



Procreazione in vitro: viola i diritti dell'uomo il divieto di ricorrere alla diagnosi preimpianto

Corte europea dei diritti dell'Uomo - Sezione II - Sentenza 28 agosto 2012

Ricorso n. 54270/10 - Commento

(Presidente Tulkens; Costa e Pavan contro Italia)

LA MASSIMA

Bioetica - Procreazione medicalmente assistita di tipo omologo - Coppie fertili - Malattia genetica - Divieto di ricorrere alla procreazione in vitro - Divieto di diagnosi preimpianto - Convenzione europea - Diritto al rispetto della vita privata e familiare - Ricorso all'aborto terapeutico - Incoerenza della legge italiana - Contrarietà alla Convenzione - Previo esaurimento dei ricorsi interni - Assenza di rimedi giurisdizionali effettivi. (*Convenzione europea dei diritti dell'uomo, articolo 8*)

È una violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo il divieto di ricorso alle tecniche di procreazione assistita e alla diagnosi preimpianto dell'embrione fissato dalla legge n. 40 del 2004 nei confronti di coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche. Tale diniego non è una misura necessaria a salvaguardare la donna e l'embrione perché la legge italiana, ammettendo la possibilità di ricorrere all'aborto terapeutico nel caso di feto affetto da malattia genetica, non è coerente con le esigenze invocate dallo Stato per impedire il ricorso alla diagnosi preimpianto. L'assenza di rimedi giurisdizionali effettivi sul piano nazionale consente il ricorso alla Corte europea per far valere la violazione da parte dello Stato dei diritti convenzionali.



Scarica il testo della sentenza all'indirizzo:

www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com (area COMUNITARIO-PRIMO PIANO)



Il divieto stabilito dalla legge n. 40 del 19 febbraio 2004 che impedisce il ricorso alla fecondazione omologa in vitro a una coppia fertile portatrice sana di fibrosi cistica e, di conseguenza, alla possibilità di avvalersi della diagnosi preimpianto è contrario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

È la conclusione raggiunta dalla Corte di Strasburgo che, con la sentenza Costa e Pavan contro Italia (ricorso n. 54270/10) del 28 agosto 2012 ha bocciato le incongruenze dell'ordinamento italiano sul tema della procreazione assistita, mettendo in risalto le contraddittorietà di un sistema che mostra di essere inadeguato ai tempi e incoerente.

Per il Governo l'istanza è ricevibile se presentata a Strasburgo dopo aver esaurito i ricorsi interni

IL COMMENTO DI
MARINA CASTELLANETA

Basti considerare che - come osservato dalla Corte - su 32 Stati del Consiglio d'Europa la cui legislazione è stata esaminata in recenti studi, solo 3, ossia Italia, Svizzera e Austria vietano il ricorso

alla diagnosi preimpianto.

Il fatto - Una coppia, dopo aver avuto la prima figlia, aveva scoperto di essere portatrice sana di fibrosi cistica, malattia che aveva colpito la primogenita. La donna era rimasta nuovamente incinta ma anche il feto, dagli esami svolti, risultava affetto dalla grave malattia genetica e la donna aveva abortito. I coniugi, quindi, avevano chiesto di utilizzare le tecniche di fecondazione in vitro di tipo omologo al fine di poter effettuare la diagnosi preimpianto per individuare l'anomalia genetica dell'embrione.

Tuttavia, poiché la legge n. 40 del 2004 consente l'accesso alla procreazione medicalmente assi-

stata solo alle coppie sterili e, con decreto dell'11 aprile 2008, alle coppie nelle quali l'uomo è affetto da malattie virali trasmissibili per via sessuale (come i soggetti colpiti dal virus dell'HIV e dall'epatite B e C), in considerazione della circostanza che in questi casi l'uomo è equiparato a un soggetto non fertile, la coppia non aveva potuto utilizzare la procreazione assistita e quindi la diagnosi preimpianto. Pertanto, in assenza di rimedi interni effettivi, anche alla luce del divieto legislativo, i coniugi si sono rivolti a Strasburgo.

La questione del previo esaurimento dei ricorsi interni - Il Governo ha immediatamente eccepito l'assenza della qualità di vittima della coppia proprio per il mancato previo esaurimento dei ricorsi interni, aspetto che sarà certamente alla base del ricorso alla Grande Camera che, come è noto, deve essere presentato entro tre mesi dalla pronuncia della Camera.

Ad avviso del Governo, non è stata rispettata la condizione di ricevibilità prevista dall'articolo 35 della Convenzione che, tra l'altro, stabilisce che il ricorso per essere dichiarato ricevibile deve essere presentato a Strasburgo solo quando la presunta vittima ha esaurito i ricorsi interni. Fino a una pronuncia giurisdizionale definitiva, infatti, lo Stato, tramite i propri giudici, può rimediare alla violazione e assicurare la piena attuazione dei diritti convenzionali. Questa condizione, d'altra parte, assicura il pieno rispetto del principio di sussidiarietà: è compito primario degli Stati garantire l'attuazione dei diritti dell'uomo e

Va sottolineato che ai coniugi è stato impedito l'accesso alla fecondazione malgrado la grave malattia di cui sono portatori sani. Se, invece, l'uomo fosse stato affetto da una patologia trasferibile per via sessuale, avrebbe potuto avvalersi delle tecniche mediche

solo nei casi in cui ciò non sia possibile subentra un organo giurisdizionale internazionale.

Se è vero che, nel caso all'attenzione di Strasburgo, la coppia non aveva fatto ricorso ad alcun tribunale per avvalersi della diagnosi preimpianto, è anche vero che, ad analizzare l'ordinamento interno risultava evidente l'assenza di un rimedio specifico. In questi casi - ha precisato la Corte - spetta al Governo dimostrare che non solo esistono rimedi ma che la prassi giurisprudenziale attesta l'effettività di potersi avvalere di uno strumento per ottenere la piena attuazione di un diritto che i ricorrenti ritengono leso. Tra i precedenti giurisprudenziali, il Governo si è limitato a citare l'ordinanza 12474/2009 del 13 gennaio 2010 del tribunale di Salerno con la quale il giudice aveva autorizzato una coppia non sterile, per la prima volta, alla diagnosi preimpianto. Un atto isolato, di un giudice di merito che non ha ottenuto ancora l'avallo degli organi di ultimo grado. Difficile ritenere, quindi, che il rimedio era effettivo tanto più partendo dal presupposto che la misura ri-

chiesta è vietata in modo espresso dalla legge.

La violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare - Per quanto riguarda gli aspetti legati al merito del ricorso, è da sottolineare che ai coniugi è stato impedito l'accesso alla procreazione assistita malgrado la grave malattia di cui sono portatori sani. Se, invece, l'uomo fosse stato affetto da una malattia trasferibile per via sessuale, avrebbe potuto avvalersi delle tecniche mediche. Non si tratta, quindi, di invocare il diritto ad avere un bimbo non affetto da una malattia genetica ma di ricorrere a rimedi scientifici e medici ammessi per altri individui. Chiarito che nell'ambito dell'articolo 8 rientra il diritto di divenire genitori e il diritto di questi ultimi di veder rispettate le proprie decisioni, la Corte ha affermato, in linea con quanto rilevato nella sentenza SH. e altri contro Austria del 2011, che l'accesso alla procreazione assistita rientra in detta disposizione, proprio perché si tratta di una modalità con la quale esercitare l'indicato diritto.

Passando poi all'esame del merito del ricorso è da rilevare che in questo settore, così come in altri che coinvolgono temi sensibili, la Corte europea ha stabilito che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento e, quindi, possono predisporre un sistema legislativo con un certo margine di autonomia pur nel rispetto dei diritti convenzionali. Ora, la legge italiana ammette il ricorso alla procreazione assistita solo per le coppie sterili o per quelle in cui l'uomo ha una malattia trasmissibile per via sessua-



le. Si tratta, a nostro avviso, di una scelta non del tutto lineare perché si trattano in modo diverso persone che si trovano in una situazione analoga perché corrono il rischio di trasmettere una malattia ai propri figli. Perché consentire solo a determinati malati l'accesso a queste tecniche? Una domanda che non trova risposta. Non solo. Il Governo in causa, a sua difesa, ha precisato di aver scelto l'indicata politica legislativa per «tutelare la salute del bambino e della donna, la dignità e la libertà di coscienza dei medici e per evitare il rischio di derive eugenetiche». Obiezioni non condivise dalla Corte europea. In primo luogo, precisato che il Governo sembra assimilare bambino ed embrione, Strasburgo ha ritenuto che le esigenze invocate dall'Italia non si conciliano poi con la possibilità concessa alle donne di ricorrere all'aborto terapeutico. Qui è il centro dell'incoerenza del sistema legislativo italiano: di fatto, per i meccanismi legislativi interni una donna non potrebbe effettuare un'analisi sull'embrione, ma lo potrebbe fare sul feto, addirittura, quindi, in fase ben più avanzata della gravidanza. Una situazione che procura un forte stress in primo luogo sulla donna e sulla stessa coppia.

Nessuna dimostrazione poi di rischi di eugenetica. D'altra parte, non si vede perché questi rischi dovrebbero sussistere quando la coppia chiede la diagnosi preimpianto per evitare la trasmissione di una malattia genetica grave e non quando serve a evitare il passaggio di malattie virali trasmissibili per via sessuale.

Si tratta, come è evidente, di scelte incoerenti perché, di fatto

**La pronuncia
del 28 agosto 2012,
adottata all'unanimità
dalla Corte,
è destinata ad avere,
a meno che non venga
ribaltata
dalla Grande Camera
in caso di appello,
un rilevante impatto
sulla legge n. 40**

«costringono» una donna a ricorrere all'aborto terapeutico nei casi di malattia del feto, con danni anche psicologici sulla madre e una sicura violazione del diritto al rispetto della vita familiare.

Di qui la condanna all'Italia e l'obbligo per lo Stato di versare ai ricorrenti 15mila euro per i danni non patrimoniali e 2.500 euro per le spese processuali.

Giova ricordare che la Corte ha tenuto a sottolineare la compatibilità della sua conclusione con la sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011 nel caso S.H. e altri contro Austria (ricorso n. 57813/00) con la quale il massimo organo giurisdizionale aveva ritenuto che nel settore della fecondazione eterologa il margine di apprezzamento non può essere limitato in modo decisivo, ribaltando le conclusioni della Camera che, nella sentenza del 1° aprile 2010, aveva affermato la contrarietà alla Convenzione del divieto assoluto di ricorrere alla fecondazione eterologa stabilita nella legge austriaca.

Non sussiste, tuttavia, alcuna incompatibilità con il precedente della Grande Camera perché nella pronuncia relativa all'Italia l'analisi riguardava la feconda-

zione omologa in rapporto all'aborto terapeutico.

Le conseguenze nell'ordinamento interno - La pronuncia del 28 agosto 2012, adottata all'unanimità, è destinata ad avere, a meno che non venga ribaltata dalla Grande Camera nel caso di ricorso del Governo, un grande impatto sulla legge n. 40. Si ricordi, a tal proposito, che le norme della Convenzione europea hanno un rango subcostituzionale nel nostro ordinamento e, quindi, in caso di contrarietà tra leggi interne e Convenzione, le disposizioni nazionali devono essere dichiarate incostituzionali per contrarietà all'articolo 117 della Costituzione. Non solo. I giudici nazionali devono interpretare le norme interne alla luce delle disposizioni convenzionali come interpretate da Strasburgo.

A tal proposito, la Corte costituzionale, sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai tribunali di Firenze, Catania e Milano relativamente al divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo fissato dalla legge 40/2004, con ordinanza 150/2012 del 7 giugno 2012, proprio a seguito della sentenza relativa al caso S.H. contro Austria, ha rimesso la questione ai giudici di merito tenuti ad analizzare se sussista ancora un dubbio di costituzionalità «alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto». A ciò si aggiunga che, come chiarito dalla Consulta, compete ai giudici di merito una valutazione dell'incidenza della pronuncia di Strasburgo per non alterare lo schema di incidentalità del giudizio di costituzionalità. ■

X CONFERENZA NAZIONALE SULLA
PREVIDENZA FORENSE
CASSA FORENSE 1952 – 2012
SESSANT'ANNI DI STORIA
TRA CAMBIAMENTO E FUTURO
AUDITORIUM DELLA CONCILIAZIONE
ROMA, 21 – 22 SETTEMBRE 2012



Programma provvisorio:

Venerdì 21 settembre

Ore 8.30 *Registrazione dei partecipanti*

Ore 9.30 *Indirizzi di saluto*

Ore 10.30 *1° sessione*

AUTONOMIA: Valore per programmare il cambiamento

Ore 13.00 *colazione di lavoro*

Ore 15.00 *2° sessione*

TAVOLA ROTONDA SU PATRIMONIO: Sicurezza nel futuro

Ore 18.00 *chiusura lavori*

Ore 19.45 *trasferimento in pullman a "Villa Aurelia" al Gianicolo*

Ore 20.15 *aperitivo, cena di gala e spettacolo*



Sabato 22 settembre

Ore 9.30 *3° sessione*

TAVOLA ROTONDA SU WELFARE: La sfida della solidarietà

Ore 13.00 *chiusura dei lavori e aperitivo di saluto*