

28 maggio 2009

## La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico

di Michela Manetti

1. L'attesa pronuncia della Corte in materia di procreazione assistita ha colpito la legge n. 40 del 2004 nel suo punto più debole : l'imposizione di un unico protocollo da applicare rigidamente a tutte le pazienti, tale da escludere ogni e qualsiasi valutazione del medico in ordine alla sua adeguatezza rispetto al caso, ovvero alla capacità di provocare una gravidanza nel rispetto della salute della donna.

Rinviando ad altra sede le riflessioni che la sentenza n. 151 del 2009 ispira con riguardo al funzionamento della nostra democrazia, vale la pena soffermarsi sul suo significato più immediato e sugli effetti che essa esplica nella materia della PMA.

Il nuovo principio che ispira la normativa a seguito della pronuncia di annullamento - come ha sottolineato Michele Ainis - è semplicissimo : la scelta del medico, basata sulle sue competenze e conoscenze, si sostituisce alla scelta operata dal legislatore, nella parte in cui questi pretendeva di prescrivere una cura ritenuta sconsigliabile nella letteratura scientifica e in effetti rivelatasi, sulla base dell'esperienza degli ultimi anni, inutile e/o dannosa : non solo per la donna, ma per gli stessi embrioni.

Viene così a cadere la contrapposizione artificiosamente istituita dal legislatore tra la posizione dell'aspirante madre e quella degli embrioni, tra la vita di questi e la salute di quella, che al senso comune, prima ancora che alla considerazione scientifica, appaiono l'espressione di beni sì distinti, ma intrinsecamente convergenti verso un progetto comune : la nascita di un nuovo essere umano. E se è vero che il giudice dev'essere prima di tutto interprete del senso comune, il giudice delle leggi non ha fatto che adempiere a questo dovere. E' appena il caso di osservare, infatti, che gli embrioni dei quali discute la sentenza non sono destinati né destinabili a scopi di ricerca o di sperimentazione, ma soltanto ed esclusivamente alla finalità che è loro intrinsecamente propria : quella di continuare a vivere grazie all'attecchimento nell'utero materno.

Ed è appunto la finalità di provocare una gravidanza, quale *ratio* propria della legge sulla PMA - che per la coppia infertile rappresenta una terapia mentre per gli embrioni rappresenta una possibilità di vita - a costituire il perno della decisione, cui si riannodano tanto la necessità di fornire effettive *chances* a questi ultimi, quanto la necessità di curare effettivamente, *ergo* di non danneggiare, la paziente o meglio le diverse pazienti (che possono richiedere terapie differenziate da caso a caso). Gli artt. 3 e 32 Cost.,

sotto il profilo della pura e semplice irrazionalità, oltre che della lesione della salute e dell'eguale trattamento applicato a casi diversi, rappresentano i parametri della decisione, in virtù dei quali non solo la tutela che la legge avrebbe dovuto assicurare alle coppie, ma anche quella che avrebbe voluto assicurare agli embrioni creati nella PMA viene ritenuta manifestamente contraddittoria e inadeguata.

Sul punto la Corte fa proprio il ragionamento del TAR del Lazio, che nell'ordinanza di rimessione sottolineava come il protocollo imposto dal legislatore presupponesse comunque il sacrificio di alcuni embrioni : questo è d'altronde un dato ineliminabile, non solo nella gravidanza artificialmente procurata, ma anche in quella naturale. A causa del divieto legislativo di creare più di tre embrioni e insieme dell'obbligo di destinarli tutti ad un unico e contemporaneo impianto, questo sacrificio si rivelava però *inutile*, tutte le volte in cui il numero di embrioni disponibili non fosse sufficiente o adeguato, in base alla tecnica applicata, a procurare un'aspettativa di gravidanza. In pratica, per le donne giovani, cui l'impianto di tre embrioni rischia di provocare pericolose gravidanze plurime, si dovevano fecondare non più di due ovociti, rischiando di ottenerne al massimo due, ma anche soltanto uno, o nessuno ; per le donne più "anziane" o meno adatte all'attecchimento, si potevano fecondare tre ovociti, ma anche nella migliore delle ipotesi i tre embrioni ottenuti risultavano insufficienti. Da qui scaturiva anche la dannosità del protocollo, dal momento che per compiere un secondo tentativo la paziente doveva necessariamente sottoporsi ad un'altra stimolazione ovarica (foriera di malattie gravi se non incurabili), con l'effetto peraltro di ritrovarsi nella medesima condizione di svantaggio dalla quale era partita.

L'intrinseca contraddittorietà di tale protocollo, sia in relazione allo scopo suo proprio, sia in relazione alla sua natura di terapia atta non a curare ma a recare pregiudizio, tanto agli embrioni inutilmente sacrificati quanto alla aspirante madre, è dunque la causa ultima e indiscutibile della pronuncia di annullamento. Con questa la Corte colpisce unicamente la pretesa del legislatore di farsi medico o scienziato ; non mette invece in discussione il potere del legislatore di stabilire i principi ispiratori della disciplina in esame, e in particolare il principio di tutela dell'embrione, salva l'ovvia (e costituzionalmente prescritta) necessità di renderla efficace e insieme compatibile con il bene costituzionale della salute.

La sentenza ribadisce infatti che il numero di embrioni da creare nella PMA - come la legge prevede - deve essere quello strettamente necessario a procurare una (aspettativa di) gravidanza : ma ritiene che tale numero non possa essere fissato in astratto, una volta per tutte, e che non possa essere destinato sempre e comunque ad un unico e contemporaneo impianto, se non si vuole correre il rischio, tangibile, di sottoporre le aspiranti madri e gli stessi embrioni ad una terapia che tale non è.

Con ciò il protocollo imposto dal legislatore non viene sostituito da altro più gradito alla Corte, ma da quello conforme alle indicazioni della migliore pratica medica, quale risulta dalle indicazioni degli organismi scientifici nazionali o internazionali che se ne occupano (secondo la costante giurisprudenza costituzionale in materia di adeguatezza delle cure mediche). Il bilanciamento tra la tutela degli embrioni (secondo l'obbligo di non produrne più di quelli strettamente necessari) e la tutela della salute della donna (che sconsiglia di ripetere le stimolazioni ovariche) spetta, e non può non spettare, al medico : l'unico soggetto in grado di applicare quelle indicazioni al caso concreto, rendendo tangibile la speranza di una gravidanza, e con ciò soddisfacendo al contempo le aspettative della coppia e quelle degli embrioni.

La sentenza in esame sembra dunque ricondurre felicemente all'armonia situazioni che dal punto di vista esistenziale non sono contrapposte (come la legge n. 40 lasciava intendere), bensì coincidenti : allo scopo di dare vita ad una progenie, da un lato, corrisponde la realizzazione del proprio intrinseco scopo di vita, dall'altro. Al sacrificio della donna che si sottopone ad una terapia impegnativa e rischiosa dal punto di vista tanto fisico quanto mentale corrisponde il sacrificio di uno o di alcuni embrioni. Per constatare questi fatti non è necessario stabilire quale definizione - in termini di aspettative, o di diritti - tali scopi meritino dal punto di vista giuridico, e tanto meno è necessario stabilirne una gerarchia. Il

giudice delle leggi ne dà conferma oggi, accantonando le astratte dispute ideologiche e rivolgendo la propria attenzione alle questioni che affliggono la vita delle persone. Questioni reali e palpitanti, come è attestato dalle ordinanze di rinvio non meno che dalla sofferta giurisprudenza formatasi in questi anni sull'applicazione della legge n. 40.

Si può dunque definire coraggiosa la sentenza n. 151 del 2009, ma non certo perché la Corte abbia evitato di trincerarsi dietro una pronuncia di inammissibilità (come è accaduto in passato) : anche sotto questo profilo (e ovviamente) ha fatto soltanto ciò che le spettava, riscattandosi dal vizio di cedere il passo ai giudici comuni, da un lato, e ai tribunali sovranazionali, dall'altro, quando siano in giuoco questioni costituzionalmente controverse.

Di fronte a conflitti che appaiono irrisolti in tutti gli ordinamenti di pari civiltà e nelle coscienze dei loro cittadini (come ha testimoniato da ultimo la Corte di Strasburgo nel caso Evans), la Corte ha in realtà saputo tenere a freno sia la tentazione di non decidere affatto, sia quella di squadernare i principi costituzionali al di là del necessario. Ha mostrato insomma il coraggio, che pure deve avere il giudice costituzionale, di limitarsi a riparare una trama legislativa viziata da evidenti smagliature.

2. E' necessario ora soffermarsi sull'esatta portata della pronuncia in esame, che ha già dato e prevedibilmente darà luogo ad interpretazioni riduttive, nella prospettiva di giustificare e di conservare almeno in parte le scelte legislative irrimediabilmente condannate dalla Corte.

Tentativi del genere debbono considerarsi irricevibili, sulla base del fatto che la pronuncia in esame ha un contenuto indiscutibilmente chiaro e perfettamente auto-applicativo.

Per dimostrarlo basta considerare che il primo dispositivo, con il quale viene dichiarata illegittima la disposizione dell'art. 14, comma 2, nella parte in cui obbliga a creare *non più di tre embrioni* e di destinarli ad *un unico e contemporaneo impianto*, è da sé sola in grado di determinare l'effetto ora descritto : da un lato, la riduzione del protocollo legislativamente imposto - che si restringe, secondo ragionevolezza, al divieto di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario a provocare una gravidanza ; dall'altro, il passaggio di tutte le scelte ulteriori alla responsabilità del medico.

Queste scelte riguardano - come effetto diretto ed immediato della modifica testuale prodotta dall'accoglimento parziale - non solo l'opportunità, secondo la valutazione medica, di (tentare di) produrre un numero di embrioni superiore a tre, ma anche l'opportunità, in base alla stessa valutazione, di non destinarli tutti ad un unico impianto, *ovvero di crioconservarne alcuni*.

La liceità della crioconservazione è indiscutibile, perché gli embrioni, se non vengono impiantati, non possono che essere congelati (o sottoposti a procedimenti più moderni, come la c.d. vetrificazione, che ne garantisce una migliore conservazione). Da questo punto di vista la motivazione formulata dalla Corte non aggiunge nulla di nuovo al dispositivo, ma si limita a spiegare quali sono in pratica gli effetti del caducamento dell'obbligo di unico e contemporaneo impianto. Non vi è luogo, pertanto, a contestare il relativo passaggio della sentenza nel quale la Corte precisa che si introduce così una deroga al divieto di crioconservazione (di cui al primo comma dello stesso art. 14), precisando che esso riguarda gli embrioni creati *ma non impiantati per scelta medica*.

L'applicazione dell'art. 32 Cost. determina in sostanza la necessità di distinguere - tra i motivi che possono condurre alla crioconservazione - da un lato quelli di natura personale e volontaria, che rimangono irrilevanti, dall'altro quelli legati all'efficacia della terapia e insieme alla sua natura non pregiudizievole per la salute della donna, che vengono legittimati.

In tal modo il divieto di crioconservazione previsto dal comma 1 dell'art. 14 mantiene intatta la sua

operatività nei confronti delle parti private e di un loro eventuale, arbitrario, ripensamento, ma non vige, ex art. 32 Cost., nei confronti del medico, nella misura in cui la sua decisione di non procedere all'impianto degli embrioni, lungi dall'essere arbitraria, può e deve essere dettata esclusivamente da considerazioni di natura sanitaria.

La normativa di risulta non appare del resto extravagante, e insuscettibile perciò di inserirsi nel tessuto della legge vigente, ma rappresenta piuttosto una deroga destinata a saldarsi, assorbendola, con quella già prevista dal comma 3 dello stesso art. 14, anch'essa ispirata da ragioni sanitarie e delegata alla scelta del medico (sulla base di presupposti che la sentenza peraltro ha mutato, come ora vedremo, in virtù del secondo dispositivo di accoglimento).

Tale risultato, a sua volta, non contraddice l'impianto della legge, e anzi si inserisce compiutamente all'interno del vigente art. 6, comma 4, dove è in via generale consentito al medico di non procedere al trattamento "per motivi di ordine medico- sanitario".

3. Il secondo dispositivo, di natura additiva, costituisce la logica conseguenza del primo.

Stabilendo che in base all'art. 14, comma 3, l'impianto (sospeso per causa di forza maggiore dipendente da malattia grave e imprevedibile della donna) deve avvenire appena possibile *senza pregiudizio della salute della donna*, la Corte si limita a ribadire l'applicazione dell'art. 32 Cost., nell'interpretazione ora ora ripercorsa, laddove esso implica la riserva a favore del medico di tutte le scelte relative al protocollo della PMA, che in quanto terapia non può essere applicato in modo da recare pregiudizio alla paziente.

Anche in questo caso, e per gli identici motivi, il legislatore viene colpito nella sua pretesa di imporre un esito predeterminato alla vicenda della fecondazione assistita, quand'anche questo esito sia discutibile dal punto di vista medico-sanitario. In particolare, alla legge viene sottratto il potere di imporre l'impianto, laddove il medico lo ritenga comunque pregiudizievole.

In tal modo il significato originario della disposizione in esame viene sostanzialmente mutato. In precedenza essa contemplava l'ipotesi di una sospensione temporanea del trattamento, dovuta a fenomeni patologici imprevedibili ed assolutamente ostativi, *che poteva essere seguita da una interruzione definitiva soltanto nel caso in cui questi fenomeni si rivelassero incurabili* (o permanessero comunque per un tempo così lungo da escludere la praticabilità dell'impianto). L'ineluttabilità della formula, che prescriveva l'effettuazione dell'impianto "non appena possibile", non era infatti in grado di impedire che l'impianto non fosse possibile *mai più*.

Attualmente essa contempla invece primariamente l'ipotesi di una *interruzione definitiva del trattamento, dovuta a cause di salute non necessariamente eccezionali e imprevedibili*, ma anche ordinarie e prevedibili, quando esse appaiano, ad insindacabile giudizio del medico, tali da sconsigliare l'impianto.

La clausola di salvaguardia posta dalla Corte a chiusura della disposizione, infatti, disloca in secondo piano l'ipotesi di una precedente sospensione, e la disciplina rigidamente limitativa che la consentiva. Per quanto rimanga nel testo la descrizione delle eccezionali condizioni legittimanti la sospensione, l'aggiunta disposta dalla Corte ha indubbiamente il significato di porle nel nulla, in accoglimento della richieste esplicitamente formulate dalle ordinanze di rimessione, che lamentavano la irragionevole restrizione viziante la fattispecie in esame, propugnandone l'illegittimità.

D'altra parte, in forza del primo dispositivo la sospensione dell'impianto e la crioconservazione sono oggi normalmente consentite, in conformità al protocollo scelto dal medico, a tenore del nuovo comma 2 dell'art. 14. E a ben vedere il venir meno dell'obbligo di procedere comunque all'impianto si può desumere direttamente già dal primo dispositivo, laddove sopprime le parole *unico e contemporaneo*

*impianto* (e non soltanto le parole *unico e contemporaneo*, come pure avrebbe potuto), escludendo con ciò che l'impianto rimanga l'esito inevitabile della PMA. Ma si desume più in generale e più fondatamente dalla trama logica della sentenza, che ha rimesso al medico la scelta del protocollo in vista tanto dell'efficacia della terapia quanto della salute della donna.

Come si dirà meglio più oltre, in via sistematica si potrebbe ritenere che la decisione di non procedere all'impianto di alcuni embrioni sia disciplinata dal comma 2, quando segua all'applicazione del protocollo prescelto, mentre sia disciplinata dal comma 3 quando discenda dall'insorgere di eventi di natura patologica, ferma restando la liceità della sospensione e della crioconservazione disposta *medio tempore*, in vista, rispettivamente, del successivo impianto o della possibilità di rimuovere i fenomeni patologici insorti.

4. Non è inutile a questo punto precisare in quale ambito e con quali limiti la sentenza ha fatto cessare l'obbligo di impianto degli embrioni.

La possibilità che alcuni embrioni vengano creati *ma non impiantati per scelta medica* - come la Corte afferma nella motivazione - non solo temporaneamente, ma altresì definitivamente, discende dalla necessità di affidarsi alla competenza medica. Se alcune delle valutazioni fissate una volta per tutte dal legislatore in ordine al protocollo non sono costituzionalmente adeguate, bisogna accettare le valutazioni svolte dal medico come le uniche praticabili, e con ciò anche il margine di incertezza che esse inevitabilmente presentano.

In effetti, la scelta del protocollo, da effettuarsi nel rispetto dell'obbligo di creare il numero di embrioni strettamente necessario e nel rispetto della salute della donna, ha carattere prognostico. Essa non può escludere del tutto il verificarsi di casi divergenti rispetto ai dati statistici posti alla base del protocollo medesimo, e neppure di casi che rendano comunque il protocollo inapplicabile.

In tal senso vanno considerate sia l'ipotesi di una fecondazione riuscita al primo impianto, sia il caso in cui uno o più embrioni risultino affetti da malattia grave e incurabile. Si tratta delle questioni che più urgono nella pratica medica, e che la Corte non ha potuto non considerare, dal momento che erano discusse nei giudizi *a quibus* (l'ordinanza del TAR Lazio riguardava in via generale la validità del protocollo, mentre le ordinanze del Tribunale di Firenze scaturivano dalla vicenda di coppie infertili affette da malattie genetiche).

In ordine alla prima ipotesi rileva il fatto che - che per evitare il rischio di ripetute stimolazioni ovariche, cui la Corte fa esplicito riferimento, e pur rispettando il divieto legislativo di creare più embrioni di quelli strettamente necessari - bisogna prevedere, *come minimo*, due tentativi di fecondazione (sempre che si disponga del numero di ovociti necessario). Bisogna in altre parole prevedere un trattamento articolato in più tappe che *nel loro complesso* - a somiglianza di quanto prevede la legge austriaca sulla fecondazione artificiale - siano idonee a provocare una gravidanza.

Ora, se il primo impianto dovesse (inaspettatamente, in base alle statistiche) riuscire, provocando la gravidanza, gli embrioni crioconservati in attesa del secondo non potrebbero più essere trasferiti in utero, a meno che quella gravidanza non si interrompa spontaneamente, o che la coppia non decida successivamente di ripetere la PMA per una seconda gravidanza.

Non ricorrendo tali circostanze, si avrebbe un sacrificio di embrioni : sacrificio che da un lato risulta inerente alla natura della terapia, come la sentenza ha accertato, e che dall'altro non può definirsi inutile, in quanto determinato dalla necessità già ricordata di non pregiudicare la salute della donna *per come essa è stata valutata ex ante, al momento della scelta del protocollo*.

Come si diceva, tale ipotesi di embrioni "creati ma non impiantati per scelta medica" rientra infatti

presumibilmente nella previsione del comma 2, relativa alla scelta del protocollo : scelta che per il suo carattere prognostico implica la previa accettazione del rischio che alcuni embrioni possano essere sacrificati. E' più probabile che ciò accada nel primo tentativo, dal momento che questo difficilmente va a buon fine ; ma se questo riesce, può accadere in seguito : è impossibile prevederlo con certezza.

Non è tuttavia da trascurare la possibilità di una diversa interpretazione, con la quale si ritenesse che gli embrioni crioconservati vadano comunque impiantati - atteso il tempo necessario a portare a termine la prima gravidanza e il puerperio - salvo il rispetto della clausola del comma 3, ovvero salvo che l'impianto non risulti a quel punto pregiudizievole per la salute della donna (*per come è valutata ex post*). In questa sede non è possibile affrontare distesamente la questione, anche se risulta molto difficile ammettere che la donna e la coppia siano obbligati ad affrontare una seconda gravidanza. Ove comunque si preferisse l'interpretazione più restrittiva, varrebbero al riguardo, *mutatis mutandis*, le considerazioni che ora si svolgeranno rispetto all'applicazione del comma 3 ( e in ultimo dell'art. 6, comma 3).

Il secondo caso, riguardante gli embrioni affetti da malattia grave e incurabile, deve infatti essere valutato alla luce della previsione del comma 3, laddove pone come limite insuperabile all'obbligo di impianto il ricorrere di un pregiudizio per la salute della donna, a prescindere - in virtù dell'addizione disposta dalla Corte - dalla natura assolutamente imprevedibile e assolutamente ostativa di tale pregiudizio. In tale ipotesi la salute della donna rileva *ex post* o meglio rileva indipendentemente dal protocollo prescelto, e il pregiudizio di cui si discute (tale da determinare il sacrificio degli embrioni) deve pertanto essere oggetto di apposita valutazione da parte del medico, che rimane in ogni caso l'unico soggetto competente al riguardo.

A termini del comma 1 dello stesso art. 14, immutato sotto questo profilo, l'eventuale volontà della donna o della coppia appare infatti irrilevante. Decisivo appare invece il giudizio del medico sulle conseguenze che l'impianto, ove desse luogo ad una gravidanza, potrebbe determinare sulla salute della madre - e di riflesso degli embrioni, specialmente ove la donna, pur non subendo danno dalla gravidanza in sé e per sé fosse talmente sofferente per l'esito di quest'ultima da dover ricorrere in seguito all'aborto terapeutico, nei termini di legge -.

La *vexata quaestio* del rapporto tra la disciplina della PMA e quella dell'aborto dovrà dunque essere risolta, caso per caso, dal medico, sulla base dell'effettiva esistenza di uno stato patologico tale da giustificare *hic et nunc* l'interruzione del trattamento. Non è inutile, al riguardo, precisare che costui - come abbiamo ricordato - è ora in grado, a termini del comma 3, di sospendere temporaneamente l'impianto, in modo da verificare se lo stato patologico eventualmente insorto nella donna a causa della prospettiva di mettere al mondo un figlio gravemente malato possa, in un tempo ragionevole, risolversi.

5. Come è evidente, l'eventualità di un conflitto tra le valutazioni del medico e la permanente volontà della donna di rifiutare l'impianto di embrioni gravemente malati non viene esclusa : sul punto, la sentenza non offre indicazioni, dal momento che la questione relativa all'art. 6, comma 3 - che rende irrevocabile il consenso inizialmente prestato alla fecondazione artificiale, quand'anche ricorrano le condizioni previste dalla legge per l'interruzione volontaria della gravidanza - è stata dichiarata inammissibile per irrilevanza.

*Rebus sic stantibus* la possibilità per la donna di evitare l'impianto e il successivo aborto (sia nel caso degli embrioni gravemente malati, sia nel caso degli embrioni residuati dopo la riuscita della prima gravidanza, sempre che si voglia seguire l'interpretazione restrittiva più sopra ricordata) rimane impraticabile, sino a un nuovo giudizio di costituzionalità.

Questo sembrerebbe peraltro non indispensabile, ove si ritenga che l'obbligo di impianto non possa comunque avere efficacia *coercitiva*. Oltre alla indiscutibile difficoltà di configurare in tali casi

l'impianto come espressione del "dovere di curarsi" nei "limiti imposti dal rispetto della persona umana", ex art. 32 u.c. Cost., bisogna invero considerare (come ha insegnato Alessandro Pace) che in mancanza di un'espressa previsione rispettosa delle garanzie costituzionali (della quale nella legge n. 40 non vi è traccia) nessun obbligo previsto dalla legge può essere *portato ad esecuzione con l'uso della forza* : poiché ciò significherebbe limitare (non la semplice libertà di autodeterminazione ma) la libertà fisica, ossia la disponibilità del proprio corpo.