

IL PRIMATO DELLA SCIENZA SUL DIRITTO (MA NON SU I DIRITTI) NELLA FECONDAZIONE ASSISTITA

di Giuseppe Di Genio *

(20 maggio 2009)

La Corte Costituzionale si è finalmente pronunciata con la sentenza n. 151 del 2009 sulla tematica della fecondazione assistita, che appare sicuramente un tema delicato e difficile da risolvere nell'ordinamento giuridico italiano, complessivamente inteso. L'ordinanza del TAR Lazio, ma anche quella del Tribunale di Firenze, ha riproposto un tema scottante in cui emerge indubbiamente "il primato della scienza e della tecnica sul diritto", trattandosi di un trattamento comunque artificiale e non naturale, praticato sugli esseri umani e per gli esseri umani. La Corte sembra aver capito tale assunto nella motivazione della sentenza, definibile forse quasi storica (in realtà stringata), tant'è che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» nonché (comma 3) nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

Il trinomio inscindibile scienza-tecnica-diritto appare confermato dal tenore delle Linee guida della legge n. 40 del 2004, viepiù contestate, intrise di elementi e dati scientifici, sia nel vecchio sia nel nuovo testo di riferimento (che ha eliminato il divieto della diagnosi preimpianto), sulla cui utilità giuridica è lecito discutere laddove dovessero risultare pre-determinanti (ma andranno inevitabilmente riviste alla luce della sentenza) il futuro dato legislativo. Esso (trinomio) emerge chiaramente nelle parole delle Corte secondo cui la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto.

Al riguardo, continua il giudice costituzionale, va segnalato che 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.

La decisione della Corte si configura interessante probabilmente proprio su questo versante (vale ripeterlo: la sua lunghezza tradisce la portata della motivazione, quasi volesse stancare il lettore), quello cioè di scegliere il primato della scienza e della tecnica sul diritto (e non viceversa), anche alla luce delle esperienze maturate in altri ordinamenti, più o meno vicini al nostro. Si badi bene, prevalenza della scienza sul diritto ma non sui diritti costituzionali, alla vita, dell'embrione, alla procreazione, che anzi vengono salvaguardati attraverso l'ausilio della scienza. In materia di fecondazione assistita, infatti, esistono diverse tipologie normative e giurisprudenziali di diritto comparato, più permissive, come Spagna, Gran Bretagna e parte degli Stati Uniti, ovvero più rigide, come in Germania e Francia. Basti citare, infine, anche in termini di azzardi normativi, il recente e paradossale *Human fertilisation and embryology bill* inglese, che darà il via libera in Inghilterra, dove si opera *case by case* con una Autorità indipendente, alla produzione di embrioni chimera, in parte umani e in parte animali, dai quali estrarre cellule staminali con l'uso dello sperma artificiale ricavato dal midollo osseo femminile o dalle staminali di un uomo adulto per la cura definitiva dell'infertilità.

La rilevanza della ricerca scientifica, menzionata nell'art. 9 Cost., anche come espressione di una cultura della vita e della salute (*rectius*: di uno Stato di cultura della vita e dell'embrione), comporta che i suoi studi e i suoi risultati debbano svolgere una funzione propedeutica e preparatoria della nuova legge o di nuove singole disposizioni da inserire nella stessa. D'altronde, in dottrina, in particolare Antonio Ruggeri, ha manifestato chiaramente il suo pensiero, sottolineando di non essere affatto contrario all'opportunità-necessità improcrastinabile di una nuova disciplina della materia. Di qui è possibile dire che dato tecnico e dato comparatistico potrebbero essere utili e fungere da ausilio nella definizione italiana della prossima questione legislativa ora indirizzata dal forte riferimento giurisprudenziale adottato.

Appare, quindi, indubbio ed impellente operare una rivisitazione della normativa sulla fecondazione assistita anche perché le coppie che richiedono la procreazione medicalmente assistita rappresentano inevitabilmente una vera e propria "minoranza biologica" e riproduttiva, inquadrabile, al di là dei soliti riferimenti costituzionali, a maglie

larghe forse anche nello stesso art. 6 Cost. *Naturaliter*, il termine minoranza discende sì da un quadro numerico e statistico ma soprattutto dalla individuazione di “*minori chances*” riproduttive delle coppie che richiedono i trattamenti assistiti, con enormi sacrifici vitali ed affettivi. Resta fermo nelle intenzioni della Consulta che l'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute.

In tale direzione, è auspicabile il riconoscimento del diritto e dei diritti alla massima espansione tecnica e scientifica della procreazione medicalmente assistita a favore delle coppie richiedenti, come vero e proprio diritto della personalità bilanciato ex artt. 2, 9 e 32 Cost. Tale soluzione è interessante al fine di guidare le scelte discrezionali del legislatore di per sé insindacabili se non irragionevoli, così come risulterebbe interessante praticare, con i dovuti accorgimenti costituzionali, un referendum preventivo sulle future scelte del legislatore. Non a caso il cambiamento dei tempi e delle prospettive in questo settore si è manifestato sin dall'epoca referendaria. Lo Stato, in definitiva, deve farsi carico ed appropriarsi di nuovo di una funzione di garanzia dei diritti delle coppie con “*minori chances*” di vita riproduttiva, favorendo la creazione di strutture trasparenti, facilmente raggiungibili e fruibili, anche in una logica di privacy, ma soprattutto coordinando l'azione delle associazioni di riferimento e dei tribunali che spesso in realtà risultano lontani dai cittadini e pesanti nelle procedure.

Ma vi è di più. Non basta garantire appieno il diritto alla procreazione senza sviluppare contemporaneamente il diritto al mantenimento di ciò che è stato già procreato, attraverso il sistema delle adozioni e degli affidamenti, interni ed esterni, eliminando burocrazie sorde e costi assurdi, al fine di garantire da un lato la ri-nascita di una nuova vita per una (vita) già nata ma vissuta senza genitori (quindi in buona parte negata), dall'altro un diritto alla bi-genitorialità come diritto delle coppie a ri-creare una piena esperienza di vita familiare negata dall'assenza di figli naturali, sia ben chiaro, comunque accettabile.

* Professore associato Diritto Costituzionale comparato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Salerno

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali