

**La nuova legge sulla procreazione assistita alla prova della Consulta
sarebbe davvero destinata all'aborto?**

di Silvia Bagni *
(2 aprile 2004)

Disciplinare con legge la procreazione assistita significa necessariamente per il legislatore prendere posizione su cosa sia la vita. Tale disciplina risponde infatti all'esigenza della comunità scientifica e della società intera di dare quantomeno *una* risposta ai problemi etico-morali che tali tecniche sollevano (soprattutto riguardo allo *status* dell'embrione), oltre che a garantire standards qualitativi elevati e controlli sulle strutture che eseguono tali attività.

L'art. 1, c. 1 della legge riconosce il concepito come un "soggetto" "di diritti" e ciò potrebbe aprire interessanti scenari ricostruttivi rispetto alla categoria civilistico-patrimoniale del «soggetto di diritto» ex art. 1 c.c. che potrebbe essere affiancata da una categoria costituzionale-personalistica, che attribuisce al concepito la titolarità delle libertà fondamentali attinenti alla persona - vita, salute, identità personale -.

Si critica il legislatore perchè avrebbe preso una posizione "di parte" (cattolica), imponendo a tutto il Paese l'ideologia di un gruppo.

Mi domando: non sarebbe stata ugualmente di parte (*liberal* - non uso "laica" perchè ritengo in questa situazione il termine inappropriato e dirò tra poco il perchè) la decisione inversa? L'argomento è infatti tale per cui non si può offrire una risposta "laica" al problema, intendendo il principio di laicità come atteggiamento rispettoso di tutte le ideologie religiose e filosofiche presenti nella società (in questo senso, ad es., non mi pare per nulla laico l'intervento legislativo francese sui simboli religiosi nelle scuole). La vita c'è o non c'è, non ci sono vie di mezzo, non si può adottare una posizione neutrale perchè dal sì o no dipendono conseguenze per sé lesive del valore in gioco e delle posizioni opposte, tant'è che anche il "non decidere" ha di fatto coinciso fino ad oggi con la posizione favorevole alla visione liberale del problema! Del resto il linguaggio normativo utilizza definizioni stipulative, che non sono nè vere nè false, ed enunciati prescrittivi, la cui funzione è quella di dirigere e influenzare il comportamento, non quella di descrivere o informare (Scarpelli, Guastini).

Posto che la scelta di fondo è, come appena dimostrato, necessaria e insindacabile dal giurista (oltre ad essere comunque conforme alla precedente giurisprudenza costituzionale, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti, al diritto internazionale pattizio, nonché al principio di precauzione - che viene costantemente invocato rispetto alla regolamentazione dell'utilizzo degli OGM, e non si capisce perchè non debba essere applicato laddove è in gioco, oltre alla salute e all'ambiente, il valore supremo che è la vita stessa -), è invece doveroso per il giurista svolgere un controllo di coerenza e legittimità sulla legge stessa, ossia verificare la sua conformità alla Costituzione, in particolare rispetto al principio di ragionevolezza.

Nel giudizio complessivo sulla legge è stata affermata la violazione del diritto alla maternità, del diritto alla procreazione, del diritto ad avere un figlio sano, che la giurisprudenza, costituzionale e ordinaria, da tempo ha elaborato in uno sforzo garantista e la dottrina ha ripetutamente suffragato. Qual è la natura di tali diritti? Non mi riferisco alla fonte da cui possono essere ricavati (che è senza dubbio quella costituzionale) bensì alla loro struttura. L'essere madre e padre genera diritti e doveri in quanto *status*, ossia condizione che deve essere acquisita prioritariamente, ma rispetto alla quale non si può sostenere ci sia un diritto soggettivo alla titolarità, rappresentando una condizione non intrinseca alla persona ma potenziale. Lo Stato si impegna a garantire lo *status* da lesioni di terzi, e i relativi diritti non possono che essere, appunto, sociali, di prestazione, direbbero i civilisti, non di risultato, tant'è vero che la Costituzione li disciplina nella parte relativa ai rapporti etico-sociali e impegna la Repubblica a *proteggere* la maternità, l'infanzia e la gioventù, come *status* della persona. Sull'altro piatto della bilancia troviamo invece il diritto alla vita, che è già assoluto e inviolabile da parte dei terzi in quanto è, ossia sussiste.

Le disposizioni sulla tutela dell'embrione sono state criticate in nome del progresso scientifico, in quanto si violerebbe la libertà della ricerca e si impedirebbe lo sviluppo di cure sperimentali per gravi patologie genetiche. Si tratta però di un quadro semplicistico e tendenzioso. La scienza infatti può percorrere diverse strade per giungere alle proprie scoperte, e questo vale anche in campo genetico. La genetica, come in buona parte ha già fatto finora, può utilizzare per i suoi

studi cellule staminali non embrionali (tutti gli organi umani possiedono cellule staminali), può, attraverso la clonazione di tessuti e la ricerca su animali, produrre cellule staminali (sull'aspetto medico del problema si rimanda a B. Dallapiccola, G. Novelli, *Genetica medica essenziale*, Phoenix Editrice, Roma, 2000). Dei circa 736.500 embrioni congelati oggi esistenti in Europa solo meno dell'1% fornirebbe cellule staminali, poichè la crioconservazione rovina il materiale biologico. La libertà della ricerca scientifica non può essere interpretata nel senso di permettere che venga svolta nella totale indifferenza rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento, quali la tutela della vita e della dignità umana. Il principio del fine che giustifica i mezzi è incompatibile con il costituzionalismo liberale tanto quanto con il cristianesimo. Inoltre la sperimentazione terapeutica avviene col consenso dei malati, che mettendosi a disposizione perseguono il fine di curare sè stessi. Dov'è allora la differenza di trattamento rispetto a ciò che la legge prevede all'articolo 13, cc. 2 e 3 nei confronti dell'embrione, sul quale la sperimentazione è ammessa solo al fine di cura dell'embrione stesso?

Il limite del ricorso alla procreazione assistita solo in caso di accertata impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, con l'esclusione, ad es., dei casi di coppie con malattie genetiche trasmissibili, è una conseguenza diretta della scelta di considerare l'embrione come "soggetto di diritti" e di tutelarne la vita e la dignità. Ammettere tali coppie alla procreazione assistita comporterebbe automaticamente legittimare tecniche di selezione eugenetica degli embrioni e l'utilizzo *sistematico* dell'aborto come strumento di controllo delle nascite e di selezione della specie (in contrasto con l'art. 1, c. 2 della legge 194/1978 e con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 27/75 ribadito dalla sentenza 35/97). Si creerebbe paradossalmente una situazione di disparità nei confronti delle coppie sane, poichè di fronte a coppie entrambe fertili, di cui una con problemi di patologie geneticamente trasmissibili e l'altra no, la prima godrebbe del diritto a procreare un figlio sano attraverso la selezione genetica, mentre le altre rimarrebbero comunque esposte al rischio di procreare un figlio malato, visto che esiste per tutte le coppie un'incidenza del 3% di rischio di difetti genetici nel nascituro.

Non si nega comunque che alcuni aspetti della legge suscitino perplessità e rimangano fortemente in dubbio di costituzionalità.

In primis il divieto di procreazione eterologa, che lederebbe il diritto alla procreazione nei confronti di coppie in cui uno dei genitori è totalmente sterile. È logicamente impossibile riconoscere a chi è totalmente sterile (perchè non produce i gameti o non li produce attivi) un diritto alla procreazione in senso biologico. Questo non esclude che tale soggetto possa diventare comunque genitore attraverso istituti come l'adozione (tra l'altro previsto dall'art. 9 proprio in caso di ricorso a tecniche di fecondazione eterologa in violazione della legge). Se dunque in astratto non sussisterebbe alcun profilo di contrasto tra la previsione della procreazione eterologa e l'ordinamento costituzionale, bisogna però riconoscere che ammettere tale tecnica potrebbe avere l'effetto di scoperciare il vaso di pandora. È curioso infatti che chi ha interpretato il divieto di fecondazione eterologa come discriminante per la coppia in cui l'uomo è totalmente sterile non abbia pensato anche al problema della sterilità femminile, forse perchè l'idea dell'utero "in affitto" aborrisce anche chi sposa una visione liberale del diritto alla procreazione. Ci si potrebbe chiedere perchè il diritto alla genitorialità debba essere riconosciuto all'uomo sterile e non alla donna, visto che comunque gli atti di disposizione del corpo sono vietati nel nostro ordinamento solo se menomanti la persona.

Si è detto poi che il divieto di fecondazione eterologa costituisce una discriminazione dal punto di vista sia del diritto interno che comunitario. Nel primo senso non vedo come può sussistere una discriminazione quando tutti i cittadini vengono sottoposti allo stesso trattamento. Diverso è il caso, come avviene in Italia rispetto al diritto all'epidurale in travaglio di parto, in cui la somministrazione del trattamento è garantito nell'ambito del sistema sanitario nazionale ad un numero limitato di soggetti, individuati non secondo il reddito, bensì secondo un principio di prevenzione nella prenotazione, con sistemi che variano poi in base al singolo istituto e alle varie regioni. Così avviene che l'analgesia epidurale, prestazione che ha un costo elevatissimo (oltre un milione di vecchie lire), sia somministrata gratuitamente ad un numero molto esiguo di persone rispetto alle domande, a prescindere dal reddito del richiedente.

Quanto poi al diritto comunitario, il divieto di discriminazione non può essere fatto valere dal cittadino all'interno del proprio Paese se non nelle materie armonizzate, tra le quali per ora non rientrano le prestazioni medico-assistenziali.

Infine c'è il problema dell'irrevocabilità del consenso all'impianto dell'embrione e del conseguente trattamento obbligatorio imposto (non si capisce bene in che modo) alla donna che abbia cambiato idea. Si scontrano il diritto alla vita dell'embrione e il diritto alla libertà personale e alla dignità umana della futura mamma. *De iure condendo*, si potrebbe pensare in questi casi limite, per salvaguardare entrambe le parti, all'adozione dell'embrione? Se verrà

sollevata la questione, il lavoro della Corte sarà davvero arduo...

* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università di Bologna

Forum di Quaderni Costituzionali



i Costituzionali