



### OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 3/2014

#### 3. LA LEGGE 40/2004: LA SENTENZA N. 162/2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE E I PRINCIPALI ORIENTAMENTI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Con decisione del 9 aprile 2014, deposita in data 10 giugno 2014, la Corte costituzionale dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 4, comma 3 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), «nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili».

In particolare, le conclusioni della Corte costituzionale si basano sul presupposto che la questione della procreazione medicalmente assistita ha implicazione su «plurime esigenze costituzionali» comportando quindi la necessità «di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana».

Secondo la Corte, il succitato divieto non solo «è privo di adeguato fondamento costituzionale», ma non è neanche posto da obblighi internazionali, visto che non è previsto né dalla Convenzione di Oviedo del 1997 e né dal relativo Protocollo opzionale del 12 gennaio 1998, entrambi recepiti in Italia con legge 28 marzo 2001 n. 145.

La scelta per la coppia sterile o infertile di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa è «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» e «concernendo la sfera più intima e intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile». Unico limite a tale libertà è dato dal rispetto di altri valori costituzionali.

Tra l'altro, la Corte richiamando il diritto alla salute, anche nella formulazione di cui all'Atto istitutivo dell'OMS («Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano»), condanna l'impossibilità di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa, nella misura in cui tale impossibilità può turbare la salute psichica della coppia e, quindi, costituire una lesione del diritto alla salute.

La Corte, inoltre, ritiene che la circostanza che la fecondazione eterologa sia praticata in altri Paesi costituisca «un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina». Infatti, la possibilità di ricorrere a tale tipo di pratica fuori dal nostro Stato pone un problema di discriminazione tra coppie che hanno i mezzi economici per recarsi all'estero e sottoporsi a tale trattamento e coppie che non dispongono dei mezzi economici necessari per affrontare tale esperienza. A tale proposito la Corte parla di «un ingiustificato, diverso

trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole».

Infine, la Corte ritiene che «restano assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU».

Alla luce di tali conclusioni, quindi, la legge 40/2004 subisce un'ulteriore censura che si aggiunge a quella pervenuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza del 28 agosto 2012 relativa al caso *Costa e Pavan c. Italia*, sebbene in quest'ultimo caso la legge 40 fosse stata oggetto di censura per motivi differenti. I giudici di Strasburgo erano stati chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità di tale normativa con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella misura in cui i ricorrenti (portatori sani di fibrosi cistica) lamentavano che il divieto di diagnosi genetica pre-impianto violasse il loro diritto al rispetto della vita privata e familiare in quanto l'unico modo per poter avere figli non affetti da tale grave patologia era quella di iniziare la gravidanza in modo naturale e ricorrere, poi, all'interruzione terapeutica nel caso di diagnosi prenatale con esito positivo.

Secondo la Corte europea il sistema normativo italiano risulta incoerente proprio perché da una parte vieta la selezione degli embrioni da impiantare e, dall'altra, autorizza l'interruzione della gravidanza nel caso in cui il feto sia affetto dalla patologia che i ricorrenti vorrebbero scongiurare (par. 64).

Proprio in ragione di tale incoerenza in materia di diagnosi pre-impianto, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che vi sia stata violazione dell'art. 8 della Convenzione in quanto l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata e familiare era da considerarsi sproporzionata (par. 71). Tale conclusione è stata raggiunta grazie al concetto di "vita privata" di cui all'art. 8 così come interpretato in senso estensivo dalla Corte fino a ricomprendere il diritto dell'individuo ad allacciare e sviluppare rapporti con i simili (*Niemietz c. Germania*, 16 dic. 1992, par. 29), il diritto allo «sviluppo personale» (*Bensaïd c. Regno Unito*, del 6 feb. 2001, par. 47), il diritto all'autodeterminazione (*Pretty c. Regno Unito*, del 29 apr. 2002, par. 61), il diritto al rispetto della decisione di diventare o di non diventare genitore (*Evans c. Regno Unito*, del 10 apr. 2007, par. 71, *A. B. e C. c. Irlanda*, del 16 dic. 2010, par. 212).

Da segnalare che, da ultimo, l'11 febbraio 2013 un collegio di 5 giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo ha rigettato la richiesta di appello presentata dal Governo italiano in merito al caso Costa e Pavan.

Diverso orientamento della Corte europea è ravvisabile, invece, in merito alla normativa austriaca sulla procreazione medicalmente assistita come si evince dalla sentenza relativa al caso *S. H. e altri c. Austria* del 3 novembre 2011, con la quale la Grande Camera ribalta la sentenza della Camera della prima sezione del 1° aprile 2010, che condannava il governo austriaco per violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU. In prima istanza, infatti, i giudici di Strasburgo avevano ritenuto che la normativa austriaca in materia di procreazione assistita non fosse del tutto coerente pronunciandosi nei termini seguenti: «(...) una volta che è stato deciso di consentire la procreazione artificiale, e nonostante l'ampio margine di apprezzamento concesso agli Stati contraenti, la normativa concepita per tale materia deve essere formata in un modo coerente che permetta ai diversi interessi coinvolti di essere

presi in considerazione adeguatamente ed in conformità con gli obblighi discendenti dalla Convenzione» (par. 74).

Proprio sulla base della teoria del margine di apprezzamento statale, invece, (particolarmente rilevante in una materia così delicata in cui sono in gioco plurimi interessi e che attiene alla vita privata e intima degli individui), la Grande Camera giunge a conclusioni differenti e dichiara la non violazione degli artt. 8 e 14, stabilendo che «di norma vi è un ampio margine di discrezionalità se allo Stato è richiesto di stabilire un armonioso equilibrio tra opposti interessi privati e pubblici o tra diritti tutelati dalla Convenzione» (par. 94) e che «poiché l'utilizzo della fecondazione in vitro ha sollevato e continua a sollevare questioni delicate di ordine etico e morale che rientrano in un contesto di progressi rapidissimi in campo medico e scientifico, e poiché le questioni sollevate dalla presente causa vertono su aree in cui non vi è ancora una omogeneità tra gli Stati membri, la Corte ritiene che il margine di discrezionalità di cui deve disporre lo Stato convenuto sia ampio». (par. 97).

FRANCESCA PERRINI