

La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro.

Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, Pres. Silvestri, Rel. Tesaurò.

[[Vincenzo Tigano](#)]

1. Con la sentenza n. 162/2014, depositata il 10 giugno 2014, **la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità degli articoli 4, comma 3, 9, commi 1 e 3 - limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3» -, e 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004**, nei quali era vietata e sanzionata la realizzazione di interventi di fecondazione eterologa.

Tale sentenza - che rappresenta soltanto l'ultima pronuncia emessa in una materia ormai costantemente portata all'attenzione dei giudici nazionali ed europei - assume un importante valore storico, poiché procede a riaffermare la **portata costituzionale del diritto alla procreazione** e ad ampliarne i confini di liceità.

Nel primo semestre del 2013, i Giudici di Milano, Catania e Firenze, dopo l'ordinanza n. 150/2012 con cui la Consulta aveva restituito gli atti ai giudici *a quibus* ([pubblicata in questa Rivista, con nota di A. Verri](#)), hanno riproposto le questioni di costituzionalità relative al divieto in esame - sollevate, in prima battuta, dai medesimi Tribunali tre anni prima - tenendo conto della **sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 3 novembre 2011** ([pubblicata in questa Rivista con nota di L. Beduschi e A. Collela](#)), che, riformando la pronuncia emessa dalla prima sezione nel 1° aprile 2010, aveva affermato che non vi fosse alcuna violazione degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della CEDU, da parte dell'art. 3, comma 1, dell'*Artificial Procreation Act* austriaco (*Fortpflanzungsmedizingesetz*)^[1] del 1992, che vieta il ricorso alla fecondazione eterologa^[2].

Così, i Tribunali di Catania e Firenze hanno fondato le eccezioni di legittimità costituzionale esclusivamente sulla violazione dei parametri costituzionali "interni" - gli artt. 2, 3, 31 e 32, in base alla prima ordinanza, il solo art. 3, in base alla seconda -, ritenendo che, in seguito alla sentenza della Corte di Strasburgo, non avrebbe potuto essere più configurabile alcun conflitto tra i divieti contenuti nella legge 40 e l'art. 117 della Costituzione (l'ordinanza del Tribunale di Milano è pubblicata in questa *Rivista*, con [note di A. Verri](#) e [E. Malfatti](#); l'ordinanza del Tribunale di Catania, con [nota di V. Tigano](#); l'ordinanza del Tribunale di Firenze, con [nota di A. Verri](#))^[3]. Il Tribunale di Milano, invece - oltre a ravvisare il contrasto delle norme nazionali con gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 - ha denunciato la violazione dell'art. 117, poiché, a parere del giudicante, continuerebbe a permanere il contrasto delle disposizioni interne con gli articoli 8 e 14 della CEDU: la stessa Corte di Strasburgo, nonostante la sua pronuncia di rigetto, ha infatti riconosciuto che il settore della procreazione medicalmente assistita, in quanto influenzato dalla continua evoluzione del consenso sociale e della scienza, ha bisogno di essere costantemente rivisto dai legislatori nazionali e che,

pertanto, tali mutamenti potrebbero avere delle ripercussioni sull'esito di un eventuale ulteriore giudizio concernente le medesime questioni in relazione al rispetto del diritto alla vita privata e familiare dei cittadini [\[4\]](#).

Poste queste necessarie premesse, va fin da ora anticipato che la nostra Corte costituzionale ha fondato la declaratoria di illegittimità costituzionale esclusivamente sulla **violazione dei parametri "interni": gli articoli 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione**.

2. Con riguardo all'inquadramento del diritto alla procreazione all'interno della tutela costituzionale della famiglia, **la Consulta ha ravvisato una violazione degli art. 2, 3 e 31, in combinato disposto, dato che il divieto di realizzare la fecondazione eterologa collide con il diritto, che a tutti deve essere egualmente garantito, di «diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli»**, espressione anche del diritto all'autodeterminazione individuale. In tale direzione, la Corte, pur negando l'esistenza di un nesso imprescindibile tra il diritto alla creazione di una famiglia e l'esercizio del diritto alla procreazione, essendo quest'ultimo soltanto un'opzione liberamente praticabile dalla coppia che costituisce il nucleo familiare, ha sottolineato come «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione». Per questa ragione, non è ritenuto ammissibile alcun limite all'esercizio del diritto a procreare, a meno che non sia giustificato dalla necessità di tutelare altri diritti costituzionali del medesimo rango.

3. Particolarmente interessante è poi **il passaggio della sentenza che, rilevando il contrasto tra il divieto della fecondazione eterologa e l'art. 32 della Costituzione, ha evidenziato che il concetto di salute rilevante nel contesto della procreazione medicalmente assistita sia quello di "salute psichica"**, poiché sarebbe fuori discussione che «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia», nell'accezione predetta. In tale direzione, il Giudice delle Leggi ha ribadito che «gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti»: basti pensare a tutte quelle norme che, negli ultimi quaranta anni, hanno consentito quegli interventi di menomazione fisica finalizzati al raggiungimento di un equilibrio psichico dell'individuo, come il cambiamento di sesso (legge n. 164/1982), l'interruzione della gravidanza (legge n. 194/1978) e la sterilizzazione volontaria (inizialmente vietata dall'art. 552 del codice penale, poi abrogata dalla predetta legge n. 194/78)[\[5\]](#). Nel suo percorso argomentativo, la Corte ha richiamato quanto affermato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel suo atto di costituzione del 1946, secondo cui «Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano»; tuttavia, ha trascurato di citare il passo, ben più pregnante, in cui l'OMS ha stabilito che la salute è «uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale, e non solo l'assenza di malattia o di infermità»[\[6\]](#).

Va, poi, rilevato che la Corte ha razionalmente evitato di accogliere i rilievi contenuti nelle ordinanze dei Tribunali di Milano e di Catania, nella parte in cui asserivano che le tecniche di PMA dovessero essere qualificate come rimedi «**terapeutici**» **finalizzati a curare (o «superare», espressione più equilibrata utilizzata dai Giudici di Milano) una causa patologica dell'apparato riproduttivo. Ed, invero - sebbene la Consulta non lo specifichi - il carattere di**

terapeuticità della PMA va inteso in modo non restrittivo, poiché mediante queste pratiche medico-chirurgiche non si eliminano le cause della patologia, ripristinando l'originaria funzione procreativa, bensì si consente di realizzare in via estemporanea il diritto alla procreazione[7].

Anche con riguardo al diritto alla salute di ciascun individuo, la Corte - dopo aver riaffermato l'autonomia del medico nell'adozione delle scelte terapeutiche, fermo il consenso del paziente (come già rilevato nella sentenza costituzionale n. 151/2009 avente ad oggetto l'art. 14 della medesima legge 40) - ha poi rimarcato la necessità di bilanciarne la tutela con altri interessi costituzionali dello stesso rango, eventualmente con esso confliggenti.

4. Accertato il contrasto del divieto di fecondazione eterologa con i predetti valori costituzionali, la Corte si è spinta poi a individuare l'esistenza di controinteressi di livello costituzionale che renderebbero necessario il divieto, così da valutare se il legislatore abbia proceduto a un ragionevole bilanciamento tra mezzi e fini secondo la prospettiva del **giudizio di proporzione in senso lato, ovvero di ragionevolezza**, «svincolato da una normativa di raffronto» [8].

Stabilito che **l'unico controinteresse configurabile sia «quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo, che, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, sarebbe leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica»**, la Consulta si è spinta ad accertare se il divieto assoluto della fecondazione eterologa costituisca l'unico mezzo per garantirne la tutela. Tale indagine di merito è stata affrontata congiuntamente con quella relativa all'ammissibilità delle questioni, posto il pericolo, paventato dall'Avvocatura, che si vengano creare pericolosi vuoti normativi conseguenti alla declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni normative censurate.

Nello sviluppare tali questioni, la Corte, anzitutto, ha richiamato la sentenza costituzionale n. 49 del 2005, in cui, nel dichiarare ammissibile la proposta di referendum popolare finalizzato all'abrogazione delle disposizioni della legge 40 che vietano la fecondazione eterologa, aveva rilevato che l'eventuale abrogazione delle norme censurate non era «susceptibile di far venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria». Ha poi proseguito rivendicando il proprio potere di scrutinare la costituzionalità delle disposizioni censurate, a prescindere dall'*horror vacui* che eventualmente ne conseguirebbe [9]: **«Una volta accertato che una norma primaria si pone in contrasto con parametri costituzionali, questa Corte non può, dunque, sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio e deve dichiararne l'illegittimità, essendo poi "compito del legislatore introdurre apposite disposizioni" (sentenza n. 278 del 2013), allo scopo di eliminare le eventuali lacune»**.

5. Chiarite tali premesse, la Consulta ha poi passato in rassegna quelle **disposizioni della legge n. 40/2004 che disciplinano alcuni rilevanti profili connessi alla PMA in generale e alla PMA eterologa** in particolare, mostrando come esse, anche in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto, appresterebbero comunque **un'adeguata tutela agli interessi giuridici del nascituro**.

L'**art. 4, comma 1**, stabilendo che il ricorso alle tecniche di PMA è consentito soltanto alle **coppie di cui almeno uno dei componenti sia affetto da sterilità o da infertilità**, «deve escludere, in radice, infatti, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici». In tale direzione,

sarebbe stato opportuno che la Corte avesse richiamato anche l'art. 13, comma 3, che qualifica come circostanza aggravante a efficacia comune del delitto di sperimentazione sugli embrioni umani, **la selezione a scopo eugenetico di gameti** ed embrioni ovvero la manipolazione diretta ad alterarne il patrimonio genetico^[10].

Anche le coppie che richiedano di accedere a una PMA eterologa dovrebbero poi presentare i requisiti soggettivi richiesti, in linea generale, dall'**art. 5**, occorrendo che si tratti di «**coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi**».

La disciplina sulla **prestazione del consenso informato**, apprestata dall'**art. 6**, risulta poi applicabile anche ai fini della realizzazione di tecniche procreative di tipo eterologo poiché essa, «una volta venuto meno, nei limiti sopra precisati, il censurato divieto - riguarda evidentemente anche la tecnica in esame, in quanto costituisce una particolare metodica di PMA».

Stessa sorte, ovviamente, anche per l'**art. 7**, che prevede l'**emanazione periodica di Linee Guida** «contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», vincolanti per le strutture autorizzate a eseguire interventi di PMA, e per gli artt. 10 e 11, che stabiliscono rispettivamente la necessità dell'autorizzazione predetta e l'istituzione di un registro nazionale delle strutture autorizzate.

Il commercio di gameti, considerato dai detrattori della fecondazione eterologa come uno degli effetti perversi derivanti dalla sua diffusione^[11], risulta inoltre già oggetto di autonoma repressione, dato che l'**art. 12, comma 6**, ne **punisce l'organizzazione, la pubblicizzazione e la realizzazione**, con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

La Corte si è soffermata poi su quelle disposizioni della legge 40 che, garantendo la stabilità parentale del nato da fecondazione eterologa e disciplinando il suo *status filiationis*, consentono di superare le critiche sollevate dall'Avvocatura generale di Stato circa il pregiudizio che il nascituro subirebbe a causa della dissociazione delle genitorialità genetica da quella sociale. Chiarito che anche l'**art. 8** presenta un generico riferimento ai soggetti «nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», e ribadito che la PMA eterologa costituisce «una *species del genus*», la Consulta ha preso atto che **anche i nati a seguito di un intervento di fecondazione eterologa, «hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6»**, come appunto disposto dall'art. 8.

Soprattutto l'**art. 9**, poi, è utile a **dirimere i contrasti circa l'incertezza dello stato giuridico del nato e dei suoi rapporti con i genitori**. La norma, che ai commi 1 e 3, contiene un esplicito riferimento al divieto posto dall'art. 4, comma 3, prevede che «il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti **non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità** nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice» (art. 9, comma 1), e che «**il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può fare valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi**» (art. 9 comma 3). La disposizione, procedendo a regolare gli aspetti giuridici della filiazione del nato da una PMA eterologa, in un contesto normativo in cui la stessa risultava del tutto vietata, presentava *ab origine* una natura compromissoria che prendeva atto della sostanziale ineffettività del divieto^[12], avendo il legislatore preso coscienza «della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa

[...], dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi». In questo senso, l'art. 9 rappresenta una disposizione perfettamente idonea a tutelare gli interessi del nascituro, garantendo che il rapporto di filiazione venga a instaurarsi tra esso e l'uomo che, ricorrendo validamente a una PMA eterologa come *partner* della donna richiedente, se ne assume la paternità pur essendo privo di un vincolo biologico con lo stesso: il nascituro vedrebbe così garantito il suo diritto alla doppia figura genitoriale[13]. **Come osservato dalla Corte, inoltre, già l'art. 28, ai commi 4 e 5, della legge n. 184 del 1983 aveva «infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva**, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti»: la prima disposizione stabilisce che i genitori adottivi possono conoscere l'identità dei genitori biologici, su autorizzazione del Tribunale dei minorenni, se sussistono gravi e comprovati motivi; la seconda prevede che anche l'adottato possa richiedere di venire a conoscenza dell'origine e dell'identità dei suoi genitori naturali dopo aver raggiunto la maggiore età, se vi sono gravi motivi attinenti alla sua salute psico-fisica, e, in ogni caso, dopo i venticinque anni.

A ribadire l'**inesistenza di vuoti normativi conseguenti alla declaratoria di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa**, la Consulta ha poi richiamato il **decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191**, recante «Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane», che agli art. 12, 13, comma 1, 14 e 15 ha stabilito rispettivamente, i **principi riguardanti le donazioni di cellule, le modalità con cui prestare il consenso informato da parte del donatore, l'anonimato del donatore e del ricevente, e le modalità di selezione del donatore**. Resta ferma, come affermato dalla Corte, la **necessità di aggiornare le Linee Guida per fissare un tetto massimo delle donazioni che ciascuno possa legittimamente realizzare**, così da ridurre le possibilità che in futuro i figli dello stesso donatore possano incontrarsi casualmente e intrecciare inconsapevolmente relazioni incestuose.

6. La Corte costituzionale perviene infine alla conclusione che **«Il censurato divieto, nella sua assolutezza, è pertanto il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento»**. L'elemento principale di irrazionalità consiste appunto nell'aver sostanzialmente precluso l'accesso alla PMA proprio a quelle coppie che, a causa della completa infertilità di almeno uno dei due *partners*, necessiterebbero di ricorrere alla donazione di gameti provenienti da soggetti esterni alla coppia. In tal senso, non rileva che le situazioni messe a confronto - quella delle coppie che possano ricorrere a una PMA omologa e quella delle coppie che debbano necessariamente richiedere l'applicazione di una PMA eterologa - non siano identiche, perché «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe (sent. 1009 del 1988)». Tale ingiustificata disparità di trattamento risulterebbe accentuata dalla possibilità di recarsi in un centro estero per realizzare *in loco* interventi di fecondazione eterologa invece vietati dalla legge nazionale, di fatto riservata soltanto alle coppie dotate di risorse economiche in tal senso adeguate[14].

All'esito del predetto giudizio di ragionevolezza, dunque, gli articoli 4, comma 3, 9, commi 1 e 3 - limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3» -, e 12, comma 1, sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi dalla Consulta per contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione: «Il divieto in esame cagiona, in definitiva, una **lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite**».

7. Un'ultima annotazione va fatta con riguardo al profilo del rispetto degli obblighi convenzionali: la Corte costituzionale, infatti, ha concluso affermando che «**Restano assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU**», così dimostrando di aver preferito non affrontare la questione di costituzionalità anche in relazione al parametro costituzionale "esterno", contrariamente a quanto richiesto nell'ordinanza del Tribunale di Milano. Probabilmente tale scelta è derivata dalla volontà della Consulta di non contraddire il giudizio della *Grande Chambre* della Corte EDU nel caso *S.H. and others v. Austria*, interpretando così in senso particolarmente restrittivo l'obbligo dei giudici degli Stati aderenti alla CEDU di tenere conto delle norme convenzionali alla luce delle indicazioni esegetiche offerte dalla Corte europea^[15]. La predetta esigenza di adeguarsi alle pronunce della Corte EDU, in realtà, produce soltanto influenze "mediate" sugli Stati aderenti alla Convenzione, che non siano parti del giudizio instaurato dinnanzi alla Corte EDU, obbligando le Corti nazionali a tenere conto dell'interpretazione generale e complessiva che i giudici europei hanno dato della norma convenzionale oggetto del loro sindacato, e quindi a prescindere da quello che poi sia stato l'esito particolaristico della causa; e non potrebbe essere altrimenti, dato che nel singolo giudizio i Giudici europei si trovano a sindacare la legittimità convenzionale delle disposizioni particolari di una specifica legislazione statale, inevitabilmente differenti - per la loro costituzione strutturale, per la loro collocazione sistematica e per la caratura degli effetti prodotti sui consociati - dai corrispondenti divieti presenti in altri ordinamenti statali ^[16].

Alla luce di quanto detto, **si può ritenere che la Corte costituzionale avrebbe potuto pervenire alle medesime conclusioni anche affrontando autonomamente la questione di costituzionalità in relazione all'art. 117 della Costituzione**. Posto che la stessa *Grande Chambre* aveva raccomandato agli Stati contraenti di tenere conto del mutamento della scienza medica e del consenso sociale, la Corte costituzionale sarebbe stata legittimata a valutare se il divieto di realizzare la fecondazione eterologa riflettesse lo stadio evolutivo raggiunto allo stato attuale dai predetti fattori dinamici, così da garantire la conformità della legge n. 40/2004 all'art. 8 CEDU, secondo le indicazioni fornite dalla stessa Corte europea, e quindi in una prospettiva non di contraddizione della sua interpretazione, ma di adattamento della stessa al contesto spazio-temporale di riferimento.

[1] Il testo della legge si trova in *Federal Law Gazette* 275/1992.

[2] La disposizione stabilisce che, nell'ambito delle metodiche di procreazione medicalmente assistita, è consentito soltanto l'utilizzo di spermatozoi e di ovuli provenienti dal coniuge o dal

convivente: è quindi vietata la fecondazione eterologa, con l'unica eccezione di quella attuata *in vivo* con l'utilizzo degli spermatozoi di un terzo donatore, ammessa all'art. 3, comma 2, mediante il rinvio all'art. 1, comma 2, n. 1.

[3] Come ormai pacificamente ammesso dalle più recenti sentenze della Corte Costituzionale, le norme CEDU, per come interpretate dai Giudici europei, costituiscono norme interposte vincolanti per il rinvio mobile operato dall'art. 117 Cost.; tuttavia, prima di sollevare una questione di illegittimità costituzionale della disposizione nazionale per contrasto con la suddetta norma costituzionale, è necessario che il giudice cerchi di condurre sulla norma interna un'interpretazione che la renda conforme alla disposizione internazionale. Così Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007; nn. 239, 311 e 317 del 2009; n. 93 del 2010; nn. 80, 113, 236, 303 del 2011.

[4] Corte eur. dei dir. dell'uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, *S.H. e al. c. Austria*, n. 57813/00, §§ 84; 117-118. Un'analisi "aggiornata" dei fatti, condotta alla luce dell'attuale fisionomia assunta dei predetti fattori "mobili", è stata invece preclusa alla Corte nel caso *S.H. c. Austria*, trattandosi di un giudizio "ora per allora", in quanto avente ad oggetto il contrasto tra l'art. 8 CEDU e le proibizioni della legge austriaca come collocate idealmente nel momento in cui costituirono oggetto di giudizio per la Corte Costituzionale austriaca (e quindi nel 1999, dodici anni prima del giudizio della *Grande Chambre*): si veda § 84. Invece, a sostegno della necessità di interpretare la Convenzione alla luce delle condizioni esistenti al momento della pendenza del giudizio dinnanzi alla Corte europea, si veda Corte eur. dei dir. dell'uomo, 2 settembre 1998, *Yasa v. Turkey*, no. 22495/93, in *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, § 94; 28 settembre 2010, *J.M. v. the United Kingdom*, no. 37060/06, § 57; *mutatis mutandis*, Grande Camera, 23 giugno 2008, *Maslov v. Austria*, no. 1638/03, §§ 91-92.

[5] In tal senso, è opportuno in questa sede richiamare Cass. Pen., V sez., 18 giugno 1987 (ud. 18 marzo 1987), in *Riv. it. med. Leg.* 1988, p. 601, con nota di M. Stiaccini, *Liceità della sterilizzazione volontaria*. I Giudici di legittimità stabilirono che, in seguito all'abrogazione del delitto di procurata impotenza *ex art. 552 c.p.*, non fosse configurabile una successione di leggi con l'art. 583, co. 2, n. 3), e che la sterilizzazione volontaria risultasse scriminata dall'art. 50 c.p.; e ciò conformemente agli art. 5 c.c. e 32 della Costituzione, dall'interpretazione congiunta dei quali si evince che non vi sia una necessaria «coincidenza dei termini di integrità fisica e di salute, la quale ultima può esigere atti lesivi della prima [...] quando - come nella specie - la sua materiale lesione risponda ad una scelta dell'individuo (non contraria all'ordine pubblico e al buon costume) nel senso della salute, anche solo psichica».

[6] Organizzazione mondiale della sanità (OMS), Protocollo di costituzione del 22 luglio 1946.

[7] In tal senso, si veda S. Canestrari, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in AA.VV., *La tutela penale della persona della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. Fioravanti, Giuffrè, Milano 2001, p. 62.; R. Bartoli, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2011, p. 101

[8] Sul principio di proporzionalità in senso lato, si vedano F. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 379; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano 2001, p. 630; G. Fiandaca - E. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, p. 128; V. Manes, *Il principio di offensività nel*

diritto penale, Giappichelli, Torino 2005, p. 218 ss.

[9] Su tale questione, si veda R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Giuffrè, Milano 2007, *passim*.

[10] Sull'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio aggravato previsto per le fattispecie circostanziate previste dall'art. 13, comma 3, della legge 40, si consenta il rinvio a V. Tigano, *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2010, p. 1772 ss.

[11] A tal proposito, si vedano i rilievi del governo austriaco nel caso deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, *S.H. e al. c. Austria*, § 66.

[12] Così A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino 2012, p. 102.

[13] In tal senso, si veda U. Salanitro, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia* 2004, p. 494-495.

[14] Sul punto, si veda E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari - G. Ferrando - C.M. Mazzoni - S. Rodotà - S. Zatti, volume del *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano 2011, p. 1596.

[15] Al di là dell'efficacia esecutiva delle pronunce della Corte EDU sugli Stati che siano parti del giudizio, risultante dall'art. 46 CEDU, è stata progressivamente riconosciuta, sia dalla giurisprudenza EDU sia da quella nazionale delle Parti contraenti, l'efficacia vincolante *erga omnes* dell'interpretazione delle norme convenzionali offerta dalla Corte europea. Per quanto riguarda la prima, il riferimento più chiaro si ravvisa in Corte europea dei dir. dell'uomo, 27 marzo 2003, *Scordino v. Italy*, ric. n. 36813/97, in cui si è affermato che «*the Convention, which lives through the Court's case-law, is now directly applicable in practically all the States Parties*». Con riguardo alla nostra Consulta, essa ha reiteratamente affermato di non poter sostituire la propria interpretazione di una norma convenzionale a quella fornita dalla Corte di Strasburgo: le norme della CEDU, quindi, devono essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenze n. 78 del 2012; 236, n. 113 e n. 1 del 2011, n. 93 del 2010, n. 317, n. 311 e n. 239 del 2009, n. 39 del 2008, n. 349 e n. 348 del 2007).

[16] In tal senso, si veda E. Malfatti, *Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla Corte costituzionale (ord. n. 150/2012) ed esigenze del "seguito" alle pronunce di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 aprile 2013; Id., *L'"influenza" delle decisioni delle Corti europee sullo sviluppo dei diritti fondamentali (e dei rapporti tra giurisdizioni)*, in AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, a cura di G. Campanelli - F. Dal Canto - E. Malfatti - S. Panizza - P. Passaglia - A. Pertici, Giappichelli, Torino 2010, p. 185-186; spec. nota 62; R. Romboli, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte EDU come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in www.giurcost.it, p. 13; L. Beduschi - A. Colella, *La Corte EDU salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, 7 novembre 2011, in www.penalecontemporaneo.it.