



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

Fecondazione medicalmente assistita e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
di Ludovica Lo Presti

La famiglia è da sempre luogo di compromesso tra natura e cultura, ma nell'epoca attuale si assiste ad una profonda mutazione dell'idea di famiglia, delle sue forme e delle sue rappresentazioni¹.

La genitorialità, prima compatta, si frantuma in una serie di possibili scelte, ciò è conseguenza diretta dell'irruzione dell' "artificio" nella sfera riproduttiva. La crescente attenzione ai bisogni dell'individuo e ,quindi, lo spazio sempre più ampio riconosciuto alla realizzazione della personalità, tramite l'esperienza della gravidanza e del parto per la donna, tramite il desiderio di una discendenza e di una proiezione di sé verso il futuro per l'uomo², ha portato ad una utilizzazione sempre più frequente dell'inseminazione artificiale come strumento privilegiato per ovviare ai problemi di sterilità all'interno della coppia.

Le normative in materia di fecondazione artificiale e la giurisprudenza che vi ha fatto seguito costituiscono un aspetto rilevante delle politiche di un Paese, incidendo in maniera più o meno profonda sulla tutela della libertà individuale e del diritto alla salute e sulla natura stessa degli assetti istituzionali. In Italia, la legge n. 40 del 2004 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", giunge in porto seguendo un percorso travagliato e si caratterizza soprattutto per la forte protezione della vita nascente e della famiglia. Lo stesso art. 1 assicura la tutela dei "diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito"³. La protezione del "concepito" passa anzitutto attraverso il divieto di accesso alle tecniche di procreazione assistita alle coppie fertili⁴, anche se portatrici di malattie genetiche. Inoltre, pur essendo consentito alla

¹ COLLURA-LENTI-MANTOVANI, Trattato di diritto di famiglia, Giuffrè, 2000.

² M.BIANCA, Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano, in La procreazione artificiale tra etica e diritto, Padova, 1989.

³ Art 1 , legge n.40 del 2004.

⁴ Art 4, comma 1; legge n. 40 del 2004.

coppia di informarsi sullo stato di salute degli embrioni⁵, la relativa indagine clinica non può che essere di tipo osservazionale⁶ (non invasiva), in ossequio al divieto di diagnosi pre-impianto. Una norma protettiva consente, poi, la revoca del consenso al trattamento entro e non oltre il momento in cui l'embrione si forma⁷. Sono proibite la clonazione, la formazione di ibridi, la fecondazione postmortem e la maternità surrogata⁸. È altresì proibita l'utilizzazione di embrioni, anche abbandonati, per la ricerca⁹. Ulteriori limitazioni sono state recentemente oggetto di intervento da parte della Corte Costituzionale¹⁰ che ha dichiarato l'illegittimità dell'art 14, commi secondo e terzo, della legge n.40 del 2004 per la parte in cui, limitando il numero massimo di embrioni producibili a tre da impiantarsi contestualmente¹¹, si pone in definitiva in contrasto con l'art. 3 della Cost., sia sotto il profilo della ragionevolezza che quello dell'uguaglianza, in quanto riserva il medesimo trattamento a donne che possono trovarsi in condizioni fisiche assai diverse tra loro; la norma, inoltre, nel disporre che il trasferimento degli embrioni è da realizzare non appena possibile¹², non prevede che tale trasferimento debba essere effettuato "senza pregiudizio per lo stato di salute della donna"¹³, e ciò in contrasto con l'art. 32 Cost. La Consulta ha quindi ampliato le eccezioni al previsto divieto di crioconservazione nell'ipotesi di pregiudizio per lo stato di salute della donna derivante dall'impianto. L'intervento del nostro legislatore risulta allora caratterizzato da una forte volontà di protezione, soprattutto della vita nascente, che si sostanzia di numerosissimi divieti e limitazioni.

Le questioni giuridiche e morali sollevate sono di assai difficile soluzione. Lo stesso panorama comunitario testimonia una notevole differenza tra le discipline dei singoli Paesi in materia procreazione medicalmente assistita, tale differenza dà luogo ad una forte disparità di trattamento dei cittadini in ragione della loro nazionalità. Questa grande varietà normativa è il simbolo della mancanza di una visione condivisa in punto di procreazione medicalmente assistita.

Trovano, in tal modo, ampio spazio le ipotesi di contrasto con i alcuni dei diritti fondamentali sanciti dai Trattati comunitari e dalle Carte dei diritti. In tale contesto rileva, anzitutto, la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali e, segnatamente, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e alla non ingerenza dell'autorità

⁵ Art 14, comma 5; legge cit.

⁶ Linee Guida del Ministero della Salute, 2010.

⁷ Art. 6, comma 3; legge cit.

⁸ Art. 12, punti 1-2-6-7; legge cit.

⁹ Art. 13, legge cit.

¹⁰ Corte Cost., sent. N.1 del 2009

¹¹ Art. 14, comma 2; legge cit.

¹² Art. 14, comma 3; legge cit.

¹³ Corte Cost., sent. N. 151 del 2009

pubblica nell'esercizio di tale diritto¹⁴, il diritto alla salute e l'inderogabile diritto alla vita di ogni persona di cui all'articolo 2.

Non sorprende quindi che in più di un'occasione si sia reso necessario l'intervento della Corte di Strasburgo a garanzia del rispetto di tali diritti. Emblematico è il caso *Evans v. United Kingdom*. La causa è stata promossa da una cittadina inglese di 34 anni, N. Evans, la quale, dovendo subire a scopo terapeutico un intervento chirurgico che le avrebbe impedito per sempre di procreare, si è sottoposta, prima dell'operazione, ad un trattamento di fecondazione in vitro insieme al suo compagno allo scopo di conservare degli embrioni biologicamente appartenenti alla coppia per poterli utilizzare in futuro. La signora Evans infatti avrebbe si perduto, con l'operazione, la possibilità di produrre ovuli, ma non quella di affrontare una gravidanza tramite l'impianto degli embrioni congelati. Purtroppo, nel corso dei successivi due anni, la relazione tra i potenziali genitori si è conclusa e per la signora Evans gli embrioni ottenuti dalla fecondazione con l'ex-compagno rappresentavano l'unica possibilità di diventare madre. La donna non aveva infatti provveduto a congelare ovuli, né era in grado di produrne altri. Il suo ex-compagno, tuttavia, ha ritirato il consenso all'utilizzo degli stessi embrioni, come disciplinato dalla legge inglese¹⁵, la quale prevede il diritto di ciascuno dei due potenziali genitori alla revoca del consenso all'utilizzo degli embrioni al momento dell'impianto. Ciò obbligava la clinica a distruggere gli embrioni. La Evans si è quindi rivolta all'Alta Corte britannica per veder riconosciuto il proprio diritto a diventare madre e, in seguito al diniego, è ricorsa alla Corte d'Appello che ha confermato la decisione di primo grado. Il punto centrale della normativa britannica è proprio la necessità del consenso continuato di entrambe le parti dall'inizio del trattamento fino al momento dell'impianto dell'embrione¹⁶. Del caso viene quindi investita la Corte di Strasburgo. La ricorrente lamenta la violazione dell'articolo 2 della CEDU¹⁷, con riferimento al diritto alla vita dell'embrione, nonché dell'articolo 8¹⁸, in relazione al proprio diritto al rispetto della vita privata e ancora dell'articolo 14¹⁹, in base al quale la Evans chiedeva di

¹⁴ Art. 8, CEDU.

¹⁵ Atto sulla Fertilizzazione Umana e l'Embriologia del 1990.

¹⁶ "to ensure the continuing consent of both parties from the commencement of treatment to the point of implantation of the embryo"; *Evans v. UK*, § 18.

¹⁷ Art. 2 : "Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita ...".

¹⁸ Art. 8 Diritto al rispetto della vita privata e familiare:

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.
2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

¹⁹ Art. 14 Divieto di discriminazione:

Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato, senza distinzione di alcuna specie, come di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale di ricchezza, di nascita o di altra condizione.

essere riconosciuta vittima di un trattamento discriminatorio rispetto ad altre donne. Tanto premesso, occorre rilevare che dalla giurisprudenza della Corte non emerge una chiara definizione dell'articolo 2, e segnatamente se rientri o meno, nella nozione di "persona" la cui vita è protetta dalla Convenzione, anche il non nato (unborn)²⁰.

Nel caso di specie poi, la Corte esclude la violazione dell'articolo 2 CEDU, senza tuttavia chiarire la portata della tutela del diritto alla vita prestata dalla Convenzione e mancando di indicare un criterio che stabilisca "l'inizio della vita umana". Anche nel precedente caso *Vo v. France* la Corte si era limitata ad affermare che la potenzialità del feto e/o dell'embrione di diventare una persona ne richiede la protezione in nome della dignità umana senza tuttavia qualificarlo come "persona" alla quale vada assicurato il "diritto alla vita" ex art. 2²¹. Inoltre, rilevava ancora la Corte, anche la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina non definisce la portata dell'espressione "ogni persona" ("everyone") né quella di "essere umano" ("human being"), né tantomeno fa riferimento a quando abbia inizio la vita, lasciando agli Stati piena libertà riguardo all'interpretazione di tali concetti²². La Corte, infine, sottolinea che, in assenza di un consenso a livello europeo circa la definizione scientifica e giuridica dell'inizio della vita, la questione rientra nell'ambito del margine di apprezzamento di cui godono gli Stati. Parimenti la Corte dichiara non sussistere la lamentata violazione dell'articolo 8, CEDU e precisa che il concetto di "vita privata" comprenderebbe non solamente aspetti dell'identità fisica e sociale di un individuo, quali il diritto all'autonomia personale, allo sviluppo personale e all'instaurazione e sviluppo di rapporti con altri esseri umani e il mondo esteriore²³, ma incorporerebbe anche il diritto al rispetto della decisione di diventare o no genitore²⁴.

Allo Stato fa capo il dovere di assicurare un equo bilanciamento dell'interesse pubblico e privato e nel perseguire tale scopo, lo Stato gode di un margine di apprezzamento che, secondo la Corte, sarà tanto più ampio quanto maggiore è il divario tra i livelli di tutela apprestati dalle legislazioni nazionali in una determinata materia²⁵. Essendo la bioetica un territorio ancora poco esplorato e lacunosamente disciplinato, il margine che spetta agli Stati in questo ambito deve essere ampio²⁶.

Poiché, quindi, la legislazione inglese non prevede alcuna eccezione al criterio del consenso congiunto e continuativo, la medesima regola varrà anche per la situazione in esame. La Corte di Strasburgo, si schiera quindi a favore del criterio netto adottato dai giudici britannici,

²⁰ Così l'art. 4, Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo.

²¹ *Vo v. France*, § 84.

²² cfr. ancora *Vo v. France*, § 84.

²³ *Pretty v. United Kingdom*, § 61.

²⁴ *Evans v. UK*, § 57.

²⁵ *Rees v. The United Kingdom*, § 37.

²⁶ *Evans*, § 62 e *X, Y and Z v. the United Kingdom*, § 44.

secondo il quale la necessità della certezza del diritto e della fiducia che l'opinione pubblica deve poter nutrire nei confronti di esso in una materia così sensibile non possono ammettere decisioni incerte (Evans v. UK, § 65).

Infine, anche circa la presunta violazione dell'art. 14, laddove la richiedente lamenta di aver subito un trattamento discriminatorio rispetto alle donne che possono concepire normalmente attraverso rapporti, la Corte ripropone il criterio del margine di apprezzamento spettante allo Stato in ordine al differente trattamento. Richiamando i criteri di ragionevolezza e giustificazione obiettiva riscontrati a proposito della mancata violazione di cui all'articolo 8, i giudici risolvono in senso negativo anche il problema sollevato con riferimento all'art. 14²⁷.

In definitiva, la Corte, sottolineando la mancanza di un accordo internazionale sulla regolamentazione della fecondazione in vitro e sull'utilizzazione degli embrioni e l'assenza di una comune visione riguardo alla determinazione del momento fino al quale è possibile revocare il consenso all'utilizzazione dei gameti prelevati nel corso del trattamento, si rimette quasi totalmente al criterio del libero apprezzamento. L'eccezionale situazione della ricorrente, che non aveva altre possibilità per procreare, avrebbe forse dovuto essere considerata con maggior attenzione da parte della Corte²⁸. Negare la possibilità della ricorrente di portare a termine la procedura di procreazione assistita non avrebbe soltanto limitato l'esercizio del diritto a concepire, quanto piuttosto distrutto completamente tale diritto. Inoltre, il dovere di proteggere il diritto di ogni persona al rispetto per la vita privata non dovrebbe dipendere da alcun consenso europeo, a prescindere da quanto delicata sia la materia in esame²⁹. Sarebbe stato forse ipotizzabile un ricorso al principio di precauzione, positivizzato dalla stessa Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che impone di scegliere nei casi dubbi la soluzione che rafforzi i diritti umani.

La legge, come affermato dalla Corte, deve infatti essere tale da permettere di prevedere, in modo ragionevole secondo le circostanze, le conseguenze che possano scaturire da una certa azione ("to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail"³⁰).

Nonostante però la Corte abbia più volte posto l'accento sul carattere della Convenzione come strumento vivente da interpretare alla luce dell'evoluzione della società ("the Convention is a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions"³¹), ha lasciato aperto il quesito sul diritto alla vita dell'embrione e/o del feto, posticipando nuovamente

²⁷ Evans v. UK, § 74-75.

²⁸ Vedi in tal senso l'opinione dissenziente dei giudici Traja e Mjovic.

²⁹ Evans v. UK Dissenting opinion, § 5.

³⁰ Silver and Others v. the United Kingdom, 25.3.1983.

³¹ Vo v. France, dissenting opinion of Judge Mularoni joined by Judge Strážnicka.

l'interpretazione dell'articolo 2, il quale, alla luce dei recenti progressi medico-scientifici non può che assumere una valenza sempre maggiore nel campo della tutela dei diritti umani.