

Appunti per la memoria del Movimento per la vita italiano nella causa
***R. Costa e W. Pavan contro Italia* (n° 54270/10)**
pendente dinanzi alla Corte Europea dei diritti dell'uomo (II sezione)

22.09.2011

1) Dal punto di vista procedurale è insuperabile l'obiezione già proposta dal Governo italiano: il ricorso presentato da R. Costa e W. Pavan è irricevibile **perché non sono state esaurite le vie giudiziarie interne** possibili in Italia per ottenere il riconoscimento del presunto diritto vantato dai ricorrenti. Essi non si sono rivolti a nessuna autorità giudiziaria italiana. Anzi non hanno neppure chiesto ad una autorità sanitaria di procedere alla procreazione medicalmente assistita (PMA) nella forma della fecondazione in vitro (Fivet) previa diagnosi preimpianto (DPG). Nella eventualità che la struttura sanitaria avesse risposto negativamente, allora R. Costa e W. Pavan avrebbero potuto rivolgersi alla autorità giudiziaria o attraverso una procedura ordinaria (che prevede un primo, un secondo e un terzo grado di giurisdizione), o attraverso la procedura cautelare d'urgenza (che prevede un provvedimento di un giudice unico, reclamabile dinanzi al Tribunale in composizione collegiale e la possibilità di un controllo di legittimità ad opera della Corte di Cassazione). In entrambi i casi, i ricorrenti avrebbero potuto domandare al giudice italiano di rimettere la questione alla Corte Costituzionale per ottenere l'annullamento della disposizione legislativa ritenuta illegittima.

Invece R. Costa e W. Pavan non hanno fatto niente in Italia. Non hanno provato neppure a rivolgersi a un centro autorizzato ad effettuare la PMA e non hanno richiesto l'intervento di alcun giudice, come sarebbe stato possibile con la speranza di ottenere soddisfazione. Giustamente il Governo italiano ha citato la sentenza pronunciata il 13/1/2010 dal Tribunale di Salerno in un caso identico a quello che riguarda R. Costa e W. Pavan ⁽¹⁾ (dove è stata giudiziariamente dichiarata lecita la DPG). Ma si potrebbero citare anche altre vicende giudiziarie relative ad altri aspetti della L. 40/04, giunte fino al giudizio della Corte Costituzionale, in un caso con un conseguente annullamento di una particolare disposizione legislativa (Sentenza N. 151 dell'1/4/2009). In sostanza R. Costa e W. Pavan hanno impugnato direttamente la legge italiana, ciò che non è consentito. Il ricorso è pertanto chiaramente irricevibile.

2) Nel merito, qualora imprevedibilmente l'argomento pregiudiziale non venisse accolto, la Corte dovrebbe preliminarmente **conoscere le modalità con cui viene effettuata la DPG.**

Essa implica: ⁽²⁾

- una forte iperstimolazione ovarica in modo da ottenere un abbondante numero d'ovociti e poter così avere almeno 9-12 embrioni, con qualche rischio per la donna (sindrome da iperovulazione);
- la selezione degli embrioni, per scegliere quelli da trasferire in utero e la conseguente distruzione di quelli ritenuti malati;
- il prelievo di una o due cellule (blastocisti) dagli embrioni pervenuti allo sviluppo di 6-8 cellule, con il rischio che una biopsia così invasiva su un corpo minuscolo determini la morte dell'embrione

⁽¹⁾ Caso di coppia non sterile, ma portatrice di anomalia genetica (atrofia muscolare spinale). Il Tribunale ha ritenuto legittimo il ricorso alla PMA ed alla DPG. La decisione pronunciata in via d'urgenza è divenuta definitiva.

⁽²⁾Vedi l'ampia letteratura internazionale riportata nelle note del capitolo 12 ("Diagnosi preimpianto") alle pagine 343 e seguenti del volume Carlo Casini, Marina Casini, Maria Luisa Di Pietro, "La legge del 19 febbraio 2004 n. 40", Giappichelli editore, 2005.

anche se risultato non affetto da malattia o, comunque, di un più difficile impianto e sviluppo dopo il trasferimento in utero degli embrioni biopsati;

- la frequente possibilità di un errore diagnostico, che porta alla distruzione di embrioni sani erroneamente ritenuti malati.

In definitiva la DPG implica non soltanto la morte di molti embrioni ritenuti malati (ciò che costituisce lo scopo diretto della tecnica), ma anche la morte di embrioni sani, provocata dall'equipe medica che procede, come mezzo per individuare gli embrioni idonei al trasferimento in utero.

Inoltre la DPG apre la strada a possibile derive ancora più lesive del principio di eguaglianza, potendo essere usata per avere figli con caratteristiche sessuali e psicosomatiche determinate attraverso la selezione degli embrioni.

3) La logica della legge 40/04 è indicata nel suo art. 1.

"Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito".

Due sono gli scopi da essa perseguiti: a) il superamento dell'infertilità-sterilità; b) la tutela dei diritti dell'embrione, qualificato come "soggetto" al pari di altri soggetti coinvolti nella PMA. Di conseguenza la legge stabilisce il punto di equilibrio tra i vari diritti e interessi consentendo la PMA e disciplinandola in modo da un lato di garantire la salute e la libertà della coppia che la chiede e dall'altro da **lasciare all'embrione artificialmente generato una possibilità di vita**. Vengono perciò proibite tutte le azioni che direttamente e intenzionalmente distruggono l'embrione fuori dal seno materno (art. 14) ⁽³⁾ quali sono, in particolare le azioni di discriminazione e selezione degli embrioni (art. 13) ⁽⁴⁾. In questa logica è del tutto coerente il divieto della DPG. Del resto non si deve ignorare che la "Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'Uomo e la dignità dell'essere umano riguardo le applicazioni della biologia e della medicina" più sinteticamente detta "Convenzione sui diritti dell'uomo e biomedicina", firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, nel suo articolo 18 consente agli stati di vietare la sperimentazione embrionale a causa della sua potenzialità

⁽³⁾ Art. 14 (Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni). 1. E' vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194. 2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario. 3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione e' consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile "senza pregiudizio della salute della donna". Il testo risulta così modificato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 151/2009.

⁽⁴⁾ Art. 13. (Sperimentazione sugli embrioni umani): 1. E' vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. 2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano e' consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative. 3. Sono, comunque, vietati: a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge; b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo; c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca; d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere.

distruttive, anche se diretta all'ampliamento della conoscenza. Il carattere sperimentale della DPG è evidente.

"Quando la ricerca in vitro sugli embrioni è ammessa dalla legge, questa assicura una protezione adeguata all'embrione. La ricerca sugli embrioni umani a scopo di ricerca è vietata".

4) Questo schema razionale non è alterato dalle linee guida adottate dal Ministero della Salute italiano con il decreto 11/04/2008. In esso si chiarisce che deve essere considerata una condizione di sostanziale sterilità quella in cui il soggetto maschile della coppia sia affetto da alcune malattie sessualmente trasmissibili, come, ad esempio l'AIDS. Secondo i ricorrenti sarebbe identica la condizione della coppia a rischio di generare un figlio portatore di una anomalia genetica. Ma non è affatto così. Per evitare la trasmissione di una malattia sessuale dal maschio alla femmina e indirettamente al figlio non c'è bisogno di ricorrere alla DPG sull'embrione (con la conseguente distruzione di embrioni). Si può provvedere a "lavare" lo sperma, cioè a purificarlo, come risulta dalla letteratura medica in materia ⁽⁵⁾.

Lo sperm washing che si avvale di diversi passaggi in laboratorio, consente la separazione degli spermatozoi dal fluido seminale con procedure di centrifugazione, lavaggio, recupero della frazione degli spermatozoi altamente mobili liberi da plasma seminale e leucociti seminali, determinazione virale (Nicolopoulos et al., 2010) ⁽⁶⁾.

Evitato il coito, il materiale spermatico può essere utilizzato addirittura per una inseminazione semplice, oppure per una fecondazione in vitro che potrà essere anche la ICSI, nella quale si trasferisce all'interno dell'ovocita un solo spermatozoo, evidentemente uno tra quelli di cui sia

⁽⁵⁾

1. Bujan L. et al., *AIDS* 2007;21:1909-14.
2. Bujan L. et al., *Fertil Steril.* 2009;91(3):e1-2.
3. Eke AC, Oragwu C., *Cochrane Database of Systematic Reviews* 2011, Issue 1. Art. No.: CD008498. DOI: 10.1002/14651858.CD008498.pub2.
4. Gilling-Smith C., *AIDS Read* 2000;10:581-7.
5. Nicolopoulos JD, et al., *Human Reprod.* 2010;25(8):1869-76.
6. Sauer MV. et al., *Fertil Steril.* 2009;91(6):2455-60.
7. Semprini AE, et al., *Lancet* 1992;340:1317-9.
8. Semprini AE, Hollander LH., in Borini A, Ubaldi FM (a cura di) *Medicina della Riproduzione Umana*. CIC Ed., 2010

9.

⁽⁶⁾ I primi studi sullo *sperm washing* sono stati effettuati in Italia (Semprini et al., 1992) e, a tutt'oggi, altri centri in Europa (Regno Unito, Francia, Spagna, Germania, Svizzera, Svezia, Olanda, Belgio) hanno introdotto servizi simili. Secondo gli ultimi dati pubblicati, al 2010 sono "stati effettuati oltre 6000 cicli di *sperm washing* tecnologie riproduttive nel mondo. Nessun centro ha mai riferito un caso di trasmissione virale alle donne sieronegative in trattamento" (Semprini, Hollander, 2010). Inoltre, per quanto riguarda la tecnica di fecondazione artificiale da usare si consiglierebbe la ICSI, in quanto l'utilizzo di un solo spermatozoo limiterebbe ancor più le probabilità di trasmissione del virus alla donna sieronegativa (Sauer et al., 2009). Tuttavia in coppie con un buon potenziale di fertilità il ricorso alla inseminazione intrauterina sarebbe eccellente sotto il profilo della sicurezza (Bujan et al., 2009). Per quanto riguarda l'esperienza europea sullo *sperm washing*, si richiama il CREATHe (*Centres for Reproductive Assistance Techniques to HIV couplet in Europe*), network non profit che associa i maggiori centri clinici europei che offrono servizi di PMA a coppie con HIV e con altre infezioni trasmissibili. Recentemente un'ampia review, curata da CREATHe (Bujan et al., 2007), ha pubblicato i risultati in merito all'efficacia e alla sicurezza della PMA in coppie HIV-discordanti per sieropositività maschile. "I risultati di sicurezza si sono basati sui dati ottenuti da 967 donne (tasso di perdita al follow up del 7.1%) senza alcun caso di infezione. La probabilità di infezione calcolata in base a questi dati è stata uguale a zero (intervallo di confidenza 95% 0-0.09%). Grazie all'elevato numero delle coppie valutato è stato per la prima volta possibile dimostrare che il lavaggio seminale riduce il rischio di trasmissione dell'HIV alla partner non infetta" (Semprini AE, Hollander LH, 2010).

provata l'assenza della malattia. In tal modo non esiste né la necessità né l'utilità di sopprimere embrioni. La DPG non serve in alcun modo a prevenire la trasmissione di una malattia sessuale, che non riguarda i geni, e che quindi non è individuabile attraverso un'analisi genetica. Per le malattie sessualmente trasmissibili la diagnosi e la terapia avvengono prima della fecondazione.

Dunque è evidente la differenza tra la situazione dei ricorrenti e quella presa in considerazione dal decreto del ministro della salute italiano, il cui fondamento è coerente con la logica complessiva della legge n. 40/04.

5) In effetti tutto l'impianto della L. 40/04 si fonda sul riconoscimento dell'esistenza di un essere umano fin dal concepimento e conseguentemente sul riconoscimento del suo diritto alla vita. Sono ben note le teorie che collocano l'inizio della vita umana in un momento successivo alla fecondazione-concepimento, ma è altrettanto ben noto che esistono diffusi e robusti argomenti che considerano decisiva la continuità dello sviluppo e la immodificabile identità genetica dell'uomo dal concepimento in poi come prova evidente dell'esistenza di un individuo vivente appartenente alla specie umana a partire dalla fecondazione.

Del resto non mancano documenti di alto valore giuridico, in Europa e nel mondo, che riconoscono esplicitamente la piena soggettività giuridica del concepito o il suo diritto alla vita o la sua piena dignità umana.

Si possono ricordare, a questo proposito, la Convenzione americana sui diritti umani, firmata a San José di Costa Rica il 22/11/1969 ⁽⁷⁾; la Costituzione irlandese all'art. 40⁽⁸⁾, la Costituzione ungherese ⁽⁹⁾, la giurisprudenza costituzionale tedesca nelle note sentenze del 1975-1992-1993, quella italiana nella decisione costituzionale n. 35 del 10/2/97, quella polacca con la decisione del 5/5/97, le raccomandazioni dell'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa N. 904 dell'1982 sull'ingegneria genetica, N. 1046 del 1986 sull'utilizzazione degli embrioni e dei feti umani, ai fini diagnostici, terapeutici, scientifici, industriali e commerciali, N. 1100 del 1989, sulla ricerca scientifica relativa agli embrioni e feti umani; le risoluzioni del Parlamento europeo adottate il 16 marzo 1989 sui problemi etici e giuridici della ingegneria genetica e della procreazione artificiale.

La Convenzione di Oviedo ha evitato di affrontare la questione in modo diretto, ma il suo articolo 18, come già sottolineato, prevede che gli Stati possono vietare la sperimentazione sugli embrioni.

Tale convenzione all'articolo 31 ha previsto la redazione di ulteriori protocolli integrativi. Uno speciale gruppo di lavoro, in base a tale disposizione fu incaricato di definire lo statuto giuridico dell'embrione. Tale gruppo, constatata l'impossibilità di raggiungere un consenso unanime proprio sull'inizio della vita umana individuale e personale, decise di arrestare la riflessione e di pubblicare le tesi divergenti su un apposito sito internet. **E' comunque significativo che a fronte di atti giuridici che esplicitamente collocano nel concepimento l'inizio della vita umana, non risultano atti giuridici che esplicitamente, formalmente e direttamente lo neghino.** Quel che più conta è che la Corte europea dei diritti dell'uomo, più volte invitata a dire se l'art. 2 della Convenzione europea ⁽¹⁰⁾ comprende anche il figlio concepito non ancora nato, ha risposto che dal suddetto articolo non si possono trarre conclusioni né in un senso né in un altro, sia perché la questione non fu affrontata dagli estensori della convenzione, sia perché sussistono diverse affermazioni all'interno dei singoli Stati. Ne deriva che **l'inizio della soggettività giuridica del concepito secondo la Corte rientra nell'ampio margine dell'apprezzamento dei singoli Stati.**

⁽⁷⁾ Art. 1: "Ogni essere umano è persona"; art. 4 "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita e, in generale, a partire dal momento del concepimento".

⁽⁸⁾ Art. 40 par. 3: "The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right".

⁽⁹⁾ Article II: "La dignité humaine est inviolable. Toute personne a droit à la vie et à la dignité humaine; la vie du fœtus doit être protégée dès sa conception".

⁽¹⁰⁾ Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale, pronunciata da un tribunale"

A questo riguardo è significativo quanto affermato proprio nell'art. 1 della legge 40/04: lo stato italiano riconosce il concepito come soggetto titolare di diritti. Questa affermazione era stata preparata da numerosi pareri del Comitato nazionale di bioetica. In particolare il 22 giugno 1996 il Comitato, nel documento intitolato identità e stato dell'embrione umano, aveva scritto: "*Nessuna proposta ontologica colloca l'embrione umano sul piano delle cose, dal momento che la sua stessa natura materiale e biologica lo colloca tra gli esseri appartenenti alla specie umana [...] Il semplice possesso della natura umana implica per ogni individuo il fatto di essere persona perché ogni diversa soluzione reintroduce, di fatto, surrettiziamente, la legittimità della discriminazione tra gli esseri umani. [...] L'embrione ha diritto ad essere trattato come una persona, ossia nel modo attraverso cui debbono essere trattati gli individui della nostra specie sulla cui natura di persone non ci sono dubbi. [...] Il Comitato è pervenuto unanimemente a riconoscere il dovere morale di trattare l'embrione umano sin dalla fecondazione, secondo i criteri di rispetto e tutela che si debbono adottare nei confronti degli individui umani a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persone*".

Questo parere è stato confermato più volte dal CNB in seguito ⁽¹¹⁾ a dimostrazione di quanto profondamente sia radicata nella cultura italiana l'idea che l'embrione umano è "uno di noi".

Perciò la Corte europea dei diritti dell'uomo per accogliere il ricorso di R.COSTA/W.PAVAN dovrebbe affermare che l'Art. 1 della legge 40/04 e tutta la riflessione che lo ha preceduto sono in contrasto con la Convenzione europea, oppure, per mantenere fermo il principio di ampio margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati in questa materia, deve salvaguardare tutte le conseguenze che l'Italia ha fatto derivare dal principio affermato nell'art. 1 della legge 40/04.

I ricorrenti invocano l'art 8 della Convenzione europea per sostenere l'esistenza di una illecita ingerenza dello Stato Italiano nella privata e familiare, ma è facile replicare che, anche ad ammettere l'esistenza di una ingerenza, essa sarebbe giustificata, non tanto dalla protezione della morale, quanto dalla protezione "dei diritti e delle libertà altrui", essendo considerato nel diritto italiano l'embrione umano un "altro".

6) Giova ricordare a questo punto che la legge italiana è stata approvata con una grande maggioranza dopo un dibattito prolungato nel quale sono intervenuti numerosi esperti ed è stata confermata da referendum popolari. La discussione parlamentare si è sviluppata per tutta la dodicesima legislatura (1994-1996), è proseguita nella XIII legislatura (1996-2001), si è conclusa il 19 febbraio 1994 nella XIV legislatura. Una proposta d'iniziativa popolare nel 1995 aveva chiesto che la materia fosse disciplinata con il criterio della soggettività giuridica del e concepito e fin dal 1988 (5 luglio) la Camera dei Deputati aveva promosso la costituzione di un comitato nazionale di bioetica, costituito da scienziati indipendenti che potesse consigliare il legislatore specificamente per quanto riguarda i problemi relativi all'inizio ed alla fine della vita umana.

Il Governo italiano, a sua volta, aveva incaricato apposite commissioni di studiare la materia della PMA e di indicare possibili soluzioni legislative: ne erano derivati i rapporti delle Commissioni presieduti dai Proff. Ferdinando Santasuoso (1985), Elio Guzzanti (1994), Francesco Busnelli (1996), tutti con un contenuto coerente con le risoluzioni adottate dal Parlamento europeo il 16 marzo 1989 e perciò conformi a quella che poi è divenuta la legge 40/04. Dopo l'approvazione della legge sono stati proposti ben 5 referendum abrogativi. La Corte costituzionale con sentenza 45/2005 ha dichiarato inammissibile il primo referendum di carattere generale, gli altri 4 che chiedevano di annullare singole disposizioni della legge sono stati respinti nel giugno 2005 dalla stragrande

⁽¹¹⁾Aiuto alle donne in gravidanza e depressione post-partum (16 dicembre 2005), Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.) (18 novembre 2005), Considerazioni bioetiche in merito all'"ootide" (15 luglio 2005)

maggioranza della popolazione italiana (su 49 milioni e mezzo di elettori meno di un milione e mezzo ha votato in favore della abrogazione).

7) I ricorrenti osservano che "riconoscendosi alla madre il diritto di abortire, deve tutelarsi anche il diritto della stessa madre a conoscere se il feto sia malato" per poterlo eliminare prima del trasferimento in utero.

L'argomento è errato perché a) non esiste nell'ordinamento italiano un diritto ad abortire, inteso come diritto di libertà; b) non è prevista nella legge italiana la liceità dell'aborto eugenetico; c) è diversa la condizione in cui si ricorre all'interruzione volontaria della gravidanza (IVG) da quella in cui si applica la PMA; d) non esiste un diritto al figlio, né al figlio sano.

In Italia il fondamento della liceità, in certi casi, della IVG è stato indicato dalla Corte Costituzionale nello "stato di necessità", non nella autodeterminazione della donna (sentenza N. 27 del 18 febbraio 1975).

Nella legge 22 maggio 1978 n. 194 sull'interruzione volontaria di gravidanza, nel cui art. 1, significativamente, si promette la "*tutela della vita umana fin dal suo inizio*" la legittimazione all'aborto è fondata sul pericolo per la salute della donna, non sulla malformazione del figlio. Le anomalie di quest'ultimo possono essere prese in considerazione solo in quanto determinanti una malattia fisica o psichica della madre (art. 4 e 6 legge 194/1975).

Nella PMA vi è un intervento esterno rispetto alla coppia genitoriale che può essere regolato dalla legge. Ciò non avviene nei casi di fecondazione naturale. Per evitare l'aborto volontario viene suggerita con insistenza la contraccezione: si propone, di evitare il concepimento quando può esservi il rischio di una successiva uccisione del concepito. Nella PMA seguita da DPG, al contrario, si provocano molteplici concepimenti allo scopo di distruggere alcuni concepiti.

Nella giurisprudenza italiana è costante l'affermazione che non esiste un diritto ad avere un figlio sano, come ben ricorda e documenta anche la memoria del Governo italiano.

CONCLUSIONI

- 1) Il ricorso è irricevibile perché non sono state esaurite le vie giudiziarie interne;
- 2) non può essere invocato l'articolo 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali perché il limite stabilito dalla legge italiana è diretto alla protezione dei diritti e delle libertà altrui e la valutazione su questo punto dello Stato italiano rientra nell'ampio margine di discrezionalità che deve riconoscerlo;
- 3) non è violato l'art. 14 della Convenzione perché non vi è discriminazione tra i casi in cui la legge italiana consente la PMA (tutti i casi in cui non è necessaria la distruzione di embrioni artificialmente generati) e la esclusione dei ricorrenti dalla facoltà di ottenere la PMA (perché nel loro caso le tecniche esigerebbero la distruzione diretta di embrioni).

CARLO CASINI