

# **La irragionevolezza della legge italiana sulla procreazione assistita nel giudizio della Corte europea dei diritti umani\***

di

Vladimiro Zagrebelsky

La legge 19 febbraio 2004 n.40, che disciplina l'utilizzo delle procedure mediche di fecondazione assistita e, più particolarmente, le limitazioni che essa impone sono oggetto di critiche e polemiche fin dalla sua approvazione. Critiche e polemiche che riguardano sia la legge in sé, sia le linee guida emanate dal Ministero della Salute per indicare "le procedure e le tecniche di procreazione medicalmente assistita" (art.7 della legge), che ne specificano, integrano e aggiornano le previsioni. Come si ricorda un referendum parzialmente abrogativo (su cui vedi Corte cost. sentenze n.45 e 46 del 2005) venne fatto fallire nel 2005 con il non raggiungimento del *quorum* di votanti.

E' recente la decisione della Corte costituzionale (ordinanza n.150 del 2012) di restituire ai giudici che l'avevano prospettata, la questione di costituzionalità del divieto di ricorso alla fecondazione con ovocita o gamete di persona esterna alla coppia (la fecondazione eterologa). La questione verrà certo riproposta e la Corte costituzionale deciderà. In passato, con la sentenza n.151 del 2009, la stessa Corte aveva dichiarato incostituzionale perché irragionevole e in contrasto con il diritto fondamentale della donna alla salute, la limitazione a tre degli embrioni da impiantare contemporaneamente, senza possibilità di produrne un maggior numero da utilizzare nel caso che il primo impianto non avesse avuto esito positivo.

Ora è un diverso aspetto della regolamentazione, che una diversa Corte ritiene incompatibile con i diritti fondamentali della persona. Ancora una volta si tratta dell'irragionevolezza di un impedimento posto dalla legge italiana all'accesso a una tecnica che è frutto del progresso medico. In proposito va ricordato che il Patto internazionale dei diritti economici e sociali delle Nazioni Unite riconosce a tutti la possibilità di "godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni" (art. 15, par. 1.b). Limiti e condizioni sono possibili, ma, come per tutte le deroghe a diritti fondamentali, essi devono essere ristretti al minimo indispensabile per la tutela di altri diritti fondamentali confliggenti.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza *Costa e Pavan c. Italia* del 28 agosto 2012, ha deciso il ricorso di una coppia italiana protagonista (e vittima) di una vicenda esemplare dell'irragionevolezza della legge, che li esclude dalla possibilità di utilizzare le tecniche di fecondazione medicalmente assistita. I due ricorrenti avevano generato una figlia malata di mucoviscidiosi. Fu così che essi appresero di essere entrambi portatori sani di quella malattia. Nel

---

\* Scritto in corso di pubblicazione in "Diritti umani e diritto internazionale, 3-2012"

corso di una successiva gravidanza, la diagnosi prenatale rivelò che il feto era anch'esso malato e la donna procedette all'aborto. La legge 22 maggio 1978, n.194 ammette l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi 90 giorni quando "il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua (della madre) salute fisica o psichica, in relazione ... a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito", e dopo i 90 giorni "quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna". Desiderando tuttavia un secondo figlio e naturalmente volendo evitare che nasca malato, i due ricorrenti vorrebbero utilizzare le tecniche di fecondazione artificiale e conoscere, con il depistaggio pre-impianto, lo stato dell'embrione prima di impiantarli, in modo tale da escludere quello malato e utilizzare quello sano.

La legge che disciplina la materia limita il ricorso alla fecondazione medicalmente assistita al solo caso in cui la coppia sia sterile o infertile. Le linee guida ministeriali del 2008 hanno ritenuto che sia assimilabile al caso d'infertilità maschile quello in cui l'uomo sia portatore delle malattie sessualmente trasmissibili derivanti da infezione da HIV o da Epatite B e C. Ma non hanno considerato altre situazioni di genitori malati. E in ogni caso non è consentito procedere al depistaggio pre-impianto.

La Corte europea ha ritenuto che non fosse motivo di irricevibilità del ricorso il fatto che i ricorrenti non avessero tentato vie di ricorso interne (art.35 Conv.), poiché una decisione giudiziaria di ammissione alla inseminazione artificiale in un caso simile, citata dal governo, era isolata e non confermata da una conforme giurisprudenza e, in ogni caso, la diagnosi pre-impianto non era ammessa dalla legge. L'interferenza nel diritto al rispetto delle scelte di vita privata e familiare, cui la Corte ha ricondotto la vicenda secondo la sua giurisprudenza, derivava quindi direttamente dalla legge, senza che fossero disponibili ricorsi interni idonei a rimuoverla. La Corte nel merito ha rilevato che la legge italiana, nel caso in cui la diagnosi prenatale riveli che il feto è portatore di anomalie o malformazioni, ammette la donna alla interruzione volontaria della gravidanza. Tale era stata la soluzione adottata dalla coppia, nella gravidanza successiva alla nascita della figlia malata. Vi è dunque, secondo la Corte, un'evidente irragionevolezza della disciplina, che, permettendo l'aborto e invece proibendo l'inseminazione medica con i soli embrioni sani, autorizza il più (e il più penoso), mentre nega il meno (e meno grave). La Corte ha così rifiutato gli argomenti del governo italiano, che sosteneva che la legge tende a proteggere la dignità e la libertà di coscienza dei medici e a evitare possibili derive eugenetiche. La irragionevolezza della disciplina nazionale, agli occhi della Corte, esclude che la limitazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare della coppia sia proporzionata (o, come recita l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, "necessaria in uno stato democratico").

La irragionevolezza e contraddittorietà della soluzione normativa adottata in Italia ha portato la Corte a distinguere il caso presente da quello giudicato con la sentenza *S.H. e altri c. Austria* del 3 novembre 2011, relativa al divieto di inseminazione eterologa, in cui la Corte aveva in materia riconosciuto un ampio margine di apprezzamento nazionale. In più ha pesato il fatto che la grande maggioranza dei paesi europei consente la fecondazione medicalmente assistita per prevenire la trasmissione di malattie genetiche (solo l'Italia e l'Austria la vietano e la Svizzera ha in corso un progetto di legge per ammetterla). Essa ha dunque constatato l'esistenza di un "consenso europeo", che, secondo la propria giurisprudenza, restringe l'ambito del margine di apprezzamento nazionale nella messa in opera dei diritti convenzionali.

Irragionevole nel sistema legislativo italiano e ingiustificato nel quadro della tendenza europea, il divieto ha inciso senza ragione sul diritto della coppia al rispetto delle scelte di vita personale e familiare, garantito dalla Convenzione europea dei diritti umani.

La sentenza non è definitiva. Il governo italiano può chiederne il riesame da parte della Grande Camera della Corte europea. Se diverrà definitiva, sarà vincolante per l'Italia, una modifica della legge sarà inevitabile e saranno inapplicabili le linee guida ministeriali. La Corte costituzionale ha già più volte detto che la conformità alla Convenzione europea dei diritti umani, "nella interpretazione datane dalla Corte europea", è condizione della costituzionalità delle leggi nazionali. Una revisione della legge potrebbe convincere il legislatore ad abbandonare l'ambizione di disciplinare il dettaglio, con ammissioni ed esclusioni particolari che, inevitabilmente, creano disparità irragionevoli. Questa è una materia in cui occorrerebbe lasciar spazio alle scelte individuali (in questo caso quella di non rinunciare a procreare un figlio, un figlio sano) e alla responsabilità dei medici nel fare il miglior uso possibile del frutto della ricerca e dell'avanzamento delle conoscenze e possibilità umane. La Corte costituzionale ha già posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica. "Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione" (Corte cost. sentenza n.282 del 2002).