



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Diritti, Costituzione e CEDU – Vita umana – Inizio vita**

Titolo: *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*

Autore: **ANTONELLO CIERVO**

Sentenza di Corte cost., sentenza n. 162 del 10 giugno 2014
riferimento:

Parametro Nessuno
convenzionale:

Parole chiave: Procreazione medicalmente assistita, fecondazione omologa, fecondazione eterologa, fecondazione *in vivo*, fecondazione *in vitro*, non discriminazione, ragionevolezza, bilanciamento.

1. Con la sentenza in commento, la Corte costituzionale italiana è ritornata nuovamente a valutare la legittimità della legge n. 40/2004, con riferimento al divieto assoluto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti, PMA) di tipo eterologo, così come desumibile dagli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, 12, comma 1, in ragione delle questioni di costituzionalità

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

sollevate dai Tribunali di Milano, Firenze e Catania. Erano stati proprio questi giudici, infatti, nel corso del 2011, a sollevare identiche questione di legittimità costituzionale della legge 40 che, pur essendo state dichiarate ammissibili dalla Consulta, non erano poi state valutate nel merito in quanto, con l'ordinanza n. 150/2012, la Corte aveva restituito gli atti ai rispettivi magistrati, affinché reconsiderassero la questione alla luce della sopravvenuta sentenza della *Grande Chambre* della Corte EDU (*S. H. e altri contro Austria*, 3 novembre 2011).

Infatti, la Corte costituzionale, al punto 3. 1. del "Considerato in diritto" della sentenza, subito rileva come le questioni oggetto del giudizio costituiscano una nuova proposizione di quelle, in tutto o in parte, già sollevate dai medesimi giudici e che erano state dichiarate ammissibili con l'ordinanza n. 150/2012. Tuttavia, le nuove questioni sollevate non propongono più, fatta eccezione per la *quaestio* sollevata dal Tribunale di Milano, una declaratoria di incostituzionalità della legge 40, alla luce degli artt. 8 e 14 della CEDU, integranti il parametro costituzionale dell'art. 117, primo comma Cost. Ed è proprio a partire da questo rilievo che la Corte sviluppa la propria motivazione, dichiarando l'incostituzionalità della legge *de quo*, nella parte in cui vieta l'accesso delle coppie sterili e/o infertili alle tecniche di PMA di tipo eterologo, in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., dichiarando invece assorbiti i motivi di censura della normativa, ai sensi dell'art. 117, primo comma Cost.

Ad avviso della Consulta, quello dell'accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo è certamente un tema "eticamente sensibile" e, pertanto, l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze di tutela dei soggetti coinvolti, non può non spettare innanzitutto al legislatore. Inoltre, la Corte rileva come il divieto oggetto di censura non discenda da obblighi derivanti da trattati internazionali, poiché la Convenzione di Oviedo del 1997 – che pure l'Italia ha recepito nel proprio ordinamento, con la legge n. 145/2001, senza però darne concreta attuazione normativa –, si limita a vietare l'impiego delle tecniche di PMA per fini selettivi ed eugenetici, ma non al fine di curare patologie mediche di cui sono affette le coppie sterili e/o infertili.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Pertanto, la Corte osserva come la scelta di una coppia di avere un figlio costituisca espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminazione, desumibile dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 31 Cost., in quanto concernente la sfera privata e familiare di ogni individuo. Tale scelta, proprio perché attiene alla sfera più intima ed intangibile della persona, non può che essere "incoercibile", nella misura in cui non vada ad incidere o a ledere altri beni di rango costituzionale, fermo restando, tuttavia, che, da un lato, la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli, e che, dall'altro, (così al punto 6 del "Considerato in diritto") *"... il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali"*.

Allo stesso livello costituzionale dell'autodeterminazione dei membri di una coppia a diventare genitori, la Corte pone anche la libertà di autodeterminazione individuale sotto il profilo della tutela del diritto alla salute, ribadendo quindi, sulla base di una sua giurisprudenza ormai costante, che gli atti di disposizione del proprio corpo, quando finalizzati alla tutela della salute *stricto sensu*, devono sempre ritenersi leciti, purché non vadano a ledere altri beni giuridici costituzionalmente rilevanti. In sintesi, ad avviso della Consulta, in questo ambito normativo *"... la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali [...], fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali. Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla, vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango"* (così al punto 7 del "Considerato in diritto").

Affermato in termini univoci questo importante principio, la Corte passa a valutare il divieto assoluto stabilito dalla legge 40, in materia di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo, e



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

subito rileva come questa particolare tipologia di tecniche abbia come obiettivo quello di favorire la vita e di risolvere una serie di problematiche mediche afferenti allo stato di salute della coppia, non certo quello di consentire delle gravidanze motivate da una finalità eugenetica. Ciò detto, tuttavia, la Corte sottolinea come la legge 40 risulti, per giurisprudenza costante, una legge costituzionalmente necessaria, sebbene nella parte che qui rileva non abbia un contenuto costituzionalmente vincolato. Del resto, era stata la stessa Consulta, con la sentenza n. 49/2005, ad aver dichiarato ammissibile il referendum che aveva come obiettivo proprio quello di abrogare il divieto in questione, stabilendo che l'eventuale esito positivo della consultazione elettorale non avrebbe comunque fatto venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, in questo ambito, da parte della legge 40.

Entrando ancora più nel merito della questione di costituzionalità, la Consulta (al punto 11. 1. del "Considerato in diritto") dichiara l'illegittimità del divieto in esame, esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza, all'interno della coppia, di una patologia che sia causa di sterilità e/o infertilità assolute. In pratica, una volta accertata – in via documentale – la sterilità e/o l'infertilità irreversibile di uno dei membri della coppia, il ricorso alle tecniche eterologhe potrà essere consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le suddette patologie. L'accesso alle tecniche eterologhe, inoltre, deve avvenire, ad avviso della Corte, sulla base del principio di gradualità e del consenso informato (gli stessi principi, del resto, che valgono per l'accesso alle tecniche di tipo omologo) e ad esse possono fare ricorso esclusivamente le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, i cui membri risultano essere entrambi in vita (così come stabilito, in termini generali, all'art. 1 dalla legge 40).

Al punto 12 del "Considerato in diritto", inoltre, la Corte costituzionale si sofferma sulla questione dell'identità genetica del nascituro e sul fatto che il divieto di accesso alle tecniche di tipo eterologo sia stato previsto dal legislatore proprio al fine di tutelare quello che era stato considerato un diritto dello stesso e su cui, sostanzialmente, ad avviso di una parte della dottrina, si fondava il paradigma di famiglia eterosessuale, costituzionalmente garantita dall'art. 29 Cost. Al riguardo, i giudici della Consulta si rifanno ad un loro precedente, ossia la sentenza n. 278/2013, con cui avevano dichiarato



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

L'incostituzionalità della norma che stabiliva l'irreversibilità del segreto sulle origini biologiche del minore adottato ed aggiungono, altresì, che con l'art. 28, comma 5 della legge n. 184 del 1983, il legislatore avrebbe definitivamente "infranto" il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici dell'adottato, quale garanzia insuperabile della coesione del minore con la sua (nuova) famiglia adottiva. Questi due esempi, in sintesi, vengono formulati dalla Consulta, proprio al fine di dimostrare che quello dell'identità genetica del nascituro non risulta essere un bene di pari rango bilanciabile con l'autodeterminazione dei genitori a voler formare una famiglia e a disporre autonomamente del proprio corpo.

Da ultimo, la Corte non manca di svolgere – in verità, in maniera appena accennata –, un ulteriore rilievo di natura, per così dire, sociologica, quando a conclusione del proprio *iter* argomentativo, rileva come il divieto assoluto di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo debba essere considerato irrazionale per gli effetti pratici che ha prodotto nel corso dell'ultimo decennio. Infatti, non solo la legge 40, in punto di diritto, poneva in essere un ingiustificato e diverso trattamento, limitando in maniera assoluta la possibilità di curarsi alle coppie affette dalle più gravi forme di patologie riproduttive, ma ciò ha determinato anche una discriminazione tra coppie infertili e/o sterili in base alla loro capacità economica. Infatti, stabilendo questo divieto assoluto di accesso alle tecniche di tipo eterologo, il legislatore ha vietato in maniera irragionevole l'esercizio di un diritto fondamentale della coppia infertile e/o sterile, un diritto questo che, però, poteva essere esercitato da coloro che, dotati di risorse economiche sufficienti, avessero avuto comunque la possibilità di recarsi in altri Paesi per poter accedere alle suddette tecniche. Ad avviso della Corte, pertanto, questo fenomeno di "turismo procreativo" che si era venuto a creare a seguito dell'entrata in vigore della legge 40, doveva essere considerato non "un mero inconveniente di fatto", bensì il "diretto effetto" delle disposizioni oggetto di giudizio e, di conseguenza, il risultato di un bilanciamento irragionevole posto in essere dal legislatore.

2. A conclusione dell'analisi della sentenza n. 162/2014, sembra opportuno evidenziare una serie di questioni che emergono dalla lettura delle motivazioni: in particolar modo, sembra opportuno



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

evidenziare il fatto che la Consulta abbia dichiarato l'incostituzionalità della legge 40 senza considerare minimamente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anzi, dichiarando assorbiti i motivi di censura della legge, sollevati dal Tribunale di Milano, in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU.

Ciò è assai significativo, anche perché gli stessi giudici *a quibus* erano stati sollecitati proprio dalla Corte, con l'ordinanza n. 150/2012, a rivalutare le questioni di legittimità costituzionale della legge 40, alla luce della sentenza della *Grande Chambre*, *S. H. e altri contro Austria*, che era stata pubblicata successivamente all'instaurazione della questione di legittimità costituzionale da parte dei Tribunali di Milano, Firenze e Catania. Se, infatti, con la succitata ordinanza, il giudice delle leggi aveva restituito gli atti ai rispettivi giudici *a quibus*, in ragione del consolidato principio giurisprudenziale in base al quale il giudice comune, al fine di verificare la sussistenza della *quaestio* sollevata, deve avere riguardo alle norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo – fermo restando il margine di apprezzamento e di adeguamento che consente di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi –, nella sentenza in commento, invece, la Consulta non ha minimamente preso in considerazione gli sviluppi della giurisprudenza CEDU in materia, sviluppi che pure risultavano rilevanti nella fattispecie *de quo*, come del resto essa stessa aveva chiaramente affermato.

L'impressione, quindi, che emerge dalla lettura della sentenza n. 162/2014, è quella di un impiego del parametro convenzionale declinato in termini di opportunità argomentativa, al solo fine cioè – in questo caso – di prendere tempo e di non entrare nel merito delle questioni sollevate, soprattutto se tali questioni possono determinare delle fratture decisionali al proprio interno. Non sembra, infatti, che sia possibile in alcun modo provare a razionalizzare la scelta della Corte, quanto meno sotto il profilo logico-argomentativo, la quale, in un primo momento, pur dichiarando ammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollecitava i giudici *a quibus* a rivalutare la questione alla luce della giurisprudenza CEDU – intesa addirittura quale *ius superveniens* nel processo



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

costituzionale –, per poi dichiarare l'incostituzionalità della normativa in oggetto, prescindendo completamente dalla sentenza *S. H. e altri* della Corte di Strasburgo.

2.1. Un ulteriore passaggio di questa sentenza che certamente farà molto discutere la dottrina, è quello in cui la Corte costituzionale afferma che il modello di famiglia, così come costituzionalmente previsto all'art. 29 Cost., non sia strettamente riconducibile al concetto di genitorialità genetica, ma che anzi possa prescindere da essa, in quanto a prevalere nel bilanciamento posto in essere dai giudici è sempre l'autodeterminazione dei membri della coppia ad avere un figlio, anche a fronte di problemi di sterilità e/o infertilità che colpiscono uno dei membri della stessa. Al riguardo, la sentenza n. 162/2014 deve essere letta alla luce della successiva sentenza n. 170/2014, quando la Corte, chiamata a valutare la costituzionalità della norma che prevedeva l'automatico scioglimento del matrimonio civile – nell'ipotesi in cui uno dei membri della coppia avesse nel frattempo modificato il proprio sesso all'anagrafe, a seguito di un'operazione chirurgica – ha avuto modo di riconoscere la necessità di una tutela giuridica da parte del legislatore anche a favore di quelle "formazioni sociali" che non rientrano nel modello costituzionale di matrimonio *ex art. 29 Cost.*

Ad avviso di chi scrive, infatti, se pur sotto profili diversi, queste due sentenze sembrerebbero ormai aprire definitivamente il nostro ordinamento giuridico al riconoscimento di nuovi paradigmi matrimoniali, non necessariamente riconducibili a quello classico eterosessuale e genetico (con riferimento ovviamente al legame biologico che lega genitori e figli all'interno della coppia), che pure risulta positivizzato a chiare lettere all'art. 29 Cost.

2.2. Infine, un'ulteriore osservazione da svolgere in questa sede, riguarda la tecnica di bilanciamento impiegata dalla Corte per dichiarare l'incostituzionalità del divieto assoluto di accesso alle tecniche di PMA eterologhe. Anche sotto questo profilo, infatti, sembra emergere, da parte della Consulta, un modo di costruire il bilanciamento finalizzato a far prevalere, in termini assoluti, l'autonomia e l'autodeterminazione individuale dei membri della coppia. Non è un caso, del resto, che nella sentenza n. 162/2014, la Corte abbia fatto riferimento – proprio al fine di



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

rafforzare il bilanciamento posto in essere nel caso concreto – ad un suo precedente giurisprudenziale di pochi mesi fa, ossia la sentenza n. 278/2013, in materia di accesso alle informazioni del figlio nei confronti della madre biologica che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata.

Anche in questa circostanza, infatti, il bilanciamento posto in essere dalla Corte partiva da un rilievo, valutato come imprescindibile dalla Consulta, ossia che la norma così come era stata formulata dal legislatore – non prevedendo la reversibilità del segreto e, quindi, la possibilità che, successivamente alla decisione di restare anonima, la madre naturale potesse comunque revocare questa sua volontà, anche su sollecitazione del figlio biologico che ne facesse richiesta al giudice –, tendeva a precludere, in termini assoluti, la possibilità del figlio di conoscere l'identità del proprio genitore naturale e, conseguentemente, di vedersi garantito il proprio diritto all'identità e all'autodeterminazione personale.

Significativo, tuttavia, è il fatto che, anche in questa sentenza, la Corte costituzionale sia giunta a dichiarare l'incostituzionalità della norma oggetto del giudizio, senza minimamente considerare (o comunque considerandola soltanto *en passant*, in un rapido *obiter dictum*) la sentenza *Godelli contro Italia* della Corte di Strasburgo. In questo modo, la Consulta ha deciso di valorizzare, classicamente, la propria tecnica di bilanciamento *ex art. 3 Cost.*, declinando il criterio della ragionevolezza come "specie del discorso pratico", tendente cioè a legare l'interpretazione delle norme al contesto applicativo – storico e concreto – di riferimento, in questo modo rendendolo "*una sorta di medium tra norme e fatti, tra diritto ed esperienza, parametro delle forme giuridiche di convivenza sociale, nell'ambito delle quali la Costituzione vive come un ordinamento concreto*" (così A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 11/06/2014, p. 3, sebbene l'autore citato critichi, più in generale, questo approccio della Corte in materia di bilanciamento).

Insomma, anche sotto questo profilo, l'atteggiamento della Consulta sembrerebbe essere quello di un ritorno ai criteri classici di bilanciamento della propria giurisprudenza, in materia di tutela e di



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

ampliamento dei diritti della persona, in una prospettiva volta a valorizzare l'autodeterminazione individuale. In questa ottica, pertanto, il rifiuto della Corte di risolvere le questioni di legittimità costituzionale adoperando i parametri normativi e la giurisprudenza CEDU – per impiegare, invece, il solo criterio costituzionale della ragionevolezza, come desumibile dall'art. 3 Cost. –, sembrerebbe essere indicativo della volontà di enfatizzare nuovamente la peculiarità delle proprie tecniche di bilanciamento, tecniche con cui, nel corso degli ultimi decenni, la Consulta aveva egregiamente risolto questioni complesse ed "eticamente sensibili", come quelle oggetto della sentenza n. 162/2014.

Profili di diritto interno

Legge n. 40/2004, artt. artt. 4, comma 3; 9, commi 1 e 3; 12, comma 1.

Corte costituzionale: ordinanza n. 150/2012; ordinanza n. 97/2010; sentenza n. 151/2009; ordinanza n. 369/2006.

Precedenti della Corte EDU

Dickson c. Regno Unito, n. 44362/04, IV sezione, sentenza del 18 aprile 2006.

Evans c. Regno Unito, n. 6339/05, IV sezione, sentenza del 7 marzo 2006.

Odièvre c. Francia, n. 42326/98, Grande Camera, sentenza del 13 febbraio 2003.

S. H. e altri c. Austria, n. 57813/2000, Grande Camera, sentenza del 3 novembre 2011.

Riferimenti bibliografici

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

A. Ciervo, *Il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.federalismi.it, n. 19/2012, pp. 1-32.

A. G. Cossiri e G. Di Cosimo, *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, 2013.

F. Mannella, *La difficile elaborazione del "diritto ad avere un figlio" tra bilanciamenti legislativi e giurisprudenziali*, in www.federalismi.it, n. 19/2012, pp. 1-31.

A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 11/06/2014, pp. 1-7.

G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di costituzionalità è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in www.giurcost.org, pp. 1-11.

(26. 06. 2014)