

La procreazione medicalmente assistita al confine con l'eugenetica ⁽¹⁾.

Patrizio Ivo D'Andrea, dottorando di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Ferrara - patrizioivo.dandrea@gmail.com

SOMMARIO: 1. Il caso del c.d. *neonato-medicina*; 2. Il contesto normativo italiano; 3. La giurisprudenza in tema di accesso alla procreazione medicalmente assistita e di diagnosi preimpianto e le questioni giuridiche che essa solleva; 3.1. La diagnosi preimpianto; 3.2. L'accesso alla pratica di procreazione medicalmente assistita; 3.3. Il diritto di concepire e il diritto al figlio sano (la dottrina); 3.4. Segue (la giurisprudenza costituzionale); 3.5. La rilevanza dell'interesse alla salute del terzo; 4. Un accenno di conclusione.

1. Un recente caso di procreazione medicalmente assistita (di seguito: Pma) ha riaperto il dibattito sull'eventualità che queste procedure si risolvano in pratiche eugenetiche.

La vicenda è presto detta: in Francia i genitori di due bambini malati di beta-talassemia si sono sottoposti ad una procedura di Pma e, attraverso la diagnosi genetica pre-impianto, hanno selezionato embrioni non portatori della malattia e compatibili a livello ematico con i fratelli malati, per poi procedere con la fecondazione *in vitro*. Alla nascita del neonato le cellule staminali del cordone ombelicale sono state trapiantate per curare i fratelli, stante la perfetta compatibilità dei tessuti tra donatore e trapiantato (2). La beta-talassemia è una malattia genetica autosomica recessiva che viene generalmente

(1) Questo scritto riprende, ampliandole, le considerazioni esposte nell'intervento tenuto al Seminario di Studi Italo-Spagnolo *Le nuove esigenze di tutela dei diritti della persona*, svoltosi il 3 e 4 maggio 2012 a Bologna, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

(2) *Francia: nato il primo neonato-medicina*, Nota redazionale, in *Repubblica.it*, 8 febbraio 2011. L'evocante titolo è inesatto, quantomeno dal punto di vista storico. Nel dicembre dello scorso anno, infatti, l'ANSA batteva la notizia del trapianto di midollo effettuato per curare una bambina affetta da anemia di Fanconi. Donatore era il fratello, "il cui corredo cromosomico è stato selezionato «su misura» prima del concepimento", cfr. A. BALDINI, *Nato in provetta per salvare la sorella, primo trapianto di midollo "su misura". Fa discutere il caso dei piccoli Max e Megan*, in *Ansa.it*, 22 dicembre 2010. Peraltro già nel 2000 le cronache giornalistiche davano conto di un caso identico, cfr. S. CITATI, *Nasce in provetta per salvare la sorella*, in *La Repubblica*, 4 ottobre 2000.

trattata a livello sintomatico, sottoponendo chi ne è affetto a continue trasfusioni di sangue. L'unica terapia risolutiva, invece, consiste nel trapianto di midollo osseo o di cellule staminali provenienti dal cordone ombelicale di donatori istocompatibili, come sono, spesso, i fratelli del malato.

I dati di fatto rilevanti per l'inquadramento giuridico della questione, dunque, sono i seguenti: *a)* la coppia che si è sottoposta alla procedura di Pma non è sterile o infertile, ed anzi ha già dato alla luce due figli; *b)* entrambi i *partner* sono portatori sani di una malattia genetica autosomica recessiva, pertanto v'è una possibilità su quattro che un loro figlio nasca beta-talassemico (cosa che, peraltro, si era già verificata ben due volte); *c)* la malattia in questione è rara e invalidante, di fatto incurabile se non attraverso il protocollo di terapia cellulare di cui si è detto sopra, ma non intrattabile e dunque non mortale; *d)* né l'utilizzo delle cellule staminali del cordone ombelicale né, eventualmente e in un momento successivo, il trapianto di midollo osseo compromettono la salute del donatore o presentano particolari rischi sanitari; al contrario, si tratta di protocolli praticati e unanimemente accettati dalla scienza medica; *e)* lo sviluppo e la vita del bambino concepito con la Pma non avranno conseguenze negative causate dal procedimento di fecondazione *in vitro* o di trapianto; *f)* la diagnosi preimpianto per la beta-talassemia avviene non attraverso un'analisi meramente *osservazionale*, bensì tramite il prelievo di materiale cellulare dall'embrione, prelievo che non ne determina la distruzione e non ne pregiudica la possibilità di sviluppo, una volta che esso venga impiantato.

Quid iuris se il caso fosse si fosse presentato in Italia? Le questioni da affrontare sarebbero le seguenti: *a)* la coppia sarebbe legittimata ad accedere alla procedura di Pma? *b)* Potrebbe richiedere l'analisi pre-impianto per diagnosticare l'insorgenza, nell'embrione, della malattia genetica di cui sono portatori i genitori? *c)* Si potrebbe richiedere l'impianto dei soli embrioni *sani*, ossia non affetti da patologie genetiche? *d)* La volontà dei genitori, manifesta, di trovare una terapia per i figli viventi e malati è rilevante nel caso di specie? E in che modo?

2. Nell'ordinamento italiano la materia è regolata dalla l. n. 40 del 2004, recante "norme in materia di procreazione medicalmente assistita", e dal d.m. 11 aprile 2008, n. 31639, con cui il ministro della salute, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 40 del 2004, ha

adottato le “linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita”.

Quanto alla legge, rilevanti nel caso di specie sono:

- l’art. 1, che consente il ricorso alla Pma “*al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana*” (comma 1), sempre che “*non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità*” (comma 2);

- l’art. 4, comma 1, in base al quale “*il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico*”;

- l’art. 5, che limita l’accesso alle tecniche di Pma alle “*coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi*”;

- l’art. 13, comma 3, lett. *b*), che vieta, tra l’altro, “*ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti*”;

- l’art. 14, comma 5, che garantisce a coloro che accedono alla Pma il diritto ad essere informati “*sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell’utero*”;

Quanto al d.m. 11 aprile 2008, deve in particolare essere segnalato il capoverso 3 del paragrafo “Certificazione di infertilità o sterilità”, in base al quale “*una volta assicurati i criteri diagnostici e di gradualità terapeutica, tenendo conto anche di quelle peculiari condizioni in presenza delle quali - essendo l’uomo portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV od HCV - l’elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l’adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infecondità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico, di cui all’art. 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004*”.

A fronte della semplice esegesi di questo dato normativo (della giurisprudenza ordinaria e costituzionale si dirà ai paragrafi successivi), la risposta alle domande che ci si è posti sarebbe senz’altro negativa. In particolare, la coppia protagonista della vicenda sopra menzionata non risultava affetta da condizione di sterilità o infertilità, e pertanto

ad essa sarebbe stato precluso l'accesso alla procedura di Pma. Essa non risultava nemmeno affetta da quelle infezioni virali sessualmente trasmissibili che si risolvono, per espresso *dictum* delle linee guida ministeriali, in una condizione di infertilità equivalente alla *infertilità maschile severa*, rilevante *ex art.* 4, comma 1, della l. n. 40 del 2004. Infine, non v'è dubbio che la selezione dei soli embrioni non portatori del patrimonio genetico che porta all'insorgenza della beta-talassemia pone un serio quesito rispetto al divieto di selezione eugenetica dell'embrione, vietato dall'art. 13, comma 3, lett. *b*), della l. n. 40 del 2004.

Volendo complicare l'esperimento mentale che ci si è proposti, qualora si retrodatasse l'evento a prima del 2008, altro ostacolo alle aspirazioni dei genitori sarebbe il divieto di praticare indagini sugli embrioni che non siano di tipo "osservazionale", come prescriveva il d.m. 21 luglio 2004, n. 15165, ora abrogato, recante la prima versione delle linee guida ministeriali (par. "misure di tutela dell'embrione – sperimentazione sugli embrioni umani", cap. 2).

3. La questione, però, è più complessa. Lo testimoniano le diverse pronunce di giudici di merito che sono stati aditi da coppie interessate alle pratiche di fecondazione assistita, che incontravano impedimenti simili a quelli di cui si è appena dato conto (3).

3.1. La giurisprudenza di merito di cui si è detto ha riconosciuto la legittimità dell'analisi genetica preimpianto (4), come di ogni altro strumento di diagnosi compatibile con il futuro sviluppo dell'embrione, già prima dell'emanazione delle nuove linee guida ministeriali e prima che il T.A.R. del Lazio, sent. n. 398 del 2008, annullasse la previsione della prima versione delle c.d. linee guida di cui al d.m. 21 luglio 2004, nella quale si prevedeva che l'analisi dell'embrione dovesse essere solamente di tipo "osservazionale". Incidentalmente non è inopportuno ricordare che, a

(3) Per una rassegna di questo filone giurisprudenziale che mette in luce in maniera chiara e concisa l'ampliamento dell'ambito materiale di accesso legittimo alle procedure di Pma e di diagnosi preimpianto, si veda A.M. SPALAZZI CAPRONI, *La diagnosi pre-impianto nell'interpretazione della Consulta*, in *Dir. famiglia*, 2010, 2, 752 sgg.

(4) Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Foro it.*, 2007, 11, I, 3245; Trib. Firenze, 18 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, 2, I, 627; Trib. Bologna, Sez. I, 29 giugno 2009, in *Dir. Famiglia*, 2009, 4, 1854; Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, n. 191, in *Foro it.*, 2010, 3, I, 1018. *Contra*: Trib. Catania, 3 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 3498.

questo proposito, il T.A.R. ha affermato che tale limitazione si poneva in irrimediabile contrasto con la disposizione di cui all'art. 13, comma 2, della l. n. 40 del 2004, in base alla quale *“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 e allo sviluppo dell’embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative”*. Questo perché gli interventi terapeutici sull’embrione sarebbero impediti o comunque limitati qualora il medico non potesse avere a propria disposizione altro che la mera *“osservazione”* dell’embrione. Peraltro, già un’autorevole dottrina particolarmente attenta all’esigenza di tutela dell’embrione aveva segnalato la contraddittorietà delle prime linee guida ministeriali con l’art. 14, comma 5, della l. n. 40 del 2004 (5), in base al quale *“i soggetti [che si sottopongono alla Pma] sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell’utero”*, nonché una loro contraddittorietà intrinseca a fronte del fatto che, dopo aver legittimato la sola indagine osservazionale dell’embrione, le stesse linee guida prevedevano che *“qualora dall’indagine vengano evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione, il medico responsabile della struttura ne informa la coppia ai sensi dell’art. 14, comma 5”*. Questo perché con la sola analisi osservazionale non è possibile evidenziare le gravi condizioni che possono fondare il rifiuto della donna all’impianto dell’embrione.

D'altra parte, è possibile fornire un'interpretazione coerente dell'impianto della legge e dell'attuazione che di essa è stato dato con il d.m. 21 luglio 2004. La semplice analisi *“osservazionale”*, infatti, è in grado di valutare la qualità morfologica dell’embrione, dalla quale si può inferire la possibilità che l’embrione possa svilupparsi una volta impiantato. In questa prospettiva l’analisi osservazionale sarebbe già idonea a dare conto delle gravi anomalie dello *sviluppo* dell’embrione - non delle anomalie congenite, che pure non necessariamente ne pregiudicano lo sviluppo - le quali impedirebbero senz’altro l’impianto dell’embrione ovvero l’esito favorevole della gravidanza. In questo senso il diritto a conoscere lo stato di salute dell’embrione da impiantare sarebbe limitato funzionalmente alla stretta conoscenza delle informazioni

(5) F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. famiglia*, 2005, 1, 168 sgg.

immediatamente correlate alla prognosi circa la possibilità di successo della procedura di Pma.

Quanto detto potrebbe valere anche per le limitazioni alla ricerca e alla sperimentazione su ciascun embrione. Anche in questo caso, infatti, le finalità terapeutiche e diagnostiche che rendono lecite le tecniche biomediche avrebbero ad oggetto la “salute dell’embrione”, ossia sarebbero finalizzate esclusivamente a consentire l’impianto e il successivo sviluppo dell’embrione nel grembo della donna, senza che a nulla rilevino eventuali anomalie genetiche.

La ricostruzione dell’intera disciplina testé proposta sembra del tutto coerente con la *ratio* della l. n. 40 del 2004, che è senz’altro quella di una delimitazione quanto più stringente possibile dell’accesso alle tecniche di Pma e di una tutela quanto più estesa possibile dell’embrione, da realizzarsi anche attraverso l’impedimento di qualsiasi evento che possa interrompere la procedura stessa (6). In questo senso il divieto di tecniche diagnostiche preimpianto che non siano meramente osservazionali e la limitazione alle tecniche di ricerca e sperimentazione idonee a garantire l’impianto e lo sviluppo dell’embrione sono coerenti con l’idea per cui le anomalie genetiche e il rischio di insorgenza di una malattia genetica sono totalmente irrilevanti rispetto alla possibilità di iniziare o di terminare anticipatamente la procedura di Pma – si veda a tal proposito l’art. 6, comma 3, della l. n. 40 del 2004, per cui “*la volontà [di procedere all’impianto] può essere revocata [...] fino al momento della fecondazione dell’ovulo*”.

Questa interpretazione integralista (o originalista, tesa a valorizzare la volontà del legislatore del 2004) della l. n. 40 del 2004 e della sua disciplina di attuazione, se salva le esigenze di coerenza tra fonte primaria e fonte regolamentare, aggrava i dubbi di legittimità costituzionale dell’intera normativa.

(6) Cfr. a questo proposito M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. del dir.*, 2004, 3, 453, per cui, “l’assorbente ragione della disciplina” dettata dalla l. n. 40 del 2004 si deve rinvenire “nella condanna morale rivolta alla PMA e a chi vuol farvi ricorso”. Si veda d’altronde, la corretta riflessione di F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 168, per cui “l’accusa di ideologismo alla legge 40 [...] è sicuramente fondata quanto spuntata, nel senso che qualunque fosse stato il contenuto della legge, esso sarebbe stato frutto di scelta ideologica, come avviene quando il legislatore decide di disciplinare una data materia. Perfino la disciplina della delegazione può essere frutto di una scelta ideologica [...] è dunque impossibile che l’ideologia non influenzi i contenuti della vita e della morte”.

A questo proposito è stata evidenziata l'irragionevolezza di un divieto di conoscere le anomalie genetiche dell'embrione prima dell'impianto, laddove è invece permesso di conoscerle durante la gravidanza, ad esempio attraverso le procedure di villocentesi e amniocentesi (7).

Questo argomento è però preceduto dalla considerazione che il diritto alla salute comporta necessariamente il diritto a *conoscere* il proprio stato di salute, in tutti gli aspetti rilevanti. Non può essere il legislatore, dunque, a scegliere quali sono le informazioni che al cittadino possono essere rivelate circa la sua persona e la sua condizione fisica. Un tale restringimento del quadro informativo disponibile sarebbe irragionevole perché esautorerebbe il medico dalla possibilità di valutare per e con la paziente (i pazienti) lo stato di salute in cui essa (essi) si trova(n) e la possibile evoluzione dello stato clinico, che sarà condizionata non solo dalle possibilità di sviluppo dell'embrione, ma anche, ovviamente, dallo stato di salute e dunque dalla presenza di affezioni genetiche del concepito. In altre parole, limitando i dati che la paziente può/deve conoscere affinché possa prestare il proprio consenso informato alla pratica medica cui si sta sottoponendo, il legislatore oltrepaserebbe quei *“limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali”* (8).

Al contrario, al fine di favorire l'autodeterminazione della paziente anche nei confronti del medico curante, il legislatore può e deve stabilire un *minimum* di informazioni - come quelle di cui all'art. 6, comma 1, della l. n. 40 del 2004 - che il medico è tenuto a fornire in modo chiaro e comprensibile alla paziente e al suo *partner*, affinché essi possano prestare il proprio consenso informato alla procedura cui si va sottoponendo, ed in particolare all'impianto dell'embrione, momento che, per la sua invasività, necessita di un particolare e inderogabile atto di assenso da parte della donna.

(7) L'argomento fu valorizzato anche nelle difese dei ricorrenti che adirono il T.A.R. del Lazio nell'impugnazione delle prime linee guida, cfr. Tar Lazio Sez. III, 21 gennaio 2008, n. 398, Di Giuseppe Pres., Sandulli est.

(8) Così la Corte cost., sent. n. 151 del 2009, a proposito dell'art. 14, comma 2, della l. n. 40 del 2004, che permetteva la creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, da trasferire nel grembo della donna con un unico impianto.

In conclusione sul punto, ogniqualvolta il legislatore, come nel caso descritto - specialmente nell'interpretazione radicale che se ne è prospettata per salvaguardare le esigenze di coerenza tra fonti primarie e regolamentari -, intende disciplinare la pratica medica senza tenere conto dei punti d'arrivo della scienza, incorre non solo in un vizio di irragionevolezza della norma, ma anche in un'incostituzionale lesione del diritto alla salute.

C'è di più. Il diritto a conoscere con completezza il proprio stato di salute è un'estrinsecazione necessaria dell'autodeterminazione informativa, intesa qui come il valore di cui sono espressione quei diritti, anche introdotti nel nostro ordinamento dal diritto comunitario con la direttiva 46/96/CE, mediante i quali ogni persona può accedere ai propri dati personali, difenderli dagli interessi dei terzi e controllarne la circolazione.

Ciò considerato, è necessario interpretare l'art. 14, comma 5, della l. n. 40 del 2004 come la garanzia di un diritto alla conoscenza di tutte le informazioni sullo stato di salute dell'embrione che possono essere conosciute senza metterne a rischio la possibilità di sviluppo in seguito all'impianto. Ivi compresa, dunque, l'analisi genetica e cromosomica, che appare del tutto lecita.

3.2. Quanto all'accesso alla Pma, la giurisprudenza di merito sopra citata, traendo argomenti dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa, nonché dalla (ricostruita) *ratio* delle linee guida ministeriali del 2008, ne ha ampliato significativamente le possibilità. Da ultimo, il Tribunale di Salerno (9) ha riconosciuto la legittimazione dell'accesso alla Pma, alla diagnosi preimpianto e al trasferimento in utero dei soli embrioni non affetti da malformazione genetica ad una coppia nella quale non si era riscontrato uno stato di sterilità o infertilità, ma che era portatrice di una mutazione del gene responsabile dell'atrofia muscolare spinale di tipo 1, già trasmessa alla prole in occasioni di tre precedenti filiazioni. La struttura medica specializzata cui costoro si erano rivolti aveva rifiutato di procedere alla Pma, stante il divieto, fissato dall'art. 4 della l. n. 40 del 2004, di attuare la procedura ad altri se non a coppie in età fertile, per le quali sia stata diagnosticata una condizione di sterilità o infertilità.

Ciononostante, il Tribunale ha superato il problema rilevando che il d.m. 11 aprile 2008, recante le nuove *linee guida* ministeriali, ha riconosciuto “la possibilità di

(9) Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, n. 191, in *Foro it.*, 2010, 3, I, 1018.

ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (pma) anche in ipotesi di coppia in cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili e in particolare del virus HIV e di quelli delle epatiti B e C, riconoscendo che tali condizioni siano assimilabili ai casi di infertilità per i quali è concesso il ricorso alla pma. Ciò già determina un ampliamento della concezione normativa di infertilità e quindi consente un maggiore accesso alle pratiche di procreazione assistita”.

Stante questo dato normativo, il giudice ha affermato che il diritto a procreare - che egli stesso è arrivato a qualificare, anche invocando dottrina conforme, come diritto inviolabile della donna ai sensi dell'art. 2 Cost. - e il diritto alla salute dei soggetti coinvolti “*verrebbero irrimediabilmente lesi da una interpretazione delle norme in esame che impedissero il ricorso alle tecniche di pma da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili; solo la procreazione assistita attraverso la diagnosi preimpianto e quindi l'impianto solo degli embrioni sani, mediante una lettura «costituzionalmente» orientata dell'art. 13 legge citata, consentono di scongiurare simile rischio”.*

La pronuncia sembra fondarsi su alcune ragioni non esplicitate che meritano particolare attenzione.

La prima: è nelle attribuzioni del Ministro della Sanità il prevedere, nelle linee guida *ex art. 7* della l. n. 40 del 2004, che l'infertilità dovuta al rischio di trasmissione di una malattia infettiva - quale la sindrome da HIV, HBV o HCV - in una coppia che è in grado di procreare sia sussumibile nella fattispecie di infertilità o sterilità ai sensi dell'art. 4, comma 1, della l. n. 40 del 2004. La seconda: stante il “*«diritto della donna al figlio», per di più sano», «diritto soggettivo, da ascrivere tra quelli inviolabili «della donna» ai sensi dell'art. 2 Cost.»*, o in altre parole, a fronte del “*diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative»*, da ascrivere “*tra i diritti fondamentali e personalissimi di entrambi i genitori»*, deve essere data una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 4, comma 1, della l. n. 40 del 2004, per cui tra le condizioni di sterilità e di infertilità di fatto che giustificano l'accesso alla Pma rientrerebbero anche i rischi di trasmissione alla prole di “*gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili»* (10).

(10) Tutti i virgolettati sono tratti da Trib. Salerno, cit.

Sulla competenza ministeriale a prevedere l'equiparazione delle infezioni virali alle condizioni di sterilità o infertilità si può dubitare. L'art. 7 della l. n. 40 del 2004 delega il ministro a definire "*procedure e tecniche di procreazione medicalmente assistita*". Oltrepassare questo ambito materiale determina la violazione dell'art. 17, comma 3, della l. n. 400 del 1988, per cui con d.m. possono essere adottati "*regolamenti nelle materie di competenza del ministro o di autorità sottordinate al ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere*".

Sostenere che, a fronte del testo della legge, l'equiparazione di cui si è detto costituisca una *tecnica* o una *procedura* di Pma risulta quantomeno arduo. Tale disposizione individua, infatti, una *condizione* di infertilità, e non le *modalità* della sua diagnosi o il conseguente trattamento particolare nella procedura di Pma. In altre parole, il d.m. ha regolato il *presupposto* per l'accesso alla Pma, non il *mezzo tecnico* o di *buona pratica medica* con il quale la Pma deve essere praticata nel caso di specie. In questo modo si è oltrepassato, si ritiene, l'ambito materiale delegato dal legislatore al regolamento ministeriale.

Due elementi confortano in questa affermazione.

Il primo è che la previsione in esame rappresenta un *unicum* nel paragrafo in cui è inserita ("accesso alle tecniche", sottoparagrafo relativo alla certificazione di infertilità o sterilità ai sensi dell'art. 4, comma 1, della l. n. 40 del 2004). Essa, infatti, è posta in calce alle previsioni per cui la certificazione dello stato di infertilità o sterilità può essere effettuata da ogni medico abilitato, ma, per essere idonea a garantire l'accesso alle tecniche di Pma, deve essere certificata da uno specialista di branca medica. La disposizione in questione, dunque, pone una regola di natura sostanziale, mascherata da un'avvertenza procedurale che sarebbe destinata agli specialisti incaricati di verificare lo stato d'infertilità maschile.

Il secondo è che le infezioni virali sopra citate sono oggetto di altre disposizioni delle linee guida ministeriali, nelle quali si prescrivono quei trattamenti che, preso atto del rischio di trasmissione delle infezioni, importano particolari cautele. Tra le quali risulta particolarmente significativa quella inserita nel paragrafo "criopreservazione dei gameti - criopreservazione degli embrioni", sottoparagrafo "esami preconcezionali", capp. 3 e 5, per cui "*le coppie che si rivolgono ad un centro per un trattamento di procreazione medicalmente assistita devono aver effettuato lo screening per HIV [...]*",

per epatite B (HBV) e per epatite C (HCV)”, e “quando vi siano coppie positive per HIV, HBV o HCV che vogliano intraprendere un trattamento di fecondazione in vitro devono essere considerate le implicazioni di queste patologie infettive per i potenziali figli”.

Ciò premesso, il Giudice campano, attraverso l'equiparazione delle infezioni virali alle anomalie genetiche ha operato un salto logico che non può essere accettato *de plano*. Lo stato di infertilità o di sterilità è la condizione per cui la coppia non riesce a riprodursi naturalmente. Lo stato di infertilità di fatto per il rischio di trasmissione di infezione virale, invece, è la condizione per cui la coppia può generare, ma rischia di trasmettere alla prole un *accidente* che ne comprometterebbe l'originario stato di salute. Lo stato di infertilità di fatto per il rischio di trasmissione di malattie genetiche rilevato dal Tribunale di Salerno, infine, è la condizione per cui la coppia può riprodursi, ma incontra il rischio di dare alla luce un essere umano che stavolta non è affetto da malattie provenienti dall'ambiente esterno, come nel caso dell'infezione virale, bensì da anomalie congenite, dovute solamente al proprio patrimonio genetico.

In questa concezione, anche il diritto ad avere un figlio sano assume tutt'altra declinazione. È ovvio che il diritto alla salute garantisce ai soggetti interessati (la coppia, la madre, il concepito) la tutela rispetto ad eventi esterni che ne possano pregiudicare, appunto la salute. In questo senso la struttura sanitaria deve proteggere il soggetto a rischio dalle esposizioni a virus, a batteri, ad agenti patogeni o mutageni che ne possano compromettere lo stato, appunto, di salute naturale. Allo stesso modo, il medico e la struttura sanitaria cui ci si rivolge devono assistere la madre affinché ogni anomalia nella gravidanza possa essere sanata, salvaguardando così lo sviluppo del concepito e la salute della donna che lo porta in grembo.

Nel caso dell'anomalia congenita trasmissibile geneticamente, invece, il diritto ad avere un figlio “*sano*” implica, almeno allo stato attuale delle conoscenze mediche, la selezione e l'impianto dei soli embrioni non affetti dal fattore genetico patogeno, cosa affatto diversa, che porta ad interrogarsi sull'eventualità che la pratica sia vietata dall'art. 13, comma 3, lett. *a*), della l. n. 40 del 2004, in quanto “*selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti*”.

3.3. Le considerazioni appena svolte hanno già aperto alla trattazione del terzo interrogativo che ci si è posti all'inizio e che, a sua volta, può essere scomposto in

differenti aspetti.

Nell'ordinamento giuridico è rinvenibile un fondamento costituzionale del diritto di procreare o di essere genitore, idoneo a garantire al titolare l'accesso ad ogni tipo di tecnologia biomedica, quale la fecondazione assistita, anche di tipo eterologo, e la c.d. maternità surrogata? (11) Questo diritto implica il diritto ad avere un figlio sano? In che termini ed entro quali limiti?

Preliminarmente deve essere segnalato che la configurazione di un diritto di procreare quale situazione giuridica soggettiva autonoma è fattore rilevante laddove non si ritenga di poter riconoscere nella pratica di Pma uno strumento terapeutico, cui accedere per tutelare il diritto alla salute (12). La l. n. 40 del 2004 prende evidentemente le mosse da una concezione dello stato di infertilità e di sterilità quale effetto di una patologia o, al limite, quale sindrome idiopatica. Tanto si deriva inequivocabilmente dall'art. 1, commi 1 e 2, in cui si tratta espressamente di “*problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana*”, e si qualifica la procedura di Pma come strumento residuale laddove “*non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità*”. A questo proposito, infatti, non è mancato chi ha rilevato che la caratterizzazione della Pma come atto medico, rimedio per la sterilità e l'infertilità, ne esclude la qualificazione di “forma alternativa di procreazione”, e tanto sarebbe coerente con l'esclusione dell'accesso alla tecnica per le coppie non infertili, ma portatrici di patologia genetica trasmissibile e interessate a

(11) Il tema sarà prossimamente scrutinato dalla Corte costituzionale, in virtù delle ordinanze di rimessione Trib. Catania, 21 ottobre 2010, in *Dir. famiglia*, 2011, 1, 53 (s.m.) e Trib. Firenze, 21 settembre 2010, in *Giur. merito*, 2011, 2, 373 (s.m.), che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004, in riferimento agli artt. 3, 31, 32 e 117, comma 1, Cost., per quest'ultimo assumendo a parametro interposto l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in special modo facendo leva sulla sentenza CEDU 1° aprile 2010, n. 57813/00, *S.H. and others v. Austria*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 4, 1219 (s.m.); cfr. L. D'AVACK, *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviato la questione alla Corte costituzionale*, in *Dir. famiglia*, 2011, 1, 40.

(12) O comunque non si ritenga di poter in ogni caso ravvisare nella Pma una procedura terapeutica. Si veda quanto detto in precedenza sulla differenza tra sterilità e infertilità patologica e sterilità e infertilità di fatto causata dal rischio di trasmettere un'infezione da HIV, HBV o HCV.

scongiurarne la possibile insorgenza nel concepito (13). Pertanto la qualificazione del diritto di procreare, di essere genitore, come situazione soggettiva autonoma dal diritto alla salute appare rilevante nella soluzione del caso concreto.

Ciò precisato, quanto al diritto di procreare avvalendosi delle tecniche di procreazione assistita, in dottrina le posizioni sono le più articolate.

Salva la precisazione per cui il tema, ovviamente, ha iniziato a suscitare interesse solo con il più recente sviluppo delle tecnologie biomediche (14) non è mancato chi, nel commentare la l. n. 40 del 2004, ha sollevato dubbi di costituzionalità in merito all'art. 13, comma 3, lett. *b*), in quanto il divieto di selezionare gli embrioni, esaminando eventuali malformazioni, contrasterebbe con il diritto alla procreazione, anche inteso come diritto ad avere un figlio sano (15). Anche prima dell'approvazione della l. n. 40 del 2004 v'era stato chi, nell'annotare un provvedimento giurisdizionale che aveva affrontato la difficile questione del contrasto sorto nella coppia tra la donna, che chiedeva l'impianto dell'embrione già creato, e l'uomo suo marito, che invece vi si opponeva, aveva affermato che il diritto alla procreazione sarebbe un diritto fondamentale, salvo il cedimento di fronte al diritto del minore alla doppia figura

(13) S. BIANCHETTI, *Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica*, in *Giur. it.*, 2006, 6, 1170. Da segnalare l'impostazione di F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit. 168 sgg., il quale, pur preso atto del fatto che l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha definito la sterilità una malattia, afferma che la sterilità “*resta tale e non è superata dal procedimento artificiale, che non è dunque una terapia [...] a me sembra ci sia una qualche rilevante differenza tra il riparare un arto rotto e sostituire al metodo naturale quello artificiale della procreazione. In questo modo, infatti, non si pone rimedio a un accidente sopravvenuto, ma si annulla il modo di essere originario dell'individuo*”. A tale opinione non si può aderire, perché in questo modo si escluderebbe dal novero delle terapie ogni cura che, non potendo agire sulla causa della malattia, agisce sui sintomi, anche alleviandoli solo in parte, e, ovviamente, la cura del dolore. Si ritiene invece possibile affermare che nel novero delle pratiche mediche e terapeutiche debbano essere comprese sia quelle tecniche che sono in grado di assicurare alla persona quelle funzioni che naturalmente il suo corpo dovrebbe, ma non riesce a svolgere, sia quelle tecniche che migliorano lo stato di benessere generale della persona umana.

(14) Ne sia testimonianza il fatto che non si interroga sul problema M. BESSONE, *Artt. 29-31*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1976, 86 sgg.

(15) A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in *forumcostituzionale.it*, 2004, 1.

genitoriale e al diritto del *partner* alla paternità cosciente e responsabile (16). In maniera non dissimile, altri hanno affermato che il diritto di ciascuno a procreare rientrerebbe senz'altro nella categoria dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 Cost., ma esso non avrebbe un'ampiezza tale da consentire, ad esempio, la maternità surrogata (17).

D'altra parte in dottrina non mancano nemmeno le voci di chi, muovendo dalla giurisprudenza nordamericana e francese sul risarcimento del danno da *wrongful life*, ha ritenuto inammissibile anche e soprattutto da un punto di vista logico, ha affermato, peraltro in netta opposizione alla giurisprudenza di merito sopra citata, che non esisterebbe un diritto assoluto alla procreazione positiva, né un diritto al figlio sano (18).

Più articolata la tesi di chi fa derivare il diritto al figlio sano dal diritto (“*in senso atecnico*”) ad essere felici. In particolare, si è ritenuto che, pur in mancanza di un'espressa proclamazione del diritto ad essere felici nella Costituzione, esso dovrebbe ritenersi implicito in ogni costituzione, ed in particolare nella Carta italiana, in quanto i diritti di libertà e viepiù i diritti sociali sarebbero proclamati per attribuire alle persone la possibilità di appagare i propri bisogni e contestualmente evitare privazioni e afflizioni. In questo senso la tesi in esame prospetta non tanto la ricostruzione di un diritto costituzionale alla felicità, quanto la lettura della Carta costituzionale e delle situazioni giuridiche soggettive da essa tutelate “*anche alla luce del concetto e del fine della felicità*”, da che deriverebbero il diritto alla paternità o maternità *felici* e, infine, il diritto alla procreazione del figlio sano, ossia non affetto da gravi malformazioni e malattie (19).

(16) A. ARGENTESI, *Il difficile equilibrio tra il diritto ad essere madre e il diritto a non essere padre*, nota a Trib. Bologna, 9 maggio 2000, 26 giugno 2000, in *Corriere Giur.*, 2001, 9, 1216 sgg.

(17) M. MANCUSO, *La recente giurisprudenza sulla procreazione assistita*, nota a Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Giur. It.*, 2001, 7 sgg.

(18) L. D'AVACK, *L'Ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche*, in *Dir. famiglia*, 2010, 04, 1737.

(19) G. GEMMA, *Diritto costituzionale ad avere figli sani*, in AA. VV., *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, Giappichelli, Torino, 2008, 122 sgg. Un approccio simile, che oscilla tra l'individuazione di un vero e proprio *diritto alla ricerca della felicità* (a differenza dell'A. ora citato, che tratta direttamente di

La tesi brevemente descritta, per quanto suggestiva, si espone alla critica (20) per cui l'utilizzo del diritto alla ricerca della felicità e, ancor di più, del diritto alla felicità (21) (anche solo) come canone ermeneutico dei diritti costituzionali inserisce nella Costituzione un elemento che le è estraneo non solo a livello testuale, ma anche nella sua impostazione profonda. Il perseguimento della felicità, nell'accezione che è maturata nella specifica esperienza costituzionale statunitense, confina lo Stato nella garanzia della sicurezza del ceto proprietario, laddove il compito affidato ai pubblici poteri dalla Costituzione repubblicana, in particolare dall'art. 3, comma 2, è quello di inserirsi nel corpo vivo della società per permettere l'avverarsi delle condizioni di fatto che consentono il pieno sviluppo della persona umana.

In questo senso è stato efficacemente evidenziato che l'utilizzo dell'idea di felicità nell'ambito della teoria dei diritti rischia di determinare uno scartamento concettuale che porta a valorizzare lo stato di “*appagamento dei desideri*”, che rimanda immediatamente alla sola “*dimensione dell'avere*” (22), che è estranea o, quantomeno, non coincide con l'idea del pieno sviluppo della persona umana. Per questa ragione, l'unica caratterizzazione della felicità che si è ritenuta compatibile col costituzionalismo contemporaneo, estrapolata, peraltro, dal concetto classico di *eudaimonia*, è quella della “vita buona” (e per questo “vita soddisfacente”, “vita che riesce”), che non è

diritto alla felicità, seppure derivandolo anche dal riconoscimento, nella Dichiarazione di Indipendenza, del diritto al *perseguimento della felicità*) e l'osservazione per cui il diritto alla ricerca della felicità verrebbe esercitato attraverso gli altri diritti costituzionalmente garantiti, è adottato da C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, Giappichelli, 2000, 168 sgg.

(20) Già formulata in dottrina: cfr. M. LUCIANI, *Recensione a Carmela Salazar, “Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto”*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2000, 294 sgg. Questo A. sottolinea anche la diversità tra

(21) Si ricorda che Glauco Gemma tratta (seppure, come detto, “*in senso atecnico*” di *diritto alla felicità*, derivandolo anche dal riconoscimento, nella Dichiarazione di Indipendenza americana, del diritto al *perseguimento della felicità*). Carmela Salazar, invece, come ricordato alla n. 18, parla del diritto alla ricerca della felicità, con maggiore aderenza alla tradizione statunitense. *Diritto alla felicità e diritto al perseguimento della felicità*, lo nota ancora M. LUCIANI, *Recensione*, cit., 294, non si equivalgono, ma per entrambi, e per i profili che qui interessano, possono valere i rilievi articolati nel testo.

(22) F. LONGATO, *La felicità: un diritto dell'uomo? Sul rapporto tra felicità, benessere, vita buona e diritti umani nella filosofia pratica contemporanea*, in *Ragion Pratica*, 2001, 16, 164 sg., 188.

identificabile con l'idea di felicità quale "*stato persistente*" e che, invece, rimanda ad un processo di continuo sviluppo (23). A questo proposito, è stato ancora correttamente sottolineato che il perseguimento di un obiettivo (l'appagamento di un desiderio) comporta di regola l'accettazione di momenti ed elementi impegnativi, negativi, al limite dolorosi, e che, specialmente nel medio e nel lungo periodo, l'uomo non aspira ad uno "*stato*", ad una "*situazione persistente*" di felicità, bensì ad una serie di situazioni relazionali tra loro interconnesse, alla luce delle quali "*non è la semplice somma dei desideri appagati a mostrarsi significativa, bensì il tipo di legame che si è in grado di istituire tra desideri ed aspirazioni che possono sensatamente venir perseguiti*" (24).

(23) Peraltro, del fatto che uno stato persistente di felicità sia accessibile all'uomo è lecito dubitare. In particolare, è stato Giacomo Leopardi ad osservare che si può "*facilmente concepire come il piacere sia cosa vanissima sempre, del che ci facciamo tanta meraviglia, come se ciò venisse da una sua natura particolare, quando il dolore la noia ec. non hanno questa qualità. Il fatto è che quando l'anima desidera una cosa piacevole, desidera la soddisfazione di un suo desiderio infinito, desidera veramente il piacere, e non un tal piacere; ora nel fatto trovando un piacere particolare, e non astratto, e che comprenda tutta l'estensione del piacere, ne segue che il suo desiderio non essendo soddisfatto di gran lunga, il piacere appena è piacere, perché non si tratta di una piccola ma di una somma inferiorità al desiderio e oltracciò alla speranza. E perciò tutti i piaceri debbono esser misti di dispiacere, come proviamo, perché l'anima nell'ottenerli cerca avidamente quello che non può trovare, cioè una infinità di piacere, ossia la soddisfazione di un desiderio illimitato*", G. LEOPARDI, *Zibaldone*, pp. 166 sg. del manoscritto originale, 12-23 luglio 1820, cit. dall'ed. a cura di F. Flora, Milano, Mondadori, 1937, rist. 2010 a cura di A.M. Moroni, 134 sgg.

(24) Insiste sulla differenza tra la condizione statica di felicità e la condizione dinamica dello sviluppo della persona umana M. LUCIANI, *Recensione*, cit., 294. Sulla concezione problematica dell'appagamento dei desideri come perseguimento di obiettivi e, in ultima analisi, di una particolare "*concezione esistenziale*", v. F. LONGATO, *La felicità*, cit., 190, 194, da cui le citazioni testuali in corsivo. In un modo che a chi scrive appare coerente con i rilievi formulati nel testo si è espresso di recente Gustavo Zagrebelsky. L'A. in primo luogo ricorda che la Dichiarazione d'indipendenza è un prodotto del proprio tempo e che le ragioni storiche di quella proclamazione non possono essere slegate dal sentimento d'oppressione che avvertivano i rivoluzionari americani di fronte alle pretese di dominio coloniale della Corona inglese. In secondo luogo propone come archetipo dell'"*affamato di felicità*" che "*non esita a farsi beffe della virtù*" il personaggio di Faust, che vende l'anima al demonio per appagare i propri desideri. Per questo Zagrebelsky, anch'egli rifacendosi al concetto classico di *eudaimonia* per cui la "buona vita" non era "*il soddisfacimento illimitato di pulsioni individuali, ma la pratica della virtù*", arriva a ribaltare il concetto di felicità il leopardiano come stato di infinito piacere, e addirittura suggerisce o, meglio, prescrive la possibilità di considerare la felicità come la "*soddisfazione del dovere*

Proprio quest'ultima notazione appare illuminante nel caso in esame, in cui si ha a che fare con la procreazione, con la strutturazione della famiglia, con il completamento della rete di affetti parentali attraverso la nascita di un nuovo individuo, eventi e processi che non si lasciano interpretare col lessico dell'appagamento dei desideri.

Peraltro, ritenere che il diritto ad avere un figlio non affetto da malformazioni e malattie genetiche non si possa fondare solamente sulle disposizioni costituzionali che tutelano la salute e la maternità, ma anche su un ulteriore elemento (il diritto in senso atecnico alla felicità o la lettura dei diritti costituzionali alla luce del concetto e del fine della felicità) significa che la Costituzione non consente, se non al prezzo di introdurre in essa un elemento che appunto estraneo, di ricavare il diritto al figlio sano.

3.4. Ulteriori indicazioni per la soluzione del problema che ci si è posti possono cogliersi dalla giurisprudenza costituzionale.

Nella sent. 151 del 2009, ad esempio, nell'argomentare circa l'illegittimità dell'art. 14, commi 2 e 3, della l. n. 40 del 2004, che limitava a tre il numero massimo di embrioni che possono essere creati e che dovevano essere poi trasferiti nel grembo materno mediante un unico impianto, la Corte costituzionale ha affermato che *“la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione”*. Anche se la Corte non ha utilizzato propriamente la locuzione “diritto di procreare”, “diritto alla maternità” o “diritto al figlio”, è evidente che il bilanciamento operato tra la tutela dell'embrione, cui è stato riconosciuto un fondamento costituzionale già nella sent. n. 27 del 1975, e le “esigenze di procreazione”, lascia supporre per queste ultime una connotazione orientata verso l'utilizzo delle biotecnologie e declinata, appunto, in termini di situazione giuridica soggettiva, di cui è titolare la coppia stabilmente unita negli affetti.

In termini più precisi, anche se non relativi ai casi-limite simili a quello che ne occupa, la Corte costituzionale si è espressa nella sent. n. 332 del 2000. In quel caso si dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, punto n. 3, della l. n. 64 del 1942, recante norme sull'ordinamento della Guardia di Finanza, che, tra i requisiti

compiuto”, che *“cresce proporzionalmente al numero di coloro con i quali si riesce a stabilire rapporti di cooperazione”* (v. E. MAURO, G. ZAGREBESLKY, *La felicità della democrazia. Un dialogo*, Roma-Bari, Laterza, 2011, 233 sgg.).

per essere reclutati, includeva lo stato civile di celibe o di vedovo senza prole. Nel dichiarare l'illegittimità della disposizione per violazione degli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., la Corte affermò che non si può ravvisare, *“neppure nella delicata fase del reclutamento e dell'addestramento, un'esigenza dell'organizzazione militare così preminente da giustificare una limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore, sia pure prevista ai limitati fini dell'arruolamento e dell'ammissione ai reparti di istruzione”*.

La pronuncia appena citata è davvero significativa, sia perché specificamente collega il diritto di procreare all'intero contesto costituzionale di situazioni giuridiche soggettive protette, sia perché essa tratta la condizione del militare-uomo derivando dalla Costituzione non solo la protezione della donna già madre, o della donna incinta, ai sensi dell'art. 31 Cost., ma anche il riconoscimento del diritto a diventare genitore per ogni persona ²⁵ .

Ciò a significare che la tutela della maternità-genitorialità, aspetto imprescindibile per la manifestazione della personalità umana *ex art. 2 Cost.*, che si presenta generalmente nella formazione sociale-società naturale della famiglia, anch'essa oggetto di specifica considerazione nel testo costituzionale all'art. 29 Cost., è un valore che non solo informa di sé l'ordinamento attraverso un programma di politica del diritto indirizzato ai poteri pubblici e volto alla creazione di una rete di solidarietà e di sicurezza sociale intorno alla madre e al minore e attraverso quelle provvidenze - prima tra tutte, la garanzia del mantenimento del posto del lavoro per la donna incinta - che incoraggiano i cittadini a formare una famiglia e ad adempiere ai relativi obblighi (26), ma che si espande fino al riconoscimento del diritto di essere genitore nella coppia (27) e, dunque, di procreare.

Appurato il fondamento del diritto di concepire, resta comunque da comprendere se si possa invece ricavare dal contesto costituzionale il “diritto al figlio sano”, e in

(25) In maniera analoga sulla cit. sent. n. 332 del 2000 v. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, 153 sg.

(26) Così M. BESSONE, *Artt. 29-31*, cit., 137.

(27) Per questo ultimo profilo, invece, sono assolutamente attuali le riflessioni di M. BESSONE, *Artt. 29-31*, cit., 128, circa la qualificazione quale *extrema ratio* dell'interruzione dei rapporti tra la prole e la famiglia di origine, in caso di incapacità dei genitori di provvedere al figlio, per cui l'affermazione che *“il dovere dello Stato di surrogarsi alla mancata o insufficiente iniziativa dei genitori è puramente sussidiario”*.

quali termini.

Senza ripetere quanto già detto in precedenza, risulta evidente che sussiste il “diritto al figlio sano”, inteso come il diritto del genitore alla tutela dell’integrità fisica del concepito e del feto, fino alla nascita, rispetto agli eventi accidentali esterni che possono e che devono essere evitati o contrastati attraverso la buona pratica medica, esattamente come ogni altro evento dannoso o patogeno, e che, in caso contrario, possono giustificare il risarcimento del danno sofferto direttamente o indirettamente dal genitore.

Al contrario, non sembra possibile configurare un diritto al figlio sano, inteso come *pretesa positiva* dei genitori a dare alla luce prole non affetta da malformazioni e anomalie genetiche incurabili. La meritevolezza dell’interesse sotteso a tale pretesa, infatti, non si riesce ad inquadrare completamente, si ritiene, nella cornice costituzionale.

Non si intende aderire alle posizioni di chi legge nell’interesse dei genitori al dare alla luce persone prive di gravissime malformazioni o malattie genetiche lo strumento per selezionare “*tra i vari embrioni, quelli sani, i «migliori», scartando «i peggiori», quelli che una volta nati, darebbero «materiale umano scadente»*” (28), né di chi ritiene che, attraverso la diagnosi preimpianto, si adoperano gli stessi strumenti e si ottengono gli stessi risultati dell’attività eugenetica di selezione-soppressione di massa (29). Al contrario, si ritiene, invece, che in questi casi la condizione dei genitori o aspiranti tali sia quella di chi si trova di fronte alle c.d. *tragic choices* (30) e che intende, comprensibilmente, evitare alla propria prole un’esistenza gravata, forse esclusivamente qualificata, da un’inaccettabile sofferenza (31). Un’intenzione comprensibile, ma non

(28) Così F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 168 sgg. L’illustre A., ritiene inoltre che in questo modo si sia avviato un percorso il cui esito radicale sarebbe addirittura la sterilizzazione dei portatori di malattie trasmissibili.

(29) A. FIORI, *Editoriale. La selezione eugenetica individuale e di massa*, in *Medicina e morale*, 2005, 1, 11.

(30) Per le quali basti qui il riferimento a P. RESCIGNO, *Introduzione*, in AA. VV., *Malattie rare: la ricerca tra etica e diritto*, a cura di S. Panunzio, G. Recchia, Milano, Giuffrè, 2007, 19.

(31) Per un accenno alla c.d. “etica della compassione” in riferimento ai problemi in esame, v. H. JONAS, *Tecnica, Medicina Etica. Prassi del principio responsabilità*, trad. it. di P. Becchi e A. Benussi, Torino, Einaudi, 1997, 130.

necessariamente condivisibile, in quanto, come noto, vi sono casi in cui anche tali esperienze di vita sono state considerate pienamente accettabili e dunque tutelabili in forza del principio dell'inviolabilità della dignità umana. Tanto impedisce di poter desumere dalla pietosa intenzione del genitore (dei genitori) un'indicazione valida universalmente, con la quale giustificare il "diritto al figlio sano" qui in esame.

Non basta. Come si è accennato, a fronte dei labili "*confini che separano l'eliminazione di predisposizioni genetiche indesiderate dalla ottimizzazione di predisposizioni desiderabili*", la garanzia positiva del diritto al figlio sano apre alla prospettiva della possibilità della selezione eugenetica e proietta l'ordinamento all'interno del c.d. "*modello liberale di eugenetica*" (32), nel quale è ipotizzabile lo scartamento tra il desiderio di avere un figlio non malato e la pretesa di avere un "*figlio su misura*" (33), e dunque lo scivolamento su quel piano inclinato che può condurre, infine, alla inaccettabile strumentalizzazione dell'essere umano (34).

La tutela del diritto di procreare, come si è già detto, garantisce colui che, nel perseguimento di un proprio progetto di vita - di svolgimento della propria personalità, nella formulazione dell'art. 2 Cost. - intende evocare in vita un proprio figlio per poter così completare una stabile comunità di affetti - formazione sociale, ancora nel lessico dell'art. 2 Cost. Esso ha ad oggetto, dunque, il progetto di vita del genitore, in relazione e compatibilmente con quello che sarà il progetto di vita del figlio. Non per niente la Corte costituzionale, nella cit. sent. n. 332 del 2000, ha riconosciuto che questa prerogativa non può soccombere nemmeno di fronte alle esigenze organizzative delle forze armate presso cui il genitore dovesse prestare servizio.

Il riconoscimento del diritto al concepimento del figlio sano, invece, ha ad oggetto una specifica qualità fisica-genetica del nuovo nato. Già prima dell'eventuale deriva più volgarmente eugenetica della possibilità della selezione del sesso o delle qualità meramente estetiche del concepito, il diritto al concepimento del figlio sano offende il principio della pari dignità sociale di ogni persona, in quanto sottende senz'altro l'idea che l'ordinamento faccia derivare dalla maggiore desiderabilità di una caratteristica

(32) J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Torino, Einaudi, 2002, 23 e 50.

(33) S. BIANCHETTI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 1173.

(34) J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, cit., 67 sgg.

fisica e genetica che si presenta già nell’embrione la maggiore desiderabilità e dunque il maggior valore della persona nella quale, dopo la nascita, quella caratteristica fisica e genetica continua a manifestarsi grazie alla selezione dell’embrione nel corso della procedura di procreazione medicalmente assistita (35). La protezione dell’interesse al figlio sano, dunque, si risolverebbe in una inammissibile violazione dell’art. 3 della Costituzione (36).

Se il diritto della coppia al figlio sano quale pretesa positiva non è configurabile a fronte del disposto costituzionale, un certo profilo negativo della medesima situazione giuridica soggettiva è però rinvenibile, anche se in esclusiva correlazione con il diritto alla salute della donna in stato di gravidanza, tutelato dall’art. 32 Cost.

Significativo, a questo proposito, è il filone della giurisprudenza costituzionale sull’interruzione volontaria di gravidanza, iniziato con la sent. n. 27 del 1975. Nel catalogare i “*principi di ordine costituzionale*” in materia, la Corte ha in primo luogo affermato che “*ha fondamento costituzionale la tutela del concepito, la cui situazione giuridica si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, tra i diritti inviolabili dell’uomo riconosciuti e garantiti dall’articolo 2 della Costituzione, denominando tale diritto come diritto alla vita, oggetto di specifica salvaguardia costituzionale*”.

Alla tutela del concepito, però la Corte ha accostato la protezione della maternità, ai sensi dell’art. 31, comma 2, Cost., e i diritti fondamentali alla vita e alla salute della donna gestante e, nel caso di conflitto tra queste situazioni soggettive, ha affermato che

(35) In termini più precisi si dovrebbe parlare di “diritto alla formazione di un embrione privo di patologie genetiche, da impiantare onde procedere a procedura di procreazione medicalmente assistita”, questo al fine di non fare confusione tra embrione e feto, che persona (dunque soggetto) ancora non sono, come ha detto - lo si vedrà più avanti nel testo - la Corte costituzionale e figlio già nato.

(36) Come noto l’art. 3, comma 2, punto n. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea prescrive che “*Nell’ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: [...] - il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone*”. Pur tuttavia si è cercato di ancorare la trattazione specificamente al dettato costituzionale anche per la difficoltà di derivare dal precetto così formulato chiare indicazioni nei “casi tragici” di cui si tratta. Per questa difficoltà di concretizzazione del divieto di pratiche eugenetiche, si veda, a titolo di esempio, J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, cit., *passim* ma spec. 21: “*Per motivi concettuali e pratici, questo confine [tra genetica «negativa» e genetica «positiva»], però, è difficilmente tracciabile*”.

“il bilanciamento tra detti diritti fondamentali, quando siano entrambi esposti a pericolo, si trova nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto” (37).

Altrettanto significativo appare il *dictum* della Corte per cui *“la scriminante dell’art. 54 c.p. si fonda sul presupposto d’una equivalenza del bene offeso dal fatto dell’autore rispetto all’altro bene che col fatto stesso si vuole salvare. Ora non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi é già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare”* (sent. n. 27 del 1975, ribadito letteralmente nella sent. n. 26 del 1981).

A fronte dei richiamati principi di ordine costituzionale, qualora le anomalie o le malformazioni congenite del concepito minaccino la salute della donna, è possibile operare l’interruzione della gravidanza.

Da questo punto di vista è ancora rilevante il fatto che gli artt. 4 e 6 della l. n. 194 del 1978 considerano la malattia o la malformazione del feto una presunzione di rischio per la salute della donna. L’art. 4 della legge, peraltro, è stato oggetto di una richiesta referendaria che la Corte costituzionale, con la cit. sent. n. 26 del 1981, ha dichiarato inammissibile, anche perché, tra l’altro, si proponeva *“di abrogare le «circostanze» configurate dall’art. 4”* e *“l’inciso riguardante le «rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro», nonché il riferimento alla salute «psichica» della gestante”*.

Proprio il fatto che il bilanciamento tra la vita del feto o lo sviluppo dell’embrione e la salute della donna si trova nella *“salvaguardia della vita e della salute della donna”*, *“dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto”* è decisivo, perché vale a escludere anche la configurazione del diritto a non avere un figlio “non sano”. Questo perché la decisione dell’interruzione volontaria della gravidanza non può mai essere l’espressione della libertà di abortire *sic et*

(37) Così, nella sent. n. 35 del 1997, la Corte ha sintetizzato e codificato l’orientamento instradato dalla sent. n. 27 del 1975, aggiungendo, peraltro, che *“al fine di realizzare in modo legittimo questo bilanciamento, è «obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l’aborto venga praticato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire nella gestazione» e che «perciò la liceità dell’aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla”*.

simpliciter, bensì è e rimane un doloroso (38) strumento di tutela del diritto alla salute della donna.

In dottrina è stato rimarcato che le argomentazioni della Corte costituzionale circa l'esito del bilanciamento tra i diversi interessi configgenti nel caso dell'interruzione volontaria di gravidanza hanno subito, nella loro attuazione pratica, una torsione che avrebbe portato all'inaccettabile (a fronte della tutela costituzionale del concepito) riconoscimento della libertà di abortire della donna durante il primo trimestre di gravidanza. In particolare è stato affermato che il riferimento dell'art. 4 della l. n. 194 del 1978 alla salute psichica della donna - inciso che, non a caso, è stato oggetto di richiesta di *referendum* abrogativo, come ricordato ai paragrafi precedenti - fornisce un appiglio per giustificare la scelta abortiva che impedisce una valutazione sulla sincerità e sull'effettività del presunto pericolo per la salute lamentato dalla donna stessa (39). Confuta non le premesse, bensì l'approdo ultimo di queste tesi la posizione di chi, per respingere la critica per cui vi sarebbe una interpretazione lassista e *contra legem* della l. n. 194 del 1978, che avrebbe nascosto la libertà di abortire nel primo trimestre di gravidanza dietro al diritto alla salute (specialmente psichica) della donna, afferma che proprio la precisa interpretazione delle norme della legge riserva alla "*piena autonomia e responsabilità della donna la valutazione della sussistenza delle ragioni dell'interruzione; ciò anche in conformità con il diritto alla maternità cosciente e responsabile, di cui all'art. 1 della legge stessa*" (40).

Le osservazioni richiamate colgono, almeno in parte, la sostanza delle cose. Da una parte, infatti, non può essere messo in dubbio il fatto che il diritto alla salute deve necessariamente comprendere la salute psichica della donna e non può essere certo

(38) Efficacemente, nel contesto statunitense, J. BETHKE ELSHTAIN, *Roe v. Wade: Speaking the Unspeakable*, in AA. VV., *Great Cases in Constitutional Law*, a cura di R.P. George, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2000, 175, parla di una "*«freedom» that is at best chimerical, especially for women*".

(39) F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 168 sgg., A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in AA. VV., *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, a cura di M. Volpi, Bologna, Il Mulino, 2001, 16 sgg., spec. 21.

(40) S. BIANCHETTI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 1174.

limitato alla sola dimensione fisico-corporea ⁴¹. Se questo è vero, è altrettanto vero che un serio pregiudizio alla salute psichica della donna può determinare, come ha statuito la Corte, il sacrificio del concepito. D'altra parte, non può nemmeno essere negato che, attraverso il riferimento alla salute psichica della donna e agli effetti che su di essa possono produrre le sue condizioni economiche, o sociali o familiari, piuttosto che le circostanze in cui è avvenuto il concepimento, l'ordinamento giuridico abbia inteso prendere atto della straordinarietà (a volte, purtroppo, drammatica) dell'evento "gravidanza" e dell'impatto che esso può avere sulla vita della donna non solo in termini fisici ma anche sociali, e, pertanto, abbia preferito ritrarsi dal governare fino all'estremo limite le scelte procreative, ed anzi abbia voluto riservare un ambito di autonomia (42) nel quale l'autodeterminazione della donna incontra il solo limite della necessità di "*operare in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile* [cioè compatibile con le scelte della donna] *la vita del feto*", come ricordato dalla Corte costituzionale.

Per valutare la legittimità costituzionale di questo approdo bisogna fare un passo indietro.

A ben vedere e semplificando nei limiti del possibile, il conflitto tra la tutela del concepito e quella della madre può avere, si ritiene, tre esiti diversi. Il primo si risolve nella massima tutela possibile del concepito, ed è quello che ispirava l'ordinamento italiano fino al 1975, che puniva l'aborto sino al ricorrere degli elementi che integravano lo stato di necessità, ai sensi dell'art. 54 cod. pen. La sanzione penale era prevista, come si legge nella cit. sent. n. 27 del 1975, anche nel caso in cui, pur accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico e per l'equilibrio psichico della gestante, non ricorrevano gli estremi di gravità e attualità del pregiudizio per lo stato di salute della donna. Questo esito, come si è visto, è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale perché equiparava, quale bene tutelato dall'ordinamento, la tutela dello sviluppo e dell'integrità del concepito con la tutela della salute della donna incinta,

(41) È d'obbligo il richiamo al secondo periodo del preambolo al "Protocollo concernente la costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità", stipulato a New York il 22 luglio 1946, ratificato con d. lgs. del Capo provvisorio dello Stato 4 marzo 1947, n. 1068: "*La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité*".

(42) O, meglio, un *tempo* di autonomia, dato che la donna ha a disposizione una finestra temporale di novanta giorni.

equiparazione che innegabilmente tradiva un'impostazione ideologica di fondo incompatibile con la tavola dei valori della Costituzione repubblicana.

Esclusa quest'opzione, al legislatore, invitato dalla Corte a "*predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire la gestazione*" (così ancora la sent. n. 27 del 1975), residuavano due alternative.

La prima era quella di riservare al medico la valutazione sulla sussistenza dei criteri giustificatrici della scelta abortiva, così diradando qualsiasi dubbio sulla possibilità che il pericolo per la salute (specialmente psichica) della donna fosse strumentalizzato al fine di nascondere il riconoscimento dell'incondizionata libertà di abortire. Questa soluzione, però, solleva più dubbi di quanti ne scioglie: la valutazione sullo stato di benessere fisico, mentale e sociale della donna e sulla realtà e gravità del danno o del pericolo lamentato non si risolve semplicemente nella comune diagnosi di una patologia e mal si presta ad essere condotta da un clinico su una base di criteri oggettivi. Ciò vuol dire che al medico verrebbe riservato un giudizio estremamente aleatorio e sostanzialmente non contestabile, ponendolo in una situazione di potere nei confronti della donna che appare ingiustificato e assolutamente irragionevole (43).

Esclusa anche questa seconda opzione, l'unica possibilità residua, l'ordinamento non può che fare leva sulla decisione assunta in autonomia dalla donna incinta. Questo non significa, però, che si debba riconoscere, come sopra si diceva, l'incondizionata libertà di abortire. Al contrario, si deve considerare che a fronte di un conflitto tra due beni oggetto di tutela che non può essere composto in via sostanziale, dato che la salvezza dell'uno comporta necessariamente il sacrificio dell'altro, il diritto può ancora operare efficacemente dal punto di vista procedurale. La lettura della l. n. 194 del 1978 nella sua interezza aiuta a comprendere la questione. L'art. 4 prevede che "*la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità possano rappresentare un serio pericolo per la propria salute fisica o psichica, in*

(43) Similmente P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit. 125, in merito alla situazione del padre del concepito, ritiene che coartare la scelta interrutiva della gravidanza avrebbe conseguenze "palesamente irragionevoli e incostituzionali, costringendosi - in ipotesi - la gestante a subire o a non praticare (sul proprio corpo) un intervento medico-chirurgico a seguito di una decisione altrui (o coartata da altri): e ciò contraddice, *prima facie*, il fondamentale principio del consenso ai trattamenti sanitari".

relazione al proprio stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito” deve rivolgersi ad un consultorio familiare, ad una struttura socio-sanitaria accreditata dalla Regione oppure ad un medico di sua fiducia. La donna viene così presa in carico da professionisti socio-sanitari che hanno l’obbligo di svolgere degli accertamenti medici e di esaminare con la donna, ed eventualmente con il padre del concepito, se la gestante lo consente, *“le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto”* (art. 5). A questo punto, salvo che non intervengano ragioni d’urgenza, la donna viene invitata a soprassedere dalla propria decisione per una settimana, trascorsa la quale potrà presentarsi ad una struttura sanitaria accreditata per vedersi praticare l’interruzione di gravidanza.

L’ordinamento, dunque, obbliga e accompagna la donna incinta nella ricognizione della propria condizione e nell’esame dei criteri giustificatrici della scelta abortiva, affiancandole il *partner* e il medico curante o il personale del consultorio familiare, prospettandole ogni diversa possibile soluzione, imponendole un periodo di valutazione della propria condizione fisica, psichica e sociale. Si tratta di un percorso estremamente faticoso per la gestante, che rischia di essere umiliante e sfibrante nonostante le cautele di legge e la professionalità dei sanitari, ma che garantisce, per quanto possibile, che la scelta della donna sia ben ponderata, formata sulla base di tutti gli elementi di fatto relativi alla sua condizione fisica, psichica e sociale forniti dal professionista che la assiste, sedimentata durante un congruo “periodo di raffreddamento” volto ad impedire decisioni impulsive, arricchita dal confronto con il medico (44). Inoltre è di radicale importanza il fatto che la legge n. 194 del 1978 circoscrive il ricorso all’interruzione

/44) In senso analogo P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 132 sg.,. Questo A., per un altro profilo (117 sg.) evidenzia che “la pur scarna formalizzazione delle procedure che «accompagnano» la decisione abortiva della donna, serve (ed è effettivamente servita) anche a ridimensionare [il] problema” assai concreto dell’aborto clandestino e a ridimensionare il numero totale delle interruzioni di gravidanza.

volontaria di gravidanza per la donna che accusa le circostanze che la giustificano limitando temporalmente tale possibilità al primo trimestre di gravidanza (45).

Il limite temporale e la scansione procedimentale ora descritti rappresentano ciò che il diritto può offrire al fine di contemperare due esigenze che, come sopra si diceva, rimangono sostanzialmente inconciliabili. In questo modo si evita, lo si ribadisce, che la salvaguardia della salute della donna e la tutela dell'ambito di autonomia nella scelta procreativa che ad essa è necessariamente collegata possa trascendere nell'incondizionata libertà di abortire e si ottempera al monito lanciato dalla Corte costituzionale nell'ultimo periodo della sent. n. 27 del 1975 (46).

(45) Si tratta di un termine che, per quanto connotato da una certa discrezionalità, non appare irragionevolmente arbitrario sia in ragione del processo di sviluppo del concepito, sia in ragione della pericolosità della pratica dell'interruzione di gravidanza. Soccorrono le parole della Corte Suprema nella sentenza *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), cui si faranno ulteriori riferimenti più oltre nel testo. Considerato che il feto ha generalmente possibilità di sviluppo extrauterino intorno alla 28esima settimana (anche se in rari casi si può risalire fino alla 24esima), considerato altresì che “*new embryological data that purport to indicate that conception is a «process» over time, rather than an event*”, la Corte Suprema ha affermato che “*With respect to the State's important and legitimate interest in the health of the mother, the «compelling» point, in the light of present medical knowledge, is at approximately the end of the first trimester. This is so because of the now-established medical fact, referred to above at 149, that until the end of the first trimester mortality in abortion may be less than mortality in normal childbirth. It follows that, from and after this point, a State may regulate the abortion procedure to the extent that the regulation reasonably relates to the preservation and protection of maternal health*”.

(46) Quanto si è detto non è smentito dal fatto che la Corte costituzionale, nella sent. n. 26 del 1981, ha ritenuto ammissibile la proposta di *referendum* abrogativo avente ad oggetto alcune disposizioni della l. n. 194 del 1978 con cui “*si propone[va] di sopprimere tutti i procedimenti, gli adempimenti e i controlli di tipo amministrativo (od anche giurisdizionale), che attualmente si riferiscono all'interruzione volontaria della gravidanza, come pure tutte le sanzioni per l'inosservanza delle «modalità configurate dalla legge n. 194»*”. Vero è che la Corte affermò che la richiesta denominata “radicale” (per distinguerla dalle altre due allora esaminate, la “massimale” e la “minimale”) aveva ad oggetto disposizioni la cui abrogazione non si sarebbe ripercossa sul principio costituzionale del bilanciamento degli interessi configgenti in materia e “*nemmeno sugli obblighi che ne possano discendere per il legislatore*”, ma affermò altresì che l'intero complesso delle norme “*discrezionalmente stabilite*” sull'interruzione volontaria della gravidanza deve essere considerato nel suo complesso, “*e lo stesso vale per l'art. 4, che va comunque letto per intero, senza ignorare il rilievo attribuito alla volontà della gestante, nell'ambito delle «procedure» previste dall'art. 5*”. Come si vede, la Corte espressamente ha messo a sistema il diritto

Questa soluzione è pienamente legittima alla luce del contesto costituzionale, tanto che la Consulta la ha sostanzialmente protetta dai tentativi di abrogazione referendaria (cfr. cit. sentt. della Corte costituzionale nn. 26 del 1981 e 35 del 1997), attribuendo ad alcune disposizioni della l. n. 194 del 1978 la qualifica di norme a contenuto costituzionalmente vincolato.

Non basta. In un ambito materiale che opportunamente è stato definito “*ad alto tasso di vischiosità*” (47) l’individuazione dello spazio di autodeterminazione della donna lasciato intatto dall’intervento statale è un corollario necessario della efficace tutela del diritto alla salute. In altre parole, a fronte dei confini segnati dalla Corte costituzionale per una regolamentazione costituzionalmente legittima dell’interruzione di gravidanza, al legislatore rimangono “*non facili problemi di progettazione legislativa*” (48), la cui soluzione non può che passare, ancora una volta, per un livello di salvaguardia dell’autonomia della donna incinta almeno pari a quello riconosciuto dalla l. n. 194 del 1978, in special modo dagli artt. 4 e 6.

A conferma di quanto si è appena detto può essere richiamata anche la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d’America.

In quelle pronunce l’illegittimità della norma incriminatrice dell’aborto con la sola scriminante per il caso della “*life-saving procedure on the mother’s behalf without regard to the stage of her pregnancy and other interests involved*” è stata ricollegata alla violazione della *Due Process Clause* ai sensi del Quattordicesimo Emendamento, che tutela il diritto alla *privacy* nei confronti dell’intervento statale. In particolare, la Corte Suprema ha innanzitutto motivato la propria decisione in relazione alla libertà della donna di scegliere se e come tutelare la propria salute, a fronte di elementi presuntivamente idonei a affliggerla, quali lo “*specific and direct harm medically diagnosable*”, la “*distressful life*”, lo “*psychological harm*”, la “*mental and physical health*”, infine il “*distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically*

alla procreazione cosciente e responsabile, la salute della donna, la sua volontà autonoma e le procedure previste dalla l. n. 194 del 1978.

(47) S. BARTOLE, *Ammonimenti e consigli nuovi in materia di referendum e di aborto*, nota a Corte cost., sent. n. 26 del 1981, in *Giur. cost.*, 1981, 1, 163.

(48) Così ancora S. BARTOLE, *Ammonimenti*, cit., 162.

and otherwise, to care for it" (49).

Come si vede, la tutela della salute della donna, se vuole essere piena ed effettiva, deve in ogni caso contemplare anche la possibilità di decidere in autonomia se addossarsi il peso esistenziale di una nuova vita.

In ogni caso, e per ricollegarsi allo specifico tema in esame, la scelta abortiva è sempre una scelta di carattere negativo, tesa a rifiutare una gravidanza che, in ragione delle circostanze che la giustificano è sempre e allo stesso tempo sia *anormale* sia *non voluta*. Tra le circostanze scriminanti dell'interruzione di gravidanza, come già detto, c'è la malformazione o l'anomalia genetica del concepito, che rappresenta una potenziale minaccia allo stato di salute della donna. In via analogica, allora, si può ragionevolmente affermare il diritto della donna al rifiuto dell'impianto del solo embrione "non sano", perché nella prospettiva della tutela della salute, risulta irragionevole costringere la donna a iniziare una gravidanza che, nel contesto disegnato dalla l. n. 194 del 1978, è, appunto, sia *anormale* sia *non voluta* (50).

L'applicazione, quanto alla scelta degli embrioni da impiantare, dei medesimi requisiti stabiliti dalla l. n. 194 del 1978, scongiura - si ritiene - anche la possibilità di utilizzo della Pma per pratiche eugenetiche. Tali requisiti sono, ai sensi dell'art. 4 della legge citata, il presentarsi delle "*circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua [della donna incinta] salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito*". Ora appare chiaro il fatto che tali *circostanze* possono mutare, e dunque ripercuotersi sullo stato di salute - anche psichica - della donna, nel caso in cui l'embrione sia malato o malformato, ma non nel caso in cui esso svilupperà un genere sessuale piuttosto che un altro, o particolari connotazioni fisiche od estetiche o, al limite, risulterà predisposto per

(49) Così la cit. sent. *Roe*; la Corte Suprema conclude affermando che "*all these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation*" (§ VIII).

(50) La precisazione è doverosa, soprattutto a fronte della tesi di F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 168 sgg. Questo A., pur ritenendo incoercibile l'impianto dell'embrione, ipotizza che il rifiuto della donna interesserebbe tutti gli embrioni che sono stati formati, stante il divieto di selezione degli embrioni. Al contrario, per le ragioni sopra esposte, si deve ritenere che il rifiuto di impianto dell'embrione malformato o affetto da anomalie genetiche non pregiudichi la continuazione della procedura.

una certa malattia, di cui è però non è né certa né predeterminabile l'insorgenza (51).

3.5. Solo in questi termini, pertanto, e solo in stretta correlazione con il diritto alla salute della donna rileva il fatto che il concepito non sia sano, perché affetto da malformazioni o anomalie congenite. Rimane però da comprendere in che modo si inserisca nella qualificazione giuridica della vicenda il fatto che i genitori francesi di cui si è detto coltivassero l'aspirazione di curare i figli già nati e malati di beta-talassemia.

In dottrina le pochissime voci che si sono interessate del tema hanno in parte rilevato la meritevolezza di un progetto genitoriale che abbia come obiettivo principale, quando non esclusivo, la realizzazione di un tale interesse terapeutico (52), in parte lamentato che vicende simili aprono alla prospettiva della selezione-soppressione eugenetica degli embrioni (53).

Sono chiavi interpretative che non soddisfano del tutto. A fronte di quanto detto finora, invece, il grave stato di salute dei componenti della famiglia e la prospettiva di poterlo migliorare devono essere interpretati come fattori che influiscono sulle condizioni economiche, sociali e familiari e che potrebbero essere rilevanti ai sensi dell'art. 4 della l. n. 194 del 1978.

Tuttavia, questi elementi non potrebbero essere utilizzati ai fini di ampliare la possibilità di selezione dell'embrione, nell'ottica dell'utilizzo dei requisiti previsti dalla l. n. 194 del 1978. Questo perché, nel caso di specie, non è l'impianto dell'embrione e la successiva nascita di un bambino che non potrà fornire il materiale biologico necessario a curare il terzo componente della famiglia a generare o aggravare di per se stesso le condizioni sociali e familiari della donna. È la malattia già insorta nella persona già nata, invece, che ha verosimilmente generato una difficile situazione familiare e sociale

(51) Suggestisce l'utilizzo dei requisiti della l. n. 194 del 1978 per la selezione degli embrioni sani S. BIANCHETTI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 1178. Menzionando la differenza tra l'ipotesi della *predeterminazione* all'insorgenza di una malattia genetica grave e invalidante (intesa come la condizione genetica che comporta la certezza della comparsa della sindrome in una finestra temporale sufficientemente precisa e collocata, stante il riferimento alla maternità, nella minore età del futuro nato) e la *predisposizione* all'insorgenza di una malattia genetica (che è incerta nell'*an* e nel *quantum*) si è voluto individuare un caso limite per sottolineare un ulteriore problema che non si può qui affrontare per ragioni di spazio, ossia cosa debba intendersi per *malformazioni e anomalie congenite* dell'embrione.

(52) L. D'AVACK, *L'Ordinanza di Salerno*, cit., 1740.

(53) A. FIORI, *Editoriale*, cit., 11.

per la famiglia. Non essendoci questo rapporto di causa ed effetto tra la gravidanza e la condizione infausta della donna, non è dunque possibile sussumere l'interesse alla cura del terzo tra i requisiti previsti dalla l. n. 194 del 1978 per l'interruzione volontaria della gravidanza, che, giova ripeterlo, sono stati qui assunti quali linee guida utilizzabili anche per la questione della selezione degli embrioni nel corso della procedura di Pma.

Non basta. Nell'impianto della Costituzione repubblicana la salute non è solo l'oggetto di un diritto fondamentale individuale, ma anche il contenuto di un interesse collettivo cui la Carta ha conferito un pregio particolarissimo e che deve essere nell'analisi del caso in commento.

Generalmente, la dottrina ha approfondito il tema dell'interesse sociale alla salute al fine di valutare la legittimità delle disposizioni di legge che impongono trattamenti sanitari obbligatori ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cost. (54). In questa prospettiva, con specifico riferimento all'interruzione volontaria di gravidanza e alle pratiche eugenetiche, in dottrina si è rilevato che non si danno casi per cui l'ordinamento potrebbe imporre trattamenti sanitari obbligatori con finalità eugenetiche quali la visita prematrimoniale il cui referto possa essere causa impeditiva delle nozze, le pratiche di sterilizzazione coatta e addirittura abortive. Fermo restando che tali imposizioni oltrepasserebbero senz'altro "*i limiti imposti dal rispetto della persona umana*" di cui all'art. 32, comma 2, Cost., la venuta alla luce di soggetti che si definivano "anomali" non rappresenta - e come potrebbe? - un rischio di grave e irreparabile nocimento per

(54) Né sia prova il fatto che, nonostante l'interesse sociale sia sancito nel primo comma dell'art. 32 Cost., nella voce *Art. 32 del Commentario della Costituzione* diretto da G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1976, dell'interesse sociale alla salute tratta Diana Vincenzi Amato nel commento al comma 2 (172 sgg., spec. 174 sg.) e non Luigi Montuschi, nell'esame del comma 1. Parzialmente differente l'impostazione assunta da M. LUCIANI, *Salute: I) Diritto alla Salute - Dir. Cost.*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXVII, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, 2, il quale muove la propria analisi proprio a partire dall'"*interesse dell'ordinamento e interesse del singolo alla salute*", affermando che "*l'interesse dell'ordinamento coincide peraltro in via di principio con l'interesse dei singoli*". Questo A., poi, insiste sull'interesse collettivo alla salute sia allorché tratta del diritto di non essere curato, escludendone la garanzia "*quando il permanere della situazione patologica del singolo può indirettamente mettere in pericolo la salute della collettività (meglio, dei suoi membri)*", in quanto "*soltanto nel caso in cui all'interesse alla salute del singolo si affianchi e sovrapponga l'interesse della collettività, possono quindi ritenersi legittimi trattamenti sanitari obbligatori o coattivi, ed anche in questi casi solo a certe condizioni*" (ivi, 9 sg.)

l'intera comunità politica dello Stato, a fronte del quale risulterebbe giustificata l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio, alla stregua del comune paradigma delle vaccinazioni per le malattie infettive (55).

Nel caso di specie, invece, le considerazioni che suscita la tutela costituzionale dell'interesse sociale (della collettività) alla salute sono altre: ad essere rilevante, infatti, non è tanto l'eventualità della nascita di un soggetto che necessita di cure particolari, quanto la nascita di un soggetto che, per sue qualità naturali, può contribuire, donando parte dei propri tessuti (ma senza sacrificare la propria persona), alla salute di altri membri della collettività ed in particolare della comunità familiare nella quale il nuovo nato sarà integrato. In altre parole, e giova precisarlo a scanso di equivoci, in questo caso il problema non è quello di evitare la nascita di soggetti malati, dato che per essi deve valere il sacrosanto dovere di solidarietà sociale che si risolve nella "presa in carico" del paziente o del bisognoso da parte delle strutture socio-assistenziali, quanto di permettere la cura definitiva di soggetti - che persone sono già - attraverso un protocollo che abbisogna *anche* della selezione dell'embrione - che persona ancora non è, come ha affermato più volte la Corte costituzionale - nella procreazione medicalmente assistita.

In questa prospettiva, l'interesse sociale alla salute porta innanzitutto a rifiutare qualsiasi stigmatizzazione della pretesa dei soggetti malati e dei loro familiari a una soluzione definitiva alla propria condizione, soprattutto se non vi sono, come nel caso della beta-talassemia, alternative praticabili.

Pur tuttavia, tanto non è sufficiente, si ritiene, a riconoscere, per il tramite dell'interesse collettivo alla salute, la possibilità e infine il diritto poter utilizzare la pratica di Pma come momento di un protocollo di cura, in quanto verrebbero sacrificati a questo proposito gli embrioni in soprannumero generati nella procedura, la cui tutela ha anch'essa un fondamento costituzionale (Corte cost., cit. sent. n. 27 del 1975). Né in questo caso potrebbe essere invocato lo stesso esito del bilanciamento che la Corte costituzionale ha individuato nel caso dell'interruzione volontaria della gravidanza. Manca, infatti, quell'insanabile conflitto tra i due beni protetti che è alla base delle pronunce delle citate pronunce della Corte costituzionale. Nel caso dell'aborto, infatti, è la stessa presenza del concepito nel grembo della madre che pregiudica la salute della

(55) D. VINCENZI AMATO, *Art. 32*, cit., 174 sg.

donna, salute che può essere salvaguardata solamente col sacrificio del concepito. Nel caso in esame, invece, la salute della persona malata può essere sì completamente recuperata solamente attraverso un complesso procedimento che coinvolge negativamente anche altri embrioni che non potranno svilupparsi, ma le due situazioni non possono essere accomunate in quanto stavolta non è lo sviluppo dell'embrione che pregiudica la salute del soggetto già persona, e dunque non si rinviene quella assoluta necessità di sacrificare tale elemento costituzionalmente tutelato.

Tutto ciò considerato, ne viene che la possibilità di cura della terza persona componente del nucleo familiare, valutato sia per il profilo dell'incidenza sulle condizioni sociali e familiari che possono condizionare lo stato di salute della donna, sia per il profilo dell'interesse della collettività alla salute, è insufficiente a giustificare il sacrificio degli embrioni che verrebbero scartati in via preliminare perché inadatti a essere integrati nel protocollo terapeutico del terzo.

4. Alla fine di questo percorso, cosa rimane, allora, del divieto di selezione eugenetica degli embrioni, di cui all'art. 13, comma 3, lett. b), della l. n. 40 del 2004?

Esso vale ad escludere che la scelta di non procedere all'impianto dell'embrione "non sano" possa essere effettuata dal futuro padre, o da entrambi i *partner*. Essendo illegittima ogni opzione positiva circa l'embrione da impiantare, in quanto è possibile solo un rifiuto all'impianto strettamente correlato al rispetto dei requisiti previsti dalla l. n. 194 del 1978, la "scelta tragica" è affidata solamente alla donna, che la adotta valutando nella piena autonomia e responsabilità la sussistenza delle ragioni che giustificano il rifiuto all'impianto.

Non si tratta di un riflesso pratico di poco conto. Al contrario, in questo modo, pur facendo salvi i diritti e i valori costituzionali che rilevano nel caso concreto, primo fra tutti il diritto della donna alla propria salute, si esclude che l'ordinamento giuridico approdi a quegli estremi intollerabili per cui l'essere umano si può considerare degno di vita e di sviluppo solo in base al suo patrimonio genetico e per cui le caratteristiche del nuovo nato dipendono dalle preferenze individuali dei genitori.

È un risultato che, in una materia anch'essa connotata da un *alto tasso di vischiosità*, non può e non deve essere disprezzato o minimizzato. Esso, invece, va a disegnare l'orizzonte etico entro cui si possono utilizzare le biotecnologie e contribuisce

a proteggere un modello di relazioni interpersonali che è ancora conforme ai presupposti egualitari della morale e del diritto solo perché, come ha affermato Habermas, non colloca la vita umana, nemmeno nei suoi primi stadi, sullo stesso piano della libertà e del desiderio, pur comprensibile, di avere un bambino sano (56). In definitiva, se il vero banco di prova del divieto di pratiche eugenetiche, nelle società contemporanee, si trova nella regolamentazione dell'ingegneria genetica, ossia nell'inquadramento giuridico di quelle tecniche che possono comportare lo scartamento tra la legittima finalità terapeutica e curativa e l'inammissibile finalità di miglioramento e potenziamento del patrimonio genetico, nel campo della procreazione medicalmente assistita la messa al bando delle pratiche eugenetiche si risolve nella valorizzazione del diritto alla salute della donna e nell'estensione della regolamentazione dell'interruzione volontaria della gravidanza, che si è sedimentata grazie agli interventi del legislatore e del Giudice costituzionale.

In questo modo, infatti, l'ordinamento non solo si preoccupa di salvaguardare, come ha detto la Corte costituzionale a partire dalla cit. sent. n. 27 del 1975, gli interessi di chi è già persona, ma esclude che le condizioni dell'embrione, nonostante esso non sia ancora una persona, possano essere oggetto di una qualsiasi pretesa positiva o migliorativa altrui.

Ciò che si intende evitare anche in questo caso è la possibilità che l'essere umano possa scegliere o predeterminare arbitrariamente le caratteristiche genetiche e somatiche di una nuova vita senza che vi sia un altro interesse che l'ordinamento ritiene meritevole di essere tutelato e che sia già in diretto, immediato e irriducibile conflitto, evitando, così, richieste di convenienza non motivate da specifiche ragioni socio-sanitarie.

Si tratta di una logica simile a quella sottesa all'art. 14 della Convenzione di Oviedo (57), che dispone che "*l'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas admise pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe*". La selezione del sesso non è una

(56) J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, cit., 68.

(57) Convenzione per la protezione dei diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano in riferimento alle applicazioni della biologia e della medicina, fatta a Oviedo il 4 ottobre 2001, la cui ratifica da parte della Repubblica Italiana è stata autorizzata con l. n. 145 del 2001, ma non ancora eseguita.

pratica eugenetica, non è nella diversità di genere che si annidano le possibilità di un miglioramento del patrimonio genetico dell'essere umano che può, invece, essere praticato sia sull'uomo sia sulla donna. Anche in questo caso - lo si ripete - si vuole scongiurare l'eventualità che un uomo abbia nelle proprie mani il potere di selezionare liberamente le forme della vita, senza esservene, in buona sostanza, costretto (58).

(58) Non può negarsi, invero, che l'art. 14 della Convenzione sembra aprire alla possibilità del riconoscimento del "diritto ad un figlio sano" nella prospettiva che si è esclusa nei paragrafi precedenti cfr. 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 *Giur cost.*, 2006, 4713 sgg. Tuttavia si deve considerare che la disposizione citata reca il divieto di selezione del sesso del nascituro tramite la procedura di Pma, che risponde senz'altro alla *ratio* anti-manipolativa di cui si è già detto, e che l'eccezione ivi prevista può invece essere ricollegata alla finalità di tutela della salute della donna che può essere pregiudicata dalla patologia dell'embrione. Tale soluzione appare maggiormente soddisfacente anche alla luce dell'art. 18 della Convenzione di Oviedo, che richiede agli Stati membri una *protezione adeguata* nel caso in cui i rispettivi ordinamenti permettano la ricerca sugli embrioni (comma 1) e che - soprattutto - vieta la creazione di embrioni umani ai fini della ricerca scientifica.