

## LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA CON DONAZIONE DI GAMETI ESTERNI ALLA COPPIA FRA LEGISLATORE, GIUDICI COMUNI, CORTE COSTITUZIONALE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO<sup>1</sup>

Sommario: 1. Premessa. – 2. I riferimenti normativi anteriori al 2004. – 3. La prima decisione della Corte costituzionale in tema di fecondazione assistita con donazione di gameti. – 4. I lavori preparatori relativi alla legge n. 40 del 2004. – 5. Il divieto posto dalla legge n. 40 del 2004 e i profili di illegittimità costituzionale. 6. La restituzione degli atti ai giudici remittenti e osservazioni conclusive.

### 1. Premessa

Il divieto di accesso alla donazione di gameti esterni alla coppia, previsto al terzo comma dell'art. 4 della legge n. 40 del 2004, costituisce uno dei profili maggiormente critici della disciplina della procreazione assistita. Anche a seguito della dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale relativa all'art. 14, che ha eliminato le limitazioni irragionevoli relative al numero di embrioni da produrre (fino a un massimo di tre) e alla procedura di impianto (ovvero l'obbligo di unico e contemporaneo impianto degli embrioni prodotti e la possibilità di non procedervi solo per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione)<sup>2</sup>, permane nel nostro ordinamento il divieto di ricorrere a terzi donatori, precludendosi per una determinata categoria di coppie sterili o infertili di avere accesso alle uniche tecniche riproduttive assistite idonee a superare il loro grado di patologia.

Fin dai lavori preparatori della legge n. 40 è emerso un ampio dibattito relativo all'opportunità e alla legittimità di porre un simile divieto assoluto, che riguarda la donazione sia dei gameti femminili sia di quelli maschili, anche in considerazione del fatto che prima del 2004 tale tecnica era ampiamente praticata.

A fronte della possibilità offerta dal progresso scientifico, che è in grado di garantire il successo della tecnica di tipo eterologo, il legislatore del 2004 ha deciso di negarne l'accesso alle coppie per le quali la

<sup>1</sup> Contributo scritto nel periodo di godimento della borsa di studio post-dottorale assegnata dalla Fondazione Fratelli Confalonieri.

<sup>2</sup> CORTE COST., sent. 8.5.2009, n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, III, 1656 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina nella parte in cui imponeva il numero massimo di tre embrioni producibili per ciclo di stimolazione ovarica, imponeva un unico e contemporaneo impianto degli embrioni prodotti e non consentiva di non procedere al trasferimento in utero degli embrioni in caso di pregiudizio anche prevedibile per la salute della donna al momento della fecondazione.

Per una completa ricostruzione delle questioni sollevate si vedano i contributi raccolti in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Giappichelli, Torino, 2008. A commento della decisione della Corte costituzionale del 2009, si vedano fra gli altri E. DOLCINI, "Embrioni nel numero 'strettamente necessario': il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004", in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, II, 950; M. MANETTI, "Procreazione medicalmente assistita: una *political question* disinnescata", in *Giur. cost.*, 2009, III, 1688 ss., e C. TRIPODINA, "La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?", *ivi*, 1696 ss. Si veda inoltre M. D'AMICO – I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2010.

fecondazione omologa si rivela del tutto inadeguata, in ragione del grado assoluto di sterilità o infertilità che colpisce uno o entrambi i suoi membri.

Tale scelta ha posto in evidenza molteplici profili di illegittimità costituzionale, che si accompagnano alla rilevata contraddittorietà che deriva dalla regolamentazione delle conseguenze che si determinano, per il nato, a seguito dell'applicazione della tecnica di procreazione eterologa (art. 9, l. n. 40 del 2004)<sup>3</sup>. Inoltre, il divieto pare contraddire quanto disposto dall'art. 1, che prevede che lo scopo della disciplina sia quello di "favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana", "qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità."

La questione di legittimità costituzionale del divieto di donazione di gameti è stata sottoposta al giudizio della Corte costituzionale<sup>4</sup>, dopo che alcuni giudici di merito avevano in un primo momento negato la rilevanza e la non manifesta infondatezza della stessa<sup>5</sup>. In particolare, i giudici comuni hanno sollevato la questione a seguito della decisione della Corte EDU, che nell'aprile del 2010<sup>6</sup> aveva riconosciuto la violazione della CEDU (in particolare, gli artt. 8 e 14) da parte dell'analogha disciplina austriaca.

La Corte costituzionale con l'ord. n. 150 del 2012<sup>7</sup> ha ordinato la restituzione degli atti ai tre giudici a *quibus*, in ragione della decisione della Grande Camera della Corte EDU del novembre del 2011<sup>8</sup>, che, annullando il proprio precedente, ha dichiarato che non sussiste alcuna violazione della CEDU da parte dell'ordinamento austriaco.

<sup>3</sup> Pone in rilievo tale aspetto in relazione al fenomeno del cd. turismo procreativo e dunque alla discriminazione di ordine economico che si viene ad operare tra categorie di coppie S. AGOSTA, "Tra *ragionevoli* preoccupazioni di tutela ed *irragionevoli* soluzioni normative: la recente disciplina sulla procreazione artificiale al banco di prova dei fini-valori della Costituzione", in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, 113 s., che arriva a sostenere che "Ciò che stava più a cuore, allora, non era tanto tutelare l'interesse del concepito quanto, piuttosto, impedire il ricorso a tale pratica in Italia lasciando, poi, che fossero le persone più benestanti a sottoporvisi in qualunque altro paese purché non nel nostro".

<sup>4</sup> Si tratta delle tre ordinanze di rimessione di TRIB. FIRENZE, CATANIA e MILANO, nn. 19, 34 e 163 del 2011, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, FrancoAngeli, Milano, 2012. Si vedano le riflessioni di E. DOLCINI, "Fecondazione eterologa: ancora un'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale", "Strasburgo – Firenze – Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?", e "Stretto d'assedio il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo", in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>5</sup> Si tratta delle due ordinanze che sono state emesse nel corso di un procedimento in via d'urgenza (ex art. 700 c.p.c.), con cui il Tribunale di Milano ha ritenuto che la scelta di introdurre il divieto rientra nella sfera intangibile di discrezionalità del legislatore: TRIB. MILANO, ord. 23.11.2009, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2010, VII-VIII, 774 ss., che ha confermato TRIB. MILANO, ord. 7.4.2009.

<sup>6</sup> CORTE EUR. DIR. UOMO, sent. 1.4.2010 (ricorso n. 57813, 8.5.2000).

Sulla questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa e sull'incidenza della prima pronuncia della Corte EDU sulla decisione dei tre giudici a *quibus* di sollevarla, sia consentito il rinvio a M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti*, cit. e anche *La Legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte Costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2012.

A commento della prima decisione della Corte EDU si veda A. OSTI, "Il caso S.H. e altri c. Austria: il diritto (di coppia?) a procreare e la fecondazione eterologa" e C. GRABENWARTER, "Vita privata, fecondazione in vitro e «margini di apprezzamento degli stati membri»", in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, e, volendo, B. LIBERALI, "La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, XI, 556 ss.

<sup>7</sup> A commento dell'ordinanza di restituzione degli atti, si veda innanzitutto A. RUGGERI, "La Corte costituzionale, i parametri 'conseguenziali' e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)", in *www.giurcost.org*. Si vedano anche G. REPETTO, "Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù", in *www.diritticomparati.it*, E. MALFATTI, "Un nuovo (incerto?) passo nel cammino 'convenzionale' della Corte", in *www.forumcostituzionale.it*, e A. MORRONE, "Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale", in *www.forumcostituzionale.it*.

<sup>8</sup> CORTE EDU, GRANDE CAMERA, 3.11.2011. Al riguardo, C. GRABENWARTER – B. KRAUSKOPF, "S.H. and others vs. Austria: a larger margin of appreciation in complex fields of law", in *Quad. cost.*, n. 1/2012, 155 ss., e A. OSTI, "La sentenza S.H. e altri c. Austria: un passo «indietro» per riaffermare la legittimazione della Corte europea", *ivi*, 159.

La questione relativa alla legittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 4 consente di delineare i rapporti, nella definizione della disciplina relativa alla procreazione assistita di tipo eterologo, che intercorrono tra legislatore e giurisprudenza, tra giudici comuni e Corte costituzionale, nonché tra questi e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, alla luce delle rispettive decisioni, permettendo altresì di ipotizzare i possibili e successivi scenari relativi alla medesima questione, a fronte della restituzione degli atti.

A questo fine si rivela necessario ricostruire il quadro normativo anteriore al 2004 e i lavori preparatori della legge n. 40 da un lato e dall'altro i contributi che, nella definizione della portata applicativa della legge, ha dato la giurisprudenza.

La specifica natura della materia oggetto di questa analisi, inoltre, pone in evidenza le criticità relative alla relazione che lega l'evoluzione e il progresso scientifici e l'attività legislativa. Le questioni sollevate dalla tecnica di fecondazione eterologa sorgono in ragione del fatto che "solo un certo sviluppo della tecnica medica poteva far[le] sorgere"<sup>9</sup>. Tali considerazioni dispiegano indubbi riflessi sulle conseguenti decisioni operate dal legislatore, nel momento in cui decide di porre una regolamentazione in materia, nel senso di ammettere o negare l'accesso a questo tipo di tecnica<sup>10</sup>, oltre che su una eventuale decisione della Corte costituzionale, nel caso in cui la questione venisse nuovamente sottoposta al suo giudizio, a seguito della restituzione degli atti disposta con l'ord. n. 150<sup>11</sup>.

## 2. I riferimenti normativi anteriori al 2004.

Prima del 2004 i riferimenti normativi in materia di fecondazione medicalmente assistita erano costituiti da alcune Circolari ministeriali, oltre che dal Codice deontologico medico.

La Circolare del Ministro della Sanità Degan<sup>12</sup> vietava di ricorrere a tale tipo di tecnica, per le sole strutture ospedaliere pubbliche, lasciando quindi che in quelle private si potesse farvi ricorso<sup>13</sup>. In ragione di

<sup>9</sup> In questo senso, G. GEMMA, "Giurisprudenza costituzionale e scienza medica", in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 33, che rileva come, in relazione alla prima decisione della Corte costituzionale in tema di procreazione assistita di tipo eterologo in relazione al disconoscimento di paternità (sent. n. 347 del 1998), "il giudice costituzionale si è [...] posto il problema della tutela del figlio, nato da inseminazione eterologa, problema che solo un certo sviluppo della tecnica medica poteva far sorgere". A questo proposito l'Autore osserva altresì come la Corte non abbia svolto considerazioni scientifiche, "ma di altra natura" nel riconoscere tutela al nato da fecondazione eterologa contro i ripensamenti del coniuge che avesse prestato il suo consenso alla tecnica.

<sup>10</sup> Con riguardo alla materia della procreazione assistita si possono richiamare le considerazioni svolte da M. D'AMICO, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2008, relative alle diverse posizioni scientifiche su alcuni degli aspetti maggiormente critici della legge n. 40, come il numero di embrioni producibili per ciclo di stimolazione ovarica, e alle corrispondenti scelte operate dal legislatore del 2004, alcune delle quali sono state dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte costituzionale (sent. n. 151 del 2009 e poi ord. n. 97 del 2010).

<sup>11</sup> Sul rapporto tra questioni in cui viene in rilievo lo sviluppo tecnico e scientifico e decisioni e poteri istruttori della Corte costituzionale, si vedano R. BIN, "La Corte e la scienza", in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., A. CERRI, "I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti", in *Giur. cost.*, 1978, I, 1335, e G. D'AMICO, "La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)", in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Giappichelli, Torino, 2002, 431.

<sup>12</sup> Circolare ministeriale, recante "Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale", è stata emanata il 10 ottobre 1985.

<sup>13</sup> La Circolare è stata definita, sul punto, "incompleta e frettolosa nelle sue valutazioni", individuandone la causa nel fatto che era stata pensata per fare fronte a una situazione di emergenza, da S. MINERVINI, *La procreazione medicalmente assistita*, Halley, Matelica, 2007, 63.

Si è rilevato, inoltre, come il divieto posto alle sole strutture pubbliche aveva "l'effetto di lasciare campo aperto [...] alle strutture private, mosse – per definizione – dal solo fine di lucro". Così G. CASABURI, "Il *restyling* giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita", in *Giur. mer.*, 2009, XII, 3002.

questa modulazione del divieto, cominciava a verificarsi quel fenomeno noto con il nome di “turismo procreativo”<sup>14</sup>.

Con la Circolare del Ministro De Lorenzo<sup>15</sup>, che sostituiva quella del Ministro Cattin<sup>16</sup>, si superava la limitazione di accesso alle tecniche procreative con donazione dei gameti alle sole strutture private.

Nell’ambito delle tecniche eterologhe veniva in rilievo anche l’Ordinanza sul divieto di commercializzazione e pubblicità di gameti e embrioni umani<sup>17</sup>, che stabiliva il divieto di pubblicizzare la cessione di gameti o di altro materiale genetico, oltre al divieto di ricevere una remunerazione diretta o indiretta per la medesima cessione.

Con il Codice deontologico medico si introducevano ulteriori principi cui il medico doveva adeguarsi nella sua attività. In particolare, all’art. 42 (*Fecondazione assistita*)<sup>18</sup> era posto divieto, “anche nell’interesse del bene del nascituro”, di attuare forme di maternità surrogata e di fecondazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili, oltre a forme di fecondazione assistita dopo la morte del *partner*. Considerato il preciso elenco di tecniche cui veniva posto divieto, emergeva chiaramente come non vi fosse alcun divieto esplicito alla donazione di gameti esterni alla coppia.

### **3. La prima decisione della Corte costituzionale in tema di fecondazione assistita con donazione di gameti.**

Prima dell’entrata in vigore della legge n. 40 la Corte costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi, in materia di fecondazione con donazione di gameti, sulla questione relativa al disconoscimento di paternità del figlio nato a seguito dell’applicazione di tale tecnica<sup>19</sup>.

In particolare, la Corte ha dichiarato l’inammissibilità della questione di legittimità costituzionale che era stata sollevata sull’art. 235 c.c., in relazione agli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost.

Il giudice remittente dubitava della legittimità costituzionale della disposizione, nella parte in cui permetteva al coniuge di esperire azione di disconoscimento della paternità, anche quando avesse dato il

<sup>14</sup> Tale fenomeno, come è noto, è andato crescendo a seguito del divieto assoluto di donazione dei gameti, introdotto dalla legge n. 40 del 2004. Il fenomeno, in particolare, ha visto aumentare le proprie dimensioni sia dal punto di vista quantitativo sia da quello qualitativo, poiché la maggior parte delle coppie è stata costretta a recarsi in ordinamenti esteri.

<sup>15</sup> Circolare emanata il 10 aprile 1992, n. 17, recante “Misure di prevenzione della trasmissione dell’ HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d’organo, di tessuto e di midollo osseo”.

<sup>16</sup> Circolare emanata il 27 aprile 1987, n. 19, recante “Misure di prevenzione della trasmissione di HIV e altri agenti patogeni attraverso seme umano impiegato per la Fecondazione artificiale”.

<sup>17</sup> Ordinanza del 5 marzo 1997, recante “Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani”.

<sup>18</sup> Il Codice deontologico del 1998 è stato modificato nel 2006. Il previgente art. 42 in tema di fecondazione assistita è stato modificato dall’art. 44: “Fecondazione assistita - La fecondazione medicalmente assistita è un atto integralmente medico ed in ogni sua fase il medico dovrà agire nei confronti dei soggetti coinvolti secondo scienza e coscienza. Alla coppia vanno prospettate tutte le opportune soluzioni in base alle più recenti ed accreditate acquisizioni scientifiche ed è dovuta la più esauriente e chiara informazione sulle possibilità di successo nei confronti dell’infertilità e sui rischi eventualmente incidenti sulla salute della donna e del nascituro e sulle adeguate e possibili misure di prevenzione. È fatto divieto al medico, anche nell’interesse del bene del nascituro, di attuare: a) forme di maternità surrogata; b) forme di fecondazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili; c) pratiche di fecondazione assistita in donne in menopausa non precoce; d) forme di fecondazione assistita dopo la morte del partner. È proscritta ogni pratica di fecondazione assistita ispirata a selezione etnica e a fini eugenetici; non è consentita la produzione di embrioni ai soli fini di ricerca ed è vietato ogni sfruttamento commerciale, pubblicitario, industriale di gameti, embrioni e tessuti embrionali o fetali. Sono vietate pratiche di fecondazione assistita in centri non autorizzati o privi di idonei requisiti strutturali e professionali. Sono fatte salve le norme in materia di obiezione di coscienza.”

<sup>19</sup> CORTE COST., sent. 26.9.1998, n. 347, in *Giur. cost.*, 1998, V, 2632, con note di G. FERRANDO, “Il disconoscimento del figlio nato da fecondazione artificiale eterologa”, in *Dir. fam.*, 1997, II, 738, e “Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, IV, 223; M. R. MORELLI, “Ancora una nuova tipologia di decisione costituzionale: la ‘interpretativa di inammissibilità’ (A proposito della sentenza n. 347 del 1998, sulla azione di disconoscimento di figlio nato mediante inseminazione eterologa)”, in *Giust. civ.*, 1998, X, 2409; G. CIANI, “Ancora su eteroinseminazione e disconoscimento della paternità: una pronuncia elusiva della Corte Costituzionale”, in *Dir. fam.*, 1999, I, 35.

proprio consenso all'applicazione della tecnica di fecondazione eterologa. Ad avviso del Tribunale, la lettera della norma imponeva di non ricollegare al consenso che è stato prestato dal marito all'inseminazione della moglie alcuna preclusione rispetto all'azione di disconoscimento, nel caso in cui vi sia una delle ipotesi legislativamente previste. La violazione della Costituzione veniva individuata nel fatto che al minore deve essere riconosciuto l'interesse a non essere privato del nome, della propria identità personale e della possibilità di avere una figura paterna. Il figlio, inoltre, ha diritto di essere mantenuto, istruito ed educato da coloro che hanno deciso di concepirlo.

Il Giudice delle Leggi ha rilevato "l'estraneità della fattispecie oggetto del giudizio alla disciplina censurata". Tale estraneità rispetto all'ambito applicativo della norma determina l'inammissibilità della questione. Si è inoltre chiarito che "Non si tratta in alcun modo, in questa occasione, di esprimersi sulla legittimità dell'inseminazione artificiale eterologa, né di mettere in discussione il principio di indisponibilità degli status nel rapporto di filiazione, principio sul quale sono suscettibili di incidere le varie possibilità di fatto oggi offerte dalle tecniche applicate alla procreazione. Tutto ciò resta fuori dal presente giudizio di costituzionalità. Si tratta invece di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali."

La Corte costituzionale ha, peraltro, considerato che l'assenza di una regolamentazione imponesse al giudice l'individuazione di "un punto di equilibrio tra gli interessi in gioco (quelli della madre che si era sottoposta a fecondazione eterologa, del marito di lei che aveva prestato a ciò il consenso, dello stesso concepito)"<sup>20</sup>.

#### 4. I lavori preparatori relativi alla legge n. 40 del 2004.

Nel corso del procedimento di approvazione della legge n. 40 del 2004<sup>21</sup>, preceduto dalla presentazione di diversi disegni di legge che sono stati accorpati, il dibattito intorno alla previsione della possibilità di accedere alla donazione di gameti vedeva contrapposte due impostazioni<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> In relazione a questa prima decisione in materia di procreazione assistita si può rilevare come la Corte costituzionale avesse definito come costituzionalmente necessaria una regolamentazione che garantisse lo *status* del nato da fecondazione assistita, anche a un "livello minimo essenziale di tutela". Svolge tale osservazione C. TRIPODINA, "Corte costituzionale e referendum sulla procreazione assistita", in *Dem e dir.*, IV, 2004, 220.

<sup>21</sup> L'approvazione della legge n. 40 del 2004 ha visto accorpate da parte della XII Commissione permanente (*Affari Sociali*) diverse proposte di legge: n. 47, di iniziativa del deputato G. Giorgetti, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", presentata il 30 maggio 2001; n. 147, di iniziativa dei deputati Cè e altri, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", presentata il 30 maggio 2001; n. 156, di iniziativa del deputato Burani Procaccini, recante "Disposizioni in materia di fecondazione medicalmente assistita", presentata il 30 maggio 2001; n. 195 di iniziativa del deputato Cima, recante "Disciplina degli interventi medici sulla sterilità umana", presentata il 30 maggio 2001; n. 406, di iniziativa del deputato Mussolini, recante "Norme in materia di inseminazione artificiale e di fecondazione *in vitro*", presentata il primo giugno 2001; n. 562 di iniziativa del deputato Molinari, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", presentata il 6 giugno 2001; n. 639, di iniziativa dei deputati Lucchese e altri, recante "Disciplina della procreazione medicalmente assistita", presentata il 7 giugno 2001; n. 676, di iniziativa dei deputati Martinat e altri, recante "Divieto di ogni forma di riproduzione umana extracorporea medicalmente assistita", presentata l'11 giugno 2001; n. 762 di iniziativa del deputato A. Napoli, recante "Norme per la tutela dell'embrione e della dignità della procreazione assistita", presentata il 12 giugno 2001; n. 1021, di iniziativa del deputato Serena, recante "Disposizioni in materia di irrevocabilità del consenso nelle pratiche di procreazione assistita", presentata il 21 giugno 2001; n. 1775, di iniziativa dei deputati M. Cossutta e altri, recante "Norme sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita", presentata il 17 ottobre 2001; n. 1869, di iniziativa dei deputati Bolognesi e altro, recante "Disciplina della procreazione medicalmente assistita", presentata il 26 ottobre 2001; n. 2042, di iniziativa dei deputati Palumbo e altri, recante "Norme in materia di riproduzione medicalmente assistita", presentata il 28 novembre 2001; n. 2162, di iniziativa dei deputati Deiana e altri, recante "Istituzione presso il Ministero della salute di una commissione di studio sulle biotecnologie della riproduzione", presentata il 14 gennaio 2001; n. 2465 di iniziativa dei deputati Patria e altro, recante "Norme per la tutela dell'embrione e la dignità della procreazione assistita", presentata il 5 marzo 2002; n. 2492, di iniziativa del deputato Di Teodoro, recante "Norme per la tutela dell'embrione e la dignità della procreazione assistita", presentata il 7 marzo 2002.

Da un lato si sosteneva la piena legittimità del ricorso a gameti esterni alla coppia, dall'altro si riteneva questa una scelta illegittima. In particolare, si temeva che un medesimo soggetto potesse generare molti figli senza che l'art. 30 Cost. venisse rispettato, nella parte in cui pone gli obblighi gravanti sui genitori di istruzione, di educazione e di mantenimento dei figli. Si temeva, inoltre, che venissero attuate forme di riproduzione umana non naturale, che avrebbero dovuto essere impedito in ragione di "motivazioni etiche del tutto logiche e naturali".

Questa impostazione<sup>23</sup> si basava sulla considerazione per la quale non poteva individuarsi nessun fondamento per un asserito diritto al figlio, mentre era possibile riconoscere il diritto dell'embrione alla vita. Poiché, inoltre, non si poteva trovare una vera e propria cura per la sterilità o infertilità, si intendeva vietare in modo assoluto qualunque "forma di riproduzione umana extracorporea medicalmente assistita".

In altri disegni di legge, fin dal loro titolo<sup>24</sup>, si chiariva come la disciplina della procreazione assistita dovesse avere come obiettivo la "tutela dell'embrione e della dignità della procreazione" stessa. Si era anche avanzata la proposta di modificare il principio per il quale la capacità giuridica si acquista con la nascita: "Che l'embrione umano sia soggetto umano in atto fin dal momento della fecondazione dell'ovulo materno è oggi una certezza scientifica, che nessun intelletto libero da condizionamenti può contestare di fronte all'evidenza"<sup>25</sup>.

In senso contrario e, quindi, a sostegno della legittimità del ricorso alla tecniche di tipo eterologo, vi erano proposte di legge che collocavano queste tecniche nell'ambito del riconoscimento del diritto di ogni individuo a conoscere le proprie origini genetiche, con la previsione della conservazione delle informazioni sui dati genetici dei donatori<sup>26</sup>. In altri disegni di legge venivano posti maggiori limiti a tale ricorso, consentendolo in via subordinata rispetto alla valutazione di una commissione che avrebbe tutelato i diritti sia del donatore, sia dei nascituri e delle coppie.

Ai fini dell'analisi dei lavori preparatori relativi all'introduzione del divieto assoluto di donazione dei gameti esterni alla coppia, vengono in particolare rilievo le relazioni della XII Commissione, di maggioranza<sup>27</sup> e di minoranza.

Nella relazione di maggioranza, si sottolineava come le implicazioni etiche e culturali relative alla materia imponessero un approccio pluralista e, dunque, l'adozione di una disciplina condivisa. Il Relatore affermava che "non è possibile rinunciare a fissare regole chiare saldamente ancorate a principi fondamentali quali il rispetto della natura umana e dei diritti dell'uomo".

Secondo questa impostazione, il divieto assoluto trovava la propria giustificazione nella necessità di garantire al nato diritti di natura sociale e psicologica. La donazione di gameti, al contrario, poteva provocare "la frammentazione delle figure parentali con danni per il nascituro di natura psicosociale derivanti dall'allontanamento dai modelli di genitorialità socialmente consolidati". Si imponeva, alla luce della mancanza di studi di lungo periodo, un approccio di tipo precauzionale, che garantisse al nascituro una posizione predominante nel bilanciamento fra le diverse posizioni dei soggetti coinvolti.

Si osservava, inoltre, come la tecnica di fecondazione con gameti interni alla coppia (fecondazione cd. omologa) avesse garantito un numero di successi superiore rispetto alla donazione di gameti esterni<sup>28</sup>. Nella

<sup>22</sup> In relazione alla scelta di introdurre il divieto di fecondazione eterologa e a quella di rimuoverlo, si veda M. D'AMICO, "Sulla incostituzionalità del divieto di 'fecondazione eterologa' fra principi costituzionali ed europei", in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), // *divieto di donazione dei gameti*, cit.

<sup>23</sup> Si veda a questo proposito la relazione illustrativa del disegno di legge n. 676.

<sup>24</sup> In particolare, ci si riferisce alle proposte di legge nn. 762, 2465 e 2492.

<sup>25</sup> Relazione al disegno di legge n. 47. In questo stesso senso si veda anche l'art. 1 del disegno di legge n. 562 del 2001, che stabiliva che "ogni essere umano è persona dal concepimento alla morte".

<sup>26</sup> Disegno di legge n. 195 di iniziativa del deputato Cima, recante "Disciplina degli interventi medici sulla sterilità umana", presentato il 30 maggio 2001.

<sup>27</sup> Relazione della XII Commissione permanente (*Affari Sociali*), relatore Bianchi, per la maggioranza, presentata alla Presidenza il 26 marzo 2002.

relazione di maggioranza venivano richiamati anche alcuni studi effettuati in ordinamenti in cui la tecnica eterologa era consentita. In particolare, emergeva come vi fossero rischi per i nati da questa tecnica non trascurabili. Nel caso in cui le coppie non fossero in grado di contenere possibili conflitti in relazione alle origini dei figli, si sarebbe rischiato di comprometterne l'equilibrio e l'identità.

Nelle relazioni di minoranza, invece, si sosteneva come non vi fossero elementi idonei a sostenere la tesi di una sofferenza e di un disagio per i nati da fecondazione eterologa.

In particolare, nella relazione di minoranza della Commissione di Igiene e Sanità si individuavano cinque punti critici della disciplina. Uno di questi riguardava il divieto assoluto di fecondazione eterologa<sup>29</sup>. Si rendeva conto del fatto che la principale motivazione addotta per sostenerne la legittimità fosse costituita dal diritto del nascituro ad avere un quadro parentale in cui fosse rispettata l'identità fra la dimensione biologica e quella giuridica della genitorialità.

Una simile conclusione appariva però "di incerta sostenibilità giuridica". Risultava, infatti, difficoltoso configurare dei diritti che precedevano l'esistenza del soggetto che ne sarebbe dovuto essere il titolare. Si sottolineava, inoltre, come tale assunto risultasse "di controversa fondazione filosofica", oltre che contraddittorio rispetto al "principio del limite della politica e del suo principale strumento, il diritto".

Se da un lato si riconosceva come il divieto assoluto intendesse tutelare il diritto del figlio a una genitorialità di tipo biologico, dall'altro si osservava come il diritto non debba "penetrare il territorio misterioso delle ragioni che motivano la procreazione e che rendono una vita umana degna di essere vissuta".

In ragione del fatto che non vi erano ricerche scientifiche che dimostrassero una incidenza negativa della tecnica eterologa sui nati, l'interesse del "congetturo" avrebbe potuto avere rilievo solo se nel caso in cui fossero stati raccolti dati scientifici in questo senso. Al contrario, la previsione di un simile divieto consentiva di porre in essere discriminazioni economiche e sanitarie, oltre al rischio di creazione di mercati clandestini.

Nella relazione di minoranza del 26 marzo 2002<sup>30</sup> emergeva anche la fondamentale relazione tra scienza e diritto, nonché tra scienza e diritto da un lato e scelte individuali dall'altro. Si intendeva, infatti, "tentare di rimettere al centro un punto di vista delle donne e certamente [non voleva e non pretendeva] di parlare a nome di tutte le donne rispetto alle tecnologie di inseminazione artificiale".

In una ulteriore relazione di minoranza<sup>31</sup> si individuava il divieto della fecondazione eterologa fra le cause, insieme agli altri punti più controversi della materia, che avevano portato la maggioranza a predisporre "norme inquietanti e contraddittorie". In particolare, la condanna di questo tipo di tecnica era legata a una "concezione tutta biologica della paternità e della maternità", oltre che al "concetto principe dell'intangibilità dell'embrione, a discapito della salute, non solo della madre, ma dello stesso «nascituro»".

Nel sostenere la legittimità del ricorso alla fecondazione eterologa, si affermava che il disegno di legge, approvato dalla maggioranza "con i suoi sconfinamenti indebiti nella delicata sfera dei rapporti tra i sessi e delle scelte di maternità e di paternità", non teneva conto del fatto che tali scelte e tali rapporti avevano trovato una "definizione più rispettosa delle opzioni personali nella legislazione più recente, dalla legge sul divorzio al nuovo diritto di famiglia, alla legge n. 194 del 1978"<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> A questo riguardo si può osservare come una simile considerazione non risulti conferente rispetto al fatto che il ricorso alla fecondazione eterologa si può presentare come unica possibilità per alcune coppie in ragione del loro grado di sterilità o infertilità e non come una scelta rispetto al ricorso alla fecondazione omologa.

<sup>29</sup> Relazione di minoranza della XII Commissione permanente (*Igiene e Sanità*), relatori Tonini e altri, comunicata alla Presidenza il 19 settembre 2003. In questa relazione si poneva attenzione anche al cd. turismo procreativo, fenomeno in grado di determinare discriminazioni fra coppie di tipo economico.

<sup>30</sup> Relazione di minoranza della XII Commissione permanente (*Affari Sociali*), relatore Cossutta, presentata alla Presidenza il 23 settembre 2002.

<sup>31</sup> Relazione di minoranza della XII Commissione permanente (*Affari Sociali*), relatore Valpiana, presentata alla Presidenza il 26 marzo 2002.

<sup>32</sup> *Ibidem*. Nella stessa relazione si esprimevano anche forti perplessità in merito ad alcune scelte quali il limite agli embrioni producibili, l'obbligo del loro unico e contemporaneo impianto e i limiti alla diagnosi genetica preimpianto. Di queste previsioni, peraltro, come osserva M. DELL'UTRI, "La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali", in *Giur. merito*, 2011, II, 381, è stata dichiarata l'illegittimità dal Giudice delle Leggi (sent. 151 del 2009, ribadita da ord. n. 97 del 2010) e dal TAR Lazio. In un momento precedente

Viene poi in particolare rilievo il documento costituito dalla relazione di minoranza del Senatore Del Pennino, pur membro della maggioranza<sup>33</sup>. Il Relatore, in particolare, svolgeva alcune considerazioni intorno all'incoerenza del divieto rispetto alle disposizioni relative alla *status* giuridico del nato.

Veniva a questo riguardo in rilievo la giurisprudenza in tema di disconoscimento della paternità del figlio nato da fecondazione eterologa da parte di colui che aveva prestato il proprio consenso alla donazione.

Se in un primo momento la giurisprudenza aveva accostato i casi di fecondazione eterologa a quelli di adulterio, la Corte costituzionale con la decisione n. 347 del 1998<sup>34</sup> aveva rigettato tale impostazione che interpretava in modo estensivo l'art. 235 c.c. Poiché mancava una norma in materia che regolasse la fecondazione di tipo eterologo sarebbe stato compito del giudice individuare "un punto di equilibrio tra gli interessi in gioco (quelli della madre che si era sottoposta a fecondazione eterologa, del marito di lei che aveva prestato a ciò il consenso, dello stesso concepito)".

Anche la Corte di cassazione aveva avuto occasione di pronunciarsi sulla questione, stabilendo, con la sent. n. 2315 del 1999<sup>35</sup>, che "il marito, che abbia validamente concordato, o comunque manifestato, il proprio preventivo consenso alla fecondazione eterologa, non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino nato in seguito a tale fecondazione".

Nella relazione in commento si rilevava come la previsione, contenuta nel disegno di legge, delle conseguenze per lo *status* del nato a seguito di ricorso alla donazione di gameti esterni si ponesse in contraddizione con il divieto espresso posto a quest'ultima. Il Relatore, in particolare, faceva riferimento a un "quadro normativo paradossale". Non avrebbe avuto alcuna giustificazione, infatti, impedire il disconoscimento in caso di fecondazione eterologa, rifiutando di estendere a questo caso l'applicazione dell'art. 235 c.c., e al tempo stesso vietare questa tecnica, prevedendo sanzioni amministrative a carico dei medici. Ad avviso del Relatore si sarebbe dovuto ritenere che il divieto fosse del tutto inefficace oppure che la disciplina posta fosse "un esempio di schizofrenia legislativa".

L'incoerenza della disciplina emergeva considerando che l'identità biologica non veniva garantita da una disciplina, che prevedeva in ogni caso la possibilità che vi fosse un cd. turismo procreativo. Il divieto, infatti, operando con esclusivo riferimento al territorio nazionale e nei confronti del personale medico, non prevedeva alcuna sanzione per le coppie che si recavano all'estero per effettuare il trattamento vietato in Italia. Questo fenomeno rendeva peraltro ancora più difficile la conoscenza dei dati sanitari relativi ai donatori. Al contrario, il Relatore considerava come prima del 2004 si poteva ricorrere alla donazione di materiale genetico altrui, i cui dati restavano a disposizione dei centri che effettuavano quelle tecniche.

Da ultimo, si ricordavano alcune considerazioni svolte nel corso delle audizioni nel senso della assenza di dati intorno alla compromissione dello sviluppo psichico del nascituro a causa della scissione tra sfera biologica e quella sociale. Si era, al contrario, dimostrato come fosse essenziale ai fini di una formazione equilibrata e integrale della personalità una doppia figura genitoriale, che prescindesse dal legame genetico.

## **5. Il divieto posto dalla legge n. 40 del 2004 e i profili di illegittimità costituzionale.**

L'art. 4, comma terzo, della legge n. 40 del 2004 vieta, in modo assoluto, la possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita, che facciano uso di gameti esterni alla coppia.

A fronte di questo divieto, si prevede la regolamentazione di alcuni effetti che conseguono alla sua stessa violazione (art. 9).

---

rispetto alla decisione della Corte costituzionale alcuni Tribunali avevano ritenuto di poter pervenire a interpretazioni costituzionalmente conformi di alcune di esse.

<sup>33</sup> Relazione di minoranza della XII Commissione (*Igiene e Sanità*), comunicata alla Presidenza il 15 settembre 2003, relatore Del Pennino.

<sup>34</sup> CORTE COST., sent. 26.9.1998, n. 347, cit.

<sup>35</sup> CASS., sent. 16.3.1999, n. 2315, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 525.



In relazione alla coppia, infatti, si prevede che il coniuge e il convivente non possano esperire l'azione di disconoscimento o impugnare il riconoscimento del figlio. La madre, inoltre, non può rimanere anonima, come invece può avvenire nel caso in cui la procreazione sia naturale. Il soggetto che dona i propri gameti non può instaurare alcun tipo di legame con il nato, né risulta titolare di alcun obbligo o diritto nei suoi confronti<sup>36</sup>.

Tale circostanza è stata peraltro ritenuta "piuttosto anomala"<sup>37</sup>, poiché a presidio del divieto non è stata posta alcuna sanzione a carico delle coppie che lo violino. Le uniche previsioni in questo senso riguardano la responsabilità degli operatori medici e sanitari. L'art. 12 stabilisce, infatti, che chiunque applichi la tecnica di fecondazione eterologa venga punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro.

#### *5.1. La questione di legittimità costituzionale per la prima volta sottoposta al giudizio di un giudice comune.*

La questione di legittimità costituzionale relativa al divieto assoluto posto dalla legge n. 40 del 2004 è stata eccepita per la prima volta nel corso di un procedimento in via d'urgenza instaurato presso il Tribunale di Milano<sup>38</sup>.

La coppia ricorrente, in ragione della propria condizione di sterilità incurabile, aveva richiesto il riconoscimento del diritto di ricorrere alla donazione di gameti esterni. Tale donazione, infatti, rappresentava l'unica possibilità per ottenere una gravidanza. In via subordinata, si chiedeva di sollevare questione di legittimità costituzionale sulla disposizione, per violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost., nella parte in cui non si prevede un'eccezione al divieto di fecondazione eterologa per quelle coppie che, pur potendo accedere alle tecniche assistite nei limiti imposti dall'art. 5, presentano un grado di sterilità o di infertilità non superabile attraverso le tecniche omologhe.

Il Tribunale di Milano, in composizione monocratica, rigettava il ricorso, poiché la lettera della norma non permette l'accesso al tipo di pratica di fecondazione assistita richiesta. La decisione del legislatore di porre un divieto assoluto a questa tecnica risultava, secondo il Tribunale, del tutto insindacabile poiché rientrava nella sfera discrezionale che gli è riconosciuta.

Anche in sede di reclamo, il Collegio<sup>39</sup> aveva confermato queste conclusioni e veniva pertanto dichiarata la non manifesta infondatezza della questione. Il Tribunale in composizione collegiale affermava, infatti, che "I motivi di reclamo, essenzialmente rivolti a censurare il provvedimento di diniego cautelare e con cui non si è ritenuto di sollevare la questione di costituzionalità [...], sono infondati e, per l'effetto, non può che essere confermata la esauriente motivazione data in ordine alla manifesta infondatezza delle censure di costituzionalità sollevate [...]".

In particolare, il Collegio si è soffermato sulla decisione del legislatore di assicurare una tutela esclusiva per un tipo di genitorialità strettamente biologica, tesa a garantire al nascituro il diritto alla propria identità biologica e una duplice figura genitoriale di tipo eterosessuale. Tale assunto si è fondato sul fatto che non si può individuare nel nostro ordinamento un diritto insopprimibile a procreare, che legittimi quindi il ricorso a una simile tecnica.

<sup>36</sup> Per un approccio civilistico alle problematiche sottese, si veda M. DOSSETTI – M. LUPO – M. MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2009.

<sup>37</sup> In tal senso, F. BORRELLO, "La procreazione eterologa. Poche norme, molti interrogativi", in M. DOSSETTI – M. LUPO – M. MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione*, cit., 1124.

<sup>38</sup> TRIB. MILANO, ord. 7.4.2009, ined.

<sup>39</sup> TRIB. MILANO, ord. 23.11.2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, VII-VIII, 774 ss., sulla quale si veda I. PELLIZZONE, "Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale", in *www.rivistaaic.it*, e volendo B. LIBERALI, "Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa", *ivi*, 777 ss. e anche "La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il giudice comune italiano: la non manifesta infondatezza della questione", *ivi*.

Inoltre, le condizioni che caratterizzano le coppie in grado di produrre gameti fecondabili e quelle che invece non lo sono non possono essere ricostruite in termini di uguaglianza giuridica, ma solo in termini di somiglianza. A partire da questo presupposto non appare quindi irragionevole l'esclusione della seconda categoria dall'accesso alle tecniche procreative assistite.

Il Collegio ha ritenuto che il divieto fosse funzionale al raggiungimento dell'obiettivo stesso della disciplina, ovvero la possibilità di dare una soluzione ai problemi legati alla sterilità o all'infertilità per le coppie che hanno, come sottolinea il Collegio stesso, una potenzialità procreativa.

A questo riguardo si può osservare come la legge n. 40 e in particolare l'art. 1 non ponga una simile limitazione rispetto alla sua applicabilità. Non vi è, infatti, alcuna distinzione tra patologie che escluda dall'accesso alle tecniche coloro che presentano il grado più elevato di sterilità o infertilità. Inoltre gli artt. 1 e 4 impongono che si ricorra alla procreazione assistita solo quando non siano possibili altre soluzioni. Anche l'art. 5, che pone i limiti soggettivi per l'accesso alle tecniche, non pone alcuna limitazione relativa alla tipologia di malattia o al grado di sterilità o infertilità.

Il Tribunale collegiale, invece, ha affermato che lo scopo della disciplina è quello di favorire il concepimento all'interno della coppia e quindi dovrebbe essere tutelata solo la genitorialità di tipo biologico, cui viene inscindibilmente legata la posizione del nascituro. Peraltro, si considera necessario il carattere eterosessuale della coppia, che garantirebbe a quest'ultimo un nucleo familiare stabile.

In definitiva, quindi, si è ritenuto che lo scopo di dare soluzione ai problemi di sterilità o infertilità delle coppie fosse imprescindibilmente legato al divieto assoluto di fecondazione eterologa e alla tutela esclusiva della genitorialità biologica. La scelta di dare attuazione a questi obiettivi risulta ragionevole e, di conseguenza, non è possibile sindacare la disciplina, rientrando nella sfera di discrezionalità del legislatore.

Queste due prime decisioni relative alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza della questione si segnalano, dunque, in ragione della motivazione corposa e molto approfondita, con cui i giudici hanno fondato il rigetto del ricorso e la decisione di non sollevare la questione stessa, in qualche modo sovrapponendosi rispetto alle competenze che sono proprie del Giudice delle Leggi.

### *5.2. La non manifesta infondatezza della questione a seguito dell'intervento della Corte EDU.*

Tale orientamento del Tribunale di Milano è stato superato a seguito dell'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che si è pronunciata sulla compatibilità alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo della disciplina austriaca.

Questa normativa, che risale al 1992<sup>40</sup>, prevede un divieto assoluto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita che richiedano il ricorso alla donazione di gameti femminili, mentre stabilisce un divieto parziale in relazione alla donazione dei gameti maschili. Si consente, infatti, la donazione di sperma che sia destinato a un tipo di fecondazione *in vivo*, mentre non è possibile accedere alla medesima tecnica che sia destinata alla fecondazione *in vitro*.

La decisione della Corte EDU del primo aprile del 2010<sup>41</sup>, riconoscendo che la legge austriaca si poneva in contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU, ha dispiegato una indubbia influenza sulle successive decisioni dei giudici comuni italiani che sono stati chiamati a decidere sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del divieto posto dalla legge n. 40<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Si fa riferimento alla legge austriaca *Fortpflanzungsmedizingesetz*.

<sup>41</sup> CORTE EDU, 1.4.2010. Con specifico riferimento all'individuazione di un diritto a procreare nella CEDU, si veda A. OSTI, "Il caso S.H. e altri c. Austria: il diritto (di coppia?) a procreare e la fecondazione eterologa", in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, in cui ci si sofferma sulla possibilità di ricondurre il diritto procreativo agli artt. 8 e 12 CEDU, sottolineando come la prima disposizione "si porrebbe come parametro in grado di superare detti limiti e di spostare il diritto a procreare da una dimensione di responsabilità familiare a una dimensione di mera autodeterminazione individuale".

<sup>42</sup> Sull'influenza determinante nel senso della rimessione della questione alla Corte costituzionale a seguito della decisione della Corte EDU, si veda ancora M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti*, cit. e *La Legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, cit.

La Corte EDU, in particolare, ha ritenuto che non vi fosse alcuna giustificazione ragionevole e oggettiva del trattamento differenziato riservato dalla normativa austriaca alle coppie che necessitano di donazione di gameti, sia femminili sia maschili (§§85 e 94).

Con riferimento alla donazione di ovuli, la Corte sottolinea come le argomentazioni avanzate dal Governo austriaco intorno a problematiche di natura morale ed etica non sono sufficienti a fondare un simile divieto assoluto. Se pure non vi è alcun obbligo di adottare una disciplina in materia e tenuto conto del fatto che si deve riconoscere un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati membri, è necessario che se una simile decisione viene presa, la normativa predisposta risulti coerente (§74).

Il divieto assoluto, peraltro, non è l'unico rimedio che può essere adottato a fronte dei rischi associati alle nuove tecniche riproduttive, che pure devono essere tenuti in considerazione. A questo riguardo la Corte EDU ricorda come, oltre a essere state adottate specifiche disposizioni che sono idonee a scongiurare tali rischi, gli interventi relativi alla procreazione assistita siano demandati a medici che hanno una specifica preparazione (§76).

Anche con riguardo al rischio di creazione di famiglie atipiche, la Corte ricorda come esse siano da tempo conosciute nei diversi ordinamenti e dunque non si può escludere che possano esserci delle relazioni familiari derivanti dall'uso di tecniche riproduttive (§81), mentre con riferimento al diritto del nato di conoscere le proprie origini si sottolinea come non possa considerarsi assoluto.

Con riguardo alla donazione di sperma, la Corte EDU, nel ritenere le argomentazioni addotte dal Governo insufficienti, afferma la rilevanza del desiderio di avere un figlio e sottolinea come il margine di discrezionalità da riconoscersi in capo agli Stati debba essere limitato quando viene in rilievo un aspetto di particolare importanza in relazione all'esistenza e all'identità delle persone (§93).

A fronte di questa decisione, con tre diverse ordinanze di rimessione è stata sollevata questione di legittimità costituzionale sul comma terzo dell'art. 4<sup>43</sup> e, in particolare, come si vedrà oltre, si è provveduto a integrare i parametri costituzionali costituiti dagli artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost. con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'interpretazione fornita in materia dalla Corte EDU degli artt. 8 e 14 della CEDU.

Si deve peraltro segnalare la decisione di segno opposto di un altro giudice comune, che ha ritenuto di non sollevare la medesima questione alla Corte costituzionale, sulla base del fatto che le considerazioni svolte dalla Corte EDU, nei confronti dell'ordinamento austriaco, non possono dispiegare alcun effetto in quello italiano<sup>44</sup>.

Il Tribunale di Salerno, cui veniva sottoposta la questione di legittimità costituzionale nell'ambito di un procedimento in via d'urgenza, ha ritenuto che non potesse dubitarsi della legittimità costituzionale del divieto, in relazione alle richiamate disposizioni convenzionali. In particolare, si è considerato che le decisioni della Corte EDU non devono ritenersi vincolanti nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi. I provvedimenti della Corte EDU, nonché le argomentazioni che ne fondano le ragioni, possono rilevare nel nostro ordinamento solo nel caso in cui vi siano fattispecie assimilabili ai casi da essa affrontati. Nel caso del divieto di fecondazione eterologa, le discipline austriaca e italiana, stante la diversa modulazione operata dai rispettivi legislatori, non possono essere considerate assimilabili. Tale assunto, quindi, rende inapplicabili al contesto normativo italiano le osservazioni svolte in relazione all'ordinamento austriaco dalla Corte EDU.

### *5.3. La decisione definitiva della Grande Camera nel caso austriaco.*

<sup>43</sup> TRIB. FIRENZE, CATANIA e MILANO, nn. 19, 34 e 163 del 2011, cit.

<sup>44</sup> TRIB. SALERNO, ord. 20.10.2010, ined.

Nel novembre del 2011<sup>45</sup>, è intervenuta la seconda, e definitiva, decisione della Grande Camera della Corte EDU<sup>46</sup>, che ha annullato il proprio precedente, riconoscendo che la disciplina in materia di procreazione assistita non contrasta con gli artt. 8 e 14 della CEDU.

La Grande Camera ha stabilito che le norme impugnate, relative al divieto di donazione di gameti, non hanno oltrepassato il margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati in materia<sup>47</sup>.

Per quanto riguarda il divieto di donazione di ovuli, che risulta assoluto poiché si riferisce sia alla donazione destinata alla fecondazione *in vivo* sia a quella *in vitro*, la Grande Camera ha chiarito che il legislatore austriaco ha predisposto una disciplina legittima tesa a garantire l'identità genetica fra madre e figlio e a impedire che due persone possano rivendicarne la maternità. Anche il divieto di donazione di gameti maschili destinata alla procreazione *in vitro* risulta essere ragionevole, poiché esprime un approccio ispirato al principio di precauzione.

La decisione della Grande Camera permette di soffermarsi sulle considerazioni svolte in relazione sia al riconoscimento in capo agli Stati di un ampio margine di apprezzamento in materia, sia al cd. *time factor*.

In relazione al primo aspetto, si può osservare come in entrambe le decisioni la Corte EDU abbia riconosciuto, in ragione del fatto che in materia non è stata raggiunta una posizione comune da parte degli Stati e che la stessa materia è caratterizzata da un continuo progresso ed evoluzione scientifici, un ampio margine di apprezzamento per i legislatori nazionali. Cionondimeno, la stessa Corte EDU è giunta, nelle due diverse occasioni, a conclusioni opposte.

Nella decisione della Grande Camera, infatti, si è chiarito come la questione da decidere non fosse tanto quella di valutare se l'ordinamento austriaco avesse potuto adottare una soluzione più adeguata a bilanciare i diversi interessi in gioco, ma quella di stabilire se avesse superato il margine di apprezzamento che pure gli è riservato (§106). La Grande Camera riconosce comunque che non vi è ancora un consenso fra gli Stati membri in relazione alla donazione di ovuli.

Inoltre, con riferimento al divieto di donazione di ovuli, si è sottolineato come le conoscenze scientifiche nella materia della procreazione assistita stiano evolvendo rapidamente e dunque è ragionevole che gli ordinamenti nazionali adottino un approccio precauzionale nel porre una disciplina (§103). Con riguardo alla donazione di sperma, la Grande Camera ritiene che la scelta di rendere legittima quella destinata alla fecondazione *in vivo* evidenzia il grado di cautela con cui l'ordinamento austriaco ha deciso di disciplinare la materia.

Con riferimento al secondo aspetto, ovvero quello che i giudici della Grande Camera, nella loro opinione dissenziente stesa in calce alla decisione, hanno definito quale *time factor*, si può osservare come le considerazioni svolte dalla Grande Camera in punto di evoluzione tecnica, scientifica e sociale in materia di tecniche riproduttive possano far ritenere che la stessa decisione intorno alla compatibilità con la CEDU della normativa austriaca si riferisca precisamente al momento storico in cui la stessa disciplina è stata impugnata e, dunque, tenga conto delle acquisizioni tecniche e scientifiche di quel momento storico.

In questo senso, quindi, si può richiamare quanto osservato in precedenza in relazione al rilievo che in questa materia assume il progresso scientifico rispetto all'attività normativa. La stessa Grande Camera, peraltro, sottolinea come non si sia dato luogo a una revisione dei principi che governano la materia, caratterizzata da un rapido sviluppo delle conoscenze medico-scientifiche, e come occorra prendere in

<sup>45</sup> CORTE EDU, GRANDE CAMERA, 3.11.2011, cit.

<sup>46</sup> L'udienza davanti alla Grande Camera, a seguito della rimessione del giudizio alla medesima, si è tenuta il 23.2.2011.

<sup>47</sup> Gli Stati membri, infatti, godono in "un certo margine di apprezzamento quando hanno a che fare con i diritti garantiti dalla Cedu". Questo margine di apprezzamento varia in ragione della materia che viene in rilievo e, con particolare riguardo al diritto al rispetto della vita privata e familiare, "appare più probabile che le istituzioni nazionali abbiano una migliore e più dettagliata conoscenza delle persone implicate, così come delle esatte circostanze di fatto, rispetto alla Corte". In questo senso C. GRABENWARTER, "Vita privata, fecondazione *in vitro* e «margine di apprezzamento degli stati membri»", cit., 32.

considerazione e tenere conto di questa evoluzione. A tale conclusione, peraltro, era giunta anche la Corte costituzionale austriaca (§117).

A fronte delle motivazioni della decisione della Grande Camera e delle osservazioni svolte dai giudici dissenzienti in punto di margine di apprezzamento, di *time factor* e di evoluzione nelle conoscenze scientifiche, ci si può chiedere se ad analoga conclusione - nel senso della compatibilità rispetto alla CEDU - la Corte EDU sarebbe pervenuta (o potrebbe pervenire in futuro, magari con riguardo a un altro ordinamento, come l'Italia) a fronte di un diverso quadro scientifico di riferimento e, dunque, a fronte di un'evoluzione delle conoscenze scientifiche in materia che non consenta di ritenere giustificato, e dunque ragionevole, il divieto di donazione di gameti<sup>48</sup>.

Entrambe le decisioni della Corte EDU hanno, quindi, dispiegato rilevanti effetti nell'ordinamento italiano.

In particolare, la prima decisione del 2010, che aveva riconosciuto la violazione da parte dell'Austria della CEDU, ha indotto i giudici comuni a sollevare la questione di legittimità costituzionale sul divieto italiano, in un caso con esclusivo riferimento al primo comma dell'art. 117 Cost., negli altri due casi integrando con quest'ultimo gli ulteriori parametri costituzionali; la seconda e definitiva pronuncia ha invece fondato la decisione della Corte costituzionale di ordinare la restituzione degli atti agli stessi giudici remittenti.

#### 5.4. I profili di illegittimità costituzionale del comma terzo dell'art. 4.

In relazione ai parametri costituzionali, che possono considerarsi più propriamente interni, occorre osservare come i giudici rimettenti nelle loro motivazioni abbiano fatto costante riferimento anche a quanto stabilito, sugli stessi profili, dalla Corte EDU nella prima decisione dell'aprile del 2010, che nel momento della stesura dei tre provvedimenti costituiva l'unico riferimento in materia della giurisprudenza della Corte EDU.

Con riguardo agli artt. 3 e 31 Cost., i giudici remittenti hanno rilevato innanzitutto come i principi di non discriminazione e di ragionevolezza imponessero al legislatore, che pure può disciplinare una certa materia, di non porre in essere irragionevoli differenziazioni di trattamento a fronte di situazioni omogenee.

In secondo luogo, si è riconosciuto come il diritto a creare una famiglia costituisse un diritto fondamentale e come quindi i problemi collegati alla riproduzione e la loro soluzione rientrassero nella sfera di un simile diritto.

In questo senso, quindi, e considerando l'obiettivo reso esplicito dall'art. 1 della legge n. 40 che intende dare soluzione ai problemi legati alla sterilità o infertilità non altrimenti superabili, il divieto di ricorrere alla donazione di gameti appare violare tali disposizioni, poiché si riserva alla categoria di coppie che presentano un grado assoluto di patologia un trattamento diverso e deteriore senza che si possa individuare una giustificazione ragionevole.

Come si è anticipato, inoltre, il divieto assoluto posto dal comma terzo dell'art. 4 non è corredato da un adeguato e coerente sistema sanzionatorio, poiché non si prevede alcuna sanzione a carico della coppia che decida di recarsi all'estero per poter accedere alla tecnica richiesta. Da questo punto di vista, peraltro, si profila un'ulteriore discriminazione irragionevole tra coppie che intendono ricorrere alla procreazione assistita, ovvero quella di tipo economico.

<sup>48</sup> Si richiamano le più ampie osservazioni critiche svolte su tali aspetti in "Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cosiddetto *time factor*. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria", in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *La Legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, cit., 113 ss. Ritiene invece che la decisione sembra dimostrare come i giudici della Corte EDU abbiano "recuperato coscienza del proprio ruolo e dei limiti cui sono sottoposti e, di conseguenza, [abbiano] tratteggiato in maniera, forse per taluni criticabile, ma logicamente ineccepibile, il necessario bilanciamento tra gli strumenti a loro disposizione e cioè tra l'esigenza di interpretazione evolutiva della Convenzione, la dottrina del consenso e la teoria del margine di apprezzamento" A. OSTI, "Interpretazione evolutiva, margine di apprezzamento e dottrina del consenso: il bilanciamento di tali strumenti nella sentenza della Grande Camera in materia di fecondazione eterologa *in vitro*", *ivi*, 154.

In relazione all'art. 2 Cost., i giudici *a quibus* hanno rilevato un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale, nella parte in cui la disciplina non garantisce e tutela il diritto alla vita privata e familiare, oltre che il diritto di identità e di autodeterminazione, per le coppie per le quali la sola donazione di gameti può permettere di dare soluzione alla propria patologia. Sotto questo profilo, infatti, quella di accedere alle tecniche assistite rappresenta una decisione che rientra nella sfera più intima della coppia e che concerne il suo diritto di autodeterminarsi in quella stessa sfera. In particolare, si è affermato che l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce il diritto di formare una famiglia, così come è riconosciuto e definito dall'art. 29 Cost.<sup>49</sup>

Strettamente collegata a quest'ultima disposizione che riconosce come fondamento della famiglia l'istituto matrimoniale è l'art. 30 Cost., che disciplina il rapporto fra genitori e figli, attraverso concetti e categorie che "non possono considerarsi cristallizzati in principi di esperienza e prassi riferibili esclusivamente all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore"<sup>50</sup>.

Si è ritenuto che il diritto del figlio a vedere riconosciuto il proprio *status filiationis* non subisca alcuna compromissione in ragione del ricorso a tecniche di riproduzione assistita, poiché è posta una specifica regolamentazione dei rapporti fra il nato, la coppia che accede alle tecniche e il donatore. Nell'ordinamento italiano, inoltre, si prevede la possibilità che vi siano forme di genitorialità non biologica, come quelle che derivano dall'istituto dell'adozione.

È stato prospettato anche il contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., nella parte in cui il divieto assoluto è idoneo a compromettere l'integrità sia fisica sia psichica delle coppie. A fronte della negazione della possibilità di accesso alla tecnica che nel caso concreto si dimostri quella più adeguata a risolvere la patologia di cui è affetta la coppia, quest'ultima potrebbe essere indotta a sottoporsi ad altri trattamenti, che possono rivelarsi oltre che inutili anche incerti e pericolosi per la salute.

Da queste considerazioni emerge un ulteriore aspetto problematico del divieto posto dalla legge n. 40, che concerne la libertà e la responsabilità del medico, che non può valutare quale sia la tecnica e quindi il trattamento migliore per il singolo caso concreto, con ciò compromettendo ancora una volta il diritto alla salute del paziente, in questo caso la coppia.

Attraverso il richiamo alla giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, viene in rilievo anche la portata dello stato di evoluzione tecnica e scientifica dell'arte medica, di cui il medico, nel valutare i casi concreti e nello scegliere il trattamento più adatto, deve tenere conto. In particolare, si afferma che le tecniche di procreazione assistita costituiscono certamente "rimedi terapeutici sia in relazione ai beni che ne risultano implicati [...] sia perché implicano un trattamento da eseguirsi sotto diretto controllo medico, [...] diretto a superare una causa patologica che impedisce la procreazione, oltre che a contrastare le sofferenze connesse alla difficoltà di realizzarsi pienamente diventando genitore"<sup>51</sup>.

Con riguardo al rapporto tra progresso scientifico e attività normativa, si è sottolineato come "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 alla coppia; come è noto, si tratta di protocolli terapeutici correntemente in uso in molti dei Paesi europei"<sup>52</sup>.

In relazione al cd. turismo procreativo e alla discriminazione di ordine economico che si determina tra le coppie che possono recarsi all'estero e quelle che invece non sono in grado di affrontare i costi di questi viaggi, i giudici hanno rilevato come venga compromessa la salute sia fisica – in ragione delle possibili carenti condizioni igieniche e sanitarie del paese in cui si recano – sia psichica – in ragione del disagio psicologico che deriva dalla consapevolezza della propria condizione – anche nel caso in cui la coppia decida di recarsi all'estero per poter accedere legalmente alla tecnica vietata in Italia.

<sup>49</sup> In questo senso TRIB. MILANO, ord. di rimessione, cit.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> In questo senso TRIB. CATANIA, ord. di rimessione, cit.

<sup>52</sup> TRIB. MILANO, cit., che richiama, da ultimo, la sent. n. 151 del 2009 della Corte costituzionale, nella parte in cui ha ricordato come la stessa giurisprudenza costituzionale abbia "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".

## 6. La restituzione degli atti ai giudici remittenti e osservazioni conclusive.

Con l'ordinanza n. 150 del 2012 la Corte costituzionale ha ordinato la restituzione degli atti ai giudici a *quibus*, in ragione del fatto che la seconda decisione della Corte EDU “incide sul significato delle norme convenzionali [...] e costituisce un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”<sup>53</sup>.

La Corte costituzionale, in particolare, ha rilevato come nella stesura delle ordinanze di rimessione sia stato conferito particolare rilievo al profilo di illegittimità costituzionale relativo all'asserita violazione della CEDU.

Proprio tale considerazione ha condotto il Giudice delle Leggi a ritenere del tutto assorbiti gli ulteriori parametri costituzionali, più propriamente “interni”, senza svolgere alcuna considerazione in merito agli stessi. La restituzione degli atti si è, quindi, fondata sul fatto che i giudici rimettenti non avevano potuto considerare, nel momento in cui avevano deciso di sollevare la questione, la seconda pronuncia della Corte EDU, poiché questa è intervenuta in epoca successiva rispetto alle stesse ordinanze di rimessione.

Ad avviso del Giudice delle Leggi, quindi, la prevalenza, nella trattazione, accordata al profilo di illegittimità costituzionale relativo all'art. 117 Cost. ha imposto la restituzione degli atti senza dover affrontare gli ulteriori e diversi profili relativi ai parametri interni<sup>54</sup>. La Corte rileva come i giudici di Catania e Milano “non solo hanno proposto la questione di legittimità costituzionale riferita all'art. 117, primo comma, Cost. in linea preliminare rispetto alle altre pure sollevate, ma hanno altresì ripetutamente richiamato la suindicata sentenza della Prima Sezione della Corte di Strasburgo, allo scopo di trarne argomenti a conforto delle censure proposte in relazione agli ulteriori parametri costituzionali”, mentre il giudice di Firenze ha sollevato la questione con esclusivo riferimento all'art. 117 Cost.

In particolare, dopo aver ricordato come la restituzione degli atti si imponga quando “sopravvenga una modificazione della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio [...], ovvero della disposizione che integra il parametro costituzionale [...], oppure qualora il quadro normativo subisca considerevoli modifiche, pur restando immutata la disposizione censurata”, la Corte costituzionale ha sottolineato come la seconda decisione della Corte EDU incida “sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici” e costituisca pertanto “un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”.

Il Giudice delle Leggi ha ritenuto imposta la propria decisione di restituire gli atti ai giudici, poiché ciò discende innanzitutto e in modo “ineludibile” dalla stessa giurisprudenza consolidata in materia di rapporti fra ordinamento italiano e decisioni europee. In secondo luogo, si impone la necessità di offrire ai giudici remittenti l'occasione per valutare l'incidenza della nuova pronuncia sulla questione, poiché in caso contrario si determinerebbe “un'alterazione dello schema dell'incidentalità del giudizio di costituzionalità”, che richiede che siano i giudici comuni a valutare “alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo, se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto”.

<sup>53</sup> Si veda, per una ricostruzione dell'istituto, A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Giuffrè, Milano, 1965.

<sup>54</sup> In senso critico, si veda innanzitutto A. RUGGERI, “La Corte costituzionale, i parametri ‘conseguenziali’ e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata”, cit., il quale afferma che “Palese è l'obiettivo avuto di mira [...], che è di guadagnare tempo, con la non recondita speranza che le questioni di costituzionalità originariamente proposte sulla legge 40 non siano quindi nuovamente portate al giudizio della Consulta. La tecnica processuale messa in atto allo scopo di centrare l'obiettivo appare essere alquanto originale e – diciamo pure – ardita, ma non per ciò – come si tenterà di mostrare – persuasiva.”

La restituzione degli atti pone in rilievo alcune criticità che attengono, innanzitutto, al fatto che la motivazione del provvedimento si fonda sull'intervenuta decisione della Corte EDU e, in secondo luogo, alla tecnica dell'assorbimento degli ulteriori parametri adottata dalla Corte costituzionale.

Quanto al primo aspetto, si può osservare come la decisione sembri introdurre un elemento di novità, che è stato definito un "importante passo sul terreno delle 'relazioni' [...] tra l'ordinamento interno ed il sistema convenzionale"<sup>55</sup>. In particolare, si deve osservare, alla luce della giurisprudenza costituzionale relativa al rapporto fra Corte costituzionale da un lato e Corte di Giustizia e Corte EDU dall'altro, come la Corte costituzionale abbia rivolto il suo "sguardo"<sup>56</sup> all'intervento di quest'ultima sulla materia della fecondazione eterologa, ricordando "una scelta di tipo processuale che già da tempo viene operata con qualche frequenza quando, nelle more del giudizio di costituzionalità, intervenga una pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea che, alla stregua dello *jus superveniens*, condizioni i limiti entro cui la norma interna possa conservare efficacia ed essere applicata dall'operatore giuridico nazionale".<sup>57</sup>

In relazione al secondo profilo, strettamente processuale, l'assorbimento degli ulteriori parametri costituzionali si determina, ad avviso della Corte, quale conseguenza della ritenuta preminenza data dalle ordinanze di rimessione alle argomentazioni poste a fondamento della questione in relazione al primo comma dell'art. 117 Cost. e, dunque, con riguardo alla decisione definitiva della Grande Camera nel caso austriaco<sup>58</sup>.

In questo caso, però, la Corte costituzionale ha adottato tale tecnica senza dichiarare l'illegittimità costituzionale della disciplina censurata<sup>59</sup>.

La questione relativa all'assorbimento dei parametri si pone, quindi, avuto riguardo al tipo di decisione adottata. L'ordine di restituzione degli atti, infatti, determina da un lato l'obbligo per i giudici remittenti di procedere a una nuova valutazione intorno alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza con riguardo a un solo parametro (il primo comma dell'art. 117 Cost.), mentre lascia del tutto impregiudicata la stessa questione in relazione agli altri parametri.

In questo modo pare quasi adombrarsi l'idea di una possibile "gerarchia" e dunque di un ordine di trattazione tra i parametri invocati, che imporrebbe appunto di procedere alla restituzione degli atti in ragione dell'intervenuta decisione definitiva della Corte EDU in grado di incidere sulla questione per come sollevata in relazione al primo comma dell'art. 117 Cost. A fronte della considerazione per cui i giudici remittenti hanno tratto dalla prima decisione della Corte EDU argomentazioni a sostegno delle censure relative agli altri parametri, si potrebbe anche ritenere che si sia potuta rilevare una mancanza di autonomia degli stessi rispetto alle argomentazioni svolte in relazione al parametro costituito dall'art. 117 Cost.<sup>60</sup>, in tal modo sempre giustificandosi l'adozione della tecnica dell'assorbimento.

<sup>55</sup> In questo senso, ancora, E. MALFATTI, "Un nuovo (incerto?) passo", cit.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Così E. MALFATTI, "Un nuovo (incerto?) passo", cit., che sottolinea anche come "Tale novità non parrebbe di poco conto, considerando il diverso significato degli interventi delle due Corti europee, ed i differenti effetti che essi sono capaci di riverberare sull'ordinamento nazionale (anche alla stregua degli stessi insegnamenti della Corte costituzionale)."

<sup>58</sup> In senso fortemente critico rispetto a questa tecnica si veda A. RUGGERI, "La Corte costituzionale, i parametri 'conseguenziali' e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata", cit., 1, che rileva come "La Corte si guarda bene dal dichiarare che la pronuncia della Grande Camera del novembre scorso sia, in tutto e per tutto, da assimilare allo *jus superveniens*; è, però, qualcosa che gli somiglia molto (se non pure nella natura giuridica) al piano degli effetti, tant'è che, al pari di ciò che si ha in presenza di norme sopravvenienti ed idonee ad alterare i termini della questione, esso giustifica appunto la restituzione degli atti alle autorità remittenti."

<sup>59</sup> A questo proposito, sempre A. RUGGERI, "La Corte costituzionale, i parametri 'conseguenziali' e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata", cit., si chiede "Qual è, allora, il senso della restituzione degli atti in relazione ad uno di tali parametri, quando poi resterebbe in ogni caso aperta la questione con riferimento ai parametri restanti?"

<sup>60</sup> Ritiene che "le diverse e articolate censure di incostituzionalità fondate sui parametri costituzionali ritenuti oggi assorbiti mantengono una loro autonomia non solo dal punto di vista processuale (nonostante il disposto dell'ordinanza n. 150 cit.), ma anche e soprattutto dal punto di vista sostanziale, senza venire in nulla modificate o indebolite dalla pronuncia di rigetto della Grande Camera" G. REPETTO, "Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012", cit.



A fronte della decisione della Corte costituzionale, è possibile svolgere alcune considerazioni finali intorno a quella che potrebbe essere l'evoluzione del caso italiano.

In sede di rivalutazione della questione, in relazione al primo comma dell'art. 117 Cost., si può ritenere che rimangano inalterati quei profili che i giudici remittenti avevano posto a fondamento della questione con riferimento ai parametri cd. interni. Su questi ultimi, infatti, la Corte costituzionale non si è pronunciata, lasciando del tutto intoccate le relative argomentazioni.

Da questo punto di vista, quindi, i giudici comuni potrebbero sollevare nuovamente la questione in relazione a questi parametri. Si fa riferimento, innanzitutto, ai giudici che sono chiamati a procedere a una nuova valutazione della questione nel procedimento nel cui ambito avevano sollevato la stessa e, in secondo luogo, a quelli che, nelle more del giudizio costituzionale, avevano sospeso il proprio procedimento in attesa della decisione della Corte costituzionale, senza sollevare la questione. Infine, non si può escludere che possano essere chiamati a decidere per la prima volta sulla medesima questione anche altri giudici.

Con riferimento al primo comma dell'art. 117 Cost., i giudici, se lo riterranno, potranno modificare, rispetto all'orientamento ancorato alla prima decisione della Corte EDU, la propria valutazione intorno all'incidenza della nuova pronuncia della Grande Camera con riguardo all'asserita violazione da parte della legge n. 40 dello stesso parametro.

A questo proposito, infatti, occorre considerare come il mutamento della giurisprudenza della Corte EDU in merito alla compatibilità della disciplina austriaca rispetto alla CEDU non determini in via automatica una valutazione negativa sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità del divieto italiano<sup>61</sup>.

Se si dovesse ritenere che le due discipline – quella austriaca e quella italiana – non risultano assimilabili, il riconoscimento della compatibilità della prima rispetto alla CEDU potrebbe indurre a ritenere non manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale relativo al primo comma dell'art. 117 Cost., che riguarda la legge n. 40.

Il riconoscimento della non assimilabilità fra le due discipline potrebbe fondarsi, innanzitutto, sulla diversa modulazione dei divieti, poiché nell'ordinamento austriaco è pur sempre consentito ricorrere alla donazione di sperma destinato a una fecondazione *in vivo* e, quindi, il divieto assoluto riguarda solo la donazione di gameti femminili<sup>62</sup>.

In secondo luogo, si deve tenere conto delle considerazioni svolte intorno alla valutazione del contesto storico, nonché scientifico, che caratterizza i periodi di entrata in vigore delle discipline stesse, nonché il momento in cui entrambe sono state censurate davanti alle rispettive Corti costituzionali.

Ancora una volta, quindi, si possono richiamare le considerazioni che emergono dalla decisione della Grande Camera. Queste sembrano limitare la stessa dichiarazione di compatibilità della disciplina austriaca alla CEDU al tempo in cui la normativa è stata censurata e tenere conto delle relative conoscenze scientifiche del momento storico in cui la legge è entrata in vigore.

La decisione intorno alla compatibilità del divieto tiene quindi conto dello specifico stadio di evoluzione scientifica che caratterizzava l'ordinamento austriaco, che ha reso ragionevole quelle disposizioni.

Non si può escludere, considerando questi profili ulteriormente messi in luce nella motivazione dissenziente, che la Grande Camera sarebbe pervenuta a decisione diversa nel caso in cui si fosse preso in considerazione un altro momento storico, caratterizzato da un ben diverso grado di conoscenze tecnico-scientifiche. La Corte EDU, infatti, nel riconoscere in capo agli Stati un ampio margine di apprezzamento, non ha escluso di poter sindacare la ragionevolezza e la compatibilità rispetto alla CEDU delle stesse discipline poste in essere nella materia della procreazione assistita.

<sup>61</sup> Nel senso, invece, che "il risultato potrebbe essere quello di una percezione della legge italiana in materia 'in linea' con la Convenzione; con il rischio quindi che i giudici del merito stavolta di 'accontentino', per così dire, di compiere il primo *step* nel percorso di valutazione della legge codificato a partire dalle sentenze 'gemelle' del 2007, sfumando le ragioni di perplessità rispetto al testo costituzionale", E. MALFATTI, "Un nuovo (incerto?) passo", cit.

<sup>62</sup> A questo proposito viene in rilievo il passaggio della decisione della Grande Camera (§114), in cui si sottolinea come la diversa modulazione del divieto di donazione di sperma dimostri il tentativo di bilanciamento tra i diversi interessi.

Nonostante la Grande Camera abbia dichiarato insussistente l'asserito contrasto rispetto alla CEDU, emerge dalla stessa pronuncia come la conoscenza scientifica nella materia della procreazione assistita sia soggetta a continua evoluzione, di cui il legislatore nazionale deve tenere conto. Come viene riconosciuto dalla stessa Corte EDU, il legislatore austriaco ha invece omesso di riconsiderare l'impostazione della disciplina nonostante fosse stato sollecitato, in questa direzione, dalla Corte costituzionale austriaca.

Tale passaggio, peraltro, viene considerato nell'opinione dissenziente fortemente contraddittorio, poiché a partire dal riconoscimento dell'importanza del dato scientifico non deriva quale logica conseguenza il riconoscimento dell'irragionevolezza della normativa austriaca, cui non sono state apportate le necessarie modifiche che l'evoluzione scientifica avrebbe imposto.

Questa considerazione potrebbe, forse, riflettersi anche sul caso relativo alla legge n. 40.

La disciplina, infatti, è stata approvata nel 2004 e la relativa questione sottoposta al Giudice costituzionale nel 2012 (e non nel 1992 e nel 1999, come per il caso austriaco) e, di conseguenza, lo stato di evoluzione scientifica risulta più avanzato.

Si consideri, inoltre, che già prima del 2004 le tecniche di fecondazione medicalmente assistita in generale e in particolare quella cd. eterologa erano largamente praticate. In questo senso, quindi, tutte le considerazioni in ordine al contesto sociale potrebbero risultare diverse per l'ordinamento italiano rispetto a quelle svolte, per esempio, dal Governo austriaco intervenuto nel giudizio davanti alla Corte EDU.

In attesa, dunque, di verificare le ipotesi sopra esposte, si può, da ultimo, porre l'interrogativo intorno alla "effettiva utilità" di questa restituzione degli atti, nel caso in cui la questione venga nuovamente sollevata.

Da un lato, si potrebbe verificare il caso in cui un giudice – come il Tribunale di Firenze – sollevi nuovamente la questione con riferimento al solo primo comma dell'art. 117 Cost., poiché, come si è detto, non sembra che dalla decisione della Grande Camera derivi in via automatica una valutazione positiva circa la compatibilità alla CEDU della normativa italiana.

In questo caso il Giudice delle Leggi dovrà entrare nel merito della questione e affrontare il profilo della effettiva portata della decisione della Grande Camera.

Dall'altro lato, però, sembra più probabile ritenere che la stessa questione venga sollevata, come si è detto, con riguardo ai parametri cd. interni, da soli o accompagnati dal primo comma dell'art. 117 Cost.

In entrambi questi ultimi casi la Corte costituzionale verrà chiamata a esprimersi necessariamente sui profili della questione relativi ai parametri cd. interni e, sia che decida di accogliere la questione, sia che decida di rigettarla, si può condividere l'interrogativo intorno al "se ed a che cosa sia giovato quest'ulteriore passaggio dalle sedi della giustizia comune"<sup>63</sup>, che si è reso necessario con la restituzione degli atti.

---

<sup>63</sup> In questo senso, ancora, A. RUGGERI, "La Corte costituzionale, i parametri 'conseguenziali' e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata", cit.