

## **Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte**

di Paolo Veronesi

(in corso di pubblicazione in *Studium Iuris*, 2004, fasc. 11)

### 1. L'ATTUAZIONE DELLA LEGGE N. 40 DEL 2004: LE "LINEE GUIDA" E IL D.M. 4 AGOSTO 2004

Dopo l'approvazione e l'entrata in vigore della contestata legge in materia di procreazione assistita, sono state pubblicate nella *G.U. - Serie generale* n. 191 del 16 agosto 2004, come prescritto dall'art. 7 della stessa l. 19 febbraio 2004, n. 40, le <<linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita>> (decreto del Ministro della salute 21 luglio 2004). Nella *G.U.* n. 200 del successivo 26 agosto è invece apparso il d.m. 4 agosto 2004, recante "Norme in materia di procreazione assistita".

Si tratta di due provvedimenti alquanto interessanti sotto lo stretto profilo giuridico, non solo e non tanto perché vanno ripetute, con riguardo ad essi, molte delle critiche (di stretta legittimità costituzionale, oltre che di opportunità) rivolte alla "legge-madre"[1], ma anche in ragione di aspetti diversi e ulteriori, non ultimo quello relativo alla loro collocazione nel sistema delle fonti e all'"incestuoso" rapporto instaurato da tali provvedimenti con la legge n. 40.

### 2. I DUE D.M. NEL SISTEMA DELLE FONTI

In primo luogo, va immediatamente precisato che i decreti in questione *non* costituiscono regolamenti ministeriali; del resto, neppure la legge evocava l'adozione di simili fonti. *Contra* l'art. 17, legge n. 400 del 1988, essi infatti non recano la denominazione di "regolamento", né richiamano il previo parere obbligatorio ma non vincolante del Consiglio di Stato. E neppure risulta che siano stati comunicati al Presidente del Consiglio dei Ministri prima dell'emanazione. Posto che non si tratta di circolari, ordinanze o di meri comunicati, deve concludersi di trovarsi al cospetto di un paio d'esempi di quei numerosi decreti ministeriali non regolamentari che <<farciscono la Gazzetta Ufficiale>>[2]. Di più: a ben vedere - e passando al setaccio molte delle previsioni contenute nei citati d.m. - si scorge in essi il riaffiorare di un'antica abitudine mai sopita. In pratica, tali decreti (che potremmo *tendenzialmente* inquadrare tra i c.d. provvedimenti amministrativi generali) incarnano, in alcuni loro squarci, ennesime testimonianze della c.d. "fuga dal regolamento", ossia del mancato rispetto delle forme e dei controlli predisposti dall'art. 17, legge n. 400 con riguardo ad atti che, dal punto di vista sostanziale, parrebbero invece rientrare nel novero di tali fonti. E' infatti innegabile che molte delle norme previste nei decreti in discussione abbiano una portata regolamentare, pur essendo state adottate in carenza delle forme prescritte per tali atti; esse danno inoltre attuazione a una legge particolarmente significativa - anche perché incidente su delicati diritti dei singoli e delle coppie - integrandone (e a volte, come si vedrà, derogandone) le previsioni. Potrebbe anzi chiosarsi che tali esempi ricadono nella tipologia dei più recenti episodi in materia, i quali sarebbero addirittura più laceranti delle vecchie fattispecie, se non altro perché legittimati da esplicite previsioni di legge (nel caso, gli artt. 7 e 17, l. 19 febbraio 2004, n. 40)[3].

### 3. I D.M. DEROGANO ALLA LEGGE? IL CASO DELLA SELEZIONE EUGENETICA E DELLA CRIOCONSERVAZIONE

Raggiunta tale conclusione, i problemi peraltro fioccano. Com'è infatti possibile che fonti siffatte innovino alle previsioni di una legge (la n. 40 del 2004)? La domanda è ovviamente retorica, eppure le linee guida di cui sopra (nonché il d.m. del 4 agosto) raggiungono - tra gli altri - proprio questo risultato.

E' forse il caso di illustrare alcuni esempi per chiarire il concetto.

La legge n. 40 vieta espressamente ogni forma di selezione degli embrioni, impedendo, in tal modo, anche la c.d. diagnosi preimpianto, ossia l'accertamento clinico della salute dell'embrione. Comunque sia - sentenza la legge - l'embrione va inoculato e - in soldoni - i genitori sbagliano a preoccuparsi di mettere al mondo figli sani: le conseguenze per chi è affetto da patologie genetiche trasmissibili sono evidenti. Come rimedio, essa ammette il successivo ricorso alle pratiche abortive, rinviando alla legge n. 194 del 1978. Inutile ribadire i numerosi problemi d'incostituzionalità che una simile disciplina (incongrua, irragionevole e deleteria per la salute psicofisica della donna) pone (in riferimento, soprattutto, agli artt. 3 e 32 Cost.)[4]. Significativo è peraltro quanto le linee guida innovino sul punto. Viene qui, in prima battuta, ribadito il divieto di predisporre <<ogni indagine preimpianto a finalità eugenetica>>, illegittimamente

equiparando, ancora una volta, i *partners* che volessero accedere alle tecniche di fecondazione assistita per dare alla luce figli biondi e con occhi azzurri a chi (portatore di malattia genetica) chiede l'ausilio della scienza per mettere al mondo figli sani. Di seguito, viene però contraddittoriamente affermato che «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro... dovrà essere di tipo osservazionale» (ossia realizzata al microscopio); se in tal modo si evidenziasse «gravi anomalie irreversibili» il medico ne dovrà dare informazione alla coppia. In queste circostanze viene meno l'obbligo d'impianto e l'embrione potrà essere crioconservato in attesa del suo estinguersi.

Dunque, il d.m. afferma - contro la legge [art. 13, comma 3, lett. b), prima parte] - che la selezione "eugenetica" è di fatto possibile, ma solo se praticata utilizzando il microscopio. La norma arricchisce, da un lato, l'elenco delle ipocrisie della disciplina in oggetto (perché impedire una diagnosi certa quando si ammettono metodi così imprecisi come la mera osservazione?), mentre, dall'altro, può rivelarsi addirittura controproducente per lo stesso (e agognato) embrione sano (l'indagine osservazionale è infatti alquanto approssimativa e presenta perciò il rischio di far ritenere malato un embrione che tale non è).

Non solo. Tale norma, come si è detto, prelude alla possibilità di crioconservare gli embrioni ipoteticamente malati fino al loro estinguersi. Così facendo, però, si viola l'art. 14, comma 1 della legge n. 40, per il quale «è vietata la crioconservazione... di embrioni».

In breve, per ridurre un *monstrum* (il divieto di diagnosi preimpianto, pur se diretto a fini costituzionalmente rilevanti), se ne crea un altro, di carattere strettamente giuridico (per cui una fonte subordinata alla legge n. 40 stabilisce una deroga alle previsioni di quest'ultima), il quale - a sua volta - ne realizza un altro, di carattere crudelmente pratico (la possibilità che un embrione sano sia ritenuto malato grazie alla scarsa lungimiranza di un'indagine osservazionale, oppure, di converso, l'eventualità di reputare sano un embrione portatore della temuta patologia). Senza dire della nuova illegittimità costituzionale che va ad aggiungersi a quella già compresa nella legge: così come è senza dubbio irragionevole pretendere di impiantare a forza nella madre l'embrione che questa ha già deciso di "aggredire" ai sensi della legge n. 194, è ugualmente irrazionale consentire pratiche diagnostiche a dir poco imprecise quando esistono tecniche assai perfezionate in tal senso, le quali potrebbero - nel rispetto dei requisiti di cui alla legge sull'aborto - evitare strazi ulteriori alla donna.

#### 4. SEGUE: ALTRE INCONGRUENZE. EMBRIONI "ORFANI" E NUOVI CASI DI MANCATO IMPIANTO

Le incongruenze tra decreti ministeriali e legge non si fermano qui.

Le linee guida stabiliscono che - come già sancito dall'art. 14, comma 3, legge n. 40 - se lo stato di salute della donna non consente il trasferimento in utero degli embrioni, «ciascun embrione non trasferito dovrà essere crioconservato in attesa dell'impianto che dovrà avvenire prima possibile». Fin qui, nulla di nuovo. Tuttavia, tra gli anfratti di questa norma si ritrova un inciso alquanto sibillino: lo stesso dovrà accadere - afferma il decreto - quando, «*comunque*, un trasferimento non risulti attuato». Come a dire che - oltre e contro la legge - si potrà crioconservare un embrione a prescindere dalle cause di forza maggiore rappresentate da eventi dannosi incidenti sullo stato di salute della donna. L'art. 14, comma 2, legge n. 40 stabilisce infatti che non si deve «creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad *un unico e contemporaneo impianto*, comunque non superiore a tre», mentre, nel caso, "salta" la prescrizione evidenziata in corsivo. Si è perciò al cospetto di una deroga a una norma di legge predisposta da un fonte di gran lunga subordinata. Il che - all'evidenza - non è possibile.

Le linee guida - congiuntamente al d.m. 4 agosto 2004 - contengono però altri paradossi. Così, lo «stato di abbandono» degli embrioni può scaturire da «una rinuncia scritta al futuro impianto degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti con seme di donatore e in assenza di partner maschile, prima della normativa attuale)», ovvero a seguito di documentati e ripetuti tentativi, eseguiti per almeno un anno, di ricontattare la coppia o la donna. Benché all'art. 1 del d.m. 4 agosto si richiami l'art. 17, comma 3, legge n. 40 (relativo agli embrioni prodotti nel periodo precedente all'entrata in vigore della legge stessa), tuttavia le previsioni delle linee guida (e, a ben vedere, dello stesso d.m. da ultimo citato) sono alquanto più sfumate. Insomma, l'accertamento dello «stato di abbandono» si riferisce non solo agli embrioni prodotti prima dell'entrata in vigore della legge n. 40, bensì può estendersi anche a quelli che «in eccezionali condizioni potrebbero essere conservati dall'entrata in vigore della presente legge» (il riferimento - frutto di un *lapsus* di onnipotenza - è alla legge n. 40). Condizioni che - come già si è detto - prevedono non solo l'eventualità che sia in pericolo la salute della donna (oltre a numerose altre vicende che comunque emergeranno nella prassi), bensì anche che, «*comunque*», non si sia effettuato un trasferimento embrionale. Se così fosse, verrebbe perciò meno (in parte) l'obbligo d'impianto sancito nella

legge. Tralasciando questo passaggio alquanto ambiguo, la previsione ammette inoltre (e senza dubbi) l'inoculamento dell'embrione sulla *single* oppure prodotto da fecondazione eterologa, purché esso risulti crioconservato prima dell'entrata in vigore della legge. Ciò è invece vietato dalla legge n. 40; né tale previsione sarebbe legittimata dall'art. 17, ult. comma, della stessa, in cui si stabilisce soltanto che il decreto del Ministro deve stabilire <<le modalità e i termini di conservazione degli embrioni>> prodotti anteriormente all'entrata in vigore della nuova disciplina, e non introdurre deroghe in materia di fecondazione eterologa o con riguardo ai soggetti ammessi alle tecniche di procreazione assistita.

## 5. SEGUE: LA DEROGA AL DIVIETO DI SPERIMENTAZIONE

Che accade degli embrioni che versano in <<stato d'abbandono>>?

Intanto è palese che, utilizzando questa terminologia, niente affatto neutra, si persevera nell'assurda (e incostituzionale: si ripassi la *ratio decidendi* della sentenza n. 27 del 1975) equiparazione tra bambini ed embrioni, rafforzata altresì dall'art. 5 del d. m. 4 agosto 2004, ove si ragiona di <<embrioni orfani>>. Ma a parte queste amenità di chiaro stampo ideologico-integralista[5], la sorte di tali embrioni - prevista dai provvedimenti in commento - lascia adito a dubbi in ragione delle stesse finalità dichiarate dalla legge n. 40. Secondo l'art. 5 appena citato, <<al Centro trasfusionale e di immunologia dei trapianti dell'IRCCS "Ospedale Maggiore" di Milano è affidato, con apposita convenzione, il compito di effettuare *studi e ricerche* sulle tecniche di *crioconservazione* dei gameti e *degli embrioni orfani* ivi conservati>>. Il paradosso è *in re ipsa*: è innegabile che questa ipotesi realizza una forma di sperimentazione espressamente vietata dall'art. 13, legge n. 40. Tale articolo, infatti, proibisce <<ogni sperimentazione su *ciascun* embrione umano>>, a prescindere quindi dalle finalità perseguite e dallo stato (di abbandono o meno) in cui versa l'entità in oggetto. E' intuitivo che, per saggiare le diverse tecniche di crioconservazione, sarà inevitabile che alcuni embrioni vengano distrutti o danneggiati, così accelerandosi la loro "fine": perché dunque ritenere ammissibile questa "distruzione" di embrioni e non già quelle aventi per scopo un'utilità certa per la ricerca di cure da destinarsi a persone malate e sofferenti di patologie degenerative e traumatiche, di diabete, di tumori *et similia*? Né potrebbe sostenersi che tale sperimentazione sarebbe funzionale alle esigenze dello stesso embrione e non già di altri soggetti; in realtà, l'embrione eventualmente "traumatizzato" dalla ricerca non trarrebbe alcun favore dalla sperimentazione, ripercuotendosi gli esiti di questa, per ipotesi, soltanto sui suoi "simili"[6]. Utilizzando poi le coordinate mentali di chi non ha remore a difendere a spada tratta la legge n. 40 (e l'ha approvata), perché, se gli embrioni sono equivalenti ai "bambini", si ammette un loro utilizzo a fini di ricerca, sia pur limitato agli "embrioni-bambini" abbandonati? In tutto ciò, non è forse insita una qualche forma di discriminazione: come dire cioè che sui "bambini" in stato d'abbandono si può sperimentare ciò che sui "piccoli" inseriti in famiglia andrebbe assolutamente evitato?

Qualche maligno ha inoltre denunciato come sia la Biobanca Nazionale presso la quale vanno trasferiti gli embrioni <<in stato d'abbandono>> sia il Centro convenzionato per le ricerche di crioconservazione abbiano collocazione presso l'Ospedale in cui l'attuale Ministro della salute è stato primario per molti anni. Il tutto con un onere a carico delle casse dello Stato di 400.000,00 Euro per il solo esercizio 2004 (art. 6, d.m. 4 agosto 2004). Per di più - sostengono alcuni - tale Centro non avrebbe particolari esperienze nel settore e non sono perciò chiari i motivi per cui esso è stato preferito ad altri. A prescindere da questi rilievi di chiaro stampo politico, è però preoccupante che il d.m. non sia motivato sul punto. Né parrebbe che tale suo profilo ricada nella previsione di cui all'art. 3, comma 2, legge n. 241 del 1990, in base al quale gli atti a contenuto generale non necessitano di motivazione. Per il passaggio in esame è infatti dubbio che il d.m. possa qualificarsi tale. E, del resto, non è detto che un atto di tal genere non presenti altresì, in alcuni suoi specifici scorci, statuizioni che generali non sono, con la conseguente necessità di concepire, per esse, una congrua motivazione.

## 6. I LATI POSITIVI DEI DECRETI, IN UN CONTESTO COMUNQUE "OSCURO"

Le linee guida del Ministero presentano peraltro - è quasi da non credere - dei profili positivi.

Intanto, vengono fugati i dubbi che ruotavano attorno alle diverse nozioni di <<sterilità>> e <<infertilità>>. I due termini - si dice espressamente - vengono usati come sinonimi e comprendono <<l'assenza di concepimento, oltre ai casi di patologia riconosciuta, dopo 12/24 mesi di regolari rapporti sessuali non protetti>>. Possono perciò accedere alla procreazione assistita anche le coppie formate da soggetti in sé sicuramente fertili ma in cui sterile risulta - appunto - la stessa coppia (la quale, per varie ragioni, non riesce comunque a concepire un figlio).

Nulla si dice invece quanto alle caratteristiche della <<convivenza>> che abilita anche le coppie non sposate ad

accedere alle tecniche di fecondazione: tali requisiti vengono accertati dal medico che raccoglie - semplicemente - l'autocertificazione della coppia. Attraverso questo spiraglio si potranno perciò verosimilmente eludere molti dei divieti stabiliti dalla legge (si pensi alla donna *single* o lesbica oppure al *gay*).

Oltre a questo, pur richiamando l'esigenza di procedere con <<gradualità>> nell'uso delle tecniche di procreazione assistita (con i rischi che ciò può comportare soprattutto per le donne in età avanzata o per le coppie affette da patologie procreative molto gravi), si rimette comunque al medico, il compito di stabilire, <<secondo scienza e coscienza>> - e dunque caso per caso - la tecnica più opportuna, tenendo nel debito conto l'età della donna, la diagnosi e così via. Niente di sconvolgente, ed anzi sarebbe stato nocivo scegliere altre strade; tuttavia, visto il tenore della legge di riferimento - propensa a vincolare sempre e comunque piuttosto che predisporre procedure flessibili - il dovuto va, in questo caso, salutato con un sospiro di sollievo.

La predilezione per i vincoli riaffiora però - in linea con l'espressa previsione dell'art. 7, comma 2, legge n. 40 (oltre che del complessivo impianto di quest'ultima fonte) - su molti aspetti dello stesso decreto (se ne sono visti, poco sopra, degli esempi). Ciò contraddice peraltro la stessa *ratio* dell'istituto delle "linee guida", le quali - per definizione - dovrebbero contenere una sorta di manuale "aperto", recante suggerimenti (spesso anche contrastanti tra loro) rivolti ai medici (nonché sottoposti alla loro libera scelta), in ragione delle circostanze in cui questi sono chiamati, di fatto, ad agire[7]. Su tale versante, cioè, l'impianto proibizionista della legge n. 40 tracima anche sull'atto qui commentato: allo stravolgimento dei caratteri che dovrebbe possedere una legge di uno Stato laico e pluralista[8], si aggiunge, di risulta, l'inevitabile travisamento dei suoi addentellati normativi. E all'intricato ginepraio di problemi interpretativi, applicativi e costituzionali coltivato dalla legge vengono perciò adesso a sommarsi altri rami contorti: la "selva", insomma, si fa sempre più oscura, così come l'impressione che il legislatore (e altri con lui) si sia cacciato in un labirinto dal quale sarà difficile uscire senza un qualche salutare (e più o meno calibrato) "colpo di spugna".

[1] Per un saggio di questa davvero ampia congerie di profili si rinvia, tra gli altri, ad A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (11 marzo 2004); M. DE GIORGI, *Fecondazione, le incongruenze della legge. Dubbia la legittimità rispetto agli articoli 2, 3 e 32 Costituzione*, in *D. & G.* 2004, n. 25, p. 91 ss.; G. MUCCIO, *Profili d'incostituzionalità del disegno di legge sul concepimento assistito*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.* 2004, p. 523 ss.; R. VILLANI, *La nuova legge sulla procreazione assistita*, in *Studium* 2004, p. 575 ss.

[2] R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2004, p. 361.

[3] Su questa specifica fisionomia della c.d. "fuga dal regolamento" cfr. G. TARLI BARBIERI, *Atti regolamentari ed atti pararegolamentari nel più recente periodo*, in *Osservatorio sulle fonti 1998*, a cura di U. De Siervo, Torino 1999, p. 257.

[4] Si rinvia a quanto già sostenuto in P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita*, cit., spec. p. 531 ss.

[5] Per un esempio di argomentazioni integraliste si v. C. CASINI, *Riflessioni sulla "legge imperfetta": il caso della procreazione artificiale in Italia*, in *Medicina e morale* 2003, fasc. 2, p. 227 ss.

[6] L'argomentazione è calibrata sugli argomenti - criticabili (cfr. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita*, cit., spec. p. 535 ss.) - per cui l'utilizzo degli embrioni si traduce sempre e comunque nell'«uso deliberato dell'individuo umano come un mezzo per un fine, da cui altri, e non se stesso, trarranno vantaggio»: v. M.L. DI PIETRO - R. MINACORI, *La ricerca sulle cellule staminali alla luce dei documenti nazionali ed internazionali*, in *Dir. di fam e delle persone* 2001, p. 666.

[7] Cfr. M. FUSCO, *Figli in provetta, più flessibilità dalle linee guida applicative*, in *D. & G.* 2004, n. 25, p. 90.

[8] Si chiede M. AINIS, *Le libertà negate*, Milano 2004, p. 81, perché debba essere un'assai poco illuminata maggioranza parlamentare a decidere su questioni di coscienza, quando gli stessi cittadini sono dotati di una loro coscienza, tutelata dalla Costituzione. Sui rapporti tra "coscienza" e diritto si rinvia a G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione*, Milano 2000, *passim*.