

sui profili generali della trascrizione dell'atto di pignoramento immobiliare cfr. PALADINI, in AA.VV., *Diritto privato*, Utet, 2009, 1315.

4. LE CONSEGUENZE SUL PIANO PROCESSUALE. Sulla struttura generale del processo esecutivo e sulla rilevanza dei vizi relativi alle nullità (formali ed extraformali), quindi anche sui presupposti processuali, in particolare riferiti alle parti cfr., *ex multis*, LUISO, *passim*; MANDRIOLI-CARRATTA, *passim*, e p. 22 ove, per l'ipotesi del rifiuto della misura esecutiva in un'ottica di libertà delle forme (quando non

siano previsti schemi specifici), potendosi ricorrere a quella utile al raggiungimento dello scopo *ex art.* 121 cod. proc. civ., si fa l'esempio del rifiuto orale del pignoramento da parte dell'ufficiale giudiziario, benché soggetto a possibile controllo da parte del capo dell'ufficio giudiziario, da cui dipende il pubblico ufficiale, *ex art.* 60, n. 1, cod. proc. civ.; con riferimento ad alcune fattispecie di nullità del pignoramento rilevabili d'ufficio, cfr. CAMPEIS-DE PAULI, *Le esecuzioni civili*, Cedam, 2007.

FRANCESCO CAMPIONE

I

► TRIB. FIRENZE, ord. 29.3.2013

PROCREAZIONE ASSISTITA - DIVIETO DI FECONDAZIONE ETEROLOGA - QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE - CONTRASTO CON L'ART. 3 COST. - AMMISSIBILITÀ (l. 19.2.2004, n. 40, art. 4, comma 3°)

È rilevante e non manifestamente infondata, per contrasto con l'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3°, l. 19.2.2004, n. 40, nella parte in cui vieta il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

II

TRIB. MILANO, ord. 3.4.2013

PROCREAZIONE ASSISTITA - DIVIETO DI FECONDAZIONE ETEROLOGA - QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE - CONTRASTO CON GLI ARTT. 117, 2, 3, 29, 31, 32, COMMI 1° E 2°, COST. - AMMISSIBILITÀ (l. 19.2.2004, n. 40, artt. 4, comma 3°, 9, commi 1° e 2°, 12, comma 1°)

È rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 117, 2, 3, 29, 31 e

32, commi 1° e 2°, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3°, dell'art. 9, commi 1° e 3°, limitatamente alle parole «in violazione del divieto dell'art. 4, comma 3» e dell'art. 12, comma 1°, della l. 19.2.2004, n. 40, nella parte in cui impongono il divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo e prevedono sanzioni nei confronti delle strutture che dovessero praticarla.

III

TRIB. CATANIA, ord. 13.4.2013

PROCREAZIONE ASSISTITA - DIVIETO DI FECONDAZIONE ETEROLOGA - QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE - CONTRASTO CON GLI ARTT. 2, 3, 31, 32, COMMI 1° E 2°, COST. - AMMISSIBILITÀ (l. 19.2.2004, n. 40, artt. 4, comma 3°, 9, commi 1° e 2°, 12, comma 1°)

È rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 2, 3, 31 e 32, commi 1° e 2°, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3°, dell'art. 9, commi 1° e 3°, limitatamente alle parole «in violazione del divieto dell'art. 4, comma 3» e dell'art. 12, comma 1°, della l. 19.2.2004, n. 40, nella parte in cui impongono il divieto di fecondazione

medicalmente assistita di tipo eterologo e prevedono sanzioni nei confronti delle strutture che dovessero praticarla.

dal testo:

I

Il fatto. – (*Omissis*) 2. I ricorrenti hanno esposto in fatto:

- di essere coniugati dal 2004 e di non essere riusciti a coricere un figlio per vie naturali, essendo risultata la assoluta sterilità del marito come da documentazione medica che producevano;
- di aver tentato vanamente all'estero, stante il divieto previsto dalla l. 40/2004, la fecondazione eterologa sia *in vivo* sia *in vitro*;
- che i tre anni trascorsi nel tentare la procreazione medicalmente assistita (PMA) all'estero avevano comportato notevoli sacrifici economici oltre che un notevole stress psico-fisico dovuto all'invasività dei trattamenti necessari;
- che, conosciuta la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, resa il 1.4.10, con cui questa aveva condannato l'Austria per violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) in ragione dell'illegittima e irragionevole discriminazione tra coppie operata dalla legge nazionale di quello Stato che proibiscono il ricorso alla donazione di gameti per la fecondazione in vitro ove questa costituisca l'unica possibilità di avere un figlio e dovendo ritenersi che le decisioni della Corte non siano solo un parametro interpretativo per i giudici nazionali ma – a seguito dell'ingresso della CEDU nell'ordinamento comunitario avvenuto con la ratifica del Trattato di Lisbona – abbiano valore vincolante in quanto diritto comunitario, si erano rivolti al Centro convenuto per sottoporsi a trattamento di PMA *in vitro*;
- che il Centro aveva rifiutato, assumendo che la legge 40/2004 vietava in modo assoluto la fecondazione eterologa, che la sentenza della Corte EDU era destinata a produrre effetti diretti solo nell'ordinamento austriaco e che l'eventuale applicazione delle disposizioni della Corte non poteva avvenire in maniera auto-

matica, essendo necessario un provvedimento di un giudice nazionale.

I motivi. 3. In diritto i ricorrenti hanno rilevato:

- che, prima della ratifica del Trattato di Lisbona, la giurisprudenza riteneva costantemente che, mentre le norme comunitarie avevano piena e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, in forza dell'art. 11 Cost., le norme CEDU non producevano “*effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo norme interne in eventuale contrasto*” (C. Cost. sent. n. 348/2007);
- che la Corte Costituzionale aveva inoltre ritenuto che il nuovo testo dell'art. 117 Cost. comportava che l'asserita incompatibilità fra la legge ordinaria e la norma CEDU si presentava come una questione di legittimità costituzionale per violazione del primo comma di detta norma costituzionale e che “*in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa. Infatti «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme» e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, egli deve investire questa Corte delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. (sentenza n. 349 del 2007, par 6 del Considerato in diritto; analogamente sentenza n. 348 del 2007, par. 5 del Considerato in diritto)*” e che “*solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessario, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge*” (C. Cost. sent. 239/2009);
- che, a seguito della ratifica del Trattato di Lisbona, in considerazione dell'esplicito ri-

chiamo operato dall'art. 6 del riformato Trattato UE, l'Unione aderisce alla CEDU e che *"i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione... e risultanti dalla tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"* per cui vi era stata la comunitarizzazione ovvero l'ingresso del sistema CEDU nell'ambito del diritto della UE, con tutte le conseguenze in punto di modalità di adeguamento del diritto interno al diritto sovranazionale e dei rapporti fra i sistemi normativi non più fondati dell'art. 117, ma sull'art 11 Cost.;

– che il rapporto fra legge nazionale e ordinamento della UE – derivante dal coordinamento fra ordinamento comunitario e nazionale previsto dal Trattato di Roma e discendente dall'aver la legge di esecuzione del Trattato trasferito agli organi comunitari, in conformità con l'art. 11 Cost., le competenze nelle materie loro riservate – comportava che *"il giudice italiano accerta che la normativa scaturente da tale fonte regola il caso sottoposto al suo esame, e ne applica di conseguenza il disposto, con esclusivo riferimento al sistema dell'ente sovranazionale: cioè al solo sistema che governa l'atto da applicare e di esso determina la capacità produttiva. Le confliggenti statuizioni della legge interna non possono costituire ostacolo al riconoscimento della «forza e valore», che il Trattato conferisce al regolamento comunitario, nel configurarlo come atto produttivo di regole immediatamente applicabili. Rispetto alla sfera di questo atto, così riconosciuta, la legge statale rimane infatti, a ben guardare, pur sempre collocata in un ordinamento, che non vuole interferire nella produzione normativa del distinto ed autonomo ordinamento della Comunità, sebbene garantisca l'osservanza di essa nel territorio nazionale. D'altra parte, la garanzia che circonda l'applicazione di tale normativa è – grazie al precetto dell'art. 11 Cost., com'è sopra chiarito – piena e continua. Precisamente le disposizioni della CEE, le quali soddisfano i requisiti dell'immediata applicabilità devono, al medesimo titolo, entrare e permanere in vigore nel territorio italiano, senza che la sfera della loro efficacia possa essere intaccata dalla legge ordinaria dello Stato"* (C. Cost., sent. 170/84);

– che, conseguentemente, a seguito dell'ingresso del sistema CEDU nel diritto comunita-

rio, le decisioni della Corte EDU sulle questioni di sua competenza dovevano ritenersi immediatamente applicabili all'ordinamento interno e che, in ipotesi di disposizione interna confligente con la norma e/o la decisione della Corte, il giudice ordinario, operato il controllo di compatibilità, doveva disapplicare la norma interna;

– che, quanto al caso di specie, ciò voleva dire che la decisione della Corte adottata nel caso SH e altri contro Austria poneva prescrizioni aventi valore generale stabilendo un principio di diritto che il giudice nazionale, adito da cittadini che lamentino la lesione di un identico diritto soggettivo fondamentale, effettuato il controllo di compatibilità, doveva applicare;

– che la pronuncia della Corte EDU aveva deciso il ricorso di due coppie di cittadini che avevano sostenuto che le disposizioni della legge austriaca in materia che vietava l'uso di ovuli e di spermatozoi di donatori per la fecondazione *in vitro* erano contrarie al diritto al rispetto della vita privata e familiare in combinato disposto con il divieto di discriminazione (previsti, rispettivamente, all'art. 8 e all'art. 14 della CEDU);

– che la Corte aveva ritenuto che quando era in gioco un aspetto importante della vita di un individuo, il margine di regolamentazione concesso allo Stato doveva essere limitato e, considerato che il desiderio di avere un bambino era un aspetto particolarmente importante, il divieto di procreazione artificiale eterologa non rappresentava una ragionevole sintesi, non essendovi un rapporto di proporzionalità fra mezzi impiegati e scopo perseguito posto che il divieto di ingerenza nella vita privata e familiare era derogabile solo nell'interesse della sicurezza nazionale, della pubblica sicurezza, del benessere economico del paese, della protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui;

– che inoltre la Corte aveva ritenuto che fosse irragionevole la disparità di trattamento fra le coppie che per soddisfare il loro desiderio di un bambino potevano ricorrere alla fecondazione con donazione di gameti *in vivo* (ammessa dalla legge austriaca) e quelle che potevano ricorrere solo alla fecondazione con donazione di gameti *in vitro* (vietata dalla legge austriaca) ed aveva pertanto ritenuto la violazione del

combinato disposto degli artt. 8 e 14 del CEDU;

– che vi era identità di *petitum* e assimilabilità della *causa petendi* fra il loro caso e quello delle coppie austriache;

– che il divieto assoluto di PMA di tipo eterologo – nelle ipotesi in cui sia la generazione per via naturale sia la PMA di tipo omologo fosse precluse per la assoluta inidoneità del materiale generico dell'uomo a fini procreativi – costituiva una irragionevole e sproporzionata compressione di un fondamentale diritto soggettivo, lesiva anche del principio di non discriminazione, discriminando fra coppie sterili o infertili in base alla gravità della condizione patologica;

– che le implicazioni della sentenza della Corte EDU nel caso di specie potevano avere, in relazione alla qualificazione del sistema CEDU accolte dal giudice (post o pre Trattato di Lisbona), effetto di *dictum* con effetti diretti sull'ordinamento interno in forza della comunitarizzazione per violazione degli artt. 8 e 14 CEDU o criterio interpretativo in forza del quale il giudice deve procedere all'adeguamento del diritto interno con rilievo della questione di legittimità costituzionale solo ove ciò non fosse possibile o l'eventuale disciplina derivante facesse sorgere dubbi di legittimità costituzionale;

– che la lamentata violazione del diritto di procreare costituiva anche violazione di norme costituzionali (artt. 2, 3 e 13, oltre che 32 ove la sterilità fosse qualificata come patologia e le tecniche di PMA come trattamenti terapeutici);

– che la disapplicazione o la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4, 3° comma della l. 40/2004 non creerebbe alcun vuoto normativo in quanto la parte relativa all'approvvigionamento, controllo, conservazione e donazione dei gameti era disciplinata dai DLgs 191/07 e 16/10 mentre quella relativa alla tutela dei nati e dell'integrità della famiglia era disciplinata dall'art. 9 della l. 40/2004, che prevede l'esclusione dell'azione di disconoscimento della paternità da parte di colui che in qualità di partner della donna l'aveva autorizzato a sottoporsi a PMA di tipo eterologo e l'assenza di ogni relazione giuridica fra il nato ed donatore dei gameti che non può far valere alcun diritto nei suoi confronti né essere soggetto ad obblighi;

– che sussistevano i requisiti per il richiesto provvedimento d'urgenza: il *fumus boni iuris* risultando dai principi costituzionali richiamati, mentre il *periculum in mora* derivando dai rischi di ulteriori danni alla loro integrità psicofisica e dall'età della ricorrente (nata nel 1972).

Quale azione di merito, i ricorrenti hanno indicato la richiesta “di accertamento del loro diritto ad accedere a tecniche di PMA di tipo eterologo; di realizzare la fecondazione *in vitro* mediante utilizzo del materiale genetico fornito dalla coppia ricorrente e/o comunque proveniente da un terzo donatore anonimo individuato di concerto col centro medico; di aver trasferito gli embrioni che sia con riguardo al numero che alle modalità, risultino compatibili con la tutela del proprio diritto alla salute; di crioconservare gli eventuali embrioni risultati soprannumerari all'esito del trattamento di PMA realizzato con successo”.

4. Si costituiva il centro convenuto che rilevava che, in presenza dell'art. 4, comma 3 della l. 40/2004 che vietava senza eccezione la PMA di tipo eterologo, esso non poteva, pur in presenza della sentenza della Corte EDU citata dalle controparti, adempiere alle loro richieste senza una specifica pronuncia del giudice competente.

Rilevava comunque di condividere le argomentazioni di cui al ricorso, osservando che il TAR del Lazio, con sentenza n. 1198/10, aveva ritenuto che l'adesione della UE alla CEDU ed il riconoscimento che “*i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione... e risultanti dalla tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*” comportava la conseguenza che le norme della Convenzione erano immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali e perciò in Italia ai sensi dell'art. 11 Cost. con l'obbligo per il giudice di applicare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario o di procedere in via diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario senza dover transitare per il filtro della loro incostituzionalità.

Osservava infine la piena fattibilità sul piano tecnico-sanitario e normativo della prestazione medica chiesta dai ricorrenti e si dichiarava remissiva alle loro richieste.

5. Intervenivano volontariamente in causa

con unico atto le associazioni Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica, Amica Cicogna ONLUS e Cerco un bimba e, con atto distinto, la associazione Liberididecidere, assistite dal medesimo avvocato dei ricorrenti e tutte *ad adiuvandum* i ricorrenti di cui ribadivano le deduzioni, richiamando anch'esse la sentenza del TAR del Lazio. In udienza anche l'avvocato dei ricorrenti richiamava la sentenza del TAR del Lazio come conferma della ricostruzione di cui al ricorso, in punto di diretta applicabilità delle decisioni della sentenza CEDU agli Stati membri.

6. Il tribunale, con ordinanza del 1./6.9.10 sollevava "questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19.2.2004, n. 40 per contrasto con l'art. 117, 1° comma, Cost. in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU – come interpretato dalla sentenza della Corte EDU del 1°4.10 emessa nel caso S.H. e altri contro Austria – e con l'art. 3 Cost."

7. La Corte Costituzionale, con ordinanza n. 150 del 7.6.12, restituiva gli atti (a questo tribunale ed ai tribunali di Catania e Milano che avevano sollevato questioni analoghe, decise con la medesima ordinanza) "alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria" che aveva escluso, riformando la sentenza richiamata nel ricorso la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU da parte della legge austriaca, "affinché i rimettenti procedano ad un rinnovato esame dei termini delle questioni".

8. I ricorrenti, con memoria autorizzata hanno ribadito quanto esposto nel ricorso, aggiungendo osservazioni critiche sulla sentenza della Grande Chambre.

9. Rilevanza della questione di legittimità costituzionale.

9.1. I ricorrenti si trovano nelle condizioni stabilite dagli artt. 1, 2° comma, e 4, 1° comma, della l. 40/2004 che prevedono, rispettivamente, che il ricorso alla PMA "è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità" e "solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di in-

fertilità da causa accertata e certificata da atto medico".

Nel caso di specie, risulta dalla documentazione prodotta ai ricorrenti che il ricorrente risulta che egli è affetto da "azoospermia con assenza di cellule spermatogeniche" "azoospermia non ostruttiva in ipogonadismo-ipogonadotropo (azoospermia non ostruttiva secretoria pre-testicolare)" (cfr. certificato 11.5.10 della ASL CN1), risultata pur a seguito dei trattamenti con gonadotropine e terapia androgenica sostitutiva (cfr. certificato 1.7.2007 della Azienda Ospedaliera S. Croce e Carle-Cuneo e risultati analisi sperma); risultano peraltro effettuati vanamente alcuni tentativi di PMA.

Risultano pertanto, nelle forme richieste dalla norma, sia l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione sia la sussistenza di un caso di sterilità da causa accertata.

9.2. I ricorrenti si trovano inoltre nella condizione soggettiva stabilita dall'art. 5 della l. 40/2004, essendo viventi, coniugi, maggiorenni ed in età potenzialmente fertile (avendo 34 anni il ricorrente e 38 la ricorrente).

9.3. È evidente che la sterilità del ricorrente comporta che l'unica tecnica di PMA utilmente applicabile nel caso potrebbe essere solo quella di tipo eterologo, che è – appunto – assolutamente vietata dal 3° comma dell'art. 4 l. 40/2004, per cui la richiesta comporta l'applicazione della suddetta norma.

9.4. Quanto all'ammissibilità del rilievo della questione di legittimità costituzionale in sede cautelare, si richiama, da ultimo, la sentenza della Corte Costituzionale n. 151/2009 che, in un giudizio promosso anche da questo Tribunale e sempre in questa materia, ha rilevato che "la giurisprudenza di questa Corte ammette la possibilità che siano sollevate questioni di legittimità costituzionale in sede cautelare, sia quando il giudice non provveda sulla domanda, sia quando conceda la relativa misura, purché tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice fruisce (sentenza n. 161 del 2008 e ordinanze n. 393 del 2008 e n. 25 del 2006). Nella specie, i procedimenti cautelari sono ancora in corso ed i giudici a quibus non hanno esaurito la propria potestas iudicandi: risulta, quindi, incontestabile la loro legittimazione a solle-

vare in detta fase le questioni di costituzionalità delle disposizioni di cui sono chiamati a fare applicazione (sentenza n. 161 del 2008)”.

Nel caso, il procedimento cautelare verrà sospeso per il rilievo della questione di legittimità costituzionale e dunque è ancora in corso.

10. Manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 della Costituzione.

10.1. Il giudice ribadisce anzitutto il contenuto della propria precedente ordinanza (punto 8.1.) in ordine alla non avvenuta ‘comunitarizzazione’ della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo a seguito del Trattato di Lisbona.

10.2. Il giudice richiama poi il contenuto della propria precedente ordinanza (punti 8.2., 8.3. e 8.4.) in ordine ai termini del rilievo di un ritenuto contrasto fra una disposizione della CEDU ed una norma di diritto interno, che si pone esattamente nei termini attestati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 (e confermati dalle sentenze nn. 39/2008, 239 e 311 del 2009), la quale espressamente affermato “che al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, **nell’interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo** (grassetto del presente estensore), alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti”.

10.3. Considerato che la Grande Chambre ha offerto una interpretazione degli artt. 8 e 14 della CEDU che ha portato ad escludere la violazione da parte della legge austriaca di dette norme, il giudice nazionale non può che adeguarsi e, nella specie, concludere per la manifesta infondatezza della violazione dell’art. 117 Cost.

11. Non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 3 della Costituzione.

11.1. Ritiene il giudice che permangano ragioni per ritenere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 4, comma 3, della legge 19.2.2004, n. 40 per contrasto con l’art. 3 della Costituzione.

Tale limitazione appare in contrasto con il principio di ragionevolezza che è un corollario del diritto di uguaglianza, in forza della quale il giudizio di legittimità costituzionale delle norme deve essere compiuto verificando la logicità in-

terna della normativa e la giustificazione oggettiva e ragionevole delle differenze di trattamento.

E tale principio ha ancora maggiore rilievo laddove la norma venga ad incidere sui diritti fondamentali della persona, fra cui rientrano certamente quelli relativi alla creazione di una famiglia, compresa la scelta di avere figli, tutelati dagli artt. 2, 29 e 31 della Costituzione.

Esso impone al legislatore di non disciplinare in maniera difforme situazioni soggettive analoghe; pertanto egli non può – in assenza di razionali ragioni giustificatrici – trattare diversamente soggetti che si trovino in situazioni uguali o anche analoghe.

Come ritenuto dalla Corte Costituzionale (sent. 17.12.2010, n. 359) per verificare la ragionevolezza di un trattamento normativo differenziato deve farsi riferimento al “*punto centrale della disciplina, nella prospettiva in cui si colloca lo stesso legislatore*”.

Nel caso in esame il legislatore dichiara espressamente (all’art. 1) che l’obiettivo della legge in esame è quello di “*favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana*” consentendo “*il ricorso alla procreazione medicalmente assistita... qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità*”.

Il divieto di cui all’art. 4, comma 3, appare violare l’art. 3 sotto il profilo della ragionevolezza, in quanto ne risulta un trattamento opposto di coppie con problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità, che si differenziano solo per il tipo di patologia che li provocano, dovendosi invece ritenere che, ad una situazione sostanzialmente uguale (sterilità o infertilità) possa corrispondere la uguale possibilità il ricorso alla procreazione medicalmente assistita applicando la tecnica utile per superare lo specifico problema, da individuarsi in relazione alla causa patologica accertata, anche se evidentemente essa sarà diversa fra un caso e l’altro. (*Omissis*)

[PAPARO G. *Un.*]

II

Il fatto. I. In data 16.9.2010 i coniugi P.E. e M.M. presentavano reclamo *ex art.* 669-terde-

cies c.p.c. chiedendo, in riforma dell'ordinanza di rigetto, depositata il 6 settembre 2010 dal giudice di prima istanza, fosse ordinato in via d'urgenza al medico convenuto, dott.ssa V.A. di eseguire in favore dei ricorrenti, secondo le metodiche della procreazione medicalmente assistita, la c.d. fecondazione eterologa – nel caso di specie la donazione di gamete maschile necessitata dalla infertilità assoluta con azoospermia completa da cui risulta affetto il ricorrente sig. M. secondo le pratiche accertate dalla miglior scienza medica.

Deducevano, riproponendo le argomentazioni dispiagate nel ricorso *ex art.* 700 c.p.c. del 18 giugno 2010, disattese dal giudice di prime cure, che (*Omissis*) si configurava un contrasto tra l'art. 4 comma 3 della legge n. 40 del 2004, che prevede il divieto assoluto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in particolare con gli articoli 8 e 14 della convenzione, così come interpretati dal Giudice europeo.

Con ordinanza del 2 febbraio 2011, rilevato che non era possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il Collegio, non potendo – nella propria funzione di giudice comune – procedere all'applicazione della norma della CEDU, in luogo di quella interna contrastante, né tanto meno fare applicazione di una norma interna ritenuta in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, sollevava la questione di costituzionalità, con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Costituzione. (*Omissis*)

Alla luce della sentenza della Grande Camera, emessa in data 3.11.2011 in riforma della precedente pronuncia di prima istanza del 1°4.2010, codesta Corte, con ordinanza n. 150/2012, ha restituito gli atti al giudice remittente, chiedendo di procedere ad una nuova valutazione dei profili di illegittimità costituzionale della norma in tema di divieto di fecondazione eterologa, già oggetto dell'eccezione di costituzionalità sollevata. (*Omissis*)

I motivi. II. Tanto premesso ed in osservanza delle determinazioni della Corte, il collegio rileva quanto segue.

I Giudici della Grande Camera, pur dichiarando che il parziale divieto di eterologa adot-

tato dallo Stato austriaco non costituiva violazione degli articoli 8 e 14 del Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ribadiscono i principi da adottarsi nella valutazione della conformità delle norme emanate dal Legislatore nazionale ai valori della Convenzione.

La Corte in secondo grado, invero, conferma che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di utilizzare a tal fine la procreazione medicalmente assistita costituisce un diritto protetto dall'art. 8 CEDU, costituendo espressione del diritto di libera determinazione nella vita privata e familiare; da ciò consegue che nell'ambito della tutela della vita privata di ogni cittadino rientra non solo il diritto di avere o non avere un figlio, ma anche quello di concepire un figlio mediante l'utilizzo di tecniche di procreazione assistita (par. 82, sent. Gr.Ch.).

L'aspetto di maggiore novità enucleato dalla motivazione in esame è dato dal riconoscimento di fattori quali la scienza medica ed il consenso sociale, da valutarsi dal legislatore, secondo le indicazioni della Corte, in prospettiva «dinamica»; essi devono essere ancorati al dato temporale di riferimento, con la conseguente necessaria presa d'atto da parte del legislatore, e di conseguenza dell'interprete, dei loro mutamenti e delle progressioni maturate con il decorso del tempo.

(*Omissis*)

In tale prospettiva la Corte richiama il dovere del legislatore nazionale a diversamente valutare le fattispecie in esame, filtrando eventuali precedenti giudizi di esclusione o di deroga con griglie di valutazione formate dalle nuove e diverse cognizioni scientifiche e culturali acquisite.

La Grande Camera richiama altresì il principio di proporzionalità di cui all'art. 8, paragrafo due, della Convenzione, in diretta conseguenza della rapidità e consistenza dell'evoluzione che la scienza e la società conoscono in materia di diritti fondamentali, in particolare nel campo che qui occupa; afferma dunque la necessità che la registrazione di «enormi progressi» debba trovare riscontro nella legislazione interna dei singoli Stati.

Formulando un giudizio consequenziale alle indicazioni autorevolmente offerte dal giudice europeo, deve dunque affermarsi la natura

«mobile» della legislazione in materia, carattere dal quale discende l'obbligo per il legislatore nazionale di approntare norme che rispettino il divenire dei valori in gioco, requisito imprescindibile per ritenere soddisfatto il principio di proporzionalità indicato (par. 118, Gr. Ch.).

Rileva ancora la sentenza che, pur dovendosi riconoscere agli Stati nazionali un ampio margine di discrezionalità in materie eticamente sensibili, va rimarcato che ove «un particolarmente importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo sia in gioco, il margine consentito a uno Stato sarà di norma limitato» (par. 95, Gr. Ch.).

La Corte, infine, ha «assolto» gli impugnati divieti in vigore presso lo Stato austriaco, esprimendo un giudizio «ora per allora», nella sostanza affermando che al momento dell'entrata in vigore delle norme contestate – 1999 – le stesse non violavano i principi enunciati dalla Convenzione.

Osserva il collegio che il Giudice europeo di secondo grado non ha, tuttavia verificato se nel prosieguo di tempo lo Stato nazionale avesse poi rispettato il dovere di evoluzione applicando i principi illustrati dalla stessa Corte, ovvero avesse mantenuto in vita una legislazione non armonica con il progredire delle scienze mediche e il mutamento della sensibilità sociale dei cittadini, requisiti che, se non rispettati, porterebbero il legislatore nazionale – secondo le indicazioni formulate dalla stessa Corte – a violare il principio di proporzionalità richiesto dall'art. 8 della Convenzione, rendendo al contempo non invocabile il margine di discrezionalità riconosciuto ad ogni singolo Stato.

Orbene, tanto premesso, ritiene il collegio che i criteri sottolineati dalla Grande Camera, pur all'interno di una pronuncia di rigetto, costituiscano ineludibile criterio interpretativo per il Giudice delle leggi nazionali al fine di sindacare la corrispondenza della norma impugnata ai valori fondamentali della persona convenzionalmente tutelati, come richiamati nella carta costituzionale italiana.

Devono, dunque, essere integralmente riproposti i principi illustrati e le argomentazioni di spiegate a sostegno della questione di legittimità costituzionale già sollevata; i medesimi, non risultando per le ragioni dianzi esposte superati o contrastati dalla pronuncia di seconda

istanza, mantengono – a parere del Collegio – rilevanza anche all'esito della pronuncia della Grande Camera.

a) Ritengono i giudicanti di condividere l'argomentazione riproposta da parti reclamanti sui possibili effetti ordinamentali della pronuncia del Giudice europeo di secondo grado, alla luce dei principi in materia di fecondazione eterologa ivi non equivocamente riaffermati.

Permane, dunque, la configurabilità del contrasto tra l'art. 4, comma 3, l'art. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto dell'art. 4, comma 3» e l'art. 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004, e gli articoli 2, 29 e 31 della Costituzione nella parte in cui il divieto normativo oggetto di doglianza non garantisce alle coppie cui viene diagnosticato un quadro clinico di sterilità o infertilità irreversibile, il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare e il diritto di autodeterminazione in ordine alla medesima.

Non pare contestabile che l'art. 2 della Costituzione, nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili della persona, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tuteli e garantisca il diritto della persona di formare una famiglia così come riconosciuto all'art. 29 della Costituzione stessa.

Quest'ultima norma pone il rapporto di coniugio a fondamento della famiglia, definita «società naturale», cioè titolare di diritti originari preesistenti allo Stato e da questi riconosciuti.

Non può ritenersi casuale che la Carta, dopo aver trattato del matrimonio, inteso come stabile unione spirituale, affettiva ed economica tra due persone di sesso diverso, abbia ritenuto necessario occuparsi al successivo art. 30 della giusta e doverosa tutela garantita ai figli, siano essi legittimi o naturali, passaggio che presuppone – riconoscendolo – e tutela la finalità procreativa del matrimonio. Le norme richiamate afferiscono i concetti di famiglia e di genitorialità che appaiono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, in quanto tali, non possono – in ossequio a quanto espressamente affermato dalla Grande Camera – considerarsi cristallizzati in principi di esperienza e prassi riferibili esclusivamente all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore; ne consegue che gli stessi debbono essere interpretati tenendo con-

to dell'evoluzione dell'ordinamento, nonché delle trasformazioni della società e dei costumi attraverso i quali la stessa si esprime, anche in applicazione di quanto autorevolmente determinato in una recentissima sentenza dalla stessa Corte costituzionale (cfr. sentenza Corte costituzionale, n. 138 del 2010).

I medesimi Giudici della legge hanno altresì statuito che: «La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti»; dal che può farsi discendere una indicazione giurisprudenziale promanante dalla stessa Corte in ordine alla auspicabilità di una massima espansione della tutela della piena realizzazione di tali diritti (cfr. sentenza n. 494 del 2002).

Né il concepimento di un figlio mediante l'ausilio di pratiche di PMA può dirsi lesivo il diritto del concepito al riconoscimento formale e sostanziale di un proprio *status filiationis*.

Come affermato dalla Corte costituzionale, esso costituisce «un diritto che è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione Onu sui diritti del fanciullo, stipulata a New York il 20 novembre 1989 (ratificata dall'Italia con legge n. 176 del 1991), dall'art. 2 della Costituzione» (cfr. sentenza n. 120 del 2001).

L'insopprimibile diritto del figlio ad avere un nome ed una famiglia, ed a costruirsi una compiuta identità relazionale attraverso il godimento delle indispensabili cure parentali, risulta adeguatamente tutelato anche in caso di fecondazione eterologa, rispondendo a tal fine l'assunzione di ogni inerente obbligo da parte dei genitori biologici e non genetici.

Pare dunque al Tribunale che tale processo evolutivo non possa prescindere da quanto affermato nei principi della CEDU, nei termini in cui gli stessi sono stati definiti dalla Grande Camera nella pronuncia sopra esaminata, che ha riaffermato l'appartenenza del diritto in esame all'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU (sovrapponibile nel contenuto all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, che ha la stessa efficacia dei trattati istitutivi); a tale riconoscimento consegue, dunque, che anche il diritto di una coppia di concepire un figlio e di far uso a tal fine della procreazione medicalmente assistita rientra nell'ambito dell'art. 8, poiché tali scelte costi-

tuiscono chiaramente un'espressione della vita privata familiare.

Le ineludibili conseguenze di quanto la Corte europea di secondo grado ha affermato nella sentenza sopra richiamata conducono – in sintesi – ad affermare che il diritto di identità e di autodeterminazione della coppia in ordine alla propria genitorialità viene compromesso dal divieto di accesso ad un certo tipo di fecondazione necessaria per il caso concreto in tutti i casi in cui la metodica assistita non consentita derivi da un aggiornamento scientifico accettato e condiviso dalla comunità di appartenenza e, soprattutto, risulti funzionale all'espansione ed alla piena realizzazione di quello stesso diritto senza richiedere la compressione di altri diritti fondamentali della persona, né di altri diritti costituzionali ugualmente garantiti.

Nel caso portato all'attenzione di questo Tribunale, quindi, occorre garantire il diritto alla vita privata familiare intesa come diritto all'autodeterminazione della coppia che desideri procreare, ma che, possedendo i requisiti soggettivi previsti dalla legge n. 40 del 2004, debba ricorrere in ragione del proprio quadro clinico ad una delle tecniche di fecondazione eterologa per superare i problemi di fertilità o sterilità presentati, non altrimenti risolvibili; il divieto normativo presente nella legge n. 40 del 2004 condiziona pertanto la possibilità delle coppie eterosessuali sterili o infertili nel proprio diritto di determinare la propria condizione genitoriale e, quindi, di poter concorrere liberamente alla realizzazione della propria vita familiare.

b) Il vigente divieto di fecondazione eterologa si pone, ad avviso di questo Tribunale, in contrasto anche con gli artt. 3 e 31 della Costituzione.

L'impostazione critica dei reclamanti muove da una valutazione di eguaglianza giuridica tra la condizione delle coppie che posseggono gameti fecondabili e quella delle coppie in cui almeno uno dei componenti è incapace di produrre gameti idonei a produrre un embrione.

In ragione di tale presupposto contestano, con argomentazioni logiche e deduttive, la ragionevolezza dell'estensione del divieto previsto al comma terzo dell'art. 4, legge n. 40/2004 a quelle coppie che solo con la deroga a tale rigida disposizione normativa potrebbero avere

un figlio, così raggiungendo lo scopo che il legislatore ha inteso perseguire.

La deduzione di parti ricorrenti appare indivisibile in esito ai principi più volte richiamati della Grande Camera.

Dall'art. 3 della Costituzione discendono il principio di non discriminazione e il principio di ragionevolezza.

I principi cennati comportano il divieto per il legislatore, altrimenti libero nelle materie di propria competenza, di disciplinare in maniera difforme situazioni soggettive analoghe, a maggior ragione nell'ipotesi in cui si versi nel campo dei diritti fondamentali della persona.

In ossequio al principio di uguaglianza e alla necessità di verifica che la legge preveda un trattamento identico per posizioni uguali e differenziato per situazioni soggettive diverse, è stato enunciato il principio di derivazione costituzionale della necessaria coerenza interna dell'ordinamento giuridico, espresso dalla clausola generale di ragionevolezza, in forza della quale si è progressivamente esteso il giudizio di legittimità costituzionale delle norme in termini di logicità interna della normativa, razionalità delle deroghe e giustificazione oggettiva e ragionevole delle differenze di trattamento.

Il legislatore può, pertanto, imporre limiti ai diritti e agli interessi dei soggetti in base alle finalità che si intendono perseguire con l'esercizio del potere legislativo, ma non può trattare diversamente alcuni soggetti rispetto ad altri che si trovino nella stessa situazione, o in situazioni che, pur diverse, risultano essere analoghe, in assenza di razionali ragioni giustificatrici (cfr. sentenze Corte costituzionale numeri 15 del 1960 e 1009 del 1988).

Come già riportato nei paragrafi che precedono, la creazione di una famiglia, ivi inclusa la scelta di avere figli, costituisce un diritto fondamentale della coppia, rispondente ad un interesse pubblico riconosciuto e tutelato dagli art. 2, 29 e 31 della Costituzione.

Soccorre sul punto l'insegnamento della stessa Corte cui si rimette la presente controversia: al fine di verificare l'irragionevolezza di un trattamento normativo differenziato è necessario «individuare il punto centrale della disciplina» cui appartiene la norma in esame (cfr. Corte cost. n. 359 del 2010).

Orbene: l'obiettivo dichiarato dal legislatore all'art. 1 della legge n. 40 del 2004 è proprio quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dell'infertilità della coppia mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e nei modi previsti dal testo normativo, che ha cura di rispettare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. In tale prospettiva, l'introduzione del divieto di cui all'art. 4, comma 3 della stessa legge risulta violare gli artt. 3 e 31 della Costituzione sia sotto il profilo della natura discriminatoria di tale divieto, sia sotto il profilo della ragionevolezza dello stesso.

Risultano infatti trattate in modo opposto coppie con limiti di procreazione, risultando differenziate solo in virtù del tipo di patologia che affligge l'uno o l'altro dei componenti della coppia.

Pur non potendosi affermare l'identità delle procedure di procreazione assistita derivanti dal contributo di materiale genetico proveniente dal soggetto estraneo al rapporto genitoriale instaurando rispetto a tecniche di procreazione assistita eseguite utilizzando gameti derivanti esclusivamente dalla coppia genitoriale biologica, l'esame comparato delle due situazioni evidenzia comunque nel confronto tra le condizioni delle due categorie di coppie infertili una loro sostanziale sovrapposibilità, pur in assenza di coincidenza di tutti gli elementi di fatto.

In sostanza, all'identico limite (infertilità e sterilità di coppia) dovrebbe corrispondere la comune possibilità di accedere alla migliore tecnica medico scientifica utile per superare il problema, da individuarsi in relazione alla causa patologica accertata.

L'elemento non comune (specificità della patologia) non pare idoneo, nella valutazione del Collegio, ad escludere l'applicabilità di un concetto logico di eguaglianza giuridica.

A sostegno della violazione dell'art. 3 della Costituzione, con riferimento alla violazione del principio di non discriminazione, la necessità di rispettare una ragionevole proporzionalità tra i mezzi utilizzati e il fine perseguito.

Osserva il Collegio – per completezza – che i giudici europei deliberavano su situazioni soggettive di coppie potenzialmente genitoriali

nell'ambito esclusivo della fecondazione eterologa, nulla argomentando in ordine ad una potenziale equiparabilità tra tecniche di fecondazione omologa e fecondazione eterologa.

Non pare tuttavia inutile rilevare su questo specifico punto che il caso rimesso alla cognizione dei giudici europei afferiva esclusivamente una potenziale discriminazione nel trattamento di coppie necessitate a ricorrere all'una o all'altra metodica di fecondazione assistita di tipo eterologo, condizione da cui derivava la formale estraneità in quel giudizio di questo specifico aspetto della questione.

È appena il caso di rilevare che l'evoluzione medico scientifica – possibilità di fecondazione eterologa e non solo di quella omologa – risultava da tempo accettata e regolata normativamente dai Paesi resistenti innanzi all'A.G. europea.

Non può essere comunque ignorato che in entrambe le pronunce i Giudici europei hanno utilizzato argomentazioni traslabili *de plano* a fondamento della natura discriminatoria del divieto totale di fecondazione eterologa vigente nell'ordinamento italiano, non costituendo tale divieto l'unico mezzo, e nemmeno il più ragionevole, per rispondere alla tutela dei concorrenti diritti, potenzialmente confliggenti con il riconoscimento del diritto di accedere alle pratiche di PMA eterologa.

A tal fine può essere ricordato che l'ordinamento italiano, così come gli altri ordinamenti europei, conoscono e disciplinano istituti che ammettono la frattura tra genitorialità genetica e genitorialità legittima, quali l'adozione; lo Stato riconosce, quindi, rapporti parentali fondati sul legame affettivo e sull'assunzione di responsabilità, prescindendo e superando la necessità di una relazione biologica genitoriale.

In tale ambito lo stesso ordinamento vigente attribuisce carattere soccombente al diritto del minore adottato a ricostruire e conoscere la propria ascendenza genetica.

Nella prospettiva dei giudici europei appaiono dunque conosciute e ammissibili relazioni genitoriali diverse da quelle biologiche, principio da cui discende l'inidoneità della parziale rottura della linea di sangue (in capo al solo coniuge infertile) presente nella fecondazione eterologa a legittimarne il divieto.

In sintesi, l'interpretazione delle norme co-

stituzionali, applicate alla luce delle indicazioni offerte dalla Corte EDU nell'esame dell'art. 14 della convenzione, pare comportare, anche all'esito della pronuncia di secondo grado, l'affermazione della natura discriminatoria tra coppie sterili ed infertili a seconda del grado evidenziato in forza del divieto di fecondazione eterologa.

c) La Grande Camera riconosce certamente al legislatore nazionale un margine di discrezionalità nelle materie eticamente sensibili; tuttavia, l'autonomia riconosciuta è dalla medesima definita «limitata» in tutti i casi in cui debba essere regolato, come nel caso di specie, un aspetto importato dell'esistenza e dell'identità del cittadino.

Orbene, un'interpretazione convenzionalmente orientata dei principi costituzionali in esame non può che parametrare il limite in discussione ai valori di conoscenza scientifica e condizionalta sensibilità sociale più volte richiamati, non eludibili facendo ricorso – con finalità occultanti – allo schermo della discrezionalità legislativa; ad una siffatta lettura ritiene il collegio che la norma deferita presenti, dunque, un apprezzabile aspetto di inadeguatezza costituzionale.

d) Osserva, infine, il collegio remittente che, anche in esito alla pronuncia della Grande Camera, appare configurabile il contrasto delle norme in esame con gli artt. 3 e 22 della Costituzione, poiché con il divieto di fecondazione eterologa si rischia di non tutelare l'integrità fisica e psichica delle coppie in cui uno dei due componenti non presenta gameti idonei a concepire un embrione. Le tecniche di PMA debbano essere qualificate come rimedi terapeutici sia in relazione ai beni che ne risultano implicati, sia perché consistono in un trattamento da eseguirsi sotto diretto controllo medico, finalizzato a superare una causa patologica comportante un difetto di funzionalità dell'apparato riproduttivo di uno dei coniugi (o conviventi) che impedisce la procreazione, rimuovendo, nel contempo, le sofferenze psicologiche connesse alla difficoltà di realizzazione della scelta genitoriale.

Non vi è dubbio che la scienza medica ad oggi consente l'esecuzione di tecniche di fecondazione in vivo e in vitro di tipo eterologo, con utilizzo di gameti sia maschili, sia femminili, provenienti da un donatore terzo rispetto al-

la coppia; come è noto, si tratta di protocolli terapeutici correntemente in uso in molti dei Paesi europei.

Quanto alla scelta degli strumenti terapeutici utilizzabili per superare i problemi procreativi della coppia, la Corte costituzionale ha di recente affermato che: «La giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (cfr. sentenza Corte costituzionale, numero 151 del 2009).

La norma in discussione pare, dunque, carente anche sotto il profilo indicato, non consentendo l'espansione della genitorialità in presenza di limiti funzionali superabili attraverso il ricorso di interventi medicali sconosciuti, ed anche solo inimmaginabili, sino a pochi anni orsono e resi possibili dal progredire esponenziale delle scoperte scientifiche e delle tecniche applicative.

III. Tutto ciò premesso, si ritiene di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, dell'art. 9, commi 1 e 3 limitatamente alle parole «in violazione del divieto dell'art. 4, comma 3» e dell'art. 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004 per contrasto con gli artt. 117, 2, 3, 29, 31, 32, commi 1 e 2 Costituzione nella parte in cui impongono il divieto di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo e prevedono sanzioni nei confronti delle strutture che dovessero praticarla. (*Omissis*)

[BICHI Presidente – DORIGO Estensore]

III

Il fatto. I ricorrenti coniugati dal 2005, con ricorso ex art. 700 c.p.c., deducevano: di essere coppia infertile ai sensi della legge n. 40/04, essendosi accertata per il partner femminile una sterilità assoluta causata da menopausa precoce; che dopo essersi rivolti a vari specialisti, contattavano il Centro UMR, specializzato in medicina

della riproduzione di cui è direttore responsabile il dr. A.G., che, nel confermare la diagnosi di infertilità dovuta a menopausa precoce, riteneva inutile e potenzialmente dannoso per la salute della sig.ra C. procedere con ulteriori terapie ormonali, indicando quale unica via percorribile il ricorso alla c.d. ovodonazione; che, quindi, essi coniugi R.C. si rivolgevano al predetto centro chiedendo che venisse eseguita tale tecnica; che il dr. A.G. odierno resistente, opponeva un rifiuto essendo nel nostro Paese vietata, giusta il disposto dell'art. 4 comma 3 della legge n. 40/04, la fecondazione di tipo eterologo.

Pertanto, i coniugi R.C. sostenevano, in primo luogo, la necessità di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 4 comma 3 della legge n. 40/04, incentrata sulla valorizzazione del combinato disposto degli artt. 4 e 5 della legge medesima. (*Omissis*)

I ricorrenti, ritenevano che, non ammettendo l'interpretazione delle norme testé suggerita, l'ipotesi di interpretazione rigida delle citate norme si poneva in contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 31, 32 e 117 comma 1 Cost. (*Omissis*)

I ricorrenti, pertanto, concludevano chiedendo che, ritenuta la sussistenza del *fumus boni iuris*, sulla base dell'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa, e del *periculum in mora*, venisse ordinato in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c. al centro UMR di "eseguire a favore dei ricorrenti, secondo l'applicazione delle metodiche della procreazione assistita, la c.d. fecondazione eterologa e, nel caso di specie, la donazione di gamete femminile secondo le migliori e accertate pratiche mediche".

Nel caso, poi, di interpretazione rigida della suddetta normativa, domandavano che, stante la sostenuta incostituzionalità della normativa medesima, fosse ritenuta non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3 della legge n. 40/04 per violazione degli artt. 2, 3, 31, 32 e 117 comma 1 Cost. (*Omissis*)

In data 21.10.10, il Giudice depositava ordinanza con cui, premessa l'impossibilità di superare il divieto di fecondazione eterologa attraverso la lettura costituzionalmente orientata suggerita dai ricorrenti, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza, rimetteva alla

Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole “in violazione del divieto dell’art. 4 comma 3”, 12 comma 1 della legge n. 40/04 per contrasto con gli artt. 117 comma 1 Cost., 2, 3, 31 e 32, commi 1 e 2, Cost., nella parte in cui impongono il divieto di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo e prevedono sanzioni nei confronti delle strutture che dovessero praticarla.

Con ordinanza n. 150 del 22.5.12, la Corte Costituzionale, disposta la riunione dei giudizi promossi dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanza del 6.9.10, dal Tribunale ordinario di Catania con la citata ordinanza del 21.10.10, e dal Tribunale ordinario di Milano con ordinanza del 2.2.11, siccome aventi ad oggetto, in parte, le stesse norme, censurate in relazione a parametri costituzionali, per profili e con argomentazioni in larga misura coincidenti, e ritenuta l’ammissibilità delle questioni proposte, (*Omissis*) ha osservato che tutti i rimettenti sollevano anzitutto questione di legittimità costituzionale delle norme oggetto di censura in riferimento all’art. 117 comma 1 Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e premettono di dover applicare queste ultime “nell’interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo” con la sentenza della prima sezione del 10.4.2010, S.H. ed altri contro Austria.

Aggiunge, però, la Corte delle leggi che, successivamente a tutte le ordinanze di rimessione, la Grande Camera della Corte di Strasburgo, (*Omissis*) si è pronunciata in senso diverso sul principio enunciato dalla prima sezione con la sentenza dell’1.4.2010 richiamata dai rimettenti per identificare il contenuto delle norme della CEDU ritenute violate dalle disposizioni interne censurate.

Pertanto (*Omissis*) la Corte Costituzionale ha ritenuto che la pronuncia della Grande Camera, incidendo sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus*, costituisca un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta (*Omissis*) ed ha, pertanto, disposto la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* “affinché i rimettenti procedano ad un rinnovato esame dei termini delle questioni”.

(*Omissis*) Con ordinanza del 28.1.2013 il Giudice di prime cure sosteneva l’insussistenza, nel caso *de quo*, del requisito della non manifesta infondatezza della questione proposta con riguardo ai parametri evocati.

(*Omissis*) Al fine di verificare la sussistenza del denunciato contrasto dell’art. 4 comma 3 della legge n. 40/04 con le norme di cui agli artt. 8 e 14 della CEDU, non può non tenersi conto del modo in cui queste ultime sono state interpretate dalla Corte di Strasburgo.

(*Omissis*)

La Corte CEDU ha ritenuto (*Omissis*) che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di fare uso a tal fine delle tecniche della PMA rientri nell’ambito del diritto al rispetto della vita privata e familiare, tutelato dall’art. 8 della CEDU, e che l’esercizio di tale diritto (come di tutti i diritti tutelati dalla Convenzione) debba essere consentito dagli Stati aderenti alla CEDU senza alcuna discriminazione e disparità di trattamento, come previsto dall’art. 14 della Convenzione stessa.

All’interno di tale impostazione, non è ravvisabile – ad avviso di quel decidente – alcuna incompatibilità tra l’art. 4 comma 3 della legge n. 40/04 e le richiamate disposizioni convenzionali, atteso che il divieto assoluto di fecondazione eterologa posto dal citato art. 4 comma 3 di certo si configura – nella logica dell’art. 8 della CEDU – come “ingerenza della pubblica autorità” nella scelta della coppia (costituente espressione del diritto al rispetto della vita privata e familiare) di concepire un figlio facendo ricorso a tale tecnica procreativa, ma la suddetta ingerenza risulta giustificata dalla necessità di assicurare protezione a diritti altrui di rango non inferiore (*Omissis*) e che: “Le condizioni e le limitazioni previste dalla citata legge alla possibilità di ricorrere alla PMA sono, dunque, imposte dalla superiore esigenza di tutela della salute e dignità dei soggetti coinvolti, tra cui il concepito che – in caso di fecondazione di tipo eterologo ed, in specie, in caso di fecondazione assistita da attuarsi (come nel caso che ci occupa) tramite donazione di ovociti – verrebbe a trovarsi in una situazione di “maternità frammentata” (vi sarebbero, infatti, una madre “genetica” che si identifica nella donatrice ed una madre “biologica” che si identifica in colei che dà alla luce il bambino).

E tale situazione – come va sottolineato – non è in alcun modo assimilabile ad altri istituti giuridici ammessi dal nostro ordinamento quali l'adozione poiché, in caso di adozione, vi sono due genitori legittimi (gli adottanti) che non corrispondono ai genitori biologici (la cui identità è destinata a rimanere coperta da anonimato) senza che tra i primi e i secondi si instauri alcuna sovrapposizione o concorso nella procreazione tale da rendere incerta l'identità del figlio.

(*Omissis*) Quanto alla lamentata violazione dei c.d. parametri interni, il Giudice di prime cure ha concluso per la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionalità sollevata dalle parti ritenendo che in tutti i casi in cui si era prospettata la violazione degli artt. 2, 3, 31, 32 della Cost. occorre fare una valutazione di bilanciamento tra gli interessi della coppia che necessita di donazione di gameti, la libera espressione della personalità di detta coppia, il diritto di creare una famiglia e di curare la salute, con il diritto di un terzo, il nascituro, ad avere la certezza della propria provenienza genetica. Tale bilanciamento, nell'ordinanza reclamata, veniva risolto a favore del nascituro con conseguente accantonamento dei diritti della coppia, declaratoria di manifesta infondatezza della questione e rigetto del ricorso *ex art. 700 c.p.c.*

Con ricorso depositato il 28.1.2013 i coniugi proponevano reclamo avverso tale provvedimento di rigetto insistendo nel sostenere l'irragionevolezza della normativa di riferimento sotto il profilo della violazione dei più volte indicati parametri interni e chiedendo raccoglimento del ricorso.

All'udienza del 28.2.2013 il Tribunale si riservava di provvedere.

I motivi. (*Omissis*) Sotto il profilo della non manifesta infondatezza della questione vale evidenziare quanto segue.

Si conviene con il Giudice dell'ordinanza reclamata nella parte in cui afferma non possa più parlarsi di contrasto tra la legge n. 40/2004 e l'art. 117 della Cost. essendo ormai intervenuta la sentenza della Grande Camera che ha escluso sussistere alcun contrasto tra la legislazione austriaca sulla fecondazione eterologa *in vitro* e gli artt. 8 e 14 della Cedu, rinvenendo in essa

un'ipotesi in cui il legislatore di quella nazione ha legittimamente ritenuto, nell'ambito della sua discrezionalità, di limitare il diritto della persona (la coppia sterile) imposto dalla necessità di tutelare i diritti di terzi (il nascituro).

Quanto alla posizione in cui si trova il Giudice italiano quando sopravviene un'interpretazione delle norme convenzionali da parte della Corte di Strasburgo (si veda, tra le tante, Corte Cost. sentenza n. 236/2011) (*Omissis*).

Il Giudice italiano rimane libero nel valutare la non manifesta infondatezza della questione del contrasto tra norma di riferimento e parametri "interni".

Al riguardo, questo Collegio ritiene doversi discostare dall'interpretazione adottata dal Giudice dell'ordinanza reclamata.

I parametri interni ivi richiamabili e richiamati sono gli artt. 3, 31, 2, e 32 Cost.

Innanzitutto, ritiene questo collegio che la norma in esame violi gli artt. 3 e 31 Cost.

Come osservato da questo Tribunale in composizione monocratica con l'ordinanza di remissione del 21.1.2010: "dall'art. 3 discendono tanto il principio di non discriminazione che quello di ragionevolezza. Tali limiti imposti al legislatore comportano che lo stesso, pur essendo nella condizione di disciplinare le materie che sono attribuite alla sua competenza in modo libero, tuttavia, non può escludere determinati soggetti dal godimento di specifiche situazioni, o imporre agli stessi divieti, in modo discriminatorio, a maggior ragione quando tali situazioni sono costituzionalmente rilevanti.

(*Omissis*)

Il legislatore può, così, imporre limiti ai diritti e agli interessi dei soggetti in base alle finalità che si intendono perseguire con l'esercizio del potere legislativo ma non può trattare diversamente determinati soggetti rispetto ad altri che si trovino nella medesima o analoga situazione, a meno che la disparità di trattamento non sia giustificata in modo ragionevole (*Omissis*).

Ora, 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), dunque, 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".

Nel caso in esame, nella persistenza del divieto *de quo* sarebbero trattate in modo opposto coppie con problemi di procreazione, risultando differenziate solo dal tipo di patologia che affligge i componenti della coppia.

Inoltre, viene in rilievo l'art. 3 Cost. anche sono il profilo del divieto di irragionevolezza dal momento che le coppie soggette alla patologia più grave sarebbero escluse dall'accesso alla fecondazione assistita.

Infine, come osservato dal Tribunale di Milano, nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del 9.4.2013, i concetti di famiglia e genitorialità, richiamati dall'art. 31 Cost., in quanto afferenti a principi costituzionali, sono dotati di naturale duttilità e, quindi, devono forgiarsi alla luce dell'evoluzione socio-culturale del momento storico.

Non può non sottacersi che il concetto di famiglia è andato cambiando, estendendosi notevolmente, dal di dell'emanazione della Carta Costituzionale.

Sussiste la violazione dell'art. 2 della Cost.

Il divieto oggetto di censura, infatti, non garantisce alle coppie, cui viene diagnosticato un quadro clinico di sterilità o infertilità irreversibile, il proprio diritto alla vita privata e familiare, e il proprio diritto di identità e di autodeterminazione.

Come è stato osservato da questo Tribunale in composizione monocratica con l'ordinanza di remissione del 21.10.2010: "la decisione da parte delle coppie sterili o infertili di far uso della procreazione artificiale riguarda, infatti, la sfera più intima della persona, incidendo direttamente sulla stessa libertà di autodeterminarsi; ma tale diritto, inevitabilmente, è condizionato dai limiti determinati dalla patologia di cui le coppie stesse soffrono, trovandosi, in presenza del divieto di donazione dei gameti, nell'impossibilità di poter fondare una famiglia e quindi di poter costruire liberamente la propria vita ed esistenza".

Vi è, infine, il contrasto con l'art. 32 Cost.

Infatti, non vi è dubbio che le tecniche di PMA siano da considerarsi come rimedi terapeutici sia in relazione ai beni che ne risultano coinvolti (cfr. Corte Cost. n. 559/1987 e n. 185/1998) sia perché implicano un trattamento

da eseguirsi sotto diretto controllo medico, coperto da SNN e diretto a superare una causa patologica che impedisce la procreazione.

Il divieto posto dalla l. 40/2004, dunque, impedirebbe, irragionevolmente, la cura di una patologia acclarata di cui la coppia è affetta.

Quanto al profilo del coinvolgimento, in ogni vicenda relativa alla c.d. fecondazione eterologa, di diritti di terzi, non affrontato dall'ordinanza del 21.10.2010, ma evidenziato dalla recente pronuncia della Grande Camera, il Collegio ritiene di optare per una soluzione differente rispetto a quella fatta propria dal Giudice dell'ordinanza reclamata.

I terzi i cui diritti vengono in rilievo nel caso di accesso alla fecondazione eterologa sono la madre genetica, la madre biologica e il nascituro.

Al riguardo, questo collegio non ritiene, in primo luogo, possa ravvisarsi un profilo di rischio alla salute (fisica o mentale) per la madre biologica per l'impianto di un gamete da essa non prodotto dal momento che non risulta, allo stato delle attuali e condivise conoscenze mediche, non soltanto alcuna certezza di un reale pericolo in tal senso ma neppure l'esistenza di alcuna casistica negativa che abbia una qualche incidenza statisticamente apprezzabile di danni di alcun genere in assenza di autorevoli e condivisi rilevamenti e/o studi scientifici che possano in qualche modo confermare tale pericolo, potendosi, tutt'al più, ipotizzare di trovarsi di fronte ad una mera e soggettiva presunzione di pericolo suggerita, forse, dalla novità e particolarità della situazione e dalle questioni etiche poste, presunzione, però, non suffragata da adeguato, attendibile e condiviso supporto scientifico.

Analoghe considerazioni possono farsi con riferimento alla salute della donatrice chiamata, secondo alcuni, in ipotesi, a stressare il proprio fisico per l'eventuale commercializzazione dei gameti.

Questo pericolo è evitato, invero, dal divieto della l. 40/2004 di commercializzazione degli ovuli ed è, comunque, comune ad altre e ben più rilevanti ipotesi, eticamente e socialmente ampiamente approvate, di donazione di tessuti, organi o parti di essi tra viventi.

Questo collegio non ritiene, infine, sussistano i presupposti per pregiudicare il diritto del-

la coppia a fronte del presunto diritto del nascituro alla consapevolezza della propria provenienza genetica.

Giova, infatti, richiamare al riguardo la sentenza della Corte Costituzionale n. 27 del 1975 la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'allora vigente art. 546 del codice penale (che puniva chi cagionava l'aborto di donna consenziente), nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse venire interrotta allorché l'ulteriore gestazione implicasse danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre.

In essa è pur vero che il Giudice delle leggi ha affermato che la tutela del concepito – che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) – ha fondamento costituzionale nell'art. 31, secondo comma, della Costituzione che impone espressamente la “protezione della maternità” e, più in generale, nell'art. 2 Cost. che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito, ma è anche vero che ha, tuttavia, affermato che questa premessa – che di per sé giustificava l'intervento del legislatore volto a prevedere sanzioni penali – andava accompagnata dall'ulteriore considerazione che l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godono pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione.

(*Omissis*)

Analogamente, nel caso che ci occupa, ritenuto che la soluzione dei problemi riproduttivi mediante la procreazione medicalmente assistita (ai quali la stessa legge n. 40 del 2004 intende porre rimedio) è una situazione immediatamente riconducibile nell'alveo del diritto fondamentale alla maternità/paternità, non par dubbio che il bilanciamento tra interessi (diritti) costituzionalmente protetti alla creazione di una famiglia che costituisce un diritto fondamentale, oltre che interesse pubblico, riconosciuto e tutelato ex artt. 2 e 31 Cost. (come affermato dalla Corte Costituzionale (C. Cost. n. 46 del 1993) facenti capo alla coppia e cioè a

soggetti esistenti (persone in senso tecnico), e dall'altro ad una entità (embrione, feto) che soggetto (nel senso pieno di persona) ancora non è, non sembra possa ragionevolmente risolversi in favore del secondo.

Invero, anche a volere attribuire al nascituro una assai ampia tutela (che, come vedremo, la stessa legge n. 40/2004 in effetti gli riconosce), allo stato, esso non sembra, comunque, potersi pienamente equiparare, né giuridicamente né nella comune percezione sociale, alla persona già nata.

In proposito, se è vero che tra le finalità che la l. 40/2004 si propone vi è anche quella di tutelare il concepito, che definisce soggetto, non arriva, però, a modificare l'art. 1 del codice civile che, com'è noto, riconosce la capacità giuridica solo al momento della nascita e subordina ad essa l'effettivo sorgere dei diritti ivi menzionati con riferimento agli artt. 462, 687 e 715 c.c. (per donazione e testamento).

D'altra parte, dalla lettura della legge n. 40/2004, si evince che essa ha voluto tutelare il concepito nel senso di metterlo al riparo da trattamenti “disumani” cui comportamenti spregiudicati avrebbero potuto sottoporlo, quali la crioconservazione, la sperimentazione, la selezione genetica.

Per altro verso, nonostante il capo III sia esplicitamente rubricato come “*disposizioni concernenti la tutela del nascituro*”, deve rilevarsi che le disposizioni in esso contenute non riguardano la tutela diretta del concepito bensì lo stato giuridico del nato (*Omissis*).

Inoltre, ciò che più non convince è la conseguenza cui si giungerebbe in nome dell'esigenza di rispettare il preteso “diritto” del nascituro alla consapevolezza della propria provenienza genetica anche perché, come poco sopra ricordato, provvidamente il 3° comma dell'art. 9 tende (in caso di fecondazione eterologa effettuata in violazione dell'art. 4), come nel caso dell'adozione, a recidere ogni *relazione giuridica parentale del donatore di gameti con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi*”.

Ed, invero, paradossalmente, per essere certi che un futuro soggetto non abbia a patire tale *ipotetica e soggettiva* sofferenza (per l'ignoranza della propria provenienza genetica, comune, peraltro, ad una non trascurabile porzione del

genere umano) gli si impedirebbe, in radice, il ben più rilevante (almeno nel comune sentire) diritto di venire al mondo, rimedio che ragionevolmente appare ben peggiore del male (eventuale) che gli si vorrebbe evitare.

Il diritto alla vita sarebbe, dunque, pregiudicato dal diritto alla ipotetica serenità del nascituro, non certa né oggettiva ma eventuale e dipendente dalla soggettiva sensibilità individuale.

Va, infine, rilevato che l'argomento che intende giustificare, *a posteriori*, il divieto della fecondazione eterologa con l'ipotetica sofferenza *del nato* per l'ignoranza della propria provenienza genetica appare irragionevole ed incoerente con principi ormai consolidati nel nostro ordinamento giuridico così come desunti dalla Suprema Corte di Cassazione da norme e principi costituzionali come quello che, ad esempio, nega al nascituro il diritto a non nascere ovvero a non nascere se non sano (cfr. Cass. n. 14488/2004 e Cass. n. 16123/2006), laddove appare evidente che l'ipotetica sofferenza psicologica (e, dunque, superabile) del nato per l'ignoranza della propria provenienza genetica non può che reputarsi un trascurabile *minus* rispetto alle tutt'altro che rare, spesso gravissime e non emendabili sofferenze perduranti per l'intera esistenza derivanti dalle tante malattie ereditarie e malformazioni congenite o acquisite in utero di cui sono purtroppo popolate le statistiche neonatali.

Inoltre, sotto il diverso profilo dell'esigenza di tutelare il nascituro nel senso di assicurargli con certezza stabili relazioni parentali, v'è da dire che, gli studi effettuati in materia (cfr., ad esempio, quelli messi a disposizione dai reclamanti) hanno accettato che solo una bassa percentuale di casi i genitori biologici hanno svelato al figlio la sua provenienza genetica e, in questi casi, lo sviluppo psico-sociale del figlio non si discosta da quello di figli nati senza l'ausilio a metodi di fecondazione eterologa.

Peraltro, anche in questo caso, la nascita sarebbe preclusa dal possibile, ma non certo, pregiudizio che il figlio potrebbe subire dalla dissociazione tra maternità biologica e maternità genetica.

Di contro, invece, si stagliano i diritti, costituzionalmente protetti, di soggetti esistenti che sicuramente subiranno un pregiudizio in caso

di perdurante divieto alla fecondazione eterologa.

Del resto, il nostro ordinamento prevede la possibilità di relazioni parentali atipiche dal momento che riconosce l'istituto dell'adozione.

Questo Collegio è consapevole che i presupposti e le finalità di tale istituto sono diversi da quelli posti alla base dell'ammissibilità della fecondazione eterologa, ma non può negarsi che anche nel caso dell'adozione può, in concreto, venirsi a creare, nell'adottato, una situazione di disagio psicologico – forse anche maggiore – per la non coincidenza tra maternità biologica (ovviamente comprensiva di quella genetica) e maternità affettiva, disagio forse anche maggiore rispetto alla qui temuta dissociazione tra maternità biologica (e affettiva) e maternità genetica laddove, in questo caso, alla maternità meramente affettiva si somma anche il profondo legame della maternità biologica dato da quella profonda compenetrazione di corpo, di sangue e di nutrimento che lega, comunque, l'embrione prima ed il feto poi alla donna che lo tiene in grembo e dalle cui viscere, infine, il neonato verrà alla luce.

E, certamente, nessuno ha mai sostenuto che la sofferenza che l'adottato possa, in futuro, patire per la mancata conoscenza del genitore naturale possa costituire un ostacolo all'adozione.

Del pari non sembra ragionevolmente potersi sostenere che la sofferenza che il nato da fecondazione eterologa possa, in futuro, patire per la eventuale conoscenza della mancata coincidenza tra (la sua) madre biologica e (la sua) madre genetica – in fondo un *minus* rispetto alla totale estraneità della madre adottiva – possa trovare brutale e paradossale rimedio nella negazione della vita stessa del nascituro.

Da quanto premesso, si deve trarre la conseguenza della perdurante necessità, anche alla luce della decisione della Grande Camera, che la Corte Costituzionale si pronunci in merito alla violazione ad opera della legge 40/2004 degli artt. 2, 3, 31, e 32 Cost. come già disposto dal giudice del Tribunale di Catania con ordinanza del 21.10.2010. (*Omissis*)

[MORGIA Presidente – SABATINO Estensore]

Nota di commento: «*Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*» [★]

I. I casi

Con le ordinanze depositate gli scorsi 29 marzo e 3 aprile, il Tribunale di Firenze e il Tribunale di Milano tornano per la seconda volta ad investire la Corte costituzionale della questione relativa alla *legittimità del divieto assoluto di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo* (d'ora in avanti PMA) contenuto all'art. 4, comma 3°, l. 19.2.2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*).

Pochi giorni dopo, con l'ordinanza del 13.4.2013, anche il Tribunale di Catania in composizione collegiale sospende il giudizio e rimette gli atti alla Consulta, affinché si pronunci sulla medesima questione di legittimità costituzionale.

I fatti da cui originano le controversie sono analoghi: in tutte e tre le vicende le coppie di coniugi ricorrenti sono infertili, a causa di una sterilità assoluta medicalmente accertata ai sensi dell'art. 4, comma 1°, l. n. 40/2004; mentre, però, per la coppia milanese e quella fiorentina l'impossibilità di avere figli deriva dall'azoospermia completa da cui sono affetti i mariti, per la coppia catanese tale impossibilità è dovuta alla menopausa precoce della moglie, superabile soltanto mediante il ricorso alla c.d. ovodonazione.

I ricorrenti agiscono così *ex art.* 700 cod. proc. civ., chiedendo al giudice di emettere in via d'urgenza un provvedimento che autorizzi i competenti centri medici a procedere alla fecondazione *in vitro* con il materiale genetico del donatore esterno alla coppia. In via subordinata, viene sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3°, l. n. 40/2004 per violazione degli artt. 117, comma 1° e 2, 3, 13, 29, 31, 32 Cost.

Tale divieto viene ritenuto ingiustificato, irragionevole e discriminatorio, principalmente in virtù della sentenza della Corte di Strasburgo del 1°4.2010, che ha condannato lo Stato austriaco a rimuovere il divieto normativo di donazione di gameti, maschili e femminili, per la fecondazione *in vitro*, in quanto contrario agli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. I ricorrenti hanno, infatti, richiamato in via preliminare la questione di legittimità costituzionale riferita all'art. 117 Cost., traendo dalla suddetta sentenza argomenti a conforto delle censure propo-

ste in relazione anche agli ulteriori parametri costituzionali evocati.

I Tribunali, aderendo alla tesi della non «comunitarizzazione» della Conv. eur. dir. uomo, anche a seguito della ratifica del Trattato di Lisbona, hanno ritenuto di non poter disapplicare la norma interna in contrasto con la Convenzione europea, né tantomeno di poter procedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, così come richiesto dai ricorrenti, e hanno perciò rimesso gli atti alla Consulta, considerata la rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Con l'ordinanza 22.5.2012, n. 150 la Corte costituzionale, disposta la riunione dei giudizi promossi dai tre Tribunali e ritenuta l'ammissibilità delle questioni proposte, decide di restituire gli atti ai giudici *a quibus*, affinché procedano «*ad un rinnovato esame dei termini delle questioni*». Ciò in ragione della sopravvenuta pronuncia della Grande Camera della Corte di Strasburgo del 3.11.2011 che, ribaltando il giudizio di primo grado, incide, secondo il Giudice delle Leggi, sul significato delle norme convenzionali, costituendo un «*novum*» direttamente influente sulla questione di legittimità costituzionale così come prospettata.

L'invito della Consulta a rivalutare la questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa viene accolto, *in primis*, dal Tribunale di Catania che con l'ordinanza del 7.1.2013, ritiene insussistenti i presupposti per sollevare nuovamente la questione, respingendo così la domanda cautelare dei ricorrenti. Avverso tale provvedimento viene presentato reclamo e questa volta il collegio catanese – con l'ordinanza in commento – accoglie la richiesta, prospettando l'illegittimità del divieto in relazione ai soli parametri interni, ed escludendola con riguardo all'art. 117, comma 1°, Cost., in ragione del riformato orientamento della Corte di Strasburgo.

Allo stesso modo il Tribunale di Firenze, il quale ripropone la questione con esclusivo riferimento all'art. 3 Cost., ritenendo che il nuovo percorso di riflessione sviluppato dalla Grande Camera non determini più una lesione della Convenzione e, dunque, dell'art. 117, comma 1°, Cost.

In senso parzialmente diverso si orienta, invece, il Tribunale di Milano, in quanto oltre a denunciare il consueto contrasto con i principi enucleabili dagli artt. 2, 3, 29, 30, 32 Cost., continua a sostenere l'incompatibilità del divieto con l'art. 117 Cost., recuperando il valore «persuasivo» della decisione della *Grande Chambre*, pur se allo scopo prevalente di accentuare le censure di costituzionalità in riferimento ai suddetti parametri interni.

Da notare, infine, che a differenza del Tribunale di Firenze, i giudici milanesi e catanesi richiedono alla Consulta una verifica sulla legittimità costituzio-

[★] Contributo pubblicato in base a *referee*.

nale dell'intero complesso delle disposizioni legislative attinenti al divieto dell'eterologa, e dunque, non soltanto dell'art. 4, comma 3°, l. n. 40/2004, ma anche dell'art. 9, commi 1° e 3°, nella parte in cui richiamano l'art. 4, comma 3°, e dell'art. 12, comma 1°, della stessa legge, ove si prevedono sanzioni nei confronti delle strutture che utilizzano «a fini procreativi gameti estranei alla coppia richiedente».

II. Le questioni

1. IL QUADRO NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE. Le tre ordinanze in commento riportano al centro dell'attenzione un aspetto della l. n. 40/2004 da sempre profondamente controverso, sul quale la nostra Corte costituzionale è chiamata a prendere posizione. La questione della legittimità costituzionale del divieto di accesso alla donazione di gameti esterni alla coppia, previsto all'art. 4, comma 3°, l. n. 40/2004, risulta particolarmente interessante, non solo per i diversi problemi di ordine giuridico, etico e sociale ad essa sottesi, ma anche perché offre l'occasione di riflettere sui rapporti intercorrenti tra giurisprudenza nazionale e Corte europea dei diritti dell'uomo, il cui costante dialogo contribuisce a rafforzare la c.d. «tutela multilivello» dei diritti fondamentali della persona umana.

Prima di soffermarci sulle decisioni dei tre giudici, è opportuno delineare brevemente il quadro normativo e giurisprudenziale all'interno del quale esse si collocano.

Come noto, l'obiettivo della l. n. 40/2004 è quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana consentendo l'accesso alle tecniche riproduttive nei limiti previsti dalla normativa stessa, la quale tende ad assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compresi quelli del concepito (art. 1, comma 1°, l. n. 40/2004). Tale norma rappresenta l'architrave di tutta la normativa, in quanto dichiara di voler armonizzare l'interesse a superare le condizioni di infertilità/sterilità degli aspiranti genitori con l'interesse del concepito, qualificato espressamente «soggetto di diritto».

Il comma 2° dell'art. 1 precisa, poi, che il ricorso a tali tecniche è consentito qualora non vi siano «altri metodi terapeutici» efficaci per rimuovere le cause di sterilità e infertilità.

L'unica tecnica riproduttiva consentita è quella di tipo omologo (vietate sono, oltre alla PMA eterologa, la maternità surrogata e la clonazione, ex art. 12, l. n. 40/2004), intesa quale *extrema ratio*. I requisiti soggettivi di accesso previsti dalla legge mirano, altresì, a garantire il rispetto dei caratteri fondamentali della procreazione naturale, la piena consapevolezza della coppia e la tutela dell'interesse del mino-

re alla doppia figura genitoriale: l'art. 5 richiede, infatti, che le coppie maggiorenni, di sesso diverso, siano sposate o conviventi, entrambi viventi, e in età potenzialmente fertile.

Per quanto specificamente concerne il divieto di PMA di tipo eterologo, fin dai lavori preparatori della l. n. 40/2004 è emerso un ampio dibattito in ordine all'opportunità e alla legittimità di un tale divieto, e ciò anche in virtù del fatto che tale pratica era stata fino a quel momento consentita dalle Circolari ministeriali allora vigenti (che ne vietavano il ricorso soltanto presso le strutture sanitarie pubbliche), e dal Codice deontologico medico del 1998 (art. 42).

Prima dell'approvazione della l. n. 40/2004, intervenuta anche al fine di limitare il c.d. *far west* procreativo, le uniche pronunce sul tema avevano riguardato la questione relativa al disconoscimento di paternità del figlio nato a seguito dell'applicazione della PMA eterologa. In particolare, era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 cod. civ. per contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui permetteva al coniuge, che avesse originariamente dato il proprio consenso alla pratica, di esperire successivamente tale azione. In tale occasione il Giudice delle Leggi (cfr. CORTE COST., 26.9.1998, n. 347, *infra*, sez. III) dichiarò l'inammissibilità della questione sollevata, posta l'estraneità della fattispecie oggetto del giudizio alla disciplina censurata. A tale sentenza fece seguito un'importante pronuncia della Cassazione (cfr. Cass., 16.3.1999, n. 2315, *infra*, sez. III), la quale sancì l'opposto principio, recepito in seguito dal legislatore del 2004, che ha infatti stabilito all'art. 9, l. n. 40/2004 l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento nei casi previsti dall'art. 235, comma 1°, nn. 1 e 2, cod. civ. e dell'impugnazione del riconoscimento di cui all'art. 263 cod. civ. Il comma 3° dello stesso articolo precisa, poi, che «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi».

Il legislatore si è dunque preoccupato di regolamentare gli effetti discendenti dalla violazione del divieto (garantendo al nato uno *status* incontrovertibile), senza in tal caso imporre alcuna sanzione a carico delle coppie che lo abbiano trasgredito e prevedendo, invece, pesanti sanzioni per gli operatori sanitari e i centri medici (art. 12, l. n. 40/2004). A detta di una parte della dottrina, tale impianto normativo sarebbe da considerare «schizofrenico»: con esso, infatti, sembra che il legislatore abbia esclusivamente voluto impedire che la pratica della PMA eterologa venga svolta in Italia. Tuttavia, nonostante questa critica e i numerosi dubbi di legittimità costituzionale sollevati all'indomani dell'entrata in vigore

della legge, la Corte costituzionale non è mai stata chiamata a pronunciarsi sul tema della fecondazione eterologa (in precedenza, infatti, la Consulta si è espressa una sola volta, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2° e 3°; cfr. CORTE COST., 8.5.2009, n. 151, *infra*, sez. III).

L'occasione per sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3°, l. n. 40/2004 (in precedenza il TRIB. MILANO, ord. 23.11.2009, *infra*, sez. III, aveva dichiarato la questione manifestamente infondata) è stata fornita, come visto, dalla prima sentenza della Corte eur. dir. uomo (cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 1° 4.2010, ric. 57813/00, *infra*, sez. III). Nello specifico, la controversia traeva origine dal ricorso presentato da due coppie di coniugi, le cui cause di sterilità non potevano essere superate se non accedendo alle tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo *in vitro* (con donazione di spermatozoi nel primo caso, di ovuli nel secondo) vietate però dalla legge austriaca del 1992 (*Fortpflanzungsmedizingesetz*), la quale infatti prevede un divieto assoluto delle tecniche di PMA che richiedono il ricorso alla donazione di gameti femminili, mentre consente la donazione di gameti maschili, solo se destinata alla fecondazione *in vivo*.

La Corte europea, riconosciuto che il diritto alla procreazione assistita rientra nella sfera dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, in quanto espressione della vita privata e familiare, giunge a ritenere discriminatori ai sensi dell'art. 14 Conv. eur. dir. uomo i divieti di accesso ad alcune tecniche di procreazione artificiale, nella misura in cui pongono una coppia sterile in posizione differenziata rispetto alle altre, se non giustificati da finalità oggettive e ragionevoli e nel rispetto del criterio di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti.

Come noto, la decisione della I sezione della Corte di Strasburgo è stata, però, sottoposta a un *revirement* da parte della *Grande Chambre* con la sentenza del 3.11.2011, con cui si è affermato che il bilanciamento operato dall'art. 3, § 2 della legge austriaca tra il diritto alla vita privata e familiare (art. 8, comma 1°, Conv. eur. dir. uomo) e le legittime esigenze di ordine pubblico (comma 2° della stessa norma) costituisce un'ingerenza legittima, necessaria e perseguita in modo proporzionato. Partendo, anche in tale occasione, dal riconoscimento che la materia trattata rientra certamente nel campo di applicazione dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, la Corte, nel valutare l'*an* e il *quantum* dell'ingerenza statale, riconosce in capo allo Stato austriaco un margine di apprezzamento non ristretto «*poiché l'utilizzo della fecondazione in vitro ha sollevato e continua a sollevare questioni delicate di ordine etico e morale che rientrano in un contesto di progressi rapidissimi in campo medico e scientifico, e poiché le questioni sollevate*

dalla presente causa vertono su aree in cui non vi è ancora un'omogeneità tra gli Stati membri» (§ 97). Se, dunque, di norma tale margine è limitato «*laddove un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo sia in gioco*» (§ 94), esso sarà più ampio ove «*non esiste alcun consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa per ciò che riguarda l'importanza relativa degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli*» (§ 94).

2. LA POSSIBILE INFLUENZA DELLA PRONUNCIA DELLA GRANDE CHAMBRE SULLA DECISIONE DELLA CONSULTA. Alla luce del rinnovato orientamento della Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale decide, con un'ordinanza «interlocutoria», di restituire gli atti ai giudici rimettenti, seguendo in tal senso l'orientamento consolidato in giurisprudenza in materia di rapporti fra ordinamento italiano e decisioni europee. Tuttavia, se è apparsa comprensibile la scelta di restituire gli atti ai giudici *a quibus* con riferimento al parametro interposto di cui all'art. 117, comma 1°, Cost., meno fondata è stata ritenuta, invece, la consequenziale operazione di assorbimento degli ulteriori parametri costituzionali invocati (i c.d. parametri interni), in ragione della ritenuta preminenza data dalle ordinanze alle argomentazioni poste a fondamento della questione in relazione al primo comma dell'art. 117 Cost. Sembra quasi che la Consulta abbia fissato una sorta di «gerarchia» e dunque un ordine di trattazione dei parametri invocati, che però non trova alcuna giustificazione; essa avrebbe, dunque, ben potuto esprimersi circa la compatibilità del divieto di PMA eterologa con i principi interni della nostra Costituzione.

Ad ogni modo, è interessante notare come l'invito della Consulta a confrontarsi con il «*novum*» rappresentato dalla sentenza del 3.11.2011, abbia sortito diversi effetti nelle decisioni dei giudici ordinari con riguardo al parametro interposto dell'art. 117, comma 1°, Cost. In particolare, come visto, solo il Tribunale di Milano ha tentato di valorizzare gli argomenti della decisione della *Grande Chambre*, al tempo stesso «neutralizzandone» la portata, nell'intento (forse vano) di sostenere nuovamente, ma diversamente, la supposta lesione della Convenzione.

Ragionando in termini processuali è comprensibile lo sforzo operato dai giudici lombardi, che cercano di rimanere coerenti all'impostazione seguita nel 2011 e assecondare così la richiesta della Corte costituzionale, nel timore che, in mancanza di una simile operazione, quest'ultima possa dichiarare manifestamente inammissibile la questione per omesso compimento delle valutazioni da essa demandate, ovvero per carenza di motivazione sugli effetti prodotti dalla più recente pronuncia europea.

Quanto al merito dell'ordinanza, il collegio mila-

nese ha sottolineato come l'aspetto di maggiore novità presente nella motivazione della decisione del giudice europeo sia rappresentato dalla necessità per il legislatore nazionale di tener conto del «*progresso della scienza*» e del «*consenso della società*», da valutarsi in una prospettiva «*dinamica*».

Il ragionamento operato dai giudici milanesi induce a chiedersi quale sia il modo in cui la recente decisione della *Grande Chambre* sia destinata ad influenzare le scelte della Consulta, alla luce del costante dialogo tra le due Corti e del conseguente processo di transnazionalizzazione della giustizia. Oggi è ormai affermata, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, l'idea dell'esistenza di un c.d. ordinamento integrato, ovvero l'esistenza di un nucleo di valori europei che concorrono a formare il concetto d'identità europea. In tal senso si parla di «*tutela multilivello*» dei diritti individuali. Tale processo di integrazione si è realizzato attribuendo all'art. 117 Cost. la funzione di parametro interposto nel giudizio di costituzionalità (cfr., in tal senso, le note sentenze gemelle CORTE COST., 24.10.2007, n. 348 e n. 349, *infra*, sez. III), purché la Convenzione, e la sua interpretazione offertane dalla Corte, non contrastino con i fondamentali valori costituzionali, secondo la c.d. teoria dei controllimiti, (in tal senso, v. CORTE COST., 27.7.2011, n. 236).

Se è vero, poi, che ai sensi dell'art. 46 Conv. eur. dir. uomo le sentenze della Corte di Strasburgo assumono una diretta efficacia vincolante soltanto nei confronti degli Stati contraenti che sono parti della controversia sottoposta al vaglio giudiziale, anche ove la decisione della Corte non riconosca la responsabilità dello Stato, la Consulta potrebbe comunque orientarsi in senso autonomo, purché il giudice europeo abbia indicato i criteri ai quali occorre attenersi nel valutare l'esistenza o meno di siffatto contrasto. Secondo il Tribunale di Milano in tal caso i criteri sarebbero rappresentati dalla evoluzione della «*scienza medica*» e del «*consenso sociale*», e affinché le scelte del legislatore nazionale possano considerarsi legittime, egli dovrebbe dimostrare di aver svolto all'interno del procedimento decisionale una attività di raccolta, analisi e valutazione dello *status quo* riscontrabile a livello scientifico-tecnologico.

Non sembra, tuttavia, che siffatto principio giuridico possa esplicare influenza vincolante sui giudici nazionali, posto che solo in un altro caso (segnatamente CORTE EUR. DIR. UOMO, 10.4.2007, ric. n. 6339/05, *infra*, sez. III) la Corte sembra effettuare un simile controllo circa il «*metodo della legislazione*». Si tratta, dunque, di una lettura della norma convenzionale non ancora consolidatasi, su cui non può fondarsi il controllo di legittimità della nostra legge (in tal senso, si veda CORTE COST., 26.11.2009, n. 311, *infra*, sez. III).

In ogni caso, volendo astrarre dalle specifiche argomentazioni rese dal Tribunale milanese, probabilmente poteva *ab origine* escludersi la diretta applicabilità di questa sentenza della Corte di Strasburgo al caso italiano, in virtù delle differenze esistenti tra le due normative. La stessa Corte costituzionale con l'ordinanza del 2012, forse, avrebbe potuto escludere la questione di legittimità costituzionale *ex art. 117*, comma 1°, Cost. D'altronde, fino ad oggi, applicando la tecnica, di derivazione anglosassone, del *distinguishing*, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge nazionale solo quando è stata vincolata da una sentenza della Corte di Strasburgo che ha condannato specificamente l'Italia (cfr. CORTE COST., 24.10.2007, n. 348 e n. 349; CORTE COST., 12.3.2010, n. 93, tutte *infra*, sez. III), mentre nel caso in cui le pronunce di condanna abbiano riguardato Stati membri diversi, ha dichiarato l'incostituzionalità di norme interne soltanto in presenza delle medesime circostanze che di fatto avevano condotto al giudizio dinnanzi alla Corte europea (in tal senso CORTE COST., 28.5.2010, n. 187; CORTE COST., 4.6.2010, n. 196).

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte l'argomento della violazione della Convenzione europea, come nelle prime ordinanze di rimessione, continua dunque a non risultare dirimente anche alla luce della recente ordinanza del Tribunale di Milano, nella quale non a caso l'art. 117 Cost. scompare dalla motivazione e ricompare soltanto nel dispositivo. È come se il caso austriaco non incida più sull'invocata violazione del parametro, posto che di fatto il collegio lombardo utilizza le argomentazioni della Corte europea semplicemente per rafforzare le ragioni dispiagate a sostegno della violazione dei parametri costituzionali interni, allontanandosi così dal modello della norma interposta, configurato dalle note sentenze gemelle.

3. IL DELICATO BILANCIAMENTO TRA IL DIRITTO DEI GENITORI ALLA PROCREAZIONE E IL DIRITTO DEL MINORE ALL'IDENTITÀ BIOLOGICA. Maggiormente problematica appare, invero, la valutazione della legittimità del divieto di PMA eterologa rispetto ai parametri costituzionali interni, con riferimento ai quali le ordinanze di rimessione in commento ripropongono quasi pedissequamente le medesime argomentazioni già elaborate nelle precedenti ordinanze.

Innanzitutto, tutti e tre i Tribunali, raccogliendo in questo senso le indicazioni di una parte della dottrina, ritengono il divieto in esame lesivo del principio di uguaglianza, non solo sotto il profilo della disparità di trattamento, ma soprattutto sotto quello della ragionevolezza della normativa medesima. Si verrebbe a creare, infatti, una sostanziale disparità

di trattamento tra le coppie infertili, poiché soltanto coloro che presentino problemi di concepimento risolvibili mediante tecniche di PMA di tipo omologo verrebbero tutelati, discriminando dunque solo in ragione del tipo di sterilità. Contro siffatto argomento, parte della dottrina (in tal senso cfr. anche TRIB. CATANIA, ord. 7.1.2013, *infra*, sez. III) sottolinea, in realtà, che il confronto tra la coppia infecunda e quella semisterile non è un confronto fra termini omogenei, in quanto nella coppia che necessita della donazione di gameti si coinvolgono i diritti soggettivi di persone ad essa terzi (quali il donatore ed il figlio), di cui il legislatore deve tener conto. Anche a voler ritenere omogenee le due situazioni a confronto, si ritiene, comunque, che la soluzione legislativa prescelta sia «giustificata in modo ragionevole», stante la necessità di assicurare le condizioni per uno sviluppo armonico e sereno dell'identità del figlio, ovvero del suo diritto all'identità biologica, scopo principe della norma in esame.

Sempre a detta dei giudici milanesi e catanesi si configurerebbe, altresì, una violazione degli artt. 3 e 32 Cost., in quanto con il divieto di fecondazione eterologa si rischia di non tutelare l'integrità fisica e psichica delle coppie. Le tecniche di PMA costruirebbero, infatti, senza alcun dubbio dei *rimedi terapeutici* finalizzati a superare sia la causa fisiologica, sia le sofferenze psicologiche che sempre e inevitabilmente si accompagnano alla difficoltà della coppia di realizzare il proprio desiderio di filiazione. Tuttavia, anche tale argomentazione è tutt'altro che pacifica: accanto a chi sostiene, infatti, che le tecniche di PMA sono una terapia, vi è chi ritiene, di contro (e probabilmente a ragione), che esse non sono un vero e proprio trattamento sanitario, poiché non eliminano né curano le cause della patologia, ripristinando l'originaria funzione, ma si sostituiscono all'atto generativo. Vero è che lo stesso legislatore all'art. 1, comma 2°, utilizza l'equivoca espressione «altri rimedi terapeutici», ma oltre al fatto che questa norma potrebbe leggersi nel senso che sono preferiti altri metodi terapeutici efficaci proprio perché «terapeutici» rispetto a tecniche che tali non sono, si osserva che un mero errore definitorio del legislatore non possa inficiare il fatto che il ricorso alla PMA non è propriamente una terapia.

Al di fuori dei profili di illegittimità costituzionale appena analizzati, quelli che, per la verità, sollevano maggiori dubbi interpretativi, riguardano il denunciato contrasto dell'art. 4, comma 3°, con gli artt. 2, 29 e 31 Cost., nella parte in cui, cioè, si ritiene che esso non garantisca il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata e familiare e il diritto all'autodeterminazione in ordine alla medesima. L'ordinanza milanese e quella catanese non seguono, tuttavia, il medesimo percorso argomentativo

sul punto; il Tribunale di Milano, infatti, nell'assicurare preminenza al diritto alla procreazione, oltre ad argomentare richiamando anche gli artt. 29 e 30 Cost., norme che presuppongono e garantiscono la finalità procreativa del matrimonio, giunge ad affermare che il concepimento di un figlio mediante le pratiche di PMA non possa dirsi in alcun modo lesivo del diritto del concepito al riconoscimento formale e sostanziale di un proprio *status filiationis*, in quanto quest'ultimo risulterebbe tutelato anche in caso di fecondazione eterologa, rispondendo a tal fine l'assunzione di ogni inerente obbligo da parte dei genitori biologici e non genetici. In sostanza, alquanto discutibilmente, per i giudici milanesi l'espansione e la tutela del diritto all'autorealizzazione genitoriale non incontrerebbe nessun ostacolo, in quanto non determinerebbe la compressione di altri diritti fondamentali della persona, né di altri diritti costituzionali ugualmente garantiti.

Diversamente, anche se la soluzione finale cui giunge è la medesima, il collegio catanese nell'ultima parte dell'ordinanza – in ciò differenziandosi anche dall'ordinanza del 2010 – si sofferma più approfonditamente sulla necessità di verificare se il divieto di PMA eterologa miri a proteggere eventuali diritti dei terzi a fronte dei quali possa risultare giustificata la limitazione legislativa di diritti costituzionalmente garantiti dalle coppie affette da infertilità o sterilità. Nel far ciò esclude, anzitutto, che la madre biologica possa subire una qualche lesione della propria salute in seguito all'impianto di un gamete da essa non prodotto, ritenendo che trattasi di una «presunzione di pericolo» non adeguatamente suffragata da un valido supporto scientifico. Invero, al riguardo si sarebbero potuti considerare i pericoli di contagio gravanti in capo alla madre portante che, potrebbe venire a contatto con materiale genetico infetto dei terzi donatori.

Analoghe considerazioni vengono svolte con riguardo alla posizione del soggetto cedente i propri gameti, e in particolare alla salute della donatrice di ovuli, la quale sarebbe chiamata a stressare il proprio fisico per l'eventuale commercializzazione dei gameti; tale pericolo sarebbe escluso a priori dal divieto contenuto all'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004. In proposito, si può osservare come in realtà le valutazioni effettuate dal legislatore siano ben più ampie e non si limitino soltanto al rischio di commercializzazione di gameti, che pure si riterrebbe sussistente anche in presenza della configurazione di una fattispecie penale *ad hoc*; tra le motivazioni che, infatti, hanno spinto la maggioranza parlamentare ad optare per la scelta del divieto vi rientrano anche il rischio della c.d. *turbatio sanguinis* e di selezione eugenetica, nonché dal punto di vista strettamente giuridico, il problema della titolarità e del diritto di di-

sporre del seme, per non parlare dell'eventuale rischio di incesto fra soggetti nati dall'utilizzazione del seme dello stesso donatore.

Da ultimo, il collegio catanese affronta la questione del bilanciamento di interessi tra il diritto alla procreazione della coppia e il diritto del nascituro alla consapevolezza della propria provenienza genetica, negando la prevalenza di quest'ultimo diritto e sostenendo, addirittura, che nella PMA eterologa siffatto bilanciamento risulterebbe meno problematico, poiché *ivi* dovrebbe parlarsi non di nascituro, bensì di «non nato»; il legislatore va, infatti, a «vietare la stessa attività che lo farebbe esistere», dunque per evitare al futuro soggetto una eventuale e ipotetica sofferenza, gli si impedisce, in radice, il ben più rilevante diritto alla vita.

Le tesi elaborate dai giudici di Catania muove in via preliminare dall'impossibilità di poter bilanciare i diritti costituzionalmente tutelati di soggetti che sono persone, i genitori appunto, con il diritto all'identità biologica di «un'entità astratta»; soltanto in virtù di questo assunto dovrebbero automaticamente considerarsi preminenti i diritti e gli interessi dei primi su quelli del nascituro non concepito. Sembra che indirettamente si postuli l'inconsistenza giuridica di riconoscere un interesse, quando manchi un titolare a cui riferire tale interesse, ma se così è lo stesso ragionamento dovrebbe estendersi anche riguardo al diritto alla vita, che il tribunale siciliano ritiene invece sacrificato in luogo del meno rilevante diritto alla conoscenza della propria provenienza biologica.

Tuttavia, l'impostazione seguita dal giudice etneo non è molto soddisfacente. Per valutare adeguatamente la legittimità costituzionale del bilanciamento di interessi operato dal legislatore, bisogna partire, anzitutto, dalla esatta ricostruzione della *ratio* normativa del divieto.

Accanto, infatti, all'opportunità di evitare i rischi e le problematiche di ordine medico e giuridico sopra analizzate, alcune delle quali certamente superabili mediante la predisposizione, ancorché non semplice, di un'apposita regolamentazione, il divieto mira principalmente ad assicurare il c.d. *best interest* del minore (in tal senso si vedano anche le numerose Carte europee ed internazionali, come la Dichiarazione dei diritti del fanciullo, 1959; la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, 1989, e via dicendo). In questo campo, si ritiene che il miglior interesse per quest'ultimo sia quello di tutelare il proprio diritto all'identità personale e familiare. Il divieto sarebbe, dunque, non irragionevole e anzi conforme al principio costituzionale vigente della verità biologica del rapporto di filiazione, che impone la tendenziale corrispondenza tra paternità-maternità legale e paternità-maternità naturale, in ossequio al principio di sistema dell'indisponibilità degli *status*

familiari. A tale principio si deroga solo in ipotesi di «incapacità» dei genitori ad assolvere i loro compiti, nei quali casi subentra in funzione sussidiaria l'istituto dell'adozione. Proprio l'istituto dell'adozione viene generalmente richiamato – come anche dalle ordinanze in commento – quale argomento principale a sostegno della piena legittimità di fattispecie che determinino una scissione tra genitorialità genetica e genitorialità degli «affetti».

Invero, si controbatte che le due ipotesi, ancorché presentino delle somiglianze, risultano non pienamente assimilabili, anzitutto sul piano teleologico: la disciplina dell'adozione dei minori, infatti, non intende *in primis* rispondere ad un desiderio di genitorialità (come avviene nella PMA), quanto piuttosto garantire una famiglia ai bambini che si trovino in stato di abbandono materiale o morale. Essa è, dunque, pur sempre un «rimedio» rispetto ad un «male», posto che viene ribadito dall'art. 1 della l. 28.3.2001, n. 149 (*Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184 recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori»*) che «il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia». In secondo luogo, si individua una differenza anche sul piano sostanziale: nella fecondazione eterologa, infatti, salvi casi particolari, il figlio è legato da vincolo di sangue ad uno soltanto dei due genitori, mentre nell'adozione la crescita avverrebbe in un ambiente più sano e solidale. Il rischio connesso alla creazione di un nucleo familiare in cui il bambino è figlio di uno solo dei due coniugi potrebbe emergere soprattutto nelle fasi patologiche del rapporto, con fenomeni di «rigetto» tali da compromettere l'equilibrio psico-fisico del minore.

Bisogna, infine, considerare che, ove si desse ingresso nel nostro ordinamento alla fecondazione eterologa, il minore potrebbe vedersi negato il diritto alla conoscenza delle proprie origini, dato che di norma la suddetta tecnica si ricollega alla garanzia dell'anonimato del donatore. Secondo una parte della dottrina, infatti, riconoscere ai nati da fecondazione eterologa un siffatto diritto (rilevante non solo a livello sopranazionale, ma anche a livello costituzionale *ex artt. 2 e 3 Cost.*) significherebbe garantire quel minimo di tutela in una disciplina altrimenti del tutto sbilanciata a favore dei soggetti adulti; si sottolinea poi che di fatto l'art. 9, l. n. 40/2004, nel non precludere l'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità al figlio, non nega una tutela dei profili identitari. Al contrario, altra parte della dottrina lamenta l'esistenza di una colpevole lacuna del legislatore, che avrebbe potuto e dovuto inserire una specifica regola sul punto.

Individuata la *ratio* normativa del divieto, resta da chiedersi se esista un diritto assoluto alla procreazione positiva, costituzionalmente garantito. Rispetto a

tale diritto non vi è unanimità di vedute: il diritto di procreare inteso quale diritto inviolabile, può senza dubbio annoverarsi tra i diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 Cost. l'integrità della sfera personale della stessa e il suo diritto a diventare genitore e può fondatamente ritenersi tutelato anche in virtù degli artt. 29 e 31 Cost. Tuttavia, parte della dottrina ritiene che il richiamo sia pur sempre verso un diritto che si realizza nell'ambito di una vicenda naturale, mentre più difficile è sostenerlo nell'ambito della procreazione artificiale, dato l'insorgere di rapporti tra vari soggetti per i quali si richiede un necessario bilanciamento (in tal senso, sembra orientata anche la recente sentenza n. 151/2009, più volte citata dai giudici rimettenti). Si afferma, così, che se i principi generali del nostro ordinamento giuridico consentono di affermare che anche l'elemento volontaristico possa assumere una certa rilevanza nel rapporto di filiazione, la nostra Costituzione tutela il diritto alla procreazione in quanto tale ma non il *quomodo* e il *quantum* (questa tesi troverebbe, altresì, conferma nell'art. 9 della Carta di Nizza, in base al quale il legislatore nazionale sarebbe libero di individuare le modalità con le quali il diritto di formare una famiglia possa essere esercitato).

L'estrema complessità della materia rende difficile prevedere in quale direzione si muoverà la Consulta e, soprattutto, se e in che misura il relativo intervento inciderà sulle scelte di politica del diritto operate dal legislatore.

III. I precedenti

1. IL QUADRO NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE. Le prime pronunce in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo si riferiscono al disconoscimento di paternità. In proposito, per l'ammissibilità dell'azione cfr. TRIB. ROMA, 30.4.1956, in *Giust. civ.*, 1956, I, 1612; TRIB. CREMONA, 17.2.1994, in *Foro it.*, 1994, I, 1576 e in questa *Rivista*, 1994, I, 541; APP. BRESCIA, 14.6.1995, in *Dir. fam. e pers.*, 1996, 116 e in *Fam. e dir.*, 1996, 34, con nota di DOGLIOTTI.

In senso contrario ai precedenti giudizi di merito, sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 cod. civ., sollevata dal TRIB. NAPOLI, ord. 2.4.1997, in *Foro it.*, 1997, II, 2677, si veda CORTE COST., 26.9.1998, n. 347, in *Giur. cost.*, 1998, 2632; in senso conforme, CASS., 16.3.1999, n. 2315, in questa *Rivista*, 1999, I, 517, con nota di PALMERINI.

Con riferimento alle pronunce della Corte costituzionale sul tema in generale della procreazione medicalmente assistita si vedano: CORTE COST., 9.11.2006, n. 369, in *Fam. e dir.*, 2007, 545, con nota di FIGONE; CORTE COST., 8.5.2009, n. 151, in *Giur.*

cost., 2009, 1656, in questa *Rivista*, 2009, I, 1123, e in *Fam. e dir.*, 2009, 521, con nota di FERRANDO.

Con riguardo alla questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa si veda TRIB. MILANO, ord. 23.11.2009, in questa *Rivista*, 2010, I, 774, che ha dichiarato la questione manifestamente infondata.

Per la contrarietà alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del divieto di fecondazione eterologa *in vitro* presente nella disciplina austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 1°4.2010, ric. 57813/00, in *Fam. e dir.*, 2010, 977, con nota di SALANITRO, e in questa *Rivista*, 2010, I, 1082; per la contraria pronuncia, in sede d'appello, si veda CORTE EUR. DIR. UOMO, Grande Camera, 3.11.2011, ric. 57813/00, in *Foro it.*, 2012, IV, 209, con nota di NICOSIA, e in questa *Rivista*, 2012, I, 224, con nota di MURGO.

Sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla legislazione austriaca si consultino TRIB. FIRENZE, ord. 6.9.2010, e TRIB. CATANIA, ord. 21.10.2010, entrambe in *Fam. e dir.*, 2010, 1 e 4, con nota di SALANITRO, in *Corr. giur.*, 2010, 1623, con nota di LA ROSA e in questa *Rivista*, 2011, I, 42; nello stesso senso, TRIB. MILANO, ord. 2.2.2011, in *www.personaedanno.it*, con nota di DOLCINI. Ha negato invece la fondatezza della questione di legittimità costituzionale TRIB. SALERNO, ord. 20.10.2010, in *Fam. e dir.*, 2012, 297, con nota di CAMINITI.

2. LA POSSIBILE INFLUENZA DELLA PRONUNCIA DELLA GRANDE CHAMBRE SULLA DECISIONE DELLA CONSULTA. In ordine alla restituzione degli atti ai giudici rimettenti ai fini dell'applicazione dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo per come interpretato dalla Corte di Strasburgo, onde valutare la legittimità del divieto di fecondazione eterologa, si veda CORTE COST., 22.5.2012, n. 150, in questa *Rivista*, 2012, I, 858, con nota di MURGO.

Con riguardo ai rapporti tra ordinamento interno e quello comunitario cfr. CORTE COST., 24.10.2007, nn. 348 e 349, in *Corr. giur.*, 2008, 185, con note di CONTI e LUCIANI; in seguito, CORTE COST., 26.11.2009, n. 311, in *Giur. it.*, 2010, 1779, con nota di FAGA; CORTE COST., 12.3.2010, n. 93, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 829, con nota di NADDEO; CASS., 26.1.2004, n. 1338, in *Corr. giur.*, 2004, 600. In senso opposto CONS. STATO, sez. IV, 2.3.2010, n. 1220, in *www.neldiritto.it*, n. 49, con nota di CELOTTO; TAR LAZIO, 18.5.2010, n. 11984, in *www.giustiziamministrativa.it*.

Tra i precedenti sul tema dei rapporti tra l'art. 8

Conv. eur. dir. uomo e le questioni connesse al ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita si veda CORTE EUR. DIR. UOMO, Grande Camera, 10.4.2007, ric. 6339/05, in questa *Rivista*, 2007, I, 1238, con nota di BRUNETTA D'USSEAU. Con riguardo alle condizioni di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita si ricorda CORTE EUR. DIR. UOMO, 4.12.2007, ric. 44362/04, in *Fam., pers. e succ.*, 2008, 188.

Sull'ampio margine di apprezzamento che la Corte di Strasburgo riconosce agli Stati membri in materie eticamente sensibili si vedano, contro la legislazione austriaca che non riconosce il matrimonio fra coppie dello stesso sesso CORTE EUR. DIR. UOMO, 24.6.2010, ric. 30141/04, in questa *Rivista*, 2010, I, 1137, con nota di WINKLER; contro la legislazione irlandese che vieta penalmente l'aborto, salvo il caso di pericolo di vita della madre CORTE EUR. DIR. UOMO, 16.12.2010, ric. 25579/05, in *Foro it.*, IV, 2011, 184; contro l'obbligo di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche italiane CORTE EUR. DIR. UOMO, 18.3.2011, ric. 30814/06, *ibidem*, 181.

3. IL DELICATO BILANCIAMENTO TRA IL DIRITTO DEI GENITORI ALLA PROCREAZIONE E IL DIRITTO DEL MINORE ALL'IDENTITÀ BIOLOGICA. Sull'impossibilità di considerare discriminatorio il divieto di fecondazione eterologa e sulla inesistenza nel nostro ordinamento di un diritto insopprimibile di procreare cfr. TRIB. MILANO, ord. 23.11.2009, in questa *Rivista*, 2010, I, 774; TRIB. CATANIA, ord. 7.1.2013, in corso di pubblicazione su questa *Rivista*, con nota di DI ROSA; in senso contrario, rispetto alla natura discriminatoria del divieto si vedano TRIB. FIRENZE, ord. 6.9.2010, TRIB. CATANIA, ord. 21.10.2010, entrambe in *Fam. e dir.*, 2010, 1 e 4, e TRIB. MILANO, ord. 2.2.2010, in *www.personaedanno.it*; sull'esistenza di un diritto assoluto di procreare cfr. TRIB. SALERNO, 9.1.2010, in *Dir. fam e pers.*, 2010, 475, con nota di D'AVACK. Sulla necessità di dover bilanciare la tutela dell'embrione con le esigenze della procreazione si veda CORTE COST., 8.5.2009, n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, 1656.

Per un precedente specifico tra interesse della partorientente all'anonimato e quello del figlio a conoscere le proprie origini si veda CORTE COST., 25.11.2005, n. 425, in questa *Rivista*, 2006, I, 545.

Con riferimento al tema dell'accesso dell'adottato ai dati personali dei genitori biologici in ambito comunitario cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, Grande Camera, ric. 42336/38, in questa *Rivista*, 2004, I, 283, con nota di LONG, e precedentemente CORTE EUR. DIR. UOMO, 7.7.1989, ric. 10454/83, su *www.echr.coe.int*.

Si veda anche *Risoluzione* del Parlamento europeo sulla fecondazione artificiale *in vivo* e *in vitro*,

16.3.1989, in *Pol. dir.*, 1989, 455. Sul diritto alla conoscenza della proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo cfr. anche il parere reso dal C.N.B., 25.11.2011, in *www.governo.it/bioetica*.

IV. La dottrina

1. IL QUADRO NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE. Sul tema del disconoscimento di paternità si vedano CIANI, *Fecondazione eterologa e consenso del marito: l'inammissibilità del disconoscimento di paternità nella sentenza n. 2315 del S.C.*, in questa *Rivista*, 1999, I, 1103; MILAN, *Consenso del marito all'inseminazione artificiale eterologa della moglie, successivo disconoscimento della paternità e interesse del minore, ibidem*, 942; FERRANDO, *Consenso del marito, fecondazione eterologa e disconoscimento di paternità (a proposito di App. Brescia 10 maggio 1995)*, in questa *Rivista*, 1997, II, 167; LAMARQUE, *La prima decisione della Corte Costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 1998, 2637; ROMBOLI, *Circa il disconoscimento di paternità da parte di marito consenziente all'inseminazione eterologa della moglie*, in *Foro it.*, 1998, I, 3402; COSSU, *Direttive costituzionali e sistema della filiazione: inseminazione eterologa, consenso del marito e disconoscimento della paternità*, in *Giur. it.*, 1999, 681; BALESTRA, *Inseminazione eterologa e status del nato, ibidem*, 461; DOGLIOTTI, *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*, in *Fam. e dir.*, 1994, 182.

Per un esame della giurisprudenza precedente l'entrata in vigore della l. n. 40/2004, CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Giuffrè, 2000; BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Esi, 2006.

Per un'analisi delle proposte di iniziativa parlamentare presentate negli anni '80, FERRANDO, *La procreazione artificiale: verso la regolamentazione per legge?*, in *Pol. dir.*, 1986, 501. Per un'indagine sui progetti anteriori all'approvazione del testo definitivo, BUSNELLI, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2003, 278.

Per i contributi dottrinali seguiti all'approvazione della l. n. 40/2004 si vedano FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, 810; RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e dir.*, 2004, 628; VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, 2004; OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I,

99; GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, 168; STANZIONE-SCIANCELEPORE, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, 2004; SESTA, voce «Procreazione medicalmente assistita», in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Ed. Enc. it., 2004; per una prospettiva mite sul tema, SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, 2004; SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI, *Della famiglia*, a cura di BALESTRA, IV, Utet, 2010, 509.

Per un'analisi della l. n. 40/2004 comprensiva degli interventi giurisprudenziali successivi alla sua entrata in vigore, FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2011, 514; SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, *ivi*, 2010, 839; BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 459; DI ROSA, *Biodiritto. Itinerari di ricerca*, 2a ed., Giappichelli, 2010.

Per alcuni commenti sulle prime ordinanze di rimessione della legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa cfr. CASINI, *Tre tribunali italiani, la Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto del concepito all'unitarietà delle figure genitoriali. In attesa della decisione della Corte Costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in *Medicina e morale*, 2011, 13; DOLCINI, *Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.*, 2010, 1425; MENIUCCI, *Ancora dubbi sul divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo*, in *www.rivistaaic.it*; DI LELLA, *Osservazioni in margine alla rimessione alla Consulta del divieto di fecondazione eterologa*, in *Dir. e giur.*, 2011, 78.

Per un'analisi delle sentenze della Corte di Strasburgo sul divieto di fecondazione eterologa *in vitro* presente nella disciplina austriaca si vedano CERRI, *Corte europea e fecondazione eterologa: mater semper certa est?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1225; BEDUSCHI-COLELLA, *La Corte EDU salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *www.penalecontemporaneo.it*; DIURNI, *La fecondazione eterologa al vaglio della Corte Europea*, in *Fam., pers. e succ.*, 2011, 409; LIBERALI, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in questa *Rivista*, 2010, II, 556. In senso critico nei confronti della pronuncia di primo grado VIOLINI, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla*

Corte di Strasburgo: un caso discutibile, in *Quad. cost.*, 2010, 632.

In particolare, sulla pronuncia della *Grande chambre*, in senso positivo si vedano CASINI, *La corte europea dei diritti dell'uomo: il divieto di fecondazione eterologa non viola la Convenzione europea sui diritti umani*, in *Medicina e morale*, 2012, 13; OSTI, *La sentenza S.H. e altri c. Austria: un passo «indietro» per riaffermare la legittimazione della Corte europea*, in *Quad. cost.*, 2012, 159.

2. LA POSSIBILE INFLUENZA DELLA PRONUNCIA DELLA GRANDE CHAMBRE SULLA DECISIONE DELLA CONSULTA. Per una valutazione critica della restituzione degli atti ai giudici rimettenti operata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 150 del 2012, cfr. RUGGERI, *La Corte Costituzionale, i parametri «conseguenziari» e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte Cost. n. 150 del 2012)*, in *www.diritticomparati.it*; MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte Costituzionale*, in *Contr. e impr.*, 2012, 356; MALFATTI, *Un nuovo (incerto) passo nel cammino «convenzionale» della Corte*, in *www.forumcostituzionale.it*; per una valutazione positiva dell'ordinanza v. REPETTO, *Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte Costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, in *www.diritticomparati.it*.

Per un'analisi dei rapporti tra sentenze della Corte eur. dir. uomo e ordinamento interno cfr. CHIEPPA, *Fecondazione eterologa e Corte europea CEDU: quali effetti vincolanti sul contrasto di interpretazione tra le due decisioni e altri profili processuali di costituzionalità*, in *www.federalismi.it*, 2012, 72; MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in questa *Rivista*, 2011, II, 14; SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte Costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, *ivi*, 2012, I, 636. Per un'indagine di tale rapporto in senso più ampio a seguito, in particolare, delle note sentenze gemelle del 2007, cfr., I. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 185; CONTI, *Corte Costituzionale e Cedu: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, *ivi*, 2010, 619; LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte Costituzionale italiana*, *ivi*, 2010, 957; D'ANGELO, «Comunitarizzazione» dei vincoli internazionali CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una expressio causae, in *www.personaedanno.it*, 2010; ritiene pacifica l'avvenuta «comunitarizzazione» della Conv. eur. dir. uomo, BALDINI, *Diritti della persona e procreazione artificiale. Relazione «tra sistema CE-*

DU» ordinamento comunitario ed ordinamento interno. Riflessione su portata e valore delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo prima e dopo la ratifica del Trattato di Lisbona, in AA.Vv., *Il divieto di donazione di gameti. Tra Corte costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, a cura di D'AMICO-LIBERATI, Franco Angeli, 2012. Tra le riflessioni sull'art. 8 Conv. eur. dir. uomo si vedano ZENOVICH, nel *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, Cedam, 2001, *sub* art. 8, 307; specificamente sul tema della discrezionalità degli Stati aderenti, v. PALOMBINO, «La procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, 92. Per una valutazione sull'evoluzione della giurisprudenza europea e il c.d. margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri si veda PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, in www.forumcostituzionale.it.

3. IL DELICATO BILANCIAMENTO TRA IL DIRITTO ALLA PROCREAZIONE DEI GENITORI E IL DIRITTO DEL MINORE ALL'IDENTITÀ BIOLOGICA. A favore della coerenza e ragionevolezza del divieto normativo di fecondazione eterologa si vedano MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi della giurisprudenza costituzionale*, in AA.Vv., *Procreazione assistita: problemi e prospettive* (Atti del convegno dei Lincei, Roma 31.1.2005), Schena editore, 2005, 285; BARBERA, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, *ibidem*, 354; VIOLINI, *Tra scienza e diritto: riflessioni sulla fecondazione medicalmente assistita*, *ibidem*, 472; NICOLUSSI, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 190. In senso contrario, ritengono il divieto in contrasto con il principio di ragionevolezza

za e il principio di autodeterminazione alla libertà riproduttiva, FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. giur.*, 2004, 810; MASTROPIETRO, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*, in *Fam. e dir.*, 2005, 1407; MARELLA, *Esercizi di biopolitica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 8; POCAR, *La legge italiana sulla fecondazione assistita, ovvero come e perché si violano i diritti delle cittadine e dei cittadini*, in *Sociologia del diritto*, 2004, 8; ritiene, invece, contrastante con l'art. 12 Conv. eur. dir. uomo il divieto, CAMPIGLIO, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, 538.

Contrari alla qualifica della PMA come rimedio terapeutico sono MORETTI, *La procreazione medicalmente assistita*, nel *Trattato Bonilini-Cattaneo*, III, *Filiazione e adozione*, Utet, 2007, 259; SESTA, voce «Procreazione medicalmente assistita», in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Ed. Enc. it., 2004.

Circa il diritto all'identità biologica nel rapporto tra PMA eterologa e adozione si vedano CASINI, *La coerenza del divieto di P.M.A. eterologa in rapporto all'istituto dell'adozione e al diritto a conoscere le proprie origini*, in www.dirittomercatotecnologia.it, 2012; MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, 212. Sul diritto alla conoscenza delle proprie origini cfr. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, *ibidem*, 815; NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in www.aic.it.

Sulla nozione di diritto alla procreazione e sui suoi significati, CASSONE, *Diritto a procreare e diritto alla bigenitorialità. Uno sguardo alle norme*, in *Minori giust.*, 2008, 60.

ILENIA RAPISARDA

► CASS. CIV., I sez., 12.4.2013, n. 8929
Conferma App. Bologna, 22.8.2007

SEPARAZIONE DEI CONIUGI - RELAZIONE DI UN CONIUGE CON ESTRANEI - PLAUSIBILI SOSPETTI DI INFEDELTÀ - OFFESA ALLA DIGNITÀ E ALL'ONORE DELL'ALTRO CONIUGE - CONFIGURABILITÀ - CONSEGUENZE (cod. civ., art. 151)

La relazione di un coniuge con estranei rende addebitabile la separazione ai sensi dell'art. 151 cod. civ. quando, in considerazione degli aspetti esteriori con cui è coltivata e dell'ambiente in cui i coniugi vivono, dia luogo a plausibili sospetti di infedeltà e quindi, anche se non si sostanzia in un adulterio, comporti offesa alla dignità e all'onore dell'altro coniuge.