

25 marzo 2010

Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno

di Chiara Tripodina

Il che ricordo io, per avere avvertito, quanto facilmente alcuni giudici, avvezzi al despotismo nell'esercizio del lor ministero, inclinino alla libertà di giudicare, come sembra più equo e giusto al loro cervello, scansando perciò con varj raziocinj immaginarj la briglia delle leggi regnanti. Ha il principe da esigere con forza, che sieno rispettate ed eseguite le sue costituzioni, ed ha da vegliare, che non ne formi delle nuove il capriccio de' suoi ministri con limitazioni ed ampliamenti arbitrarie, cioè non fondate sopra l'intenzione chiara, e non sognata, d'altre leggi»

[Ludovico Antonio Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Capitolo XX]

Il 9 gennaio 2010 il Tribunale di Salerno ha emanato un'ordinanza con la quale ha fatto cadere il limite previsto dalla legge 40/2004 in virtù del quale possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita solo le coppie sterili o infertili, stabilendo che «il diritto a procreare, e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti, verrebbero irrimediabilmente lesi da una interpretazione delle norme in esame che impedissero il ricorso alle tecniche di pma da parte di coppie, *pur non infertili o sterili*, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie a causa di patologie geneticamente trasmissibili».

Separiamo il grano dal loglio. La legge 40/2004, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, è una legge per molti versi criticabile e criticata, e per alcuni aspetti già dichiarata incostituzionale (sent. 151/2009). In particolare, per quel che qui interessa, desta serie perplessità costituzionali nella parte in cui, consentendo l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita solo a coppie sterili o infertili, ne preclude il ricorso alle coppie fertili ma ad alto rischio di trasmissione di malattie genetiche, che, prima della legge 40, sceglievano la via della fecondazione artificiale e della diagnosi preimpianto degli embrioni creati in vitro proprio al fine di impiantare nell'utero materno solo quelli sani, con ciò evitando il dramma dell'aborto terapeutico nel caso in cui la malattia del feto fosse accertata attraverso diagnosi prenatale in corso di gravidanza. Le perplessità in ordine alla ragionevolezza di tale parte della legge gravitano soprattutto intorno alla considerazione che, se da un lato la legge mira a garantire l'intoccabilità degli embrioni quale che sia il

loro “stato di salute”, dall’altro resta la possibilità di aborto terapeutico dei feti geneticamente tarati (l. 194/1978), con l’esito paradossale e irrazionale che l’ordinamento finisce per tutelare in modo differente e intermittente la medesima posizione soggettiva - il concepito - garantendo in modo più forte lo stadio più remoto rispetto alla nascita, costringendo al contempo la donna a dover subire il trauma dell’aborto e i medici a non poter operare, con il consenso informato del paziente, le scelte professionali ottimali allo stato delle conoscenze scientifiche.

Tutte queste sarebbero buone ragioni per sollevare una questione di legittimità costituzionale, come pure aveva richiesto in subordine la coppia ricorrente. In effetti la questione, per questi profili, in passato era già stata portata all’attenzione della corte costituzionale, che però si era trincerata dietro una decisione processuale, da molti definita pilatesca, con la quale aveva evitato di entrare nel merito (ord. 369/2006). In seguito a tale (mancata) decisione, aveva poi trovato progressivo consolidamento tra i giudici (Tribunale di Cagliari, 22-24 settembre 2007; Tribunale di Firenze, 17 dicembre 2007; Tar Lazio 21 gennaio 2008 n. 398; Tribunale di Bologna, 29 giugno 2009) un diritto vivente che, con interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 13 e 14 della legge, era giunto a ritenere lecita la diagnosi preimpianto, purché richiesta dai soggetti indicati dalla legge: ossia, coppie sterili o infertili. Si apriva così all’ulteriore dubbio di legittimità costituzionale della legge sotto il profilo della discriminazione degli aspiranti genitori ad accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto in ragione delle loro “condizioni personali”.

Rebus sic stantibus il giudice di Salerno aveva di fronte a sé queste possibilità: 1) o - via maggiormente raccomandabile - tentare di arrivare a una nuova declaratoria di illegittimità costituzionale della legge e raggiungere per questa via l’obiettivo di rimuovere il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e di diagnosi preimpianto per le coppie fertili, avanzando l’impossibilità di trarre dal testo della legge un’interpretazione adeguata a costituzione sotto questo profilo; 2) o - via più aerea ma non impossibile - provare a legittimare in modo esplicito un’interpretazione estensiva del termine “infertile” inclusiva anche delle coppie fertili ma ad alto rischio di trasmissione di malattie genetiche (sulla scorta di quanto già intrapreso - sia pur in forma di deroga puntuale - dalle *Linee guida* del 30 aprile 2008, che hanno aperto alla possibilità di ricorso alla procreazione medicalmente assistita anche quando l’uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da virus dell’HIV o delle epatiti B o C, assimilando tali casi, che impongono «l’adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infecondità», ai casi di «infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico»); 3) o - anche se non è mai auspicabile la via che, fatta la legge, trova l’inganno - aggirare il divieto stesso tramite un espediente che alcuni giudici si erano già mostrati propensi ad avvallare (la diagnosi di “infertilità inspiegata”, pur documentata da atto medico, si fonda comunque su dichiarazioni della coppia, sulla cui veridicità lo Stato non dispone di strumenti di accertamento. Anche se il fatto che la coppia, come nel caso di specie, abbia generato per via naturale altri figli, malati e non, legittimerebbe qualche sospetto circa la sua infertilità).

Non pareva invece percorribile la via del riconoscimento diretto dell’esistenza di un diritto di accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili a rischio di trasmissione di patologie genetiche, a ciò ostando espressamente la lettera della disposizione che - prevedendo in modo inequivoco ed esplicito che «*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*» (art. 4.1, ma vedi anche art. 1, commi 1 e 2) - rende impossibili letture costituzionalmente orientate in tal senso.

Proprio questa via, invece, ha intrapreso il giudice di Salerno, il quale - fingendo di porsi nel solco "costituzionalmente orientato" del diritto vivente già affermatosi, tracciato però con riguardo alle sole coppie sterili o infertili, e avanzando la necessità di non lasciare privi di tutela i diritti costituzionali

della donna alla salute e «al figlio, per di più sano» (*sic!*) - ha deciso di ignorare la tassatività della legge che precludeva in modo evidente questa possibilità, scrivendo l'ennesima storia di indifferenza al testo normativo.

Peraltro, così facendo, il giudice di Salerno, se ha garantito quello che egli riteneva un diritto alla coppia che ricorreva di fronte a lui, ha privato tutte le altre coppie nella medesima condizione della possibilità di vedere affermato quello stesso diritto in via generale e astratta per mezzo di una declatoria di illegittimità costituzionale pronunciata dalla corte costituzionale. Ed è d'altra parte difficile che tale generalità venga conseguita con la diffusione di un "diritto vivente" in spregio alla lettera della legge.

Occorre dunque - come dicevo - separare il grano dal loglio: una cosa è che il giudice ritenga una legge costituzionalmente illegittima, e allora la via che la costituzione gli indica per sottrarsi alla soggezione ad essa è quella di portare la questione circa la sua legittimità di fronte alla corte costituzionale; altra cosa è che il giudice, ritenendo una legge "ingiusta", si faccia egli stesso legislatore, «scansando perciò con varj raziocinj immaginarj la briglia delle leggi regnanti», che la costituzione, invece, gli impone. Ma allora il rischio è quello di gettare l'ordinamento nell'anomia, nell'incertezza della decisione caso per caso, in balia dell'universo valoriale di chi, uomo solo, di volta in volta si trova a decidere. Non si può né si vuole negare che anche il giudice più fedele alla legge non possa, in qualche senso, non creare diritto: è questa una verità banale. Ma altro è interpretare la legge; altro è ignorarla, sovvertirla, scansarla.

Neppure il sentimento di pietà e ingiustizia suscitato dai casi - che talvolta, come in quello di specie, è potente e struggente - può autorizzare il giudice a porre nel nulla la decisione politica, sia pur "odiosa", del parlamento per crearne un'altra in sua vece. Altre - come detto - le vie che la costituzione indica. Sempre che ancora si ritenga che la costituzione valga la pena rispettare, e non solo usare a pretesto nell'eterna lotta dei valori soggettivi.