

## L' accesso alla procreazione medicalmente assistita, tra "integrazioni" della legge e nuove aperture giurisprudenziali

di Elena Malfatti

Il tema della procreazione medicalmente assistita (PMA) ha conosciuto in questi anni un significativo attivismo giurisprudenziale, non solo in Italia ma anche al livello delle due Corti europee (a Strasburgo, Dickson c. Regno Unito, 4 dicembre 2007, e S.H. e altri c. Austria, 1° aprile 2010; in Lussemburgo, C-506/06, 26 febbraio 2008), che ha suscitato tra l'altro una rinnovata attenzione dei *media*: se in passato si indicava da più parti un "far west" nelle tecniche di PMA, o un problema di "procreazione selvaggia" adesso si sottolinea che "i giudici smantellano la legge" (n. 40/2004), o addirittura che è partita (sull'onda della giurisprudenza europea) "l'ultima spallata alla legge 40" (*Repubblica*, 6 febbraio 2010, risp. 1 e 22). Meno pubblicizzato e discusso, invece, l'aggiornamento, operato con decreto ministeriale il 30 aprile 2008, delle c.d. Linee Guida, predisposte dal Dicastero della Salute sulla base della Legge 40, e contenenti indicazioni vincolanti tutte le strutture sanitarie autorizzate a intervenire in materia.

Nel giudizio comune si è assistito all'emergere di un primo filone applicativo "eversivo" della legge, che ha portato dapprima il giudice civile ad ordinare a due centri medici di effettuare la diagnosi c.d. preimpianto (rispettivamente, Trib. Cagliari, 22 settembre 2007; Trib. Firenze, 19 dicembre 2007) a vantaggio di coppie sterili e portatrici di malattie genetiche trasmissibili; poi il giudice amministrativo ad annullare (riconoscendovi al contempo norme secondarie) le originarie Linee Guida ministeriali del 2004, nella parte in cui proibivano indagini sullo stato di salute dell'embrione che non fossero di tipo osservazionale (Tar Lazio, sez. III, 21 gennaio 2008, n. 398). A ben guardare anche i due giudici ordinari, con motivazioni assai dense, avevano operato nella stessa direzione, provvedendo a "riespandere" le potenzialità normative della legge (che in sé si limitava e si limita a prevedere sull'embrione interventi con finalità diagnostiche e terapeutiche) per il tramite della disapplicazione delle Linee Guida; ovvero essi avevano operato un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge che evidenziava, di riflesso, l'illegittimità delle previsioni ministeriali. La Corte costituzionale, dal canto suo, è intervenuta con la sent. n. 151/2009 a dichiarare illegittima la previsione dell'unico e contemporaneo impianto di embrioni, comunque non superiore a tre, che veniva a frustrare la regola di fondo, in materia di pratica terapeutica, secondo cui è nell'autonomia e nella responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, si operano le necessarie scelte discrezionali; e la difesa dell'embrione, ha proseguito la Corte, non può considerarsi assoluta ma deve giustamente bilanciarsi (come del resto si intravede nella *ratio legis*) con le esigenze della procreazione, con le concrete aspettative di gravidanza e, in ultima analisi, con la tutela della salute della donna.

Nel quadro che veniva a delinearsi appena un anno addietro, quindi, un tessuto normativo in cui si era prodotta una lacerazione, superandosi forti limiti sia ad un eventuale, ma importante passaggio, da collocarsi nella fase che intercorre tra la fecondazione in *vitro* e il trasferimento in utero degli embrioni (diagnosi preimpianto), sia alle stesse modalità tecniche della PMA; da tali

“brecce” derivavano alcune conseguenze a cascata, quale quella – messa in luce dalla stessa Corte costituzionale (anche nella successiva ord. n. 97/2010) – di un indebolimento vistoso del divieto generale di crioconservazione degli embrioni, in conseguenza logica della caducazione della previsione dell’obbligo di un unico e contemporaneo impianto. Più in generale, venivano ad aprirsi scenari incerti in questo delicato settore, per la sottolineatura del ruolo centrale delle scelte demandate agli specialistici coinvolti nella PMA, per l’“annacquamento” della matrice ideologica che aveva ispirato l’approvazione della Legge 40 (come noto, fortemente orientata nel senso della tutela dell’embrione, restrittiva delle possibili richieste degli aspiranti futuri genitori, e per taluno così dogmatica da avere a priori impedito un accordo *bipartizan*, tra le forze politiche), e infine per la più evidente emersione – attraverso la “pressione” dei casi della vita che esigevano risposte concrete dai magistrati – di alcune incoerenze della legge, rispetto alle acquisizioni in materie adiacenti, quali l’interruzione volontaria di gravidanza e la (capillarmente diffusa) diagnosi prenatale.

Un secondo e recente filone giurisprudenziale si caratterizza, pertanto, per l’applicazione di una disciplina non più “blindata”, come poteva apparire originariamente (Trib. Catania, 3 maggio 2004, il quale, in una controversa decisione, aveva dato molto risalto all’*intentio legis*, negando l’accesso alla diagnosi preimpianto per un caso del tutto simile a quelli che si sono presentati poi nel 2007 e all’ulteriore caso affrontato da Trib. Bologna, 29 giugno 2009, che riconoscerà, sviluppando le premesse poste dalla Corte costituzionale, “il diritto di abbandonare l’embrione malato e di ottenere il trasferimento di quello sano”), ma i cui connotati sono stati, *medio tempore*, ulteriormente sfumati dalle nuove Linee Guida ministeriali, nella parte in cui esse hanno operato “a monte” della PMA, intervenendo su quella che rappresenta una condizione decisiva per sottoporsi alle relative tecniche, ossia l’infertilità. Quest’ultima infatti, a leggere il d.m. del 2008, non costituisce più soltanto uno stato “di natura”, un dato oggettivo alla stregua del quale, soltanto, può aprirsi la porta della fecondazione artificiale consentita in Italia, ma si arricchisce di una valenza nuova: l’infertilità viene considerata “di fatto” affliggente quei soggetti di sesso maschile, ai quali, risultando essi portatori di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV o HCV, si impone l’adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infecondità. Immediata l’osservazione secondo la quale, se le indicazioni ministeriali del 2004 conducevano a restringere ulteriormente (per la diagnosi preimpianto) l’orizzonte già abbastanza angusto della legge, viceversa quelle del 2008 producono un effetto decisamente estensivo di una sua qualificante previsione (senza nemmeno valutare, ad esempio, che contro le epatiti è possibile sottoporsi a vaccinazione) se non addirittura un risultato valutabile come *contra legem*, pur al fine apprezzabile di allargare il novero degli interessati all’applicazione della legge; la Corte di cassazione però (Cass. pen., sez. I, 13 marzo 2009, n. 11259), intervenendo in proposito, e contravvenendo l’orientamento espresso dal magistrato di sorveglianza di Roma (ord. 7 luglio 2008) - il quale, con riferimento alla richiesta di un detenuto affetto da epatopatia HCV, aveva ritenuto di dover disapplicare questa particolareggiata indicazione ministeriale delle patologie rientranti nel campo di operatività della disciplina legislativa – ha affermato che le Linee Guida

svolgerebbero a buon titolo una funzione concretamente “integrativa” della previsione generale della Legge 40.

A prescindere dall’opacità della qualificazione di una previsione asseritamente regolamentare come “integrativa” di legge - nella misura in cui la Legge 40, all’art. 7, non reca una norma di principio (da eventualmente integrare, come prescrive l’art. 17, legge n. 400/1988) bensì prevede analiticamente che le Linee Guida contengano (soltanto) l’indicazione delle procedure e delle tecniche di PMA – preme segnalare come (pur con una motivazione obliqua, che si presterebbe a varie considerazioni critiche, non compatibili con le dimensioni del presente lavoro) la Suprema Corte non ritenga consentita al giudice (nel caso, naturalmente) un’operazione (la disapplicazione di norme di natura secondaria) che avrebbe condotto a lasciare insoddisfatta un’aspettativa di accesso alla PMA; mentre nei casi accennati (*supra*) proprio la disapplicazione era risultata funzionale ad un ampliamento di tutela di un bene essenziale della (futura) gestante, ovvero la salute (anzitutto psichica) della donna, evitando a costei, tramite l’autorizzazione al prelievo e all’esame di cellule embrionali, le incertezze di un impianto “al buio”, senza conoscere le eventuali patologie trasmesse al prodotto dell’inseminazione assistita. Ora, che la protezione di tutti i soggetti coinvolti nei protocolli della PMA sia scopo, addirittura conclamato, della Legge 40, non c’è dubbio, quindi sia la revisione delle Linee Guida che il complessivo movimento giurisprudenziale in materia potrebbero trovare questa chiave di lettura, a rafforzare le legittime aspirazioni dei *partners*, nell’alveo anche del diritto costituzionalmente riconosciuto alla autodeterminazione della persona; ma non si può nemmeno ignorare che la legge riferisca le garanzie di protezione ai soggetti *già* ammessi alle tecniche di PMA, sulla base dei requisiti inizialmente previsti, e da questo punto di vista, allora, le più recenti novità stridono indubitabilmente con il tenore letterale del testo, apparendo infine, per così dire, *extra petita*.

A rafforzare la sensazione di un’esigenza di chiarezza in ordine ai confini della disciplina in esame, evitando che essi divengano via via più evanescenti, è intervenuta un’ulteriore pronuncia (Trib. Salerno, 9 gennaio 2010) che – semplificando un poco – sembrerebbe “massimizzare” i traguardi raggiunti nella prassi dal 2007 ad oggi: il giudice di prime cure, infatti, ammette una coppia portatrice di malattia genetica e tuttavia non infertile (quindi il caso è ancora diverso da quelli finora presentatisi) alle tecniche procreative assistite, ordinando al contempo la diagnosi preimpianto degli embrioni da prodursi e il trasferimento in utero soltanto di quelli sani, ovvero che non mostrino mutazione genetica. Degli ultimi esiti applicativi, infatti, traspare nella motivazione del provvedimento l’“appoggio” al d.m. del 2008 (tanto più “confermato” dalla Cassazione, anche se di quest’ultima decisione non si fa menzione) per allargare nuovamente le “maglie” del concetto di infertilità; mentre dal “diritto vivente” consolidatosi in precedenza il giudice coglie il ruolo centrale della salute della madre, alla quale gioverà pertanto la diagnosi preimpianto (che a pensarci dev’essere obiettivo centrale, se non esclusivo, di una coppia fertile e tuttavia capace di trasmettere, come accaduto già tre volte in concreto nella propria personale e travagliata vicenda, una grave sindrome). Evidente l’ulteriore *vulnus* inferto alla legge, della quale si è abilmente scansata “la briglia” (TRIPODINA, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 25 marzo 2010), pur a fronte, probabilmente, di un imperativo, avvertito dal magistrato, di giustizia sostanziale; e indifferibile, a parere di chi scrive, una rivisitazione in Parlamento

dell'intero articolato, per "riassumerne", anche alla luce dell'esperienza maturata sul piano delle applicazioni concrete, la piena responsabilità, e restituire così agli operatori un quadro organico, nel quale magari facciano ingresso clausole elastiche, magari si affronti il nodo del rapporto tra contenuti della Linee Guida e parere del Consiglio superiore di sanità (adombrato dalla Cassazione), e comunque emergano previsioni più consone alle attese affiorate nella società civile (che non è quella, più remissiva, immaginata – e forse auspicata - nel 2004).