

GIUSTIZIA CIVILE

ISSN 0017-0631

RIVISTA MENSILE DI GIURISPRUDENZA

Vol. LVIII - Gennaio 2008

1

DIRETTA DA
ANTONIO LA TORRE

VICE DIRETTORI
ANIELLO NAPPI - PAOLO STELLA RICHTER

Si segnalano all'attenzione del lettore

- C. giust. CE 18 gennaio 2007 in causa C-229/05 P**
sullo snaturamento del mezzo di prova nel processo comunitario 3
- C. cost. 25 gennaio 2008 n. 9**
sull'incostituzionalità dell'art. 1, comma 88, l. n. 266 del 2005 (legge finanziaria 2006) in materia di condono edilizio straordinario 28
- Cass. 18 gennaio 2008 n. 1077**
sul licenziamento disciplinare per il disvalore ambientale della condotta di dipendente che rivesta una posizione professionale di responsabilità (medico in struttura sanitaria privata) 64
- Cass. 9 gennaio 2008 n. 228**
sulla validità temporanea, in Italia, della patente di guida rilasciata da uno Stato estero 68
- Cass. 3 settembre 2007 n. 18522**
sull'azione di regresso del terzo datore di pegno contro il fideiussore 132
- Cass. 18 maggio 2007 n. 11654**
sui rapporti fra la sentenza di separazione personale e quella di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio 176
- Trib. Cagliari 24 settembre 2007**
sulle condizioni di liceità della diagnosi preimpianto dell'embrione nella fecondazione medicalmente assistita 217



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

INDICE DEL FASCICOLO 1

NOTE A SENTENZA

ALICE PISAPIA - <i>In tema di snaturamento del mezzo di prova nel processo comunitario</i> - nota a C. giust. Ce 18 gennaio 2007 in causa C-229/05 P ..	I, 20
GIOVANNI DUNI - <i>Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso</i> - nota a C. cost. 24 ottobre 2007 n. 348 e 349.....	I, 53
PAOLO STELLA RICHTER - Postilla a DUNI, <i>Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso</i> - nota a C. cost. 27 ottobre 2007 n. 348 e 349	I, 63
ANTONIO BRIGUGLIO - <i>I danni da fumo in Cassazione: un'occasione sfumata</i> - nota a Cass. 30 ottobre 2007 n. 22884	I, 112
FRANCO MOROZZO DELLA ROCCA - <i>Disciplina dei magistrati: nuove norme e trattamento più favorevole</i> - nota a Cass., sez. un., 27 luglio 2007 n. 16620, 16623, 16625 e 16628.....	I, 151
ANTONIO DIDONE - <i>Note minime sul nuovo giudizio di cassazione: il quesito di diritto ex art. 366-bis c.p.c.</i> - nota a Cass. 22 giugno 2007 n. 14682	I, 166
MARIA COSTANZA - <i>L'azione possessoria non è orfana di giurisdizione</i> - nota a Cass., sez. un., 8 maggio 2007 n. 10375	I, 190
GIANNI BALLARANI - <i>Procreazione medicalmente assistita e diagnosi preimpianto: una sentenza contraria alla ragione della legge, ma conforme alla legge della ragione?</i> - nota a Trib. Cagliari 24 settembre 2007	I, 228

OSSERVATORIO

C. MASSIMO BIANCA - <i>Note sul possesso di stato in vista della riforma della filiazione</i>	II, 3
PIETRO VIRGADAMO - <i>Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali</i>	II, 11
ENRICO TOTI - <i>La forma del contratto nel diritto della Repubblica popolare cinese</i>	II, 49

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.

Pertanto i convenuti, in accoglimento della domanda attrice, debbono essere condannati all'effettuazione dell'accertamento diagnostico richiesto dagli attori, da eseguirsi, anche con tecniche invasive, secondo metodologie che, in base alla scienza medica, offrano il maggior grado di attendibilità della diagnosi ed il minor margine di rischio per la salute e le potenzialità di sviluppo. (*Omissis*)

(1) **[3576/246] Procreazione medicalmente assistita e diagnosi pre-impianto: una sentenza contraria alla ragione della legge, ma conforme alla legge della ragione?**

SOMMARIO: 1. Il fatto. — 2. I referenti normativi. — 3. L'iter logico della sentenza e le motivazioni. — 4. Le ragioni della forma interrogativa dell'intitolazione. — 5. Situazione giuridica del concepito *pre* e *post* impianto. — 6. Le finalità della legge: diritto a procreare o soluzione all'infertilità e sterilità e tutela di tutti i soggetti coinvolti? — 7. L'interpretazione di dettaglio del giudice cagliaritano: diagnosi preimpianto e informazione. — 8. La premessa maggiore della soggettività dell'embrione. — 9. Premessa e conseguenze: non è dato invertire i termini. — 10. Finalità della procreazione medicalmente assistita e finalità esclusiva della produzione di embrioni umani.

1. Il fatto. — Il caso affrontato dal Tribunale di Cagliari con la sentenza in epigrafe è così riassumibile: una coppia sterile, dopo un primo impianto andato a buon fine ma la cui conseguente gravidanza fu interrotta per ragioni legate ad una sindrome ansioso-depressiva che colpì la gestante quando seppa che il feto era affetto da betatalassemia (1), si rivolge nuovamente ad una struttura sanitaria per accedere alla pratica della procreazione medicalmente assistita richiedendo la diagnosi preimpianto sull'embrione (2) e rifiutandosi la donna di sottoporsi all'impianto in attesa del

(1) Con ricorso depositato il 1° giugno 2005 la medesima coppia aveva chiesto la tutela in via cautelare del diritto oggi azionato in via ordinaria, esponendo le medesime circostanze di fatto e le stesse argomentazioni. Trib. Cagliari, ord. 16 luglio 2005 n. 574 (in *Dir. giust.*, 2005, 34 ss., con note di FUSCO, *L'embrione, la madre, i diritti da tutelare. Un giudice coraggioso fra etica e legge*, e di VERONESI, *Diagnosi preimpianto: i nodi al pettine. Dopo il referendum tocca alla Consulta*), aveva sollevato, in relazione agli art. 2, 3 e 32 cost., la questione di legittimità dell'art. 13 l. 19 febbraio 2004 n. 40, nella parte in cui farebbe divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali gravi patologie. La Corte costituzionale non è entrata nel merito delle questioni sottoposte al suo esame, ritenendo di dover censurare, con una declaratoria processuale di manifesta inammissibilità, quella che ha considerato una « evidente contraddizione » in cui il Tribunale sarebbe incorso « nel sollevare una questione volta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una specifica disposizione (il divieto di sottoporre l'embrione, prima dell'impianto, a diagnosi per l'accertamento di eventuali patologie), che, secondo l'impostazione della stessa ordinanza di rimessione, sarebbe però desumibile anche da altri articoli della stessa legge, non impugnati » nonché dall'interpretazione dell'intero testo legislativo « alla luce dei suoi criteri ispiratori ». Così C. cost., ord. 9 novembre 2006 n. 369 (in *Dir. fam. pers.*, 2007, I, 21 ss., con nota di D'AVACK, *L'evasiva ordinanza n. 369 della Corte costituzionale del 9 novembre 2006 in merito alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*; in *Fam. dir.*, 2007, 545 ss., con nota di FIGONE, *La Corte costituzionale interviene in tema di diagnosi preimpianto sull'embrione*).

(2) Della questione relativa alla diagnosi preimpianto, oltre a Trib. Cagliari, ord. 16 luglio 2005, cit., si era in precedenza espresso Trib. Catania 3 maggio 2004, in questa *Rivista*, 2004, I, 2459 ss., con nota di GIACOBBE E., *Tre « banalità » e una verità: brevi osservazioni su una prima applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita*; in *Dir. fam. pers.*, 2005, I, 97 ss., con note di MOROZZO DELLA ROCCA P., *Procreazione medicalmente assistita e betatalassemia*, e di D'AVACK, *L'ordinanza di Catania: una decisione motivata attraverso una lettura testuale della l. n. 40 del 2004*, *ivi*, II, 550 ss.; in *Giur. merito*, 2005, I, 22 ss., con nota di MICARI, *La giurisprudenza, valorizzando l'argomento storico, si pronuncia (benevolmente) per la prima volta sulla l. n. 40 del 2004 dura lex sed lex e le perdute occasioni di riaffermare i principi costituzionali (summum ius, summa iniuria)*. In generale riguardo la giurisprudenza in tema, cfr. VIPIANA, *Orientamenti giuri-*

risponso diagnostico. A seguito del rifiuto di procedere alla diagnosi preimpianto da parte del primario della struttura (3), la coppia chiede al tribunale, in via ordinaria, che venga dichiarato il diritto della donna di ottenere la diagnosi preimpianto dell'embrione già formato.

2. I referenti normativi. — La sentenza in commento ruota intorno ad una ipotesi ricostruttiva della normativa sulla procreazione medicalmente assistita volta ad asserire la liceità della diagnosi preimpianto e la conformità dell'asserzione con il diritto alla informazione della coppia sullo stato di salute degli embrioni da impiantare.

Orbene, della diagnosi preimpianto si può rinvenire traccia in due norme della l. 19 febbraio 2004 n. 40. La prima è l'art. 13, posto sotto la rubrica « sperimentazione sugli embrioni umani ». E la seconda è l'art. 14, riguardo ai « limiti di applicazione delle tecniche sugli embrioni », a norma del quale « i soggetti di cui all'art. 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero » (comma 5).

L'art. 13 al comma 1 dispone che « è vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano ». Il comma 2 precisa, per converso, 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, e qualora non siano disponibili metodologie alternative ». Alla lett. *b* del comma 3 precisa, altresì, che sono comunque vietati « ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrione e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche di cui al comma 2 del presente articolo ».

Con riguardo al primo dei referenti normativi, ciò che appare evidente, in primo luogo, è un possibile rilievo di conflittualità interna tra il comma 1 — là dove pone un divieto espresso in forma assoluta attraverso l'uso dell'espressione « qualsiasi », che non lascia margini a deroghe — ed il comma 2 che sembra derogare al principio di cui sopra disponendo la liceità della « ricerca clinica e sperimentale [...] purché si perseguano finalità terapeutiche e diagnostiche » (4).

Si pone quindi un primo problema di fondo consistente nel tracciare una linea di distinzione che separi la sperimentazione dalla ricerca clinica al fine di valutare in quale dei due ambiti trovi collocazione la diagnosi, ammesso che essa trovi collocazione in ciò e non sia di per sé neutrale, fintanto che non la si leghi a finalità ulteriori. La sperimentazione, secondo quanto asserito in campo medico (5), differirebbe dalla ricerca clinica a fini diagnostici nel punto in cui la prima percorrerebbe strade a volte incerte, aventi esiti non sempre prevedibili, e la seconda opererebbe su protocolli sperimentati e standardizzati che, pur comportando margini di rischio, sono volti ad ottenere risultati certi, eticamente corretti e terapeutici.

L'art. 13 in parola è stato, peraltro, oggetto di specificazione anche da parte delle linee guida

sprudenziiali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la l. n. 40 del 2004, in *Fam. dir.*, 2007, 87 ss.

(3) Il rifiuto in parola è stato motivato in considerazione che l'art. 13 l. n. 40, cit. consentirebbe esclusivamente interventi sull'embrione aventi finalità diagnostiche e terapeutiche volte alla tutela della salute e al pieno sviluppo dello stesso, essendo escluso — sempre secondo il primario — un ricorso alla diagnosi a scopo selettivo anche a fronte dell'esistenza di un serio pericolo per la salute psicofisica della donna.

(4) Del medesimo avviso, D'AVACK, *L'evasiva ordinanza n. 369*, cit., 31, il quale, rilevando come il comma 2 dell'art. 13 l. n. 40, cit. possa essere letto solamente come deroga al principio generale di cui al comma 1 del medesimo, non omette di sottolineare che « ammettere la ricerca sugli embrioni per finalità diagnostiche altro non significa che ammettere la diagnosi preimpianto ».

(5) Ci si vuol riferire al CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli 1993, 181, secondo il quale la sperimentazione è quella « sequenza del fenomeno scientifico in cui il ragionamento umano lascia il posto ad un'azione materiale diretta a verificare concretamente la serietà dell'ipotesi — dai suoi effetti, ai « limiti di applicazione », alle « controindicazioni del trattamento stesso » — precedentemente elaborata, ma solo in astratto dal ricercatore. [...] Se ne deduce che l'incertezza, per la persistente ignoranza sugli esiti del trattamento, differenzia, dunque, l'attività sperimentale dagli interventi a carattere terapeutico, per i quali sono invece conosciute o, quanto meno, « prevedibili, grazie a collaudate esperienze cliniche, le conseguenze positive per la salute umana ».

ministeriali (6) contenenti, ai sensi dell'art. 7 l. n. 40 del 2004 l'indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita vincolanti per tutte le strutture sanitarie (art. 7, comma 2, l. n. 40, cit.). Esse, pur costituendo una sorta di *vademecum* vincolante, non sono né fonte del diritto, né vincolo per l'interprete, ma esclusivamente strumento di ausilio nella interpretazione e non possono derogare al disposto normativo in alcun modo (7).

Riguardo l'art. 13, le linee guida in parola precisano che « è proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica » (dal che sembra potersi desumere, data la puntualizzazione delle finalità, come non sia proibita ogni diagnosi pre impianto, ma esclusivamente quelle che perseguono o che tendono a detto fine) e, in questo caso, sembrerebbero richiamare il comma 1 dell'art. 13, creando un divieto tassativo. Poi continua specificando che « ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale ».

3. Iter logico della sentenza e motivazioni. — Secondo il Tribunale di Cagliari, la norma di cui all'art. 13 l. n. 40, cit. non pone divieto alcuno alla diagnosi preimpianto, o meglio, non si rinviene nella legge un esplicito divieto assoluto e tassativo della diagnosi preimpianto, là dove specifica 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 ». E motiva il provvedimento di accoglimento della domanda relativa alla diagnosi preimpianto proprio sulla scorta dell'art. 14: se c'è un diritto della coppia ad essere informati sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero (previa richiesta in tal senso), per un verso, ciò è giustificabile per la tutela della salute della futura gestante e, per altro verso, se così è, deve essere consentita la diagnosi preimpianto, in quanto senza di essa si fornirebbero informazioni parziali, ledendo il diritto della futura gestante: ad essa deve esser garantita una piena, in quanto possibile tecnicamente, consapevolezza non degli esiti della procreazione, ma dello stato di salute degli embrioni che andrà ad impiantarsi.

In particolare, il giudice ritiene di poter affermare la praticabilità dell'accertamento diagnostico qualora lo stesso sia stato richiesto dai soggetti indicati al comma 5 dell'art. 14; abbia ad oggetto gli embrioni destinati all'impianto nel grembo materno (destinazione che, ad esempio, deve invece ritenersi esclusa per gli embrioni che si trovino in stato di crioconservazione in attesa di estinzione); 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. Ciò premesso, fonda l'interpretazione sulla base della mancanza nella legge di un esplicito divieto in tal senso; sul significato letterale e sull'ambito della disciplina dettata (art. 13); sul diritto alla piena consapevolezza in ordine ai trattamenti sanitari; sulla illegittimità delle linee guida ministeriali; sui criteri ispiratori della legge n. 40; nonché sulla base dei principi costituzionali, richiamando la giurisprudenza costituzionale sul tema e correttamente precisando che tra le varie interpretazioni possibili della disposizione da applicare al caso concreto è dovere del giudice scegliere quella che assicuri una lettura costituzionalmente orientata della norma.

4. Le ragioni della forma interrogativa dell'intitolazione. — Prima di soffermare l'attenzione sul merito dell'interpretazione della l. n. 40, cit. fornita dal giudice cagliaritano, occorre un chiarimento sul titolo e sulla forma interrogativa. La scelta di non porre in veste affermativa l'intitolazione di queste riflessioni vuole sottintendere una pluralità di possibili piani di analisi che la sentenza in

(6) Le linee guida in oggetto sono state adottate dal Ministro della salute con decreto 21 luglio 2004, in *G.U.* 16 agosto 2004 n. 191. Peraltro le linee guida precisano, sempre con riferimento all'art. 13, che « qualora dall'indagine vengano evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione, il medico responsabile della struttura ne informa la coppia ai sensi dell'art. 14. E ancora, ove in tal caso il trasferimento dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura in vitro del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi ». Questa previsione delle linee guida potrebbe condurre ad intendere, per converso, che la legge vieti di intervenire anche con il prelievo cellulare sull'embrione per effettuare la diagnosi. E quindi il tipo osservazionale di diagnosi significherebbe esclusivamente un'analisi al microscopio. Sul punto si vedano le interessanti osservazioni in tema di diagnosi svolte da Fusco, *op. cit.*, 25.

(7) Cfr., ancora, D'AVACK, *op. ult. cit.*, 31 s., ove si precisa come questo « mero strumento esplicativo del testo normativo a favore delle "strutture autorizzate" in merito alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da utilizzare », in quanto atto amministrativo, non sia affatto atto a modificare divieti e limiti normativi, per di più di rilevanza costituzionale, rimanendo, questa, una facoltà esclusiva del legislatore.

epigrafe e l'impianto normativo della l. n. 40, cit. offrono, certamente se poste in relazione alle disposizioni contenute nella l. n. 194 del 1978, ma soprattutto se correlate ai principi costituzionali e *in primis* al principio di precauzione a fronte del dubbio (8) imposto, nella specie, dall'art. 32 cost.

La forma interrogativa del titolo ha senso per due differenti ragioni: la prima ha riguardo la contrapposizione dei punti della questione; la seconda ha ad oggetto il palese dubbio di fondo che l'interrogativa formulazione sottintende.

Andando, così, per ordine, il primo nodo da sciogliere riguarda i due punti della questione così come posti.

Il primo di essi: la contrarietà alla ragione della legge. Nel caso di specie, ove la richiesta di diagnosi preimpianto pare a tutta prima finalizzata alla individuazione dei vizi genetici degli embrioni e alla loro conseguente soppressione (a nulla rilevando la finalità terapeutica della diagnosi) è, a nostro parere, palesemente contraria alla l. n. 40, cit. Contravviene infatti, nello specifico, al divieto di selezione eugenetica degli embrioni (9) e, in generale, alle finalità della legge.

Questa sentenza sembra asserire, attraverso l'assunto di non ravvisabilità nella legge del divieto di diagnosi, l'apertura normativa « assoluta » a detta pratica. Orbene, codesta diagnosi non è vietata in assoluto dalla legge che, infatti, specifica i limiti entro cui la diagnosi è ammessa, ancorché il dettato normativo (art. 13, commi 2 e 3) si presti, se combinato con il disposto di cui al comma 5 dell'art. 14, a non univoche interpretazioni.

Se ciò è vero, la sentenza, fornisce una pur possibile interpretazione del disposto di legge, ma comunque non fondata, o meglio contraria alla legge, in quanto, in relazione alle finalità della stessa ed ai dati normativi, la legge sembra dire esattamente l'opposto.

Il secondo punto ha ad oggetto l'eventuale conformità alla legge della ragione e, in questo caso, il rinvio alle disposizioni in materia di interruzione volontaria della gravidanza è di tutta evidenza (e su questo aspetto si tornerà fra breve). Ma l'interrogativo è altrettanto d'obbligo perché, come si avrà modo di approfondire, la riflessione è informata alla « contingenza » dei singoli articoli delle leggi in oggetto, e l'asserzione avrebbe senso in forma affermativa se si prescindesse dai principi costituzionali così come espressi dalla Corte costituzionale in materia.

Tutto ciò si lega alla seconda ragione della formulazione interrogativa, in quanto l'eventuale conformità alla legge della ragione è informata alla riflessione sul combinato disposto della l. n. 40, cit. e della l. n. 194, cit. (con specifico riferimento all'art. 4 nella sua formulazione vigente, ove la prima vieta ciò che la seconda consente) (10).

(8) Così come attentamente rilevato da CASINI C. e M., *Soggettività dell'embrione e diritti dell'uomo: una civiltà alla prova*, in *Leg. giust.*, 2003, I, 7 ss., specialmente 26 ss.: « nel caso di incertezza sull'esistenza di una vita umana il diritto [...] deve adottare le soluzioni più idonee a salvaguardare la vita umana anche nel caso che qualcuno sollevi dubbi sulla sua esistenza ». Ponendo mente al fatto che il concepito non è dato intenderlo *sic et simpliciter* come essere umano a tutti gli effetti, forte è avvertita la necessità di una analisi ermeneutica del dato positivo e di una riflessione sul piano sistematico dei principi generali del diritto e, *in primis*, sul principio di precauzione a fronte del dubbio, specialmente quando il dubbio riguarda l'esistenza della vita umana. Sulla sufficienza del dubbio, v., altresì, RAZZANO, *La legge sulla procreazione assistita: perché sì*, in *Quad. cost.*, 2004, 383 ss.

(9) Sulla questione cfr. GIACOBBE E., *Tre « banalità » e una verità*, cit., 97 ss., ove l'autrice, osservando come il divieto di selezione degli embrioni a scopo eugenetico sia posto dagli art. 13 e 14 in modo quanto mai chiaro e perentorio, aderisce a quanto espresso da Trib. Catania 3 maggio 2004, cit. secondo il quale « il legislatore ha scelto che la legge sulla procreazione assistita si limiti a porre rimedio alle malattie [...] che in qualsiasi modo producono la sterilità della coppia » consentendole di avere figli a condizioni però analoghe a come, per natura, hanno le coppie fertili, « senza possibilità di selezionare i nascituri in sani e malati, eliminando questi ultimi ».

(10) L'ambiguità del dato di cui all'art. 4 l. n. 194, cit., è posta in luce da MOROZZO DELLA ROCCA P., *Procreazione medicalmente assistita e betatalassemia*, cit., 100, ove l'autore, evidenziando come in questa disposizione il presupposto dell'aborto non sia « l'attualità del danno alla salute della donna, ma il "serio pericolo [...] per la sua salute [...] psichica [...] in relazione [...] a anomalie o malformazioni del concepito" », rileva come illogica possa apparire la « netta differenziazione disciplinare imposta dalle due leggi » (autorizzazione all'aborto per malformazione del feto e obbligo di impianto del feto malformato). Pur considerando altresì logica la diffusa opinione secondo cui, « mentre la diagnostica preimpianto conduce ad una scelta di selezione/soppressione tra diversi esseri viventi in favore di uno e contro l'altro, con la diagnostica prenatale si pone, invece, una scelta di prosecuzione o soppressione di quella stessa vita, risultando positivo il fatto che si possa ancora scegliere per la sua prosecuzione », lo studioso individua in siffatta impostazione il rischio

È di tutta evidenza, infatti, come da un canto sarebbe assolutamente inutile impedire la diagnosi e la selezione preimpianto per poi consentirle appena un momento dopo l'impianto e, dall'altro, sarebbe indubbiamente meno lesivo della salute della futura madre impedire l'impianto piuttosto che obbligarla ad esso per poi accordarle la facoltà della scelta interruttiva della gravidanza già « premeditata » al momento del responso della diagnosi preimpianto.

E la l. n. 194, cit. pare consentire ciò contravvenendo i precetti delineati dalla Corte costituzionale in materia allorché quest'ultima ha aperto le porte alla legiferazione in materia di interruzione volontaria della gravidanza tracciandone i confini alla luce del basilare e fondante principio della tutela della vita umana sin dal suo inizio (ma sul punto si avrà modo di tornare a breve).

Sotto questa prospettiva entra in giuoco, dunque, la riflessione sul fatto che, nel momento stesso in cui viene impiantato l'embrione nel grembo materno, la gestante può accedere alle diagnosi postimpianto, prenatali, che rientrano tra le pratiche comunemente ammesse dalla legge sulla interruzione volontaria della gravidanza. Quindi, se portare avanti una gravidanza può essere di pregiudizio alla sua salute psicofisica (art. 4 l. n. 194, cit.), può accedere alle pratiche abortive (11).

Nelle argomentazioni addotte dalla sentenza annotata si legge che, dato che i genitori sono entrambi portatori sani di betatalassemia, per cui c'è un'alta possibilità che l'embrione sia portatore sano della medesima malattia genetica, ovvero che sia per giunta affetto da essa, deve accordarsi l'accesso alle diagnosi preimpianto perché, in rispondenza del diritto all'informazione clinica di cui all'art. 14 e in rispondenza della tutela del diritto alla salute psicofisica della madre, l'accesso consente di anticipare in una fase preimpianto la possibilità per la madre di conoscere l'effettiva situazione clinica dell'embrione che si andrà ad impiantare (12).

« di un maggior danno di quello che si vorrebbe evitare », richiamandosi al principio di precauzione. A conclusioni non dissimili perviene Trib. Catania 3 maggio 2004, cit., ove il giudice esclude un'applicazione estensiva dei presupposti richiesti dalla l. n. 194 del 1978 a quei casi di fecondazione *in vitro* di embrioni portatori di gravi malformazioni.

(11) Oltre a quanto espresso da Trib. Catania 3 maggio 2004, cit. e riportato *supra*, nt. 10, infine v. l'attento monito di D'AVACK, *L'ordinanza di Catania*, cit., 552, peraltro largamente condiviso in dottrina, secondo cui « l'aborto non è l'esercizio di un diritto della gestante, ma un mezzo concesso a lei (e solo a lei) per tutelare la sua salute o la sua vita, sopprimendo un altro bene giuridico protetto (il diritto a nascere del concepito). Ne consegue che la facoltà della donna di esercitare l'interruzione della gravidanza (art. 4 l. n. 194, cit.) integra non un diritto assolutamente individuato, ma il diritto di avvalersi di una peculiare e tipizzata forma di esimente che è lo stato di necessità, assimilabile, quanto a natura, a quella di cui all'art. 54 c.p., per quanto molto più attenuata ». Precisa ulteriormente la questione GIACOBBE E., *op. cit.*, 2461: nel punto in cui Trib. Catania 3 maggio 2004, cit. rileva come la l. n. 194, cit. in parola non autorizzi l'uso dell'aborto come strumento selettivo dei feti con riferimento alla loro salute, poiché l'aborto terapeutico è terapeutico con riferimento alla salute della madre e non a quella del bambino, l'autrice individua una delle banalità di cui al titolo del suo commento, o meglio una ingenuità, in ciò che sono le diffuse prassi applicative della legge sull'aborto, richiamando in tema le pronunzie sulla responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, là dove la Cassazione ha precisato che la legge sull'aborto consente alla donna di evitare il pregiudizio che la condizione di un figlio malformato determinerebbe sul proprio stato di salute (Cass. 10 maggio 2002 n. 6735, in questa *Rivista*, 2002, I, 1490; cfr., inoltre, GIACOBBE E., *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino 2003, 200 ss.).

(12) Rileva D'AVACK, *op. ult. cit.*, 554 ss., come sia difficile ritenere che « una madre in rapporto con l'embrione non ancora impiantato si trovi in una situazione diversa di quando è incinta » ritenendo pertanto logico l'accesso alla diagnosi preimpianto in ragione « di evitare un male maggiore (aborto entro il terzo mese) rispetto alla selezione embrionale precoce ». Ad avviso del giurista, la posizione dell'embrione non cambia, in quanto, anche preimpianto, « rimane fortemente collegato o sottomesso al principio di autodeterminazione della donna », essendo in discussione la salute della stessa. Lo studioso non omette altresì di considerare « paradossale per le sue conseguenze » la scelta normativa della l. n. 40, cit. di ritenere l'embrione persona con diritti assoluti in provetta e persona con diritti di *prima facie* nell'utero materno « se posta in relazione al principio di autodeterminazione della donna di cui alla l. n. 194, cit. L'affermazione presta però il fianco a qualche rilievo critico: la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza non crea un diritto alla autodeterminazione della donna a scapito dell'embrione, in quanto muove dal principio indefettibile di tutela della vita umana sin dal suo inizio; principio, questo, che si traduce nella l. n. 40, cit. a ragione fondante la asserita soggettività dell'embrione (art. 1).

Orbene, v'è da porre a mente che, mentre l'eventuale ammissibilità di selezione eugenetica degli embrioni muove dalla negazione assoluta di soggettività dell'embrione, ovvero, se considerata a prescindere da essa, comunque « incide » su di essa negandola *in radice* e riducendo l'embrione a mero « oggetto », la diagnosi preimpianto, in sé, non incide su di essa, non la nega, bensì, se ad essa vengono collegate finalità terapeutiche, è in linea con la stessa (basti pensare alla diagnosi sull'uomo).

A ben vedere, la diagnosi preimpianto, in sé e per sé considerata, non ha valenza alcuna, né di tipo eugenetico né di tipo terapeutico, essendo questi momenti legati a considerazioni diverse e ulteriori ma che, per certo, possono costituirne la sola finalità. Questa ha, infatti, valenza neutra, conducendo ad un mero accertamento dello stato clinico di ciò che ad essa è sottoposto. La diagnosi preimpianto, ancorché sia diagnosi di tipo invasivo perché l'esecuzione comporta il prelievo di cellule all'interno dell'embrione, sembra essere, quindi, in sé di tipo osservazionale, per definizione, sennò non sarebbe diagnosi. Il suo risultato è, infatti, quello di tracciare il « profilo clinico » dell'embrione. La finalità eugenetica è assolutamente ultronea.

Ma, nel caso di specie, l'unica ragione per la quale la coppia chiede la diagnosi preimpianto (così come palesemente si avverte nella situazione su cui si esprime la sentenza in epigrafe) è da rinvenirsi nell'aver la facoltà di poter selezionare gli embrioni da impiantare e di « scartare » quelli non sani, e questo è certamente vietato sulla scorta del divieto di sperimentazione e di selezione a fine eugenetico di cui alla l. n. 40, cit. ed in linea con le disposizioni della Convenzione di Oviedo (13).

La l. n. 40, cit., infatti, è una legge la cui finalità è quella di porre, in parte e per quanto possibile, rimedio al problema della sterilità e della infertilità (14), essendo consentito l'accesso alle pratiche esclusivamente a coppie aventi impossibilità procreative proprie; legge che non tutela la procreazione, non crea il diritto a procreare (15), né tantomeno a procreare figli sani (16).

(13) Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti umani e la biomedicina 4 aprile 1997 (c.d. Convenzione di Oviedo: l. n. 145 del 2001).

(14) Del « desiderio di genitorialità », a voler mutuare l'espressione di GIACOBBE E., *Tre « banalità » e una verità*, cit., 2459, quest'ultima ricorda, peraltro, come si siano in precedenza occupati Trib. Palermo 8 gennaio 1999 (in *Dir. fam. pers.*, 1999, II, 240, con note di GIAIMO, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*, di MIRANDA, *Tragic Choice in Italy: brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita*, p. 235, e di NATOLI, *L'impianto di embrioni post mortem tra scontri ideologici e prezzi da pagare (a proposito di un'ordinanza palermitana)*, p. 1178; in *Fam. dir.*, 1999, II, 55, con nota di DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 225, con nota di PALMERINI, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole il ricorso ai principi*); e Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000 (in questa *Rivista*, 2000, I, 1163, con nota critica di GIACOBBE G., *La giurisprudenza fonte primaria del diritto? Prime riflessioni su una controversa ordinanza del tribunale di Roma*, e riflessioni critiche di LA TORRE, *Maternità « surrogata » e gravidanza « di urgenza »: la c.d. « locazione dell'utero »*, ivi, II, 267 ss.; in *Dir. fam. pers.*, 2000, I, 722, con nota di D'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del tribunale civile di Roma da dimenticare*; in *Fam. dir.*, 2000, I, 156, con nota di DOGLIOTTI, CASSANO, *Maternità surrogata: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*; in *Giur. merito*, 2000, I, 537, con nota di CIANCI, *In tema di maternità surrogata e di misura d'urgenza emessa nei confronti dei genitori genetici e del medico*; in *Giur. it.*, 2001, II, 1417, con note di MANCUSO, *La recente giurisprudenza sulla procreazione assistita*, di NATOLI, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*, p. 300, e di SPECCHIO, *Procreazione artificiale tra diritto, etica e bioetica*, p. 74; in *Corr. giur.*, 2000, I, 488, con nota di SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*).

(15) In argomento si rimanda alle osservazioni di GIACOBBE E., *Tre « banalità » e una verità*, cit., 2462 s., ove si rileva come, seppur la Repubblica, ai sensi del comma 2 dell'art. 31 cost., protegga la maternità, essa non garantisce, né lo potrebbe, la possibilità di essere madre a colei che lo voglia. Né la Carta costituzionale né la l. n. 40, cit. riconoscono, infatti, un diritto alla procreazione. Del medesimo avviso è la dottrina in genere: cfr., *ex multis*, D'AVACK, *L'ordinanza di Catania*, cit., 552 s.

(16) Estremamente precisa è la riflessione di D'AVACK, *op. ult. cit.*, 553, secondo il quale l'unico senso che può esser ravvisato nell'affermazione di un « diritto a nascere sani » è quello che « sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale e da contratto sociale nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie attraverso un'azione o un'omissione (percosse, droghe, alcool) che conduca alla malattia e all'handicap del nascituro », sebbene perplessità sorgano sulla correttezza della successiva asserzione che « non esiste un torto da procreazione

Questione differente è che, ad oggi, ancorché sia possibile praticare la diagnosi preimpianto indagando lo stato di salute dell'embrione e individuando un certo numero di malattie genetiche di cui esso può essere portatore sano, ovvero da esse affetto, la scienza e la tecnica non consentono ancora di predisporre interventi terapeutici a seguito del responso diagnostico (17). Ma quando ciò sarà tecnicamente possibile, l'intervento diagnostico in parola per certo non potrà essere tacciato di illiceità per valenza eugenetica se finalizzato ad interventi terapeutici, in quanto esso sarà alla medesima stregua della diagnosi fetale ovvero sull'uomo, la cui liceità non è revocabile in dubbio (18).

Peraltro, in questa eventualità sarà applicabile all'embrione il disposto di cui all'art. 5 c.c. a norma del quale è fatto divieto degli atti di disposizione sul proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, ponendosi, in questo caso, un problema di prestazione del consenso all'intervento che dovrebbe seguire le regole dettate in tema di incapacità del soggetto, con conseguente sostituzione del chiamato a prestarlo.

Il punto è allora individuabile nel fatto che l'informazione clinica dovrebbe essere esclusivamente rivolta ai rischi di un intervento sulla propria persona (ma se il soggetto è incapace, l'informazione clinica di un intervento deve essere fornita ai rappresentanti legali), ossia possibilità, in chiave statistica, di riuscita e di fallimento e prospettazione dei rischi collaterali.

5. Situazione giuridica del concepito pre e post impianto. — Ulteriore questione fondamentale: quella della eventuale soggettività dell'embrione (19). L'embrione — che è concepito, anche se eventualmente *in vitro*, data la fusione dei gameti — non può essere oggetto di una differente

laddove il genitore possa evitare che il figlio nasca malato o handicappato semplicemente non facendolo nascere ».

(17) Lascia perplessi l'analisi del D'AVACK, *L'evasiva ordinanza n. 369*, cit., 30, là dove afferma che « l'indagine preimpianto non può certo essere esclusa sul presupposto che presenti un carattere invasivo nei confronti dell'embrione, tale da comprometterne la salute e le sue possibilità di sviluppo ». Il rilievo critico, nel caso, è informato alla considerazione dell'embrione come « oggetto ». Sul punto v. le attente osservazioni svolte da EUSEBI, *La tutela giuridica dell'embrione umano*, in *Scienza, tecnica e rispetto dell'uomo. Il caso delle cellule staminali* a cura di ZANINELLI, Milano 2001, 161 ss., specialmente 167 ss., ove si pone in luce i rischi connessi alla tendenza a quella che chiama « cosificazione degli embrioni, implicante per la prima volta l'uso non impedito dal diritto di viventi della specie umana come mero materiale biologico ».

(18) Sul punto, cfr. D'AVACK, *loc. cit.*, il quale, in critica a TAR LAZIO, sez. III, 5 maggio 2005 n. 3452, in *Foro it.*, 2005, III, 518, che ha avuto modo di sostenere che l'indagine diagnostica preimpianto può concernere solo le qualità genetiche dell'embrione, dato che non esistono terapie che permettano, ad oggi, di curarne le malattie, sostiene che « in tal caso non dovrebbe, allora, essere ammissibile la stessa indagine osservazionale, comunque finalizzata ad individuare eventuali anomalie di sviluppo dell'embrione altrettanto incurabili » e, inoltre, che « l'indagine preimpianto non può certo essere esclusa sul presupposto che presenti un carattere invasivo nei confronti dell'embrione, tale da comprometterne la salute e le sue possibilità di sviluppo ».

(19) La letteratura sul tema è estremamente vasta. Così, senza pretesa di completezza alcuna, cfr. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 533 ss., specialmente 545 ss.; DALLA TORRE, *Libertà della coscienza etica e limiti della norma giuridica. Note a proposito di procreazione assistita*, in *La tutela giuridica della vita prenatale* a cura di ROSSANO e SIBILLA, Torino 2005, 81 ss., specialmente 86; GIACOBBE G., *Problemi civili e costituzionali sulla tutela della vita*, in *Dir. fam. pers.*, 1988, II, 1119 ss., specialmente 1123; GIACOBBE E., *Il concepito come persona in senso giuridico*, cit., *passim*; PAPANTI PELLETIER, *Il problema della qualificazione soggettiva del concepito*, in *Procreazione assistita. Problemi e prospettive* (Atti del Convegno di studi svoltosi a Roma presso l'Accademia dei Lincei il 31 maggio 2005), Brindisi 2005, 229 ss., specialmente 231 e 234; LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, ivi, 201 ss., specialmente 203; OPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, ivi, 15 ss.; ID., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 499 ss., specialmente 501; ID., *Ancora su persona umana e diritto*, ivi, 2007, I, 259 ss.; GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, II, 168 ss.; BIANCA, *Diritto civile. I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano 2002, 221 ss.; ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 149 ss.; AZZARO, *La fecondazione artificiale tra atto e rapporto*, in questa *Rivista*, 2005, II, 227 ss.; BALLARANI, *La capacità giuridica « statica » del concepito*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, II, 1462 ss.

considerazione prima dell'impianto e dopo l'impianto, anche se poi, nella situazione di fatto, questa differente situazione c'è (20).

Ora, in materia, il giudice del merito richiama le sentenze emesse dalla Corte costituzionale in tema di aborto (21) e di interruzione volontaria della gravidanza (22). In particolare la prima, là dove la Corte prese posizione a riguardo specificando che l'ordinamento tutela la vita umana sin dal suo inizio: ciò che, nel pensiero del giudice delle leggi, non significa dare prevalenza esclusiva alla situazione del concepito, ma significa e giustifica la necessità di un intervento della Corte medesima volto a bilanciare i contrapposti interessi della gestante, che persona già è, e del concepito che persona deve ancora diventare (23).

Con la prima delle summenzionate sentenze, la Corte afferma, dunque, che nel bilanciamento di questi interessi, entrambi costituzionalmente rilevanti, bisogna accordare prevalenza alla situazione di colei che persona già è, il che ha aperto le porte alla legge sulla interruzione volontaria della gravidanza, precisando inoltre che, che deve essere richiesto (e qui la l. n. 194, cit. si è di molto

(20) Prende posizione sull'eventuale soggettività giuridica dell'embrione Cass. 22 novembre 1993 n. 11503 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 695, con nota di ZENO-ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*; in *Rass. dir. civ.*, 1995, 909, con nota di VENNARI, *Diritto del nascituro a nascere sano, obbligo di prestazione del medico e sua responsabilità contrattuale*; in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 549, con note di CARUSI, *Responsabilità contrattuale e illecito anteriore alla nascita del danneggiato*, e di PINORI, *Il contratto con effetti protettivi a favore di terzo e diritto a nascere sani*, ivi, 1995, I, 317; in *Corr. giur.*, 1994, I, 479, con nota di BATA, *La tutela del concepito e il dritto a nascere sano*; in *Resp. civ. prev.*, 1994, I, 408, con nota di IORATI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*). La pronuncia, resa in tema di contratto di ricovero ospedaliero e di lesioni al nascituro, precisa che con detto contratto l'ente si obbliga non soltanto a prestare alla partoriente le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì, ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita evitandogli — nei limiti consentiti dalla scienza — qualsiasi possibile danno. In tal senso, infatti, ancorché l'ordinamento non ricollegli al concepito la personalità giuridica, esso mira a tutelare l'individuo sin dal suo concepimento garantendo ad esso, non un diritto alla nascita, bensì che sia fatto il possibile per favorire la nascita e la salute. Ed allora, in presenza di lesioni gravi del nascituro, posta l'esistenza nel nostro ordinamento di norme dalle quali si evince l'intenzione del legislatore di tutelare l'individuo sin dal suo concepimento, una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo anteriore alla nascita ed il danno ad un soggetto che, con la nascita, abbia acquisito la personalità giuridica, deve essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento del danno. Al fine del risarcimento del danno extracontrattuale non è necessaria, infatti, la permanenza di un rapporto intersoggettivo fra danneggiante e danneggiato e che dunque quest'ultimo sia dotato di capacità giuridica essendo sufficiente che il soggetto passivo — nel caso di specie, un nascituro — sia centro di interessi giuridicamente tutelati. Nello stesso senso cfr., altresì, Cass. 9 maggio 2000 n. 5881 (in *Danno resp.*, 2001, 172, con nota di D'ANGELO, *Limitata prospettiva di vita e quantificazione del danno*), secondo la quale è risarcibile, subordinatamente all'evento della nascita, il danno alla salute subito per imperizia del medico durante la vita prenatale.

(21) C. cost. 18 febbraio 1975 n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515 ss., che, pronunciando sulla illegittimità parziale dell'art. 546 c.p. (reato di procurato aborto), ha ricondotto la situazione giuridica del concepito, « sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie », entro l'alveo dell'art. 2 cost., negando, in quella sede, l'equivalenza tra diritto alla vita e alla salute di chi è già persona e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare e, dunque, la pariteticità degli interessi in giuoco.

(22) C. cost. 10 febbraio 1997 n. 35, in *Giur. cost.*, 1997, I, 281 ss., ove la Corte ha attribuito all'art. 1 l. n. 194, cit. un contenuto più specificamente normativo: nel bilanciamento tra i contrapposti interessi della gestante e del concepito, si salvaguardi, quando possibile, la vita del feto.

(23) In altra sede si è avuto modo di riflettere su come l'intervento normativo, in risposta ai principi espressi dalla Corte costituzionale, volto a comporre e bilanciare il conflitto dei contrapposti interessi della gestante e del concepito — entrambi meritevoli di tutela ordinamentale ed entrambi costituzionalmente rilevanti — comporti una premessa di fondo implicita senza la quale cadrebbe l'esigenza di una pronuncia normativa sul bilanciamento: essendo i valori in giuoco identici, gli interessi muovono da una base assolutamente paritetica. E la pariteticità degli interessi contrapposti, informata alla considerazione della persona umana come valore ordinamentale primo, altro non significa se non che essi hanno lo stesso « peso » giuridico sulla bilancia del diritto. Se così non fosse, se uno dei due interessi avesse un peso maggiore rispetto all'altro, ovviamente, non ci sarebbe bisogno dell'intervento normativo « equilibratore », in quanto quello di maggior « peso » prevarrebbe sull'altro *ab initio*: BALLARANI, *op. cit.*, 1483 ss.

discostata dall'interpretazione costituzionale) il serio accertamento clinico del grave e comprovato danno o pericolo di danno alla salute fisica e psichica della gestante per la prosecuzione della gravidanza e che quindi l'apertura alla interruzione volontaria della gravidanza non ha come finalità quella della autodeterminazione della donna in senso assoluto.

Orbene, però, la sentenza della Corte costituzionale trova collocazione in uno spazio di oggettiva esistenza e persistenza di conflitto di interessi contrapposti, ossia quello della madre-gestante e quello del concepito che porta in grembo, dato che si è in una situazione di gravidanza già avviata.

Situazione differente è quella all'attenzione del giudice di Cagliari, in quanto attiene a una pratica eventuale che si svolge preimpianto e nella quale il conflitto ancora deve sorgere (24).

Se si deve accedere all'impianto dell'embrione, a ben vedere, infatti, l'embrione è una entità — a non voler dire soggetto — totalmente autonoma rispetto alla futura ed eventuale madre (25): entità creata attraverso l'unione dei gameti di coloro che accedono alla pratica dell'inseminazione artificiale omologa e con l'unica finalità di essere portata ad impianto. Ma, a parte la derivazione genetica e a parte, per il momento, l'obbligo di impianto, l'embrione è, nei fatti, autonomo fino all'impianto stesso. Quindi non si pone un problema di confliggenza di interessi contrapposti. Il solo scopo per cui l'«entità» embrione è stata artificialmente «creata» è quello dell'impianto. E ciò non è revocabile in dubbio. Quindi, l'«interesse» dell'embrione e quello della donna (*rectius*: della coppia) che l'ha creato non solo non configgono, bensì sono assolutamente convergenti se non coincidenti.

Non pare, dunque, potersi ritenere applicabile direttamente e *in toto* il principio espresso dalla Corte Costituzionale se non nella parte generale, fondante e fondamentale, dell'espressione della tutela della vita umana sin dal suo inizio. Ma non nella parte in cui prende atto della confliggenza, dell'esigenza di bilanciamento e prende posizione su ciò, perché nel caso di specie tutto questo non si presenta.

6. Le finalità della legge: diritto a procreare o soluzione all'infertilità e sterilità e tutela di tutti i soggetti coinvolti? — Indagare a fondo le ragioni della pronuncia in epigrafe, comporta una attenta valutazione delle finalità perseguite dalla legge sulla interruzione della gravidanza e dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita. Esse sono, a ben vedere, differenti.

Il fattore chiave di distinzione emerge, con tutta evidenza, già dalla semantica delle intitolazioni ed è specchio del diverso rapporto donna-concepito che esprimono e che vanno a disciplinare: la legge sull'interruzione della gravidanza è legge sulla scissione; la legge sulla procreazione assistita è legge sulla fusione.

Quest'ultima, infatti, si propone come finalità quella di consentire, con le cautele del caso, possibili soluzioni alla sterilità ed all'infertilità, muovendo dalla premessa che non esiste un diritto a procreare. Esiste un diritto a che non si impedisca la possibilità di procreare, ma non l'opposto.

(24) In argomento cfr. MOROZZO DELLA ROCCA P., *op. cit.*, 101, il quale, richiamando il pensiero di HABERMAS, *Il futuro della natura umana, I rischi di una genetica liberale*, Torino 2002, 32 ss., rileva che nella scelta interrutiva della gravidanza il conflitto di interessi tra la donna e il concepito riguarda la continuazione della vita del concepito stesso, a prescindere se essa sia stata inizialmente desiderata oppure no, mentre nel caso della selezione degli embrioni sottoposti a diagnosi preimpianto il conflitto è dato per scontato dai genitori nel momento in cui decidono di sottoporre a test genetico l'embrione per verificarne lo *standard* di salute.

(25) Sulla risarcibilità dei danni causati al nascituro dalla condotta illecita di terzi mentre questi si trovava ancora nel grembo materno, cfr. Cass. pen. 13 novembre 2000 n. 11625 (in questa *Rivista*, 2001, I, 711, con nota di GIACOBBE E., *Questioni vecchie sulla condizione giuridica del concepito*; in *Corr. giur.*, 2001, I, 356, con nota di MOROZZO DELLA ROCCA P., *Il danno morale al concepito, ovvero il « già e non ancora » della responsabilità civile*; in *Diritto e giustizia*, 2000, n. 45, p. 49, con nota di ROSSETTI, *Una rilettura della responsabilità civile che si presta ad « eccessi » di risarcibilità*; in *Resp. civ. prev.*, 2001, I, 340, con nota di MIOTTO, *Il « danno del nascituro » e (molto) altro in una pronuncia della Cassazione penale: un'occasione per riflettere sulla svolta giurisprudenziale in tema di struttura dell'illecito civile*), secondo la quale, ai fini della imputazione della responsabilità civile, il necessario nesso di causalità tra la condotta e l'evento e tra detto evento e le conseguenze dannose che ne derivino prescinde da qualunque criterio di contemporaneità, purché sussista l'adeguatezza causale. Pertanto è risarcibile, *iure proprio* il danno morale subito dal figlio della persona offesa che, alla data dell'incidente mortale, era stato già concepito ma non era ancora nato. In tal caso, il momento iniziale del verificarsi del danno è successivo alla nascita. In tema, cfr. GIACOBBE E., *Il concepito come persona in senso giuridico*, cit., 155 ss.

Così, sulla base del disposto dell'art. 32 cost. a norma del quale è compito della Repubblica tutelare la salute, la l. n. 40, cit. trova giustificazione costituzionale proprio nel testè citato articolo. Vieppiù dà attuazione ad esso.

Dall'altra parte, la legge sulla interruzione volontaria della gravidanza (26), è una legge che va a porsi come strumento di tutela contro situazioni di possibile danno o pericolo di danno alla salute fisica e psichica della gestante, anche se, come da più parti osservato, la legge svela una « malcelata ipocrisia » (27) là dove, in realtà, accorda nei primi novanta giorni alla donna la possibilità di un aborto la cui disponibilità è nei fatti a piena discrezione della gestante (28) (basti leggere l'art. 4) e dunque contravviene in pieno con quanto precisato da C. cost. 18 febbraio 1975 n. 27. Ma, nonostante sia di tutta evidenza come la legge sull'interruzione della gravidanza sia una legge volutamente elastica (29), essa è pur sempre una legge che ha come finalità la tutela del singolo individuo e il bilanciamento dei contrapposti interessi della gestante e del concepito che essa porta in grembo.

Orbene, tornando al rapporto tra interruzione della gravidanza e pratiche di procreazione assistita, ulteriore punto di divergenza è da individuarsi in ciò: in quest'ultimo caso, si ha, per un verso, la situazione soggettiva di colei che ha deciso di accedere alle pratiche di procreazione medicalmente assistita e che quindi non è in stato di gravidanza, e per altro verso, distinta da essa, la situazione « soggettiva » dell'embrione; embrione che, pur volendo prescindere dalle considerazioni etiche e dalle riflessioni giuridiche sulla sua soggettività giuridica, è certamente « oggetto » di specifica ed autonoma tutela ordinamentale (tutela della vita umana sin dal suo inizio).

Certamente, dunque, la situazione dell'embrione si presta ad esser indagata tanto dal punto di vista « forte » asserendone la soggettività (30), quanto dal punto di vista « debole », negandone la soggettività (il che conduce a considerarlo alla stregua di un « oggetto »); ma quantunque si acceda all'ultima impostazione, ciò non esclude assolutamente, non solo una esigenza di tutela, bensì, un *dovere* di tutela imposto dall'ordinamento vigente (31).

(26) Anche se è stato in diverse sedi ribadito che la l. n. 194, cit. non è una legge sulla autodeterminazione della donna: la Corte costituzionale ha precisato come non lo sia e non lo possa essere, data la tutela della vita umana sin dal suo inizio (C. cost. 18 febbraio 1975 n. 27, cit.); ciò che è poi posto in premessa alla l. n. 194, cit.

(27) In questi termini GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito*, cit., 183; alla critica aderisce GIACOBBE E., *op. ult. cit.*, 64 ss., la quale rileva (76 ss.) come, se si vuol aderire alla tesi secondo cui la normativa abbia di mira esclusivamente la salvaguardia di « un valore costituzionalmente protetto dall'art. 32 Cost. » e non, per converso, ammettere che abbia introdotto nei fatti un libero diritto all'aborto, rimane da spiegare il perché del mutamento dei presupposti e della valutazione di essi dopo il novantesimo giorno di gestazione.

(28) Cfr. GIACOBBE G., *Problemi civili e costituzionali sulla tutela della vita*, cit., 1123, secondo il quale la normativa, proprio in quanto ammette l'interruzione della gravidanza prescindendo da « ogni ipotesi di un danno medicalmente accertato, e introducendo il principio della libera scelta della donna », si pone al di fuori dei principi costituzionali, così come definiti dalla Consulta; BALLARANI, *op. cit.*, specialmente 1482, testo e nt. 42.

(29) Ciò in quanto, appunto, nei primi novanta giorni di gravidanza la legge prevede all'art. 4, con un accertamento assolutamente non vincolante (art. 5), la libertà di aborto a fronte del fatto che « la donna accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, 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 ».

(30) In armonia con il disposto di cui all'art. di apertura della l. n. 40, cit. e con quanto espresso da Trib. Catania 3 maggio 2004, cit.; con riferimento alla l. n. 40, cit., D'AVACK, *L'ordinanza di Catania*, cit., 550, rileva criticamente come la scelta del legislatore sia, da un canto, quella di privilegiare l'interesse del nascituro e, dall'altro, di attribuire, ancorché in modo non letteralmente espresso, lo *status* di persona (soggetto di diritti) all'embrione: « entrambe le opzioni, poste in posizione di assoluto privilegio e preminenza rispetto ai diritti e alle aspettative degli altri soggetti del progetto parentale, risultano dogmatiche e non lasciano spazio ad interpretazioni che possano riequilibrare le posizioni di tutti i soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita. Per converso, l'importanza dell'affermazione del giudice catanese è posta in luce da GIACOBBE E., *Tre « banalità » e una verità*, cit., 2462.

(31) Sul punto in dottrina c'è assoluta convergenza, altro non fosse che per il « principio di sufficienza del dubbio che quella embrionale sia una condizione personale », così come espresso da MOROZZO DELLA ROCCA P., *Procreazione medicalmente assistita e betatalassemia*, cit., 100.

Così, se si considerasse l'embrione alla stregua di un mero oggetto e non gli si riconoscesse, non solo la soggettività giuridica attuale (come embrione non impiantato), ma nemmeno una soggettività futura, ancorché potenziale, statica, parziale, provvisoria (come embrione impiantato) fino al momento della nascita, problemi per l'ammissione « indiscriminata » della diagnosi pre-impianto potrebbero non esserci (e l'uso del condizionale è d'obbligo), come non ce ne sarebbero per la produzione di embrioni per scopi diversi dall'impianto (ricerca), per la sperimentazione non clinica, ma genetica su di essi, per la selezione a scopi eugenetici ecc. Il problema sarebbe in questo caso etico, ma non giuridico.

Se al contrario si considera l'embrione portatore di un — seppur potenziale, condizionato, provvisorio, parziale, statico — attuale « interesse », a non voler parlare di soggettività (32), il problema dell'ammissibilità della diagnosi preimpianto si pone, ma non in conflitto con la madre (se non per l'obbligo di impianto, il che riduce la sfera della tutela della salute al solo aspetto attuale psichico, ma di certo non fisico), bensì propriamente nei confronti di lui stesso inteso come entità biologica umana, come vita umana (art. 1 l. n. 40, cit.).

Ed allora, se l'embrione è « soggetto » di diritto e comunque oggetto di tutela, sicuramente senso pieno hanno tutti i precetti che escludono la liceità (e di conseguenza impediscono) la selezione eugenetica, la sperimentazione per finalità non terapeutiche, la ricerca clinica per finalità non terapeutiche, la creazione di embrioni umani a fini di ricerca. Ma la diagnosi preimpianto a finalità terapeutiche di individuazione dello stato clinico e di salute dell'embrione deve essere consentita.

7. L'interpretazione « di dettaglio » del giudice cagliaritano: diagnosi preimpianto e informazione. — Il giudice di Cagliari prende in esame una situazione specifica, che è quella della contrapposizione tra diagnosi preimpianto e divieto astrattamente previsto di esso, e diritto all'informazione dei « produttori » dell'embrione e tutela (futura?) della salute (33) della (futura) gestante, la quale eventualmente si determinerà a procedere alla interruzione volontaria della gravidanza, per ragioni connesse al suo stato psicofisico (o allo stato di salute dell'embrione?).

A ben vedere, a prescindere dall'eventuale ammissibilità della diagnosi preimpianto, a prescindere dall'eventuale procedura di diagnosi e dal risultato di essa, non appena l'embrione (così com'è) è impiantato nell'utero della donna, la situazione di quest'ultima passa dalla disciplina della l. n. 40, cit. a quella della l. n. 194, cit. Essa avrà così, da quel preciso momento, in quanto gestante, facoltà di accedere alle diagnosi prenatali (34) e (pare) liberamente, accedere, a suo insindacabile

(32) Sulle cui riflessioni si è soffermata la dottrina richiamata *supra*, nt. 19.

(33) Al limite l'attualità riguarda esclusivamente la salute psichica, ma anche a fronte del divieto di revoca del consenso all'impianto, il rifiuto della donna non ha conseguenze, essendo incoercibile in modo categorico l'obbligo di impianto (obbligo di cui peraltro è stata rilevata da taluni la possibile illegittimità costituzionale per contrarietà all'art. 32, potendosi ravvisare in esso un trattamento sanitario obbligatorio; cfr. D'AVACK, *op. ult. cit.*, 551 ss.). Cfr., inoltre, GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito*, cit., 175 s., ove si rileva che « se davvero la fecondazione artificiale fosse un metodo terapeutico, come la legge 40 afferma all'art. 1 n. 2, il consenso informato del paziente dovrebbe essere sempre revocabile, così come dispone anche l'art. 5 della Convenzione di Oviedo ». Secondo il giurista, per quanto ovvia sia la disposizione se letta in ragione della tutela del terzo (l'embrione), ciò depone nel senso di negare che la procreazione medicalmente assistita sia un metodo terapeutico. Con essa, dandosi vita a ciò che definisce un *quid novi*, è « costui che necessita di ogni più opportuna tutela, perché parte debole ».

(34) Sulla responsabilità medica per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguenze nascita indesiderata, cfr., da ultimo, Cass. 20 ottobre 2005 n. 20320, in *Fam. dir.*, 2006, 253 ss., con nota di FACCI, *Il danno da nascita indesiderata e la legittimazione al risarcimento del padre*, sentenza, questa, che si segnala per aver avuto il pregio di precisare come la legittimazione al risarcimento in caso di omessa diagnosi di malformazione del feto determinata dall'inadempimento colpevole del sanitario, spetti anche al padre del bambino, in quanto la mancata interruzione della gravidanza è causa di danno anche per il padre, mutando il precedente orientamento contrario espresso da Cass. 29 luglio 2004 n. 14488 (in *Foro it.*, 2004, I, 3327, con nota di BITETTO, *Il diritto a nascere sani*; in *Fam. dir.*, 2004, 559, con nota di FACCI, *Wrongfull life: a chi spetta il risarcimento del danno?*; in *Corr. giur.*, 2004, 1437, con nota di LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*). In tema, cfr., *ex multis*, Cass. 10 maggio 2002 n. 6735 (in questa *Rivista*, 2002, I, 1490; in *Diritto e giustizia*, 2002, n. 26, p. 32, con nota di ROSSETTI, *Wrongfull birth e danni risarcibili: riappare il danno alla vita di relazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 630, con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni*

giudizio, alle pratiche di interruzione volontaria della gravidanza, sulla base del disposto di cui all'art. 4 della summenzionata legge sulla interruzione di gravidanza (35).

Il problema è allora consequenziale e attiene all'incidenza che il responso di una diagnosi può avere sull'eventuale consenso o rifiuto di consenso all'impianto da parte della coppia.

La sentenza sembra far leva su un'alternativa (la diagnosi pre-impianto è sperimentazione — art. 13, comma 1 — e quindi è vietata; non è sperimentazione, ma è ricerca clinica e sperimentale a finalità terapeutiche — art. 13, comma 2 — e quindi è consentita) e la pone in relazione al diritto sancito all'art. 14, comma 5 (informazione sullo stato di salute della donna), perdendo però di vista il problema nel suo insieme, che peraltro troverebbe agevole soluzione — come si andrà ad argomentare nel prosieguo — proprio nel dettato normativo e ponendo mente alle finalità di esso.

8. La premessa maggiore della soggettività dell'embrione. — Il giudice del merito va pertanto ad interpretare e a statuire su ciò che dovrebbe essere una conseguenza, considerandola come premessa; e, solo in questi termini, la sentenza risponde ad una possibile logica interpretativa della legge, perché va ad intendere la norma nel senso che essa non pone divieto alla diagnosi pre-impianto (entro i limiti precisati al comma 2 dell'art. 13); da questa « premessa » fa derivare che la negazione della diagnosi è lesiva della salute psicofisica della donna costituzionalmente tutelata dall'art. 32 ed è contraria al disposto di cui all'art. 14 l. n. 40, cit. che prevede il diritto all'informazione sullo stato di salute dell'embrione. Dal che si deduce l'ammissibilità della diagnosi pre-impianto entro i suddetti limiti e nel rispetto del diritto all'informazione e della salute della futura gestante.

Ma, come accennato, per tal via si confondono le conseguenze con la premessa. La premessa, che emerge chiaramente dalla finalità della normativa, espressa a chiare lettere all'art. 1 della stessa (36), è il porre rimedio ai problemi di fertilità e di sterilità ma nel rispetto di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

In altri termini, e con le precisazioni del caso, la premessa maggiore è la soggettività dell'embrione (37) e, comunque, la tutela giuridica che la legge gli assicura come dato *a priori*, che, come tale, non è degradabile sul piano delle conseguenze senza invertire l'ordine logico del ragionamento.

Se invece si muove dalla premessa di un diritto alla informazione da attuarsi pienamente mediante la diagnosi preimpianto, estrapolandolo, decontestualizzandolo dalla normativa, lo si fa assurgere a principio cardine dell'intero impianto normativo e a chiave interpretativa della legge,

risarcibili. Né la pronuncia della Cassazione deve destare particolare meraviglia, sol che si pensi che anche la nascita di un bambino sano si, ma non desiderato, viene considerata danno risarcibile).

(35) Allora il dubbio di costituzionalità sollevato da Trib. Cagliari, ord. 16 luglio 2005, cit., riguardo alla salute della donna e la presa di posizione rispetto alla l. n. 40, cit. espressa con la sentenza in epigrafe, entrambi informati alla possibile lesione della salute psico-fisica della gestante, sarebbero da rivolgere all'art. 4 l. n. 194, cit. in quanto esso pare travalicare i limiti tracciati in materia dalla Corte costituzionale (C. cost. 18 febbraio 1975 n. 27, cit. e C. cost. 10 febbraio 1997 n. 35, cit.), consentendo, nei fatti, la selezione eugenetica, e non alla legge sulla procreazione medicalmente assistita, la quale ultima, seppur di non immediata e chiara interpretazione, ad una lettura teleologica, informata alle finalità che essa si propone di perseguire ed ai principi costituzionali, non può non condurre che a pronunzie dal senso univoco, appunto se convergenti sulle predette finalità.

(36) La finalità della legge non è, peraltro, da rinvenirsi attraverso una complessa lettura in chiave ermeneutica del testo e dei principi costituzionali, bensì è cristallizzato in modo apodittico, all'articolo di apertura, rubricato, appunto, « finalità ». E non si può non tener conto di essa. In primo luogo è una legge che non tutela il diritto a procreare, ma che si propone di porre rimedio alle questioni di sterilità. In secondo luogo, sempre l'art. 1, in apertura, precisa che la legge assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti compreso il concepito.

(37) La l. n. 40, cit. comprende, all'art. 1, tra i soggetti coinvolti nelle pratiche di inseminazione artificiale anche il concepito, non limitandosi a tutelare un valore, bensì qualificando il concepito medesimo come soggetto. Non può, quindi, omettersi di considerare come la suddetta legge, nella misura in cui deve essere armonizzata con l'art. 1 c.c., valorizza, della realtà del concepito, l'aspetto inerente alla tutela della persona, che, a ben vedere, considera già attuale. Ed in questi termini le due norme testè menzionate si prestano ad essere conciliate, assegnando al principio espresso dall'art. 1 della legge sulla procreazione medicalmente assistita un ruolo di integrazione e specificazione dell'art. 1 c.c. Sul punto, v. ancora BALLARANI, *op. cit.*, 1515 ss., specialmente 1518.

confondendo premessa e conseguenze: dato che è consentita la diagnosi preimpianto e dato che dalla diagnosi può risultare che l'embrione è malato, nel rispetto del diritto all'informazione e della salute della futura gestante, la madre dovrebbe poter considerare queste informazioni al fine, nei fatti, di rifiutarsi di sottoporsi all'impianto.

Se ciò fosse permesso, dandosi rilievo preminente al diritto della donna (non gestante attualmente) — applicandosi per una sorta di « analogia giurisprudenziale » una pronuncia resa in situazioni affatto differenti e tendente a risolvere una confliggenza di interessi costituzionalmente rilevanti (C. cost. 18 febbraio 1975 n. 27, cit.) — la conseguenza inevitabile sarebbe quella di relegare l'embrione alla stregua del mero oggetto, negandogli *in nuce* nei fatti ogni tutela ed ogni diritto e violando il principio costituzionale — indefettibile e applicabile nella sua estrema sintesi ad ogni situazione che veda coinvolto l'uomo — della tutela della vita umana sin dal suo inizio, espresso dalla medesima giurisprudenza costituzionale (38).

9. Premessa e conseguenze: non è dato invertire i termini. — Se si ragiona in senso contrario, calando ciò che nasce come premessa nel suo specifico ruolo, saranno le conseguenze ad essere completamente differenti. In altri termini, sulla scorta del principio della tutela della vita umana sin dal suo inizio e delle finalità della legge e della precisazione del rispetto e della tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito, la prima conseguenza della premessa maggiore di cui sopra è la pariteticità delle posizioni giuridiche dell'embrione e dei suoi « produttori ». Diagnosi, possibilità di essa, limiti ad essa, informazione, sono, quindi, ulteriori conseguenze da dedurre, a fini ermeneutici e di applicazione ai casi concreti, dalla premessa e dall'univocità di interpretazione di essa.

Si assume, dunque, in premessa che l'embrione è portatore attuale di « interessi » (*rectius*: situazioni giuridiche soggettive, seppur discutibile sia l'attualità, la provvisorietà, la staticità delle stesse) e, anche se secondo molti non può esser considerato appieno soggetto di diritto, a questo, per le situazioni esistenziali, è pienamente equiparato in punto di tutela ordinamentale.

Posta questa premessa di fondo, l'embrione non è oggetto di diritto, bensì è da considerarsi (come se fosse) soggetto di diritto. Ed è per questa ragione che si impone la soluzione del problema di tutela precipua dell'embrione anche preimpianto. La situazione giuridica della « produttrice » dell'embrione è da considerarsi alla stessa identica stregua di quella dell'embrione medesimo. La situazione giuridica della madre ancora ha da venire, in quanto la madre è tale dal momento dell'impianto, divenendo in quel preciso momento gestante. E allora, un problema di contrapposizione diretta tra situazioni giuridiche soggettive nei termini in cui esso si manifesta a seguito dell'impianto, al momento, nei medesimi termini, non si pone.

Come precedentemente cennato, infatti, gli interessi in giuoco sono convergenti se non coincidenti.

Pertanto, la salute dei « produttori » si pone su un piano assolutamente paritetico rispetto alla salute dell'embrione, fermo restando il fatto che la produzione di esso embrione è stata consentita (normativamente) con la sola ed esclusiva finalità dell'impianto.

(38) Peraltro il ragionamento della Corte costituzionale nel caso in epigrafe dovrebbe leggersi all'inverso. Se la legge tutela il diritto di tutti i soggetti coinvolti compreso il concepito, non essendosi ancora impiantato l'embrione, non si pone un problema di bilanciamento tra l'interesse, o meglio, per usare l'espressione della Corte 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. In questo caso non esiste equivalenza fra il « diritto » non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già embrione non impiantato e la madre, che madre ancora non è in quanto non gestante fino all'impianto. Non esiste un problema di conflittualità. Non c'è nulla da bilanciare. Non si pone nemmeno un problema di confliggenza di soggettività o di « doppia soggettività » portata dalla gestante, in quanto non c'è nessuna gestante. Così come posto in evidenza da Trib. Catania 3 maggio 2004, cit., non sembra nemmeno palese una antinomia tra l'art. 4 l. n. 194, cit. e l'art. 14 l. n. 40, cit. l'aborto essendo consentito a protezione della salute della donna e non al fine di garantirle la nascita di un bambino sano. La salute dell'embrione è invece diritto dell'embrione medesimo e non diritto della donna: il che esclude il diritto della donna a non condurre a termine una pratica di procreazione artificiale di figli malati. Peraltro, continua il giudice catanese « il "diritto" all'aborto esiste nei termini in cui la legge lo prevede e lo disciplina. E la l. n. 194, cit. lo prevede e lo disciplina incontrovertibilmente come un diritto che sorge solo dopo l'istaurarsi della gravidanza e con riferimento non già alle condizioni di salute del nascituro, ma a quelle della madre »; in questo senso, cfr. MOROZZO DELLA ROCCA P., *op. ult. cit.*, 99.

10. Finalità della procreazione medicalmente assistita e finalità esclusiva della produzione di embrioni umani. — A conclusione un ultimo rilievo. Il problema su cui si è pronunciato il giudice cagliaritano, con la sentenza in epigrafe, la l. n. 40, cit. lo risolve *in radice*, là dove prevede che il consenso prestato per l'accesso alla pratica di inseminazione artificiale è revocabile entro e non oltre la fusione dei gameti, ossia fino alla creazione dell'embrione *in vitro*; ciò in quanto, ponendosi la legge in parola in funzione di tutela di tutti i soggetti coinvolti, avendo come finalità il porre rimedio a situazioni di infertilità e di sterilità, consentendo la produzione « artificiale » di embrioni umani alle sole finalità di impianto a fine procreativo e vietando nel contempo in modo espresso la produzione per scopi diversi, l'unica modalità di tutela effettiva del diritto del soggetto-embrione prodotto a finalità procreativa, è quella di assicurarli la realizzazione di ciò per cui è stato prodotto, ossia l'impianto nell'utero.

In quest'ottica, allora, è da leggersi la disposizione di cui all'art. 13, comma 2, lett. *b*, là dove consente, ponendosi come eccezione rispetto al precetto tassativo di cui al comma 1 del medesimo articolo, la ricerca clinica e sperimentale sull'embrione purché persegua finalità esclusivamente terapeutiche per l'embrione medesimo, ed è da aggiungersi con esclusione di qualsiasi margine di incidenza sul consenso prestato.

Così, il diritto all'informazione di cui all'art. 14, chiamato in causa dal giudice cagliaritano è limitato alla sola ed esclusiva situazione di salute dell'embrione, ma non può essere impeditivo dell'impianto, in quanto il consenso prestato, ancorché informato, è irrevocabile.

Ovvio può apparire che si tratta di una informazione non completa, quella fornita alla coppia prima della fusione dei gameti, in quanto non si ha informazione dettagliata sullo stato di salute dell'embrione. Ma la logica è di tutta evidenza, dato che la legge è estremamente chiara riguardo al fatto che la sola finalità della produzione di embrioni umani è quella dell'impianto e che essi, una volta prodotti per tale finalità non sono assolutamente selezionabili su base eugenetica. In altri termini, una volta prestato il consenso alla pratica di inseminazione artificiale (alla quale la coppia liberamente decide di affidarsi per risolvere il problema di sterilità o di infertilità) qualsiasi sia il risultato prodotto, ossia qualsiasi sia lo stato di salute degli embrioni anche risultante a seguito di diagnosi pre-impianto, essi debbono essere impiantati.

Ed ecco, allora, che il quesito iniziale di contrarietà della pronuncia in epigrafe rispetto alla ragione della legge e di conformità alla legge della ragione può essere sciolto.

La legge della ragione, alla quale sembra appellarsi la sentenza in commento, consisterebbe in ciò: che, se la « madre gestante » può interrompere la gravidanza per plausibili motivi di salute, questi stessi motivi, una volta accertati in capo a lei a seguito del responso della diagnosi preimpianto sull'embrione, devono *a fortiori* valere per consentirle il rifiuto della (pur programmata) gravidanza. Ma così opinando, si dimentica che, mentre la « gestante » è già madre che porta in grembo un figlio (per cui l'eventuale conflitto fra le due entità ha luogo all'interno dello stesso corpo e trova esito in un bilanciamento di valori precostituiti), altro è il caso dell'embrione, che è stato prodotto proprio per essere impiantato nell'utero: a questa entità, già esistente *in rerum natura* ma incapace di svilupparsi da sola, non può essere negato il programmato passaggio alla fase prenatale senza con ciò infrangere il principio costituzionale che tutela la vita umana sin dal suo inizio.

Questa, in sintesi, la *ratio legis*. E su questo piano la ragione della legge coincide con la legge della ragione.

GIANNI BALLARANI