

## Diagnosi genetica pre-impianto nell'evoluzione normativo-giurisprudenziale Articolo 12.03.2012 ([Gianni Baldini](#))

 [Commenta](#) |  [Stampa](#) |  [Segnala](#)

[Tweet](#)

Share

1

0

### Sommario

[1. Premessa](#)

[2. La diagnosi genetica di pre-impianto \(PDG\): questioni di fatto e di diritto alla luce dell'evoluzione del quadro normativo-giurisprudenziale](#)

[3. Qualificazione giuridica del trattamento e diritti implicati nella vicenda](#)

[4. Relazione 'necessitata' tra concrete possibilità di successo della PGD e numero di embrioni producibili. Rischio genetico, tecniche predittive e 'neutralità' della metodica](#)

[5. Rilievi sulla legittimità e fondatezza della richiesta della coppia alla PGD e all'adeguamento del protocollo di PMA alle esigenze del caso concreto. Possibile contrasto con la L. 194/78](#)

[6. Considerazioni in punto di diritto: legittimità della PGD quale unica soluzione 'ragionevolmente ammissibile' de jure condito e condendo](#)

[7. Segue: La pronuncia della Corte cost. n. 151/09: 'implicazioni logiche' e loro portata sulla legittimità della PGD.](#)

[8. PDG, mancato adeguamento del trattamento di PMA e profili di responsabilità del medico](#)

[9. Conclusioni](#)

[Indice delle pronunce](#)

### 1. Premessa

A distanza di oltre 7 anni dall'entrata in vigore della legge sulla fecondazione medicalmente assistita [n. 40/04](#) e nonostante la revisione in chiave 'costituzionalmente orientata' di parti decisive del testo normativo, accanto a talune questioni irrisolte e ad altre ancora in attesa di giudizio, particolarmente tormentata risulta la vicenda inerente l'ammissibilità della tecnica diagnostica predittiva da eseguire sul materiale biologico prodotto, comunemente conosciuta come diagnosi genetica pre-impianto (PGD). Nonostante le numerose, univoche pronunce delle corti di merito circa una piena ammissibilità della metodica nel nostro ordinamento e nonostante la decisione della Corte Costituzionale [\[1\]](#) che contribuisce a chiarire, seppur in maniera indiretta, anch'essa in senso affermativo la questione, il rifiuto pregiudiziale (ed ideologico) presente in taluni settori della dottrina nonché in ambito medico rispetto alla tecnica continua ad alimentare incertezze. L'obiettivo, neppure troppo celato, 'di ritorno al passato', risulta perseguito attraverso una 'interpretazione irragionevole ed illogica' del dato normativo che vorrebbe ricondurre all'art. 13 della [legge 40](#) la disciplina del fenomeno con la conseguenza - la cui inesatta ed erronea portata risulta ampiamente chiarita in sede di esegesi della norma da parte della dottrina e della giurisprudenza - di una impropria trasposizione del diritto fondamentale della coppia di conoscere il numero e lo stato di salute degli embrioni prodotti nell'area di operatività delle regole inerenti i limiti generali della ricerca scientifica sugli embrioni umani (e non di quella relativa ai limiti all'applicazione delle tecniche nel caso concreto di cui all'art. 14). Nel rinviare al proseguo dell'indagine l'approfondimento della questione deve sul punto rilevarsi come lo strumento utilizzato, nell'oggettiva difficoltà di un intervento legislativo, è ancora quello del ricorso alla normativa secondaria. Le Linee Guida ministeriali di cui, come è noto, è previsto ex art. 7 [L. 40/04](#) l'aggiornamento almeno ogni 3 anni, nella versione licenziata dal governo nel novembre 2011 e inviata al Consiglio Superiore di Sanità, in tema di PGD ripropongono in maniera apparentemente laconica il comma 2 dell'art. 13 [L. 40/04](#) affermando che. "Le indagini relative allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14 comma 5, dovranno sempre essere volte alla tutela della salute e dello sviluppo di ciascun embrione"[\[2\]](#). E' del tutto evidente come, per questa via nessun intervento neppure diagnostico e/o terapeutico che non risulti finalizzato alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso[\[3\]](#), ma ad esempio sia diretto a fornire una informazione ai generanti circa lo stato di salute del materiale genetico prodotto, la PGD appunto, non potrebbe considerarsi ammesso.



Ma al di là delle contingenze politiche, la questione permane al centro del dibattito in quanto coinvolge aspetti delicatissimi ed essenziali della persona umana, sia sul piano individuale che collettivo, che vanno dal diritto all'autodeterminazione,

alla procreazione cosciente e responsabile, alla integrità e inviolabilità del proprio corpo, alla salute, sino al diritto alla c.d. identità (e integrità) genetica del nascituro, ad un patrimonio genetico non manipolato, alla tutela del genoma umano contro i rischi di manipolazioni anche a fini eugenetici, assumendo una importanza decisiva e direi paradigmatica nell'ambito della riflessione anche civilistica sulle c.d. questioni di inizio vita poste dallo sviluppo scientifico e dalle connesse applicazioni tecnologiche al campo della vita e della salute dell'uomo: in una parola al *bios* e alle sue possibili manipolazioni.

## 2. La diagnosi genetica di pre-impianto (PDG): questioni di fatto e di diritto alla luce dell'evoluzione del quadro normativo-giurisprudenziale

In termini generali definitivi la diagnosi genetica pre-impianto (PDG) è uno strumento diagnostico che consente di riconoscere già nell'embrione la sussistenza delle mutazioni genetiche della malattia dalla quale sono affetti i genitori[4]. Sul punto si rileva che tale tecnica, che altro non rappresenta, come si dirà più diffusamente in seguito, se non una forma di 'diagnosi genetica pre-natale' successiva al concepimento e precedente al trasferimento in utero dell'embrione, resa attuale dalle modalità tecnico-esecutive della PMA, viene richiesta da soggetti affetti da gravi patologie genetiche[5] in funzione preventiva alle comuni diagnosi prenatali (amniocentesi e villocentesi) configurandosi come una sorta di buona pratica medica che consente una diagnosi precoce di problematiche che integrerebbero i presupposti legittimanti la successiva decisione della madre di interrompere la gravidanza ex art. 4 o 6 L. 194/78[6].

Come accennato *supra*, secondo una parte minoritaria della dottrina[7], anche all'indomani della Sent. della Corte cost. n. 151/09 che ha riscritto l'art. 14 c. 2 e 3 della legge 40/04, e dell'univoco orientamento assunto dal formante giurisprudenziale di merito, quantomeno a partire dal 2005, che si è nel corso degli anni pronunciato in materia, in forza di una interpretazione del tutto strumentale e costituzionalmente non conforme oltre che illogica della [legge 40/04](#), la PGD dovrebbe ritenersi vietata in forza dell'art. 13 "*Sperimentazione sugli embrioni umani*" della legge contenente disposizioni e limiti alla libertà di ricerca scientifica sull'embrione. Viene volutamente omesso qualsiasi riferimento sia all'art. 6 c. 1 [8] che all'art. 14, (spec. comma 5), "*Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni*" che attiene alle modalità tecniche di esecuzione della PMA e ai suoi limiti prevedendo tra l'altro il diritto della coppia di essere informata "*sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero*".

Il contributo dato dalla giurisprudenza e dalla prevalente dottrina alla puntuale qualificazione del fenomeno va nel senso di ritenere la pratica pienamente ammissibile nel nostro ordinamento[9]. Sul punto si rileva che con le uniche eccezioni della pronuncia resa dal Tribunale di Catania del 3 maggio 2004[10] (in assenza delle Linee Guida approvate nel luglio successivo che contenevano l'espresso divieto alla PGD prevedendo espressamente che la diagnosi pre-impianto potesse essere solo di tipo osservazionale) e del TAR Lazio del 5 e 23 maggio 2005[11], tutti i Giudici successivamente aditi hanno confermato l'interpretazione 'costituzionalmente orientata'[12] che, lo si ribadisce, partendo dall'art. 14[13] della [legge 40/04](#) (e non dall'art. 13)[14], dai principi generali dell'ordinamento (valore assoluto del consenso informato e della libertà di autodeterminazione del soggetto nel trattamento medico[15], peraltro ribadito nella stessa Consulta con la [Sentenza n. 151/09](#)) e dal diritto vivente (si pensi alla piena ammissibilità delle tecniche mediche predittive dirette a conoscere le condizioni di salute del nascituro quali l'amniocentesi e la villocentesi), ritiene tale tecnica pienamente ammissibile.

In tal senso si osserva come con un primo gruppo di decisioni è stato di fatto scardinato il divieto esistente ritenendo illegittima la disposizione contenuta nella norma secondaria[16] innanzi richiamata che con la decisione del TAR Lazio 398/08 è stata infine definitivamente espunta dall'ordinamento con effetti *erga omnes*[17].

Successivamente all'approvazione delle nuove Linee Guida del 30 aprile 2008 che recependo quanto indicato e precisato dalla giurisprudenza non contengono più l'arbitraria limitazione della indagine pre-impianto alla sola tecnica osservazionale, implicitamente consentendo il pieno esercizio del diritto della coppia di conoscere le condizioni di salute dell'embrione così come previsto dall'art. 14 c. 5 L. 40/04 e confermato dalla Sentenza della [Corte Cost 151/09](#), un secondo gruppo di pronunce che arriva sino ai giorni nostri[18] precisa e conferma le ragioni in forza delle quali la PGD deve ritenersi pienamente ammissibile nel nostro ordinamento[19].

## 3. Qualificazione giuridica del trattamento e diritti implicati nella vicenda

La domanda avanzata dalla coppia portatrice di patologia genetica trasmissibile concerne una prestazione sanitaria che forma oggetto di un contratto (di diagnosi, cura e di assistenza sanitaria) stipulato con il Centro Medico configurabile come contratto d'opera intellettuale ai sensi dell'art. 2236 e ss c.c., con il medico operante nella struttura. La richiesta in tale senso trova una naturale collocazione esprimendo rilevanti termini di relazione con la tutela di interessi fondamentali della persona costituzionalmente garantiti: diritto alla salute, alla autodeterminazione informata, alla procreazione cosciente e responsabile.

Con riguardo al diritto alla salute, ove uno dei membri della coppia sia portatore di una malattia autosomica dominante/recessiva che determina un rischio rilevante (25-50%) di generare un figlio malato, con aspettative di vita ridotte, con necessità di continue e dolorose terapie, è evidente la compromissione cui il medesimo si trova esposto sotto il

profilo sia fisico che psichico.

I protocolli medici inerenti la procreazione medicalmente assistita, come stabilito dalla Organizzazione Mondiale della Sanità (WHO), si collocano senza dubbio all'interno di un più generale procedimento terapeutico (la tecnica della fecondazione in vitro accompagnata dalla diagnosi genetica pre-impianto) finalizzato sia a superare le cause che hanno determinato la sterilità o infertilità e quindi la impossibilità di avere un bambino "in condizioni naturali", sia ad evidenziare la malattia genetica di cui è affetta la coppia, impedendone, ove possibile, la trasmissione[20]. Si tratta con ogni evidenza di un complesso di prestazioni che vanno qualificate come sanitarie a tutti gli effetti come d'altra parte espressamente previsto dalla stessa legge 40 e dagli art. 43,44,45,46 del Codice di deontologia medica[21].

Proprio tale legge in più punti, qualifica le metodiche in oggetto quali strumenti utilizzabili "*al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità ...*" e "*qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità*" (art. 1); favorendo e promuovendo "*ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità...*"(art. 2)[22].

*Ad abundantiam*, si rileva che tali prestazioni sono poste in essere da operatori sanitari e implicano un trattamento medico che deve essere necessariamente effettuato in strutture appositamente autorizzate nonché iscritte in un registro nazionale presso l'Istituto Superiore di Sanità. Ciò in forza di risulanti circolari e disposizioni del Ministero della Sanità, nonché della citata [legge n. 40](#) entrata in vigore il 10 marzo 2004 (art. 10 e art. 11). D'altra parte risulta evidente come le prestazioni in oggetto costituiscano la risposta alla pretesa, giuridicamente tutelata, di cura proveniente dal paziente, domanda soddisfatta attraverso un'attività che esercitata secondo i canoni della scienza e dell'arte medica[23], da attuazione a obblighi inderogabili, di natura professionale, giuridica e morale, connessi alla tutela della salute fisica e psicologica dei soggetti coinvolti: la coppia, la madre, il nascituro.

E' quasi superfluo rilevare come l'inquadramento di tale pretesa nell'ambito del diritto alla salute comporta per il medico un duplice profilo di rilevanza giuridica dell'obbligo assunto. Oltre che sul piano contrattuale –obblighi nascenti dal contratto di ospitalità e di prestazione d'opera professionale-, l'eventuale inadempimento delle prestazioni promesse produrrebbe effetti anche su quello extracontrattuale, attesa la violazione del principio generale del *neminem laedere* -che si sostanzia in questo caso nel dovere di non porre in essere atti che comportino lesioni alla integrità psicofisica del paziente- che il compimento di atti privi di finalità diagnostica e/o terapeutica diretta a conseguire una condizione di benessere psico-fisico per il richiedente, determinerebbero (sul punto v. *infra*).

Analogamente può dirsi con riguardo al diritto alla autodeterminazione informata, presupposto per l'esercizio di una maternità cosciente e responsabile[24]. Tale diritto, come è noto, trova riconoscimento sia in sede costituzionale (artt 2,13,31,32 cost) sia, conseguentemente, nella legislazione ordinaria. Senza pretesa di completezza, si segnalano in proposito le leggi n. 405 del 1975 e la Legge n. 194 del 1978 le quali contengono disposizioni che precisano esattamente i termini del diritto alla procreazione cosciente e responsabile con tutti i conseguenti risvolti in ordine alla preliminare tutela che lo Stato -e il medico- ha il dovere di assicurare alla salute riproduttiva della donna. Tra la copiosa giurisprudenza di merito e di legittimità intervenuta in questi ultimi anni in materia di consenso informato, una recente sentenza della Consulta (Sent. 438/08) ne precisa in maniera inequivoca ed esemplificativa contenuti e posizione nell'ordinamento ponendo in risalto come il consenso informato assolve ad una funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute[25].

#### **4. Relazione 'necessitata' tra concrete possibilità di successo della PGD e numero di embrioni producibili. Rischio genetico, tecniche predittive e 'neutralità' della metodica**

Le vicende delle coppia portatrice di patologia genetica trasmissibile sono tutte caratterizzate da problematiche in cui il soddisfacimento del desiderio di una gravidanza è reso difficoltoso da ostacoli di ordine sanitario. Rispetto a ciò, l'unica soluzione è rappresentata dall'accesso alla fecondazione in vitro adeguata alle esigenze del caso concreto per ciò che riguarda il numero di embrioni producibili e modalità di trasferimento (come correttamente puntualizzato dalla Sent [Corte Cost. 151/09](#)) cui si collegano pure le concrete possibilità di riuscita della diagnosi genetica di pre-impianto. Come è noto tale tecnica, che consiste nell'esame del DNA di una singola cellula prelevata dall'embrione allo stato di 6-8 cellule al terzo giorno del prelievo ovocitario, consente di verificare la presenza delle mutazioni genetiche della malattia. L'esigenza di produrre un numero di embrioni elevato risulta in questo caso dirimente atteso che oltre al 'rischio genetico' –cioè alla possibilità che alcuni degli embrioni creati risultino malati e dunque inutilizzabili per il trasferimento- la stessa analisi del DNA di quelli sani col prelievo della cellula sulla quale eseguire l'indagine, presenta un rischio, anche se minimo, di danneggiare l'embrione rendendolo inutilizzabile per il trattamento e, in ogni caso, di indebolirne parzialmente la 'vitalità' condizione essenziale per l'esito positivo del successivo impianto.

Lo snodo centrale della questione che si pone all'attenzione dell'interprete è rappresentato proprio dalla legittimità della pretesa della coppia sterile e affetta da patologie genetiche trasmissibili, di ricorrere alla diagnostica genetica prima dell'impianto dell'embrione concepito 'in vitro' [26] e di adeguare a questa il numero di embrioni producibili.

La diagnosi genetica pre impianto nell'inquadarsi nell'ambito delle tecniche della c.d. medicina predittiva[27].

concretandosi in una indagine pre-natale sul concepito anticipata ad un momento precedente al trasferimento in utero dell'embrione, rappresenta pertanto una delle possibili forme (*species*) assunte dalla diagnostica pre-natale (*genus*) in dipendenza dell'evoluzione tecnico scientifica[28].

Come le altre tecniche diagnostiche essa risulta priva di una intrinseca finalizzazione. La relazione mezzo impiegato/ fine perseguito, non segue alcun automatismo[29]. Lo strumento potrà essere utilizzato per il perseguimento di una pluralità di scopi in dipendenza oltre che dei principi generali del sistema, delle indicazioni in tal senso fornite dal legislatore nella regolamentazione normativa del fenomeno e compatibilmente con quanto previsto dal codice deontologico medico (artt 45 e 46).

Così la diagnosi genetica pre-natale nella forma della villocentesi o dell'amniocentesi - tecnica quest'ultima con oneri a totale carico del SSN per le gestanti che abbiano superato i 35 anni - risulta consentita al fine di fornire le necessarie informazioni alla donna e alla coppia per l'esercizio del proprio diritto alla procreazione cosciente e responsabile. Tale diritto non è assoluto ma risulta definito entro i limiti e alle condizioni stabilite dalla legge 194/78[30]. Come ribadito da una costante giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale, nel nostro ordinamento l'aborto non costituisce uno strumento di pianificazione delle nascite né tantomeno uno strumento finalizzato al perseguimento di scopi eugenetici essendo ammissibile il sacrificio del feto solo a tutela del preminente diritto alla salute e alla vita della gestante sempre che questo sia esposto a grave rischio (cfr. da ultimo Cass. 29 luglio 2004, n. 14 488).

Parimenti deve osservarsi con riguardo alla PGD. Tale tecnica non presenta di per sé una intrinseca finalità eugenetica [31], risultando il suo utilizzo e la definizione dello scopo rimessa a quanto consentito in via di regolamentazione normativa dal legislatore[32] e nei limiti di ammissibilità definiti dal codice deontologico medico (in part. cfr art. 45-46) [33]. Ove a tutela del preminente diritto alla vita e alla salute della gestante, che oltre a costituire norma a contenuto costituzionalmente vincolato[34] rappresenta il riferimento obbligato dell'interprete in tali vicende, e non di un astratto diritto al figlio sano, sussistono le condizioni legittimanti, successivamente, l'aborto ex art. 4 o ex art. 6 L. 194/78, risulta assolutamente irragionevole impedire alla donna di conoscere (consenso informato), per compiere in una fase precedente (opzione procreativa), ciò che comunque le sarebbe consentito di compiere, con molti più rischi e oneri, in una fase successiva[35] (interruzione di gravidanza). 'Prima' vi è un embrione in vitro, 'dopo' vi è una donna che porta in grembo un feto (embrione già attecchito e in una fase di sviluppo molto più avanzata). E la differenza non pare di poco conto!

Infatti diversamente dalle ipotesi di procreazione per via naturale, potendo verificare anticipatamente, cioè prima dell'attecchimento in utero dell'embrione, la presenza delle condizioni legittimanti l'IVG ex art. 4 e/o 6, l. 194/78 -serio pericolo per la salute fisica o psichica della donna dovuto a "...previsioni di anomalie o malformazioni del concepito..." che la madre ritenga tali da pregiudicare la propria salute- , non si comprende la ragione per la quale tale tecnica dovrebbe ritenersi illecita, prefigurandosi addirittura 'orizzonti eugenetici certi' nell'ipotesi di una sua generalizzata utilizzazione. Se così fosse, analogo dovrebbe essere il ragionamento con riguardo alle metodiche di diagnosi genetica successive al trasferimento in utero, della villocentesi e dell'amniocentesi. Anche in questi casi infatti lo scopo è quello di fornire informazioni alla gestante affinché essa in piena coscienza e consapevolezza possa valutare la sussistenza di seri pericoli per la propria salute[36].

Se, a partire dalle statuizioni dei Tribunali di Cagliari (sent. 24 settembre 2007) Firenze (ord. 16 dicembre 2007) e infine dal TAR del Lazio (sent. n. 398/08) che ha disapplicato la disposizione delle Linee Guida sul divieto di PGD con efficacia *erga omnes* - fatto di cui le nuove Linee Guida del 30 aprile 2007 hanno preso atto- non si possono revocare dubbi sulla piena legittimità di tale forma di diagnosi, ai fini di consentire concrete ed effettive possibilità di successo, pari, perlomeno, a quelle riconosciute a coppie senza problemi genetici, il numero di embrioni che il medico dovrà produrre devono essere, per le ragioni sopra evidenziate, adeguate a consentire effettive *chances* di successo. Le modalità di trasferimento in utero degli embrioni prodotti dovranno essere adeguate a garantire il più elevato livello di tutela dell'interesse alla salute della donna e quindi gli embrioni soprannumerari (perché malati e/o inutilizzabili) dovranno essere crioconservati [37]. In caso contrario, attese le bassissime possibilità di successo, è lo stesso bilanciamento di interessi previsto dalla legge 40/04 a risultare irrimediabilmente alterato: da un lato a tutto danno della salute della donna che sarebbe costretta a sottoporsi a ulteriori cicli di stimolazione ovarica e/o al successivo aborto terapeutico in caso di attecchimento dell'embrione malato con ogni effetto conseguenziale sulla propria salute; dall'altro, a danno anche degli embrioni prodotti posto che sarebbe la stessa *ratio* che sottende alla tutela dei medesimi, la cui produzione la Corte (sent. 151/09) ritiene comunque dover essere limitata al "numero strettamente necessario", ad essere completamente vanificata nella misura in cui siffatta produzione ed il relativo sacrificio del materiale prodotto, consentito dalla legge, risulterebbe nel caso concreto sostanzialmente inutile con conseguente necessità di ripetere tutta la procedura per più volte.

## **5. Rilievi sulla legittimità e fondatezza della richiesta della coppia alla PDG e all'adeguamento del protocollo di PMA alle esigenze del caso concreto. Possibile contrasto con la L. 194/78**

Sul merito della domanda della paziente di eseguire il trattamento di PMA previa esecuzione della PGD, è pacifico che la natura della pretesa risulta in tutti i casi inquadrabile nell'ambito del diritto alla salute finalizzata come è alla tutela, in via preventiva, dell'integrità psico-fisica: a) della donna esposta ai rischi, diretti e indiretti, di un trattamento medico dalle conseguenze estremamente importanti sulla propria persona sotto una molteplicità di profili: biologico, psichico,

esistenziale; b) del partner; c) del nascituro.

Occorre immediatamente sgombrare il campo da possibili equivoci circa l'eventuale qualificazione della pretesa azionata come diritto "al figlio sano" ovvero "conforme ai propri desideri" che pure taluni hanno tentato, strumentalmente, di accreditare[38]. La volontà delle coppie ricorrenti di accedere alla PDG non risulta fondata su un presunto 'diritto al figlio conforme', pretesa sulla cui legittimità etico-giuridica la discussione è oggi più che mai aperta[39], bensì alla tutela *in primis* della salute di tutti i 'soggetti coinvolti' (nell'accezione che di tale categoria giuridica viene data all'art. 1 della legge 40), e in secondo luogo del diritto all'autodeterminazione consapevole e alla procreazione cosciente e responsabile riconducibile alla donna (e alla coppia). Ritenere azionata la prima pretesa e non la seconda significherebbe anche omettere di considerare il nesso eziologico esistente, nel caso di specie, fra il diritto alla salute della donna e le eventuali condizioni patologiche del concepito diagnosticate prima dell'impianto dell'embrione, e quindi il rilievo che queste ultime assumono non in sé e per sé ma in relazione agli effetti che sono idonee a provocare sull'integrità psico-fisica della gestante. Diversamente opinando si creerebbero insuperabili problemi di tenuta costituzionale rispetto ai fondamentali interessi garantiti nella Carta alla persona vivente e ritenuti dalla Corte preminenti rispetto ai corrispondenti interessi del concepito[40].

Parimenti deve dirsi con riguardo a possibili obiezioni circa la qualificazione degli scopi perseguiti dalla coppia, in termini di eugenetismo[41]. Infatti la richiesta della coppia non si risolve né in una pretesa di predeterminare e/o migliorare le caratteristiche genetiche, morfologiche o di genere del nato, né di intervenire sul genoma del concepito al fine di eliminare tutte le attuali o potenziali patologie che esso potrebbe trasmettere alla discendenza ovvero manifestare nel corso della vita. La richiesta, a maggior ragione nelle ipotesi di patologie prive, allo stato di cure efficaci, è finalizzata unicamente ad evitare la trasmissione di quella specifica mutazione alla prole nella previsione che ciò comporterebbe rilevanti conseguenze oltre che per il figlio anche alla integrità psichica e/o fisica e/o esistenziale propria e della propria famiglia.

I richiamati interessi –alla salute e all'autodeterminazione consapevole- costituzionalmente tutelati, nel caso di specie, si esprimono nella pretesa della coppia ad essere compiutamente informata sullo stato di salute degli embrioni, prima di dare l'assenso al loro trasferimento, come espressamente previsto dalla stessa legge al comma 5 dell'art. 14. La pretesa azionata riguarda il diritto di compiere una scelta pienamente consapevole[42] rispetto: a) *all'an, quando, quomodo* di un eventuale successivo trasferimento finalizzato alla procreazione; b) alla possibilità di una eventuale cura della patologia dell'embrione prima e/o dopo il trasferimento[43]; c) alla necessità di adottare condotte tese a prevenire eventuali rischi per la salute della paziente. Tutto ciò attiene dunque ad una problematica di tutela della salute e di corretta formazione di un consenso che risulti realmente informato, -premessa indispensabile per l'esercizio del diritto alla procreazione cosciente e responsabile-, elementi questi da cui conseguono, come sopra ricordato, rilevanti effetti giuridici sulla situazioni soggettive dei soggetti coinvolti nel procedimento (madre, padre, concepito, medico)[44].

Pertanto, assunta ex artt. 6 e 14 c. 5 [L. 40/04](#) l'informazione sullo stato di salute degli embrioni, ove la gestante ritenga che la circostanza di mettere al mondo un figlio portatore della medesima grave patologia di cui è affetto uno dei membri della coppia o entrambi, possa determinare un grave pregiudizio alla sua salute -non a quella del concepito che è già *in re ipsa*-, risulta integrata una situazione del tutto simile a quella prevista dal ricordato art. 4 e/o 6 della legge 194/78. Come si ricorderà in forza di tali disposizioni la donna potrà interrompere la gravidanza entro i primi 90 giorni ove "... *accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica in relazione (...) a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito...*"(art. 4) ovvero in caso di rischio per la propria vita e/o salute medicalmente accertato (art. 6)

Le uniche differenze della situazione in esame rispetto alla fattispecie appena descritta attengono alla circostanza che l'entità considerata non è il 'feto' ma 'l'embrione in vitro' e che la conoscenza del rischio, grazie alle nuove metodiche, è anticipata ad un momento precedente alla gestazione. Per il resto i presupposti legittimanti l'aborto terapeutico risultano completamente integrati.

Sulla base di tale assunto risulta del tutto illogico e irragionevole che nell'ipotesi in cui tali presupposti sussistano in una fase anteriore all'impianto e vi sia una volontà della donna contraria, si proceda ugualmente al trattamento, mettendo a repentaglio la salute della gestante costretta, suo malgrado, al successivo aborto[45]. Né d'altra parte un soggetto diverso dal paziente potrebbe validamente giudicare se nel caso di specie le eventuali anomalie del concepito comportino o meno una lesione alla salute fisica o psichica della madre ... finendo col sostituirsi a questa ovvero compiendo "lui" per "lei" tale personalissima valutazione. Sarebbe come se il Giudice adito a dichiarare la separazione legale fra i coniugi pretendesse di sostituirsi a questi nella valutazione se le circostanze riferite siano tali da rendere intollerabile la convivenza!

Come è noto, per costante giurisprudenza delle Supreme Corti Costituzionale e di Cassazione, come espressamente previsto dallo stesso art. 4 della legge 194/78, è la donna l'unico soggetto legittimato a valutare, nei limiti stabiliti dall'ordinamento, la ricorrenza di circostanze che determinino un serio pericolo alla sua salute fisica o psichica [46]

## **6. Considerazioni in punto di diritto: legittimità della PGD quale unica soluzione 'ragionevolmente ammissibile' *de jure condito e condendo***

In punto di diritto, pur in assenza di una previsione espressa della legge[47] e/o di disposizioni secondarie, molteplici risultano gli indici normativi, giurisprudenziali, logico-ermeneutici e di principio, che depongono nel senso di ritenere che la PGD risulti oggi pienamente ammessa nel nostro ordinamento.

Occorre preliminarmente osservare come dato lo stile normativo della [legge 40/04](#) caratterizzato da una regolamentazione puntuale e dettagliata che esprime l'adesione forte anche sul piano ideologico, alla centralità della tutela dell'embrione, l'assenza di uno specifico divieto su una questione così centrale è già di per sé fortemente significativa[48]. Infatti, così come si è visto per la tassatività dei limiti alle modalità di esecuzione delle tecniche così come alle ipotesi di loro deroghe, l'assenza di un espresso divieto alla PGD non potrebbe che imputarsi ad una macroscopica "svista" del legislatore .

*Ex adverso* sussistono indici normativi certi circa l'ammissibilità della metodica rinvenibili negli artt. 6 e 14 c. 5 della legge. L'unica possibilità di giustificare un divieto sarebbe quella di ancorare tale previsione all'art. 13 L. 40/04. Una tale interpretazione, come ormai pacificamente statuito dalla giurisprudenza sia di merito che amministrativa e da ultimo autorevolmente avallato dal Giudice delle leggi[49], risulterebbe del tutto errata per una molteplicità di ragioni. In primo luogo si osserva che negare l'ammissibilità della PGD richiesta nell'esercizio del diritto di cui all'art. 14 c. 5 appare sicuramente censurabile posto che si estenderebbe in via interpretativa la sanzione penale specificatamente prevista ex art. 13 c. 4 e 5 , [L. 40/04](#) ad una differente vicenda[50] con conseguente violazione del principio fondamentale in materia penale che postula il divieto di estensione per analogia della fattispecie punitiva.

Come si è già avuto modo di rilevare, dallo stesso tenore letterale delle disposizioni[51] si ricava che gli artt. 13 e 14 della [legge 40/04](#), entrambi inseriti nel titolo "Misure di tutela dell'embrione", descrivono e disciplinano situazioni differenti essendo il primo operante in ambito di ricerca scientifica ("sperimentazione sull'embrione umano" e il secondo in ambito di esecuzione delle tecniche di PMA ("Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni")). La natura delle vicende disciplinate e la diversità degli interessi sottesi -da un lato all'interesse all'integrità, allo sviluppo e alla vita dell'embrione si contrappone l'interesse collettivo alla ricerca scientifica, dall'altro, si pone invece l'interesse alla salute, alla libertà di autodeterminazione e alla procreazione cosciente e responsabile- comporta conseguentemente e necessariamente una diversa regolamentazione delle ipotesi considerate. Ciò non solo e non tanto per la diversità degli interessi da contemperare quanto per il loro diverso valore e 'peso' giuridico nel sistema. Infatti se previsioni che antepongono l'assoluta tutela dell'embrione alla libertà di ricerca scientifica rappresentano scelte nell'esercizio di un potere discrezionale del legislatore sul quale pur esprimendo più di una perplessità, alla luce del quadro di valori e principi costituzionali di riferimento, sotto il profilo strettamente formale, paiono scelte comunque non sindacabili in via di principio se non in punto di ragionevolezza, statuizioni che dovessero accordare tale prevalenza anche rispetto ad un contrastato diritto alla salute e all'autodeterminazione della donna e della coppia risulterebbero *ex se* sicuramente contrarie a principi costituzionali e all'assetto complessivo dell'ordinamento come in maniera inequivoca da ultimo (ri)precisato dallo stesso Giudice delle Leggi con la [sent. 151/09](#).

Pertanto l'unica interpretazione possibile, in quanto logica e ragionevole oltre che conforme a Costituzione[52] è quella che ritiene che tra le due disposizioni vi sia un rapporto di regola ed eccezione[53]: la regola generale postula che "*La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso*"[54]; l'eccezione, che nell'esecuzione delle tecniche di PMA, tra gli altri limiti e deroghe[55], in attuazione del diritto alla salute all'autodeterminazione e alla procreazione cosciente e responsabile, la coppia possa conoscere[56], prima del trasferimento in utero le condizioni di salute dell'embrione[57]. A maggior ragione quando questa presenti un rischio più elevato della media, di trasmettere gravi patologie genetiche al medesimo.

Che la [legge 40/04](#) non ponga alcun divieto all'esecuzione della PGD, peraltro, si ricava a contrario, anche dalla circostanza che le Linee Guida Ministeriali 21 luglio 2004 abbiano ritenuto necessario prevedere una espressa previsione secondo la quale "*ogni indagine relativa alla salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14 comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale*"[58]. E' di palmare evidenza che ove un tale divieto fosse già stato contenuto nella legge non vi sarebbe stata ragione di precisarlo in termini di assoluta novità nella normazione secondaria ( e oggi, di ri-precisarne in senso restrittivo nella proposta di Linee Guida). Come si è visto, sia le Corti di merito che il giudice amministrativo hanno di conseguenza ritenuto che la previsione fosse illegittima per eccesso di potere atteso che veniva introdotto attraverso la normativa secondaria una limitazione a diritti soggettivi fondamentali (salute e autodeterminazione), non prevista dalla legge[59]. Né la circostanza che le attuali Linee Guida (30 aprile 2008) non contengano, in positivo, una espressa previsione di ammissibilità della tecnica risulta rilevante atteso che è la stessa legge, testualmente (art. 14 c 5), a riconoscere il diritto della coppia di conoscere lo stato di salute dell'embrione e di conseguenza a consentire lo svolgimento di tutte le indagini necessarie dirette ad acquisire tale informazione. D'altra parte nella misura in cui, in positivo, viene eliminata l'espressa limitazione ad una tecnica in particolare -l'indagine osservazionale[60]- perché ritenuta illegittima, naturalmente e logicamente, (ri)tornano ammissibili tutte le tecniche mediche praticabili in quel momento. Semmai potendo scegliere tra più soluzioni il medico dovrebbe aver cura di individuare la tecnica più adeguata a contemperare esigenze di efficienza del trattamento con un elevato livello di protezione della salute della madre e compatibilmente con questa del concepito[61].

*Ad abundantiam* si rileva come la correttezza e la coerenza di quanto testé affermato risulta ulteriormente confermata da disposizioni di fonte pattizia e da specifiche previsioni del Codice di deontologia medica. La legge 145/2001 di

recepimento della Convenzione di Oviedo sulle Biotecnologie del 1997 ratificata dall'Italia nel 1998 prevede espressamente che il consenso informato costituisce la condizione di legittimità di qualsiasi trattamento sanitario (all'art. 5: Consenso-Regola generale) nonché la piena ammissibilità di indagini genetiche predittive su richiesta del paziente dietro controllo medico (art. 12 Test genetici predittivi e art. 13 Interventi sul genoma umano). Lo stesso codice di deontologia ammette sia interventi sul genoma ( art. 45) che test predittivi genetici (art. 46) ove diretti a rilevare, predire ed eventualmente correggere malformazioni o malattie ereditarie con esclusione di qualsiasi finalità eugenetica.

Infine, non può certo sfuggire all'interprete come la pretesa esistenza di uno specifico divieto alla PGD oltre a porre problemi di 'tenuta costituzionale' per evidenti contrasti sul piano assiologico della normativa in esame con taluni principi della Carta, consente di individuare un ulteriore elemento di censura sotto il profilo della ragionevolezza. Infatti insuperabili apparirebbero le difficoltà a consentire la coesistenza fra un tale ipotetico divieto con quanto previsto dalla L.194/78 sull'interruzione volontaria della gravidanza[62]. Sul punto ci si chiede come potrebbe giustificarsi la presenza nell'ordinamento di norme che equiparano e in certi casi subordinano la tutela della salute della madre e del suo diritto all'autodeterminazione informata rispetto alla salute a allo sviluppo del concepito addirittura nella fase embrionaria precedente al trasferimento in utero materno, con norme che ritengono comunque prevalenti gli interessi della madre anche quando il nascituro è prossimo alla nascita? In altri termini come può riconoscersi all'embrione una tutela maggiore e rafforzata rispetto a quella attribuita al feto e specularmene alla madre un potere dispositivo sulla vita e la salute dell'embrione sostanzialmente nullo a fronte di facoltà dispositive rilevanti con riguardo al feto? L'embrione sarebbe dunque "persona con diritti assoluti" in provetta e "persona con diritti di *prima facie*" nell'utero materno...?[63]

## 7. Segue: La pronuncia della Corte cost. n. 151/09: 'implicazioni logiche' e loro portata sulla legittimità della PGD

La recente pronuncia della [Consulta n. 151/09](#) conferma pienamente gli esposti assunti. Il giudice delle leggi non affronta in punto di diritto la questione della PGD ma si pronuncia su questioni che sono con la medesima in 'rapporto di pregiudizialità' formale e sostanziale. Le ordinanze di remissione alla Consulta avevano infatti ad oggetto il ricorso di coppie portatrici di patologie genetiche trasmissibili che evidenziavano l'inadeguatezza, l'irragionevolezza e la contrarietà a diritti costituzionali del limite tassativo contenuto all'art. 14 della [legge 40/04](#) inerente gli embrioni producibili e trasferibili in un unico e contemporaneo impianto oltre che del divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni prodotti. Quindi non solo le questioni sorgevano di conseguenza e di riflesso alla necessità di eseguire utilmente la tecnica di PGD, ma il giudizio di non manifesta infondatezza, evidentemente condiviso dalla Consulta che in tal senso si è successivamente pronunciata, sorgeva proprio in relazione a problematiche che venivano a porsi in funzione dell'esecuzione di tale trattamento che i giudici di merito alla luce delle sentenze intervenute e delle Linee Guida del 2008, davano come pacificamente ammissibile.

Orbene se la Suprema Corte non avesse condiviso questa impostazione, avrebbe dovuto operare nel senso di sollevare d'ufficio, in quanto logicamente presupposta/pregiudiziale al merito, la questione della legittimità della PGD pronunciandosi per l'inammissibilità delle questioni presupposte. In altri termini la Corte mai si sarebbe potuta neppure pronunciare su questioni scaturenti dall'esigenza dei ricorrenti di eseguire una pratica ritenuta contraria alla legge. D'altro canto anche se la Corte avesse ritenuto se non vietata quantomeno controversa l'ammissibilità della PGD, avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità della questione per incompletezza del *thema decidendum* ovvero pronunciarsi oltre che sulle questioni presupposte anche sulla ammissibilità della PGD eventualmente proponendo una differente ricostruzione normativa a fondamento di tale ammissibilità.

Come dimostrano i fatti niente di tutto questo è avvenuto limitandosi la Consulta a pronunciarsi sulle questioni dedotte in giudizio sull'ovvio presupposto della piena ammissibilità della tecnica predittiva.

Ma vi è un altro decisivo contributo dato dalla Consulta con la richiamata [sentenza 151/09](#) che merita di essere rilevato in quanto elimina ogni residua contraddizione interna al sistema creato dalla [legge 40/04](#), in ordine alla ammissibilità della PGD. Non si può non osservare infatti, che al di là dell'art. 13 e delle interpretazioni costituzionalmente orientate offerte dai giudici di merito, il complesso coacervo di divieti e obblighi desumibili già dall'art. 14 c. 1,2,3,4[64] costituivano un elemento di incertezza permanente sull'ammissibilità della tecnica, correndo il rischio di rendere del tutto priva di efficacia operativa la stessa ove effettuata. Da qui l'esigenza, prima della pronuncia della Consulta, di ricorrere al Tribunale affinché nell'ordinare al centro medico l'esecuzione della tecnica disponesse contestualmente la possibilità di operare un impianto non contemporaneo del materiale e la crioconservazione degli embrioni malati/sopranumerari. In altri termini, questa metodica, seppur implicitamente riconducibile – attesa la formulazione generica del comma 5 dell'art. 14 che correttamente non esplicita le tecniche diagnostiche mediche utilizzabili – al novero delle tecniche mediche idonee a far acquisire quelle informazioni necessarie alla scelta consapevole della coppia e della donna, anche ove ammessa sul piano teorico, si trovava ad essere di fatto svuotata di significato e portata dalle tassative previsioni di cui ai commi 1,2,3 e 4 dell'art. 14 relativamente: al divieto di crioconservazione degli embrioni e al corrispondente obbligo di procedere mediante unico e contemporaneo impianto di tutti quelli prodotti comunque non superiori a 3; al divieto di soppressione e riduzione embrionaria; alla possibilità di deroga solo in caso di forza maggiore temporanea e comunque prevedibile fin dal momento della fecondazione.

In tal senso anche se si fosse consentito alla coppia di conoscere lo stato di salute degli embrioni, nella persistente incertezza circa la possibilità di derogare ai limiti sopra richiamati in assenza di uno specifico provvedimento del giudice,

l'eventuale esecuzione volontaria della tecnica da parte del medico avrebbe comunque rischiato di essere priva di seguito da un punto di vista pratico per il paziente posto che mancavano gli 'strumenti giuridici' (preminente tutela della salute della donna da cui deriva l'impianto dei soli embrioni sani e la possibilità di crioconservazione di quelli malati) che avrebbero consentito al medesimo di operare la scelta più adeguata rispetto all'informazione ricevuta [\[65\]](#).

Si deve all'intervento chiarificatore della Consulta che ha riscritto l'art. 14 c. 2 e 3 sostituendo al limite del numero massimo degli embrioni producibili il parametro "dello strettamente necessario" e al divieto assoluto di crioconservazione la possibilità di procedere in tal senso ove ciò risulti necessario a tutela della salute della donna [\[66\]](#), l'eliminazione di ogni residua incertezza e la possibilità *de jure condito* di eseguire la PGD senza dover ricorrere all'intervento giudiziale.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, la richiesta delle coppie portatrici di patologie genetiche trasmissibili risulta del tutto legittima. *Ex adverso* è il rifiuto di procedere alla PDG eventualmente opposto dal centro medico fondato su un'opzione interpretativa della legge, come visto, testualmente e logicamente infondata e comunque contraria, oltre che alla stessa legge (artt. 6 e 14 c. 5) a diritti costituzionalmente rilevanti, a dover essere considerato illegittimo.

## 8. PDG, mancato adeguamento del trattamento di PMA e profili di responsabilità del medico

Infine, un ultimo rilievo sui risvolti che il rifiuto opposto dal centro medico, potrebbe comportare in termini di responsabilità dell'operatore sanitario nei confronti del paziente per violazione dei diritti: alla salute, all'autodeterminazione informata, e alla conseguente procreazione cosciente e responsabile.

Evidenziate le ragioni per le quali, *de jure condito*, il diniego alla esecuzione della PDG risulta non validamente opposto dal centro medico e il mancato adeguamento del protocollo di PMA per ciò che riguarda il numero di embrioni producibili, nel caso concreto necessariamente elevato, risulterebbe contrario alla stessa *ratio* nonché allo scopo della legge 40/04, oltre a quanto espressamente stabilito dalla Corte Costituzionale ([Sent. 151/09](#)), ad ulteriore conferma di quanto sostenuto, è utile sottolineare le ulteriori conseguenze in termini di responsabilità che l'applicazione della legge in contrasto con l'interpretazione ormai condivisa dalla dottrina maggioritaria e dalla sostanzialmente unanime giurisprudenza, potrebbe comportare per l'operatore sanitario.

L'opzione secondo la quale la PGD risulterebbe allo stato non ammissibile, oltre che priva di tangibili riferimenti normativi testuali e contraria ai canoni di logica e ragionevolezza alla luce dell'evoluzione normativo-giurisprudenziale evidenziata, risulta in contrasto oltre che coi diritti fondamentali sopra richiamati riconducibili alla paziente e alla coppia, coi principi e le norme generali cogenti per il professionista nonché con le buone pratiche mediche. Sussisterebbero, inoltre, serie difficoltà ad ottemperare a tale ipotetico divieto, anche in forza di ragioni di ordine deontologico e riconducibili a diligenza e buona fede contrattuale inerenti all'oggetto della prestazione.

Come già rilevato *supra*, risulta evidente che, come sostenuto da tutti i giudici aditi a partire dal 2005 [\[67\]](#), le previsioni di cui all'art. 13 commi 2 e 3 secondo le quali sussisterebbe un divieto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale ovvero di qualsiasi procedimento artificiale su gameti ed embrioni che non sia finalizzato alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, da cui scaturirebbe il conseguente impedimento al medico di effettuare qualsiasi intervento avente natura terapeutica e/o diagnostica sull'embrione ove questo sia finalizzato alla tutela della salute di un soggetto diverso, ivi compresa la madre, non può essere applicato alle specifiche ipotesi di fecondazione assistita ma rappresenta un principio generale relativo ai limiti alla ricerca scientifica. E non potrebbe essere che così posto che nel caso di PMA gli interessi/diritti dedotti vedono a confronto il concepito e la madre, ovvero i due termini di una relazione che l'ordinamento ha già regolato da oltre 35 anni -almeno a partire dalla nota sentenza della Corte Cost. 27/75 [\[68\]](#)- prevedendo la prevalenza dei diritti della seconda sul primo, statuizione tuttora valida ed operante come recentemente ribadito dalla Consulta nella [sent. 151/09](#).

Sotto il secondo profilo premesso che la metodica di PMA in quanto procedimento terapeutico finalizzato a risolvere problemi connessi alla infertilità e sterilità di coppia ovvero al rischio notevole ed attuale di trasmettere gravi patologie (genetiche o virali) alla discendenza, il relativo rapporto si configura a tutti gli effetti quale contratto atipico di spedalità instaurato tra il paziente e la struttura sanitaria ovvero il medico.

Da ciò la necessità, per un'area delicata quale quella della salute riproduttiva, di contestualizzazione delle regole contrattuali di cui agli artt. 1173 ss e 1325 ss c.c. nell'ambito dei principi generali dell'ordinamento e in particolare degli articoli 2, 3, 32 primo e secondo comma della Costituzione nonché degli artt. 1175 e 1176 c.c.. Tra tali regole, anche alla luce delle specificità della fattispecie concreta, proprio la centralità assunta delle clausole generali di correttezza e buona fede impongono la prioritaria e preventiva tutela del diritto della paziente all'informazione, all'autodeterminazione procreativa e al consenso libero e consapevole di sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario, cui specularmente si riconnette l'obbligo del medico al rispetto della dignità e della volontà della persona sottoposta alle sue cure con il conseguente dovere di adottare tutte le misure, gli strumenti e le condotte funzionali al raggiungimento dello scopo. In altre parole il medico dovrà eseguire sempre e comunque la propria prestazione in modo da assicurare la migliore tutela della salute del paziente; in nessun caso, neppure ove vi fosse un comando legale in tal senso, potrà coscientemente porre in essere una attività che determini la lesione certa o altamente probabile della integrità psicofisica e/o del diritto

all'autodeterminazione terapeutica di questi in contrasto con le regole dell'arte medica, gli specifici obblighi contrattuali assunti e il generale principio di *neminem ledere*. Semmai, ove la metodica eseguita secondo le disposizioni inderogabili di legge risultasse nel caso concreto possibile causa di danno al paziente per effetto della preclusione normativa a qualsiasi adattamento alle specifiche esigenze del medesimo –paradigmatico il caso del numero predeterminato di embrioni producibili e dell'obbligo del contemporaneo impianto di tutto quanto prodotto ex art. 14 c. 2 [L. 40/04](#)- il medico avrebbe quali uniche alternative o astenersi dal procedere ovvero farsi specificatamente autorizzare dal paziente all'uopo opportunamente informato.

Analoghe le conclusioni cui si perviene anche con riguardo all'applicazione delle norme deontologiche. Infatti pur nel differente "peso giuridico" della regola deontologica rispetto alla norma ordinaria o a quella costituzionale, nel rilevare come la stessa rivesta sul piano degli effetti una stretta coerenza per l'attività del professionista, occupando un ruolo del tutto peculiare che esula dall'applicazione meccanica del rapporto gerarchico fra 'norme giuridiche', il riferimento ai doveri generali del medico di tutela della vita e della salute del paziente solennemente sanciti a partire dall'art. 1 del codice deontologico già di per se risultano sufficienti per concludere sulla impossibilità di giungere a un 'componimento' con precetti di natura legislativa che imponessero condotte terapeutiche inderogabili con conseguente pericolo di danno nel caso concreto atteso l'obbligo di adottare soluzioni e misure comuni a fattispecie diverse. Così un primo problema si porrebbe già con l'art. 3 del Cod. deont. posto che il dovere per il medico di perseguire esclusivamente finalità compatibili con la salute e l'interesse del paziente – precetto già ampiamente assorbito e sviluppato nelle elaborazioni dottrinali, giurisprudenziali e dalla disciplina positiva – risulterebbe disatteso in tutti quei casi in cui il medico si trovasse di fronte al dilemma se seguire i precetti di legge ovvero le proprie regole deontologiche ove con i medesimi configgenti. Più chiaramente si esprime l'art. 4, che come insegna autorevole insegnamento progressivamente consolidatosi all'indomani degli orrori 'legali' del regime nazista, pone il dovere per il medico di perseguire la tutela della salute del paziente in scienza e coscienza a prescindere da qualsiasi diversa indicazione anche se proveniente da fonte legale.

Un secondo confine è relativo al rispetto da parte del medico delle scelte del paziente, unico soggetto che può decidere circa la qualità della propria vita e in merito alla sua durata. Solo il paziente può disporre della propria salute e della integrità personale (nei limiti previsti dall'ordinamento). Lo stesso Codice deontologico in più punti afferma inoltre la natura e le finalità dell'atto medico: deve essere compiuto in libertà, in riferimento alle conoscenze scientifiche e non soggiacendo a interessi, imposizioni e suggestioni di qualsiasi natura (art. 4). Sempre e comunque deve essere garantito il rispetto della persona (artt. 18 e 20). Con riferimento più specifico all'ambito considerato, i doveri del medico sono così evidenziati dall'art. 42 che recita: "*Il medico, nell'ambito della salvaguardia del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, è tenuto a fornire ai singoli e alla coppia, nel rispetto della libera determinazione della persona, ogni corretta informazione in materia di sessualità, riproduzione e contraccezione. Ogni atto medico diretto a intervenire in materia di sessualità e di riproduzione è consentito soltanto al fine di tutelare la salute*". Egli è vincolato ad operare "*anche nell'interesse del nascituro*", nel senso di dovere di intervento per la prevenzione e la correzione di condizioni patologiche (art. 43).

In tema di PMA poi viene affermata la natura integralmente medica del trattamento e l'esigenza di agire secondo scienza e coscienza (art. 44). Come sopra già accennato, sono ammessi sia interventi sul genoma (art. 45) che test predittivi genetici (art. 46) ove diretti a rilevare, predire ed eventualmente correggere malformazioni o malattie ereditarie. Sul punto si deve sottolineare che il medico è tenuto a dare informazioni ampie e complete in merito allo stato di salute del concepito, sui rischi della gravidanza e sulle prevedibili conseguenze sulla salute e sulla qualità della vita, nonché sui possibili interventi di prevenzione e di terapia. In tal senso una consolidata giurisprudenza pone in termini prescrittivi l'obbligo per professionista di informare sullo stato di salute del feto, pena l'imputazione della responsabilità per il risarcimento dell'eventuale danno per non aver fornito informazioni ovvero averle fornite errate così impedendo alla donna di esercitare il proprio diritto di autodeterminarsi in ordine alla prosecuzione della gravidanza[\[69\]](#).

Le disposizioni censite, recentemente precisate nel nuovo Codice Deontologico, risultano in linea con le previsioni contenute negli art. 5 (Consenso-Regola generale), 12 (Test genetici predittivi) e 13 (Interventi sul genoma umano) della Convenzione sui diritti dell'Uomo e la biomedicina sottoscritta ad Oviedo nel 1999 recepita con legge 145/01. Trattandosi di norme di recepimento di una convenzione internazionale, come è noto, tali disposizioni costituiscono parametro interpretativo obbligato per l'interprete relativamente alle disposizioni ordinarie o secondarie risultando, in ipotesi di contrasto con le stesse, prevalenti rispetto a queste.

Alla luce di quanto riferito, consegue che nel caso di specie il medico assolverebbe i suoi doveri professionali solo ponendo in essere comportamenti che attenendosi alla diligenza esigibile in riferimento alle conoscenze scientifiche disponibili diano concreta risposta al problema terapeutico sottoposto alla sua attenzione nel rispetto della dignità, della salute e della volontà della paziente. Peraltro ai sensi dell'art. 22 del Codice deont., egli potrebbe rifiutare la propria opera laddove valutasse che i suoi comportamenti possano essere di grave e immediato nocumento per la salute della persona assistita.

Alla luce di quanto precede, notevoli sono i rischi per il medico che rifiuti l'adeguamento del protocollo di PMA finalizzato alla esecuzione utile della PDG e che in conseguenza a questo determini un danno alla salute della donna. Infatti i pericoli cui il medico espone la salute della donna - non solo nell'estrema eventualità di attecchimento dell'embrione affetto dalla patologia ma anche nel caso di interruzione del trattamento sanitario ( stress psico-fisico,

iperstimolazione, perdita di *chances*, etc.), anche alla luce del valore immediatamente precettivo delle norme di cui all'art. 32 Cost., ribadito a più riprese anche dalla Corte Costituzionale<sup>[70]</sup> da ultimo proprio con la [sentenza 151/09](#) -, potrebbero successivamente essere fonte di responsabilità per il professionista.

Sul punto si rileva che il rifiuto opposto dal professionista in forza, come sopra ampiamente argomentato, di una arbitraria e infondata interpretazione della legge, in quanto oggettivamente contraria agli interessi del paziente con specifico riguardo al consenso informato e alla tutela della sua salute, attesa la richiamata diretta cogenza del precetto costituzionale e i limiti posti dal codice deontologico, non potrebbe costituire una scriminante della responsabilità per l'eventuale danno arrecato, tanto più in quei casi in cui tale pregiudizio si sarebbe potuto evitare. Dovendosi riconoscere che la lesione del diritto soggettivo garantito all'art. 32 della Costituzione integra la fattispecie dell'art. 2043 del codice civile, non può dubitarsi dell'obbligo di risarcimento per violazione del diritto stesso. Anche il Giudice di nomofilachia si è pronunciato sul punto statuendo che: *“la salute in quanto interesse fondamentale dell'individuo, in forza del combinato disposto dell'art. 2043 c.c. e 32 Cost. consente al Giudice, ove questo ravvisi nel caso concreto un pericolo attuale di compromissione del bene, non solo di ritenere direttamente applicabile tale principio attraverso la clausola generale, ma di ritenerlo anche in contrasto con quanto previsto da una norma ordinaria o secondaria di attuazione che fissi specifici condotte, cui il convenuto si era attenuto”*<sup>[71]</sup>.

## 9. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, preso atto dell'evoluzione del quadro normativo-giurisprudenziale di riferimento, non può che concludersi per una piena ammissibilità già *de jure condito*, della PGD nel nostro ordinamento. Ciò, come ricordato, in forza di argomenti di ordine logico-razionale nonché di coerenza sistematica e assiologica rispetto ai valori e principi dell'ordinamento, che costituiscono il portato dell'attività ermeneutica sin qui operata dalle Corti di merito al fine di assicurare la 'compatibilità' della [legge 40/04](#) col/nel nostro sistema giuridico. L'assunto risulta in maniera inequivoca confermato proprio dalla più volte ricordata pronuncia della Consulta inerente la legittimità costituzionale dell'art 14 della legge sulla PMA la cui portata è stata evidentemente, non correttamente compresa da parte di coloro che hanno ritenuto che la decisione non incidesse sulle questioni inerenti l'ammissibilità della PDG.

*Ex adverso* si rileva come nella misura in cui la Corte nel pronunciare la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma precisa che nessun trattamento sanitario (neppure di PMA) può svolgersi senza il consenso informato del paziente, che in ambito di pratica terapeutica la regola è l'autonomia del medico che con il consenso del paziente compie le scelte più appropriate dovendosi innanzi a ciò arrestare la discrezionalità del legislatore, ma soprattutto che in tutti i casi in cui gli interessi alla vita e alla salute della madre entrino in conflitto con quelli del concepito non vi può essere equivalenza tra chi è già persona e chi persona deve ancora diventare, è, a rigore, del tutto consequenziale che in nessun caso e per nessuna ragione, l'omissione di informazioni decisive per la scelta procreativa (circa lo stato di salute dell'embrione) destinate a rilevare non solo riguardo al diritto alla procreazione cosciente e responsabile della futura gestante e della coppia ma anche sullo stato di salute della donna, comunque libera di optare successivamente ricorrendone i presupposti, all'interruzione volontaria di gravidanza, in quanto lesivo di diritti fondamentali della persona, possa essere oggetto di riconoscimento e/o di protezione da parte della norma giuridica. Né d'altra parte, l'argomento 'del pendio scivoloso' fondato sul timore di derive eugenetiche cui la metodica potrebbe dar luogo risulta sufficientemente persuasivo e assorbente da giustificare la lesione certa e attuale di interessi fondamentali.

Dunque posto che, allo stato dell'evoluzione medico-scientifica, l'unica tecnica diagnostica prenatale in grado di fornire esaurienti informazioni riguardo allo stato di salute del concepito prima del trasferimento in utero è costituito dalla PDG negare l'ammissibilità della stessa significherebbe operare un bilanciamento tra interessi espressione di un assetto gerarchico di valori e principi 'altro' da quello sin qui conosciuto e da ultimo (ri)affermato dal giudice delle leggi.

## Indice delle pronunce

- Ord. Trib. Catania 3 maggio 2004. Negato il diritto ad eseguire la PGD da parte della coppia portatrice di betatalassemia. Ritenute manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4 e 14 della legge, con riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost.;
- Sent. TAR Lazio, sez. III-ter, 5 maggio 2005 n. 3452. Affermata l'esistenza di un divieto alla PGD nell'ordinamento fondato sull'art. 13 L. 40/04;
- Ord. di rimessione Trib. Cagliari 16 luglio 2005. Viene sollevata la questione di legittimità costituzionale sull'art. 13 della legge, in relazione agli artt. 2, 3 e 32 Cost.
- Ord. Corte Cost. n. 369 del 9 novembre 2006. Dichiarata manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge, sollevata con riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost.;
- Sent. Trib. Cagliari 24 settembre 2007. Ritenuta ammissibile la PGD sulla base di un'interpretazione conforme a Costituzione e disapplicata la disposizione delle Linee Guida Ministeriali del 21/07/04 che limitava la diagnosi pre impianto alla sola indagine osservazionale;
- Ord. Trib. Firenze 17 dicembre 2007 Ritenuta ammissibile la PGD sulla base di un'interpretazione conforme a Costituzione e disapplicata la disposizione delle Linee Guida Ministeriali del 21/07/04 che limitava la diagnosi pre impianto alla sola indagine osservazionale; ritiene che nella legge 40 del 2004 non vi sia un divieto di diagnosi genetica reimpianto. Ammessa la crioconservazione degli embrioni sovrannumerari;

- Sentenza TAR Lazio sezione III-*quater* 21 gennaio 2008, n. 398. Le Linee Guida del 2004 vengono dichiarate illegittime per violazione del principio di legalità (eccesso di potere) nella parte in cui limitano la diagnosi pre impianto al tipo osservazionale. Si solleva questione di legittimità costituzionale sull'art. 14, commi 2 e 3 L.40/04, per violazione degli artt. 3 e 32 Cost.;
- Sentenza Corte Cost. n. 151 dell'8 maggio 2009. Viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3; la manifesta inammissibilità della questione relativa all'art. 14, commi primo e quarto, e all'art. 6, comma terzo;
- Ord. Trib. Bologna 29 giugno 2009. Viene data piena applicazione della sent. Corte Cost. 151/09 e disposta l'applicazione della diagnosi preimpianto di un numero minimo di sei embrioni e il trasferimento in utero dei soli embrioni sani. Viene disposta la crioconservazione degli embrioni sovrannumerari. La coppia ricorrente non è sterile in senso tecnico;
- Ord. Trib. Salerno 9 gennaio 2010. Viene ordinata l'esecuzione della PGD e il trasferimento in utero degli embrioni che non presentino mutazioni genetiche. La coppia ricorrente non è sterile in senso tecnico;
- Ord. Corte Cost. n. 97 del 12 marzo 2010. Viene confermata la portata della sentenza n. 151 del 2009.

(Altalex, 12 marzo 2012. Nota di [Gianni Baldini](#))

[1] Sent. 151/09.

[2] Cfr. la proposta di "Linee Guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita" Art. 7 l. 40/2004 - Linee Guida 2011, Ministero della Salute, novembre 2011.

[3] Intervento terapeutico configurabile solo in linea teorica posto che da un punto di vista pratico la medicina non dispone, al momento, di tecniche che consentano di eseguire trattamenti medico sanitari finalizzati alla terapia di patologie di cui l'embrione fosse portatore. Gli ausili tecnologici esistenti consentono solo interventi di tipo diagnostico.

[4] Precisazioni teorico-pratiche di ordine medico inerenti la metodica si possono leggere in: **F. Fiorentino**, *La diagnosi genetica preimpianto: problemi pratici e questioni applicative in campo medico*, in *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica* (a cura di G. Baldini e M. Soldano), FUP, Firenze, 2007, p. 117; Precisazioni di carattere bioetico si possono leggere in **P. Donatelli**, *Procreazione e diagnosi genetica di pre impianto: considerazioni bioetiche*, ivi, p. 171.

[5] A titolo meramente esemplificativo si citano alcune delle patologie più comuni: Talassemia, l'emofilia, l'osteopetrosi, l'osteosclerosi, la distrofia muscolare, il retinoblastoma, etc.

[6] Proprio l'ambiguità della legge pone un problema di delimitazione dell'ambito di ammissibilità della PDG. In particolare ci si interroga sulla opportunità di stabilire limiti all'impiego della metodica in dipendenza della gravità della malattia genetica trasmissibile ovvero della sua non suscettibilità di trattamento post natale. L'individuazione potrebbe avvenire attraverso la predeterminazione di un elenco di patologie periodicamente aggiornato ovvero in funzione di una attestazione medica caso per caso secondo una 'griglia di gravità' che individui i parametri di riferimento cui il medico deve far riferimento. Sul punto cfr. **G. Ferrando** *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam e dir.*, 5, 2011, pp. 520.

[7] Cfr., tra gli altri: **C. Casini - M. Casini - M.L. Di Pietro**, "La legge n. 40/04 e la diagnosi genetica di pre-impianto nelle decisioni di Cagliari e Firenze", in *Med. Morale*, 2008, I, 35; **C. Casini**, "Sul problema della diagnosi genetica di pre impianto : lettera aperta al Sig. Ministro di Giustizia", in *Dir. Fam e pers.*, 2008, I, 728; **Bosio S., Casini M, Traisci E.** L'ordinanza del Tribunale di Bologna (29 giugno 2009) in tema di diagnosi genetica preimpianto nel contesto della giurisprudenza sulla legge 40/2004, in *Med. e morale* 2009, 6, pp 1065 ss.

[8] L'art. 6 della legge n. 40/2004 stabilisce che prima del ricorso "e altresì in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita" il medico debba informare in maniera dettagliata i soggetti che alle tecniche medesime abbiano avuto legittimo accesso "sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti".

[9] Pur con differenti 'sfumature' argomentative, cfr. fra gli altri: **D'Avack L.**, "La legge sulla procreazione medicalmente assistita", in *Il diritto di fam. e delle pers.*, 3-4, 2004, p. 805; **Busnelli F.D.**, "L'inizio della vita umana", in *Riv. dir. civ.*, 5, 2004, p. 564 ss; **Dogliotti M - Figone A.**, *Procreazione Assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, IPSOA, Torino, 2004, pp. 68,91,217; **Dogliotti M.**, "Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di illegittimità costituzionale?", in *Fam e dir.*, 2004, 385; "Diagnosi preimpianto, accertamento dello stato di salute dell'embrione e diritti della persona", in *Fam dir.*, 2007, XXII, p. 1148 ss; **Palmerini E.**, "La legge sulla procreazione assistita ad un primo vaglio giurisprudenziale", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004; Id *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*, in la Nuova Giur. Civ. Comm., 2008, 2, p. 260 ss; **Frosini T.E.**, "In materia di fecondazione assistita il giudice deve sollevare la questione di costituzionalità", in *Giust. Amm. e Riv. Dir. Amm.*, n. 6, 2004; **L. Chieffi** *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita; alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni dell'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una procreazione cosciente e responsabile*, in *Giur. Cost.*, 2006, 4730 ss; sia pure consentito il rinvio a: **G. Baldini**, *PMA e diagnosi genetica di pre impianto (PGD) Profili di illegittimità costituzionale del (presunto) divieto posto dalla legge 40/04, in Tecnologie riproduttive e tutela della persona*, cit., 149 ss; Id "Procreazione assistita l'ordine degli interessi tutelati è uno solo. Note a margine della c.d. ordinanza Mariani", in *Rass. Dir. civ.* 2008, III, pp 835 ss; **P. Di Marzio** "Procreazione assistita, interrogativi sulla diagnosi preimpianto in cerca di risposte", in *Giur. mer.*, 2008,

IV, 1002; **G. Ferrando**, “Il tribunale di Cagliari dice sì alla diagnosi preimpianto”, in *Corr. Giur.*, 2008, III, 390 ss; id *Fecondazione in vitro e diagnosi pre impianto dopo la decisione della corte costituzionale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, 11, pp 521 ss; id *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, cit., pp. 518 ss; Veronesi, Tra diagnosi genetiche, numero di embrioni e obbligo d’impianto: la legge n. 40 sempre sotto la lente, in *Dalla provetta alla Corte. La legge 40/04 di nuovo a giudizio* (a cura di Bin, Brunelli, Guazzarotti, Pugiotto, Veronesi), Torino, 2008, pp 222 ss; **R. Villani**, Procreazione assistita e corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette e indirette) del recente intervento della consulta sulla disciplina della legge 40/04, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 475; **V.U. Salanitro**, Principi e regole e contrasti e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita, in *Fam pers. Succ.*, 2010, p. 85 ss; **D’Amico-I.Alesso-M.Clara**, *La cicogna e il Codice. Fecondazione assistita riflessioni e prospettive*, Angeli, Milano, 2010, in par. pp. 101 ss; **G. Rossini**, *E’ legittimo predire e selezionare l’uomo?*, Aracne, Roma, 2011; **V. Pugliese**, *Il diritto a diventare genitori*, Laterza, 2011, p. 75 ss; **M Sesta**, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Fam e dir.*, 8,-9, 2011, p. 839; R.

[10] Trib. Catania (ord.) 3 maggio 2004. Per un primo commento alla decisione cfr.: **A. Dogliotti**, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*, in *Fam e dir.* 2004, p. 384; **G. Ferrando**, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l’impianto di embrioni malati*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 380; sia consentito il rinvio a: **G. Baldini**, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili problematici, prime esperienze applicative e prospettive.*, in *Rass. Dir. civ.*, I, 2006, pp. 300 ss; **ID PMA e diagnosi genetica di pre impianto (PGD): profili di illegittimità costituzionale del (presunto) divieto posto dalla legge 40/04, cit., p. 149 ss;**

[11] TAR Lazio 5 maggio 2005 n. 3452 e TAR Lazio 23 maggio 2005 n. 4047.

[12] Cfr **F.D. Busnelli**, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l’ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2003, p 263 che fin da subito precisò la necessità di una siffatta opzione ermeneutica della legge sulla PMA.

[13] L’art. 13 (*sperimentazione sugli embrioni umani*), comma 2, stabilisce che “la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela e allo sviluppo dell’embrione stesso (...); il comma 3, lett. b, “sono comunque vietati: ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti (...) ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo”.

[14] L’art. 14, (*Limiti all’applicazione delle tecniche sugli embrioni*), al comma 5, stabilisce che “I soggetti di cui all’art. 5 [i genitori] sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell’utero”.

[15] Sul punto v. per tutti Corte Cost. Sent. 438/08 la quale in maniera inequivoca precisa che “La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all’art. 32, secondo comma, della Costituzione”.

I contributi della dottrina sul punto sono sterminati. Per un’ampia rassegna di lavori recenti con specifico riguardo ai trattamenti medici nella fase della procreazione cfr. **G. Rossini** *E’ legittimo predire e selezionare l’uomo?*, cit., pp 47 ss

[16] Linee Guida Ministero della Salute del 21 luglio 2004.

[17] In ordine cronologico: Tribunale di Cagliari 24 settembre 2007 con la quale viene disapplicata con efficacia *inter pares* la disposizione contenuta nelle Linee Guida del 2004 che limitava la diagnosi pre-impianto alla sola tecnica osservazionale, per un primo commento v. **G. Ferrando**, *Il Tribunale di Cagliari dice sì alla diagnosi reimpianto*, cit.; Tribunale di Firenze 17 dicembre 2007 con la quale oltre a disapplicare con efficacia *inter pares* la disposizione contenuta nelle Linee Guida del 2004 sulla indagine pre-impianto osservazionale viene consentita la crioconservazione degli embrioni soprannumerari/malati, sulla pronuncia sia consentito il rimando a **G. Baldini**, *Procreazione assistita l’ordine degli interessi tutelati è uno solo. Note a margine della c.d. ordinanza Mariani*, cit ; TAR Lazio, sez III, 21 gennaio 2007 n. 398 ritiene illegittima per eccesso di potere la specifica norma che consentiva la sola indagine osservazionale contenuta delle Linee Guida Ministeriali 21 luglio 2004 e la espunge dal sistema con efficacia *erga omnes*, per un primo commento v. **A. Figone**, *Illegittimo il divieto di indagini reimpianto sull’embrione?*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2008, p. 506 ss..

[18] I ricorsi all’Autorità Giudiziaria da parte di coppie portatrici di patologie genetiche trasmissibili finalizzati all’autorizzazione dell’intervento medico anche successivamente all’entrata in vigore delle nuove Linee Guida del 2008, è doveroso sottolinearlo, si sono resi necessari attesi i timori dei centri medici a fronte della disinformazione sul punto anche alimentata dalle arbitrarie e apodittiche dichiarazioni delle autorità politiche, circa il permanere nell’ordinamento di un generico divieto alla PGD.

[19] Successivamente alla pronuncia della Corte cost. del 2009 cfr: Trib. Bologna 29 giugno 2009 il quale in applicazione della richiamata sentenza 151/09 riconosce il diritto delle coppie ricorrenti (nel caso specifico non sterile) ad effettuare la PMA previa diagnosi preimpianto; a disporre il trasferimento in utero degli embrioni senza pregiudizio per la salute della donna; viene autorizzata la creazione di un numero di embrioni ‘strettamente necessario’ nel caso concreto e la crioconservazione degli embrioni non impiantati per scelta del medico; Trib. Salerno 9 gennaio 2010 con la quale viene disposta l’esecuzione della diagnosi preimpianto e il trasferimento in utero dei soli embrioni sani a coppia fertile, per un primo commento v. L. **D’Avack**, *L’ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche*, in *Dir. Fam e pers.*, 2010, 1737 ss e **G. Ferrando** *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, cit., p. 519 ; Corte Cost. n. 97 del 12 marzo 2010 che conferma e chiarisce ulteriormente la portata della sentenza

n. 151/09.

[20] Sulla base di tali assunti talune leggi straniere che disciplinano il fenomeno della PMA nella prospettiva terapeutica consentono alle coppie portatrici di patologie genetiche di ricorrere alle tecniche a prescindere dallo stato sterilità/infertilità: esemplificativamente cfr.: Francia, L. 94/654 del 29.07.1994; Spagna art. 1, L. 35/98 del 22.11.1988; Svizzera art. 5 L.fed. 18.12.1998; Portogallo L. n. 32 del 26.7.2006.

[21] Codice di deontologia medica, 16 dicembre 2006.

[22] Sul punto non si può non rilevare come la legge 40/04 abbia espressamente riservato l'accesso alle tecniche alle sole coppie sterili e/o infertili escludendo tutte quelle fertili anche se portatrici di patologia genetica trasmissibile. Ciò determina un irragionevole discriminazione tra i portatori di patologia genetica trasmissibile che solo se sterili/infertili potranno ricorrere alle metodiche evitando per questa strada il rischio di avere un figlio malato. Per le altre l'unica strada praticabile sarà la procreazione per via naturale con la possibilità, ricorrendo i presupposti di optare per l'interruzione volontaria della gravidanza. Conf. **G. Ferrando**, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, cit., p. 519 la quale rileva come "non appare infatti ragionevole, conforme al principio di uguaglianza, rispettoso dei diritti inviolabili dell'uomo l'aver escluso le coppie portatrici di malattie genetiche dall'accesso alla procreazione medicalmente assistita. (...) Nella prospettiva della procreazione responsabile anche per queste esiste infatti un ostacolo insuperabile alla procreazione 'naturale': il rischio di mettere al mondo un figlio ammalato, con le responsabilità morali e forse anche giuridiche che ne conseguono".

[23] Sul punto v. ex multis Corte cost. n. 282 del 2002 e 383 del 2003.

[24] Con specifico riguardo all'obbligo del medico di fornire informazioni quanto più compiute e dettagliate alla donna in gravidanza cfr. **G. Rossini**, *E' legittimo predire e selezionare l'uomo?*, cit., pp 51 ss. Sul punto v. anche **G. Ferrando**, *Libertà responsabilità e procreazione* Padova, Ccedam, 1999.

[25] Cfr Sent Corte Cost. n 438/08 v. supra nota 12. Sui principi fondamentali in materia di consenso informato quale condizione di legittimità nel/del trattamento sanitario la dottrina e la giurisprudenza sono sterminati. Con precipuo riguardo al caso di specie, riferimenti significativi possono essere individuati, sul piano normativo: art. 3 Carta dei Diritti fondamentali dell'UE; art. 32, 2 comma Cost.; art. 5 Conv. Oviedo; oltre che in numerose leggi speciali tra cui la stessa L. 40 all'art. 6; a livello giurisprudenziale: oltre a alle citate sent. Corte Cost. 438/08 e 151/09 secondo cui "...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 (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002", cfr. ex multis: Cass. 10014/94; Cass. 364/97; Cass. 5444/06; Cass. 26972/08; Cass. 10741/2009; Cass. 2847/2010; Cass. 7027/2011; Cass. 16543/2011). Il giudice di nomofilachia ha avuto modo di precisare che "Il diritto al consenso informato, in quanto diritto irrettabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti, a seguito di un intervento concordato e programmato e per il quale sia stato richiesto e sia stato ottenuto il consenso, che pongano in gravissimo pericolo la vita della persona, bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza per escluderlo che l'intervento absque pactis sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto,(...) , per cui nei suoi confronti, comunque, si consuma una lesione di quella dignità che connota nei momenti cruciali - la sofferenza fisica e/o psichica - la sua esistenza" (Cass, Sez III, 28 luglio 2011, n. 16543) e "Il consenso informato deve essere presente sia nella fase di formazione del consenso, sia nella fase antecedente che in quella di esecuzione del contratto, riconducibile (come in altri settori) alla clausola generale di buona fede del nostro ordinamento civilistico ex artt. 1175, 1337, 1375 c.c." (Cass 10741/2009).

[26] Sulle questioni inerenti la soggettività giuridica del concepito 'in vitro' e i paradossi introdotti dalla legge 40/04, v. per tutti **F.D. Busnelli**, *Il problema della soggettività del concepito a 5 anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in Nuova giur civ. comm. 2010, II, p. 185 ss. Per una riflessione generale precedente all'introduzione della legge v. tra gli altri; **P. Zatti**, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in Nuova giur. civ. comm., 2, 2001, p. 149.

[27] In generale cfr. tra gli altri: **S. Rodotà**, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Bologna, 2009 passim; **C. Bresciani**, *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di disciplina?, aspetti conoscitivi, terapeutici, bioetici, giuridici*, Milano, 2000; **G. Berlinguer**, *Presentazione del documento "orientamenti bioetici per i test genetici"*.

[28] Di recente proprio a un gruppo di ricercatori italiani si deve la sperimentazione di una differente tecnica diagnostica: la c.d. diagnosi pre-concezionale. Si tratta di una metodica che prevede la diagnosi sull'ovocita e più precisamente sul primo globulo polare. Si tratta di una indagine che pur essendo parziale in quanto evidentemente idonea a rilevare unicamente le patologie di trasmissione materna, presenta la rilevante novità di essere effettuata sul gamete, dunque prima del concepimento 'in vitro' dell'embrione.

[29] Sull'utilizzo in ambito bioetico dell'argomento del 'pendio scivoloso', ampiamente ripreso nel caso specifico per motivare e sostenere la non ammissibilità della PDG dato il pericolo di derive eugenetiche cui la medesima potrebbe condurre, v.: **E. Lecaldano**, *Dizionario di bioetica: L'argomento del pendio scivoloso e l'insegnamento della bioetica*, in Bioetica, 8 2000, p. 2895-3003; **G.Den Hartogh**, *The slippery Slope Argument*, in A Companion to Bioethics a cura di H. Kushe, P. Singer, Oxford, Blackwell, 1998, pp. 280-292.

Sottolinea come la questione dell'asserito pericolo di deriva eugenica rappresenti l'autentico 'nodo gordiano' del fenomeno, tra gli altri: **Banchetti**, *Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica*, in Giur. It., 2006, 6, pp 1169-70.

[30] Come è noto, entro il terzo mese di gravidanza ex art. 4 l'IVG sarà ammessa solo in caso in cui la donna evidenzi nella prosecuzione della stessa pericoli per la sua salute psico, fisica; oltre tale termine, ex art 6, ove vengano medicalmente accertati pericoli

per la sua salute o la sua vita.

[31] Conf. **G. Ferrando**, *Fecondazione in vitro e diagnosi pre impianto dopo la decisione della corte costituzionale*, cit., p. 524.

[32] L'art. 12 della Convenzione di Oviedo del 1997 ratificata con legge n. 145/2001 prevede espressamente la piena ammissibilità dell'attività diagnostica-genetica indicando altresì le condizioni di legittimità per ciò che attiene la sua esecuzione:

“ Art. 12 *Test genetici predittivi* Non si potrà procedere a dei test predittivi di malattie genetiche o che permettano sia di identificare il soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia sia di rivelare una predisposizione o una suscettibilità genetica a una malattia se non a fini medici o di ricerca medica, e sotto riserva di una consulenza genetica appropriata”.

[33] Art. 45 Interventi sul genoma. Ogni eventuale intervento sul genoma deve tendere alla prevenzione e alla correzione di condizioni patologiche.

Art. 46 *Test predittivi*. I test diretti in modo esclusivo a rilevare o predire malformazioni o malattie su base ereditaria, devono essere espressamente richiesti, per iscritto, dalla gestante o dalla persona interessata. Il medico deve fornire al paziente informazioni preventive e dare la più ampia ed adeguata illustrazione sul significato e sul valore predittivo dei test, sui rischi per la gravidanza, sulle conseguenze delle malattie genetiche sulla salute e sulla qualità della vita, nonché sui possibili interventi di prevenzione e di terapia. Il medico non deve eseguire test genetici o predittivi a fini assicurativi od occupazionali se non a seguito di espressa e consapevole manifestazione di volontà da parte del cittadino interessato che è l'unico destinatario dell'informazione. E' vietato eseguire test genetici o predittivi in centri privi dei requisiti strutturali e professionali previsti dalle vigenti norme nazionali e/o regionali.

[34] Cfr., fra le altre, Corte cost. n. 27/75; 21/81; 35/97 e Cass. civ. 11503/93; 12195/1999; 6735/02.

[35] Sul punto cfr. Trib. Firenze 17 dicembre 2007, cit, secondo il quale “È pertanto evidente [...] la possibilità di ricorso all'IVG per problemi di salute della donna derivanti anche da previsioni di anomalie o malformazioni del feto, poiché tali anomalie vengono comunemente valutate colle tecniche ormai di accesso sociale della amniocentesi e della villocentesi, che altrettanta tutela deve essere riconosciuta alla donna alla quale l'impianto non è stato ancora praticato, coll'accesso alla diagnosi pre-impianto. Veramente non solo irrazionale ma addirittura fuori dal senso morale è semplicemente pensare che si debba procedere all'impianto per poi, successivamente alla valutazione clinica del feto, procedere ad un aborto, che questa sarebbe la conseguenza del riconoscere la esistenza di un divieto di diagnosi pre-impianto nella legge 40/04”.

[36] Per l'analogia del ragionamento cfr Trib. Cagliari, 24 settembre 2007 cit.

[37] L'assunto risulta essere stato autorevolmente confermato dalla stessa Consulta che sulla base di tali indicazioni con la sent. 151/09 ha sostanzialmente riscritto l'art. 14 c. 2 e 3 della legge 40/04.

[38] Per tutti l'ordinanza del Tribunale di Catania del 3 maggio 2004 e la sent. TAR Lazio, sez. III-ter, 5 maggio 2005 n. 3452 rimaste sostanzialmente isolate.

[39] Sul punto cfr **C. Casonato**, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, 4, 2004, pp 841 ss.

[40] Conf.: Trib. di Cagliari 24 settembre 2007, cit.; Trib. Firenze 16 dicembre 2007 cit.; Trib. Bologna 29 giugno, cit.; Trib. Salerno 9 gennaio 2009, cit.

[41] Per eugenetica ci si intende riferire alla “*scienza che, facendo riferimento alla conoscenza della genetica umana, si occupa dei problemi del miglioramento di caratteri genetici di generazioni future*” (*Dizionario medico “Dompè”* – ed. it. a cura di Rumolo, Vitolo, Zanussi, ed. Masson, 1992, nella traduzione di Roche Lexiicon Medizin II<sup>o</sup>) ovvero “*allo studio dei metodi volti al perfezionamento della specie umana attraverso selezioni artificiali operate tramite la promozione dei caratteri fisici e mentali ritenuti positivi (eugenetica positiva) e la rimozione di quelli negativi (eugenetica negativa), mediante selezione o modifica delle linee germinali*” (*Wikipedia Enc. on line*). Il concetto è suscettibile di essere variamente interpretato. Così secondo l'opzione estensiva non condivisa in questa sede ma fatta propria dalla parte minoritaria della dottrina, pure l'eliminazione di una grave ed incurabile patologia costituirebbe una forma di miglioramento dei caratteri genetici della generazione futura con ogni effetto consequenziale in ordine alla ammissibilità dell'intervento.

Più ragionevolmente, il significato del termine va ricercato, in accordo col tenore letterale della definizione, nell'insieme degli interventi medici volti a manipolare il genoma umano al fine di migliorarne le caratteristiche ed eliminarne i difetti.

Nel caso della PGD nessun intervento viene disposto sul genoma dell'embrione analizzato limitandosi il medico a rilevare la patologia e ad impiantare nell'utero della donna, su richiesta di questa, solo gli embrioni non affetti dalla grave e incurabile malattia, disponendo la crioconservazione degli altri.

Il problema neppure si porrebbe ove venisse accolta la definizione che di eugenetica da l'Organizzazione Mondiale della Sanità: secondo la WHO per pratiche eugenetiche devono intendersi “*A coercive policy [directed against whole populations] intended to further a reproductive goal, against the rights, freedoms, and choices of the individual*”. Resterebbero dunque escluse dalla definizione “*knowledge-based, goal-oriented individual or family choices to have a healthy baby do not constitute eugenetics*”, in *Review of ethical*

*Issues in Medical Genetics*, WHO, Geneve, 2003.

Per un approfondimento della questione con riguardo alla c.d. "eugenetica riproduttiva" in dottrina cfr. tra gli altri **C. Casonato**, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, cit., p. 846 ss,

[42] Ciò rappresenta un diritto assoluto del soggetto, costituzionalmente tutelato, la cui valenza di principio fondamentale o presupposto di legittimità del trattamento medico è stata da ultimo espressamente riconosciuta dalla stessa Corte Costituzionale (Sent. 438/08, cit). Sul punto cfr anche Trib. Firenze 17 dicembre 2007, cit. il quale osserva "è evidente che tale informazione non può essere collegata ad una fatua curiosità dei futuri genitori, ma deve evidentemente essere posta in relazione alla necessità che i trattamenti terapeutici siano accompagnati dalla informazione necessaria ad esprimere il necessario consenso (né qui importa richiamare la ampia giurisprudenza della S. corte che si è formata sul punto) come d'altra parte espressamente previsto dall'art. 4 lett. b) e dall'art. 6 (in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione); ancora, la informazione deve essere ancorata alle disposizioni contenute nella legge 194/1978 due volte richiamata all'interno dello stesso art. 14".

[43] E' opportuno precisare come, allo stato attuale dello sviluppo biomedico non risultano disponibili tecniche di c.d. 'terapia genica' che consentano di intervenire con finalità terapeutiche sull'embrione.

[44] In tal senso v. per l'identità delle conclusioni ancora Trib. di Cagliari 24 settembre 2007; Trib. Firenze 16 dicembre 2007; TAR Lazio 398/08.

[45] Sul punto cfr., fra gli altri, **D'Avack L.**, cit, p. 806; **F.D.Busnelli**, cit., p. 564.

[46] Cfr *ex multis*: Corte cost., 25 giugno 1981, n. 108, in Foro It., 1981, I, 918; Cass. 08.07.1994, n. 6464, in Giur. It., 1995, I, 1, c. 790ss; Cass. 01.12.1998, n. 12195, in *Danno e resp.*, 1999, p 522; Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, p. 50).

[47] Sulla questione della 'neutralità' della L. 40/04 in punto di ammissibilità o meno della PDG v.: **G. Ferrando** *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, cit., p. 518; **S. La Rosa**, *La diagnosi genetica reimpianto: un problema aperto*, in *Fam e dir.*, 8-9, 2011, p. 839.

[48] Conf. Trib. di Cagliari 24 settembre 2007, cit.: il quale correttamente rileva come "come appaia fortemente significativa l'assenza, nel sistema delineato dalla l. n. 40/2004, di un espresso divieto riguardante specificamente la diagnosi preimpianto, poichè, come è noto, il testo legislativo si caratterizza per uno stile normativo di chiara e decisa presa di posizione in ordine alla prevalenza di determinati interessi, evidentemente ritenuti maggiormente meritevoli rispetto ad altri, per la cui tutela viene approntata una fitta rete di specifici divieti e dettagliati obblighi, la cui violazione è spesso sanzionata anche penalmente".

[49] V. in tal senso tutte le pronunce delle Corti di merito citate (con la sola esclusione del Trib di Catania 2004), la Sent TAR Lazio 398/08 e la sent. Consulta 151/09 e Ord. 97 del 12 marzo 2010.

[50] Conf. Trib. Cagliari 24 settembre 2007, cit.: per il quale "considerata la mancanza di una espressa previsione riguardante specificamente la diagnosi preimpianto, la tesi della non praticabilità della stessa anche nei casi in cui sia finalizzata alla soddisfazione del diritto di cui all'art. 14, comma 5°, appare censurabile anche con riferimento al principio di tassatività che caratterizza la materia penale ed in base al quale deve essere bandita ogni interpretazione che comporti un'estensione, oltre l'ambito previsto dalla legge, dei comportamenti punibili con sanzione penale".

[51] Come precisamente rilevato dal Tribunale di Cagliari 24 settembre 2007, cit.: "Quanto al significato meramente letterale dei termini utilizzati dal legislatore per l'individuazione dell'ambito disciplinato, è utile osservare come per "ricerca clinica" comunemente si intenda quell'indagine sistematica volta ad accrescere le conoscenze che si posseggono nell'ambito della "clinica" e cioè di quella branca della medicina volta alla diagnosi, allo studio e alla cura delle malattie attraverso l'osservazione diretta degli ammalati. E' già percepibile quanto detto concetto si distanzi da quello di mero esame clinico finalizzato alla diagnosi di uno stato patologico in funzione dell'informazione e della cura del singolo paziente".

[52] In caso di contrasto tra possibili opzioni interpretative è lo stesso principio di legalità, sistematicamente e teologicamente ricostruito, ad obbligare l'interprete ad adottare la soluzione più conforme a Costituzione in luogo di ogni altra (anche se più vicina al tenore letterale delle espressioni utilizzate). Sul punto cfr **P. Pperlingieri**, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., ESI, Napoli, 2006, in part. p. 538 ss.; Id., "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 204; ID., "L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *ivi*, 1985, p. 990 ss.; **E. Navarretta** "Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato", in *Riv. dir.civ.*, 2001, p. 779 ss

[53] Conf. tutti i Giudici di merito che si sono sino ad oggi pronunciati sulla vicenda con la sola esclusione del Tribunale di Catania , cit. e TAR Lazio n. 3452/05, cit. Annota il giudice sardo: "L'indicazione della regola generale e della sua eccezione, unitamente alla intitolazione stessa della disposizione (Sperimentazione sugli embrioni umani), dà conto infatti di quale sia la materia della disciplina dettata: si tratta a ben vedere del sistema dei rapporti tra l'aspettativa di vita del singolo embrione (l'art. 1 chiarisce come la legge si preoccupi di "assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito") e l'interesse della collettività alla libertà di ricerca e sperimentazione scientifica.

Tale specifico ambito di rapporti è altresì evidenziato dai successivi commi dell'art. 13, nei quali vengono analiticamente individuate e vietate, oltre che la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione, tutta una serie di specifiche attività di sperimentazione scientifica, consentite anch'esse solamente nel caso in cui siano finalizzate ad evitare o curare una patologia del medesimo embrione che le subisca.

In tale prospettiva non appare irrilevante osservare come l'articolo in questione originariamente comprendesse nel suo ambito anche i divieti di soppressione, di crioconservazione, e di riduzione embrionaria; e come, all'esito dei lavori parlamentari esso sia stato invece scisso in due distinte disposizioni, gli attuali artt. 13 e 14 della legge n. 40/2004, ciascuna riguardante sfere di attività diverse e ciascuna caratterizzata da una distinta disciplina."(Trib. Cagliari 24 settembre 2007,cit.)

[54] Art. 13 c. 1. Viene pertanto tassativamente escluso qualsiasi intervento volto alla selezione e manipolazione dell'embrione.

[55] Dopo la sentenza della Consulta n 151/09 sono venuti meno anche i limiti tassativi sul numero degli embrioni producibili e trasferibili, sul loro contemporaneo impianto e sul divieto di crioconservazione di quelli soprannumerari. Tali previsioni sono state ritenute tutte contrarie al superiore principio alla salute e alla libertà di autodeterminazione del soggetto oltre che ai principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza.

[56] Diversamente opinando si creerebbe una situazione per la quale la legge 40/04 da un lato (art. 14 c. 5) consentirebbe alla coppia di conoscere lo stato di salute degli embrioni, dall'altra (art. 13 c. 1 e 2) inibirebbe alla stessa la possibilità di acquisire tale informazione con l'unica tecnica, allo stato, disponibile e di assumere conseguentemente qualunque decisione sulla sorte degli stessi anche laddove tali misure si rendessero necessarie a tutela della salute della madre. Un vero e proprio ossimoro!

[57] Per l'analogia del ragionamento cfr. Trib. Cagliari 24 settembre 2007 "Come già posto in evidenza, non può essere negata infatti, da un punto di vista letterale e concettuale, la differenza tra attività di ricerca, sperimentazione e manipolazione genetica, disciplinate dall'art. 13, e l'accertamento diagnostico richiesto ai sensi dell'art. 14,5° comma, unicamente finalizzato, come già detto, a fornire ai soggetti indicati dalla legge idonea informazione sullo stato di salute dell'embrione destinato all'impianto.

Nel primo caso l'ambito è quello dei comportamenti coinvolgenti il sistema dei rapporti tra l'aspettativa di vita del singolo embrione e l'interesse dell'intera collettività al progresso scientifico. La scelta operata dal legislatore, pur opinabile nella sua assolutezza, è stata quella di assicurare massima tutela all'embrione anche a costo di un totale sacrificio delle ragioni del progresso scientifico.

Nel secondo caso si tratta, invece, di un mero accertamento diagnostico, da effettuarsi non liberamente dal sanitario o dal ricercatore ma solo previa esplicita richiesta dei soggetti interessati, avente ad oggetto il singolo embrione destinato all'impianto e volto alla soddisfazione dell'interesse dei futuri genitori ad avere adeguata informazione sullo stato di salute dell'embrione stesso

[58] Secondo il Trib. di Firenze, 17 dicembre 2007, cit. il Ministro "ha creato un ulteriore divieto normativo aggiungendo ulteriori commi all'art. 13 con ciò violando il principio di legalità nonché le regole che presiedono alla gerarchia delle fonti e ai limiti del potere regolamentare ministeriale (art. 17 l. 400/1988) oltreché ledendo il principio di tassatività che sovrintende la creazione del precetto penale (l'art. 13 infatti qualifica come reato il comportamento violativo dei precetti contenuti nello stesso articolo".

[59] V. per tutti Trib. Cagliari 24 settembre 2007, cit.: "Emerge infatti come il divieto, non identificabile nel sistema della legge n. 40/2004, sia in realtà il frutto di un'impostazione restrittiva fortemente voluta dall'Esecutivo che, in contrasto con le stesse disposizioni di legge, e quindi in palese violazione delle prerogative proprie degli atti di normazione secondaria, lo ha espressamente sancito proprio in occasione della emanazione delle Linee guida.

Ne discende l'illegittimità della citata norma di rango secondario.

Non può negarsi infatti che attraverso la disposizione in parola il de-creto ministeriale tenda, da un lato, ad includere nell'ambito del divieto di cui all'art. 13 comportamenti che invece, secondo quanto stabilito dal legislatore, non vi rientrano, così finendo per incidere sul discrimine tra ciò che è lecito e ciò che è penalmente rilevante, con buona pace per il principio di legalità (art. 25 Cost.; art. 1 cod. pen.); e, dall'altro, a comprimere diritti espressamente garantiti dalla legge ed aventi rilevanza costituzionale, che certamente non possono essere limitati con atti di normazione secondaria."

[60] In dottrina e in giurisprudenza si sono avanzati moti dubbi e perplessità sulla possibilità, anche sul piano formale di limitare un diritto soggettivo assoluto quale è quello all'autodeterminazione con una norma di rango secondario sussistendo, come è noto, in tali casi una riserva di legge assoluta a disciplinare la materia.

Secondo il TAR Lazio sent 398/08 le Linee Guida del 2004 avendo disposto un divieto non contenuto nella legge, sono incorse nel vizio dell'eccesso di potere. Sul punto cfr., tra gli altri, **A. Fione**, *Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione?*, cit., p. 506

[61] La giurisprudenza di merito ha individuato una griglia di requisiti per l'ammissibilità della PGD. A titolo esemplificativo V. Trib. Cagliari 24 settembre 2007, cit: "Deve essere dunque affermata la liceità della diagnosi preimpianto quando, come nel caso di specie, la stessa risponda alle seguenti caratteristiche: sia stata richiesta dai soggetti indicati nell'art. 14, 5° comma, l. n. 40/2004; abbia ad oggetto gli embrioni destinati all'impianto nel grembo materno; sia strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e finalizzata a garantire a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita una adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare".

[62] Legge che la Consulta ha qualificato come norma a contenuto 'costituzionalmente vincolato'.

[63] Sul punto sia consentito il rimando a **G. Baldini**: *PMA e diagnosi genetica pre impianto (PGD)*, cit., p. 166 ss "Ancor più irragionevole si configura la situazione se l'interprete assume una prospettiva di indagine di tipo relazionale cioè analizza le conseguenze indirette sul piano psico-fisico, morale ed esistenziale del paziente, che la negazione di alcune facoltà e diritti nell'ambito della PMA determina con riferimento alla necessità di ricorrere poi all'IVG. I divieti e le limitazioni previsti dalle legge 40 sopra descritti oltre agli effetti diretti sulla salute della donna, producono in capo alla coppia affetta da problemi di infertilità relativa aggravata dall'elevato indice di rischio di trasmettere patologie alla prole, un secondo ordine di conseguenze rilevanti che impongono ai soggetti implicati l'adozione di condotte e/o di decisioni estremamente gravose ed impegnative sotto il profilo psicologico, fisico e morale ovvero rischiose per la salute".

Sul punto si osserva che “(...) l'astratto riconoscimento del diritto della coppia di essere informata sullo stato di salute degli embrioni da trasferire (art. 14 c. 5) accompagnato dal divieto dello svolgimento della tecnica necessaria ad acquisire tale conoscenza (PDG) limitata alla sola indagine osservazionale, costituiscono fatti che, come espressamente stabilito dalla legge, ricorrendone i presupposti, non lasceranno alla gestante altra scelta che ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza.

Ciò che non si consente di fare alla donna – in funzione preventiva del rischio alla salute sua o del concepito ovvero di un aborto terapeutico – a tutela di un presunto diritto allo sviluppo dell'embrione ancora non trasferito, gli si consente di compiere, senza alternative, su un feto anche alle soglie della nascita. La prospettiva pare francamente aberrante!”

[64] Art. 14 .1 È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.

2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.

3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.

4. Ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.

[65] A rigore, alla donna che avesse acquisito mediante esecuzione della PGD informazioni tali da integrare le condizioni legittimanti l'aborto terapeutico di cui all'art. 4 e/o 6. L. 194/78 –ad esempio malformazioni o processi patologici del concepito che determinino gravi pericoli alla sua integrità fisica o psichica – non sarebbe restata altra scelta che farsi comunque impiantare gli embrioni prodotti, quindi gestarli quanto necessario da entrare nel campo di applicazione della richiamata legge 194 per poi procedere all'IVG. Una vera aberrazione!!!

[66] Per un primo commento alla sentenza della Corte cost.151/09 cfr.: **M. Dogliotti** (nota) *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*, in *Fam e dir.*, 2009, pp 761 ss; **G. Ferrando** (nota), *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, in *Corr. Giur.* 2009,12.13.

Per un approfondimento delle principali questioni v. **M. D'Amico-I. Alessio-M.Clara**, *La cicogna e il Codice. Fecondazione assistita riflessioni e prospettive*, Angeli, Milano, 2010; **I. Pellizzone e M. D'Amico** *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della corte Costituzionale*, (a cura di), Angeli, Milano, 2010; **E. Dolcini**, “Embrioni nel numero strettamente necessario: il bisturi della Corte Costituzionale sulla legge 40 del 2004”, in *Riv. dir. e proc. pen*, II, 2009, p. 950 ss; **G. Ferrando** *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, cit., p. 520; **M Sesta**, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*,cit.; **L. Trucco**, *Procreazione assistita: la Consulta questa volta, decide (almeno in parte) di decidere*, nota a Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, in *Giur. it.*, febbraio 2010, p. 281 ss; **D. Chinni** *La procreazione medicalmente assistita tra detto e 'non detto'. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge 40/2004*, ivi, p. 289 ss; **G. Razzano**, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, ivi, pp. 295 ss; Sia consentito pure il rimando a: **G. Baldini** *Diritti della madre e interessi dell'embrione: legge 40/04 e interventi della giurisprudenza*, in *Scienza e coscienza* (a cura di P. Guarniri), Carocci, Firenze,2009; .

[67] In particolare v. Trib. Cagliari 24 settembre 2007, cit e Trib. Firenze 17 dicembre 200, cit

[68] Secondo la Consulta “in caso di contrasto tra diritto alla salute della madre e del concepito, non vi potrà essere equivalenza tra i diritti di chi è già persona e i diritti di chi persona deve ancora diventare” Sent. 27/75. Conf. In particolare Sent. Corte cost. 21/81; 35/97; 514/2002; 151/09

[69] Sul danno conseguente a c.d. nascita indesiderata', nella giurisprudenza di merito cfr: App. Cagliari 12.11.1998; Trib. Di Locri 06.10.2000, in *Danno e resp.* Con nota di Bilotta; id in *Fam e dir.*, 2001,421 con nota di Cassano; Trib.di Napoli 14.07.2004, in *Danno e resp.* 2005, p. 1015 con nota di Nocco; Trib. di Venezia 4.10.2004, in *Danno e resp.*, 2005, con nota di Cacace; App. Roma 12.07.2005, in *Guida al dir.* 2005, 35,75.....Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 24.3.1999, n. 2793, in *Giur. It.*, 2000, 43, con nota di Baratto; Cass. 10.05.2002, n. 6735, in *Giur. It.*, 2003, 883, con nota di Poncibo', Cass. 29.07.2004, n. 14488 in F.I., con nota di Bitetto; Cass. 20.10.2005, n. 20320, in *Fam e dir.* 2006, 253, con nota di Facci; Cass. 14.07.2006 n. 16123, in *corr. Giur.* 2006, 12,1691; Cass. 04.01.2010 n. 13 .

[70] Cfr ex multis: Corte cost. 7 maggio 1991, n. 2002, in *Resp. Civ. e previdenza*, 1991, p. 715-, che dalla Corte di Cassazione -Cass. 27 luglio 2000, n. 9893, in *Corriere Giuridico*, n. 2, 2001, p. 200- nonché della giurisprudenza dominante in materia di responsabilità medica nei confronti dei genitori per danno prenatale -cfr da ultimo cfr : Cass., 22 novembre 1993, n. 11503; Cass. 14 luglio 2003, n. 11001, in *CED Cass.*, RV. 565548; Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, in *Guida al dir.* , 2004, 32, p. 48 -

In tal senso si leggano le chiare conclusioni del Giudice delle leggi, il quale afferma che la lesione “del diritto alla salute (art. 32 cost) può fondare da sola il richiesto risarcimento dei danni ex art. 2043 del codice civile. L'art. 32 cost. in collegamento con l'art. 2043 del codice civile pone il divieto primario e generale di ledere la salute. Il riconoscimento del diritto alla salute come diritto fondamentale della persona e bene primario, costituzionalmente garantito, è pienamente operante anche nei rapporti di diritto privato”.

[71] Cass. 27 luglio 2000, n. 9893, p. 200.

| [diagnosi genetica](#) | [embrione](#) | [responsabilità medica](#) | [Gianni Baldini](#) |

## IL CONSENSO INFORMATO

*corretta informazione, onere della prova e risarcimento danno*

**Milano 31 marzo 2012**

**[FIVET - ICSI Giorlandino](#)** [www.artemisia.it](http://www.artemisia.it)

Artemisia Main Center Roma Maggiori successi  
a costi contenuti

**[Dottore d'infertilità](#)** [www.fertilitycrete.gr](http://www.fertilitycrete.gr)

Precentuali di gravidanze con FIV, IUI, IVF, ICSI,  
PGD, FIVET

**[Fecondazione Assistita](#)** [www.ivfturkey.com/index\\_it](http://www.ivfturkey.com/index_it)

Fecondazione In Vitro - FIVET ICSI Tassi di  
Successo Alti Affidabili

**[Costi Spagna: FIVET, ICSI](#)** [www.Eugin.net](http://www.Eugin.net)

IMSI, PMA, Ovodonazione... Preventivo Senza  
Impegno. (5 min.)

Annunci Google

 [Commenta](#) |  [Stampa](#) |  [Segnala](#)

[Tweet](#)

Share

1

0

| [\(Torna su\)](#)

[Contatti](#) | [Staff e Comitato scientifico](#)

| [Pubblicità](#) | [Servizi Free](#) | [Note legali](#) | [Aiuto](#)

[Altalex](#)

Copyright © 2000-2010 - Tutti i diritti riservati  
PI 01676450479