del capo VI della legge citata stabilisce che «da ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative», e il successivo n. 3 lett. b) vieta «ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione, o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete, ovvero a

predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma due del presente articolo». Le norme appena riportate, in combinato disposto con il divieto di sopprimere embrioni contenuto nell'articolo 14, sono state tradizionalmente interpretate sin dall'entrata in vigore della legge, nel senso di vietare in maniera assoluta la diagnosi preimpianto, seppur in assenza di un divieto esplicito e nell'incertezza di un dato normativo tutt'altro che univoco. Se, infatti, all'articolo 14 comma 5 è previsto che i richiedenti l'intervento siano «informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero», è obiettivamente vero che non potendosi, almeno allo stato attuale della tecnica, curare gli embrioni risultati malati, la diagnosi preimpianto non sia «volta alla tutela della salute e dello sviluppo del-

l'embrione stesso» ma inevitabilmente legata alla scelta di sopprimere gli embrioni eventualmente risultati non sani.

Senz'altro consapevole dell'incertezza sull'interpretazione delle norme contenute nel Capo VI della legge 40/2004, anche le «Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», emanate dal ministero della Salute (Dm 21 luglio 2004 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 191 del 16 agosto 2004), sono intervenute sull'argomento stabilendo che «è proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica» e che «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale». Tali norme, la cui legittimità costituirà anch'essa oggetto della valutazione dei giudici costituzionali, non lasciano ulteriori dubbi sul divieto assoluto di effettuare la diagnosi

*...il più possibile
il concepito, con molti
vincoli alle tecniche*



Fusco - Legge 40/2004: procreazione medicalmente assistita



preimpianto nel nostro paese, atteso che la mera osservazione contribuisce solo in minima parte a verificare lo stato di salute degli embrioni. Restano tuttavia numerose perplessità, oltre che sulla legittimità dell'ulteriore limite introdotto col provvedimento ministeriale, anche sull'utilizzo della locuzione "finalità eugenetica" che sia il Parlamento che il Ministero hanno inteso attribuire alle tecniche in questione.

Il diritto di conoscere lo stato di salute del nascituro...

UNA TECNICA EUGENETICA?

Legato alle pagine più oscure della storia del secolo scorso, il concetto di eugenetica, coniato da F. Galton a fine '800 per indicare «la scienza del miglioramento della specie umana, garantendo alle razze o alle stirpi più adatte una migliore opportunità di prevalere rapidamente su quelle meno adatte» (F. Galton, *Inquiries into Human Faculty and its Development*, Londra, 1892, p. 17) è storicamente legato ad esigenze politiche, sociobiologiche e di salute pubblica che sono del tutto estranee all'uso che oggi una coppia può fare della diagnosi preimpianto. Il diritto di conoscere lo stato di salute del nascituro prima di sottoporsi a un intervento delicato come il trasferimento in utero e l'eventuale scelta, sicuramente tragica, di sopprimere un embrione risultato portatore di una patologia grave, attengono infatti alla sfera più privata del singolo e della coppia, chiamata a confrontarsi con il dramma di accettare o meno un figlio affetto da una grave patologia, e senza che vi sia pertanto alcun fine di miglioramento sociale o razziale. Va inoltre precisato che, da un punto di vista concettuale, non sarebbe la diagnosi in sé ad avere una finalità *latu sensu* eugenetica (limitandosi tale tecnica unicamente a verificare lo stato di salute dell'embrione) ma l'eventuale successiva decisione di non trasferirlo in utero e/o di distruggerlo. In questo è certa-

mente innegabile l'affinità con le altre tecniche di diagnostica prenatale (ecografia, amniocentesi, villocentesi), pienamente consentite dal nostro ordinamento che, tra l'altro, ammette l'interruzione di gravidanza anche oltre il terzo mese nell'ipotesi in cui «siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» (articolo 6 lett.

b), legge 194/78).

MOTIVAZIONI

DELL'ORDINANZA DI CAGLIARI

Preso atto delle osservazioni della difesa della coppia, nonché del parere favorevole all'intervento del sostituto procuratore e della mancata costituzione in giudizio dell'Asl e del medico, il giudice Satta, nel disporre il rinvio degli atti al giudice delle leggi ha effettuato una serie di considerazioni estremamente interessanti e innovative sulle quali vale la pena soffermarsi.

Punto di partenza del magistrato cagliaritano è innanzitutto il dato letterale degli articoli di legge e delle linee guida che riguardano la diagnosi preimpianto, già enunciati in precedenza, e la loro interpretazione letterale. Da tale interpretazione, anche alla luce di considerazioni di carattere generale sugli scopi perseguiti dalla legge nel suo complesso e dei suoi criteri ispiratori, tra cui «la preoccupazione di restringere entro limiti rigorosi la ricerca scientifica sugli embrioni, in via generale vietata salvo le eccezioni previste dalla legge, nonché l'intento di garantire in tale ottica la massima tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione» non poteva che discendere l'assoluto divieto di effettuare la diagnosi preimpianto. Sulla scorta di

tale inequivocabile dato letterale, il giudice ha ritenuto preliminarmente impossibile effettuare, come richiesto dai ricorrenti e dal Pm, «una interpretazione adeguatrice della norma di cui all'articolo 13 della legge in esame la quale, alla luce del principio costituzionale del diritto alla salute, permetta di affermare la praticabilità della diagnosi preimpianto nelle ipotesi in cui la sua mancata esecuzione possa minacciare seriamente la salute fisica o psichica della donna».

Ciò nonostante, il magistrato non ha potuto fare a meno di riscontrare che tale interpretazione restrittiva e il conseguente rifiuto della diagnosi preimpianto «comporti di per sé il pericolo di una lesione del diritto alla salute della donna che la richiede», soprattutto in circostanze particolari come quella della donna cagliaritano, affetta da un grave stato ansioso con umore depresso, strettamente connesso al conflitto tra la scelta

di procedere comunque all'impianto dell'embrione e il proprio vissuto di inadeguatezza di fronte ad una possibile malattia del feto. Con estrema o-

biettività il giudice ha rilevato poi, nel caso in questione, «la sussistenza di un conflitto coinvolgente, da un lato, la tutela della salute della ricorrente e, dall'altro, la tutela dell'embrione», nel quale né l'uno né l'altra sarebbero adeguatamente garantiti.

Allo stato attuale, infatti, la salute della donna, costituzionalmente garantita dall'articolo 32, è seriamente messa a rischio da un trasferimento che, se attuato senza la diagnosi genetica «potrebbe essere di grave danno per l'equilibrio psico-fisico della paziente».

Dall'altro lato, anche la condizione dell'embrione, sottoposto a crioconservazione *sine die* a causa del rifiuto della ricorrente di procedere all'impianto senza la previa diagnosi, e destinato a subire, nel tempo, danni biologici, non consente

...appartiene alla sfera più privata della coppia





Fusco - Legge 40/2004: procreazione medicalmente assistita



di garantire al nascituro la tutela che la legge 40/2004 ha ritenuto imprescindibile assicurargli.

Pertanto, la necessità di operare un bilanciamento di interessi fra diritti antitetici fra loro, sebbene astrattamente e singolarmente meritevoli di tutela, ha portato il giudice Satta a concludere per la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ravvisando la non manifesta infondatezza e rilevanza del conflitto tra l'articolo 13, nella parte in cui non

consente di ricorrere alla diagnosi preimpianto nemmeno quando «l'omissione di detta diagnosi implichi un accertato pericolo grave ed attuale per la salute psichica della donna», e gli articoli 2 e 32 della Costituzione.

La questione di legittimità viene ritenuta non manifestamente infondata anche in relazione all'ulteriore profilo del contrasto della norma medesima con il principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione, per quel che concerne il diritto della coppia ad essere edotta sullo stato di salute del nascituro.

Ritiene infatti il giudice cagliaritano che se è stato più volte ritenuto, anche dalla Suprema corte di cassazione, sussistente «il diritto, di cui nessuno dubita, all'informazione sulla salute del feto nel corso della gravidanza [...], non può negarsi l'esistenza di un'analoga posizione soggettiva nella fase della procreazione assistita che precede l'impianto. La contraria affermazione comporterebbe un diverso trattamento di posizioni soggettive sostanzialmente analoghe, con conseguente contrasto della norma che vieta la diagnosi preimpianto con l'articolo 3 della Costituzione».

UNA DECISIONE CORAGGIOSA

Come già traspare chiaramente anche solo ad un esame superficiale delle motivazioni sopra esposte, l'ordinanza cagliaritana si presenta senz'altro come

una decisione, oltre che storica, anche estremamente coraggiosa. Nel primo anno e mezzo di vigenza della legge 40/2004, infatti, già altre volte la problematica della diagnosi preimpianto era stata portata all'attenzione della magistratura sia ordinaria che amministrativa senza tuttavia che nessuno mai dei giudici e dei collegi interpellati decidesse di accogliere le sollevate questioni di legittimità costituzionale.

Particolare rilievo, anche mediatico, hanno avuto in proposito l'ordinanza del Tribunale di Catania (est. Felice Lima) del 3 maggio 2004 (in «D&G» n. 20 del 22 maggio 2004, pp. 97 ss.) e le sentenze del Tar Lazio, sez. IIIter, 3452 del 5 maggio 2005 (in «D&G», n. 21 del 28 maggio 2005, pp. 74 ss.) e 4047 del 23 maggio 2005.

In tali occasioni, tuttavia, i giudici si erano sempre limitati a riscontrare la conformità sia delle norme del Capo VI sia di quelle contenute nelle linee guida, all'obiettivo del legislatore di garantire la massima tutela dell'embrione, senza prendere mai in considerazione il possibile conflitto che poteva senz'altro verificarsi tra tale obiettivo e la necessità di garantire comunque la tutela del diritto costituzionalmente garantito alla salute della madre.

Sul punto, a mero titolo esemplificativo, la sentenza del tribunale amministrativo regionale del Lazio 4047/05, aveva respinto ogni eccezione di incostituzionalità affermando, fra l'altro, che non è possibile «postularsi un diritto dei "genitori" alla conoscenza dello stato di salute degli embrioni che prescinda dalla tutela dell'embrione stesso, riconosciuto come soggetto di diritto», né applicare alla diagnosi preimpianto la medesima ratio normativa che consente invece alla donna di interrompere la gravidanza in caso di

gravi malformazioni del feto anche dopo il terzo mese.

È chiaro quindi, da quanto appena detto, come l'ordinanza del giudice Satta vada in una direzione completamente opposta, non mancando di ricordare che «la Corte costituzionale, chiamata più volte a pronunciarsi su norme riguardanti analoghe questioni, abbia avuto occasione di affermare che non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare» (per tutte, sentenza 27 del 1975); ribadendo successivamente in altre pronunce «il carattere fondamentale del diritto della donna alla salute, e la sua prevalenza, in caso di conflitto, sulla tutela accordata al concepito».

Del resto non è un caso che a sollecitare il primo intervento della Corte sul tema (non si prendono in considerazione le

sentenze del 28 gennaio 2005 con cui la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi unicamente sull'ammissibilità dei quesiti referendari finalizzati all'

abrogazione in tutto e in parte della legge 40/2004 - cfr. «D&G» n. 7 e n. 21/2005), sia stato un tribunale sardo, atteso che proprio nell'isola si riscontra la più alta percentuale di casi di beta-talassemia presenti in Italia, e che pertanto vi è indiscutibilmente una maggiore sensibilità verso i problemi delle coppie portatrici di malattie trasmissibili.

Non resta, pertanto, che attendere in che modo i giudici delle leggi nei prossimi mesi si porranno di fronte al problema della liceità della diagnosi preimpianto che costituisce, come si è cercato di illustrare, uno dei corollari più delicati della legge 40/2004 per le problematiche che essa solleva e che è senz'altro riduttivo pretendere di risolvere unicamente sulla base di affermazioni di principio ideologicamente orientate.

È davvero riduttivo pensare di risolvere la questione...

...sulla base di mere interpretazioni ideologiche