

La procreazione medicalmente assistita

Riflessioni sulla Legge 40/2004

Augusta Tognoni
Magistrato, Milano

Riprende in questo numero di Quaderni il Forum sulla PMA. Dopo il precedente intervento, che ha offerto delle riflessioni sul sentimento comune della gente visto dalla prospettiva di chi si occupa di informazione scientifica, ospitiamo ora un importante contributo sugli aspetti giuridici della PMA. L'autrice è Augusta Tognoni, magistrato, da molti anni impegnata ad approfondire le tematiche cui questo Forum è dedicato e i concetti dell'autonomia professionale del medico. Augusta Tognoni ha lavorato presso il Tribunale e la Corte d'Appello di Milano, con competenze civili e penali, e insegna presso la Facoltà di Medicina dell'Università di Milano-Bicocca, curando in particolare i temi del consenso informato, della responsabilità professionale, della ricerca e della sperimentazione. È autrice di numerose pubblicazioni in materia di diritto di famiglia e di bioetica. Continuate a seguire il Forum con i consueti interesse e attenzione e, come si dice, non staccate la spina. I vostri commenti possono essere inviati collegandosi al sito di Quaderni (www.quaderniacp.it) e cliccando su "invia un articolo o scrivi alla redazione", oppure direttamente al mio indirizzo di posta elettronica (corchiacarlo@virgilio.it).

Carlo Corchia

Nella Legge 40/2004 si intrecciano problemi giuridici, medici, sociali, etici, psicologici, morali che si inseriscono nell'ampio quadro della filosofia del diritto di famiglia.

Il diritto alla salute e il diritto-dovere di curare

Le problematiche molto sfaccettate coinvolgono ciascuno di noi come "persona" singola e come membro della famiglia e della società, ognuno con le proprie aspirazioni, bisogni, esigenze. La "persona" ha diritto alla salute "fisica e psichica" secondo la definizione dell'OMS (art. 32 Cost.), alla famiglia (artt. 29, 30 Cost.), alla realizzazione della personalità (artt. 2, 3 Cost.), all'autodeterminazione (art. 13 Cost.), alla conoscenza, allo sviluppo della scienza e della ricerca. Il diritto di libertà scientifica è previsto dall'art. 33 della Costituzione.

È importante, nel commento alla Legge 40, evidenziare il diritto alla salute, che è la *ratio* dell'art. 1 ("Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita"); salute significa anche spazi alle scelte terapeutiche che possono maturare nel caso concreto e che spetta al medico proporre, in base al suo diritto-dovere di "curare", nell'accezione più ampia, con l'assunzione di responsabilità per i propri interventi.

In proposito la sentenza della Corte Costituzionale del 26 giugno 2002 (anteriore quindi alla Legge 40/2004), pro-

nunciata su una diversa questione, ma pertinente in questa sede, afferma principi generali, forse non valorizzati dal legislatore, e ribaditi dalla stessa Corte nella sentenza 151/2009, che vengono esaminati in relazione agli artt. 13 e 14 della Legge. Le proposizioni della Corte sono efficaci con riferimento alla diagnosi pre-impianto e al divieto di produzione di embrioni in numero superiore a tre correlati con il divieto di crioconservazione e di soppressione (artt. 13, 14).

Scrive la Corte: "L'art. 32 della Costituzione, impegnando la Repubblica alla tutela della salute, come fondamentale diritto del cittadino e come interesse della collettività, attribuisce al malato il diritto a essere curato efficacemente secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, nel rispetto dell'integrità fisica e psichica della sua persona; conseguentemente, salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche sperimentali che sono in continua evoluzione. La regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione". Sintetizza la Corte: "Tutto ciò non significa che al Legislatore sia preclusa ogni possibilità di intervenire, ma un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appro-

priatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del Legislatore".

Il numero di embrioni

Con sentenza 8 maggio 2009 n. 151 la Corte, facendo propri i principi sopra richiamati (cfr. sentenze Corte Costituzionale nn. 27/1975, 35/1997, 45/2005), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2 e 3, nella parte in cui prevede il limite massimo di tre embrioni producibili per ciclo di stimolazione ormonale e non prevede una deroga al divieto di crioconservazione allorché il trasferimento degli embrioni dovesse essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna: crolla cioè il limite massimo dei tre embrioni producibili e si amplia l'eccezione al divieto di crioconservazione. La sentenza contiene un bilanciamento tra la tutela dell'embrione e i diritti della donna e del medico, il quale viene rivisto in una veste di "garante" della salute.

Afferma la Corte che "la previsione della creazione di un numero di embrioni in numero non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna [...], si pone in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di uguaglianza, in quanto il Legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili, nonché con l'art. 32 Cost. per il pregiudizio alla salute della donna [...]". Puntualizza la Corte che "l'intervento demolitorio mantiene salvo il principio secondo cui le

Per corrispondenza:
Augusta Tognoni
e-mail: augusta.tognoni@gmail.com

forum

tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia l'irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità per la donna di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica con possibile lesione del suo diritto alla salute". Con il corollario che non vi è più un divieto assoluto di crioconservazione, bensì soltanto un divieto assoluto di soppressione degli embrioni.

La diagnosi pre-impianto

È agevole verificare che in questa ottica la Corte Costituzionale ha modificato in maniera radicale la Legge 40/2004: la diagnosi pre-impianto è lecita sulla base di un'interpretazione conforme della Costituzione per fornire ai futuri genitori le informazioni necessarie al fine di esprimere il consenso all'impianto, che potrà aver luogo con riferimento ai soli embrioni accertati come sani e comunque portatori sani di patologie genetiche; la Corte non travolge il principio della tutela dell'embrione, ma afferma l'autonomia della scienza medica di salvaguardare la salute fisica e psichica della donna.

Un altro tema che ha suscitato aspre polemiche in ambito medico-giuridico e forti tensioni tra i soggetti interessati è il divieto alle coppie fertili portatrici di patologie genetiche di accedere alla procreazione medicalmente assistita (art. 4, comma 1: "Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate, documentate da atto medico, nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico").

Il problema della discriminazione tra coppie fertili e infertili è stato affrontato dal Tribunale di Salerno, adito da due genitori, fertili, che avevano trasmesso la gravissima malattia di cui erano portatori, andando incontro a gravidanze dolorose dall'esito infausto. Il Tribunale con

un'interpretazione coraggiosa conforme alla Costituzione ha ammesso detti genitori, sebbene fertili, alle tecniche di procreazione, superando il divieto letterale dell'art. 1 e dell'art. 4 della Legge 40/2004.

Successivamente la questione è stata portata all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo da due cittadini italiani trentenni, che hanno già un figlio malato, affetto da fibrosi cistica, malattia che vorrebbero evitare al secondogenito con la fecondazione assistita, attraverso la diagnosi pre-impianto (Affaire Costa e Pavan c. Italie).

I ricorrenti lamentano la violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto la sola via loro aperta per generare un bambino che non sia affetto dalla malattia della quale essi sono portatori sani è la gravidanza naturale con possibilità di aborto terapeutico qualora la diagnosi prenatale debba evidenziare che il feto è malato.

La Corte accoglie il ricorso proprio alla luce dell'art. 8 della Convenzione che garantisce "il diritto di ogni persona al rispetto della sua vita privata, familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza", con l'avvertenza che "non vi può essere ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di questo diritto", a meno che questa ingerenza sia prevista dalla legge e "costituisca una misura che in una società democratica è necessaria alla sicurezza nazionale, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui e alla prevenzione di reati".

Precisa la Corte che il diniego alla diagnosi pre-impianto non è una misura necessaria a salvaguardare la donna e l'embrione, perché la legge italiana, ammettendo la possibilità di ricorrere all'aborto terapeutico nel caso di feto affetto da malattia genetica, non è coerente con le esigenze invocate dallo Stato per impedire il ricorso alla diagnosi pre-impianto. Con il corollario che "la Corte non può trascurare lo stato di angoscia della ricorrente che, nell'impossibilità di procedere a una diagnosi pre-impianto, avrebbe come sola prospettiva di maternità quella legata alla possibilità che il bambino sia affetto dalla malattia". Con l'ulteriore annotazione: "[...] pur ricono-

scendo che la questione della diagnosi pre-impianto suscita delicati interrogativi di ordine morale, la Corte rileva che la scelta operata dal Legislatore in materia non sfugge al controllo della Corte". E conclude che "il sistema legislativo italiano in materia di diagnosi pre-impianto non è coerente, in quanto un'altra legge dello Stato permette alla coppia di accedere all'aborto terapeutico" e sottolinea che la problematica interessa soltanto tre Paesi in Europa: l'Italia, la Svizzera e l'Austria.

La sentenza è divenuta definitiva l'11 febbraio 2013, non avendo il Governo italiano presentato ricorso alla Grande Chambre della Corte europea dei diritti dell'uomo. La sentenza deve essere rispettata. È pertanto consentito l'accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici di patologie genetiche e di conseguenza è legittima la diagnosi pre-impianto.

La fecondazione eterologa

È ancora aperto il dibattito in relazione al "divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologa" (art. 4, comma 3).

Coloro che eccepiscono l'illegittimità del divieto deducono che la disposizione lede il principio di uguaglianza ex art. 3 Costituzione, in quanto comporta disparità di trattamento tra le coppie che producono ovuli e spermatozoi e sono ammesse alle cure e le coppie che non ne producono e ne sono pertanto escluse.

I sostenitori del divieto oppongono osservazioni etiche, morali, sociali, culturali e prospettano questioni complesse, tra le quali l'anonimato del donatore, la rete parentale biologica, il pericolo di rapporti incestuosi, il mercato dei gameti, la possibilità di scegliere i caratteri del donatore; sintetizzano che la fecondazione eterologa non è una tecnica, bensì un nuovo modo di concepire la famiglia e le relazioni fondamentali della persona.

Scuote il dibattito la sentenza emessa l'1 aprile 2010 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (causa SH Others/Austria). La Corte pone l'accento sull'importanza del rispetto da parte dello Stato per la vita privata e la libera autodeterminazione dei propri cittadini anche con riferimento alle scelte relative alla procreazione. Sempre la Corte sottolinea che nel divieto non vi è una proporzionalità sostanziale, nel senso che l'esistenza di

possibili rischi (per esempio quello di sfruttamento delle donatrici di ovociti) non è sufficiente per giustificare l'imposizione di un divieto assoluto che ritiene illegittimo; suggerisce che la materia deve piuttosto essere disciplinata in modo tale da consentire una limitazione dei possibili rischi entro limiti accettabili.

Ma la Grande Chambre della Corte europea (sentenza emessa il 3 novembre 2011) ribalta la sentenza della Camera semplice e afferma che il divieto di fecondazione eterologa non viola la convenzione europea e rientra nei margini di autonomia dei singoli Stati.

È importante annotare che nella motivazione i Giudici della Grande Chambre enunciano principi forti sui quali riflettere: 1) confermano che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di utilizzare a tal fine la procreazione medicalmente assistita costituisce un diritto protetto dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto espressione del diritto di libera determinazione nella vita privata e familiare; 2) affermano che la scienza medica e il consenso sociale devono essere valutati dal Legislatore in prospettiva "dinamica" (testualmente: "Sono stati molti i progressi della scienza medica ai quali alcuni Stati contraenti hanno dato la risposta nella loro legislazione. Tali cambiamenti potrebbero pertanto avere delle ripercussioni sulla valutazione dei fatti operata dalla Corte": è significativo il richiamo per il Legislatore nazionale a conoscere e utilizzare il progresso della scienza medica e il consenso sociale); 3) richiamano il principio di proporzionalità di cui all'art. 8 par. 2 della Convenzione in diretta conseguenza della rapidità e consistenza dell'evoluzione che la scienza e la società conoscono in materia di diritti fondamentali, con la conseguente necessità che la registrazione di "enormi progressi" deve trovare riscontro nella legislazione interna dei singoli Stati; ne discende l'obbligo per il Legislatore nazionale di approntare norme che rispettino il divenire dei valori in gioco, requisito imprescindibile per ritenere soddisfatto il principio di proporzionalità.

Sulla base dei principi enunciati dalla Grande Chambre della Corte europea il Tribunale di Milano con Ordinanza del 29 marzo 2013 ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità

costituzionale dell'art. 4 comma 3 ("Divieto di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo"), per contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 31, 32, 117 della Costituzione.

La motivazione dell'Ordinanza è molto articolata con spunti di riflessione interessanti, ancorati alle Convenzioni internazionali e alla nostra Costituzione.

I passaggi principali si possono così schematizzare:

- a) il concepimento di un figlio mediante l'ausilio di pratiche di PMA non può dirsi lesivo del diritto del concepito al riconoscimento formale e sostanziale di un proprio *status filiationis*, elemento costitutivo dell'identità personale, protetta dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 e dall'art. 2 della Costituzione, con la considerazione che l'insopprimibile diritto del figlio ad avere un nome e una famiglia risulta adeguatamente tutelato anche in caso di fecondazione eterologa, rispondendo a tal fine l'assunzione di ogni inerente obbligo da parte dei genitori biologici e non genetici.
- b) Il divieto di fecondazione eterologa viola gli artt. 3 e 31 della Costituzione sotto il profilo della natura discriminatoria e della ragionevolezza, in quanto il Legislatore non può disciplinare in maniera difforme situazioni soggettive analoghe, tanto più nell'ipotesi in cui si sfoci nel campo dei diritti fondamentali della persona. Con l'avvertenza che la creazione di una famiglia, inclusa la scelta di avere figli, costituisce un diritto fondamentale della coppia, rispondente a un interesse pubblico riconosciuto e tutelato dagli artt. 2, 29, 31 della Costituzione. Del resto l'obiettivo dichiarato dal Legislatore all'art. 1 della legge 40/2004 è proprio quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità della coppia. È ben vero che non si può affermare l'identità delle procedure di PMA derivanti dal contributo di materiale genetico proveniente da soggetto estraneo all'instaurando rapporto genitoriale rispetto a tecniche di PMA eseguite utilizzando gameti derivanti esclusivamente dalla coppia genitoriale biologica. È peraltro indubbio che identico è il limite (infertilità o sterilità della coppia) cui

dovrebbe corrispondere la comune possibilità di accedere alla migliore tecnica medico-scientifica utile per superare il problema da individuarsi in relazione alla causa patologica accertata. L'elemento non comune (specificità della patologia) non pare idoneo a escludere l'applicabilità di un concetto logico di uguaglianza giuridica.

- c) L'ordinamento italiano, così come altri ordinamenti europei, conosce e disciplina istituti giuridici che ammettono la frattura fra genitorialità genetica e genitorialità legittima, quali l'adozione; lo Stato riconosce quindi rapporti parentali fondati sul legame affettivo e sull'assunzione di responsabilità, prescindendo e superando la necessità di una relazione biologica genitoriale. Ciò significa, alla luce delle indicazioni della Corte europea, che i valori di conoscenza scientifica e la condivisa sensibilità sociale non sono eludibili facendo ricorso allo schermo della discrezionalità legislativa; in questa ottica l'art. 4, comma 3, presenta un apprezzabile aspetto di inadeguatezza costituzionale.
- d) Il divieto di fecondazione eterologa non tutela l'integrità fisica e psichica delle coppie in cui uno dei due componenti non presenta gameti idonei a concepire un embrione. Le tecniche di PMA devono essere qualificate come rimedi terapeutici in quanto consistono in trattamenti da eseguirsi sotto diretto controllo medico, finalizzato a superare una causa patologica con applicazione di protocolli approvati dalla comunità scientifica e rimuovono le sofferenze psicologiche connesse alla difficoltà di realizzazione della scelta genitoriale.

È bene ribadire che la Corte Costituzionale (cfr. Sentenza n. 151/2009 già citata) avverte che "in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali".

L'Ordinanza del Tribunale di Milano, sopra sintetizzata, rispettosa dei principi enunciati dalla Corte europea e delle norme costituzionali, offre risposte argomentate ai dubbi affacciati dai sostenitori del divieto della fecondazione eterologa.

BOX: QUESTO ARTICOLO CI FA RIFLETTERE SU...

- Il diritto alla salute si concretizza anche in scelte terapeutiche specifiche per ogni caso, che spetta al medico proporre, in base al suo diritto-dovere di "curare".
- Secondo la Corte Costituzionale non è il Legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, perché non si può riservare il medesimo trattamento a situazioni dissimili. Esclude pertanto l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e di un numero massimo di embrioni da impiantare.
- La diagnosi pre-impianto è lecita sulla base di un'interpretazione conforme della Costituzione per fornire ai futuri genitori le informazioni necessarie per esprimere il consenso all'impianto. La legge italiana non è coerente perché contemporaneamente ammette la possibilità di ricorrere all'aborto terapeutico nel caso di feto affetto da malattia genetica.
- L'illegittimità della fecondazione eterologa lede il principio di uguaglianza sancito dalla Costituzione, in quanto comporta disparità di trattamento tra le coppie che producono ovuli e spermatozoi e sono ammesse alle cure e le coppie che non ne producono e ne sono escluse.
- Lo Stato, con l'istituto dell'adozione, già riconosce rapporti parentali fondati sul legame affettivo e sull'assunzione di responsabilità, prescindendo e superando la necessità di una relazione genitoriale biologica o genetica.

Sintesi di altri modelli giuridici europei

Per completezza di esposizione è utile un accenno ai modelli giuridici europei che hanno aperto la strada alla fecondazione eterologa.

In Germania la Legge sulla tutela degli embrioni del 13 dicembre 1990 pone come condizione il consenso del donatore e della donna, con il solo limite del divieto di fecondazione *post mortem*.

Situazione analoga si riscontra in Spagna, dove la Legge 22 novembre 1998, nella versione modificata dalla Legge 22 novembre 2003 n. 45, ammette la donazione di gameti, purché effettuata a titolo gratuito, e stabilisce che ogni donna di età superiore a 18 anni possa accedere alle tecniche di riproduzione assistita a condizione che abbia manifestato per iscritto un consenso libero e cosciente.

In Francia è ammessa alla fecondazione eterologa una coppia unita in matrimonio

o convivente da almeno due anni, nei casi in cui la fecondazione assistita non possa avere successo senza ricorso a un terzo.

Alla luce di quanto esposto è quindi molto attesa la decisione della Corte Costituzionale, che rappresenterà un'ulteriore tappa del lungo e faticoso percorso, forse non ancora completato, della Legge 40/2004. ♦

Bibliografia di approfondimento

AA.VV. La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi. Fondazioni "Corriere della Sera e Umberto Veronesi", 2005.

Dossetti M, Lupo M, Moretti M (a cura di). Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità. Giuffrè, 2010.

Figone A, Dogliotti M. Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40. IPSOA, 2004.

Legge 19 febbraio 2004, n. 40: "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". *Gazzetta Ufficiale* 2004;45. <http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>.

**TUTTI INSIEME
A RADIO MAGICA!**

È il momento di festeggiare il primo anno di vita per Radio Magica, la prima web radio in Italia, nata dall'omonima fondazione che si occupa della promozione e diffusione della cultura dell'ascolto di qualità dei bambini e dei ragazzi, con e senza bisogni educativi speciali. Radio Magica, infatti, trasmette ogni giorno in diretta dalle 7:00 alle 19:00 e mette a disposizione degli ascoltatori la prima biblioteca online, accessibile liberamente dal proprio computer e da tutti i dispositivi mobili, strutturata su quattro "cassette", a seconda della fascia di apprendimento a cui appartiene ciascun ascoltatore.

Fondazione Radio Magica Onlus è impegnata nella promozione della cultura dell'ascolto attivo attraverso attività di *storytelling* digitale e nella costruzione di una rete che coinvolge opinione pubblica, esperti del settore e mondo della comunicazione. Per questo motivo stiamo lavorando, anche col vostro contributo, per rafforzare una rete di presidi locali all'ascolto di qualità, coinvolgendo asili, scuole, biblioteche, ospedali e naturalmente famiglie.

Noi di Radio Magica crediamo molto nella collaborazione con i pediatri e gli operatori dell'infanzia: è soltanto con il vostro aiuto infatti che possiamo raccogliere nuovi stimoli, buone pratiche, esperienze e informazioni utili per crescere. Crediamo possiate essere indispensabili alleati per entrare con noi nelle famiglie e nutrire il cuore e le menti dei bambini, dei genitori e dei caregiver.

In allegato a questa rivista c'è un poster che illustra le attività di Radio Magica. Vi preghiamo di appenderlo in un luogo di passaggio per far conoscere il progetto. Radio Magica può diventare anche una forma di intrattenimento gratuito nei luoghi frequentati dai bambini: basta posizionare un computer e un paio di semplici casse, dotarsi di connessione web e accedere al sito.

Per ascoltarci: www.radiomagica.org
Per essere sempre aggiornati sul palinsesto e sugli eventi di Radio Magica, iscrivetevi alla nostra Newsletter (dal sito della fondazione www.radiomagica.org) e seguitemi su Facebook.