



**federalismi.it**

Rivista di diritto pubblico italiano,  
comunitario e comparato

**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\***

di

**Antonello Ciervo**

*(Dottore di ricerca in Diritto pubblico  
Università degli Studi di Perugia)*

10 ottobre 2012

**Sommario:** **1.** Profili ricostruttivi della normativa e della giurisprudenza italiana in materia di procreazione medicalmente assistita; - **2.** La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e l’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale; - **3.** Una rilettura dell’ordinanza n. 150/2012 alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo; - **4.** L’incostituzionalità del divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo nella legge 40.

**1. Profili ricostruttivi della normativa e della giurisprudenza italiana in materia di procreazione medicalmente assistita**

La legge n. 40 del 2004 disciplina le modalità e le tecniche di accesso alla procreazione medicalmente assistita (d’ora in avanti PMA), tanto di tipo omologo – ossia con l’impiego di gameti dei coniugi o dei conviventi *more uxorio* –, tanto di tipo eterologo – cioè con l’impiego di gameti di terzi donatori, estranei alla coppia che richiede l’accesso alle suddette

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

tecniche. In particolare, l'articolo 1, primo comma della legge 40 stabilisce che, al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e/o dalla infertilità umana, è consentito il ricorso alle tecniche di PMA nei limiti previsti dalla normativa stessa, la quale tende ad assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compresi quelli del concepito. Il legislatore ha poi precisato, al secondo comma dell'articolo 1, che il ricorso alle tecniche di PMA è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità e/o infertilità di uno dei membri della coppia.

Questa legge, oltre ad essere stata oggetto di un ampio dibattito pubblico, è stata – come è noto – oggetto anche di un *referendum* parzialmente abrogativo, svoltosi il 12 e 13 giugno 2005, che però non ha raggiunto il *quorum* previsto dall'articolo 75 della Costituzione. La sentenza n. 45 del 2005 della Corte costituzionale, infatti, aveva dichiarato inammissibile la proposta di un *referendum* abrogativo totale dell'intera legge 40, pur prescindendo da una valutazione di merito della norma<sup>1</sup>, poiché i giudici della Consulta avevano valutato la legge 40 come “costituzionalmente necessaria”, essendo la prima legislazione organica italiana che regolava un delicato settore della vita sociale in cui venivano coinvolti una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti<sup>2</sup>. Le sentenze nn. 46, 47, 48 e 49, invece, riconoscendo

---

<sup>1</sup> Cfr. il punto 3 del “Considerato in diritto” della sentenza n. 45/2005, dove la Corte afferma che in questo tipo di giudizi, rileverebbe “... soltanto una valutazione liminare e inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se, nei singoli casi di specie, il venir meno di una determinata disciplina non comporti ex se un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale, consistente in una diretta e immediata vulnerazione delle situazioni soggettive o dell'assetto organizzativo risultanti a livello costituzionale”.

Ad avviso di F. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, p. 390, la legge 40 deve essere considerata come una legge “a contenuto costituzionalmente orientato”, qualificazione questa che non esclude l'incostituzionalità di alcuni suoi enunciati. Pertanto, ad avviso di questo autore, bene avrebbe fatto la Corte costituzionale a dichiarare inammissibile il quesito referendario totalmente abrogativo, in quanto il duplice scopo perseguito dalla norma (la cura della sterilità-infertilità e la tutela del concepito) sarebbe comunque stato raggiunto attraverso un bilanciamento costituzionalmente corretto dei beni giuridici in gioco. Per un quadro delle normative europee e statunitense in materia di PMA, invece, si rinvia per tutti a C. Casonato e T. E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, *passim*.

<sup>2</sup> Per una critica alle motivazioni della sentenza n. 45/2005, si veda in dottrina A. Ruggeri, “Tutela minima” di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e...sananti) in tema di Procreazione Medicalmente Assistita. (Note “a prima lettura” di Corte cost. nn. 45-49 del 2005), in AA. VV. (a cura di M. Fortino), *La Procreazione Medicalmente Assistita. Atti del convegno internazionale di Messina del 13-14 Dicembre 2002*, Torino, 2005, pp. 317 ss.; E. Lamarque, *Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), s. d.; S. Penasa, *L'ondivaga categoria delle leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 19/04/2005; A. Pugiotto, “Comitati del no” e Governo a Corte, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 23/03/2005.

Bisogna tuttavia rilevare, sin da ora, come la Corte costituzionale, nella recente ordinanza n. 150 del 2012, sia ritornata sulla questione e abbia avuto modo di precisare che la legge 40 del 2004 “... costituisce la prima legislazione organica relativa ad un delicato settore [...] che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa e deve ritenersi «costituzionalmente necessaria» ma, in parte qua [con riferimento, cioè, al divieto assoluto di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo], non ha contenuto costituzionalmente vincolato e questa Corte ha, infatti, dichiarato ammissibile la richiesta di referendum

l'ammissibilità dei quesiti parzialmente abrogativi, permettevano quanto meno di "correggere il tiro" e di eliminare dal testo legislativo quelle norme il cui contenuto denotava elementi di manifesta incostituzionalità<sup>3</sup>.

Il primo quesito ("*Limite alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni*") mirava ad eliminare una serie di disposizioni che limitavano la ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni e che, ad avviso del comitato referendario, contrastavano con la libertà della ricerca scientifica (art. 33 Cost.) e con il diritto alla salute della donna (art. 32 Cost.). Il secondo quesito ("*Norme sui limiti all'accesso*"), invece, si proponeva di abrogare quelle disposizioni legislative che limitavano sensibilmente l'accesso alle tecniche di PMA e, in particolare: a) il divieto di revoca del consenso all'impianto dell'embrione dopo la fecondazione dell'ovulo; b) l'obbligo di non produrre più di tre embrioni per ciclo, da impiantarsi contemporaneamente all'interno dell'utero della donna; c) il divieto di ricorrere alle tecniche di PMA per tutti coloro che, pur non avendo problemi riproduttivi, risultassero comunque portatori sani di patologie genetiche trasmissibili al concepito.

Il terzo quesito ("*Norme sulle finalità, sui diritti dei soggetti coinvolti e sui limiti all'accesso*") si proponeva di abrogare quelle norme che equiparavano i diritti dell'embrione a quelli delle persone già nate, in particolare a quelli della madre. I promotori del *referendum* chiedevano, pertanto, l'abrogazione totale dell'articolo 1 della legge, oltre all'eliminazione del divieto di crioconservazione degli embrioni, della definizione di un numero massimo di embrioni da trasferire nell'utero obbligatoriamente e del divieto della diagnosi genetica pre-impianto. Il quarto quesito, infine, ("*Divieto di fecondazione eterologa*" che, quindi, atteneva alla questione che sarà più specificamente oggetto della nostra analisi) si proponeva di abrogare le disposizioni che vietavano in termini assoluti la possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa e cioè la possibilità di utilizzare un gamete appartenente ad un soggetto esterno alla coppia, al fine di procedere ad una PMA *in vitro* (la c.d. "FIVET") ovvero *in vivo* (impiantando cioè l'embrione fecondato direttamente nell'utero della donna)<sup>4</sup>.

---

*popolare per l'abrogazione, tra gli altri, dell'art. 4, comma 3, di detta legge, in quanto l'eventuale accoglimento della proposta referendaria non era «suscettibile di far venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria».*

<sup>3</sup> Cfr. A. Celotto, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 11/03/2004; S. Bagni, *La nuova legge sulla procreazione assistita alla prova della Consulta sarebbe davvero destinata all'aborto?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 02/04/2004; S. Ceccanti, *Procreazione assistita: ci sono tre problemi di costituzionalità*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 07/04/2004; M. D'Amico, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 13/05/2004; M. R. Marella, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 26/05/2005.

<sup>4</sup> Sul divieto di fecondazione eterologa, molto interessante è la tesi formulata, immediatamente dopo l'entrata in vigore della legge 40, da C. Campiglio, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in

Come dicevamo, il *quorum* referendario non è stato raggiunto e, pertanto, al fine di abrogare le parti della legge palesemente incostituzionali, le coppie interessate ad accedere alle tecniche di PMA hanno dovuto ricorrere ai giudici ordinari, al fine di superare le rigide statuizioni della normativa: questo “tormentato” percorso giurisprudenziale che la legge 40 ha dovuto affrontare, sin dall’inizio della sua entrata in vigore, ha ulteriormente evidenziato tutti i limiti di una normativa contraddittoria ed assolutamente irragionevole<sup>5</sup>. Del resto, già la dottrina aveva avuto modo di sottolineare come dal dettato legislativo emergesse con chiarezza la volontà, da parte del Parlamento, non solo di porre un limite a pratiche mediche considerate immorali, ma anche di voler tutelare la “vita” dell’embrione dall’egoismo di quelle donne che volevano diventare madri a tutti i costi<sup>6</sup>. Se la logica politica con cui è stata promulgata la legge 40 è, dunque, quella di tipo emergenziale<sup>7</sup>, volta cioè a porre un limite al c.d. “far west procreativo”, ben altri toni emergono dalla lettura delle sentenze di quei giudici ordinari che hanno decostruito l’impianto normativo che regola l’accesso alle tecniche di PMA.

Con la sentenza del 22-24 settembre 2007, ad esempio, il Tribunale di Cagliari, in ragione di una declaratoria di manifesta inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale,

---

*Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 538-539. L’autrice, infatti, afferma che in linea generale “... dato che per una coppia con problemi di sterilità assoluta (unilaterale o addirittura bilaterale) il ricorso a gameti di donatore rappresenta in pratica l’unico mezzo per esercitare effettivamente il diritto di fondare una famiglia in senso per così dire biologico, ossia per avere un figlio biologicamente legato ad almeno uno di loro, un divieto assoluto della fecondazione eterologa potrebbe risultare contrario alle norme internazionali [...]. In altre parole: se fosse chiamata (su ricorso di una coppia inidonea alla fecondazione omologa) a pronunciarsi in merito alla conformità all’art. 12 CEDU di una legge nazionale che – come quella italiana – vieta tout court il ricorso alla fecondazione eterologa, la Corte di Strasburgo potrebbe, basandosi sull’ampio consensus normativo degli altri Stati membri, condannare l’isolazionismo della legge in esame e dichiararne il contrasto con la CEDU (con la conseguente necessità di riforma)” (p. 358). Tuttavia l’autrice riconosce che sarebbero comunque lecite le limitazioni che lo Stato volesse porre al ricorso alla fecondazione eterologa, in nome del rispetto dei diritti dei soggetti coinvolti, come il donatore o il nascituro. Ciò rientrerebbe nell’ampio margine di apprezzamento che la Corte EDU riconosce agli Stati membri della Convenzione.

<sup>5</sup> Per approfondimenti su questo “tormentato” percorso giurisprudenziale della legge 40, sia consentito rinviare a A. Ciervo, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, pp. 3669 ss.

<sup>6</sup> Si vedano, tra i contributi più interessanti apparsi in dottrina, L. D’Avack, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2009, in particolare pp. 125 ss.; C. Tripodina, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante “norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*, in *Diritto pubblico*, 2004, pp. 527 ss.; M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 2004, pp. 457 ss.; S. Niccolai, *La legge sulla fecondazione assistita e l’eredità dell’aborto*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 30/05/2005.

Per un quadro generale dei problemi giuridici sollevati dalle tecniche di PMA, prima dell’emanazione della legge 40, si rinvia a F. Di Pilla (a cura di), *Scienza, etica e legislazione della procreazione assistita. Atti del Convegno di Perugia, Aula Magna dell’Accademia Anatomico Chirurgica dell’Università degli Studi*, 4 ottobre 2002, Napoli, 2003; M. Volpi (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, 2001, in particolare si veda il saggio di A. Baldassarre, *Le biotecnologie e il Diritto costituzionale*, *ivi*, pp. 15 ss.

<sup>7</sup> Si rinvia qui alle osservazioni formulate da M. Manetti, *La procreazione assistita tra ordinarietà ed emergenza. Relazione introduttiva al Seminario “Dalla Provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Ferrara, 18 aprile 2008, pp. 7 ss. del *paper*, reperibile sul sito [www.unife.it/amicuscuriae](http://www.unife.it/amicuscuriae).

precedentemente sollevata ed avente ad oggetto l'articolo 13 della legge 40, ha formulato un'interpretazione adeguatrice della suddetta normativa ai principi costituzionali<sup>8</sup>. Il giudice, infatti, giungeva alla conclusione che “... *la tesi della non praticabilità della stessa [diagnosi pre-impianto] anche nei casi in cui sia finalizzata alla soddisfazione del diritto di cui all'art. 14, comma 5, appare censurabile anche con riferimento al principio di tassatività che caratterizza la materia penale ed in base al quale deve essere bandita ogni interpretazione che comporti un'estensione, oltre l'ambito previsto dalla legge, dei comportamenti punibili con sanzione penale*”<sup>9</sup>. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 13 faceva emergere, quindi, lo stretto legame che intercorreva tra la suddetta norma ed il successivo articolo 14, comma 5<sup>10</sup> della legge 40 che, sempre secondo il giudice cagliaritano, trovava giustificazione nell'esigenza di assicurare la soddisfazione del diritto dei futuri genitori ad essere adeguatamente informati sullo stato di salute dell'embrione.

In questa logica, “... *negare l'ammissibilità della diagnosi preimpianto anche quando sia stata richiesta ai sensi dell'art. 14 della legge significherebbe dunque rendere impossibile una adeguata informazione sul trattamento sanitario da eseguirsi, indispensabile invece sia nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, consentendo ai futuri genitori di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del nascituro, sia in funzione della tutela della salute gestazionale della donna*”<sup>11</sup>. Posto quindi che dalla lettera della norma non risultava alcun divieto di diagnosi pre-impianto, il giudice cagliaritano

---

<sup>8</sup> La Corte costituzionale, infatti, aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale con l'ordinanza n. 369 del 2006, con cui si era limitata a rilevare la contraddizione in cui il giudice *a quo* era incorso, “... *nel sollevare una questione volta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una specifica disposizione nella parte relativa ad una norma (il divieto di sottoporre l'embrione, prima dell'impianto, a diagnosi per l'accertamento di eventuali patologie) che, secondo l'impostazione della stessa ordinanza di rimessione, sarebbe però desumibile anche da altri articoli della stessa legge, non impugnati, nonché dall'interpretazione dell'intero testo legislativo «alla luce dei suoi criteri ispiratori»*”. In effetti, il Tribunale cagliaritano non aveva svolto alcun rinvio alle altre norme della legge 40, come ad esempio gli articoli 6, commi 3 e 4, l'articolo 13, comma 3 e l'articolo 14, commi 2 e 3, da cui pure si sarebbero potute desumere ulteriori ipotesi di contrasto tra il diritto alla salute ed all'autodeterminazione della donna ed il diritto allo sviluppo ed alla salute dell'embrione. Tuttavia, la Corte avrebbe, in ogni caso, potuto dichiarare fondata la questione e dichiarare l'illegittimità consequenziale della normativa comunque rilevante ai fini del giudizio.

L'ordinanza n. 369 del 2006 è reperibile in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, pp. 3834 ss., con nota di C. Casini e M. Casini, *Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004*, pp. 3837 ss. Si vedano inoltre, A. Celotto, *La Corte costituzionale “decide di non decidere” sulla procreazione medicalmente assistita*, ivi, pp. 3846 ss.; C. Tripodina, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*, ivi, pp. 3849 ss. Si veda, infine, L. Chieffi, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni all'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, ivi, pp. 4713 ss.

<sup>9</sup> Cfr. *Foro italiano*, I. 2007, p. 3250.

<sup>10</sup> L'articolo 13, comma 5 della legge 40, infatti, così recita: “*I soggetti di cui all'articolo 5 [e cioè le coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi] sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero*”.

<sup>11</sup> Cfr. *Foro italiano*, cit., p. 3252.

aggiungeva che una simile interpretazione restrittiva della legge era in realtà il frutto di una lettura, in combinato disposto, della normativa stessa con le “linee-guida” ministeriali. Da ciò derivava, sempre secondo il ragionamento del magistrato, l’illegittimità della normativa di rango secondario la quale, stabilendo un divieto non contemplato dalla legge ordinaria, incideva sul discrimine tra ciò che era lecito e ciò che, invece, era penalmente rilevante, comprimendo così i diritti di rilevanza costituzionale comunque garantiti dalla disposizione.

Ad avviso del Tribunale cagliaritano, quindi, un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’articolo 14, comma 5 della legge 40, nel senso dell’ammissibilità della diagnosi genetica pre-impianto, avrebbe assicurato “... *un’adeguata tutela del diritto della futura gestante ad esprimere un consenso consapevole in ordine al trattamento sanitario ancora in itinere [...], essendo un’esaustiva informazione sullo stato di salute degli embrioni destinati all’impianto indispensabile, oltre che di una gravidanza pienamente consapevole, in funzione della necessaria tutela della salute gestazionale della donna*”<sup>12</sup>.

Ancora più netta nelle sue conclusioni ci sembra l’ordinanza n. 12474/2009 del Tribunale di Salerno<sup>13</sup> con cui il giudice campano, partendo dal riconoscimento pacifico – tanto in giurisprudenza, quanto in dottrina – del diritto della madre ad abortire un feto malato, riconosceva consequenzialmente il diritto della stessa a conoscere lo stato di salute dell’embrione, tramite appunto la diagnosi pre-impianto, al fine di non giungere alla soluzione irragionevole, desumibile da una lettura sistematica della legge 40 con la legge 194, della sussistenza di un obbligo gravante sulla donna di impiantare un embrione non sano, per poi abortire un feto malato. Ad avviso del Tribunale, infatti, il diritto della donna ad avere un figlio sano è un diritto soggettivo pieno, “... *da ascrivere tra quelli inviolabili «della donna» ai sensi dell’art. 2 cost. Conseguentemente, anche le scelte consapevoli relative alla procreazione vanno inserite tra i diritti fondamentali costituzionalmente tutelati. Di più, il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative fa parte dei diritti fondamentali e*

---

<sup>12</sup> Cfr. *Foro italiano*, cit., p. 3253. Del resto simili accertamenti diagnostici sono stati considerati legittimi nel corso di una gravidanza avanzata e, pertanto, sarebbe irragionevole vietarli quando la gravidanza, di fatto, non è ancora incominciata. Sotto questo profilo, quindi, la legge 40 deve essere interpretata alla luce dell’articolo 3 Cost., al fine di evitare una diversità di trattamento tra situazioni sostanzialmente analoghe. In conclusione, il giudice cagliaritano ribadisce la liceità della diagnosi pre-impianto quando, come nella fattispecie in questione, la stessa risponda ad una tassativa serie di caratteristiche e cioè: “... *sia stata richiesta dai soggetti indicati nell’art. 14, 5 comma, l. n. 40/2004; abbia ad oggetto gli embrioni destinati all’impianto nel grembo materno; sia strumentale all’accertamento di eventuali malattie dell’embrione e finalizzata a garantire a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita una adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare*” (*Foro italiano*, cit., p. 3255).

<sup>13</sup> Tribunale di Salerno n. 12474/09, ordinanza del 13 gennaio 2010. Per un commento in dottrina, si vedano, L. D’Avack, *L’ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche*, in *Diritto, famiglia e persona*, 2010, pp. 1737 ss. e G. Ferrando *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e diritto*, 2011, pp. 519 ss.

*personalissimi di entrambi i genitori congiuntamente, in maniera da garantire la pariteticità della tutela alla libera ed informata autodeterminazione di procreare tanto della madre che del padre”.*

Pertanto, ad avviso del magistrato, il diritto a procreare – così come, del resto, lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti – verrebbe irrimediabilmente leso da una interpretazione delle norme della legge 40 che impedisse “... *il ricorso alle tecniche di pma da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili; solo la procreazione assistita attraverso la diagnosi preimpianto, e quindi l’impianto solo degli embrioni sani, mediante una lettura «costituzionalmente» orientata dell’art. 13 l. cit., consentono di scongiurare simile rischio*”.

In questa ottica, la diagnosi pre-impianto, richiesta dalle coppie che accedono alle tecniche di PMA, risulterebbe funzionale alla soddisfazione dell’interesse dei futuri genitori ad avere adeguata informazione non soltanto sullo stato di salute dell’embrione, ma anche sul trattamento sanitario consistente nell’impianto in utero dell’embrione prodotto *in vitro*, come del resto afferma lo stesso art. 14, comma 5 della legge 40.

Da ultimo, non si può non tenere conto, in questa sede, della recentissima sentenza con cui la II sezione della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo ha condannato l’Italia per violazione dell’articolo 8 della CEDU, proprio in ragione del divieto di analisi genetica pre-impianto previsto dalla legge 40<sup>14</sup>. Ad avviso della Corte EDU, infatti, un simile divieto denota un’incoerenza intrinseca al nostro ordinamento giuridico che viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare delle coppie che ricorrono alla PMA, poiché la legge italiana “... *d’une part, interdit l’implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains; d’autre part, autorise ceux-ci d’avorter un fœtus affecté par cette même pathologie. Les conséquences d’un tel système sur le droit au respect de la vie privée et familiale des requérants sont évidentes. Afin de protéger leur droit de mettre au monde un enfant qui ne soit pas affecté par la maladie dont ils sont porteurs sains, la seule possibilité dont ils bénéficient est celle d’entamer une grossesse par les voies naturelles et de procéder à des I.M.G. [interruzione terapeutica della gravidanza] lorsqu’un examen prénatal devait montrer que le fœtus est malade*”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Si tratta della sentenza *Costa et Pavan contre Italie* (ricorso n. 54270/2010) del 28. 08. 2012.

<sup>15</sup> Così la Corte EDU, ai paragrafi 64 e 65 della sentenza in commento. Per un approfondimento sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di PMA, sia consentito rinviare a A. Ciervo, *Le conseguenze del dolore. Questioni di inizio e fine vita nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in L. Cassetti (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, pp. 101 ss.

Tuttavia, bisogna ricordare che non soltanto i giudici ordinari e la Corte di Strasburgo hanno avuto modo, nel corso di questi anni, di evidenziare le incongruenze (logico-)giuridiche della legge 40, ma che anche la Corte costituzionale italiana ha preso posizione sul punto. Infatti, con la sentenza n. 151 del 2009<sup>16</sup>, la Consulta ha rilevato come il divieto di cui al comma 2 dell'articolo 14 determinasse, con l'esclusione di ogni possibilità di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto – e comunque non superiore a tre –, la necessità di moltiplicare i cicli fecondativi, a tutto svantaggio dello stato psico-fisico di salute della donna costretta a sottoporsi ad intensi trattamenti di sbilanciamento ormonale. Ad avviso della Consulta, il limite all'impianto degli embrioni stabilito nella legge, avrebbe determinato l'aumento di rischi di patologie iper-stimolative dell'utero e di gravidanze plurime, poiché la norma non consentiva al medico di svolgere una valutazione specifica del singolo caso concreto, al fine di prendere in considerazione tanto lo stato di salute della donna, quanto una serie di fattori rilevanti per accedere alla PMA come, ad esempio, l'età della paziente, sue eventuali patologie pregresse ovvero precedenti tentativi di sottoposizione alle tecniche di inseminazione artificiale.

Pertanto, ad avviso della Corte, *“La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso”*<sup>17</sup>.

L'irragionevolezza della legge 40, dichiarata dal giudice costituzionale, quindi, consisteva nel fatto che *“... essa lasciava al medico la scelta se ripetere, e quante volte ripetere, la fecondazione, facendo aumentare il numero degli embrioni sacrificati, ma non gli si lasciava la possibilità di fecondare nell'ambito di un solo tentativo un maggior numero di embrioni: per trasferirli tutti nel primo caso [...], per crioconservarne alcuni nel secondo. Lo si*

---

<sup>16</sup> La sentenza è reperibile in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pp. 1656 ss., con osservazioni di M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, ivi, pp. 1688 ss. e di C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la “Costituzione che non vale più la pena difendere”*?, ivi, pp. 1696 ss. Per alcuni commenti alla sentenza in dottrina, si vedano D. Chinni, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”*. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla l. n. 40/2004, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, pp. 289 ss.; G. Razzano, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della corte cost. n. 151/2009 e all'ordinanza del tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, ivi, pp. 295 ss.; L. D'Avack, *La consulta orienta la legge sulla procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) verso la tutela dei diritti della madre*, in *Diritto di Famiglia*, 2009, pp. 1021 ss.

<sup>17</sup> Sentenza n. 151/2009, punto 6 del “Considerato in Diritto”.



vincolava in sostanza su di una scelta meno impegnativa per lasciarlo libero su di una suscettibile di esplicare effetti più ampi e più pregiudizievoli per gli stessi embrioni”<sup>18</sup>. Ciò ha altresì determinato, in via consequenziale, l’incostituzionalità del comma terzo dell’articolo 14, nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizi per la donna stessa.

## **2. La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e l’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale**

A seguito della giurisprudenza ordinaria, oltre che della sentenza n. 151/2009 della Consulta e della recentissima decisione della Corte di Strasburgo nel caso *Costa et Pavan*, ad oggi rimangono ancora in vigore, nel nostro ordinamento giuridico, quelle disposizioni della legge 40 che vietano in termini assoluti il ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo ed in particolare: a) l’articolo 4, comma 3, il quale stabilisce che “*É vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*”, a quelle tecniche cioè che consentirebbero alle coppie, in cui entrambi ovvero uno dei due partner sia affetto da sterilità o infertilità assoluta, di poter concepire un figlio utilizzando i gameti di un terzo donatore anonimo; b) l’articolo 9, commi 1 e 3, i quali dispongono rispettivamente che “*Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l’azione di disconoscimento della paternità*” e che “*in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi*”. Ed infine, c) l’art. 12, comma 1, il quale stabilisce che “*Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall’articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro*”.

Le suddette disposizioni sono state impugnate davanti alla Corte costituzionale, con tre diverse ordinanze promosse rispettivamente dal Tribunale di Firenze, dal Tribunale di Catania e da quello di Milano. Più specificamente, tutti e tre i giudici *a quibus* hanno sollevato, con riferimento agli articoli 117, primo comma e 3 della Costituzione – in relazione agli articoli 8 e 14 della CEDU –, una questione di legittimità costituzionale dell’articolo 4, comma 3 della

---

<sup>18</sup> Così M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una political question*, op. cit., p. 1690.

legge 40, mentre i soli giudici di Catania e Milano hanno sollevato una questione di legittimità costituzionale anche degli articoli 9, commi 1 e 3, limitatamente all'inciso “*in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3*”, e 12, comma 1, di detta legge, ai sensi degli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione.

Tutti e tre i giudici rimettenti, quindi, hanno sollevato una questione di legittimità costituzionale delle norme sopra indicate in riferimento all'art. 117, primo comma della Costituzione, in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, in particolare nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo con la sentenza della I sezione del 1° aprile 2010, *S. H. e altri c. Austria*. Poiché, ad avviso dei giudici *a quibus*, la portata di questa decisione della Corte di Strasburgo poneva un serio problema di costituzionalità delle disposizioni oggetto del giudizio, ad avviso dei rimettenti sarebbe spettato alla Corte costituzionale il compito di verificare la sussistenza di questo contrasto normativo<sup>19</sup>.

Successivamente alla proposizione della questione di legittimità, tuttavia, la *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo era ritornata sulla questione, pronunciandosi diversamente sul principio enunciato con la sentenza della sezione semplice e richiamato dai giudici rimettenti nelle loro ordinanze. Per questo motivo, ad avviso dei giudici della Consulta, “... *la diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all'interpretazione accolta dalla sentenza della Prima Sezione, espressamente richiamata dai rimettenti – operata all'interno dello stesso giudizio nel quale è stata resa quest'ultima pronuncia – incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici a quibus e costituisce un novum che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta*”. Pertanto, la Corte disponeva la restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, affinché procedessero ad un rinnovato esame dei termini della questione.

A questo punto dell'analisi, risulta indispensabile approfondire quanto affermato dalla Corte di Strasburgo nella propria giurisprudenza, per meglio comprendere il senso delle argomentazioni della Corte costituzionale italiana e per poterne apprezzare il ragionamento logico-giuridico. Con la citata sentenza del 1° aprile 2010, infatti, la I sezione della Corte

---

<sup>19</sup> Per un commento in dottrina alle tre ordinanze di rimessione, si rinvia a M. Meli, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, pp. 14 ss.; G. Menicucci, *Ancora dubbi sul divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2011, s. d.; L. D'Avack, *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il tribunale di Firenze e quello di Catania rinviando la questione alla Corte costituzionale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, pp. 40 ss.; M. Casini, *La dimenticanza del diritto alla famiglia del figlio concepito con le tecniche di PMA sotto il profilo dell'unitarietà delle figure genitoriali*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, pp. 73 ss.; M. Dell'Utri, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, pp. 381 ss.; U. Salanitro, *Fecondazione eterologa: la parola alla Consulta*, in *Famiglia e diritto*, 2010, pp. 1146 ss.

EDU aveva risolto una questione riguardante l'accesso alle tecniche di PMA da parte di coppie sterili e/o infertili, nell'ordinamento austriaco. La legge n. 293 del 1° luglio 1992 – “*Bundesgesetz mit dem Regelungen über die medizinisch Fortpflanzung*” (“*Fortpflanzungsmedizingesetz*” – d’ora in avanti FmedG) – regolamentava l'accesso alle tecniche di PMA da parte delle coppie sterili e/o infertili stabilendo, sin dall'articolo 1, comma 1, n. 1, che tali tecniche consistevano “... *nell'applicazione di metodi medici intesi a dare inizio ad una gravidanza non originata con rapporto sessuale*”. L'articolo 2 consentiva, invece, l'accesso alla PMA alle coppie regolarmente sposate o conviventi, qualora fosse stata accertata medicalmente l'impossibilità di una gravidanza anche attraverso l'utilizzo di terapie sanitarie meno invasive.

In linea di principio, la FmedG consentiva soltanto la fecondazione omologa anche se, nell'ipotesi in cui lo sperma del coniuge/convivente non avesse avuto capacità procreativa, poteva essere utilizzato quello di un terzo donatore attraverso una fecondazione *in vivo*, cioè con innesto dello sperma direttamente nell'utero della donna. In ogni caso, la legge austriaca (artt. 3, nn. 2 e 3 FmedG) vietava la donazione di ovuli, la fecondazione eterologa *in vitro* e la maternità surrogata. L'articolo 8, invece, consentiva di accedere alle tecniche di PMA utilizzando le cellule embrionali donate da terzi, ma soltanto con il consenso certificato di questi ultimi ed in seguito all'autorizzazione da parte di un'autorità giudiziaria, ovvero con un atto notarile.

La PMA, inoltre, poteva essere svolta solo in strutture ospedaliere appositamente autorizzate (art. 4, n. 2 FmedG) ed era comunque riconosciuto, ad un medico o ad un infermiere, il diritto all'obiezione di coscienza purché ciò non comportasse una discriminazione nei confronti di coloro che si sottoponevano alle terapie (art. 6, nn. 1 e 2 FmedG). Infine, le coppie che accedevano alla PMA potevano chiedere agli istituti sanitari competenti la diagnosi pre-impianto dell'embrione, mentre la donna aveva sempre la possibilità di revocare, anche in via informale, il proprio consenso all'impianto *in vivo* fino al momento dell'introduzione del seme nel proprio utero.

A fronte di questo quadro normativo molto chiaro e dettagliato, le due coppie di ricorrenti si erano rivolte alla Corte di Strasburgo al fine di dichiarare la FmedG in contrasto con gli articoli 8 e 14 della CEDU. Per quanto riguardava la situazione clinica della prima coppia, la donna era affetta da una restrizione delle tube di falloppio, mentre l'uomo era infertile: poiché la legge austriaca consentiva la donazione di sperma ed il suo utilizzo solo attraverso tecniche di impianto diretto nell'utero, cioè *in vivo*, la coppia si lamentava del fatto che nel loro caso soltanto il ricorso ad un'eterologa *in vitro* avrebbe consentito l'inizio della gravidanza. Per

quanto riguardava la seconda coppia ricorrente, invece, la donna era affetta da gonadismo e per poter avere un figlio avrebbe dovuto non solo ottenere una donazione di ovuli, ma anche ricorrere ad una fecondazione *in vitro*, condizioni queste entrambe vietate dalla FmedG.

Sia la prima che la seconda coppia di ricorrenti, quindi, vedeva limitato, seppur per motivi diversi, il proprio diritto ad accedere alle tecniche di PMA, in ragione del divieto di fecondazione eterologa *in vitro* stabilito dalla legislazione austriaca. Ad avviso dei ricorrenti, infatti, una simile limitazione sarebbe stata in contrasto con gli articoli 8 e 14 della CEDU, anche perché non risultava chiaro per quale motivo “... *the legislation in force allowed for artificial insemination with donor sperm, while it categorically prohibited ova donation. In particular the distinction made between insemination with sperm from donors and in vitro fertilisation with donor sperm was incomprehensible. Thus, the impugned legislation constituted discrimination prohibited by Article 14*”<sup>20</sup>.

Il Governo austriaco, rifacendosi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto, affermava che in questo caso il margine di apprezzamento statale doveva considerarsi molto ampio e, quindi, il divieto di fecondazione *in vitro* stabilito dalla FmedG risultava oggettivamente e ragionevolmente giustificato, poiché esso perseguiva lo scopo legittimo di tutelare non solo la salute ed il benessere fisico delle donne, ma anche quello dei bambini che sarebbero nati grazie alle tecniche di PMA, oltre ai “valori morali” della società austriaca. Pur volendo riconoscere che dall’articolo 8 della CEDU si possa desumere il diritto ad avere un bambino, il legislatore austriaco con la FmedG avrebbe comunque ben ponderato i beni giuridici in gioco.

Tale equilibrio, ad avviso del Governo austriaco, avrebbe condotto a limitare l’accesso alle tecniche di PMA eterologhe, al fine di evitare ripercussioni negative sul potenziale cattivo uso delle tecniche medesime, come ad esempio una possibile “selezione eugenetica” degli embrioni da impiantare nell’utero della donna da parte del personale medico. Tuttavia, al di là di questi profili di tipo etico, secondo lo Stato convenuto, il divieto assoluto di donazione degli ovuli introdotto con la FmedG aveva come scopo anche quello di garantire il millenario principio giuridico in base al quale “*mater semper certa est*”<sup>21</sup>.

La Corte di Strasburgo, invece, ha rilevato la violazione degli articoli 8 e 14 della CEDU, letti in combinato disposto tra di loro, ritenendo comunque opportuno svolgere una serie di argomentazioni differenti per quanto riguardava le diverse situazioni in fatto delle due coppie

---

<sup>20</sup> Così al punto 44 della sentenza in commento.

<sup>21</sup> Per approfondimenti sul punto, anche alla luce della sentenza in commento, si rinvia a F. Cerri, *Corte europea e fecondazione eterologa: “mater semper certa est”?*, in *Europa e diritto privato*, 2010, pp. 1219 ss.

di ricorrenti. Incominciando dalla seconda coppia, che si era vista negata la possibilità di ricorrere alle tecniche di PMA in ragione del divieto di donazione degli ovuli previsto dalla FmedG, i giudici rilevavano che le preoccupazioni di ordine morale esposte dal Governo austriaco non fossero di per sé sufficienti a giustificare il divieto totale di accesso ad una determinata tecnica di fecondazione eterologa. Infatti, nel momento in cui uno Stato prende la decisione di legiferare in un determinato ambito, nonostante l'ampio margine di apprezzamento di cui gode ai sensi della CEDU, la legge che verrà poi emanata deve comunque avere una propria coerenza intrinseca, al fine di garantire in maniera adeguata i diversi interessi coinvolti.

La Corte, pertanto, rilevava che il divieto assoluto di donazione di ovuli non era certo l'unica soluzione che avrebbe potuto adottare il legislatore nazionale, al fine di evitare la selezione “eugenetica” degli embrioni, anche perché gli stessi codici deontologici medici già vietavano agli operatori del settore di compiere simili interventi selettivi.

Per quanto riguardava, invece, il possibile rischio di un abuso nell'impiego di queste tecniche ed il possibile sfruttamento di donne economicamente disagiate, indotte dalla legge a vendere i loro ovuli per vivere, i giudici rilevavano come questo argomento non riguardasse specificamente le tecniche di PMA, ma sembrasse essere più una giustificazione preconcepita – formulata dal Governo austriaco – nei confronti della fecondazione assistita *tout court*. Ad avviso della Corte, infatti, l'abuso potenziale delle suddette tecniche risultava sempre possibile e andava certamente contrastato: tuttavia, questo non era un motivo di per sé sufficiente a vietare una specifica tecnica procreativa.

Passando poi alla situazione della prima coppia ricorrente, i giudici rilevavano che i coniugi non avevano potuto accedere alle tecniche di PMA poiché la fecondazione eterologa, ai sensi della legge austriaca, poteva avvenire solo *in vivo* e non *in vitro*. Ad avviso della Corte, in questo caso bisognava considerare se la differenza di trattamento tra una coppia che, per soddisfare il proprio desiderio di avere un bambino, poteva ricorrere alla donazione di sperma per la fecondazione *in vitro* e un'altra coppia che, invece, legittimamente poteva usufruire della donazione di sperma per una fecondazione *in vivo*, fosse una differenza giustificabile e ragionevole, ovvero se la legislazione nazionale, sancendo un divieto assoluto di fecondazione eterologa *in vitro*, perseguisse uno scopo illegittimo e sproporzionato rispetto agli obiettivi garantiti dalla legge. Nel giustificare il divieto di donazione di sperma, nel caso di una fecondazione *in vitro*, ma non nel caso di quella *in vivo*, il Governo austriaco aveva ribadito le motivazioni già esposte in precedenza. Nella fattispecie concreta, tuttavia, aveva addotto un ulteriore argomento che è stato considerato dalla Corte di tipo “efficientistico”: ad

avviso del Governo austriaco, infatti, la fecondazione *in vivo* essendo già in uso da molto tempo negli ospedali austriaci – ancor prima che la FmedG entrasse in vigore – poteva essere consentita anche dalla FmedG stessa; inoltre, tale tipologia di PMA sarebbe stata, in astratto, più facile da eseguire negli ospedali, non essendo richiesta l'assistenza di un medico chirurgo qualificato durante l'erogazione del trattamento sanitario.

La Corte rigettava totalmente questo approccio al problema ed affermava a chiare lettere che *“Even if one were to accept this argument submitted by the Government as a question of mere efficiency it must be balanced against the interests of private individuals involved. In this respect the Court reiterates that where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted [...]. In the Court's view the wish for a child is one such particularly important facet and, in the circumstances of the case, outweighs arguments of efficiency. Thus, the prohibition at issue lacked a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”*<sup>22</sup>.

Alla luce di questi rilievi, la Corte riteneva che la differenza di trattamento subita dalle due coppie di ricorrenti, rispetto ad una coppia che legittimamente poteva usufruire della donazione di sperma per la fecondazione *in vivo*, ai sensi della FmedG, non trovasse alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole nel testo della Convenzione e, pertanto, doveva considerarsi sproporzionata. Per questo motivo, ad avviso dei giudici, in entrambe le fattispecie era riscontrabile una violazione dell'articolo 14 della CEDU, letto in combinato disposto con l'articolo 8<sup>23</sup>.

Questa decisione della I sezione della Corte di Strasburgo è stata però sottoposta a un *revirement* da parte della *Grande Chambre* con una più recente sentenza, datata 3 novembre 2011. Al riguardo, si deve subito rilevare come i giudici, nel riconsiderare la fattispecie concreta, abbiano ridefinito anche quella che, a loro avviso, sarebbe stata l'effettiva questione giuridica oggetto del giudizio. Ad avviso della *Grande Chambre*, infatti, *“... the impugned legislation was in accordance with Article 8 of the Convention is to identify whether it gave rise to an interference with the applicants' right to respect for their private and family lives*

---

<sup>22</sup> Così al paragrafo 93 della sentenza in commento.

<sup>23</sup> Criticamente in dottrina, sulle motivazioni di questa sentenza, U. Salanitro, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*, in *Famiglia e diritto*, 2010, pp. 981 ss. e L. Violini, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 632 ss.

*(the State's negative obligations) or a failure by the State to fulfil a positive obligation in that respect*"<sup>24</sup>.

Secondo la Corte, infatti, l'articolo 8 della CEDU tutelerebbe gli individui dalle ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri e non si limiterebbe soltanto ad obbligare gli Stati dall'astenersi da suddette ingerenze – in termini soltanto negativi, quindi –, ma li obbligherebbe a rispettare la vita privata e familiare degli individui, ponendo in essere comportamenti positivi finalizzati a questo specifico obiettivo. Poiché non è possibile distinguere, in maniera generale ed astratta, la differenza spesso sottile che intercorre tra un obbligo negativo ed un obbligo positivo gravante su uno Stato che ha aderito al sistema convenzionale, allora, ad avviso della *Grande Chambre*, è necessario tenere in considerazione gli interessi in gioco nella fattispecie concreta.

Il problema, nel caso *de quo*, consisteva nel comprendere se effettivamente gravasse sull'Austria un obbligo positivo ad autorizzare l'accesso ad alcune tecniche di PMA di tipo eterologo o se, invece, un divieto potesse essere considerato come un'ingerenza dello Stato nella vita privata e familiare dei propri cittadini, in violazione dell'articolo 8 della Convenzione<sup>25</sup>. Se la I sezione della Corte si era espressa in questo senso, rilevando una violazione della CEDU, la *Grande Chambre*, invece, risultava essere di contrario avviso, in quanto “... *the Court therefore concludes that, neither in respect of the prohibition of ovum donation for the purposes of artificial procreation nor in respect of the prohibition of sperm donation for in vitro fertilisation under section 3 of the Artificial Procreation Act, the Austrian legislature, at the relevant time, exceeded the margin of appreciation afforded to it*”<sup>26</sup>.

Ciò nonostante, al successivo paragrafo 117 della decisione, la *Grande Chambre* affermava che “... *the Court observes that the Austrian parliament has not, until now, undertaken a thorough assessment of the rules governing artificial procreation, taking into account the dynamic developments in science and society noted above. The Court also notes that the Austrian Constitutional Court, when finding that the legislature had complied with the principle of proportionality under Article 8 § 2 of the Convention, added that the principle adopted by the legislature to permit homologous methods of artificial procreation as a rule*

---

<sup>24</sup> Paragrafo 85 della sentenza in commento.

<sup>25</sup> Cfr. al riguardo C. Di Costanzo, *Ancora sul margine di apprezzamento: frontiera costituzionale o criminale giuridicamente indefinibile?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 02/12/2011 che, invece, sembrerebbe impostare il problema in termini di ampiezza del margine di apprezzamento statale. Sul punto sia consentito rinviare a A. Ciervo, *Obblighi positivi dello Stato e tutela della vita umana: analisi di una recente tendenza giurisprudenziale della Grande Chambre della Corte di Strasburgo*, in [www.diritti-cedu.unipg.it](http://www.diritti-cedu.unipg.it), 07/05/2012.

<sup>26</sup> Paragrafo 115 della sentenza in commento.

*and insemination using donor sperm as an exception reflected the then current state of medical science and the consensus in society. This, however, did not mean that these criteria would not be subject to developments which the legislature would have to take into account in the future”.*

In questo modo, rivolgendo cioè un monito al Governo ed al Parlamento austriaco al fine di rivedere i presupposti – tanto giuridici, quanto scientifici – della legislazione in questione, la *Grande Chambre* ha valutato diversamente dalla I sezione la compatibilità con la CEDU della FmedG in materia di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo, ritenendola non contrastante con gli articoli 8 e 14 della Convenzione<sup>27</sup>. Sembra dunque potersi dedurre, dalla lettura delle motivazioni di questa importante decisione, che la Corte EDU abbia dichiarato la compatibilità dei divieti austriaci relativi alla donazione di ovuli e a quella di sperma rispetto alla CEDU, non in senso assoluto, ma alla luce del “*time factor*”, ossia del momento storico in cui la disciplina austriaca era stata emanata, tenendo quindi conto delle conoscenze scientifiche e del livello di sicurezza delle tecniche di PMA nel momento in cui si erano verificati i fatti oggetto del giudizio<sup>28</sup>.

### **3. Una rilettura dell’ordinanza n. 150/2012 alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo**

Giunti a questo punto dell’analisi, è forse opportuno ritornare all’ordinanza n. 150 del 2012, così da poter valutare – con maggiore consapevolezza – gli argomenti che la Corte costituzionale ha utilizzato al fine di restituire gli atti processuali ai giudici *a quibus*. Ad avviso della Consulta, infatti, tutti e tre i giudici rimettenti avevano sollevato la questione di legittimità costituzionale con riferimento all’articolo 117, primo comma Cost., in relazione agli articoli 8 e 14 della CEDU e, in particolare, alla luce dell’interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo con la sentenza della I sezione del 1° aprile 2010, *S. H. e altri contro Austria*. Ovviamente, al momento in cui i giudici *a quibus* sollevavano le loro rispettive questioni di costituzionalità, ancora non si era pronunciata la *Grande Chambre*; ciò nonostante, come abbiamo avuto modo di sottolineare nel corso del precedente paragrafo, la

---

<sup>27</sup> Favorevoli, in dottrina, a questo *revirement* giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, C. Grabenwarter e B. Krauskopf, *S. H. and others vs. Austria: a larger margin of appreciation in complex fields of law*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, pp. 155 ss. e A. Osti, *La sentenza S. H. e altri c. Austria: un passo «indietro» per riaffermare la legittimazione della Corte europea*, *ivi*, pp. 159 ss.

<sup>28</sup> In questo senso B. Liberali, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l’Austria*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2012, 14/03/2012.



sentenza *S. H.* da sola non era sufficiente a dimostrare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, sancito a chiare lettere dalla legge 40.

In Austria, infatti, la FmedG consentiva l'accesso alle tecniche eterologhe *in vivo*, ma non a quelle *in vitro* e ciò determinava una irragionevole discriminazione tra differenti tipi di coppie sterili e/o infertili. Nell'ordinamento giuridico austriaco, quindi, la fecondazione eterologa non è vietata *tout court*, è vietata soltanto la fecondazione *in vitro* con il seme di un terzo, oltre che la donazione di ovuli da parte delle donne: la I sezione della Corte di Strasburgo, nel caso *de quo*, si era limitata ad osservare che nel momento in cui si ritiene possibile accedere soltanto ad una particolare tecnica di fecondazione di tipo eterologo – quella *in vivo* con sperma di un terzo –, una simile opzione diventa discriminatoria nei confronti di tutte quelle coppie che, invece, potrebbero avere un figlio soltanto attraverso la fecondazione *in vitro*, utilizzando cioè lo sperma o gli ovuli di terzi donatori, che però era vietata dalla legge.

Pertanto, ad avviso dei giudici della I sezione della Corte EDU, la discriminazione si verificava nel momento in cui una legislazione nazionale consentiva ai propri cittadini di accedere soltanto ad alcune tecniche di fecondazione eterologa, vietando l'accesso a tutte le altre senza un giustificato motivo: la normativa italiana, invece, non prevede alcuna eccezione al riguardo, poiché vieta in maniera assoluta il ricorso ad ogni tipo di fecondazione eterologa, sia essa *in vivo*, sia essa *in vitro*.

Per questo motivo, ad avviso di chi scrive, la Corte costituzionale avrebbe potuto dichiarare – alla luce della giurisprudenza della I sezione della Corte EDU e alla luce dell'interpretazione datane dai giudici *a quibus* – infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate. Una simile opzione argomentativa, del resto, avrebbe trovato fondamento nella giurisprudenza precedente della Consulta e, in particolare, nella sentenza n. 236 del 2011, quando la Corte, sviluppando alcuni profili giuridici presenti nelle sentenze nn. 311 e 317 del 2009, aveva avuto modo di affermare che “... la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza.... A questa Corte compete, insomma, di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi”<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Così al punto 9 del “Considerato in Diritto”. Per un’analisi dell’evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di rapporti tra ordinamento interno e CEDU, si veda da ultimo L. Cassetti, *La «ricerca*

Tuttavia, nel momento in cui la Consulta veniva chiamata a risolvere la questione di costituzionalità oggetto dell'ordinanza n. 150, con la sentenza del 3 novembre 2011, la *Grande Chambre* si era già pronunciata diversamente sul principio in diritto enunciato dalla I sezione della Corte EDU. Ciò ha indotto il giudice delle leggi a ribadire, nella decisione in commento, un altro principio – anch'esso ormai consolidatosi nella giurisprudenza della Corte – in base al quale “... *la questione dell'eventuale contrasto della disposizione interna con la norme della CEDU va risolta... in base al principio in virtù del quale il giudice comune, al fine di verificarne la sussistenza, deve avere riguardo alle norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo... poiché il contenuto della Convenzione (e degli obblighi che da essa derivano) è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni essa ha elaborato... occorrendo rispettare «la sostanza» di tale giurisprudenza, con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi*”.

La diversa pronuncia della *Grande Chambre* in ordine all'interpretazione accolta dalla sentenza della I sezione della Corte EDU, quindi, essendo stata espressamente richiamata dai giudici rimettenti, ad avviso della Consulta andava direttamente ad incidere sul significato delle norme convenzionali e, pertanto, doveva considerarsi come un *novum* interpretativo che influiva sulla questione di legittimità costituzionale sollevata<sup>30</sup>. Fin qui, il percorso

---

dell'effettività»: dalla lotta per l'attuazione dei principi costituzionali all'obiettivo della «massima espansione delle tutele», in EAD. (a cura di), *Diritti, principi e garanzie*, op. cit., pp. 3 ss.; si rinvia, inoltre, a G. Repetto, *Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, ivi, pp. 21 ss.

<sup>30</sup> Perplexità sull'uso di questa locuzione, da parte della Corte costituzionale, sono state espresse da A. Ruggeri, *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), s. d., pp. 1-2 quando afferma che “La Corte non chiarisce in cosa propriamente consista il «fatto» nuovo costituito dal mutamento di giurisprudenza: si limita a qualificarlo come «un novum che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta». Poco prima, d'altronde, aveva rammentato quali sono i fattori determinanti la restituzione in parola, individuati in modifiche della norma costituzionale assunta a parametro ovvero della disposizione che integra il parametro stesso o, ancora, in considerevoli modifiche del quadro normativo. Insomma, la sopravveniente pronuncia della Corte EDU comporta pur sempre un'alterazione di «situazione normativa» – come a me piace chiamare l'oggetto del giudizio di costituzionalità – , in presenza della quale si giustifica (e, anzi, s'impone) una nuova verifica della rilevanza della questione da parte dei giudici remittenti. La differenza, sottile ma non insignificante, rispetto allo *ius superveniens* in senso proprio sta qui nel mutato indirizzo giurisprudenziale che obbliga a ripercorrere la via dell'interpretazione conforme a CEDU, originariamente battuta senza successo proprio (o anche) in considerazione dell'originario indirizzo interpretativo adottato a Strasburgo e quindi ribaltato dalla decisione della Grande Camera, cui si è sopra fatto cenno”.

Dello stesso avviso dell'autore citato, in dottrina sono anche A. Morrone, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 19/07/2012, pp. 1-2 e I. Pellizzone, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale*:

argomentativo della Corte sembrerebbe coerente: pur non dando una valutazione nel merito della questione, cosa che comunque la Consulta avrebbe potuto – e forse, visti anche i suoi precedenti, dovuto – fare, essa si è limitata a rilevare come fosse sopravvenuto un “fatto nuovo” – la sentenza della *Grande Chambre* – che, fornendo una diversa interpretazione delle norme convenzionali, con riferimento al caso concreto, inevitabilmente andava ad incidere anche sul parametro costituzionale del giudizio in via incidentale.

Tuttavia, giunti a questo punto, la Corte decide la restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, “... affinché questi proceda[no] ad un rinnovato esame dei termini della questione, qualora all’ordinanza di rimessione sopravvenga una modificazione della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio... ovvero della disposizione che integra il parametro costituzionale..., oppure qualora il quadro normativo subisca considerevoli modifiche, pur restando immutata la disposizione censurata”.

Quali sono le incongruenze logico-processuali di una simile decisione da parte della Corte ? A mio avviso, esse sono di due ordini differenti: il primo attiene al merito della questione e all’opportunità che la Corte si esprimesse più chiaramente sulla giurisprudenza della Corte EDU; il secondo, invece, attiene ad una grave inversione dei presupposti logici del giudizio in via incidentale, implicitamente formulati in questa ordinanza, in particolare nell’ipotesi in cui il giudice *a quo* prospetti in via preliminare l’incostituzionalità di una norma interna per contrasto con la CEDU.

Per quanto riguarda la prima obiezione, ad avviso di chi scrive, la Corte avrebbe potuto utilizzare argomenti diversi per dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale, valutando nel merito le decisioni di Strasburgo. La Consulta, infatti, avrebbe potuto essere più esplicita, affermando come la sentenza della I sezione della Corte EDU fosse irrilevante ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, poiché il FmedG consentiva solo a certe condizioni – assolutamente irragionevoli e, quindi, discriminatorie – di accedere ad alcune – ma non a tutte – le tecniche di tipo eterologo, mentre la legge 40 sancisce un divieto assoluto di accesso a questa tipologia di tecniche. In ragione di questa più ampia esplicitazione argomentativa, infatti, la Corte avrebbe poi potuto rilevare anche il cambio di giurisprudenza avvenuto con la sentenza della *Grande Chambre* e, quindi, restituire gli atti ai giudici *a quibus*, essendo ormai sopravvenuta, nelle more del giudizio, una modificazione del contenuto della disposizione che integrava il parametro costituzionale della *quaestio legitimitatis*.

---

*perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell’ord. n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012, 25/09/2012, in particolare pp. 5-7.

Si potrà eccepire a questo ragionamento che la Corte avrebbe sì potuto essere più esplicita – prendere cioè una posizione più netta e chiara al riguardo, valutando nel merito la giurisprudenza CEDU –, ma che non era certo obbligata a farlo. Tuttavia – e passiamo così alla seconda obiezione – una maggiore chiarezza su questo punto le avrebbe consentito di non argomentare in maniera illogica la restituzione degli atti ai giudici *a quibus*. La Consulta, infatti, ha motivato la restituzione degli atti come se fosse una conclusione obbligata, soprattutto “... *in relazione all’ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze... resa palese dalla constatazione che questo ha sollevato questione di legittimità costituzionale esclusivamente in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost., limitandosi ad osservare, in ordine all’ulteriore parametro costituzionale evocato*”.

Ma – ed è questo, a parere di chi scrive, il passaggio viziato da una evidente illogicità – secondo la Corte, la restituzione degli atti “... *si impone anche in ordine ai restanti provvedimenti di rimessione, poiché i giudici a quibus non solo hanno proposto la questione di legittimità costituzionale riferita all’art. 117, primo comma, Cost. in linea preliminare rispetto alle altre pure sollevate, ma hanno altresì ripetutamente richiamato la suindicata sentenza della Prima Sezione della Corte di Strasburgo, allo scopo di trarne argomenti a conforto delle censure proposte in relazione agli ulteriori parametri costituzionali*”. Ciò, tuttavia, se risulta assolutamente incontrovertibile per quanto concerne le ordinanze del Tribunale di Firenze e di Milano, desta invece qualche perplessità con riferimento all’ordinanza sollevata dal Tribunale di Catania.

Al riguardo, infatti, è la stessa Corte a riconoscere che quest’ultimo giudice aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 4, comma 3 della legge 40, denunciando la violazione degli articoli 3 e 31 Cost., invocando la sentenza della I sezione della Corte EDU soltanto “... *per sostenere che essa apporta «ulteriori e solidi argomenti a sostegno della violazione dell’art. 3 Cost., con riferimento alla violazione del principio di non discriminazione», deducendo, in relazione alla censura riferita all’art. 2 Cost., che la Corte europea «ha chiarito che occorre garantire, in quanto rientrante nel diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dalla convenzione dei diritti dell’uomo, il diritto della coppia di scegliere di diventare genitori anche ricorrendo alle tecniche di fecondazione assistita»*”.

In questo passaggio, dunque, ad avviso di chi scrive, il ragionamento della Corte non convince per due ordini di motivi. Innanzitutto, la Corte afferma che poiché tutti i giudici *a quibus* hanno sollevato, in via preliminare, l’illegittimità costituzionale dell’articolo 4, comma 3 della legge 40, ai sensi dell’articolo 117, primo comma Cost., così come integrato dalla giurisprudenza della Corte EDU, nel momento in cui sopravviene un *novum* che integra

diversamente il parametro costituzionale evocato, ciò comporterebbe un assorbimento pregiudiziale di ogni altro profilo di illegittimità della norma, basato su altri parametri costituzionali, diversi quindi dall'art. 117. Ciò del resto dovrebbe condurci alla conclusione che il giudizio della Corte costituzionale, in questi casi, si tramuterebbe in un giudizio “pregiudiziale di convenzionalità”, che andrebbe ad assorbire anche le altre questioni di legittimità costituzionale, sollevate sulla base di parametri diversi dall'art. 117.

Ma di una conclusione di questo tipo non risulta esserci traccia né nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 – che, al contrario, si sono orientate nel senso di un accentramento del giudizio di convenzionalità in capo alla Corte<sup>31</sup> –, né nella giurisprudenza successiva della Consulta<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> In questa sede, si riportano alcuni dei “comandamenti” che Elisabetta Lamarque, in maniera assai suggestiva, in un suo importante lavoro, desumeva da un ipotetico “decalogo” sancito dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007: “... 4) l'art. 117, primo comma, Cost., agisce realizzando “un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi al parametro, tanto da essere comunemente qualificata «norma interposta»” (sent. n. 349 del 2007); di conseguenza, gli eventuali contrasti fra una norma convenzionale e una legge interna successiva “non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale” aventi come oggetto la legge interna e come parametro interposto la norma convenzionale (sent. n. 348 del 2007);

5) anche il contrasto tra norma convenzionale e legge interna anteriore, peraltro, si configura come questione di legittimità costituzionale di competenza della Corte costituzionale (così, ma solo implicitamente, la sent. n. 39 del 2008);

6) “al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme” (sent. n. 349 del 2007);

7) il giudice comune può percorrere la via del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale solo qualora l'interpretazione conforme al vincolo internazionale non sia possibile, e cioè quando il rilevato contrasto tra norma interna e disposizione internazionale è “insanabile in via interpretativa” da parte del giudice comune (sent. n. 349 del 2007), oppure quando l'interpretazione conforme al vincolo internazionale è rifiutata dal diritto vivente (sent. n. 239 del 2009)” (così E. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in [www.cortecostituzionale.it/informazione/attiConvegniSeminari.asp](http://www.cortecostituzionale.it/informazione/attiConvegniSeminari.asp), 06/11/2009, pp. 5-6).

<sup>32</sup> Queste mie riflessioni trovano conforto nella posizione di un'autorevole dottrina che non ha esitato a manifestare, sin dalla pubblicazione dell'ordinanza n. 150, le proprie perplessità sul percorso argomentativo elaborato dalla Corte costituzionale. Cfr. A. Ruggeri, *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata*, cit. Ad avviso dell'autorevole studioso, infatti, la Corte costituzionale “... s'è trovata davanti ad un ostacolo pressoché insormontabile, costituito dal carattere plurimo o complesso delle questioni sollevate, dal momento che, in disparte il tribunale di Firenze che aveva fatto esclusivo riferimento al I c. dell'art. 117, gli altri giudici avevano denunciato la possibile violazione da parte della legge 40 di non poche altre disposizioni costituzionali. Ora, la tecnica dell'assorbimento dei vizi – com'è chiaro – qui non poteva venire in soccorso, non essendosi fatto luogo alla dichiarazione d'incostituzionalità della legge rispetto ad uno dei parametri evocati in campo. Qual è, allora, il senso della restituzione degli atti in relazione ad uno di tali parametri, quando poi resterebbe in ogni caso aperta la questione con riferimento ai parametri restanti ?

... È vero che i modi con cui più parametri costituzionali (o interposti) si combinano reciprocamente possono essere i più vari; e, tuttavia, l'autonomia concettuale e positiva di ciascuno di essi non si discute, faticandosi pertanto a comprendere come possa aversi incisione di uno o più di essi unicamente in “conseguenza” della incisione di un altro. D'altro canto, se le cose stessero davvero così come le rappresenta la Corte, dovrebbe considerarsi ridondante ed, a conti fatti, ininfluyente il richiamo ai parametri “conseguenziali”, la questione riducendosi ed interamente risolvendosi nella compatibilità della norma indubbiata rispetto all'art. 117” (pp. 2-3).

Dello stesso avviso è anche A. Morrone, *Shopping di norme convenzionali?*, op. cit., pp. 2-3. Favorevole, invece, all'introduzione della “pregiudiziale convenzionale”, seppur con qualche perplessità con riferimento alle argomentazioni addotte dalla Corte nell'ordinanza n. 150, sembra essere E. Malfatti, *Un nuovo (incerto?) passo*

Per rendere ancora più chiaro il punto di vista di chi scrive, proviamo a formulare un esempio: poniamo il caso che più giudici *a quibus* sollevino una questione di legittimità costituzionale su una medesima norma interna vigente, invocando a proprio sostegno una sentenza della Corte EDU che, pertanto, integra l'articolo 117, primo comma, quale parametro costituzionale di riferimento del giudizio in via incidentale. Se così fosse, nell'ipotesi in cui la giurisprudenza della Corte EDU – in pendenza del giudizio in via incidentale – mutasse radicalmente, come è avvenuto nel caso *S. H.*, allora la Corte costituzionale bene farebbe a rimettere gli atti ai giudici *a quibus*, al fine di costringerli a rivalutare il *novum* giurisprudenziale che ha alterato il contenuto del parametro costituzionale invocato. Si badi, però, di quel *solo* parametro invocato dai giudici *a quibus* nel giudizio in via incidentale, ai fini della declaratoria di incostituzionalità della norma interna.

Viceversa, nel caso in cui i giudici rimettenti, oltre ad invocare – seppur in via preliminare – l'incostituzionalità di una norma interna alla luce della giurisprudenza CEDU, sollevassero altre (ed autonome) questioni di legittimità costituzionale – sulla base, quindi, di parametri costituzionali diversi dall'articolo 117, primo comma – allora, ferma restando l'inammissibilità dei rilievi sollevati *ex art. 117, primo comma* per sopravvenuta (e nuova) giurisprudenza CEDU, la Corte sarebbe comunque tenuta a valutare nel merito queste specifiche ed autonome questioni, la cui formulazione prescinderebbe, in ogni caso, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Se, infatti, in una ipotesi del genere la Corte dichiarasse assorbite le “altre” questioni, in ragione del fatto che i giudici *a quibus* avevano tutti sollevato una *quaestio legitimitatis* ai sensi dell'articolo 117, primo comma Cost., allora se ne dovrebbe desumere che nel giudizio in via incidentale le questioni di “pregiudizialità convenzionale” assorbono processualmente tutte le altre questioni di legittimità costituzionale. Inoltre, si dovrebbe arrivare alla conclusione – evidentemente aberrante, non solo sotto il profilo logico-processuale, ma anche dal punto di vista del ruolo istituzionale della Corte – che sollevare una questione di legittimità costituzionale di una norma interna per contrasto con l'articolo 117, primo comma, precluderebbe ai giudici *a quibus* la possibilità di sollevare, nella medesima ordinanza di rimessione, altrettante questioni di legittimità costituzionale alla luce di parametri diversi dall'articolo 117 e questo perché la Corte le dichiarerebbe automaticamente tutte assorbite.

---

*nel cammino “convenzionale” della Corte*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, pp. 629-632. Sulla stessa posizione della studiosa si pongono anche V. Magrini, *La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012, 25/09/2012 e B. Liberali, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*.

Ma in realtà – e passiamo così al secondo “vizio” di illogicità argomentativa dell’ordinanza in commento –, il Tribunale di Catania aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale dell’articolo 4, comma 3 della legge 40, invocando quali parametri di riferimento gli articoli 3 e 31 della Costituzione. Come è possibile leggere in questa ordinanza, infatti, la suddetta norma, nel vietare il ricorso alle tecniche di tipo eterologo, a parere del rimettente, avrebbe violato gli articoli 3 e 31 Cost., non solo sotto il profilo della disparità di trattamento, ma anche sotto il profilo dell’irragionevolezza della normativa *de qua*, poiché si sarebbero trattate in modo diverso coppie con problematiche di procreazione, a seconda del tipo di sterilità che le colpisce e, paradossalmente, proprio alle coppie che presentano un quadro clinico più grave sarebbe stata preclusa la possibilità di accedere alle tecniche di PMA.

Un ulteriore profilo di irragionevolezza della normativa, sollevato sempre dal giudice siciliano, sarebbe consistito nel fatto che il divieto di fecondazione di tipo eterologo per la coppia opererebbe soltanto sul piano dei principi: *“La coppia può, infatti, ricorrere alla procreazione eterologa (anche in Italia senza incorrere in sanzioni), vedere riconosciuti e tutelati pienamente i suoi effetti nell’ordinamento italiano, ma non può rivolgersi per effettuare tale tipo di pratica medica a sanitari che operino sul territorio italiano, in quanto questi ultimi (e solo loro), altrimenti, andrebbero incontro a sanzioni amministrative. Ciò comporta un’ulteriore discriminazione fra coppie sterili: quelle che, per le loro condizioni economiche non floride, possono rivolgersi solo a sanitari operanti sul nostro territorio nazionale, non potrebbero, proprio per questo, ricorrere a tutti i tipi di pratiche mediche volte a superare i problemi di procreazione, atteso il divieto per i medici italiani di praticare interventi di tipo eterologo; al contrario le coppie più facoltose potrebbero ricorrere a tutte le tecniche di fecondazione rivolgendosi a sanitari operanti all’estero”*<sup>33</sup>.

Certo, come la stessa Corte costituzionale ha affermato nell’ordinanza n. 150, anche nel motivare l’incostituzionalità del divieto di accesso alle tecniche eterologhe, il Tribunale di Catania cita, a sostegno delle proprie argomentazioni, la sentenza *S. H.* della I sezione della Corte EDU, ma ciò non significa che, anche in questo caso, si deve considerare assorbita l’autonoma questione di legittimità sollevata, i cui parametri costituzionali di riferimento – lo ribadiamo – erano gli articoli 3 e 31 e non l’articolo 117, primo comma Cost. Come è noto, del resto, processualmente una cosa è chiedere l’incostituzionalità di una norma, invocando come parametro di giudizio la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che integra l’articolo

---

<sup>33</sup> Il testo dell’ordinanza è reperibile sul sito [www.cecos.it](http://www.cecos.it)

117, primo comma Cost., altro invece è utilizzare la giurisprudenza sovranazionale al solo fine di rendere ancora più persuasiva e solida, dal punto di vista argomentativo, una richiesta di incostituzionalità che si fonda su parametri normativi che non sono in alcun modo connessi all'ordinamento sovranazionale medesimo.

Al riguardo, poi, bisogna sottolineare come non soltanto un simile assorbimento tende a violare il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato – vincolo questo desumibile dall'articolo 112 c. p. c. e confermato dall'articolo 27, prima parte, della legge n. 87 del 1953<sup>34</sup> –, ma esso risulta assolutamente contraddittorio anche dal punto di vista logico-giuridico. Come è noto, infatti, l'assorbimento dei motivi processuali è una pratica dei giudici, volta alla semplificazione del giudizio in funzione dell'economia del processo: in quanto prassi, quindi, essa non ha una specifica disciplina normativa, ma è sempre il risultato di un'operazione logica dipendente dalla esclusiva discrezionalità del giudice.

La pratica dell'assorbimento nasce originariamente nel rito civile, per poi essere traslata nel processo amministrativo, ma soprattutto in quello costituzionale<sup>35</sup>, dove si possono distinguere due tipologie di assorbimento, quella propria e quella impropria. Con riferimento alla prima – che è poi anche la più diffusa, in quanto ancorata al principio di economia processuale –, essa si verifica in tutti quei casi in cui la Corte dichiara assorbite le censure di costituzionalità che non è necessario esaminare, in quanto la decisione sul profilo assorbente implica logicamente una decisione su di esse. La decisione di una questione assorbente, infatti, “... è comprensiva della decisione di altre, che possono ritenersi assorbite per economia di giudizio. Nella forma propria di assorbimento, allora, le censure assorbite (per essere implicitamente decise dalla disamina della questione assorbente) si pongono in una relazione di interdipendenza logica con la questione principale”<sup>36</sup>. Questa relazione, inoltre, può consistere: a) in un nesso di subordinazione tra le questioni formulate; b) in un nesso di

---

<sup>34</sup> Cfr., per tutti, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, p. 378.

<sup>35</sup> Si rinvia, per tutti, a G. Pelagatti, *Giudizio di costituzionalità e assorbimento dei motivi*, Napoli, 2004, *passim*. Ma si veda, anche A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, IV ed., Milano, 2004, p. 271, il quale afferma che rispetto alle tipologie e all'uso dell'assorbimento, la situazione del processo costituzionale risulta “intermedia” rispetto a quanto avviene nel processo civile ed in quello amministrativo, poiché l'esame dei motivi non strettamente necessari a sostenere una pronuncia, nel processo costituzionale può essere sempre utile ad orientare il legislatore nell'opera ricostruttiva di una determinata normativa, “demolita” dall'intervento della Consulta. Al riguardo, si precisa che la posizione dell'autorevole studioso qui riportata attiene al solo caso dell'assorbimento di motivi ulteriori di censura rispetto a quelli ritenuti di per sé sufficienti ad accogliere la questione.

<sup>36</sup> Così G. Pelagatti, “*Giudicato implicito*” e assorbimento di profili di illegittimità costituzionale. Nota a margine di Corte cost. n. 262 del 2009, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), s. d., p. 3. Una prima riflessione dottrinale sul concetto di assorbimento in senso proprio è da ricondurre all'opera di M. Nigro, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, pp. 447 ss.



condizionalità tra le questioni formulate; c) in una relazione di interdipendenza logica *tout court*, sempre tra le questioni formulate dal giudice *a quo*<sup>37</sup>.

L'assorbimento di tipo improprio, invece, consiste nell'assorbimento di censure che non presentano alcun vincolo di interdipendenza logica tra di loro: si tratta, in questo caso, di ipotesi in cui l'assorbimento è legato al fatto che l'accoglimento di un profilo (ritenuto assorbente) ha realizzato il risultato processuale cui tendeva l'atto introduttivo del giudizio, cioè l'annullamento della disposizione impugnata ovvero, nel caso del giudizio in via incidentale, la declaratoria di incostituzionalità<sup>38</sup>.

Pertanto, nel caso di assorbimento improprio, la Consulta, accogliendo una ipotesi di incostituzionalità (si badi, accogliendola e non dichiarandola inammissibile, infondata, ovvero restituendo gli atti al giudice *a quo*), dichiara assorbiti tutti gli altri motivi formulati nell'ordinanza di rimessione. Come è stato sottolineato in dottrina, in questi casi, *“A differenza dell'assorbimento in senso proprio, è totalmente assente qualsiasi nesso di implicazione logica tra le questioni prospettate che consenta di ritenere la decisione di una di esse inclusiva della decisione di altre... [A]ttraverso l'accoglimento di un profilo di censura, la Corte perviene ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale e, avendo con ciò soddisfatto le aspettative del ricorrente, decide l'assorbimento delle censure ulteriori, in quanto la disamina di esse risulta inutile ai fini della definizione dell'esito processuale. E' evidente come la logica che presiede alle forme improprie di assorbimento sia profondamente diversa da quella che è alla base delle forme proprie di questo fenomeno: mentre tali ultime ipotesi riguardano il rapporto di implicazione logica tra le diverse censure, le prime prescindono del tutto da questo, riguardando invece l'attitudine dei diversi profili di censura a porsi come questioni dirimenti rispetto al risultato del giudizio”*<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Valga, per tutte e tre le tipologie elencate nel testo, quanto è stato evidenziato, in maniera più generale sul nesso di subordinazione logica, da C. Perelman e L. Olbrechts Tyteca, *Trattato dell'argomentazione: la nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1989, pp. 86 ss. Ad avviso dei due studiosi, infatti, la possibilità di assorbimento di una questione subordinata, nella decisione attinente alla relativa questione principale, rimanda immediatamente alla considerazione del fondamento stesso del nesso di subordinazione. Esso risiede in una graduazione delle aspettative connesse all'accoglimento delle questioni prospettate nell'atto introduttivo del giudizio, che viene definito dai due autori in termini di “gerarchizzazione astratta” delle questioni proposte. In ragione di questa gerarchizzazione, pertanto, all'accoglimento della questione principale si collega un interesse prevalente, rispetto all'accoglimento della questione subordinata, per cui l'esito positivo del giudizio relativo alla questione principale assorbe la questione subordinata.

<sup>38</sup> Si rinvia, per un'analisi dettagliata dell'assorbimento “improprio” nella giurisprudenza della Corte costituzionale, ancora a G. Pelagatti, *“Giudicato implicito” e assorbimento*, op. cit., il quale analizza i più recenti casi della Corte e cioè le sentenze nn. 20/2010; 123/2009; 100/2009; 38/2009; 411/2008; 386/2008; 368/2008; 361/2008; 350/2008; 322/2008; 213/2008; 71/2008; 51/2008; 374/2007; 288/2007; 267/2007; 94/2007; 58/2007.

<sup>39</sup> Cfr. ancora G. Pelagatti, *“Giudicato implicito” e assorbimento*, op. cit., p. 6.

Pertanto, è possibile giungere alla conclusione che se l'assorbimento operato dalla Corte nell'ordinanza n. 150/2012 fosse stata di tipo proprio, ciò necessariamente sarebbe stato dovuto al fatto che le tre diverse questioni di legittimità costituzionale sollevate erano strutturate, ciascuna di esse al proprio interno, come questioni legate tra di loro in un rapporto di astratta subordinazione. Pertanto, una volta rilevato il *novum* derivante dalla giurisprudenza della Corte EDU, tutte le altre questioni subordinate, sarebbero risultate automaticamente assorbite nella prima questione valutata dalla Consulta. Ma così non è – come abbiamo avuto modo più volte di sottolineare nel corso di questo paragrafo – o comunque così non è quanto meno con riferimento alla questione sollevata dal Tribunale di Catania, *ex artt. 3 e 31 Cost.*, che deve considerarsi senza dubbio una questione autonoma e indipendente rispetto a tutte le altre sollevate dallo stesso giudice *a quo*.

Viceversa, si deve in ogni caso escludere che l'assorbimento operato dalla Corte nell'ordinanza in commento sia stata di tipo improprio, poiché il presupposto logico di un simile assorbimento consiste nell'accoglimento della prima questione di legittimità costituzionale sollevata, accoglimento che renderebbe poi inutile per il giudice delle leggi proseguire con la valutazione delle altre questioni<sup>40</sup>. Ma poiché nell'ordinanza n. 150 la Consulta non ha accolto nessuna questione, bensì ha restituito gli atti ai giudici *a quibus*, mancano i presupposti logico-giuridici per poter affermare che, in questo caso, ci troviamo di fronte ad un assorbimento di tipo improprio.

#### **4. L'incostituzionalità del divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo nella legge 40**

Ad avviso di chi scrive, con l'ordinanza n. 150/2012, la Corte costituzionale ha deciso ancora una volta di non decidere – come del resto aveva già fatto nel caso del divieto di diagnosi pre-impianto con l'ordinanza n. 369 del 2006<sup>41</sup> –, sulle questioni che attengono alla costituzionalità della legge 40. La Consulta si è così trincerata in un ragionamento giuridico indubbiamente raffinato ed elegante ma che, se analizzato in maniera approfondita, risulta illogico e, sotto alcuni profili, addirittura contraddittorio: così facendo, sempre ad avviso di chi scrive, la Corte è riuscita a trovare un *escamotage* giuridico per non prendere posizione

---

<sup>40</sup> Si rinvia di nuovo a A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, op. cit., p. 271, il quale afferma che nei casi di assorbimento improprio la Corte costituzionale ha la facoltà, ma non certo l'obbligo, di valutare anche le altre questioni sollevate dal giudice *a quo* che comunque risultano già assorbite dall'accoglimento della prima *quaestio legitimitatis*.

<sup>41</sup> Vedi *supra* la nota n. 8.

sull'autonoma questione di legittimità costituzionale del Tribunale di Catania, sollevata ai sensi degli articoli 3 e 31 della Costituzione.

Come si è già avuto modo di sottolineare, infatti, anche se l'obiettivo originario della legge 40 era quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e/o dalla infertilità umana – assicurando i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compresi quelli del concepito – tuttavia, la normativa risulta affetta da evidenti vizi di irragionevolezza, per quanto concerne il divieto di accesso alle tecniche fecondative di tipo eterologo. Innanzitutto, l'articolo 4, comma 3 non prevede alcun tipo di sanzione, nel caso in cui venisse violato da parte dei componenti della coppia il divieto di ricorrere a queste tecniche, mentre il successivo articolo 9, commi 1 e 3, prevede soltanto che nel caso in cui venisse violato il divieto di eterologa, il coniuge o il convivente – il cui consenso è ricavabile da atti concludenti – non potrebbe esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, mentre il donatore di gameti a sua volta non potrebbe acquisire alcuna relazione giuridica parentale con il nato, né potrebbe far valere nei suoi confronti alcun diritto o obbligo<sup>42</sup>. A ben vedere, quindi, l'unico soggetto ad essere sanzionato, in caso di effettivo ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa, risulta essere il medico curante della coppia il quale, ai sensi dell'articolo 12, primo comma della legge 40, utilizzando a qualsiasi titolo a fini procreativi gameti di soggetti estranei ai

---

<sup>42</sup> Principi questi che la Corte costituzionale, in una sua giurisprudenza risalente alla fine degli anni Novanta – quindi, prima dell'entrata in vigore della legge 40 –, aveva già avuto modo di affermare, desumendoli direttamente dal testo della Costituzione. Si rinvia, al riguardo, alla sentenza n. 347/1998 con la quale i giudici della Consulta avevano dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Napoli, dell'articolo 235, primo comma, numero 2 del Codice civile. Si trattava del caso di un uomo, affetto da *impotentia generandi*, che aveva prestato il suo consenso affinché la moglie potesse accedere alle tecniche di PMA di tipo eterologo, ma che successivamente, a causa della crisi del rapporto coniugale, aveva chiesto il disconoscimento di paternità del figlio, sulla base del fatto che non sussisteva alcun rapporto biologico tra i due, mentre il consenso prestato ai fini dell'accesso alle tecniche di PMA non poteva considerarsi una implicita rinuncia all'azione di disconoscimento.

Ad avviso della Corte, tuttavia, la norma codicistica in questione “... riguarda esclusivamente la generazione che segue ad un rapporto adulterino, ammettendo il disconoscimento della paternità in tassative ipotesi, quando le circostanze indicate dal legislatore facciano presumere che la gravidanza sia riconducibile, in violazione del dovere di reciproca fedeltà, ad un rapporto sessuale con persone diverse dal coniuge” (punto 2 del “Considerato in Diritto”). Inoltre, sempre ad avviso della Consulta, la norma in questione non poteva essere considerata rilevante, nel caso di disconoscimento di paternità a seguito di fecondazione eterologa, poiché si trattava di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, essendo in questi casi preminenti le garanzie previste negli articoli 30 e 31 della Costituzione a favore del nuovo nato.

Questa sentenza della Corte può essere letta come una conferma dell'interpretazione ormai consolidatasi, in dottrina, dell'articolo 31, secondo comma della Costituzione. Al riguardo, si rinvia sul punto, a L. Cassetti, *Art. 31*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2007, pp. 645-646, secondo la quale “Il problema interpretativo legato al tipo di protezione da riservare alla famiglia legittima e alle «nuove» comunità familiari si pone in termini diversi quando dal rapporto di coniugio/unione, che coinvolge i soggetti che volontariamente danno vita alla famiglia/unione, si passa a considerare la posizione dei soggetti terzi che entrano nella struttura familiare per effetto del rapporto di filiazione, la cui origine (maternità) ed il cui armonico sviluppo (infanzia e gioventù) sono al centro dell'impegno assunto dalla Repubblica ai sensi dell'art. 31, 2° co., Cost.”.

richiedenti, verrebbe punito con una sanzione amministrativa pecuniaria che varia dai 300.000 ai 600.000 euro.

Le incongruenze aumentano se si considera che mentre la legge 40 prevede divieti senza sanzioni per le coppie che chiedono di accedere alle tecniche di fecondazione eterologa, l'articolo 3 del Decreto legislativo n. 16/2010, invece, considera lecite le donazioni di cellule procreative da parte di soggetti anonimi, nel rispetto di particolari procedure mediche, come del resto stabilito anche dalle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE. Il quadro normativo fin qui delineato, pertanto, ci spinge a formulare un'ulteriore riflessione che investe l'intera architettura della legge 40.

Innanzitutto, bisogna rilevare che i diritti del concepito, stando alla lettera della norma, non sono tutelati allo stesso livello – e cioè quello costituzionale – dei diritti dei coniugi/conviventi che chiedono di accedere alle tecniche di PMA di tipo eterologo. Non solo, infatti, i diritti del concepito sono per definizione adespoti e, pertanto, possono essere esercitati al suo posto, necessariamente, soltanto dai suoi futuri genitori, ma inoltre dal divieto di ricorrere alle tecniche di fecondazione eterologa non si può desumere alcun tipo di tutela di un bene giuridico costituzionale rilevante. Ad avviso di chi scrive, quindi, in questo caso non si pone nessun problema di bilanciamento tra beni dello stesso rango.

Infatti, come del resto afferma anche il Tribunale di Catania nell'ordinanza di rimessione, quello alla creazione di una famiglia “... *costituisce un diritto fondamentale oltre che interesse pubblico riconosciuto e tutelato ex artt. 2 e 31 Cost., come affermato dalla Stessa Corte Costituzionale (C. Cost. n. 46 del 1993)...* [pertanto] *la soluzione dei problemi riproduttivi mediante la procreazione medicalmente assistita è una situazione immediatamente riconducibile nell'alveo di tale diritto fondamentale e del diritto alla maternità/paternità*”.<sup>43</sup> Sempre alla luce dell'articolo 31 Cost., letto questa volta in combinato disposto con l'articolo 3, si deve poi rilevare come l'obiettivo dichiarato dalla legge 40 sin dal suo primo articolo, è quello di favorire, mediante il ricorso alle tecniche di PMA, la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana. In linea di principio, quindi, i limiti e le condizioni all'accesso delle tecniche di procreazione assistita sembrerebbero essere imposti, sulla base della disposizione appena citata, dalla superiore esigenza di tutela della salute e della dignità dei soggetti coinvolti, compreso il concepito,

---

<sup>43</sup> Con riferimento al secondo comma dell'articolo 31 Cost., letto in combinato disposto con l'articolo 3, è stato sottolineato da L. Cassetti, *Art. 31, op. cit.*, p. 646 che, in definitiva, “... *l'interesse collettivo alla realizzazione del programma enunciato dall'art. 31 Cost., è stato posto in stretta relazione con la piena tutela di situazioni soggettive che si fondano sul valore dell'inviolabilità della persona e sul principio di eguaglianza sostanziale*”.

qualora - così afferma il legislatore - non vi siano altri trattamenti terapeutici più efficaci, in grado di rimuovere le cause di sterilità/infertilità degli interessati<sup>44</sup>.

Nel momento in cui la legge 40 sancisce il divieto di fecondazione eterologa, quindi, essa viola gli articoli 3 e 31 Cost., non solo sotto il profilo della disparità di trattamento, ma anche sotto il profilo della ragionevolezza della normativa medesima, poiché vengono trattate in modo diverso coppie con problematiche procreative differenti, a seconda del tipo di sterilità di cui sono affette. Proprio le coppie che presentano un quadro clinico più grave, infatti, sono quelle escluse dall'accesso alle tecniche di PMA poiché, a fronte di un identico limite dato dall'infertilità o dalla sterilità completa della coppia, dovrebbe corrispondere – in ragione dei principi affermati proprio nella legge 40 – la possibilità di accedere alla migliore tecnica scientifica che consenta di superare la patologia accertata dal medico curante. Invece, se una coppia non è del tutto sterile o infertile, le è consentito di accedere ad un trattamento sanitario (la fecondazione omologa) che le permetterà di avere dei figli; al contrario, se una coppia è completamente sterile o infertile – e quindi è affetta da una malattia ancora più grave e difficile da curare –, essa non ha la possibilità di accedere ad alcun trattamento sanitario che le consenta di realizzare il proprio diritto fondamentale a costituire una famiglia e ad avere dei figli, in quanto la fecondazione omologa risulterebbe inutile e non efficace, quella eterologa, invece, è vietata.

Un ulteriore elemento di irragionevolezza, inoltre, attiene al fatto che le coppie non possono rivolgersi, per effettuare tale trattamento sanitario, ai medici che operano sul territorio italiano, in quanto questi ultimi andrebbero incontro a significative sanzioni pecuniarie di tipo amministrativo. Ciò comporta, ad avviso di chi scrive, un'ulteriore discriminazione fra coppie sterili: quelle che, per le loro condizioni economiche, possono rivolgersi solo a medici operanti sul territorio nazionale e che, per questo motivo, non potrebbero ricorrere a tutti i tipi di pratiche mediche volte a superare i loro problemi procreativi, e quelle coppie che, invece, essendo più facoltose, potrebbero ricorrere a tutte le tecniche di PMA che desiderano,

---

<sup>44</sup> Resta comunque il dato di fatto che il diritto a costituire una famiglia e ad avere dei figli sia un diritto fondamentale più volte riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, da ultimo nella sentenza n. 332/2000. In questa decisione, infatti, la Consulta ha dichiarato la violazione degli articoli 2, 3, 30 e 31 Cost., in ragione della compressione del diritto a procreare, derivante dalla norma oggetto del giudizio di legittimità che stabiliva il divieto per i finanziati di contrarre matrimonio nei primi quattro anni di servizio. Sempre con riferimento all'accesso alle tecniche di PMA, del resto, si è sottolineato (cfr. L. Cassetti, *Art. 31, op. cit.*, p. 653) come “*La dimensione individuale è destinata a riflettersi sul ruolo e sulle modalità dell'intervento pubblico previsto dall'art. 31: in particolare, nuovi impegni di carattere economico e nuove strutture di sostegno sociale potrebbero derivare dalle agevolazioni legate alla diffusione delle procedure di procreazione medicalmente assistita. Posto che questo tipo di interventi dovrebbe mirare a rimuovere unicamente gli ostacoli fisiologici (sterilità e infertilità) che impediscono la maternità naturale, il favor per la maternità e la costituzione del nucleo familiare, cui sembra ispirarsi la recente l. 40/2004, dovrà necessariamente confrontarsi con l'equilibrata ponderazione dell'impegno economico necessario per garantire la maternità assistita*”.

disponendo dei mezzi necessari per rivolgersi alle strutture mediche di altri paesi della UE, in cui l'eterologa è consentita.

A ciò si aggiunga poi che, con riferimento ai divieti di accesso a determinate tecniche che permetterebbero di poter garantire effettivamente il diritto fondamentale dei coniugi/conviventi a creare una famiglia, la scelta di un protocollo medico codificato e generalizzato non può essere rimessa al legislatore. La Corte Costituzionale, infatti, ha avuto modo di affermare chiaramente, con la sentenza n. 282/2002, che il diritto ad essere curato secondo i canoni della scienza e dell'arte medica non può essere limitato da una pratica medica prevista legislativamente, atteso che “... *la pratica terapeutica si pone... all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, in particolare nella propria integrità fisica psichica. Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è di norma il legislatore a poter stabilire direttamente e specificatamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione*”<sup>45</sup>.

Nel caso della fecondazione eterologa però, non sembrano entrare in gioco altri diritti o doveri costituzionali: il divieto di fecondazione eterologa, infatti, non è sanzionato penalmente ma in via amministrativa. Ora, come è noto, la previsione da parte del legislatore ordinario di sanzioni amministrative al posto di quelle penali, ha come unico obiettivo quello di dissuadere gli individui a porre in essere determinati comportamenti, ritenuti pericolosi per l'ordine pubblico. Pertanto, le sanzioni pecuniarie amministrative hanno come unico scopo non quello di tutelare un bene giuridico costituzionalmente rilevante, ma di incidere negativamente sulla sfera giuridica del destinatario della sanzione – nel nostro caso il medico, che è l'unico soggetto in grado di porre in essere tecnicamente una fecondazione eterologa –, determinando così una lesione ovvero un pregiudizio di natura patrimoniale, al solo fine di garantire l'ordine pubblico.

---

<sup>45</sup> Punto 4 del “Considerato in diritto”. Per un approfondimento in dottrina, si veda per tutti F. Cerrone, *Annotazioni sul diritto alla salute fra bioetica, processo e ragionamento giuridico*, in AA. VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, II, Napoli, 2012, pp. 1177 ss.

Del resto, come affermato da risalente ed autorevole dottrina<sup>46</sup>, all'interno di un sistema giuridico in cui vige una Costituzione rigida, il legislatore non è più libero di scegliere a suo piacimento quali fatti giuridici configurare come illecito penale, perché il rischio sarebbe quello di tutelare beni che non godono di un riconoscimento costituzionale. In questo senso, lo scopo del Costituente appare di tutta evidenza, poiché dai principi fissati nella prima parte del testo della Costituzione emerge in maniera chiara l'intento di circoscrivere, entro limiti di "stretta necessità", l'area dell'illecito penale<sup>47</sup>. Tale limite, infatti, "*... in caso di estensione della sfera dell'illecito penale comprometterebbe l'esito positivo di certe esigenze di tutela meglio realizzabili nella forma della responsabilità da illecito civile, o, addirittura, della responsabilità civile per rischio*"<sup>48</sup>, anche perché il carattere personale della responsabilità penale è strettamente legato alla funzione rieducativa della pena, una funzione questa che implica necessariamente una delimitazione della illiceità penale rispetto ad una sfera specifica di valori.

La Costituzione, pertanto, esige che la restrizione della libertà personale, in ragione di una sanzione penale, possa verificarsi solo a fronte di una *significativa* violazione di un bene costituzionale e questa *significatività* del valore condiziona la misura entro cui deve essere contenuta la pena stessa. Ed infatti il legislatore, con la legge 40, ha previsto per il medico che pone in essere una fecondazione eterologa, una mera sanzione amministrativa pecuniaria, poiché il fatto oggetto della fattispecie non integra nessun reato penale, né lede un bene costituzionalmente protetto. A ciò bisogna poi aggiungere che:

- a) nessuna sanzione è prevista nei confronti delle coppie che chiedono di ricorrere alla fecondazione eterologa;
- b) è lecito recarsi in un altro Stato della UE al fine di sottoporsi alle suddette tecniche procreative e che, una volta rientrati in Italia, è riconosciuta la filiazione, anzi, è vietato ai coniugi di disconoscere il bambino nato in provetta;
- c) è lecito, ai sensi del Decreto legislativo n. 16/2010, per i cittadini italiani, donare organi e cellule riproduttive in forma anonima a soggetti terzi;
- d) il diritto a formare una famiglia è un diritto di rango costituzionale riconosciuto dalla Corte costituzionale, quanto meno a partire dalla sentenza n. 46 del 1993;

---

<sup>46</sup> Cfr. F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIX, Torino, 1973.

<sup>47</sup> Cfr. ancora F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, *op. ult. cit.*, p. 14.

<sup>48</sup> Così F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, p. 15, dove l'autore poi aggiunge: "*La complessa normativa costituzionale in materia penale, pertanto, esprime l'esigenza di un sistema positivo fondato su di una gamma ristretta di illeciti penali ed incoraggia, entro certi limiti costituzionali [...] la tendenza alla «depenalizzazione»*".

- e) è irragionevole consentire a chi soffre di forme lievi di sterilità e/o infertilità la possibilità di accedere alla tecniche di PMA (omologa) e, nello stesso tempo, vietare a chi soffre di forme di infertilità/sterilità totali di accedere a qualsiasi tecnica di PMA;
- f) il diritto ad essere curati secondo i canoni della scienza e dell'arte medica non può essere limitato da una pratica sanitaria prevista legislativamente, così come già affermato dalla Consulta nella sentenza n. 282/2002.

Si tratta di una serie di elementi questi, alcuni utilizzati nell'ordinanza di rimessione dal Tribunale di Catania, altri invece desunti – da parte di chi scrive – da una lettura costituzionalmente orientata della legge 40, che potrebbero condurre in futuro ad una declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa da parte della Consulta, ai sensi degli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione, prescindendo così sia dalla CEDU, sia dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.