

La diagnosi genetica preimpianto dalla sentenza della Corte costituzionale all'ordinanza del giudice comune. Ed il legislatore?

Considerazioni, a prima lettura, sull'ord. Tr. Milano, sez. I civ., depositata il 18 aprile 2017.

*Rosanna Fattibene**

PRE-IMPLANTATION GENETIC DIAGNOSIS: FROM THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT TO THE COMMON JUDGE'S ORDINANCE. WHAT'S THE ROLE OF THE LEGISLATOR? EVALUATIONS ABOUT THE ORDINANCE OF TRIBUNAL OF MILAN, SEZ. I CIV., 18TH APRIL 2017

ABSTRACT: The Author analyzes, upon first reading, the recent ordinance by the Tribunal of Milan, Sez. I civ., published on April 18th 2017. This ordinance recognizes to a fertile couple the right to access to medically assisted reproduction and to pre-implantation genetic diagnosis, in order to obtain the implantation in the uterus of healthy embryos. The judge orders to the Polyclinic of Milan to provide this service either directly or indirectly, through other healthcare structures. The ordinance follows the Constitutional Court decision n. 96/2015 and is also in agreement with the principle above mentioned.

KEYWORDS: pre-implantation genetic diagnosis; fertile couple; basic levels of healthcare; legislative inertia; Constitutional Court decision n. 96/2015

SOMMARIO: 1. – L'ordinanza del Tribunale e la sentenza della Corte costituzionale. 2. – Valutare la sussistenza dei requisiti indicati dalla Corte costituzionale per verificare la fondatezza del diritto vantato dai ricorrenti. 2.a – Il requisito della gravità. 2.b – I caratteri delle strutture abilitate ad effettuare la PMA per le coppie fertili. 3. – «...in attesa dell'auspicabile (ma a tutt'oggi irrealizzato) intervento del legislatore...». 4. – I profili economici della vicenda. 5. – L'improcrastinabilità di una decisione politica.

1. L'ordinanza del Tribunale e la sentenza della Corte costituzionale

Con una recentissima ordinanza¹, il Tribunale di Milano ha accertato «il diritto» di una coppia fertile di conviventi, portatrice di una patologia irreversibile, trasmissibile geneticamente (la esostososi multipla ereditaria, da cui, precisamente, è affetto il solo ricorrente maschio), ad ottenere, nell'ambito dell'intervento di procreazione medicalmente assistita (da ora: PMA), l'esecuzione dell'esame clinico e diagnostico sui propri embrioni; indi, il trasferimento in utero della donna dei soli embrioni sani o portatori sani della suddetta malattia. Ha disposto, conseguentemen-

* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Salerno. Mail: rfattibene@unisa.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Ord. Tr. Milano, Sez. I civ., depositata il 18 aprile 2017.

te, che l'Ospedale Maggiore Policlinico di Milano «esegua, nell'ambito dell'intervento di procreazione medicalmente assistita, l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni e trasferisca, in utero» della donna, «qualora da lei richiesto, solo gli embrioni sani o portatori sani delle patologie» da cui il ricorrente «risulti affetto, mediante le metodologie previste in base alla scienza medica»².

A questa struttura pubblica del capoluogo lombardo, la coppia si era rivolta a tal fine nel 2014, ricevendone un rifiuto motivato dal fatto che il test genetico richiesto necessitava l'adozione di particolari tecniche e strumentazioni non in possesso dell'ente convenuto; inoltre, sia questo test sia le tecniche di PMA volute dai ricorrenti non rientravano tra le prestazioni poste a carico del Servizio sanitario nazionale. Ciò considerato, il giudice ha previsto anche l'ipotesi che l'ospedale versi nell'impossibilità di erogare la suddetta prestazione tempestivamente, in forma diretta: per il caso, ha disposto che essa sia «erogata in forma indiretta, mediante il ricorso ad altre strutture sanitarie»³.

Quest'ultimo è certamente un punto qualificante il dispositivo dell'ordinanza. In buona sostanza, esclude che la struttura sanitaria possa operare la scelta delle patologie per le quali ammettere la coppia fertile al percorso di PMA con diagnosi genetica preimpianto (da ora: PGD), quando pure motivata – come in questo caso ha fatto la parte resistente – dalle (in)capacità tecniche della struttura. Il novero delle suddette patologie non può, dunque, essere limitato da quest'impropria e surrettizia discrezionalità delle strutture abilitate ad effettuare la PMA. Nella perdurante assenza di

² Dal dispositivo dell'ordinanza in commento.

³ *Ibidem*. Anche in considerazione di questo punto del dispositivo, il precedente più significativo dell'ordinanza *de qua* può ravvisarsi nella sent. Tr. Cagliari del 9 novembre 2012, che aveva riconosciuto il diritto di una coppia *infertile* «ad ottenere, nell'ambito dell'intervento di procreazione medicalmente assistita, l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni e il trasferimento in utero [...] solo degli embrioni sani o portatori sani delle patologie da cui gli stessi ricorrenti risultano affetti». Il Tribunale aveva quindi ordinato al laboratorio dell'Ospedale cagliaritano resistente in giudizio di eseguire i suddetti esami sugli embrioni, prevedendo anche che, «qualora la struttura sanitaria pubblica dovesse trovarsi nell'impossibilità di erogare la prestazione sanitaria tempestivamente in forma diretta, tale prestazione possa essere erogata in forma indiretta, mediante il ricorso ad altre strutture sanitarie». Val bene ricordare anche la più risalente ed, invero, isolata ord. Tr. Salerno, del 9 gennaio 2010, che, ricorrendo ad un'interpretazione adeguatrice della l. n. 40/2004, aveva già consentito l'accesso alla PMA ad una coppia *fertile*. La sent. Corte cost. n. 96/2015 ha però decisamente «escluso la praticabilità di una esegesi correttiva delle disposizioni censurate, in senso estensivo [...], atteso l'univoco e non superabile tenore letterale della prescrizione per cui il ricorso a dette tecniche "è comunque circoscritto ai casi di sterilità o infertilità"» (punto 8 del *Considerato in diritto*). Non può non richiamarsi, infine, l'ord. Tr. Roma, del 23 settembre 2013, che, nel dare attuazione alla sentenza della Corte EDU, del 28 agosto 2012, sul caso Costa e Pavan c. Italia, nei confronti degli stessi ricorrenti, ha operato una diretta disapplicazione dell'art. 4 della legge n. 40/2004, così riconoscendo alla coppia - *fertile* - il diritto di sottoporsi alla PMA con PGD e susseguente trasferimento in utero della donna dei soli embrioni sani o portatori sani della malattia genetica di cui la coppia era portatrice. Così provvedendo, il giudice romano non ha neppure tentato la via dell'interpretazione convenzionalmente conforme, conseguendone non poche critiche e dissensi. Per le prime riflessioni riguardo all'opportunità che coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche possano accedere alle metodiche procreative (pur connotate da un carattere di terapeuticità e, per questo, escludenti i soggetti sani), in quanto rapportabili «ad una complessiva ratio di tutela della salute della persona umana», v. F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004, 38; per la parificazione tra la posizione delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche a quella delle coppie sane ma sterili, v. anche B. MASTROPIETRO, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 4, pt. 2, 2005, 1391, 1392.

un'individuazione operata dalla legge e dal livello regolamentare⁴, di fatto, esso sembra piuttosto destinato a formarsi attraverso l'interpretazione e l'applicazione giudiziali della l. n. 40/2004, svolte in conformità col giudizio di legittimità costituzionale pronunciato dalla Consulta con la sent. n. 96/2015.

In effetti, il Tribunale milanese, nell'ambito di questa vicenda giudiziaria, aveva anch'esso sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 e 2, e dell'art. 4, co. 1, della legge n. 40/2004⁵, nella parte in cui dette norme non consentivano il ricorso alla PMA e, dunque, alla PGD alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. La Corte costituzionale, con ordinanza n. 54/2016, ne aveva dichiarato la manifesta inammissibilità «per sopravvenuta carenza di oggetto», essendo la normativa censurata «già stata rimossa dall'ordinamento con efficacia *ex tunc*»⁶, in conseguenza dell'illegittimità costituzionale dichiarata con la sent. n. 96/2015. Il ricorso veniva indi riassunto innanzi al Tribunale milanese, il quale procedeva ad «esaminare la fondatezza delle domande formulate da parte ricorrente alla luce di quanto statuito», in questa pronuncia, «dalla Corte Costituzionale»⁷.

È questa «una sentenza “additiva di principio”»: così, *sine dubio*, la qualifica il giudice milanese, per aver essa dichiarato «l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto di giudizio “nella parte in cui non” (come nelle classiche pronunce “additive”)», senza procedere poi «ad individuare un frammento normativo mancante»; la Corte vi indica, piuttosto, «il principio generale cui ispirarsi nel riempire di contenuti la lacuna riscontrata, così da rispettare la discrezionalità del legislatore».

È il giudice – continua il Tribunale milanese – che deve riferirsi a quei principi per «individuare la regola del caso concreto», affinché, nell'attesa dell'intervento del legislatore, sia possibile comunque «garantire una tutela effettiva del diritto leso»⁸. Così ritiene, «contrariamente a quanto dedotto dalla

⁴ Atteso che la natura degli ambiti da disciplinare richiama, in particolare, la competenza del Ministero della Salute. A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2015, 811, presume che l'«elencazione delle patologie che consentiranno l'accesso alla PMA sarà contenuta in un decreto ministeriale piuttosto che in un allegato normativo, o di livello amministrativo (disciplina delle procedure di accreditamento e di autorizzazione)». L'A. ritiene, inoltre, che «tali scelte» possano non necessitare «di una *interpositio legislatoris*, potendosi legare al principio emergente dalla decisione» della Corte costituzionale n. 96/2015, «che potrebbe fungere, per così dire, come medio giurisprudenziale».

⁵ Per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., nonché con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 8 e 14 della CEDU.

⁶ Dall'ord. Corte cost. n. 54/2016.

⁷ Dall'ordinanza in commento.

⁸ La stessa ordinanza in commento riporta un passo della sent. Corte cost. n. 295/1991 (punto 3 del *Considerato in diritto* di quest'ultima), dal quale risulta limpidamente la finalità di tale tipologia di sentenze: ricorrendovi, la Corte «*somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola del caso concreto*» («*in attesa dell'intervento legislativo*», vi aggiunge, a rimarcare il significato, il Tribunale milanese). D'altro canto, l'esigenza di assicurare una tutela effettiva al diritto alla salute fa da premessa a tutto il ragionamento condotto nell'ordinanza. Esso, infatti, trova «il suo fondamento nell'art. 32 Cost., comma 1, quale fondamentale diritto dell'individuo, che deve ricevere una tutela sostanziale effettiva». A riguardo, il Tribunale di Milano richiama la sent. Corte cost. n. 238/2014, per la quale l'effettività della tutela «trova negli artt. 2, 3 e 24 Cost. i riferimenti del nesso tra diritto di adire il giudice e diritti inviolabili della persona». Ancora, *ad adiuvandum*, il Tribunale

difesa della Regione Lombardia e del Ministero della Salute», per la quale sarebbe «indispensabile», invece, «l'intervento del legislatore nazionale, per individuare le patologie gravi e le strutture pubbliche specializzate idonee ad eseguire la diagnosi preimpianto»⁹. Il Tribunale richiama, in proposito, anche la mera auspicabilità ed opportunità dell'intervento del legislatore, a cui fa riferimento la sent. n. 96/2015¹⁰: in queste espressioni, il giudice ravvisa una specifica indicazione della Consulta, nel senso della non indispensabilità dell'intervento legislativo «per dare immediata precettività alla normativa residua»¹¹, rispetto alla dichiarazione d'illegittimità della legge n. 40/2001, “nella parte in cui”.

Orbene, certamente la tipologia “sentenza additiva di principio”¹² consente «al giudice *a quo*, sempre tramite il “principio” espresso dalla Corte, di individuare (ove possibile) per via ermeneutica la “regola” per il caso concreto a lui sottoposto», «in attesa dell'intervento del legislatore», al quale quello stesso principio traccia «la via da percorrere»¹³. C'è da chiedersi, piuttosto, se la sent. n. 96/2015 lo sia.

Campeggia senz'altro, in questa pronuncia, a seguito della declaratoria d'illegittimità costituzionale delle disposizioni in contrasto con parametri costituzionali, l'individuazione del «compito» del legislatore, quale quello d'introdurre apposite disposizioni», che è proprio di questa tipologia di sentenze¹⁴; precisamente, «al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evolu-

aggiunge «che il diritto dei ricorrenti - di mettere al mondo un figlio non affetto dalla medesima patologia genetica dalla quale è affetto uno dei due genitori - costituisce una forma di espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti, tutelata dall'Art. 8 della Cedu e dall'art. 7 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, diritti ai quali, ai sensi degli artt. 6, 13 della Cedu e 47 della citata Carta dei Diritti deve essere garantita una tutela effettiva» (tutti i passi virgolettati sono tratti dall'ordinanza in commento).

⁹ Dall'ordinanza in commento, nel punto in cui il giudice riporta, seppur sinteticamente, un passaggio significativo della difesa del Ministero della Salute, terzo chiamato in giudizio, come anche la Regione Lombardia, *ex art.107 c.p.c.* (lo si preciserà anche, *infra*, nel testo).

¹⁰ Dichiarata l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della l. n. 40/2004 che erano state sottoposte al suo sindacato, la Corte, nella sent. n. 96/2015, al punto 10 del *Considerato in diritto*, afferma essere «poi compito del legislatore introdurre apposite disposizioni al fine della *auspicabile* individuazione [...] delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento [...] e di una *opportuna* previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle [...]» (corsivi nostri).

¹¹ Dall'ordinanza in commento.

¹² Quel tipo di sentenza, vale a dire, che A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, V ed., 173, indicano quale «felice *escamotage*» che evita alla Corte costituzionale d'«invadere il campo creativo del Parlamento o ermeneutico dei giudici», ma anche «la mera “denuncia” - che sarebbe senz'altro «sterile» - «di tale inerzia legislativa, senza alcuna dichiarazione di caducazione»; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, V ed., 272, rappresenta questo tipo di sentenza quale modulo decisionale tale «da moderare gli effetti dell'accoglimento senza ledere i diritti dei consociati».

¹³ A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, 173.

¹⁴ Con le quali la Corte «instaura [...] un dialogo [...] con il legislatore, chiamato a colmare il difetto di normazione»; indi, come detto, anche con il giudice: così M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria, Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010*, in www.cortecostituzionale.it, 19. Come additiva di principio qualifica la sent. n. 96/2015 A. RUGGERI, “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XIX. Studi dell'anno 2015, Torino, 2016, 407. Anche I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 2015, 13, 14, è indotta, ma solo in prima

zione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle...»¹⁵.

È evidente, infatti, alla Corte, che queste determinazioni non sono nel suo «potere», «per essere» invece riservate «alla discrezionalità delle scelte, appunto, del legislatore»¹⁶. Anche questa esplicita «riserva» sembrerebbe rafforzare la qualificazione della sentenza come additiva di principio: a questa, infatti, tradizionalmente, la Corte ricorre nelle «ipotesi in cui l'accertamento dell'incostituzionalità si scontra con la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore ordinario nell'individuazione di una tra le possibili soluzioni idonee a rendere la norma compatibile con la Costituzione»¹⁷.

Di contro, però, è la stessa Consulta, in una pronuncia di poco successiva, la n. 229/2015¹⁸, a qualificare la sent. n. 96/2015 come «additiva» (e non additiva di principio o altro), riconducendola, così, ad una diversa tipologia, di differente portata e altrimenti «stringente» per il giudice ordinario¹⁹. È inne-

battuta, a configurare questa sentenza quale additiva di principio, per avere la Corte qualificato come «appropriate» le strutture pubbliche deputate all'accertamento delle patologie in presenza delle quali le coppie fertili possono accedere alla PMA; ella, però, conclude nel senso di una sentenza additiva. L'A. nota, in particolare, a sostegno di quest'ultimo convincimento, che il dispositivo della sentenza «non fa riferimento a principi o meccanismi che il legislatore dovrebbe introdurre in futuro» ed, «in secondo luogo», che «dalla motivazione della sentenza emerge che la Corte costituzionale invoca un futuro intervento del legislatore, ritenendolo però *auspicabile* e *opportuno*, ma non indispensabile, per dare immediata precettività alla normativa di risulta» (*ivi*, 14).

¹⁵ Dal punto 10 del *Considerato in diritto* della sent. n. 96/2015.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *op. cit.*, 19. «In tali ipotesi», infatti, «la Consulta, dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto del giudizio “nella parte in cui non” (come nelle additive “classiche”), non procede ad individuare il frammento normativo mancante, ma indica il principio generale cui rifarsi nel riempire di contenuti la lacuna riscontrata» (*ibidem*).

¹⁸ Precisamente, al punto 2.2 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 229/2015. Similmente, CORTE COSTITUZIONALE, *Le dichiarazioni di illegittimità nella giurisprudenza costituzionale (selezione di casi rilevanti), Quaderno processuale del Servizio Studi. Tecniche decisorie e tipologie di decisioni della Corte costituzionale*, curato da R. NEVOLA, maggio 2016, 121, 122, colloca la sent. Corte cost. n. 69/2015 tra quelle additive. L'epigrafe al testo sembra spiegare così le ragioni di questa scelta: «L'accertato contrasto con gli invocati parametri costituzionali non consente alla Corte di sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio e di pronunciare un'illegittimità additiva. Un futuro intervento di ulteriore puntualizzazione dell'introdotta precezione, riservato alla discrezionalità delle scelte del legislatore, non solo non è pregiudicato ma è addirittura auspicato dallo stesso giudice costituzionale». Anche M. P. IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2015, 802, individua nella pronuncia in parola una «sentenza additiva», ma nota anche che il Giudice delle leggi non ha rinunciato «ad indirizzare» al legislatore «dei moniti che interessano tanto il contenuto quanto il metodo della futura attività normativa» (*ivi*, 802); ne evidenzia, invece, la singolarità A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 13, quando la definisce una sentenza dagli «effetti propri di una decisione di accoglimento, sia pure declinata nelle forme di una particolare “additiva”».

¹⁹ Nelle decisioni additive, alla declaratoria d'incostituzionalità fa seguito «l'aggiunta di una regola compiuta immediatamente applicabile» e non «soltanto di un principio generalissimo» (S.M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, V ed., 98), in quanto questo tipo di pronuncia «presuppone [...] l'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata»: M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *op. cit.*, 15. Che si tratti di una norma (quella addizionale) immediatamente applicabile oppure di un «principio generalissimo», nel quale

gabibile, purtuttavia, che la Corte costituzionale si rivolga esplicitamente ed a chiare lettere al legislatore, richiamandolo alla sua responsabilità di “regolamentatore”, pur attenuata, nel carattere d’ineludibilità, dai surricordati termini di auspicio e di opportunità.

Le espressioni adoperate dalla Consulta, in effetti, sono anomale, da invito²⁰, da esortazione, più che da fissazione di un principio. Per questo, si è ipotizzato che si tratti, piuttosto, di una sentenza additiva, arricchita – si potrebbe quasi dire – dalla formulazione di un particolare monito²¹.

Sebbene sia senz’altro opportuno interrogarsi sulle dinamiche che, di volta in volta, assume il dialogo tra legislatore, giudice costituzionale e giudice comune – oramai, coprotagonisti necessari dell’intricata materia della PMA e non solo –, infine, però, fa premio, su ogni diversa esigenza, quella della soluzione del caso. Nella vicenda qui in esame, il giudice del fatto, il Tribunale di Milano, ha prescelto, tra le varie ipotesi palesatesi nel dibattito, circa la tipologia alla quale ricondurre la pronuncia costituzionale del 2015, quella che gli consentisse una più ampia valutazione, seppure nel solco tracciato dal Giudice delle leggi.

L’esame di seguito condotto riguarderà, pertanto, la verifica operata dal giudice milanese sulla fondatezza del diritto vantato dai ricorrenti, attraverso il riscontro dell’esistenza o meno dei due requisiti indicati dal suddetto principio²².

reperire la regola del caso concreto, evidentemente, fa differenza anche per il giudice, oltre che per il legislatore. Osserva, in proposito, I. PELLIZZONE, *op. cit.*, 13, che, se la sent. n. 96/2015 fosse un’additiva di principio, ciascun giudice adito per dirimere una controversia in materia «sarebbe tenuto a verificare: 1) che la struttura sia pubblica; 2) la rispondenza dei caratteri della struttura pubblica ad un principio costituzionale espresso nella sentenza, identificabile a grandi linee con il principio di cautela». Significative, continua l’A., sarebbero «le ripercussioni di questa interpretazione sulla reale apertura della PMA e della diagnosi preimpianto alle coppie fertili»: in particolare e «verosimilmente, la situazione di incertezza e aleatorietà che si creerebbe spingerebbe molte strutture pubbliche a non addentrarsi in questo terreno».

²⁰ Di «invito al legislatore» parla F. VIGANÒ, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2015. Per M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in *forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 2015, 3, invece, nella sent. n. 96/2015, la Corte «afferma [...] di non limitarsi a dichiarare l’incostituzionalità delle disposizioni ma di inviare un monito al legislatore».

²¹ Secondo S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l’insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2015, 757, 758, la Corte costituzionale, nella sent. n. 96/2015, introduce «un monito a contenuto rafforzato, sia di contenuto che di metodo»; più precisamente, l’A., rimettendosi alla ricostruzione di G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 410-414, ritiene che esso possa qualificarsi «come monito relativo o condizionato». Nei termini di «monito “rafforzato” al legislatore, che dovrà ridisciplinare la materia dell’accesso alla PMA, alla luce dei principi indicati dalla Corte», si esprime anche A. IANNUZZI, *op. cit.*, 811, così condividendo la riflessione di S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l’insostenibile debolezza della legge 40*, cit., 757, 758, sul punto.

²² Vale a dire, i due requisiti di accesso alla PMA da parte delle coppie fertili che, nota I. PELLIZZONE, *op. cit.*, 1, «compaiono sia nella motivazione, sia nel dispositivo della sentenza: il che sta a significare che fanno parte della “normativa di risulta”» (conseguente alla dichiarazione d’illegittimità costituzionale) e che «costituiscono ora parte integrante della l. n. 40 del 2004».

2. Valutare la sussistenza dei requisiti indicati dalla Corte costituzionale per verificare la fondatezza del diritto vantato dai ricorrenti

2.a Il requisito della gravità

In primis, il giudice procede all'accertamento della rispondenza della malattia genetica trasmissibile, da cui è affetta la coppia ricorrente, ai «criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)»²³, consistenti in processi patologici tali da determinare «un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna»²⁴: questi, infatti, sono i criteri che il dispositivo della sent. Corte cost. n. 96/2015 richiama.

In base alle circostanze emerse dalla disposta c.t.u., il Tribunale giunge a ritenere, «in via presuntiva», che la salute psichica della donna correrebbe un «“serio pericolo”»²⁵, in caso di procreazione di un individuo affetto dalla medesima malattia genetica del ricorrente. Inequivocabilmente, dunque, questo giudice rinviene un livello *serio*, non un livello *grave* di pericolo per la salute della madre, vale a dire un grado minore di quello richiesto dalla Corte costituzionale quale requisito (*rectius*: uno dei due requisiti) «per la liceità dell'accesso»²⁶ alla PMA di coppie fertili. Esso corrisponde, piuttosto, al criterio indicato in altro articolo della legge n. 194: quell'art. 4 che disciplina l'aborto entro i primi novanta giorni di gravidanza²⁷ ed al quale l'ordinanza in oggetto si rifà esplicitamente, riportandone un passo²⁸ pur senza citarne la fonte.

Anche considerata la dichiarazione dello stesso giudice milanese di doversi riferire al principio affermato nella sent. n. 96, non può non evidenziarsi, dunque, che almeno questo criterio, nella successiva operazione d'individuazione della regola da applicare al caso di specie, subisce una “trasposizione” non del tutto fedele, incrinando le ragioni della scelta operata dalla Consulta.

²³ Dal dispositivo della sent. Corte cost. n. 96/2015.

²⁴ L'art. 6 della l. n. 194/1978, alla lett. b), prevede, infatti, che l'interruzione volontaria della gravidanza possa essere praticata dopo i primi novanta giorni, «quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

²⁵ Dall'ordinanza in commento.

²⁶ Così I. PELLIZZONE, *op. cit.*, 1. L'A. ritiene, anzi - come già rilevato *retro*, nota n. 22 -, che tali requisiti siano parte della “normativa di risulta” e che vadano ad integrare la stessa l. n. 40 del 2004.

²⁷ L'art. 4 della l. n. 194/1978 dispone: «Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che 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 o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della legge 29 luglio 1975 numero 405, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia» (corsivo nostro).

²⁸ Nell'ordinanza, infatti, leggiamo: «La donna deve, pertanto, accusare “circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un *serio pericolo* per la salute fisica o psichica”» (corsivo nostro).

Pur non dichiarato, è facilmente comprensibile, infatti, che sia stato il timore di derive eugenetiche²⁹ ad avere indotto la Corte ad “agganciare” la sua declaratoria d’illegittimità costituzionale al criterio più rigoroso contemplato dalla l. n. 194, quello previsto per l’interruzione di gravidanza dopo i primi novanta giorni. Peraltro, questo più elevato grado di pericolo per la salute della donna è richiesto dalla legge per la praticabilità dell’aborto in caso di anomalie o malformazioni del concepito: vale a dire la medesima condizione per evitare la quale coppie fertili, affette da rilevanti malattie genetiche ereditarie, richiedono l’accesso alla PMA con PGD. Sicché, proprio il rinvio a questa specifica disposizione ha consentito l’efficace argomentare del Giudice delle leggi circa l’irragionevolezza usata dal legislatore nel vietare prima (nell’ambito della PMA) ciò che consente dopo, con modalità ben più traumatica per la donna (praticando, cioè, l’interruzione della gravidanza)³⁰.

Altrettanto evidente come l’aggancio alla legge n. 194/1978 operato dalla Consulta risulti del tutto corretto e quasi necessitato, attesa l’operatività del principio della procreazione cosciente e responsabile posto a base di questa disciplina³¹ e che, proprio a partire da questa prima chiara affermazio-

²⁹ Come osserva I. PELLIZZONE, *op. cit.*, 6, «si può immaginare che i giudici costituzionali, nonostante il medesimo, drammatico interrogativo si ponesse già per le coppie infertili, abbiano avvertito in tutta la loro problematicità e dirompenza i pericoli dell’apertura indiscriminata a tutte le malattie geneticamente trasmissibili, in cui sullo sfondo si agita lo spettro delle derive eugenetiche. Grazie al richiamo dell’art. 6, comma 1, lett. b), della l. n. 196 del 1978 e al criterio di gravità da esso asseritamente presupposto, il Giudice costituzionale pare aver trovato la sua soluzione al problema».

³⁰ Irragionevolezza legislativa chiaramente delineata, in particolare, al punto 9 della sent. Corte cost. n. 96/2015: «Sussiste, in primo luogo, un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell’indiscriminato divieto, che le denunciate disposizioni oppongono, all’accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni. E ciò in quanto, con palese antinomia normativa (sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo nella richiamata sentenza Costa e Pavan contro Italia), il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali - quale consentita dall’art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza) - quando, dalle ormai normali indagini prenatali, siano, appunto “accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”. // Vale a dire che il sistema normativo, cui danno luogo le disposizioni censurate, non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute. // Dal che, quindi, la violazione anche dell’art. 32 Cost., in cui incorre la normativa in esame, per il mancato rispetto del diritto alla salute della donna. Senza peraltro che il *vulnus*, così arrecato a tale diritto, possa trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all’aborto».

³¹ L’art. 1 della legge n. 194/1978 recita: «Lo Stato garantisce il *diritto alla procreazione cosciente e responsabile*, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio» (corsivo nostro). Per raggiungere tali obiettivi, come stabilito al comma 3 dello stesso articolo, «lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell’ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che l’aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite». Allo stesso scopo, all’allora neoistituiti consultori familiari, vengono affidati compiti di assistenza della donna in stato di gravidanza, che spaziano dall’informazione sui suoi diritti e sui servizi sociali, sanitari e assistenziali di cui può disporre all’attivazione per la rimozione delle cause che potrebbero indurla all’interruzione della gravidanza (art. 2). In tale fatta, informazione ed assistenza rendono effettivamente libera e consapevole la scelta della maternità, sicché l’autodeterminazione della donna, che questa legge tutela, si fa «metodo di

ne³², sarebbe rimasto ad orientare la successiva normativa³³ e giurisprudenza costituzionale in materia di nascita.

In particolare, le pronunce con le quali la Consulta è intervenuta sulla legge n. 40/2004, nel renderne «i contenuti [...] rispondenti al bilanciamento sotteso alla più risalente normativa in tema di interruzione volontaria della gravidanza» (ed informandola, quindi, pienamente al principio di procreazione cosciente e responsabile che lo sottende) consente, ad oggi, «una valutazione unitaria dei concetti di genitorialità e filiazione su cui le leggi *de quibus* sono ugualmente ed inevitabilmente destinate ad incidere»³⁴. In ragione delle possibilità offerte alla coppia dalla scienza e dal diritto di autodeterminarsi rispetto all'evento della nascita, infatti, «quella di procreare, intesa sia quale domanda di accesso alle nuove metodiche procreative, sia quale richiesta di impiego delle pratiche interruttrive di gravidanze già in atto, si connota definitivamente ed inopinabilmente in termini di *scelta* "cosciente e responsabile"»³⁵.

Inequivocabilmente, anche la sent. Corte cost. n. 96/2015, riconnette la disciplina della PMA a quella dell'IVG e, dunque, ai suoi principi ispiratori; il giudice milanese ben coglie questo punto nevralgico e le conseguenze che ne discendono³⁶.

assunzione di responsabilità nella soluzione del conflitto tra diritto alla vita del feto e diritto alla salute della madre»: così G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 242; v. G. BALDINI, *Riflessioni di Biodiritto*, Padova, 2012, 54. A sostanziare il concetto di procreazione cosciente e responsabile, al profilo dell'autodeterminazione si affianca, come nota B. LIBERALI, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Milano, 2014, 71, 72, quello dell'«interesse dei soggetti coinvolti ad accettare o impedire la prosecuzione della gravidanza, una volta che questa si sia instaurata»: è in ragione di esso che la l. n. 194 pone «le condizioni e i limiti in presenza dei quali è possibile interrompere volontariamente la gravidanza». Sulla «volontà tesa alla procreazione», v. anche G. GIAIMO, *Il consenso inespresso ad essere genitore: riflessioni comparatistiche*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 2011, 858 ss.

³² Invero, i riferimenti alla «maternità ed alla paternità responsabile», nonché alla «procreazione responsabile» erano già apparsi nella l. n. 405/1975, sull'«Istituzione dei consultori familiari» [rispettivamente alle lettere a) e b) dell'art. 1].

³³ Per la quale v. M.R. SPALLAROSSA, *La procreazione responsabile*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Tomo I, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Milano, 2011, 1382 ss. Orientata al principio della procreazione cosciente e responsabile sarebbe stata, in particolare, proprio la l. n. 40/2004, nella sua originaria stesura (v., in tal senso, B. LIBERALI, *op. cit.*, 73, 74), ma anche ed ancor più come modificata dalle sentenze della Corte costituzionale, per la ragione riportata, *infra*, nel testo.

³⁴ F. MEOLA, *La diagnosi genetica preimpianto nell'evoluzione dell'ordinamento italiano: gli argomenti a favore*, in R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Napoli, 2017, 151. Sul punto, cfr. anche G. BALDINI, *Procreazione medicalmente assistita e diagnosi genetica di pre-impianto. Una questione aperta*, in *Vita Notarile*, 2012, 4 ss. e, *ivi*, i principali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ «Con questa pronuncia» – esordisce il Tribunale di Milano, nell'avviare l'esame del merito della questione sottopostagli –, «il giudice delle leggi si è posto il problema del coordinamento delle disposizioni censurate (artt. 1, commi 1 e 2 e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004) con la legge n. 194 del 1978 che disciplina l'ipotesi della interruzione volontaria di gravidanza, al fine di rimuovere le antinomie delle menzionate discipline». Indi, nel seguito dell'ordinanza, il giudicante insiste sull'importanza dell'acquisizione, da parte della donna, d'informazioni sulle condizioni di salute dell'embrione, al fine di decidere circa il prosieguo del percorso

2.b I caratteri delle strutture abilitate ad effettuare la PMA per le coppie fertili

La sent. n. 96/2015 individua anche un secondo criterio, consistente nei caratteri che devono necessariamente possedere le strutture abilitate ad effettuare procedure di PMA per le coppie fertili.

Il requisito richiesto non è di poco momento, in quanto volto, molto probabilmente, ad attenuare le preoccupazioni della Corte «per un uso troppo disinvolto, mosso da interessi economici, delle nuove prospettive aperte dalla sentenza da parte degli operatori del settore della PMA»³⁷. Proprio in relazione ad esso, infatti, la sent. Corte cost. n. 96/2015 richiama un'«esigenza di cautela», in ragione della quale la struttura preposta all'accertamento delle patologie in questione dev'essere «apposita», «pubblica» e «specializzata»³⁸. Tale esigenza viene ripresa anche dal Tribunale di Milano, sotto la forma, anzi «rafforzata», di «principio costituzionale di cautela»³⁹, al quale devono ispirarsi i caratteri delle suddette strutture.

Il relativo riscontro, riguardo al resistente in giudizio, è svolto, da questo giudice, con sufficiente facilità, limitandosi, cioè, a ritenere «pacifico che la Fondazione IRCCS CA' GRANDA Ospedale Maggiore Policlinico di Milano sia una struttura pubblica abilitata a svolgere la PGD e sottoposta ad autorizzazioni e controlli pubblici». Piuttosto, egli prende in particolare considerazione una determinazione del 2014 della parte resistente⁴⁰, con la quale questa ha stabilito di effettuare procedure di PGD «“per le sole malattie genetiche, che in ragione del grado di trasmissibilità, del rischio di trasmissione e del livello di espressività, siano mortali o abbiano un rilevante impatto sulla qualità della vita”». Previamente, però, come la stessa determinazione prevede, viene svolto un accertamento di esistenza, presso la struttura, «“delle necessarie competenze di carattere diagnostico, laboratoristico e assistenziale relative alle diverse malattie geneticamente trasmissibili”»; «“allo stato attuale”», continua il documento *de quo*, queste risultano accertate soltanto rispetto ad «“emofilia, talassemia e fibrosi cistica”»⁴¹ (non, dunque, l'esostosi multipla ereditaria, da cui è affetto il ricorrente).

Ciò che difetta, dunque, nella struttura ospedaliera resistente, come dalla stessa attestato⁴² e non contestato dalle altre parti, è «il requisito tecnologico relativo alla specifica strumentazione necessaria». Ritiene, però, il Tribunale che gli ostacoli di «ordine tecnico» non possano essere opposti al soddisfacimento del diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute. È vero, infatti, che questo è «un “diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti” (*ex plurimis*, sentenze n. 267 del 1998, n. 304 del 1994, n. 218 del 1994)». Tale bilanciamento, però, deve far «salvo, in ogni caso, quel “nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana” (sentenze n. 309 del 1999, n. 267 del 1998, n.

procreativo intrapreso, anche in una fase anticipata rispetto a quella che le consentirebbe, altrimenti, solo il ricorso all'aborto terapeutico, come previsto dalla l. n. 194.

³⁷ I. PELLIZZONE, *op. cit.*, 6.

³⁸ Come può leggersi al punto 9 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 96/2015.

³⁹ Dall'ordinanza in commento.

⁴⁰ Precisamente, la determinazione n. 2629, adottata dal Policlinico di Milano il 12 dicembre 2014.

⁴¹ Dall'ordinanza in commento, che cita il contenuto della determinazione di cui al testo.

⁴² Attraverso il summenzionato documento.

247 del 1992), il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto»⁴³.

Pertanto – continua il Tribunale nell'argomentare la propria decisione –, «anche il riferimento della Regione Lombardia⁴⁴ alla mancata inclusione nei L.E.A.» (i *livelli essenziali di assistenza*, n.d.r.) della prestazione di cui si tratta «non appare decisivo». Esso, infatti, «non impedisce alla Regione – che, come nella specie, non versi in uno stato di dissesto finanziario – di ammettere, nell'ambito della propria autonomia garantita anche dall'art. 117 Cost., l'erogazione di prestazioni sanitarie aggiuntive rispetto ai L.E.A., laddove disponga di risorse finanziarie utili a tal fine»⁴⁵.

Per tutti i surriportati motivi ed accertata la sussistenza del *periculum in mora*⁴⁶, il Tribunale di Milano conclude accogliendo il ricorso e disponendo come già riportato in epigrafe.

3. «...in attesa dell'auspicabile (ma a tutt'oggi irrealizzato) intervento del legislatore...»

Conviene, a questo punto, recuperare il filo delle riflessioni svolte sul tipo di sentenza che la Corte costituzionale ha inteso pronunciare, nel 2015, con la n. 96. È opportuno rimarcare, in particolare, che uno dei due “indirizzamenti” delle sentenze additive di principio è volto ad evitare che l'esercizio dei *diritti* rimanga “ostaggio” del difetto di normazione, rimettendo al giudice comune l'individuazione della regola per il caso di specie⁴⁷; l'altro, di contro, mira a liberare il *diritto* stesso dall'*impasse* normativo verificatasi, richiamando il legislatore alla sua primaria funzione e responsabilità costituzionale. È doppio, dunque, il dialogo che la Corte intesse attraverso questa tipologia di sentenze – col legislatore, da un lato, con il giudice comune, dall'altro – e duplice è l'effetto che ne deve sortire perché possa dirsi raggiunto lo scopo – questo, unitario – al quale ambedue le “voci” co-spirano, vale a dire una regolamentazione adeguata dei diritti, conforme a Costituzione ed idonea ad assicurarne un'effettiva tutela.

Le “sfumature” possibili nella qualificazione della sent. n. 96/2015 – a cui pure si è ricorso⁴⁸, oltre alla decisa qualificazione quale additiva di principio che ne ha dato il Tribunale di Milano – non spostano di molto, invero, l'essenza della questione che vi si agita. Essa rimane individuata nell'inerzia e/o incapacità del legislatore statale «di regolamentare adeguatamente e tempestivamente alcune importanti applicazioni della scienza biomedica»⁴⁹. Le cause si radicano senz'altro nel «veloce incedere delle indagini in questo campo della conoscenza, che ha reso oltremodo ardua la elaborazione di uno stabile apparato normativo», ma vanno rinvenute anche nella «perdurante crisi delle sedi della de-

⁴³ Dall'ordinanza in commento.

⁴⁴ Terzo chiamato in giudizio, ex art. 107 c.p.c., assieme al Ministero della Salute, come già precisato, *retro*, nota n. 9.

⁴⁵ Dall'ordinanza in commento.

⁴⁶ In ragione dell'età della ricorrente e della grave patologia da cui è affetto il ricorrente.

⁴⁷ Dunque, «con la sentenza additiva di principio, la Corte instaura [...] un dialogo, non solo con il legislatore, chiamato a colmare il difetto di normazione, ma anche con i giudici, sui quali ricade, nelle more dell'intervento legislativo, il compito di dar seguito, nella concretezza dei rapporti giuridici, al principio enunciato nella decisione di illegittimità costituzionale»: M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *op. cit.*, 19.

⁴⁸ V., *retro*, note nn. 14 e 18.

⁴⁹ L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2016, 198.

mocrazia rappresentativa, dimostratesi, in molti casi, incapaci di assecondare le attese provenienti dalla collettività attraverso l'individuazione di una soluzione ampiamente condivisa», nonché nella difficoltà del legislatore di «dominare teorie e pratiche scientifiche, in modo da distinguere la buona dalla cattiva ricerca»⁵⁰.

Le stesse espressioni a cui ricorre la Corte costituzionale, nel riferirsi all'elaboranda disciplina – «auspicabile», «opportuna» –, sono indice dello “scetticismo” anche istituzionale che si nutre, oramai, verso questo pur doveroso esercizio della funzione legislativa; al contempo e conseguentemente, sono segno di un “ripiegamento” sul versante giudiziario, motivato (anche) dalla necessità di non deprivare i diritti di ogni tutela. Ed il giudice comune fa eco agli aggettivi usati dalla Consulta, nell'assumere su di sé la valutazione di sussistenza dei requisiti richiesti, onde definire la vicenda giudiziaria «prima ed in attesa dell'auspicabile (ma a tutt'oggi irrealizzato) intervento del legislatore»⁵¹. Usa, anzi, quest'argomento – come già osservato – per rafforzare la sua “legittimazione” a risolvere il caso “nelle more”.

Ove, però, l'intervento normativo continuasse a lungo ad essere *auspicato ma irrealizzato*, il ricorso al giudice, da soluzione “del tempo di mezzo”, tenderebbe alla stabilizzazione. Da questa possibile evoluzione, un ordinamento che è di *civil law* e, pertanto, non informato dalla regola del vincolante precedente giudiziario, rischierebbe la crisi della certezza del diritto e dell'uguaglianza di trattamento delle situazioni simili. Il principio stesso, posto univocamente dalla Corte al legislatore ed al giudice, si sbilancerebbe, nel pendere da un solo lato, nel percorrere il solo fianco della funzione giudiziaria; si distorcerebbe, inoltre, nell'inevitabile frammentazione e diversificazione interpretativa.

A tal riguardo, anche l'ordinanza in oggetto presenta alcuni elementi di criticità, come a chi scrive è parso di ravvisare nel ripercorrere l'accertamento compiuto dal Tribunale. In particolare e come si ribadisce, il requisito del danno alla salute della donna sembrerebbe essere “scaduto” dal livello di “gravità”, richiesto dalla Corte, a quello di “serietà”, così come stimato dal giudice in base alle risultanze della c.t.u.

Non può del tutto escludersi, d'altro canto, che l'aggettivo “serio”, riferito al pericolo per la salute psichica della ricorrente, che le deriverebbe dall'intraprendere una gravidanza con un embrione affetto da esostososi multipla, possa essere stato adoperato dal giudice in maniera atecnica, intendendo egli assumerlo quale sinonimo di “grave”. Non può escludersi, cioè, che, nella valutazione del giudice, abbia fatto premio, piuttosto, il rinvio alla relazione peritale ed alle importanti circostanze ivi dettagliatamente riportate, sia relativamente alle condizioni di salute di un soggetto che nascesse affetto dalla suddetta patologia, sia a descrizione dello stato di salute pregresso ed attuale del compagno della ricorrente, a cui la malattia in questione era stata diagnosticata fin da bambino.

È doveroso dar conto anche di questa possibile opzione interpretativa – che sconterebbe una certa imprecisione terminologica rispetto ai dati scientifici – a voler onestamente considerare la difficoltà del rapporto, soprattutto quando si svolga in un'aula di Tribunale, tra diritto e scienza. Nel caso di specie, significa comprendere l'elevata problematicità del riscontro di sussistenza del requisito richiesto dalla sent. n. 96/2015, quale condizione di accesso delle coppie fertili alla PMA con PGD. Trat-

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Corsivi nostri. Dall'ordinanza in commento.

tasi, infatti, di un criterio incardinato, in parte, su «limiti e parametri del tutto soggettivi»⁵²; per altra parte, invece, su elementi che, pur obiettivi, oscillano costantemente, risentendo sia degli avanzamenti diagnostici sia delle diverse, possibili valutazioni di rilevanza⁵³.

Pesa, allora, l'apporto fornito ad un così arduo accertamento dalla consulenza tecnica (medica) sia d'ufficio che di parte e, per essa, dalla competenza e dall'onestà professionale di chi la esegue. La questione, invero, si presenta ancor più delicata al di fuori della vicenda giudiziaria. Questa, per sua natura, comporta il "contraddittorio" delle opposte tesi e delle relative consulenze tecniche delle parti, nonché il contributo d'imparzialità della consulenza d'ufficio e della valutazione definitiva del giudice, *peritus peritorum*. L'individuazione delle patologie che danno accesso alla PMA/PGD anche alle coppie fertili, è, però, rimessa, in prima battuta (ed unica, se la coppia, pur ricevuto un rifiuto, non ritenga di adire il giudice), alle strutture abilitate ad eseguire dette pratiche⁵⁴. Nella vicenda in oggetto, per l'appunto, quella prima individuazione (compiuta dal Policlinico milanese⁵⁵) è stata "rivista e corretta" dal giudice, col supporto del "suo" consulente.

È sul giudice, dunque, che infine ricade la difficoltà sia di rintracciare, di volta in volta, lo stato d'avanzamento delle conoscenze scientifiche, da far valere opportunamente nei giudizi aventi ad oggetto questioni biomediche⁵⁶, sia di "dominare" le consulenze tecniche, che pure sono esperite da verificate competenze specialistiche.

⁵² Come nota M. GIACOMINI, *op. cit.*, 4. A riguardo, I. PELLIZZONE, *op. cit.*, 8, osserva che la valutazione del «requisito del pericolo grave per la salute psichica della donna, in un momento così anticipato rispetto al suo insorgere, potrebbe annacquare non poco il limite della gravità della patologia posto dalla sentenza costituzionale». Già M. OLIVETTI, *La Consulta non si è incamminata su una strada sdruciolevole. Finora sempre prudente sui temi della bioetica, che la Costituzione del 1948 non poteva affrontare*, 14 novembre 2006, in www.scienzaevita.org, nell'annotare l'ord. Corte cost. n. 369/2006, rilevava la «radicale soggettivizzazione della nozione di salute» della madre dell'embrione *in vitro*, affermatasi nella prassi applicativa della suddetta legge.

⁵³ I. PELLIZZONE, *op. cit.*, 9, nota l'accrescersi - a seguito degli avanzamenti della diagnostica - del numero di malattie riscontrabili nel feto, che, ai sensi dell'art. 6, lett. b), della l. n. 194/78 (richiamato dalla sent. Corte cost. n. 96/2015), giustificano l'interruzione volontaria della gravidanza anche dopo i primi novanta giorni. Riflette anche, d'altro canto, sulla difficoltà di tracciare una linea di demarcazione tra queste patologie, pur una volta diagnosticate, «in merito alla rilevanza» delle stesse (ad. es., «alcune di queste portano al decesso nei primi mesi di vita, come la fibrosi cistica, altre possono ridurre notevolmente l'aspettativa di vita, altre no»).

⁵⁴ Questa ricostruzione dell'andamento "fisiologico" della vicenda di accesso delle coppie fertili alla PMA/PGD può evincersi dalla stessa sent. Corte cost. n. 96/2015, nel punto in cui auspica la previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuare le procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla PGD) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili (punto 10 del *Considerato in diritto*), nonché nello stesso dispositivo. Ne sembra convinto anche il difensore dei ricorrenti, l'Avv. Gianni Baldini, quando, sebbene in altra sede rispetto a quella giudiziaria, ipotizza l'inserimento, tra i L.E.A., anche della PGD, in aggiunta alla PMA: a questo punto - egli sostiene -, alla coppia sarebbe da riconoscersi «una duplice pretesa (nei confronti del Centro pubblico): il diritto alla diagnosi circa la sussistenza della patologia da parte della coppia e il diritto all'indagine genetica esteso anche all'embrione» (corsi nostri): G. BALDINI, *PMA e tecniche diagnostiche pre impianto: evoluzione giuridica del fenomeno*, in www.genetyx.info.

⁵⁵ Assunta con la determinazione n. 2629, adottata dal Policlinico il 12 dicembre 2014, di cui si è già detto *retro*, nel testo, in quanto acquisita agli atti del giudizio *de quo*.

⁵⁶ Nell'indagare il rapporto tra scienza e diritto, L. CHIEFFI, *Scientific questions nel diritto giurisprudenziale*, in federalismi.it, www.federalismi.it, n. 7, 2017, 21, nota come «l'introduzione di un adeguato tracciato normativo, ricorrendo ai meccanismi di adeguamento alle novità scientifiche, eviterebbe di scaricare interamente in capo al giudice il difficile compito di ricercare, all'interno dell'ordinamento giuridico, la norma

Invero, a quest'ultimo aspetto, il legislatore ha mostrato una certa attenzione, seppur di recente, approvando la l. 8 marzo 2017, n. 24, recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», che riforma, tra l'altro, la disciplina della nomina dei consulenti tecnici di ufficio, in ambito civile, e dei periti, in quello penale (nei giudizi di cui in rubrica, dei quali le perizie costituiscono gli assi portanti)⁵⁷. Ne rimangono, in particolare, rafforzate le procedure di verifica delle loro competenze e dei conflitti d'interesse che potrebbero riguardarli, nello specifico procedimento od in altri connessi.

Ma è di tutta evidenza che un corretto rapporto tra scienza e diritto debba essere impostato ben prima del ricorso al giudice, già in sede normativa.

È opportuno evidenziare in proposito che, in chiusura della parte motiva della sent. Corte cost. n. 96/2015, l'orami noto "invito" al legislatore ad introdurre apposite disposizioni è accompagnato da una specifica, per quanto "soft"⁵⁸, indicazione di metodo: «anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa»⁵⁹. Si tratta di un'istruzione alquanto insolita⁶⁰, che sfugge, invero, all'ordinanza in commento (la quale, correttamente, non la riporta e non ne tiene alcun conto), in quanto rivolta specificamente al legislatore, non al giudice. Questi, pur tuttavia, ne rimane significativamente interessato proprio per le suddette difficoltà d'individuazione dello stato d'avanzamento delle conoscenze scientifiche e del valore da attribuire ad esse nella decisione sul caso di specie.

Altri ordinamenti, infatti, hanno assunto soluzioni tali da non *esporlo* eccessivamente nelle questioni biomediche, grazie all'adozione di una sorta di "sistema integrato", che opera sia nella fase della produzione delle norme e del loro aggiornamento alle nuove acquisizioni scientifiche, sia in quella

da applicare al caso di specie»; con la conseguenza, di non poco momento, «di contenere la deriva giurisprudenziale che, negli ultimi anni, è stata, in numerosi casi, la protagonista assoluta nella risoluzione di talune delicate questioni al centro del dibattito bioetico».

⁵⁷ Con l'art. 15 della surriportata legge, rubricato «Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria».

⁵⁸ In quanto posta tra parentesi e perché attenuata dall'avverbio «eventualmente».

⁵⁹ Dal punto 10 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 96/2015. Le ragioni dell'importanza della comparazione nelle questioni biogiuridiche sono chiaramente rappresentate da C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, III ed., 4; dello stesso A., v. anche, in argomento, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2014, www.biodiritto.org, 1 ss.

⁶⁰ Che P. PASSAGLIA, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 - giugno 2015*, in *Consulta online*, www.giurcost.org, n. 2, 2015, 596, riconduce alla categoria delle sentenze che operano «richiami descrittivo-esplicativi» al diritto comparato e, nell'ambito di questa, in particolare, a quelle sentenze che riportano «citazioni tese a rimarcare determinate caratteristiche di sistemi stranieri che li rendono idonei a configurarsi alla stregua di modelli». L'A. riscontra la medesima caratteristica nella sent. n. 162/2014, con la quale la Corte ha dichiarato incostituzionale il divieto di accesso a tecniche di PMA di tipo eterologo, pur in presenza di una patologia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. In questo caso, la Corte ha suggerito l'aggiornamento delle Linee guida sulla PMA, redatte dal Ministero della Salute, «eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito)» (punto 10 del *Considerato in diritto*).

della loro applicazione⁶¹. La legislazione francese, in particolare, «dal punto di vista del processo decisionale, ha consolidato un approccio particolarmente innovativo ai meccanismi di approvazione e attuazione della legge, in termini di consultazione, valutazione periodica e revisione della medesima»⁶², ricorrendo ad un sistema quasi mediano tra quello adottato dall'ordinamento spagnolo⁶³ e quello prescelto, invece, dall'ordinamento britannico⁶⁴.

4. I profili economici della vicenda

La necessità di tenere nel giusto conto le scelte operate, in materia, da altri ordinamenti è testimoniata anche dalla storia personale, prima che giudiziaria, dei ricorrenti, i quali, «a fronte del diniego della struttura pubblica resistente»⁶⁵, prima di determinarsi ad adire il giudice, si erano recati più volte in Grecia, onde realizzare altrove quel percorso procreativo negato loro in Italia. *Rectius*: per realizzare altrove, lecitamente e con rapidità, un diritto che, anche quando riconosciuto nell'ordinamento interno (come, avvenuto, appunto, per l'accesso della coppia fertile alla PMA, a se-

⁶¹ Per S. PENASA, *Modelli biogiuridici a confronto sulla diagnosi genetica preimpianto: riflessioni comparate de iure condendo*, in R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, cit., 325, l'«approccio prevalente a livello comparato [...] appare caratterizzato da un approccio pluralista a tendenza procedurale, all'interno del quale il legislatore viene integrato da altri soggetti istituzionali nell'esercizio della funzione normativa e il tessuto normativo risulta strutturato in modo da consentirne l'adattamento all'evoluzione medico-scientifica».

⁶² S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, 51, 52. L'art. L 2131-4 del *Code de la Santé publique*, come modificato dall'art. 21 della *loi n. 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*, in particolare, dispone che «le diagnostic préimplantatoire n'est autorisé qu'à titre exceptionnel», entro le condizioni che esso stessa detta, e che lo scopo della PGD «ne peut être réalisé, à certaines conditions, que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet par l'Agence de la biomédecine instituée à l'article L. 1418-1».

⁶³ L'Art. 12 («Diagnóstico preimplantacional») della *ley n. 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, indica, dapprima, al comma 1, le patologie in presenza delle quali è ammessa la PGD: nelle ipotesi ivi indicate, nessun provvedimento autorizzatorio è previsto. Il comma 2 dello stesso articolo, però, prevede che, per «otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso». Sulla PGD nell'ordinamento spagnolo, v. S. PENASA, *Modelli biogiuridici a confronto sulla diagnosi genetica preimpianto: riflessioni comparate de iure condendo*, cit., 305-311, e, *amplius*, nello stesso volume, A. EMALDI CIRIÓN, *Legal aspects of preimplantation genetic diagnosis within the Spanish regulatory context*, 278 ss.

⁶⁴ In cui «la legge», come osserva C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, in E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento*, n. 47, Trento, 2005, 13, «non fa che rinviare a decisioni case-by-case adottate da un'autorità indipendente», vale a dire la *Human Fertilization and Embryology Authority*. Questa gode di un «elevato livello di discrezionalità», che «si trova costantemente ad esercitare (da ultimo il caso della donazione mitocondriale a scopo riproduttivo e del *gene editing* sull'embrione *in vitro*)» e che «è stato considerato fisiologico a livello giurisprudenziale in quanto espressione di una precisa volontà legislativa»: S. PENASA, *Modelli biogiuridici a confronto sulla diagnosi genetica preimpianto: riflessioni comparate de iure condendo*, cit., 312.

⁶⁵ Dall'ordinanza in commento.

guito della pronuncia della Consulta), accusa persistenti difficoltà di realizzazione, per lo più in ragione della natura giurisprudenziale e non normativa del suo riconoscimento.

Per questa ragione, la piaga del turismo procreatico è ben lungi dal depotenziarsi; continua, piuttosto, a speculare sul differente riconoscimento dei relativi diritti e libertà nei vari ordinamenti giuridici. L'elevato grado di mobilità raggiunto consente, infatti, di realizzare, spostandosi tra diversi Paesi, una sorta di «diritto *à la carte*»⁶⁶. Esso mette in concorrenza tra loro i corrispondenti sistemi giuridici e ci lascia perplessi, soprattutto quando questi siano uniti da un progetto istituzionale, economico, monetario e normativo unitario, nonché dalla stessa cittadinanza. È senza veli il riferimento, in particolare, all'Unione europea⁶⁷.

Questa rapida possibilità di spostamento non fa il paio, però, con l'economicità dell'operazione. Per quanto oggi facilitata rispetto al passato, essa implica comunque costi significativi – accresciuti da quelli necessari per fruire, all'estero, di servizi medici di alta specializzazione –, che soltanto un numero circoscritto di coppie è in grado di sostenere, generando, così, una nuova forma di disegualianza, in ragione del censo, nel godimento dei diritti⁶⁸. La stessa Corte costituzionale, con la sent. n. 162/2014, non esita ad evidenziarla, imputandola all'irragionevolezza della disciplina ivi censurata, vale a dire il divieto di PMA di tipo eterologo. Quando questa viene «praticata al di fuori del nostro Paese» – leggiamo al punto 13 del *Considerato in diritto* –, «realizza [...] un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi».

Anche la coppia del caso in esame ha dovuto sostenere un impegno economico rilevante⁶⁹ per effettuare all'estero i trattamenti di PGD (con esito, peraltro, negativo) e senza ottenerne alcun ristoro: il Tribunale di Milano ha dichiarato, infatti, inammissibile la relativa domanda, «per difetto dei requisiti previsti dall'art. 700 c.p.c.»⁷⁰. La difesa attesta, inoltre, l'inesistenza di «condizioni personali e lavorative o mezzi economici» dei ricorrenti «sufficienti per effettuare la diagnosi preimpianto nei centri privati»: insomma, un diritto riconosciuto ma realizzabile solo da parte di chi disponga dei necessari mezzi economici.

Non può non rilevarsi, in proposito, che il Ministero della Salute, con l'ultimo decreto di aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza (da ora: L.E.A.)⁷¹, ha inserito, nel nomenclatore della specialistica ambulatoriale⁷², tutte le prestazioni necessarie nelle diverse fasi del percorso di PMA, sia omologa che eterologa, in precedenza erogate solo in regime di ricovero; inoltre, con l'art. 24, lett. i), ha

⁶⁶ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 58.

⁶⁷ Per più ampie considerazioni a riguardo, sia consentito rinviare a R. FATTIBENE, *Una riflessione sul biodiritto a partire dal dibattito italiano sulla diagnosi genetica preimpianto*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1, 2017, 12-14.

⁶⁸ In analogia col riconoscimento del diritto di voto in tempi risalenti, che avveniva in base al censo, come osserva S. RODOTÀ, *op. cit.*, 41.

⁶⁹ Pari ad euro 13.097,54, come risulta dall'ordinanza del Tribunale milanese.

⁷⁰ Dall'ordinanza in commento.

⁷¹ Il dPCM del 12 gennaio 2017, recante «Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502».

⁷² Contenuto nell'all. 4 al dPCM in parola.

ricondotto al Servizio sanitario nazionale «consulenza, supporto psicologico e assistenza per problemi di sterilità e infertilità e per procreazione medicalmente assistita»⁷³.

La novità non è di poco momento, considerato anche il divario precedentemente determinatosi tra le Regioni, per le diverse scelte da queste compiute circa la rimborsabilità o meno delle spese sostenute dai cittadini per sottoporsi alla PMA, in quanto spese non obbligatorie (spese di copertura di prestazioni sanitarie non inserite nei L.E.A.). Risultato ne è stato, soprattutto in periodi di crisi per la sanità regionale, l'allargamento della forbice tra le Regioni del Nord e quelle del Sud⁷⁴ e, ad ogni modo, l'emergere di disomogeneità e disorganizzazione nell'erogazione della prestazione, solo parzialmente superate dagli accordi conclusi, a riguardo, in seno alla Conferenza delle Regioni e delle PP.AA.⁷⁵.

Non si tratta, purtroppo, di un tassello ultimativo del mosaico, in quanto la PGD – che pure può considerarsi una «prestazione accessoria (ma essenziale) rispetto a quella principale di PMA»⁷⁶ – non è stata contemplata dal dPCM, come nota il difensore della coppia ricorrente della vicenda milanese, nel valutare l'opportunità di ricorrere, per questo aspetto, alla giustizia amministrativa⁷⁷.

5. L'improcrastinabilità di una decisione politica

Il circuito, dunque, prende le mosse dal giudice comune, per interessare il Giudice delle leggi e tornare, infine, a quel primo giudice, fino all'innescarsi, per via di un conflitto, di un nuovo *loop* giudiziario. Passa, talvolta, anche per altre espressioni del potere pubblico, come nella vicenda di cui il giudizio in commento è uno stralcio, che ha visto Regioni e Province Autonome anticipare la copertura economica della PMA omologa ed anche di quella eterologa (non appena resa possibile dalla sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014), «dimostrando», in questo modo, «capacità di *governance* nazionale»⁷⁸.

⁷³ L'art. 24 s'intesta all'«Assistenza sociosanitaria ai minori, alle donne, alle coppie, alle famiglie» e s'inserisce nel Capo IV, rubricato «Assistenza sociosanitaria». Cfr., sulle novità del dPCM di aggiornamento dei L.E.A., I. LONIGRO, *La Pma nei Livelli essenziali di Assistenza. Cosa cambia?*, 13 gennaio 2017, in *D la Repubblica*, www.d.repubblica.it.

⁷⁴ M. BOCCI, C. PASOLINI, *La fecondazione non è uguale per tutti: le coppie del Sud costrette a pagare*, 10 ottobre 2015, in *la Repubblica.it*, www.repubblica.it.

⁷⁵ Cfr. R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2015, 3 ss. M. BERGO, *Il riconoscimento del diritto alla fecondazione eterologa e alla diagnosi preimpianto nel sistema italiano di "regionalismo sanitario"*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2015, 1739 ss., che indaga l'analoga situazione della PMA di tipo eterologo, dopo il riconoscimento del diritto ad accedere ad essa, operato dalla sent. Corte cost. n. 162/2014, e prima di essere acquisita ai L.E.A., con il dPCM del 12 gennaio 2017.

⁷⁶ G. BALDINI, *PMA e tecniche diagnostiche pre impianto: evoluzione giuridica del fenomeno*, cit. La valutazione dell'A. sembra del tutto condivisibile, se solo si riflette sul fatto che alla PMA possono accedere anche coppie fertili, il cui unico scopo è, evidentemente, quello di ottenere un'indagine di carattere genetico, eseguibile solamente in provetta.

⁷⁷ C. BALDI, *Condannata la clinica Mangiagalli: la diagnosi preimpianto è un diritto*, 19 marzo 2017, in *La Stampa Milano*, www.lastampa.it.

⁷⁸ Nel documento della Conferenza delle Regioni e delle PP.AA., del 14 settembre 2014 (14/109/CR02/C7SAN), «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale nr. 162/2014», sottolineato di aver «preso atto» di questa sentenza costituzionale e «considerato che il Governo ha ritenuto di non intervenire con un proprio provvedimento normativo in una

Ne rimane escluso – innanzitutto per autoesclusione, per inerzia⁷⁹ e per incapacità – il potere massimamente rappresentativo della volontà popolare: quel Parlamento il cui intervento legislativo sembra, per la Corte, non essere più necessario ma solo «auspicabile». Il monito, insomma – o come altrimenti possa qualificarsi⁸⁰ – non sembra formulato in modo da “inchiodare” davvero il legislatore alle sue responsabilità⁸¹.

Non si tratta, invero, della sola responsabilità di elaborare la singola disciplina di volta in volta occorrente, ma anche di (contribuire a) definire, in maniera stabile e misurata, il rapporto tra diritto e

materia così delicata per le sue implicazioni etiche lasciando tale competenza al Parlamento, le Regioni e PP.AA. hanno condiviso la responsabilità di fornire indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale, dimostrando capacità di *governance* nazionale. // È stato pertanto concordato di definire, in attesa che il Parlamento legiferi in materia, un accordo interregionale che verrà recepito dalle singole Regioni e PP.AA., il quale avrà valenza transitoria, ma che permetterà comunque alle coppie che ne faranno richiesta di poter accedere alla fecondazione eterologa» (il passo è tratto dalla *Premessa* del documento *de quo*). Si ricorda, peraltro, la sent. TAR Milano, Sez. III, n. 2271 del 2015, con la quale il giudice amministrativo ha annullato le delibere con cui la Regione Lombardia, all'indomani della sent. Corte cost. n. 162/2014, aveva stabilito che i costi della prestazione di PMA di tipo eterologo, pur divenuta lecita, sarebbero rimasti per intero a carico degli assistiti.

⁷⁹ Nota A. SPADARO, *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 5, 2017, 7, 8, che la Corte costituzionale, «per sua natura sarebbe [...] portata ad invocare il più possibile la c.d. *discrezionalità del legislatore*, per non impelagarsi in questioni e vicende più strettamente politiche, lasciando che le “gatte da pelare” siano sbrigate interamente dal tandem Governo-Parlamento. Ma paradossalmente, com'è noto, il Governo ed il Parlamento spesso [...] decidono di non decidere proprio per evitare cali nel consenso elettorale, preferendo “delegare” alla Corte o all'UE la risoluzione di molti problemi». Sicché, la questione del «“modo di produzione del diritto”» si va risolvendo in questo senso: «non più solo *auto-normazione* (parlamentare e dei consigli regionali), ma sempre più *etero-normazione* (giurisprudenziale, della Corte costituzionale e dei giudici comuni). [...] Comunque si valuti la cosa, si tratta di un “fatto giuridico” di cui prendere atto. Anzi, si tratta della naturale evoluzione del *diritto costituzionale vivente* nello Stato costituzionale contemporaneo, che sempre più, piaccia o no, appare uno *Stato giurisdizionale*, non solo nei Paesi di *common law*». Rispetto a siffatta situazione, più preoccupata e meno “arresa” sembra essere la posizione di A. CARRINO, *Disobbedienza costituzionale? Dal primato della costituzione alla teologia dei diritti*, in *Lo Stato*, n. 4, 2015, 30. Riguardo al «giudice costituzionale (e/o ordinario)», l'A. osserva come esso sia «sempre più inteso non come funzione, potere o ordine dello Stato, ma come “autorità” esterna, se non estranea agli Stati storicamente e politicamente dati sulla base di una precisa decisione popolare. I diritti fondano la presunta autorità e legittimano il potere del giudice; il potere del giudice rende plausibile la retorica dei diritti, sempre più lanciata verso una vera e propria teologia che si nutre di una metodologia giuridica di “scoperta” del diritto risultato di precise scelte dello stesso soggetto, al tempo stesso conoscente (in senso “ermeneutico”) e decidente».

⁸⁰ Sostiene A. SPADARO, *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, cit., 11: «Probabilmente la massima espressione» dell'«autonomo potere “processuale” della Corte costituzionale è offerta dall'impressionante, starei quasi per dire incredibile, panopia di “tipologia di decisioni” da lei create e, quindi, a sua disposizione».

⁸¹ A. SPADARO, *ivi*, 10, ritiene sia forse «venuto il momento di interrogarci non più tanto, e per l'ennesima volta, sulle funzioni dei tribunali costituzionali, ma di chiederci se, al di là delle note carenze di *expertise* delle classi politiche, non occorra immaginare - e questo riguarda soprattutto l'Italia anche dopo l'ultimo referendum costituzionale - profonde *riforme* volte a “costringere” gli organi di indirizzo a “scegliere” e “decidere”, assumendosi le proprie responsabilità, senza “scaricare” sui giudici, Corte compresa, le loro omissioni».

scienza. Si corre il rischio, altrimenti, di un'unilaterale imposizione dell'uno sull'altra o viceversa⁸², anziché proseguire lungo il solco "binario" già opportunamente tracciato dal Giudice delle leggi. In alcune pronunce costituzionali, infatti, le scelte rimesse all'autonomia ed alla responsabilità del medico, in una col consenso fornito dal paziente, sono state individuate come limite alla discrezionalità del legislatore.

In questo senso, già nel 2002, la sent. Corte cost. n. 282⁸³ e, più di recente e con riguardo all'argomento di nostro interesse, le sentt. nn. 151/2009⁸⁴ e 162/2014⁸⁵: le questioni trattate, inte-

⁸² Sono le due opposte direzioni, emerse, a tratti, nella storia dei rapporti tra diritto e scienza, che C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 2-5, ricorda; entrambe da scongiurare, in quanto irrispettose dei principi costituzionali. L'A., *ivi*, 6, propone, dunque, «una terza via» (per la quale v., *infra*, nota n. 86), consistente in «un modello virtuoso di rapporti fra ambito giuridico e ambito scientifico in cui, secondo dinamiche riconducibili alla sussidiarietà, ognuno possa "dare il meglio di sé", seguendo «una direzione costituzionalmente orientata».

⁸³ Successivamente confermata dalla sent. Corte cost. n. 338/2003. Della sent. n. 282/2002, è utile qui riportare un passo tratto dal punto 5 del *Considerato in diritto*: «... un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" (cfr. sent. n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica». Su questo aspetto delle due menzionate sentenze, v. A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, Milano, 2011, 23-28.

⁸⁴ L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, 15 luglio 2009, in *Consulta online*, www.giurcost.org, nel commentare la suddetta sentenza nota come, «con riguardo al versante dei "beni giuridici" coinvolti», questa pronuncia «consolida quella giurisprudenza costituzionale che, in materia di pratica terapeutica, reputa la regola di autonomia e di responsabilità del medico "un punto di incrocio dei principi di questa materia"». Si ricorda, infatti, che, con la sent. n. 151/2009, la Corte ha pronunciato un giudizio d'illegittimità costituzionale riguardo all'art. 14, co. 2 e 3, della l. n. 40/2004, per il divieto, da questo posto, di creare, nell'ambito di un percorso di PMA, un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». In conseguenza di tale previsione, il medico avrebbe dovuto effettuare, sulla donna, interventi che la letteratura medica ritiene dannosi per la salute. Nell'occasione, la Consulta ha riaffermato, rispetto alla sua precedente giurisprudenza, la necessità che la «discrezionalità legislativa» osservi i «limiti» posti dalle «acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica» (punto 6.1 del *Considerato in diritto*). Sul divieto di cui alla disposizione dichiarata illegittima, v. le riflessioni svolte da G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 11, pt. 2, 2009, 521 ss.; *Id.*, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e diritto*, n. 5, 2011, 520 ss.; B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 1398-1395.

⁸⁵ Com'è noto, con questa pronuncia (sulla quale, v. G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Il Corriere giuridico*, n. 8/9, 2014, 1068 ss., e G. BALDINI, *Cade il divieto di PMA eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*, in *Vita notarile*, n. 2, 2014, 675 ss.), la Consulta ha dichiarato incostituzionale il divieto assoluto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo, di cui all'art. 4, co. 3, della l. n. 40/2004. A riguardo, nel prendere in considerazione patologie produttive di una disabilità, al punto 7 del *Considerato in diritto*, la Corte afferma che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica

ressate dalle scienze della vita e della salute, sono qui sottratte alla mera discrezionalità politica per essere definite, invece, pur sempre entro il quadro normativo di riferimento, in base alle evidenze sperimentali ed allo stato delle conoscenze scientifiche⁸⁶. Il principio risulta significativamente affermato dalla Consulta in tutte le pronunce rese inerenti le q.l.c. della legge n. 40/2004 laddove, a mo' di monito, si puntualizza come «...la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)»⁸⁷. Per questo, non meno ma ancora più importante ed impellente ci appare l'impegno del legislatore a definire e curare "il rapporto" con la scienza già in sede di elaborazione della disciplina, mentre, allo stato, l'andamento di queste vicende continua ad essere definito tra l'attività che si svolge nei laboratori e le sentenze che sono pronunciate dai giudici⁸⁸.

In questo stato di *evanescenza* del Legislativo e di *sovraesposizione* del Giudiziario, la catena delle argomentazioni dispiegantesi, nelle sedi giudiziarie a vario titolo e livello interessate⁸⁹, a definire giuridicamente le questioni biomediche, ci appare troppo lunga perché le sue maglie, fatte di passaggi logici, seppure di logica giuridica, possano reggere saldamente la trasposizione da un'epoca all'altra, dalle prime possibilità della scienza d'intervenire sulla vita e la salute dell'uomo ad uno stato d'avanzamento tale da essere inizialmente inimmaginabile, da un contesto storicamente e socialmente determinato ad uno radicalmente differente e dagli incerti sviluppi.

dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati». Circa questa ed analoghe affermazioni contenute nella sentenza *de qua*, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, 13 giugno 2014, in *Consulta online*, www.giurcost.org, osserva che, rispetto ai già richiamati precedenti giurisprudenziali, «la libertà della politica legislativa trova un limite ulteriore nella scienza: non nel senso di rispettarne l'autonomia e le acquisizioni come evidenze che non possono essere contraddette, ma in quanto strumento utilizzabile (almeno a parole) per lo sviluppo delle libertà dell'individuo».

⁸⁶ Sulla scia di quella «"riserva di scienza"» - è la formula adoperata da C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., 6, 8 - che le tre sentenze richiamate nel testo hanno ritagliato, l'A., *ibidem*, ravvisa nella scienza un parametro interposto di costituzionalità: interposto, in ispecie, tra la legge e l'art. 32 della Costituzione. Essa non sarebbe, dunque, soltanto un indicatore della ragionevolezza scientifica di una legge, per la quale v. S. PENASA, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2009, 817 ss.. Considerato, cioè, che «è la scienza - qui intesa [...] come letteratura medicoscientifica condivisa - a definire ciò che favorisce o che nuoce al nostro benessere, riempiendo di contenuto concreto, per così dire, la formula dell'art. 32 Cost, il necessario rispetto del diritto fondamentale alla salute si traduce in un necessario rispetto delle risultanze scientifiche in campo medico» (*ivi*, 8). Saranno pur sempre necessari, però, alcuni limiti e condizionamenti che servano a "neutralizzare" quegli aspetti problematici che, allo stato, la ricerca e la letteratura scientifica chiaramente presentano (*ibidem*).

⁸⁷ Dal punto 6.1 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 151/2009, per la quale cfr., *retro*, nota n. 84.

⁸⁸ G. FERRANDO, *Forum: il Diritto e le Scienze della vita*, in *BioLaw Journal - BioDiritto*, n. 1, 2014, 25, registra, amaramente, che «i mutamenti che ci sono stati nei rapporti tra diritto e scienze della vita si devono alla giurisprudenza, non certo al legislatore». Sebbene risalenti alla prima pronuncia della Corte costituzionale in materia, analoghe considerazioni sono sviluppate da M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Famiglia e diritto*, n. 8-9, 2100, 839 ss.

⁸⁹ Della questione che ci riguarda, sono stati interessanti il giudice comune, sia ordinario che amministrativo, la Corte costituzionale, la Corte EDU.

Anche nel caso trattato, da quella prima giurisprudenza costituzionale sull'aborto – lontana, oramai, più di quarant'anni – si passa alla PGD, da compiersi oggi su embrioni in provetta, al fine di evitarne l'impianto, ove risultassero affetti da gravi patologie genetiche. E vi si passa per la forza di un ragionamento che attraversa la legge sull'IVG del 1978, la legge sulla PMA del 2004, indi la pronuncia della Corte costituzionale del 2015, fino a chiudersi su di un'ordinanza che dispone in base al principio contenuto in quest'ultima.

La sequela dei tecnicismi – dal bilanciamento⁹⁰ ai canoni della irragionevolezza e della razionalità, alla scelta della tipologia di sentenza costituzionale, fino all'ordinanza con cui il giudice comune “rappor- ta” quest'ultima al caso di specie – rischia di allentare, in qualcuno dei suoi tanti, delicati passaggi, il carattere serrato della concatenazione: può disperdersi, così, la logica giuridica che la sottende e, con essa, la tenuta stessa del sistema di riconoscimento e di tutela dei diritti. Solo l'assunzione della responsabilità di una *decisione politica*, pur tardiva, potrebbe, ora, opportunamente sostituirsi alla catena delle *argomentazioni in punto di diritto*.

⁹⁰ In particolare, «fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare», a cui è ricorso la Corte costituzionale nella nota sent. n. 27/1975.