

LA PROCREAZIONE ASSISTITA TRA ORDINARIETA' ED EMERGENZA

RELAZIONE INTRODUTTIVA

di MICHELA MANETTI*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La disciplina della terapia in relazione al numero di embrioni impiantabili. - 3. *Segue*: sindacabilità della valutazione tecnico-scientifica. - 4. La disciplina della terapia in relazione al divieto della crioconservazione. - 5. *Segue* : si tratta di una *political question*? - 6. Lo strabismo della legge.

1. Tratterò della procreazione medicalmente assistita non in generale, ma con esclusivo riguardo alla pratica delimitata dai presupposti legali attualmente vigenti (riservata alle coppie, omologa, applicabile alla sterilità/infertilità), lasciando anche da parte le questioni relative alla sperimentazione scientifica sugli embrioni.

Così delimitato l'oggetto, dobbiamo innanzi tutto porci il problema di definirlo : che cos'è la procreazione medicalmente assistita per la legge n. 40 del 2004? E' un modo per risolvere i problemi riproduttivi delle coppie. La legge fa anche testualmente intendere che si tratta di una terapia: in effetti, tale tecnica consente un solo preliminare passaggio della gestazione – che il corpo umano non è spontaneamente in grado di assicurare, come non è talvolta in grado di far funzionare correttamente determinati organi – e non la sostituisce (come invece avviene con la clonazione riproduttiva). In questo senso ritengo improponibile il paragone della procreazione medicalmente assistita con l'utilizzo di un arto meccanico, che qualcuno ha proposto, e segnalo comunque che il ricorso a macchine per sostituire *in toto* una funzione dell'organismo - come nel caso di Piergiorgio Welby - è considerato pur sempre una terapia (discutendosi semmai se si tratti di accanimento terapeutico).

Del resto, anche se la procreazione medicalmente assistita non fosse definibile come una terapia rispetto alla sterilità di coppia, essa sarebbe comunque giustificata in quanto trattamento medico diretto ad alleviare le gravi sofferenze che comporta per i mancati genitori l'assenza di una progenie, oltre che come misura intesa a favorire la compiutezza della (o il diritto alla) famiglia nel senso fatto proprio dalla Costituzione. In ogni caso la Corte costituzionale ha dimostrato, sia rispetto alle cure termali (sentenza n. 559 del 1987) che rispetto al trattamento Di Bella (sentenza n. 185 del 1998) di considerare il termine "terapia" in senso relativamente elastico, in rapporto ai beni costituzionalmente rilevanti che ne siano implicati.

* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Siena*

Discorso diverso andrebbe fatto per il diritto alla procreazione esercitato individualmente, che non è necessariamente legato alla sterilità, e che non è automaticamente riconducibile alla famiglia fondata sul matrimonio.

In tale contesto, la scelta del legislatore di subordinare il ricorso alla tecnica ad una decisione concorde della coppia non va sottovalutata, perché attenua l'exasperazione del malessere individuale legato alla infertilità. Tale scelta consente invero di ricondurre la decisione di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita ad una ponderazione svolta tra i due partner, e quindi di renderla più meditata, come si è detto parlando di un "progetto di genitorialità" condiviso. A questa ponderazione si aggiunge poi la consulenza svolta dal medico, che a termini di legge deve prospettare l'alternativa dell'adozione, oltre che informare sulle caratteristiche della terapia.

Il fatto che la legge limiti il ricorso alla procreazione medicalmente assistita alle persone in età potenzialmente fertile, la subordini al requisito della sterilità/infertilità di qualsiasi origine, la configuri come *extrema ratio* dopo l'esperimento di tutte le altre terapie, e infine (come si è appena detto) proceduralizzi il momento della decisione staccandola dal piano della fantasia solipsistica, mira a garantire tutte le condizioni affinché il ricorso alla terapia sia motivato dal sincero interesse alla formazione della famiglia, in una parola affinché l'interesse dei genitori coincida con quello del figlio a venire, prefigurando così l'assetto corretto e auspicabile dei rapporti familiari. Su queste basi, l'aspettativa di gravidanza nutrita dai genitori coincide con l'aspettativa di nascita del concepturo (o con il suo "diritto alla vita").

Nello svolgimento della disciplina la legge si allontana peraltro da queste premesse, prefigurando al contrario un conflitto tra gli interessi in questione, cui viene data una soluzione univoca e rigida. Esamineremo alla fine le cause più profonde di questa specie di strabismo legislativo ; per l'istante dobbiamo prendere atto che qualunque ne sia il motivo la legge n. 40 del 2004 pone una serie di questioni di non poco momento – rilevati da moltissima dottrina, sia privatistica che pubblicistica – non solo in rapporto all'assetto dell'ordinamento vigente, ma anche in sé e per sé considerata.

2. L'ordinanza che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale scaturisce innanzi tutto da una contraddizione interna alla legge.

Alle diversissime critiche prodottesi sinora, che lamentano o una protezione troppo debole dell'embrione (perché non essendo coercibile l'impianto e non essendo adottabile l'embrione, esso è condannato ad estinguersi ; o perché essendo necessariamente unico e simultaneo l'impianto, la donna che volesse evitarlo non potrebbe che rifiutare tutti gli embrioni fecondati, senza salvarne alcuno; perché rimanendo possibile l'aborto la vita dell'embrione non è in definitiva garantita ; perché non essendo punito penalmente il rifiuto del consenso all'impianto non si ha un'efficacia deterrente adeguata al bene protetto) o al contrario una protezione troppo forte, il TAR del Lazio ne ha aggiunta una nuova e incontestabile, riguardante la protezione fittizia, ovvero il sacrificio senza scopo dell'embrione (oltre che della salute della donna).

In effetti, il punto sta a mio avviso nella ripetibilità dei tentativi di fecondazione, che è presupposta dalla tecnica della procreazione medicalmente assistita. Sul punto non è necessario svolgere un'indagine istruttoria, perché è fatto notorio che la fecondazione artificiale debba di regola essere ripetuta in più cicli, per avere probabilità statisticamente apprezzabili di riuscita. Non si tratta quindi di un protocollo applicabile al posto di un altro, ma di una pratica medica universalmente riconosciuta, che si basa sul fatto (valido anche nella procreazione naturale) per cui non basta un tentativo per ottenere una gravidanza, a meno di non avere molta fortuna.

Vietare la ripetizione equivarrebbe dunque a rendere del tutto inutile o illusorio il ricorso alla procreazione medicalmente assistita. In effetti, la legge non vieta la ripetizione dei tentativi di fecondazione, ma al contempo limita a tre il numero degli ovociti da fecondare ciascuna volta, ponendo quindi le premesse per un sacrificio maggiore di embrioni, nei casi in cui quelli effettivamente fecondati siano insufficienti a provocare la gravidanza, in relazione all'età della donna e/o alla sua ridotta capacità di assicurarne l'avvio.

Anche questa circostanza è verificabile con una sommaria indagine sulla pratica medica, che testimonia come per le donne in età più avanzata sia necessario di regola procedere all'impianto di ovociti fecondati in numero superiore a tre, e più in generale che la fecondazione artificiale degli ovociti (come quella naturale), pur quando riesca, è subordinata poi alla capacità della donna di giovare dell'impianto, ovvero di consentire l'attecchimento degli embrioni.

Di conseguenza, nel caso di donne meno giovani o comunque scarsamente idonee all'annidamento, anche nella migliore delle ipotesi - in cui avvenga la fecondazione di tutti e tre gli embrioni - si renderà inevitabile ripetere la stimolazione ovarica, per trovarsi però di nuovo nella medesima situazione di svantaggio.

Ciò, va sottolineato, sul presupposto che tutti gli ovociti fecondati vadano trasferiti nell'utero materno, come la legge prescrive, e quindi tenendo fermo il divieto della crioconservazione, che il giudice *a quo* ricomprende nella questione relativa al numero massimo degli embrioni da impiantare, ma che in verità ne è indipendente, pur essendovi indiscutibilmente collegata, come si vedrà nel prosieguo.

Ritengo in altre parole che la questione sul numero massimo di embrioni (relativa all'art. 14, comma 2) possa e debba essere trattata separatamente dalla questione della derogabilità al divieto crioconservazione (relativa all'art. 14, comma 3), che è innegabilmente più complessa.

La prima questione deve a sua volta essere scomposta, come evidenzia il giudice *a quo*, in due profili diversi: l'uno più immediato, che colpisce il procedimento logico seguito dal legislatore nel porre la disposizione, causando anche l'irragionevole parificazione di casi diversi rispetto alla terapia (artt. 3 e 32 Cost.); l'altro relativo al contrasto, nell'ambito della legge, tra la disposizione impugnata e il principio di minore invasività (che è espressione della tutela della salute *ex art. 32 Cost.*).

Il vizio insanabile di irrazionalità intrinseca della legge, colto dall'argomentazione del TAR Lazio, riguarda l'immediato sacrificio degli embrioni in vista di una gravidanza improbabile, e la ripetibilità di questo presumibilmente inutile sacrificio ; vizio che ridonda nella disparità di trattamento causata a danno delle donne che richiederebbero l'impianto di un numero di embrioni superiore a tre (le quali vedono ridursi le proprie aspettative di gravidanza) rispetto a quelle che ne richiedono meno (le esigenze delle quali possono essere rispettate, dal momento che il numero a termini di legge può essere ridotto).

L'irragionevolezza a mio avviso sta propriamente in ciò, che si lascia al medico la scelta se ripetere e quante volte ripetere la fecondazione, facendo aumentare il numero degli embrioni sacrificati, ma non gli si lascia la possibilità di fecondare nell'ambito di un solo tentativo un maggior numero di embrioni. Lo si vincola in sostanza su di una scelta meno impegnativa per lasciarlo libero su di una suscettibile di esplicitare effetti più ampi e più pregiudizievoli per gli stessi embrioni, oltre che per la salute della donna.

3. Il motivo di questa irragionevolezza, secondo il giudice *a quo*, sta nel fatto che il legislatore non ha considerato in tutta la sua articolazione la buona pratica medica normalmente seguita. Si tratta quindi di un vizio della discrezionalità legislativa inerente ad una questione tecnico-scientifica.

Al riguardo va premesso che non si può escludere *a priori* la sindacabilità di tale vizio, richiamando la sentenza n. 48/2005 della Corte costituzionale, nella quale si è ritenuto che la disciplina del numero degli ovociti impiantabili (così come altre disposizioni della legge n. 40 del 2004) appartiene agli «aspetti specifici della disciplina della procreazione medicalmente assistita che rientrano nell'ambito della discrezionalità legislativa». Tale affermazione infatti mira a giustificare l'ammissibilità del referendum abrogativo riguardante tali «aspetti specifici», escludendo che la loro abrogazione comporti «il venir meno di una tutela costituzionalmente necessaria».

La Corte ha detto in sostanza che il prodotto della discrezionalità legislativa nelle materie *de quibus* non è attuazione necessaria della Costituzione, il che lo rende soggetto all'eventuale abrogazione popolare, e a maggior ragione lo rende soggetto al sindacato di costituzionalità. A maggior ragione nel senso che l'eventuale pronuncia di incostituzionalità potrebbe dispiegarsi in tutte le sue potenzialità invalidanti, incontrando non la necessità di rispettare una tutela minima *predeterminata*, ma di assicurare una tutela minima ragionevole ai beni in questione.

Come tutti hanno rimarcato, in definitiva, l'ammissibilità dei quattro referendum parziali indica che le modalità di garanzia dei suddetti beni predisposte dalla legge n. 40 del 2004 sono state ritenute dalla Corte discutibili, con il solo limite rappresentato dalla necessità che una tutela legislativa comunque vi sia. Naturalmente ciò rappresenta un primo indizio, ma non dimostra automaticamente che il vizio dedotto nel presente giudizio sia interamente sindacabile, trattandosi come dicevamo di un vizio attinente a valutazioni tecnico-

scientifiche, le quali esigono indubbiamente da parte del giudice costituzionale un atteggiamento di *self-restraint*.

Il tema è stato accuratamente vagliato in dottrina, sicché mi limito a riportare le conclusioni al riguardo. *Self-restraint* in questa materia non significa inammissibilità della questione, ma sindacato svolto tra un massimo, che fa riferimento alle opinioni seguite dalla maggioranza degli esperti della materia, e un minimo, che si accontenta della non insostenibilità o implausibilità della posizione tecnico-scientifica sposata dal legislatore.

Sarebbe però sbagliato fermarsi a questa constatazione, perché come è stato acutamente dimostrato ciò che viene in rilievo davanti alla Corte non è la valutazione tecnico-scientifica in sé, sotto il profilo del mero travisamento dei fatti, ma il suo rapporto con la tutela dei beni costituzionali in giuoco. Si ricordino emblematicamente le decisioni, già ricordate, che hanno ritenuto applicabile la definizione, pur scientificamente discutibile, di “terapia” tanto alle cure termali quanto alla terapia Di Bella, che era ancora in corso di sperimentazione.

Ora, in relazione al numero massimo di embrioni da trasferire, i beni costituzionali in giuoco sono rappresentati dall’aspettativa di gravidanza e dalla aspettativa di nascita dell’embrione (perché non altrimenti, per chi lo presupponga, si realizza il diritto alla vita dell’embrione). Queste aspettative, come abbiamo detto all’inizio, sono coincidenti, e non confliggenti, e richiedono entrambe che a seconda delle particolarità dei diversi casi (la fecondazione e) il trasferimento degli embrioni avvenga in un numero variabile, anche superiore a tre.

Il piatto della bilancia pende poi (e siamo al secondo profilo della questione) in modo irreversibile verso la possibilità di ampliamento del numero di embrioni trasferibile – anziché verso la ripetizione del ciclo di stimolazione e di fecondazione – se si considerano le necessità di tutela della salute della donna, che dalla suddetta ripetizione rischia di essere messa inutilmente a repentaglio. Inutilmente perché come si è appena detto il numero di tre embrioni continuerebbe ad essere insufficiente, nonostante la ripetizione.

Si noti che l’accoglimento della questione non potrebbe condurre a limitare la fecondazione ad un solo embrione per volta, o a vietare la ripetizione dei tentativi (con il che la Corte andrebbe comunque *ultra petita*), dal momento che il giudice *a quo* ha correttamente vincolato il possibile sacrificio degli embrioni alla aspettativa di gravidanza, che è l’obbiettivo dichiarato e perseguito dalla legge. La Corte dovrebbe limitarsi a dichiarare illegittima la formula legislativa, nella parte in cui fissa il numero massimo di tre embrioni, *anziché* (secondo il dettato della legge austriaca : art. 10 FMedG), *il numero di embrioni «sufficiente in base all’esperienza ed alle più recenti conoscenze medico-scientifiche a dare inizio nell’arco di un ciclo ad una riproduzione assistita»*.

In questi termini, la Corte potrebbe ricondurre a razionalità la previsione legislativa riconoscendo il diritto-dovere dei singoli medici di conformarsi alla corretta pratica medica, secondo il principio di adeguatezza della terapia alle particolarità del caso stesso, ovvero del diritto ad una cura efficace (secondo i precedenti tracciati nelle sentenze n. 282/2002 e n. 338/2003). Operazione assimilabile alla “delega di bilanciamento” che la Corte ha talvolta rimesso ai

giudici nel dichiarare illegittima una presunzione legislativa risultata troppo rigida per adattarsi alle mutevoli esigenze, costituzionalmente rilevanti, dei diversi casi cui essa deve applicarsi.

4. Le medesime considerazioni – che sfociano nella sindacabilità della valutazione tecnico-scientifica operata dal legislatore ai limitati fini del suo ancoramento alla corretta pratica medica – valgono anche per la questione relativa al divieto di criocongelazione.

Al riguardo va premesso che la fecondazione assistita è sempre preceduta dalla stimolazione ovarica, che mira ad incrementare attraverso la somministrazione di ormoni il numero di ovociti prodotti dal corpo femminile e che è destinata ad intaccare il patrimonio di ovociti di cui dispone ciascuna donna. Tale patrimonio è invero limitato e soggetto ad invecchiamento, e non può allo stato dell'arte essere adeguatamente conservato attraverso la crioconservazione degli ovociti stessi.

Ad ogni ciclo di fecondazione assistita diminuiscono pertanto le residue speranze di gravidanza e al contempo si aggrava il pericolo derivante dalla massiccia introduzione di ormoni nel corpo femminile. Da qui scaturiva, prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, la pratica di fecondare tutti gli ovociti prodotti nell'ambito dello stesso ciclo di stimolazione, e di conservare in attesa di un successivo trasferimento quegli embrioni che si venissero a creare ma che non potessero essere trasferiti immediatamente.

Il divieto di crioconservazione (dal quale discende l'obbligo di impiantare immediatamente tutti gli embrioni prodotti) incide soprattutto sulle esigenze delle donne più giovani e/o più idonee in relazione all'attecchimento, cui è sconsigliabile impiantare più di due embrioni, se non si vuole correre il rischio di una gravidanza plurigemellare. Da tale divieto discende che il medico dovrà fecondare al massimo due ovociti, fermo restando che non è detto che entrambi saranno fecondati e che almeno uno riesca ad annidarsi. In questo caso diventa quindi non indispensabile (come lo è nel caso precedente), ma più probabile la necessità di una ripetizione del ciclo di stimolazione, e la connessa probabile perdita di uno dei due embrioni che venissero fecondati, oltre che il danno alla salute della donna.

Qui il problema non è indubbiamente quello - insuperabile - di un inutile sacrificio, per la donna e per l'embrione (come nella questione precedente), ma certamente di un sacrificio presumibilmente eccessivo o irragionevole nei confronti delle aspettative di gravidanza/di nascita di entrambi.

Al riguardo il giudice *a quo* afferma che è la stessa legge ad ammettere il possibile sacrificio dell'embrione, non riconoscendogli una tutela assoluta, né in relazione al singolo ciclo di trattamento, né in relazione alla ripetibilità dello stesso, di modo che risulterebbe irragionevole non ammettere la crioconservazione nel caso in cui questa sia possibile e sia giustificata dallo scopo di proteggere la salute della donna, sottraendola alla necessità di ripetere la stimolazione.

Il riferimento alla possibilità della crioconservazione è da sottolineare, in quanto, come si è già detto, non è affatto scontato che si vengano a formare più embrioni rispetto a quelli che è consigliabile impiantare. Per converso è probabile che i tentativi di impianto debbano ripetersi, e che quindi gli eventuali embrioni crioconservati siano destinati ad un futuro impianto.

Di conseguenza, sarebbe illegittimo restringere l'ammissibilità della crioconservazione al solo caso di «forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione», *anziché al caso in cui essa sia necessaria in relazione allo stato di salute della donna, secondo la valutazione datane dal medico.*

L'accoglimento della questione in esame non mette dunque in discussione il divieto in via generale della crioconservazione, ma si limita ad estenderne la derogabilità, in stretta applicazione del principio di protezione della salute delle diverse pazienti. E neppure mette in discussione, è appena il caso di notarlo, il divieto di sperimentazione sugli embrioni criocongelati, che è questione totalmente diversa.

La domanda è esclusivamente se sia ammissibile la formazione di embrioni i quali sia pure in casi limitati vedano diminuite le loro aspettative di nascita attraverso il trasferimento nell'utero materno, allorquando la ripetizione del trattamento si riveli in un secondo tempo impossibile.

Ora, è evidente che la diminuzione di tali aspettative discende dal rifiuto del legislatore di contemplare tanto l'eventualità della crioconservazione dell'embrione in uno stadio molto precoce del suo sviluppo, quanto l'eventualità dell'adozione o della donazione degli embrioni non trasferibili per qualsiasi motivo nell'utero della madre (a differenza di quanto prevedono altre legislazioni che pure fanno salva l'esclusiva destinazione degli embrioni alla procreazione). Le Linee guida hanno esplicitato sino alle estreme conseguenze tale rifiuto, prevedendo che laddove il trasferimento non risulti attuato, gli embrioni vadano mantenuti in stato di crioconservazione sino alla loro estinzione.

In questi termini dunque l'alternativa è secca (né la questione di legittimità costituzionale potrebbe modificarla) : o si vieta la crioconservazione finalizzata a successivi trattamenti, accettando il rischio di nocimento alla salute della donna, o si ammette tale pratica, accettando il rischio che alcuni embrioni possano estinguersi.

5. Ad avviso di alcuni, la Costituzione sarebbe muta di fronte ad una simile alternativa, e il legislatore avrebbe quindi il diritto e il dovere di scegliere – a condizione di rispettare il procedimento parlamentare – tra opzioni che si presentano egualmente parziali o riconducibili a valori non negoziabili.

E' un modo di ragionare che, per restare in Europa, si potrebbe definire kelseniano. Peccato che Kelsen non l'avrebbe mai condiviso, dal momento che il presupposto del suo pensiero è il relativismo dei valori, cui è funzionale un parlamentarismo teso non ad individuare una verità oggettiva, ma un compromesso tra maggioranza e minoranza intorno ad una soluzione che scontenta per definizione entrambe.

La costituzione kelseniana – pur essendo spesso rappresentata come un’arida mappa di regole procedurali – presuppone invero quello che l’Autore chiama il principio di maggioranza-minoranza, ovvero un principio di negoziabilità dei conflitti (di tutti i conflitti), quale inderogabile presupposto della pacificità in un mondo diviso da opposte visioni del bene. In questa ottica la legge sulla PMA avrebbe dovuto accogliere ben più ampiamente le istanze di genitorialità (e di ricerca in vista della cura di gravi malattie) : anzi, sarebbe stato auspicabile, come autorevolmente si suggerisce, rinforzare il ruolo delle minoranze, adottando una disciplina che è da ritenere attinente alla “materia costituzionale” con una legge formalmente costituzionale.

Alla tesi criticata non giova neppure una diversa considerazione, secondo la quale il legislatore sarebbe giustificato quando si conformi alla moralità o coscienza dominante nel Paese, altrimenti detta costituzione materiale. Questo ragionamento prova troppo, non solo perché presuppone che l’astensione registratasi nei referendum dimostri l’adesione della stragrande maggioranza degli italiani alla legge n. 40 del 2004 (il che non è giuridicamente sostenibile), ma anche e soprattutto perché, se fosse a tal punto diffusa e radicata la ripulsa verso la procreazione artificiale, non vi sarebbe motivo di limitarne la pratica per legge. Nessuno infatti vi farebbe ricorso ; quei pochi che pure lo desiderassero ne sarebbero inibiti dalla riprovazione sociale ; in ogni caso, il contratto stipulato a tale scopo tra medico e paziente sarebbe nullo perché contrario al buon costume. Un eccesso di paternalismo potrebbe indurre ad aggiungere una sanzione penale netta ed assoluta : ma la morale pubblica non ha bisogno di altro, quando è regola immanente nella *community*.

Se invece si ammette che in seno alla collettività questa regola immanente non c’è, e che al contrario regna il conflitto morale, allora con la tesi criticata si vuole sostenere (seguendo una impostazione sicuramente non kelseniana, semmai schmittiana) che il legislatore - la maggioranza - può e deve scegliere, sacrificando le differenze e le dissidenze per far valere un’identità comune, ovvero per imporre l’unità tramite espulsione dell’estraneo.

Applicata alla materia dei rapporti personali e familiari, questa dottrina presenta risvolti ancor più liberticidi che non con riguardo all’organizzazione dello Stato. Ciò nonostante, essa viene oggi riproposta come indispensabile correttivo alla incapacità dello Stato occidentale di fondarsi sulle premesse della neutralità e insieme di contrastare il dominio dell’antisovrano, il mercato globale, e del suo strumento, il progresso tecnico cieco e incontrollato. In definitiva, la semplificazione del disegno costituzionale viene giustificata con la proclamazione di uno stato di eccezione, che richiederebbe di sospendere la tutela dei diritti per assicurare le condizioni di sopravvivenza della società.

Ricondotta al nostro tema, tale proclamazione significa che la legge n. 40, per quanto malfatta e squilibrata, risponde alla necessità di ristabilire una compattezza in un mondo che si sta assoggettando al solo valore dell’utilità economica e dell’evoluzione tecnico-scientifica. Da questo punto di vista tale legge, come molti hanno rilevato, svolge una funzione simbolica (ossia « diretta ad esaltare i valori di un gruppo sociale e a screditare i valori di un altro gruppo»), secondo la definizione della dottrina tedesca) che non ha nulla a che vedere con il

principio di precauzione, basato sulla commisurazione ragionata dei rischi e dei vantaggi di determinate attività.

In questi termini, la Corte costituzionale è chiamata oggi a valutare se effettivamente ricorra uno stato di emergenza tale da sospendere nella materia *de qua* la normale dialettica tra i principi costituzionali e da impedire quindi che sia ribadita l'unità della Costituzione.

Perché è da negare, a mio avviso, che la nostra Costituzione sia muta riguardo alla questione che ci occupa, anche se la biomedicina non esisteva quando essa fu scritta : se non tutti gli interessi possibili, sicuramente la Costituzione contempla tanto l'interesse alla procreazione nel rispetto della salute che quello al rispetto della vita umana.

Aggiungo che per ammettere un bilanciamento tra i due non è necessario escludere che l'embrione sia persona, giuridicamente parlando, in quanto non è naturalisticamente individuo : ossia non è necessario scegliere una teoria scientifica gradualistica sull'origine della vita, e nemmeno scegliere una teoria giuridica gradualistica, che configuri diversi e crescenti gradi di protezione in relazione al maturare delle aspettative di nascita.

Anche ammettendo, infatti, che l'embrione sia persona e che abbia diritto alla vita, non per questo possiamo negare che il bene della vita sia graduabile o bilanciabile con altri beni, a determinate condizioni, secondo molteplici previsioni dell'ordinamento. (Segnalerei a questo proposito il fatto che nello stesso torno di tempo nel quale è stata approvata la legge n. 40 del 2004 si è provveduto ad ampliare la scriminante della legittima difesa, rendendo lecito l'uso delle armi nel proprio domicilio anche per difendere i propri o altrui beni).

Non chiamerei d'altronde in causa la dignità, e ciò a prescindere dal pericolo che in genere si corre facendo appello ad un valore capace di annullare tutti gli altri (e in particolare, quando la dignità venga assunta nella sua versione oggettiva e/o paternalistica, il valore dell'autonomia individuale). Se infatti la dignità è posta ad evitare che l'uomo sia mezzo ad un fine estraneo (secondo l'insegnamento della dottrina tedesca), non c'è nel nostro caso formazione dell'embrione ad altro scopo se non quello della procreazione, che è il suo proprio scopo immanente.

6. Il problema non è dunque quello di stabilire lo statuto dell'embrione, ma piuttosto di stabilire lo statuto della procreazione medicalmente assistita : perché l'unico modo per sottrarre l'aspettativa di nascita dell'embrione alla necessità del temperamento o bilanciamento consiste nel ritenere spoglio di qualsiasi riferimento costituzionale il progetto di genitorialità affidato alla fecondazione assistita, contrapponendolo *totalmente* alla procreazione naturale.

Molti invero ritengono che la procreazione medicalmente assistita si differenzi sostanzialmente dalla procreazione naturale per il fatto di essere volontaria. Questo aspetto è stato sviluppato in modo originale dal Tribunale di Napoli (nella sentenza del 24 giugno 1999), quando ha ritenuto che nella fecondazione eterologa la componente volitiva sostituisca il legame di sangue, che è invece decisivo nella paternità naturale. Ma nella disciplina della legge n. 40

del 2004 il legame di sangue è presupposto, sicché la volontarietà dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita (ferme restando le irrimediabili responsabilità verso il nascituro) non ha un ruolo molto diverso da quello che avrebbe nella procreazione naturale, della quale è del resto difficile predicare l'involontarietà oggi, quando si conoscono perfettamente i meccanismi del concepimento e i modi per evitarlo.

Il medesimo riferimento alla volontà, portato alle sue estreme conseguenze, ha peraltro consentito di parlare della procreazione medicalmente assistita come di un atto di narcisismo, ossia come l'esperazione della volontà della donna che vorrebbe essere gravida a tutti i costi, onde realizzare l'esperienza luciferina di sentirsi simile al Creatore (Francesco Gazzoni). Per depurare sino in fondo questo narcisismo dalle sue conseguenze pregiudizievoli per l'embrione (legate al fatto che la donna è anch'essa persona) si dovrebbe disporre di un utero artificiale, che porti sempre e comunque a termine la gravidanza, sottraendola alle determinazioni della madre.

Da questa premessa si deduce che la procreazione medicalmente assistita potrebbe essere lecita, se si riuscisse a completarne perfettamente l'artificialità, sostituendo la madre naturale con un automa. In mancanza, essa è non solo illecita, ma immorale. Significativa al riguardo è l'allusione, che trapela da qualche contributo altrettanto sincero, ad una vera e propria "oscenità" della procreazione medicalmente assistita, come pratica contro natura che suscita istintivo ribrezzo, secondo la più classica definizione del buon costume.

Si può tuttavia formulare una diversa premessa, partendo dalla constatazione che il desiderio di avere una progenie è il fatto più naturale che ci sia, o comunque è il desiderio più antico e più comune all'intero genere umano, a prescindere dai motivi più o meno validi, ai nostri occhi, dai quali esso scaturisce (si tratti del narcisismo della donna anziché dell'uomo che vuole un erede del proprio sangue).

Si può dire inoltre che la procreazione medicalmente assistita non "imita" la natura (secondo il motto dell'arte barocca, che è il trionfo dell'artificio), a differenza della clonazione a scopo riproduttivo, ma piuttosto la aiuta ad avere il suo corso. Come in natura, la possibilità della gravidanza rimane comunque molto incerta, ed è subordinata alla dispersione di una quantità incredibile di potenziali vite, se così le vogliamo chiamare : non solo di gameti maschili e femminili, ma anche di cellule già fecondate (o embrioni), in una misura che viene calcolata nell'ottanta per cento. In questi termini ciascun embrione ha un'aspettativa di nascita (che possiamo chiamare diritto alla vita, se vogliamo) che nel caso in cui il concepimento sia voluto coincide con l'aspettativa di gravidanza nutrita dai genitori (che possiamo chiamare diritto alla procreazione, sempre se lo vogliamo).

Ai nostri fini, non si tratta di discutere quale delle due premesse sia più condivisibile, ma di prendere atto che la legge n. 40 del 2004 ha sposato la seconda : essa ha non solo ritenuto che la procreazione medicalmente assistita sia indispensabile per molte coppie (circa il venti per cento delle coppie sono infertili, nel nostro Paese), ma l'ha anche ammessa con grande larghezza, contemplando oltre alle coppie sposate quelle che non lo sono, e che neppure vantano una

convivenza stabile (che pure altrove è imposta). Come qualcuno ha (sarcasticamente) osservato, quest'ultimo fatto spinge al massimo l'analogia della procreazione medicalmente assistita con la procreazione naturale, che in effetti ben si concilia con l'incontro puramente casuale, e prescinde dalla affidabilità della episodica coppia rispetto alle sorti del nascituro.

Come si è già detto, la legge ha insomma riconosciuto che la procreazione medicalmente assistita può dirsi volontaria come lo è la scelta di alleviare un male invalidante. Ma allora, se la stessa legge riconosce espressamente «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», e se nel farlo li subordina «alle condizioni previste dalla legge», essa non può evidentemente intendere che tra le condizioni ci sia la rinuncia alla salute della donna (così come non può intendere che ci sia obbligo di gravidanza). Tale conseguenza infatti potrebbe derivare solo dall'altra premessa, ossia dal fatto di intraprendere, a proprio rischio e pericolo, un'attività illecita o immorale.

In questo senso ho detto all'inizio che la legge n. 40 del 2004 soffre di strabismo, perché pur volendo disciplinare una pratica evidentemente ritenuta meritevole di tutela sembra a volte renderla quasi impossibile e comunque altamente sconsigliabile. In effetti, a seguito della sua approvazione, si è registrata una diminuzione delle gravidanze ottenute con la procreazione medicalmente assistita: diminuzione verosimilmente sottostimata nelle statistiche presentate dal Ministero della salute il 28 giugno 2007, dal momento che esse non possono aver preso in considerazione tutti i casi di coppie che hanno rinunciato a ricorrere alla procreazione medicalmente assistita, pur avendone il diritto a termini di legge, a causa dell'inaccuratezza o inadeguatezza del protocollo prescritto dalla legge medesima.

Rimane il fatto che se si prendono alla lettera alcune disposizioni della legge, tra le quali le due soggette ora al giudizio di legittimità costituzionale, essa risulta o inapplicabile o invalida. Ho sostenuto a suo tempo questa tesi, tenendo conto della volontà di rottura che il Parlamento ha manifestato rispetto non solo alla prassi consolidata in materia di procreazione medicalmente assistita ma anche allo spirito informatore delle discipline per così dire adiacenti (interruzione volontaria di gravidanza, adozione, diagnosi prenatale). La stessa convinzione hanno dimostrato tutti quei parlamentari che, pur avendo votato a favore della legge n. 40 del 2004, hanno presentato progetti di legge correttivi ancora prima che essa cominciasse ad essere applicata.

La pressione "dal basso" dei casi, che corrispondono ad altrettanti drammatici dilemmi calati nella vita delle persone, ha condotto invece ad accantonare la lettura iniziale, basata sulla compattezza e inscindibilità del disegno legislativo, per tentare caute iniezioni di ragionevolezza, con riguardo tanto alla diagnosi pre-impianto (Tribunale di Cagliari 22 settembre 2007), quanto alla contemporaneità e immediatezza dell'impianto di tutti gli embrioni, ritenuta nella sua assolutezza «fuori dal senso morale» (Tribunale di Firenze 17 dicembre 2007), quanto infine alla riduzione embrionaria in gravidanza derivante da procreazione medicalmente assistita, rispetto alla quale è stata ritenuta irrilevante la considerazione in base alla quale la donna era in grado di prevedere il rischio di

gravidanza plurima, ovvero la premessa basata sulla volontarietà della procreazione assistita (Tribunale di Cagliari 29 giugno 2004).

Si tenta in tal modo di riannodare i fili della trama ordinamentale, avvalendosi naturalmente dello *jus quo utimur* e delle valutazioni “moralì” o meglio dei bilanciamenti ad esso sottesi. Come impedire infatti che laddove menziona i “diritti del concepito” la legge n. 40 non venga interpretata nel senso di rinviare all’unico statuto normativo disponibile al riguardo, ossia alla legge sull’interruzione di gravidanza (oltre che alle disposizioni sulla capacità condizionata di ricevere per donazione o per testamento) ?

La Corte ha sinora preferito stare alla finestra : come con l’ammissibilità dei referendum, così con la questione di legittimità costituzionale in passato sottoposta, ha lasciato ad altri la possibilità e la responsabilità di pronunciarsi (e poco importa se per raggiungere tale medesimo obiettivo le motivazioni dell’ordinanza n. 369/2006, di inammissibilità della questione relativa al divieto della diagnosi preimpianto, siano risultate opposte a quelle addotte per ritenere ammissibili i referendum parziali).

La Corte potrebbe astenersi anche nel nostro caso, segretamente confidando nelle virtualità inesauribili del diritto costituzionale alla salute (e quindi alla procreazione medicalmente assistita come terapia), che nessuno più della Corte, dopo la vicenda del danno biologico, sa quanto possa rimodellare dall’interno anche i più consolidati assetti normativi.

Ma il giudice costituzionale potrebbe invece trarre spunto da una vicenda solo apparentemente lontana da quella che ci occupa : la vicenda riguardante l’illegittimità delle leggi di conversione dei decreti-legge, nella misura in cui esse si traducono nella deviazione dal normale procedimento legislativo, minacciando con ciò le garanzie dei diritti dei cittadini, che a quel procedimento sono affidate. La sentenza n. 171/2007 ha invero acquisito al sindacato di costituzionalità due territori che fino ad ieri giacevano inesplorati sotto la scritta *hic sunt leones* : da un lato, la discrezionale valutazione della necessità e urgenza effettuata dal Parlamento ; dall’altro, la forma estrema di *political question* rappresentata dall’insindacabilità dei regolamenti e dei procedimenti parlamentari (è implicita ma evidente, nel dispositivo, la possibilità che le deviazioni dal procedimento legislativo previsto in Costituzione possano essere sindacate, dal momento che, che come la Corte ha ben detto, esse si riflettono in ultima analisi sulla tutela dei diritti).

Con ciò il giudice costituzionale ha mostrato di saper opporre alle esasperazioni emergenziali del principio di maggioranza - sostenute o meno dalla legittimazione popolare e/o dalla coscienza sociale - la ordinaria applicazione dei principi costituzionali, nella loro unità complessiva. Muovendo, in fondo, da una semplice considerazione : se Kelsen, da un lato, era forse troppo ottimista nel presupporre una volontà compromissoria, mentre Schmitt, dal canto suo, la escludeva *a priori*, non c’è da meravigliarsi che entrambi avessero difficoltà a concepire un giudice costituzionale quale noi oggi lo conosciamo.