

## L'(ex) 40

Autore: **Antonio D'Aloia**

23 giugno 2015

1. Il gioco di parole nel titolo forse è un po' scontato, ma rende bene lo scenario che si è consolidato dopo l'ultima sentenza della Corte Costituzionale (n. 96/2015) che ha dichiarato incostituzionale il divieto di diagnosi genetica preimpianto.

Un altro pezzo della legge 40 che è crollato. Siamo di fronte ad un muro (normativo) ormai pieno di buchi, e –per rimanere in metafora- anche alcuni pilastri appaiono fortemente lesionati. Appunto, è una (ex) legge che formalmente sopravvive al progressivo sgretolamento di alcuni dei suoi contenuti fondamentali, sostituiti da soluzioni ri-scritte dalla giurisprudenza costituzionale, come punto terminale di un “lavoro di squadra” che ha coinvolto tutti gli apparati giurisdizionali, i giudici comuni innanzitutto, e (con specifico riferimento alla questione della DPI), la Corte EDU (in tema, v. il pregevole lavoro di R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, Pisa, 2012; sia consentito, altresì, il rinvio a A. D'Aloia, *Quel che resta della legge 40*, in *Biolaw Journal*, n. 2/2014, 11 ss.).

Sono note le tappe di questa operazione di ridefinizione ‘sostitutiva’ della legge del 2004 sulla PMA.

Prima la sent. 151/2009 ha stravolto la fase relativa alla produzione e all'impianto degli embrioni: non esiste più un numero massimo (era 3 nella legge) di embrioni da produrre e da impiantare contemporaneamente, ma al suo posto c'è un criterio elastico (il ‘numero strettamente necessario’), valutato dal medico in rapporto alle condizioni personali e sanitarie della donna (età, salute, precedenti esperienze, ecc. ecc.), che riguarda sia la produzione che l'impianto.

Più recentemente, la sent. 162/2014 ha eliminato il divieto di accesso alla fecondazione ‘eterologa’. In mezzo a queste due decisioni, una lunga serie di pronunce dei giudici comuni, che non solo hanno ‘preparato il terreno agli interventi della Corte Costituzionale, ma hanno spesso aggirato o disattivato gli ostacoli o gli effetti sanzionatori dei divieti della legge 40, come nel caso della dpi (emblematica una decisione del Tribunale di Salerno del 2009), o delle conseguenze (penali o sulla potestà genitoriale) della violazione del divieto di ricorso alla maternità surrogata.

Ora, la sentenza n. 96/2015, che ha eliminato (a certe condizioni, come meglio si dirà) il divieto di DPI. Su tale profilo, già la Corte Edu, nella decisione sul caso Costa-Pavan, aveva giudicato il divieto in questione alla stregua di una “ingerenza sproporzionata” nella vita privata e familiare dei soggetti che chiedono di accedere alla dpi per provare ad avere un figlio non colpito dalla grave malattia genetica di cui essi sono portatori (cfr. in argomento, il contributo di M.P. Iadicicco, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea: l'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in corso di stampa su *Quaderni costituzionali*, 2/2015).

Il punto di irragionevolezza è essenzialmente nel confronto tra questo divieto e la possibilità invece dell'aborto terapeutico per gli stessi motivi e in presenza della stessa condizione patologica.

2. Questo argomento del Giudice dei diritti viene ripreso nella motivazione dell'incostituzionalità sancita dalla Corte Costituzionale, sebbene in termini non esclusivi e diretti, diventando una

conferma del carattere irragionevole del divieto. Per la Consulta, infatti, non è possibile immaginare “un’applicazione in via diretta delle norme convenzionali in luogo di quelle nazionali”, in quanto la Convenzione EDU, diversamente dal diritto comunitario, “non crea un ordinamento giuridico sovranazionale ma costituisce un modello di diritto internazionale pattizio, idoneo a vincolare lo Stato, ma improduttivo di effetti diretti nell’ordinamento interno”.

Secondo la Corte Costituzionale, una volta esclusa la possibilità di un’interpretazione costituzionale (e/o convenzionale) conforme, “atteso l’univoco e non superabile tenore letterale della prescrizione per cui il ricorso a dette tecniche è comunque circoscritto ai casi di sterilità o infertilità”, siamo di fronte ad una palese “antinomia normativa”, proprio perché il sistema normativo “non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute”.

La traduzione sul registro costituzionale interno sposta così parzialmente il focus (anche per l’asimmetria dei due cataloghi, quello costituzionale e quello ‘convenzionale’) dalla violazione del principio della tutela della vita privata e familiare al doppio piano della razionalità della normativa e del diritto alla salute (artt. 3 e 32 Cost.).

Per la nostra Corte c’è anche la violazione dell’art. 32 Cost., con riferimento al diritto alla salute della donna, poiché, evidentemente, l’intervento di IVG terapeutica è certamente più invasivo, oltre che più ‘drammatico’, senza che “il ‘vulnus’ così arrecato a tale diritto, possa trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all’aborto”.

Questo è un passaggio importante e problematico al tempo stesso.

Da un lato, si ribadisce che c’è un’esigenza di tutela del nascituro (anche se ancora allo stadio di embrione), che in linea di principio partecipa al bilanciamento degli interessi (tutti di natura costituzionale), con la sua speciale ‘sofferenza’, che deriva dal suo essere espressione di vita umana, la prima fase della vita di un individuo.

Nondimeno, nel caso specifico questa tutela viene di fatto vanificata dalla possibilità di ricorso all’aborto terapeutico: appunto, l’argomento del ‘prima’ e del ‘dopo’, che è decisivo nel valutare il divieto come irragionevole, nonostante le due situazioni non siano proprio identiche. Decidere di non impiantare un embrione non è la stessa cosa che sottoporsi ad un aborto e interrompere una gravidanza magari anche avanzata.

Cosa resta della legge 40 dopo quest’ultima sentenza?

Intanto, bisogna dire che l’apertura alla dpi, e l’ammissibilità di coppie non sterili o infertili alla PMA non è incondizionata. Ancora una volta, come già nelle precedenti decisioni nn. 151/2009 e 162/2014, la Corte censura l’irragionevole assolutezza dell’impianto normativo (in questo caso con riferimento all’esclusione della dpi), piuttosto che la norma in sé.

Infatti, la dichiarazione di incostituzionalità (e la rimozione conseguente del divieto) è rivolta “*al fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro, alla stregua del medesimo “criterio normativo di gravità” già stabilito dall’art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978*”.

Non ogni patologia o motivazione può giustificare l’accesso alla PMA di coppie fertili (con richiesta di preliminare sottoposizione degli embrioni prodotti a dpi); ma solo, per usare le parole del Giudice costituzionale, una “*malattia comportante il pericolo di rilevanti anomalie e malformazioni*”, o una “*grave malattia genetica ereditaria*”.

Dovrà essere il legislatore ad individuare, anche con modalità sottoposte ad accertamento periodico (oltre che scientificamente ‘orientate’), queste condizioni patologiche legittimanti, che in larga parte sono quelle che consentono l’aborto terapeutico, anche se la norma del 1978 sembra avere un ambito di applicazione più ampio e meno oggettivo, sul quale pesa in modo determinante il riflesso ‘gravemente pericoloso’ della situazione patologica relativa al nascituro sulla salute fisica e psichica della donna.

Una cosa è certa: fuori da queste situazioni, anche dopo la sent. 96, resta il limite di accesso alla PMA alle sole coppie sterili o infertili, e resta la non praticabilità della dpi per finalità ‘lato sensu’ eugenetiche.

Si potrebbe concludere, con Michael Sandel, che la vita continua ad essere ‘scoperta’, ad avere l’impronta del ‘non cercato’, tranne quando i rischi di questa ‘imprevedibilità’ sono troppo elevati e prevedibili, per il (futuro) bambino e per i suoi genitori.

In fondo, come avevo provato a sostenere in altra sede, una coppia che ha già avuto un certo numero di gravidanze, tutte o quasi concluse con la procreazione di figli morti dopo pochi mesi per gravi malformazioni genetiche conseguenti alla mutazione di un gene di cui sono portatori entrambi i genitori, ovvero interrotte per lo stesso motivo, non ha una condizione molto diversa da una coppia sterile, infertile, che non può procreare (v. A. D’Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in Trattato di biodiritto, Milano, 2011, 1363).

3. La legge 40 è di fatto a un bivio, tra progressivo svuotamento (o ri-costruzione) giurisprudenziale, e ricerca consapevole di un nuovo equilibrio tra gli interessi coinvolti nelle procedure di PMA. Altri conflitti sono alle porte: l’accesso alla PMA delle coppie omosessuali e/o dei ‘single’, e l’ammissibilità della tecnica (molto controversa e al momento legalizzata solo nel Regno Unito) della donazione mitocondriale, che porta alla creazione di embrioni con il DNA di tre genitori, con un patrimonio genetico assolutamente ‘unico’ che però si trasmetterebbe alle generazioni future.

C’è un filo comune dietro questo percorso di correzione così esteso e profondo della legge del 2004, è cambiato radicalmente il suo *mood*, la prospettiva del ricorso alla fecondazione assistita: ormai non è più (ammesso che sia mai stato solo questo, e qui sta forse l’errore più grave e ingenuo degli estensori della legge 40) un rimedio nei confronti della infertilità o della sterilità, ma lo strumento della realizzazione di una libertà fondamentale, del diritto di procreare, di “divenire genitori e di formare una famiglia che abbia dei figli” (così la sent. 162/2014).

Non aver capito (o voluto capire) questo, è forse la vera ragione della sconfitta della legge 40.