

Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!

Alfonso Celotto *
(11 marzo 2004)

Auturo Carlo Jemolo, con la consueta limpidezza, riteneva che la famiglia fosse "un'isola che il diritto può solo lambire". Questa metafora riassume tutte le difficoltà di disciplinare con regole giuridiche i fenomeni che riguardano la persona. Jemolo, tuttavia, non poteva certo immaginare quanto tali difficoltà si sarebbero moltiplicate il giorno in cui i progressi della tecnica avrebbero invaso sia il campo del diritto, sia quello della persona umana.

Questa riflessione ci aiuta a comprendere quanto sia complesso disciplinare giuridicamente un fenomeno dalle fortissime implicazioni personali, etiche e tecnologiche come la procreazione medicalmente assistita.

Il tentativo del legislatore italiano di bilanciare i diversi profili problematici di questa materia non mi pare abbia sortito esiti positivi nella legge 19 febbraio 2004, n. 40.

Non intendo assolutamente prendere posizione sulle questioni meta-giuridiche implicate dalla procreazione medicalmente assistita. Voglio solo prospettare i dubbi di legittimità costituzionale che mi sono venuti in mente leggendo questa tanto discussa legge:

a) aver ammesso la procreazione assistita solo "qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità" (art. 1, comma 2; e art. 4, comma 1), non consente di ricorrere alla procreazione assistita quale mera scelta personale, pur essendo questa una scelta che diviene pressoché obbligata per le coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. Tale limitazione, mi pare, presenti profili di difficile compatibilità con il canone di ragionevolezza, con la libertà personale, intesa quale libertà di autodeterminazione, e con diritto alla procreazione ricavabile dagli artt. 2, 13, 30 e 31 Cost., in quanto limita la possibilità all'autodeterminazione del singolo nella scelta di avere figli, anche quando abbia impedimenti fisici, scientificamente superabili, e con il diritto alla salute del neonato;

b) i divieti di impiantare più di tre ovociti per ciclo e di congelare gli embrioni e l'obbligo di trasferire tutti gli embrioni ottenuti con l'inseminazione rappresentano scelte opinabili dal punto tecnico scientifico, in quanto comportano la necessità di sottoporsi a stimolazione ormonale per ogni ciclo di trattamento, diminuendo la percentuale di successo; inoltre, aumentano le probabilità di gravidanze plurigemellari e il rischio di danni neonatali, con una indiretta incentivazione dell'aborto. Per tutta questa serie di ragioni i relativi articoli della legge si pongono in contrasto con il canone di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., e con l'art. 32 Cost., configurando, per la donna che deve ricevere l'impianto, un trattamento sanitario obbligatorio, cui essa non può sottrarsi in alcuna ipotesi (nemmeno nel caso in cui debba essere impiantato un embrione palesemente malformato, che la donna deve farsi impiantare per poi...abortire subito dopo!). Siamo davvero lontani dal concetto di trattamento sanitario obbligatorio ritenuto legittimo dalla giurisprudenza costituzionale, che lo ammette solo se diretto a preservare la salute del singolo, solo nel limite del rispetto della persona umana e a condizione della sussistenza di un interesse della collettività (da ultimo, proprio con riferimento alla legge sulla PMA, cfr. *Serges, Così si profila un trattamento sanitario obbligatorio*, in *Il sole 24 ore - Sanità*, 17-23 febbraio 2004). Per di più, alcuni di questi divieti non appaiono compatibili con i principi con la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina (c.d. Convenzione di Oviedo, 1997), resa esecutiva in Italia con l. n. 145 del 2001 e come tale, ai sensi dell'art. 117, 1° comma, Cost., obbligatoria e vincolante per la legislazione italiana;

c) il divieto di procreazione assistita di tipo eterologo configge il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in quanto discrimina irrazionalmente tra categorie di cittadini, consentendo solo ai più benestanti di ricorrere a questa tecnica, utilizzando strutture sanitarie in altri Paesi dell'Unione europea o extra-europei; e contrasta con il principio di libertà personale e con il diritto alla procreazione, non consentendo di avere legalmente figli in Italia alle coppie in cui il marito sia irrimediabilmente sterile. La disparità di trattamento appare ancora più grave, in quanto configura anche una discriminazione in base alla nazionalità tra cittadini comunitari: i cittadini italiani si vedrebbero penalizzati rispetto ai cittadini di altri Stati comunitari, la cui legislazione preveda regole meno restrittive per la procreazione medicalmente assistita; si configura così anche una violazione dell'art. 12 TCE, rilevabile, *in primis*, dalla Corte di giustizia delle

Comunità europee;

d) il divieto di selezionare gli embrioni, esaminando eventuali malformazioni, contrasta con il canone di ragionevolezza e con il diritto alla procreazione, inteso come diritto ad avere un figlio sano; è contrario con il diritto alla salute tutelato dall'art. 32 Cost., avendo riguardo alla salute del neonato; confligge, inoltre, con la libertà della ricerca scientifica e della scienza (artt. 9 e 33 Cost.), limitandole irrazionalmente anche in relazione alla più ampia facoltà che i ricercatori hanno negli altri Paesi comunitari, in relazione alle diverse e più liberali legislazioni;

e) tutt'un altro versante di dubbi di costituzionalità riguarda il rispetto delle competenze regionali; il tema della procreazione, nei suoi profili essenziali, riguarda la materia "ordinamento civile", di competenza esclusiva dello Stato (art. 117, 2° comma, lett. l), ma numerosi aspetti del provvedimento in questione toccano anche materie come "tutela della salute" e "ricerca scientifica e tecnologica", in cui la competenza statale è solo di tipo concorrente (art. 117, 3° comma, Cost.). Le previsioni della legge n. 40 non si limitano, invece, a dettare principi fondamentali, ma disciplinano compiutamente le fattispecie; ad es., l'art. 10 della legge limita l'intervento regionale all'individuazione dei requisiti e delle caratteristiche delle strutture autorizzate a realizzare gli interventi di procreazione medicalmente assistita, riconoscendo così alle Regioni una competenza limitata solo a profili organizzativi della materia, senza garantire in alcun modo un ambito di intervento sui profili delle prestazioni sanitarie e di "tutela della salute".

D'altra parte, questa illegittima compressione della competenza regionale viene confermata dall'art. 7, che affida al Ministero della salute di fissare con proprio decreto le linee guida concernenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Oggi la potestà regolamentare, ai sensi del 6° comma dell'art. 117 Cost., spetta allo Stato solo nelle materie di competenza statale esclusiva (per i tentativi di eludere questo riparto di competenze i tentativi di elusione: cfr. Modugno - Celotto, «*Fatta la riforma trovato l'inganno*»: un furbo escamotage del legislatore statale, in *Quad. Cost.*, 2003, 355 ss.; e Cintioli, *A proposito dei decreti ministeriali "non aventi natura regolamentare"*, *ivi*, 2003, 820 ss.). Ne discende che il decreto sulle linee guida di cui all'art. 7, in tutte le parti in cui andrà ad incidere su profili delle materie "tutela della salute" e "ricerca scientifica e tecnologica", sarà incompetente e, quindi, incostituzionale (cfr. anche sent. n. 26 del 2004).

Peraltro, questo decreto ministeriale dovrà affrontare punti davvero delicati, lasciati aperti nella legge. Mi vengono in mente:

- la delimitazione delle modalità con cui si accerti l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione e, quindi, in cui si possa accedere alle tecniche di PMA (ricordiamo che a livello medico l'infertilità solo in rari casi estremi è una certezza, configurandosi molto più spesso come una probabilità);

- la definizione di "embrione", presupposto di almeno quattro dei punti più controversi del provvedimento, quali i divieti di sperimentazione, di crioconservazione e di soppressione degli embrioni e la limitazione a tre del numero di embrioni che è possibile creare, con successivo obbligo di trasferimento in utero di tutti gli embrioni formati. Si accederà alla nozione oggi più condivisa a livello medico, che ritiene possa parlarsi di "embrione" solo quando si sia formato lo "zigote", cioè il nuovo organismo con 46 cromosomi?

- e, ancora, la delimitazione delle ipotesi in cui non risulta possibile il *trasferimento degli embrioni nell'utero*, dando indicazioni su quando ricorra la "grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione" in cui il 3° comma dell'art. 14 consente la crioconservazione degli embrioni.

Sono punti indispensabili per consentire alla legge di essere concretamente applicata eppure...interferendo con le materie "tutela della salute" e "ricerca scientifica e tecnologica" non possono essere disciplinati da una fonte statale avente rango regolamentare!

* p.s. Diritto costituzionale, Università di Roma Tre - celotto@uniroma3.it