

La legge sulla procreazione medicalmente assistita: dall'emanazione alla demolizione

Filomena Gallo, Francesca Re

Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica, Roma

ABSTRACT

The assisted reproductive technology law: from enactment to demolition. 13 years after the enactment of the law no. 40/2004 regulating the assisted reproductive technologies in Italy, this paper focuses on the current status of the law after a number of National and International judgments that have modified the nature and the structure of the law. This paper discusses not only the positive amendments introduced by the Courts, but also the catastrophic effects produced by the law from 2004 up today. Several Italian couples have been forced to expatriate to overcome illegitimate and unfair legislative limits. One of the major limits is the production of a maximum of 3 embryos per cycle and then the contextual implantation in the uterus of all 3 embryos, without considering the differences among patients, with the risk of serious injuries. The Italian Constitutional Court has established that the choice of the number of embryos to be implanted should be made by physicians on a case-by-case basis, depending on the patient's condition. This amendment produced several benefits, like the decrease of number of miscarriages and diseases and the increase of successful pregnancies. The hope is that the remaining unfair limits will be quickly fixed by the Italian Parliament instead of keeping on delegating legislative functions to National and International Courts.

INTRODUZIONE

La legge 19 febbraio 2004 n. 40 regolando la materia della procreazione medicalmente assistita (PMA) ha colmato un vuoto normativo con un testo organico. Infatti, fino all'entrata in vigore della legge, la materia era regolata da Decreti e Ordinanze Ministeriali di carattere frammentario e contingente, che dettavano regole tassative relativamente a specifici temi di volta in volta trattati, oltre che da un rigido Codice Deontologico per i medici che applicavano tali tecniche (1). In quella fase è stato fondamentale l'intervento dei giudici, che, attraverso sentenze poi divenute storiche, hanno consentito una corretta applicazione delle tecniche.

La legge 40 è intervenuta rigidamente in ogni ambito relativo alla PMA tanto che, nonostante fosse ormai necessario un livello minimo di tutela, a causa delle forti restrizioni introdotte, ci si è autorevolmente domandato se "a una disciplina lacunosa e contraddittoria oltre che dominata dall'ideologia, fosse preferibile il vuoto normativo" (2). Sicuramente sarebbe stato auspicabile un intervento organico in materia che si limitasse a regolamentare le tecniche di PMA astenendosi da incursioni moralistiche ed eticamente orientate.

Sin dall'entrata in vigore della legge la disapprovazione è stata forte, mancando un consenso che legittimasse socialmente la disciplina, non essendo prerogativa del diritto precedere la vita, ma seguirla e assecondarla nella complessità del suo fluire (3). La legge sulla PMA non ha determinato un'accettazione spontanea della regola, ma una vera e propria fuga da essa. Le coppie infertili, infatti, hanno continuato a fare quello che prima della legge potevano fare anche in Italia, ovvero rivolgersi a centri specializzati, con l'unica differenza che a seguito della legge 40 hanno potuto farlo, per la maggior parte delle pratiche, solo all'estero, dando vita a quel fenomeno conosciuto con l'orribile espressione di "turismo procreativo", che implica naturalmente una discriminazione di natura socio-economica piuttosto intuibile (4).

I DIVIETI INTRODOTTI DALLA LEGGE 40/2004

La legge in materia di PMA ha introdotto una serie di divieti per lo più puniti con sanzioni penali, ovvero applicando le sanzioni più gravi e restrittive di cui un ordinamento disponga. Il forte e spietato ricorso allo strumento penale, che di norma dovrebbe rappresentare

Corrispondenza a: Filomena Gallo, Associazione Luca Coscioni, Via di Torre Argentina 76, 00186 Roma. E-mail info@associazionelucacoscioni.it.

Ricevuto: 23.02.2017

Revisionato: 14.04.2017

Accettato: 21.04.2017

Pubblicato on-line: 17.11.2017

DOI: 10.19186/BC_2017.050

l'*estrema ratio*, preannuncia già un'impostazione autoritaria e dispotica che rispecchia perfettamente la volontà di un legislatore di certo non ispirato ai principi di laicità e pluralismo etico.

I divieti più controversi, che da subito hanno attirato l'attenzione di giuristi, personale sanitario e chiunque entrasse in contatto con questa normativa sono i seguenti:

- divieto di accesso alla PMA per le coppie dello stesso sesso (art. 5);
- divieto di applicazione di tecniche eterologhe (art. 4, comma 3);
- divieto di sperimentazione e ricerca sugli embrioni umani e donazione di embrioni per la ricerca scientifica (art. 14, comma 1 e art. 13);
- divieto di produzione di più di 3 embrioni e obbligo di unico e contestuale impianto di tutti gli embrioni prodotti (art. 14, comma 2);
- divieto di crioconservazione degli embrioni (art. 14, comma 1);
- divieto di revoca del consenso dopo la fecondazione (art. 6, comma 3);
- divieto di accesso alle tecniche di PMA per le coppie fertili e portatrici di malattie genetiche (artt. 1 e 4).

Tali divieti rivelano un atteggiamento di condanna implicita che il legislatore ha manifestato nei confronti delle tecniche, identificate come soluzioni da adottare in *extremis*, come strumento residuale per quelle coppie che - come dispone l'art. 2 - per cause "patologiche, psicologiche, ambientali e sociali" non sono in grado di generare. Il legislatore è entrato con prepotenza nelle faccende procreative prima sostituendosi al medico nelle scelte terapeutiche e poi facendosi giudice nello stabilire chi ha e chi non ha "l'idoneità a procreare", giustificando limiti e divieti sulla base dell'esigenza di tutelare il nascituro.

A seguito dell'introduzione di tali divieti, evidenti e importanti sono state le conseguenze sulla vita e la salute delle coppie bisognose di accedere alle tecniche di PMA. Come anticipato, la conseguenza più visibile è stata caratterizzata da una fuga all'estero, in base alla quale si è registrato un aumento delle coppie che si sono rivolte a centri europei per sottoporsi a fecondazione eterologa, produrre più embrioni (anziché solo 3 come imposto dalla legge 40) e crioconservare quelli sovrannumerari (nel caso in cui il contestuale impianto di tutti gli embrioni prodotti non fosse stato possibile), evitare gravidanze plurime (spesso collegate, appunto, all'impianto contestuale dei 3 embrioni), effettuare diagnosi preimpianto (soprattutto per oltrepassare il limite che consentiva, secondo la norma di sbarramento della legge 40, un accesso alle tecniche solo a coppie infertili e non anche a coppie fertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche).

Oltre al più popolare fenomeno del "turismo procreativo", un altro importante effetto direttamente dovuto ai divieti introdotti dalla legge è stato l'aumento delle gravidanze a rischio e una contestuale diminuzione delle gravidanze (non per tutti, infatti, la possibilità di recarsi all'estero era un'alternativa praticabile). Inoltre,

come chiarito di seguito, i divieti della legge 40 hanno determinato un enorme ricorso ai tribunali italiani da parte delle coppie danneggiate dalla norma.

LA DEMOLIZIONE DELLA LEGGE 40/2004

Tra gli effetti dell'applicazione della legge sulla PMA vi fu, dunque, anche un aumento dei procedimenti giudiziari aventi a oggetto di volta in volta articoli e disposizioni della legge 40. Le coppie, spesso sostenute da associazioni "no profit", personalmente colpite da uno o diversi divieti della legge, cominciarono a interpellare i giudici per ripristinare la legalità violata da questa normativa.

L'attivazione delle giurisdizioni in questi anni ha prodotto una giurisprudenza in tema di tutela di diritti fondamentali della persona che sta contribuendo a creare ordine in materie che, in virtù della loro dimensione intima e personale, avrebbero richiesto un approccio più cauto e laico.

In 13 anni di legge 40, vi sono state ben 38 decisioni dei tribunali, di cui 4 sentenze della Corte Costituzionale con dichiarazione di incostituzionalità e una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (EDU) (5). In particolare, la Corte Costituzionale con sentenze di incostituzionalità ha cancellato le parti più lesive della legge sulla PMA.

Sentenza 151/2009

La sentenza 151/2009 è stato il primo intervento attraverso il quale la Corte Costituzionale ha iniziato l'opera di "restyling" della legge 40 (6). La Corte ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 2 e 3 dell'art. 14, più precisamente ha espunto dal testo normativo il limite di produzione di 3 embrioni, nonché l'obbligo del loro contestuale impianto esigendo che il trasferimento avvenisse senza pregiudizio per la salute della donna. Secondo i giudici, tali commi contrastavano con i principi costituzionali di cui agli articoli 2, 3, 13 e 32, in quanto i trattamenti invasivi (di stimolazione ormonale), oltre a ledere il diritto alla salute della donna, ne compromettevano dignità sociale e libertà di autodeterminazione, prevedendo un'uniformità di trattamento per situazioni tra loro dissimili (7).

Sentenza 162/2014

Con la sentenza 162/2014, che ha cancellato divieto di applicazione tecniche eterologhe, la Corte ha rilevato che l'abrogazione delle disposizioni oggetto del quesito non fa venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario (8). Pertanto non vi è vuoto normativo, tanto è vero che la legge 40 - al capo III, artt. 8 e 9 - prevede che i figli nati da eterologa sono figli legittimi della coppia, non hanno alcun rapporto giuridico con i donatori dei gameti, la coppia che accede alla donazione dei gameti non può disconoscere il nato e i donatori sono anonimi. In questo modo sono affermate le tutele per tutti i soggetti coinvolti nelle

tecniche di PMA come previsto dalla legge stessa.

Sotto il profilo scientifico, invece, i centri di fecondazione medicalmente assistita che posseggono tutti i requisiti tecnico scientifici necessari per poter immediatamente applicare tecniche con gameti donati hanno dovuto riaprire le loro porte ai pazienti che richiedano l'applicazione di tale tecnica. L'Italia infatti ha recepito le direttive comunitarie su conservazione, donazione, lavorazione, tracciabilità e sicurezza (Direttive 2004/23/CE; 2006/17/12/CE; 2006/86/CE) con i decreti legislativi 191/07-16/10-85/12 e del 10 ottobre 2012. Tali norme una volta in vigore hanno trasformato i centri di fecondazione in istituti dei tessuti, obbligati ad attenersi a tutte le prescrizioni e regole che sono previste a livello europeo, tra cui il divieto di commercializzazione di gameti e embrioni, consentendo solo un rimborso spese.

La cancellazione del divieto di eterologa ha ripristinato il rispetto del principio di uguaglianza gravemente leso dalla circostanza che la coppia sterile aveva possibilità terapeutiche differenti a seconda della gravità dell'infertilità di cui era affetta. Mentre nel caso di utilizzabilità del proprio materiale genetico, la coppia poteva ricorrere alle tecniche di PMA, nel caso di sterilità radicale, paradossalmente, questa possibilità le veniva preclusa con ogni implicazione consequenziale sulla discriminazione di cui diveniva vittima.

Sentenza n. 96/2015

La sentenza del 14 maggio 2015 n. 96 ha consentito l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie fertili portatrici di patologie genetiche (artt. 1 e 4, legge 40) (9). La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, e dell'art. 4, comma 1, della legge 40, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, accertate da apposite strutture pubbliche. Paradossalmente, proprio le coppie che avrebbero avuto la necessità maggiore di conoscere lo stato di salute dei propri embrioni, stante il rischio che questi siano portatori delle stesse malattie da cui sono affetti e/o portatori i genitori (o uno dei due), non erano autorizzate a effettuare diagnosi preimpianto degli embrioni prodotti. Nonostante si sia accolta con grande soddisfazione una decisione preannunciata dal buon senso, gli 11 anni di vigore di questo limite hanno causato tante non-nascite e ingiuste discriminazioni.

Sentenza n. 229/2015

La Corte Costituzionale con decisione del 21/10/2015 n. 229 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3, lettera b), e comma 4 della legge 40, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata a evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili (10).

CONCLUSIONI

Quelle riportate rappresentano le decisioni fondamentali che hanno modificato (*rectius*: demolito) la legge 40/2004, la quale oggi presenta una conformazione del tutto nuova, essendo stata "depurata" di molte storture antidemocratiche e lesive dei diritti fondamentali della persona. Tali pronunce hanno dunque introdotto nuovi principi, ma soprattutto prodotto nuovi effetti direttamente per le coppie. Sin dalla sentenza 151/2009 i giudici hanno chiarito che la diagnosi preimpianto è esperibile dalle coppie infertili che ne chiedano applicazione. Tale possibilità è stata definitivamente sancita con la sentenza 96/2015 grazie alla quale ora le coppie portatrici di patologie genetiche hanno accesso alle tecniche di PMA e nello specifico alla diagnosi preimpianto. L'abbattimento del divieto di procreazione eterologa, inoltre, ha ripristinato la possibilità per le coppie italiane di accedere a tale tecnica nel proprio Paese affrontando spese sicuramente più sopportabili. La Corte Costituzionale ha dunque ristabilito fondamenti che riportano alla buona pratica medica, poiché tali tecniche di PMA sono applicate in base alle esigenze terapeutiche della coppia, prevedendo se necessario la produzione di più embrioni. Da ciò deriva la deroga prevista dalla legge 40 alla crioconservazione degli embrioni per motivi di salute della donna, per cui oggi è possibile trasferire il numero di embrioni idoneo (e non determinato dal legislatore) per una gravidanza sicura e procedere alla crioconservazione degli altri embrioni.

I giudici della Corte costituzionale in questi anni hanno affermato principi fondamentali in base ai quali "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".

Rimangono altri irragionevoli divieti previsti dalla legge 40 da affrontare, come il divieto di utilizzo degli embrioni per la ricerca scientifica e il divieto di accesso alle tecniche anche per le persone attualmente escluse. Si auspica che il legislatore intervenga anziché continuare a delegare le sue funzioni alla Corte Costituzionale, come fatto fino ad ora, in tema di PMA. Per alcune fattispecie, come la gestazione per altri (maternità surrogata), l'intervento del legislatore non è solo auspicabile, ma necessario affinché una buona legge consenta di evitare qualsiasi forma di abuso e permetta di tutelare le coppie, le gestanti e i nati.

CONFLITTO DI INTERESSI

Nessuno.

BIBLIOGRAFIA

1. Gallo F. Il vuoto normativo in materia di fecondazione medicalmente assistita. In: De Filippis B, ed. Le controversie in materia di filiazione. Padova: CEDAM, 2010.

2. Rescigno P. Note in margine alla legge sulla procreazione medicalmente assistita. In: AA.VV. La fecondazione assistita, riflessioni di otto grandi giuristi. Milano: Ed. Corriere della Sera, 2005.
3. Rodotà S. La vita e le regole. Tra diritto e non diritto; Milano: Feltrinelli, 2006.
4. Re F. Profili penali della procreazione medicalmente assistita. Riv Pen 2008;4:349.
5. Indice pronunce: http://www.associazionelucacoscioni.it/sites/default/files/documenti/Elenco%20decisioni%20legge%204004%20%20aggiornato%20aprile%202014_0.pdf
6. <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=151>
7. Re F. La Corte Costituzionale ridisegna i confini della procreazione medicalmente assistita lecita. Riv Pen 2009;9:948.
8. <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=162>
9. <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2015&numero=96>
10. <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2015&numero=229>