

Gianni Baldini  
Docente di Biodiritto  
Università di Firenze

*Procreazione assistita 'eterologa' e diritti della persona  
tra principi costituzionali e pronunce della Corte EDU*

**SOMMARIO:** 1. Considerazioni introduttive: la tutela dei diritti fondamentali nel 'sistema integrato europeo'. Le sentenze della Corte EDU sul divieto di PMA eterologa. 2. Relazione tra 'sistema CEDU', ordinamento comunitario e ordinamento interno. Cenni. 3. Le pronunce delle Corte EDU in materia di PMA eterologa. 3.1. La sentenza della 1<sup>a</sup> Sezione della Corte del 1 aprile 2010: divieto di procreazione eterologa previsto dalla legge austriaca e violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU. 3.2. Segue: Le implicazioni della pronuncia della Corte EDU sull'ordinamento italiano e in particolare sull'art 4 c. 3 legge 40/04. Parziale identità della *rationem legis* tra disciplina italiana e austriaca. 3.3. Conformità della Sentenza della Corte EDU ai principi della Carta di Nizza e della Costituzione e impossibilità di adeguamento interpretativo della norma interna. La ricostruzione nella prospettiva costituzionale. 3.4. Compatibilità normativa e sistematica, *de iure condito*, dell'eventuale eliminazione del divieto di esecuzione delle tecniche di PMA eterologhe di cui all' 4 c. 3 L. 40/04. Applicazione della normativa esistente. 3.5. La pronuncia della Grande Chambre della Corte EDU del 3 novembre 2011: una decisione 'politica' tra limiti logici e contraddizioni in fatto e diritto. Dubbi sulla rilevanza 'sostanziale' *de jure condito* e condendo della decisione. 3.5.1. Il 'margine di apprezzamento' quale unico 'criterio guida' della decisione. 3.5.2. 'Distonia temporale' e contraddizioni logiche nel giudicato. 3.5.3. Le possibili ricadute della decisione della Grande Chambre sull'art. 4 c. 3 della legge 40/04.

*1. Considerazioni introduttive: la tutela dei diritti fondamentali nel 'sistema integrato europeo'. Le sentenze della Corte EDU sul divieto di PMA eterologa.*

La riflessione non può che prendere le mosse dalle rilevanti novità introdotte in tema di diritti fondamentali della persona, relative tecniche di tutela e soggetti legittimati a garantirne l'effettiva attuazione, all'esito del lungo e contrastato processo che a partire dal 2001 con la proclamazione della Carta fondamentale dei diritti

dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) tra alterne vicende politiche e sociali è infine giunto alla sua conclusione, in senso tecnico-giuridico, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 1 dicembre 2009.

Il nuovo quadro dell'integrazione europea delineata dal Trattato pone al giurista assieme all'esigenza di riordinare il complesso sistema di 'tutela multilivello' dei diritti fondamentali della persona nel sistema europeo, interrogativi, prospettive di indagine, soluzioni applicative del tutto nuove ed inedite anche rispetto ad un recente passato<sup>1</sup>. Il problema, se non del riconoscimento, della c.d. 'attuazione decentrata' dei diritti fondamentali nello spazio comune europeo, trova finalmente una risposta di diritto positivo nella misura in cui il Trattato conferisce giuridico rilievo, sul piano del diritto comunitario, sia alla Carta di Nizza che alla CEDU<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Per analisi delle varie questioni si rinvia a: S. Gambino, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009; P. Bilancia, M. D'Amico (a cura di) *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, Milano 2009, 233 ss; B. Nascimbene, *Unione europea – Trattati, L'Europa in movimento. Raccolta di testi e documenti. Le modifiche introdotte dal trattato di Lisbona*, Torino, 2010, pp. X-398; V. Baldini, *Il trattato di Lisbona e il rispetto dell'identità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, Saggi, fasc n. 2, 2010; E. Triggiani *L'Unione Europea secondo il Trattato di Lisbona*, in *Atti Dip. Dir. Int e dell'UE*, Univ. Bari, 2009. P.M. Zerman, *Europa: il Sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali*", 2011, in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it)

<sup>2</sup> La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o CEDU è un trattato internazionale redatto dal Consiglio d'Europa. La Convenzione è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953. È stata ratificata da parte di tutti i 47 Stati membri (al 22 giugno 2007) del Consiglio d'Europa. La Convenzione ha dato vita alla Corte Europea dei diritti dell'uomo organo deputato all'interpretazione e all'applicazione dei diritti ivi sanciti. La CEDU è stata poi integrata e modificata da 14 Protocolli aggiuntivi. I Protocolli II e III (entrati in vigore il 21 settembre 1970), V (entrato in vigore il 20 dicembre 1971), VIII (entrato in vigore il 1° gennaio 1990), IX (entrato in vigore il 1° ottobre 1994) e X (mai entrato in vigore) riguardano aspetti procedurali e sono stati superati dal XI Protocollo, firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994 ed entrato in vigore il 1° novembre 1998, mentre i Protocolli I ("Protocollo addizionale", entrato in vigore il 18 maggio 1954), IV (entrato in vigore il 2 maggio 1968), VI (entrato in vigore il 1° marzo 1985), VII<sup>1</sup> (entrato in vigore il 1° novembre 1988), XII (entrato in vigore il 1° aprile 2005) e XIII (entrato in vigore il 1° luglio 2003) hanno aggiunto altri diritti (in particolare, il primo protegge la proprietà e decreta il diritto all'istruzione e a libere elezioni e il tredicesimo prevede l'abolizione della pena di morte in ogni circostanza).

Il Protocollo XIV, firmato il 13 maggio 2004 consente a organizzazioni internazionali come l'Unione europea di diventare parte della Convenzione. L'Unione, che in quel momento non aveva la competenza a stipulare accordi di adesione alla

Questo mutato quadro di riferimento pone in una luce del tutto nuova le principali problematiche che non da oggi interrogavano il giurista: come assicurare eguale tutela tra i cittadini europei in ordine alla fruizione e al godimento di fondamentali situazioni soggettive di natura esistenziale? Quali i rapporti, nell'ambito dell'articolato sistema di "tutela multilivello" dei diritti fondamentali della persona, tra fonti normative nazionali, europee, internazionali e relative autorità giudicanti preposte: Corte Giustizia Europea-Corte Europea dei Diritti dell'Uomo-Corti Costituzionali Statali? Quale il ruolo delle corti di merito statali al fine di rendere effettiva la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali proclamati da autorità sovranazionali? Quali i meccanismi di armonizzazione utilizzabili nel/dal sistema per assicurare una interpretazione ed applicazione uniforme dei diritti fondamentali nello spazio unico europeo? Regola gerarchica o funzionale quale disciplina della relazione tra le varie fonti?

Si tratta di questioni dirimenti rispetto all'obiettivo di realizzare una compiuta cittadinanza europea. In altre parole risulta evidente come solo attraverso una 'ermeneutica europea' e la 'effettività della protezione giurisdizionale' si può realizzare quella tutela necessariamente uniforme dei diritti fondamentali del cittadino europeo.

Tale scenario interroga l'interprete se alla "europeizzazione dei diritti e dei valori" debba corrispondere una "europeizzazione delle tutele", poiché nell'ambito della nuova concezione del c.d. diritto integrato il giurista è chiamato ad assolvere un compito particolarmente complesso e delicato, ovverossia quello dell'interpretazione adeguatrice, che consiste nel leggere e interpretare le norme interne in maniera tale da renderle compatibili con i valori fondanti dell'Unione europea al cui vertice sta la 'dignità umana'.

---

CEDU, ha acquistato nello specifico tale possibilità ai sensi dell'articolo 6 comma 2 del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

Due pronunce della giurisprudenza amministrativa (sent. Cons. Stato sent 1220/10 e TAR Lazio sez II bis, sent 11984/10) hanno per la prima volta significativamente invocato la ratifica del Trattato di Lisbona del 1 dicembre 2009 per affermare l'effetto diretto della CEDU nell'ordinamento italiano. Per un'analisi delle connesse questioni v. infra.

Nell'ambito delle problematiche sopra evidenziate e delle rilevanti novità introdotte dal Trattato di Lisbona la questione preliminare da dirimere attiene all'impatto e alla portata negli ordinamenti interni dei singoli stati membri della UE che le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (e, in un prossimo futuro anche della Corte di Giustizia UE) sono destinate ad assumere nelle ipotesi in cui la normativa interna risulti difforme ovvero contraria a quella della CEDU.

Campo di elezione prescelto per svolgere tale riflessione è quello dei cc.dd. diritti bioetici o di quarta generazione<sup>3</sup>. Ciò essenzialmente per due ragioni. Da un lato non si può non rilevare come lo sviluppo delle tecniche biomediche e le connesse applicazioni biotecnologiche determinando sempre più il superamento del paradigma naturalistico nelle cc.dd. questioni di inizio vita/media vita/fine vita, pongono in una luce del tutto nuova la relazione tra principi fondamentali quali dignità umana e autonomia, libertà e responsabilità, consenso informato e autodeterminazione terapeutica, parità di trattamento e divieto di discriminazione, imponendo all'interprete di ripensare metodi di indagine, criteri ermeneutici utilizzati e categorie giuridiche di riferimento. Si tratta di un ambito nuovo anche per il civilista nel quale al diritto non si chiede di disciplinare gli effetti scaturenti dal fatto (naturalistico) rilevante (la nascita, la malattia, la morte) ma di dettare norme che regolino l'assetto e l'organizzazione del fatto (scientifico) stesso.

E' di ogni evidenza come sul piano sostanziale molto differenti potranno essere le soluzioni proposte in dipendenza dell'opzione politica e bioetica compiuta tra personalismo, utilitarismo e autonomia. In tal senso esempio paradigmatico è costituito dalla diffusione delle tecniche di procreazione artificiale come rimedio dell'incremento esponenziale della sterilità/infertilità (patologia che si stima interessi tra il 18 e il 22% della popolazione europea) che nel consentire il superamento dei limiti naturalistici oggettivi e soggettivi entro i quali era necessariamente definito il fenomeno procreativo (unione tra uomo e donna in età potenzialmente fertile) pone l'esigenza di regole che riconoscano/delimitino i nuovi spazi di libertà e autonomia conquistati al soggetto dalla scienza. Le previsioni contenute nella Carta di Nizza e

---

<sup>3</sup> Per una lettura in tal senso cfr. S. Rodotà, *La vita e le regole Tra diritto e non diritto*, Roma, 2009; id. *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1999.

nella CEDU costituiscono la cornice di riferimento entro la quale, in applicazione dei principi e dei valori della Carta costituzionale, l'interprete è chiamato ad applicare le regole e a dirimere le controversie del caso concreto.

Dall'altro, proprio il campo dei cc.dd. diritti bioetici date le profonde differenze per non dire veri e propri contrasti tra le discipline nazionali di settore vigenti nei vari stati membri UE costituisce un osservatorio privilegiato per verificare se siano rinvenibili nuove tecniche che consentano di superare la dimensione dell'autoreferenzialità dei singoli sistemi nonché prassi interpretative armonizzanti da parte delle Corti Europee che permettano di addivenire ad una tutela uniforme tra tutti i cittadini europei per ciò che attiene al piano dei diritti fondamentali della persona.

Due recenti sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo offrono lo spunto per indagare le questioni sopra sommariamente tracciate. Con una prima pronuncia la 1<sup>a</sup> Sezione della Corte di Strasburgo ha ritenuto contrarie ai principi di cui all'art. 8 e 14 della CEDU talune disposizioni di legge in materia di procreazione medicalmente assistita (il divieto di tecniche eterologhe) di uno stato membro della UE (l'Austria), rinvenibili anche in altri stati tra cui l'Italia. A distanza di poco più di un anno e mezzo la Grande Chambre chiamata a pronunciarsi a seguito del ricorso 'in appello' presentato dal Governo Austriaco alla decisione, con argomenti 'politici generali' – margine di discrezionalità e consenso europeo - più che 'giuridici di merito' –effettività e giustificazione della asserita violazione di un diritto fondamentale, proporzionalità e ragionevolezza della norma, non discriminazione- ha, sotto il profilo formale 'a quo', nonostante la distonia temporale che inficia il valore e l'attualità della decisione, ma come vedremo, non argomentativo e generale, neutralizzato la precedente pronuncia, auspicando, salomonicamente, un "esame approfondito della normativa...[affinchè] tali criteri possano essere oggetto di sviluppi di cui il legislatore dovrà tener conto in futuro" .

## *2. Relazione tra 'sistema CEDU', ordinamento comunitario e ordinamento interno. Cenni.*

Prima di entrare nel merito delle citate pronunce riteniamo utile, alla luce delle rilevanti novità introdotte dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel dicembre 2009, precisare sia pur

sommariamente, l'effetto nell'ordinamento interno che le sentenze della Corte EDU sono destinate a produrre.

Come è noto la giurisprudenza, già prima dell'approvazione del Trattato nel 2009 aveva ormai dato per acquisita la natura sub-costituzionale delle norme CEDU e delle connesse decisioni adottate dalla Corte Europea, sia sotto il profilo diretto di dictum per l'interprete (e lo stesso legislatore in virtù della menzionata evoluzione giurisprudenziale intervenuta) che sotto quello indiretto di canone interpretativo generale cui il Giudice nazionale, ivi compreso il Giudice delle Leggi, deve attenersi, nell'operazione di qualificazione della disposizione interna contrastante e della connessa esigenza di adeguare l'ordinamento interno, nei modi sopra visti, alle decisioni adottate dalla Corte Europea. In tal senso il giudice a quo investito del problema in via incidentale, previa verifica della congruità con i principi costituzionali interni delle asserite violazioni di diritti fondamentali della persona accertate dalla Corte Europea –nella specie gli artt. 8 e 14 della CEDU- esperito il tentativo di adeguamento per via interpretativa della norma interna alla norma/decisione CEDU, dovrebbe procedere, in caso di esito negativo, o alla applicazione, data la relazione gerarchica tra fonti e cronologica tra norme, della 'norma/decisione interposta' in luogo di quella ordinaria contrastante<sup>4</sup> – nella specie divieto di PMA di tipo eterologo previsto dalla norma interna di cui alla L. 40/04 art. 4 c. 3- ovvero, ove la questione presenti rilevanti profili di costituzionalità, sollevando q.l.c. della norma interna contrastante con la decisione della Corte Europea innanzi alla Consulta. Con ogni effetto consequenziale. Ciò corrisponde peraltro a quello che è accaduto con le ordinanze di remissione alla Corte Costituzionale da parte dei Tribunali

---

<sup>4</sup> Sul punto come sopra accennato l'orientamento della giurisprudenza non è unanime. La diretta applicazione nell'ordinamento interno della decisione della Corte EDU riconosciuta da una parte della giurisprudenza di merito e legittimità risulterebbe ammissibile attraverso l'applicazione degli ordinari criteri di composizione in sistema delle fonti del diritto: gerarchico e cronologico.

di Firenze, Catania e Milano<sup>5</sup> che proprio sul presupposto della decisione della Corte EDU nella controversia SH e altri c. Austria del 1 aprile 2010 hanno ritenuto non manifestatamente infondata la q.l.c. dell'art. 4. L. 40/04 che nel prevedere un divieto assoluto di

---

<sup>5</sup> Trib Firenze (ord) 6 settembre 2010, per un primo commento sia consentito il rinvio a: G. Baldini, *Diritti della persona e procreazione assistita. Relazione tra sistema CEDU, ordinamento comunitario e ordinamento interno prima e dopo la ratifica del trattato di Lisbona*, in *Nascere e morire: quando decido io*, Firenze, 2011 p. 139 ss (spec 155 ss); Trib. Catania (ord) 21 ottobre 2010, per un primo commento cfr. E. Dolcini, *Fecondazione eterologa: ancora un'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); Trib Milano (ord) 2 febbraio 2011 per un primo commento cfr. E. Dolcini *Stretto d'assedio il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo*, ivi, 2011 e C. Nardocci, *La non manifesta infondatezza del divieto di fecondazione eterologa: anche il Tribunale di Milano solleva la questione*, in *Il divieto di donazione di Gameti tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo* di M. D'Amico-B. Liberali (a cura di), Milano, 2012, p. 64 ss.

Per una prima valutazione d'insieme sulla questione della c.d. PMA eterologa dopo la pronuncia della 1<sup>a</sup> sezione della Corte EDU cfr. : F.D. Busnelli *Cosa resta della legge 40/04? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, 464 ss; C. Pitea, *Donazione di Gameti e convenzione europea dei diritti umani*, ivi, 163 ss; I. Pellizzone: *Divieto di fecondazione eterologa e articolo costituzionale: spunti di riflessione a partire dalla Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo S.H. e altri c. Austria*, ivi, p. 131 ss.

Per una lettura delle richiamate ordinanze si rinvia a M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), sez. *Materiali Il divieto di donazione di Gameti tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 181 ss; R. Conte, *Profili di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2011, p. 37 ss; M. Dell'Utri, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza di merito*, n.2, 2011, pp. 381; U. Salanitro, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della convenzione europea dei diritti dell'Uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*, in *Fam e dir.* 2010, 977 ss.; L. D'Avack, *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviano la questione alla Corte costituzionale*, in *il Dir. di fam e pers.*, 2010, 40 ss.; A. Diurni, *La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea*, in *Famiglia, persone, successioni*, 2011, fasc. 6, pp. 409-415; A. Osti, *Il caso S.H. e altri c. Austria in tema di procreazione medicalmente assistita*, in M. Cartabia (a cura di) *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, pp. 13-27; F. Cerri, *Corte europea e fecondazione eterologa: mater semper certa est? Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 aprile 2010*, in *Europa e diritto privato*, 2010, fasc. 4, pp. 1219-1230; L. Violini, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, fasc. 3, pp. 632-636; R. Bartoli, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione assistita eterologa*, in *Riv. di e proc pen.*, 2011, 1, p. 90 ss.

procreazione assistita con donazione di gameti risulterebbe in contrasto con gli artt 8 e 14 CEDU nonché 2,3, 13, 29,31, 32Cost.<sup>6</sup>.

Con riguardo agli aspetti connessi alla effettività ed esecutività delle sentenze CEDU si è assistito poi ad una progressiva evoluzione della c.d. teoria dell'equa soddisfazione' verso l'affermazione di un potere sanzionatorio reale nella forma della *restitutio ad integrum*<sup>7</sup> che ha

---

<sup>6</sup> Sulla questione dell'applicabilità ex art. 117 ovvero 11 della Sent. 1 Sez Corte EDU SH c. Austria, cfr. M. Dell'Utri, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza di merito*, cit. 384 ss; R. Conte, *Profili di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, p. 42 ss; P.M. Zerman, *Europa: il Sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali*, cit.,<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Se il dato indiscusso è l'impegno a conformarsi alle sentenze della Corte, sancito dall'articolo 46 della Convenzione tradizionalmente, si riteneva che, quando esso si sostanziasse nell'obbligo del pagamento della somma di denaro stabilita dalla Corte a titolo di "equa soddisfazione" (per l'impossibilità di porre in essere la *restitutio in integrum* ché è il caso anche della sentenza di cui si discute), questo riconoscimento precludesse ulteriori misure, tanto più in quanto esse non entravano nel dispositivo della sentenza. L'obbligo dello Stato di adottare, se del caso, misure di carattere individuale o generale per far cessare la constatata violazione, eliminarne le conseguenze, prevenire analoghe violazioni, sarebbe quindi rimasto sostanzialmente privo di reale efficacia normativa. Con il paragrafo 249 della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 13 luglio 2000 (caso Scozzari e Giunta contro Italia) e con l'opinione parzialmente concorrente del giudice Zupancic a quella sentenza ed all'altra, sempre della Corte, del 27 febbraio 2001 (caso Luca c Italia) si è realizzata una vera e propria svolta interpretativa destinata a produrre rilevanti effetti. La *restitutio in integrum* conseguente alla violazione dei diritti umani accertata dalla Corte resta dunque un obbligo gravante integralmente sullo Stato membro, stante l'accessorietà dell'equo soddisfacimento, rispetto all'obbligo delle Parti contraenti a conformarsi alle decisioni della Corte. Questa giurisprudenza ha stabilito, per la prima volta in modo esplicito ed incisivo, che l'equa soddisfazione costituisce solo una delle conseguenze di una sentenza: essa ha infatti chiaramente affermato che lo Stato condannato è chiamato non solo a versare agli interessati le somme eventualmente accordate a titolo di equa soddisfazione ma anche, e innanzitutto, a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali destinate a porre termine alla violazione constatata e a rimuoverne, per quanto possibile, le conseguenze<sup>7</sup>. La Corte ha tenuto inoltre a precisare, e trattasi di un'altra rilevante novità, che lo Stato, sempre sotto il controllo del Comitato dei Ministri, è libero di scegliere le modalità con cui adempiere tale obbligo a condizione che queste restino compatibili con le conclusioni della Corte<sup>7</sup>. Da quanto precede emerge che: le somme accordate a titolo di equa soddisfazione servono a compensare solo i danni ormai irreversibili (§ 250 della sentenza), sicché l'equa soddisfazione acquista un ruolo sussidiario e l'obbligo primario derivante da una sentenza, se si tiene conto anche della sistematica dei §§ 249 e 250, è quello della cessazione della violazione e della rimozione dei suoi effetti, nella misura in cui, ovviamente, ciò sia ancora possibile; lo



di fatto collocato le decisioni della Corte in una prospettiva significativamente differente rispetto ad un recente passato.

Vi sarebbe potuta essere anche un'altra strada che le Corti interne avrebbero potuto percorrere. Con la ratifica del Trattato di Lisbona del 1 dicembre 2009, in considerazione dell'esplicito richiamo ivi operato dall'art. 6 c. 2 e 3 del riformato Trattato UE, viene previsto che l'Unione aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, divengono 'diritto dell'Unione' in quanto principi generali<sup>8</sup>. Dopo decenni di incertezze si assiste alla definitiva 'comunitarizzazione' o se si vuole all'ingresso del 'sistema CEDU' nell'ambito del diritto della UE, con ogni implicazione consequenziale sotto il profilo delle modalità di adeguamento del diritto interno al diritto sovranazionale e dei rapporti tra sistemi normativi non più fondati e regolati dal meccanismo di cui all'art. 117

---

Stato non gode più di una libertà assoluta nella scelta delle modalità con cui adempiere tale obbligo primario. La scelta dello Stato è sottoposta al "monitoraggio" del Comitato dei Ministri ed è vincolata a parametri di valutazione precisi circa il carattere soddisfacente o meno delle misure generali/individuali adottate dal medesimo che devono essere conformi alle conclusioni della Corte.

<sup>8</sup> In forza di quanto previsto all'art. 6 del Trattato di Lisbona (ex articolo 6 del TUE) "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

Per una prima analisi della disposizione v, tra gli altri V. Zagrebelsky, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2010, p. 1 ss.

bensì da quello di cui all'art. 11 Cost.<sup>9</sup> Alla luce di quanto precede, atteso l'ingresso anche in senso 'formale' del 'sistema CEDU' nel diritto comunitario cui si aggiunge l'esplicito riconoscimento che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulle questioni di sua specifica competenza cioè sulle vicende concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli, dovrebbero ritenersi immediatamente applicabili nell'ordinamento interno<sup>10</sup>. Nell'ipotesi di disposizione interna confliggente con la norma e/o la decisione applicativo/interpretativa della Corte di Strasburgo, il giudice ordinario dopo aver effettuato tale controllo di compatibilità potrebbe dunque procedere alla disapplicazione della norma interna contrastante senza

---

<sup>9</sup> Per i principali aspetti tecnici e giuridici dell'adesione dell'UE al sistema CEDU, si veda, tra gli altri, lo studio effettuato nel 2002 dal Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) del Consiglio d'Europa: *Etude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Rapporto adottato alla 53<sup>a</sup> riunione (25-28 giugno 2002), Doc. DGII(2002)006. Per una analisi delle varie questioni v. anche Zagrebelsky, op. cit., p 7 ss;

<sup>10</sup> La tesi risulta significativamente confermata da autorevole giurisprudenza amministrativa secondo la quale *"Il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione, ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno"*. Conf. Cons. Stato, n 1220 del 2 marzo 2010 il quale in punto di effettività della tutela giurisdizionale, desumibile dall'articolo 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della CEDU precisa che tali ultime disposizioni sono *"divenute direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009"*.

In dottrina sostiene la tesi della possibile diretta applicabilità delle norme CEDU A Ruggieri, Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un modello internamente composito), in *www.forumcostituzionale.it*, 2011.

passare per il filtro del giudizio di costituzionalità<sup>11</sup>. *Ex adverso* secondo parte autorevole della dottrina, -che trova conferma peraltro, nella decisione dei Tribunali di Firenze di Catania e di Milano che, sulla scorta della richiamata sentenza della Corte EDU contro l'Austria hanno sollevato il dubbio di costituzionalità sul divieto alla fecondazione artificiale eterologa<sup>12</sup>- l'adesione della UE alla CEDU affermata nell'art. 6 comma 2 del Trattato di Lisbona avrebbe, al

---

<sup>11</sup> Sul valore vincolante dei diritti dell'uomo per tutti gli Stati aderenti alla UE e per la stessa Unione si era peraltro già espressa la Corte di Giustizia che a partire dal 2003 ha costantemente ribadito come i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. Corte di Giustizia UE 12 giugno 2003 C-112/00, in cui si era affermato che *"secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La CEDU riveste, a questo proposito, un particolare significato (v., segnatamente, sentenze 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT, Racc. pag. I-2925, punto 41; 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, Connolly/Commissione, Racc. pag. I-1611, punto 37, e 22 ottobre 2002, causa C-94/00, Roquette Frères, Racc. pag. I-9011, punto 25)"*.

I principi sviluppati da tale giurisprudenza sono stati riaffermati dal preambolo dell'Atto unico europeo, poi dall'art. F, n. 2, del Trattato sull'Unione europea (sentenza Bosman, cit., punto 79). Ai sensi di tale disposizione, *"l'Unione rispetta i diritti fondamentali, quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario"*. *Ne deriva che nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo in tal modo riconosciuti (v., in particolare, sentenze ERT, cit., punto 41, e 29 maggio 1997, causa C-299/95, Kremzow, Racc. pag. I-2629, punto 14)*. *Poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci. Così, risulta da giurisprudenza costante che, dal momento che, come nella causa principale, una situazione nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire ai giudici nazionali tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione della conformità di tale situazione con i diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto, quali essi risultano, in particolare, dalla CEDU (v. in tal senso, segnatamente, sentenza 30 settembre 1987, causa 12/86, Demirel, Racc. pag. 3719, punto 28). Nella fattispecie le autorità nazionali si sono basate sulla necessità di rispettare i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dalla Costituzione dello Stato membro interessato per consentire che fosse limitata una delle libertà fondamentali sancite dal Trattato"*.

<sup>12</sup> Trib. Firenze (ord.) 6 settembre 2010.

momento, valore programmatico e non precettivo. Più precisamente tale adesione, in assenza dell'apposito Accordo che ne disciplini le modalità attuative/operative richiamato dal protocollo n. 8 annesso al Trattato<sup>13</sup>, dovrebbe ritenersi, per quel che è dato di capire, una enunciazione meramente politica o di principio priva, al momento di valenza giuridica<sup>14</sup>.

La discussione rimane aperta.

### 3. *Le recenti pronunce delle Corte EDU in materia di PMA eterologa.*

3.1. *La sentenza della 1<sup>a</sup> Sezione della Corte del 1 aprile 2010: divieto di procreazione eterologa previsto dalla legge austriaca e violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU.*

La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 1° aprile 2010 accoglie il ricorso presentato da due coppie di cittadini

---

<sup>13</sup> Il protocollo n. 8 annesso al Trattato prevede che attraverso apposito Accordo verranno regolate le modalità di adesione della UE alla CEDU: "Articolo 1. L'accordo relativo all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in appresso denominata "convenzione europea"), previsto dall'articolo 6, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, in particolare per quanto riguarda: a) le modalità specifiche dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della convenzione europea, b) i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente, a seconda dei casi, agli stati membri e/o all'Unione. Articolo 2. L'accordo di cui all'articolo 1 deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione né sulla attribuzioni delle sue istituzioni. Deve inoltre garantire che nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della convenzione europea e, in particolare, riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla convenzione europea ai sensi del suo articolo 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della convenzione europea ai sensi del suo articolo 57. Articolo 3. Nessuna disposizione dell'accordo di cui all'articolo 1 deve avere effetti sull'articolo 292 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea".

<sup>14</sup> In tal senso cfr. S. Catalano, *Trattato di Lisbona e "adesione" alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne* in P. Bilancia, M. D'Amico. *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, cit., p. 234 ss; A. Celotto, *Il trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*", in *www.neldiritto.it.*, 2010; L.D'Angelo: *"Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una expressio causa*, 2011, in *www.personaedanno.it.*

austriaci nel maggio 2000. La pronuncia è l'effetto di un ricorso (il n° 57813/00) contro la Repubblica d'Austria, presentato alla Corte, ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione. I ricorrenti sostengono in particolare che le disposizioni della legge sulla procreazione artificiale austriaca<sup>15</sup> che vieta l'uso di ovuli e spermatozoi di donatori per la fecondazione in vitro (art. 3 (1)) consentendo solo la donazione di spermatozoi nella fecondazione in vivo (art. 3 (2)) risulti contrario al diritto al rispetto della vita privata e familiare in combinato disposto col principio che postula il divieto di discriminazione.<sup>16</sup>

La Corte Europea dopo una lunga e complessa istruttoria ha ritenuto parzialmente fondate le richieste dei ricorrenti. In particolare ha precisato ai §§ 93 e 94, che quando un aspetto particolarmente importante della vita di un individuo o della sua identità è in gioco, il

---

<sup>15</sup> "Fortpflanzungsmedizingesetz-Novelle 2004", FmedGNov 2004.

<sup>16</sup> Nella sentenza in questione la Corte ha preso in esame due ricorsi in materia di PMA riguardanti due situazioni differenti. Nel primo caso si trattava di una coppia in cui la donna era infertile e l'uomo assolutamente sterile, per cui la coppia poteva utilmente ricorrere soltanto alla fecondazione eterologa in vitro, vietata dalla legge austriaca, che consente invece, limitatamente alla donazione di gameti maschili, la fecondazione eterologa in vivo. Nel secondo la donna era completamente sterile non potendo produrre ovociti. L'unica possibilità di procreare per la coppia era quella di utilizzare lo sperma del marito assieme ad ovociti acquisiti da una terza donatrice. Tale ultima possibilità, non è consentita dalla legge austriaca, a differenza di quella di gameti maschili ammessa sia pure solo per la fecondazione in vivo. La Corte ha ritenuto sussistenti in entrambi i casi la violazione del combinato disposto dagli artt. 8 e 14 della Convenzione che stabiliscono, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione. Come è stato correttamente osservato dal Tribunale di Firenze (6 settembre 2010, cit.) *"Il rilievo che la decisione sul primo caso - motivata ai § 86/94- è basata solo sull'irragionevolezza dell'esclusione della donazione di gameti in vitro una volta che sia ammessa quella in vivo, impedisce di trarre conseguenze ai fini della sua applicazione riguardo alla legge italiana posto che essa vieta la fecondazione eterologa in ogni caso. La Corte ha deciso il secondo caso (ai § 70/85) ritenendo l'irragionevolezza dell'ammissibilità, nella legge austriaca, della donazione di spermatozoi ma non di ovuli. Per arrivare a questa conclusione, però, (forse significativamente antepoendolo l'esame di questo caso all'altro) ha esposto principi di ordine generale che, ad avviso del giudicante, paiono pertanto applicabili in sede interpretativa ai fini che qui interessano. La Corte afferma (§ 74) che non vi è un obbligo per gli Stati membri di adottare una legislazione che consenta la fecondazione assistita, ma che una volta che essa sia consentita, nonostante il largo margine di discrezionalità lasciato agli Stati contraenti, la sua disciplina dovrà essere coerente in modo da prevedere una adeguata considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti in accordo con gli obblighi derivanti dalla Convenzione"*..

marginale di regolamentazione concesso allo Stato sarà limitato<sup>17</sup>. A parere della Corte, atteso che il desiderio di avere un bambino è un aspetto particolarmente importante della vita personale e familiare, il divieto di procreazione artificiale di tipo eterologo previsto dall'art. 3 (1) e 3 (2) della legge austriaca non rappresenta una ragionevole sintesi. In altri termini non vi sarebbe un rapporto di proporzionalità tra mezzi impiegati e scopo perseguito<sup>18</sup> posto che il rispetto alla vita privata e familiare e il connesso divieto di ingerenze di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto, risulta derogabile solo ove sia espressamente previsto dalla legge e giustificato da specifiche esigenze di sicurezza e ordine pubblico<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> In tal senso la Corte cita i propri precedenti: Evans c. Regno Unito [GC ], no. 6339/05, § 77, CEDU 2007-IV; Dickson v. Regno Unito, n. 44362/04; X. e Y. c. Paesi Bassi , sentenza del 26 marzo 1985, serie A no. 91, § § 24 e 27; Dudgeon c. Regno Unito (ric. n. 7525 del 1976, sent. 22 ottobre 1981, citata supra, § 52 e Christine Goodwin c. Regno Unito [GC], no. 28957/95, § 90, CEDU 2002 - VI).

<sup>18</sup> Secondo la Corte EDU il divieto assoluto del ricorso alla fecondazione eterologa mediante donazione di ovuli (e di sperma per fecondazione in vitro) non era l'unico mezzo a disposizione del legislatore austriaco per realizzare le finalità perseguite, quelle di evitare il rischio di sfruttamento delle donne e di abuso di queste tecniche e di impedire la realizzazione di parentele atipiche e che la relativa scelta è sfornita di giustificazioni ragionevoli § 76). Rileva anzitutto che i primi due argomenti non riguardino specificamente le tecniche in questione, essendo diretti contro la procreazione assistita in generale (§ 77). Precisa poi che l'obiettivo di mantenere la certezza in materia di diritto di famiglia deve tener conto del fatto che in molti Stati contraenti sono previsti rapporti familiari atipici che non seguono la relazione genitore -figlio basata sulla diretta discendenza biologica (a partire dall'adozione) per cui ritiene che non vi siano ostacoli insormontabili per condurre le relazioni familiari che risultassero dall'utilizzare con successo le tecniche di procreazione assistita in questione nell'ambito del quadro generale della legislazione in materia di famiglia e negli altri campi giuridici collegati (§ 81 ). La Corte (§ 84 e ss.) osserva infine che anche l'argomento relativo al diritto all'informazione del bambino a conoscere la sua discendenza effettiva non è un diritto assoluto, rilevando di aver già ritenuto l'assenza - in un caso già sottoposto al suo giudizio - di violazioni all'art. 8 della Convenzione avendo in quel caso lo Stato raggiunto un giusto equilibrio fra gli interessi pubblici e privati coinvolti, per cui il legislatore austriaco poteva anch'esso trovare una soluzione adeguata ai contrapposti interessi del donatore che chiede l'anonimato e del bambino ad ottenere informazioni.

<sup>19</sup> L'art. 8 CEDU precisa come tali esigenze devono ritenersi connesse allo sviluppo di una *“società democratica nell'interesse della sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, per la prevenzione di disordini o reati, la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui”* (art. 8 CEDU).

La Corte evidenzia come la nozione di "vita privata", ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione è un concetto ampio che comprende, tra l'altro, il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani e il diritto al rispetto per le decisioni, sia di avere e non avere un figlio<sup>20</sup>. La Corte ritiene inoltre che la disparità di trattamento in violazione del divieto di discriminazione (art. 14 CEDU) tra coloro che per soddisfare il loro desiderio di un bambino potevano solo ricorrere alla donazione di sperma per la fecondazione 'in vitro' (ipotesi vietata dalla legge) e coloro che legittimamente potevano usufruire della donazione dello sperma per la fecondazione 'in vivo' (ipotesi dalla legge consentita) non aveva alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole ed è stata sproporzionata. Analogamente deve dirsi con riguardo alla discriminazione tra chi è affetto da sterilità 'relativa' e perciò può con l'ausilio del medico utilizzare il proprio materiale genetico nel procedimento procreativo e chi è affetto da sterilità 'assoluta' il quale risulta privo di qualsiasi possibilità in tal senso dovendo necessariamente ricorrere all'impiego di materiale genetico altrui.

Secondo la Corte vi è stata dunque anche una violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8.

Ai sensi dell'art. 41 della Convenzione, la Corte ritenuta integrata la violazione degli artt 8 e 14 della medesima ha disposto a carico dello Stato Austriaco a titolo di "equa soddisfazione alla parte lesa" il pagamento in favore di ciascuna coppia della somma di euro 10.000,00 a titolo di danno non patrimoniale oltre alle spese per il procedimento stimate in complessive euro 18.333,00.

La pronuncia, costituisce un formale atto di censura verso lo Stato Austriaco che tenuto conto anche della sistematica dei §§ 249 e 250 CEDU, comporta l'obbligo primario per lo Stato della cessazione della violazione e della rimozione dei suoi effetti (*restituito in integrum*), nella misura in cui, ovviamente, ciò sia ancora possibile.

---

<sup>20</sup> Cfr. Evans v. Regno unito, n. 6339/05, cit., in part. § 71.

3.2. *Segue: Le implicazioni della pronuncia della Corte EDU sull'ordinamento italiano e in particolare sull'art 4 c. 3 legge 40/04. Parziale identità della ratio legis tra disciplina italiana e austriaca.*

Le implicazioni della sentenza della Corte EDU pronunciata contro l'Austria<sup>21</sup> anche se provvedimento non definitivo, attesa l'identità del *petitum* e la sostanziale seppur parziale assimilabilità della *causa petendi* con i ricorsi diretti a chiedere la disapplicazione della norma interna contrastante ovvero la remissione alla Consulta per il giudizio di costituzionalità sulla stessa, presentati in Italia innanzi a talune corti di merito, risultano di rilievo immediato anche per il nostro ordinamento<sup>22</sup>. Infatti pur trattandosi di normative diverse (come ricordato, quella italiana contiene un divieto generalizzato e assoluto quella austriaca articola il divieto della PMA eterologa tra fecondazione 'in vivo' (consentita limitatamente alla sola donazione di gameti maschili) e 'in vitro' (vietata sempre)), posta la sostanziale identità della *ratio legis*<sup>23</sup>, ciò che si ricava dalla pronuncia della Corte EDU, è che, il

---

<sup>21</sup> Tale pronuncia ha ribaltato quanto affermato dalla Corte Costituzionale austriaca che si era già pronunciata sulla questione ritenendo che tale divieto non violava la CEDU (Corte Cost. Austriaca 14 ottobre 1999).

<sup>22</sup> Sul punto cfr. *ex multis*: F.D. Busnelli *Cosa resta della legge 40/04? Il paradosso della soggettività del concepito*, cit., 465 ss; A Lurni, *La fecondazione eterologa al vaglio della Corte Europea*, in *Fam , pers. e succ*, 2011, 6 p. 409 ss;

<sup>23</sup> Trib. Firenze (Ord.) 6 settembre 2010, Trib. Catania 21 ottobre 2010; Trib. di Milano 2 febbraio 2011. Per un primo commento dell'ordinanza fiorentina. v. G.M. Salerno, *I Principi enucleati dai giudici di Strasburgo non sembrano adattabili al caso italiano*, in *Guida al Diritto*, n. 42, 2010, p. 71 ss. il quale critica la pronuncia del giudice fiorentino "poiché dovendo palesemente negarsi l'assimilazione, l'equivalenza o comunque l'analogia tra la disciplina risultante dalla legge italiana e quella presente in Austria, il ricorso ai principi di diritto seppure "di ordine generale" ricavabili dalle pronunce della Corte Europea, appare precluso in conformità alla costante giurisprudenza della Consulta". Tale posizione non può essere condivisa posto che, come si evince dal significato letterale desumibile dalla lettura del testo della sentenza della Corte EDU le conclusioni cui la medesima è pervenuta, v. specificatamente le argomentazioni utilizzate ai §§ 74,76,77,81 e 84, risultano motivate da considerazioni e dall'esposizione di principi di ordine generale la cui validità risulta logicamente e ragionevolmente estensibile anche ad ipotesi di divieto assoluto della tecnica di PMA eterologa (e non parziale come nel caso austriaco) quale è la condizione italiana.

E' del tutto evidente come in presenza di una medesima *ratio* della regola, la diversità dell'articolazione normativa nel suo contenuto e/o nella sua formulazione, non inficia la fondatezza di una operazione logica di applicazione in via interpretativa di conclusioni che risultano sul piano formale e sostanziale congrue oltre che logicamente e ragionevolmente adeguate e pertinenti. In altre parole, in forza di



divieto generalizzato di PMA eterologa, a prescindere dalla modalità di formulazione e articolazione del contenuto, è *ex se* illegittimo in forza di principi di ordine generale desumibili dagli artt. 8 e 14 della CEDU suscettibili di essere applicati in sede interpretativa in tutti i casi analoghi di ricorrenza di un tale divieto a prescindere dalle modalità di formulazione utilizzate <sup>24</sup>.

Nel caso di specie è indubbio come la pretesa avanzata dalla coppia sterile e priva di alternative alla PMA eterologa sia diretta a far valere un diritto, quello di procreare -inteso come l'espressione del più generale principio di costituire una famiglia realizzando per questa via uno degli aspetti più intimi e rilevanti della propria personalità - che nell'impossibilità di esercizio per vie naturali trova l'unica concreta possibilità attuativa nelle metodiche di PMA con intervento di terzo

---

principi e tecniche di comune ermeneutica giuridica, la richiamata operazione interpretativa risulterebbe illegittima laddove pretendesse di applicare una medesima decisione/disciplina a normative, anche simili, ma che presentano differente ratio e non all'ipotesi inversa di una medesima ratio anche in assenza di una perfetta sovrapposibilità della formulazione del precetto. Orbene se è vero che il divieto di PMA eterologa contenuto nella legge italiana (assoluto) è diverso perché più ampio di quello contenuto nella legge austriaca, ciò non significa che ove le argomentazioni e i principi di diritto utilizzati dal giudicante siano diretti a ritenere illegittimo *ex se* tale divieto - contestato per la irragionevolezza e sproporzione mezzi/fini nonché per la sintesi tra diritti rilevanti cui perviene- le stesse non debbano ritenersi applicabili a casi di diversa formulazione dello stesso. Infatti, come si evince dalla lettura del testo, è indubbio che mentre talune osservazioni della Corte EDU devono specificatamente essere riferite alla intrinseca contraddittorietà e irragionevolezza del divieto come formulato nel testo austriaco, altre, correttamente rilevate dal Tribunale di Firenze, hanno una indubbia portata generale e risultano del tutto conferenti rispetto alle rationes legis che hanno indotto il legislatore italiano, come quello Austriaco, a porre il divieto di PMA eterologa: rischi di commercializzazione dei gameti umani , costituzione di parentele atipiche, diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche. Tali interessi, secondo la Corte di Strasburgo, non giustificano il sacrificio definitivo dei contrastanti interessi fondamentali della persona -diritto di procreare e costituire una famiglia- riferibili alla coppia priva di altre alternative, attraverso l'elevazione di un divieto generalizzato all'uso della tecnica di PMA eterologa. Un tale divieto per i giudici aditi risulta irragionevole e sproporzionato e quindi lesivo dei diritti di cui agli artt. 8 e 14 della CEDU.

<sup>24</sup> A ciò si aggiungono le censure sotto il profilo della irragionevolezza formulate sullo specifico divieto all'eterologa così come articolato dall'art. 3 (1) e (2) della legge Austriaca

donatore<sup>25</sup>. Che la tutela di tale interesse possa essere ricondotta al più generale ‘diritto al rispetto della vita privata e familiare’ ex art. 8 CEDU è del tutto pacifico<sup>26</sup>. Parimenti non contestabile è la natura di diritto fondamentale della pretesa avanzata (interesse di procreare) che la Consulta annovera tra “ i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l’art. 2 della Costituzione l’integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata”<sup>27</sup>. L’esplicito richiamo operato nella sentenza alla libertà di autodeterminazione del soggetto avvalorava l’ipotesi di una piena coincidenza sul punto, già *de jure condito*, tra Corte cost. e Corte EDU.

D’altra parte come è stato correttamente rilevato se è vero che vi è ampia discrezionalità del legislatore nazionale nel regolamentare tale materia è altrettanto vero che la disciplina predisposta, data la portata generale dei diritti sanciti e delle tutele riconosciute dalla CEDU, non può ovviamente contenere disposizioni che risultino con questi in contrasto<sup>28</sup>. La precipua funzione della Corte EDU, infatti è proprio quella di vigilare e verificare sulla/della conformità ai principi fondamentali delle vicende giuridiche regolate dalle norme interne in una prospettiva di armonizzazione sul piano europeo da conseguire anche attraverso l’attività ermeneutica cui risulta pienamente legittimata in forza della Convenzione.

Da quanto precede è agevole concludere che il divieto generalizzato di ricorrere al materiale genetico di un terzo

---

<sup>25</sup> Conf. M. D’Amico, *Sull’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa tra principi costituzionali ed europei*, in *Il divieto di donazione di Gameti tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo* di M. D’Amico-B. Liberali (a cura di), cit., p. 18 ss; E. Dolcini, *Fecondazione eterologa: la parola alla Corte Costituzionale*, ivi, cit., p. 11.

<sup>26</sup> In tal senso v. anche Corte cost. sent. 332/2000, cit..

<sup>27</sup> Per il riconoscimento della facoltà procreativa umana come oggetto di un diritto fondamentale della persona, v. per tutti Corte Cost. Corte cost. sent. n. 332/2000, cit secondo la quale la “limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore, contrasta con i fondamentali diritti della persona...”

<sup>28</sup> Come già evidenziato, la Corte EDU precisa che “ non vi è un obbligo per gli Stati membri di adottare una legislazione che consenta la fecondazione assistita, ma che una volta che essa sia consentita, nonostante il largo margine di discrezionalità lasciato agli Stati contraenti, la sua disciplina dovrà essere coerente in modo da prevedere una adeguata considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti in accordo con gli obblighi derivanti dalla Convenzione” (Sent. SH c Austria, 1 aprile 2010, cit., § 74).

donatore/trice - c.d. PMA di tipo eterologo - nell'ipotesi in cui sia la generazione per via naturale che l'applicazione di tecniche di PMA di tipo omologo risultino comunque precluse a causa della assoluta inidoneità del materiale genetico della coppia o di uno dei suoi componenti di essere impiegato per fini procreativi, costituisce, date le possibili e ragionevoli alternative anche sul piano giuridico, una compressione irragionevole e sproporzionata di un fondamentale e personalissimo diritto soggettivo.

Vi è una evidente sproporzione tra mezzi e fini. Infatti se la *ratio* del divieto è quella di evitare rischi di mercificazione del materiale genetico umano e la realizzazione di parentele atipiche (discendenza biologico-genetica non coincidente con quella giuridico-sociale), ovvero la violazione del diritto del nato a conoscere le proprie origini genetiche, posto che tutti gli ordinamenti europei già conoscono e disciplinano fenomeni analoghi (si pensi alla normativa sull'espianto e la circolazione degli organi umani nonché a quella sull'adozione) vi è una evidente ed irragionevole sproporzione del mezzo utilizzato - divieto generalizzato di PMA eterologa- per perseguire il fine posto - pericolo di commercializzazione del materiale genetico e di parentele atipiche<sup>29</sup>.

Come già accennato, una tale previsione risulta lesiva anche del principio di uguaglianza<sup>30</sup> discriminando, in tutti i casi, tra coppie sterili o infertili in base alla gravità della condizione patologica. Si verificherebbe una sorta di paradosso in forza del quale più è grave la patologia (sterilità relativa o assoluta) meno o per nulla efficace (in quanto giuridicamente non consentito) è la terapia o il rimedio medico che la legge consente di applicare (PMA di tipo omologo consentita; di tipo eterologo vietata). Sul punto è appena il caso di aggiungere come tale previsione risulti in evidente contrasto logico con lo stesso art. 1 della l. 40/04 che solennemente afferma che la finalità delle tecniche è

---

<sup>29</sup> Per l'analogia del ragionamento cfr Corte EDU, 1 aprile 2010, cit. in part. §§ 76,77,81 v. supra nota 32; Trib. Firenze (ord.) 6 settembre 2010, cit.. In dottrina v. S. Catalano, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU*, in *Riv. Ass. It. Costituzionalisti*, n. 0 del 2.07.2010, p. 5 ss; R. Conte, *Profili di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, cit., p 48 ss; E. Dolcini, *Il divieto di fecondazione assistita eterologa ...in attesa di giudizio*, in *Diritto penale e processo*, 3, 2011, p. 358 ss.

<sup>30</sup> Principio affermato al massimo livello dalla CEDU ex art. 14; dalla c.d. Carta Nizza ex art. 21 e dalla Costituzione Italiana ex art 3.

quella “di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità (...)” aggiungendo che tali tecniche devono comunque ritenersi residuali<sup>31</sup>. Affermare un siffatto principio e prevedere, con una regola di portata generale l’esclusione per una intera categoria di soggetti che pur avendo i requisiti stabiliti per l’accesso alle metodiche, ed anzi trovandosi in una condizione di impossibilità assoluta priva di alternative, non vi possono ricorrere in forza del divieto generalizzato di cui al successivo art. 4, pone più di un dubbio sulla ragionevolezza dell’intero impianto normativo<sup>32</sup>. Dubbio avvalorato da un costante orientamento del Giudice delle leggi per il quale l’art. 3 cost. risulta violato anche in tutti i casi in cui il legislatore proceda all’esclusione di tutti quei soggetti la cui condizione risulti assimilabile, nelle finalità perseguite dalla legge, alla più vasta categoria di quanti siano stati presi in considerazione dalla normativa<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> L. 40/04, art. 1. Finalità. 1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità' umana e' consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, (...). 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita e' consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.

<sup>32</sup> Cfr. Tra gli altri : E. Dolcini *Fecondazione eterologa: la parola alla Corte Costituzionale*, ivi, cit., p. 11 ss.; S. Catalano, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU*, cit., p. 1 ss il quale osserva come “La legge n. 40 del 2004 è volta a consentire a tutte le coppie, che versino nelle condizioni previste dall’art. 1 (casi di sterilità e infertilità), di accedere alle tecniche necessarie ad avere un figlio, tuttavia, nel momento in cui si vieta il ricorso alla tecnica eterologa, di fatto si impedisce ad alcune persone, fra l’altro quelle affette dalle forme più gravi di sterilità ed infertilità, di esercitare il diritto ‘solennemente’ riconosciuto dalla medesima legge. In sintesi, sembra delinearsi un’ipotesi di incongruenza del mezzo rispetto al fine: se la ratio legis è quella ricordata, potrebbe risultare irragionevole che siano escluse dall’accesso alla procreazione medicalmente assistita le coppie la cui sterilità o infertilità può essere superata solo mediante il ricorso alla tecnica eterologa”.

<sup>33</sup> Corte cost. sent. 404/88, punto 5; Corte cost. 151/09 sulla quale si rinvia, per i primi commenti a M. D’Amico, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in Idem, I. Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, p. 214 e ss.; M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2009, p. 1688 e ss; L. Violini, *Note minime ad una decisione problematica*, in M. D’Amico, I. Pellizzone (a cura di), cit., p. 191 e ss..

Per una prima analisi delle questioni di costituzionalità sollevate innanzi alla Corte cost. cfr. tra gli altri : Baldini G, *Diritti della madre e interessi dell’embrione : legge 40/04 e interventi della giurisprudenza*, in *Scienza e coscienza* (a cura di P. Guarnieri), Firenze, 2009, p. 87-98; . F.D. Busnelli *Cosa resta della legge 40/04? Il paradosso della soggettività del*

La lamentata violazione del diritto di procreare/constituire una famiglia/divenire genitori inteso come espressione del più generale 'diritto al rispetto della vita privata e familiare' delle coppie sterili in maniera assoluta nonché la discriminazione delle medesime rispetto alle coppie affette da forme meno gravi di sterilità/infertilità -che consentano con l'ausilio delle metodiche di PMA 'in vitro' o 'in vivo' di utilizzare materiale genetico proprio senza dover ricorrere a quello di terzi donatori-, configura una ipotesi di lesione di principi e diritti fondamentali riconosciuti direttamente oltre che dalla CEDU anche in altra fonte del diritto comunitario, la c.d. Carta dei diritti fondamentali o Carta di Nizza -resa definitivamente esecutiva nel dicembre 2009 dal richiamato Trattato di Lisbona-, oltre che nel diritto interno, al massimo livello, con la Carta Costituzionale .

*3.3. Conformità della Sentenza della Corte EDU ai principi della Carta di Nizza e della Costituzione e impossibilità di adeguamento interpretativo della norma interna. La ricostruzione nella prospettiva costituzionale.*

La decisione della Corte EDU risulta confermata nella sua conformità e coerenza ai principi richiamati anche ove riguardata nella prospettiva ricostruttiva della vicenda fondata sulla lettura della 'tavola' dei diritti fondamentali della persona così come sanciti nella c.d. Carta di Nizza e nella nostra Costituzione<sup>34</sup>.

Con riguardo alla Carta dei diritti fondamentali UE gli interessi tutelati dall'art. 8 e 14 della CEDU risultano oggetto di una tutela equivalente se non rafforzata, ai sensi e per gli effetti degli artt. 7 "Rispetto della vita privata e familiare", 9 "Diritto di sposarsi e di

---

*concepito, cit., 459 ss.; E. Dolcini, Fecondazione eterologa: la parola alla Corte Costituzionale, cit., 11 ss.; S. Catalano, Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU, cit., 2.*

Sul punto conf. S. CATALANO, op. cit., p. 2.

<sup>34</sup> Per un'ermeneutica dei principi costituzionali attenta alla duplice dimensione storica e ontologica cfr.: V. Baldini, *Il politeismo dei valori e la partenogenesi dei diritti costituzionali: tra ermeneutica storicistica ed ermeneutica ontologica*, in AA.VV., "Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale" (a cura di V. Baldini), Torino, 2004. Con specifico riferimento alla PMA v: Id. *Procreazione medicalmente assistita e costituzione per valori: alla ricerca di un bilanciamento tra istanze di libertà e istanze di giustizia*", in AA.VV., *Diritti della persona e problematiche fondamentali*. cit..

costituire una famiglia” e 21 “Non discriminazione”, contenuti nella medesima.

E' di ogni evidenza come il diritto di costituire una famiglia, cui l'esercizio della facoltà procreativa si collega costituendone il fisiologico svolgimento, costituisce un aspetto fondamentale di quel diritto di autodeterminarsi nelle scelte inerenti la vita privata e familiare, scelte che per loro natura non sono suscettibili di essere limitate e/o conformate dai pubblici poteri salvo le ipotesi di sussistenza di preminenti ragioni di ordine pubblico connesse all'esigenza di tutelare rilevanti (e contrastanti) interessi della comunità. Parimenti deve dirsi per il principio di non discriminazione la cui portata in senso formale - intrinseca (rispetto ai fini della stessa norma) ed estrinseca (rispetto a norme esterne e principi generali)- e sostanziale -riguardo agli effetti che la norma è in grado di determinare sul piano concreto nelle posizioni dei soggetti interessati- riguardata anche attraverso la 'lente' del canone di ragionevolezza, consente di censurare sempre e comunque situazione discriminatorie tra soggetti che pur trovandosi in posizioni identiche ricevono, senza una adeguata e plausibile giustificazione nei termini sopra evidenziati, trattamenti difformi.

Atteso il valore della Carta, al di là delle questioni attinenti la sua immediata valenza/applicazione per le ipotesi rientranti nelle specifiche competenze per materia dell'ordinamento comunitario e della Corte di Giustizia, come canone generale interpretativo per i giudici nazionali, le questioni poste riguardo al contenuto dei diritti invocati pongono, a nostro avviso, più di uno spunto di riflessione per l'interprete.

Al medesimo risultato si perviene anche ove si proceda ad una lettura alla luce di parametri 'costituzionali' del divieto previsto dall'art. 4 c. 3 L. 40/04. Esclusa la possibilità di una interpretazione conforme della norma, anche in forza della giurisprudenza della Consulta in materia <sup>35</sup>, attesa la natura di diritto fondamentale dell'interesse dedotto nella pretesa invocata, considerati i principi di autodeterminazione e consenso informato quali condizioni di legittimità del trattamento medico<sup>36</sup>, preso atto del bilanciamento tra

---

<sup>35</sup> V. *ex multis* Corte cost. sent. 332/2000; 438/2008; 151/2009.

<sup>36</sup> Cfr per tutti Corte cost. sent. 438/08. Sulla questioni poste dalla pronuncia cfr per tutti: S. Rodotà *Introduzione*, in G. Baldini, M Soldano (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io? I talia ed Europa a confronto*, cit., p.VII, il quale evidenzia come “Siamo di fronte a una decisione che segna in modo netto lo spazio del potere individuale nel governo della vita, e così contribuisce, in maniera decisiva, a segnare limiti e caratteri d'ogni altro

contrastanti interessi madre/concepito operato dalla Corte cost a partire dalla sent. n. 27/75 così come confermato e precisato nella sent. 151/09, non c'è chi non veda in una ipotesi siffatta, così come da ultimo interpretata e qualificata dalla Corte di Strasburgo, un sicuro motivo di contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 29,31,32 Cost.

Sul punto ci si limita ad alcuni rilievi.

La 'clausola aperta' di cui all'art. 2 nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili della persona sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, non può non ricomprendere anche il diritto di costituire una famiglia così come espressamente enunciato al successivo art. 29 della Carta. Infatti la 'società naturale' richiamata dalla norma nel rinviare a profili di rilevanza pre-giuridica esprime la consequenziale esigenza di una ineludibile preliminare storicizzazione dell'istituto rinviando ad una interpretazione necessariamente duttile e conforme "alle trasformazioni della società e dei costumi attraverso i quali la stessa si esprime"<sup>37</sup> dei concetti di comunità familiare e genitorialità. Da ciò deriva che, indipendentemente dalle modalità naturali o artificiali, omologhe o eterologhe, 'in vivo' o 'in vitro', attraverso le quali si eserciti, per scelta o per necessità, la propria facoltà procreativa, l'interesse meritevole che fonda la pretesa di realizzare il proprio progetto genitoriale, debba essere comunque riconosciuto e garantito dall'ordinamento<sup>38</sup>. D'altra

---

*potere. Vi è la constatazione, ovvia, del carattere fondamentale del diritto alla salute: ovvia, perché proprio così lo definisce, nelle sue parole iniziali, l'articolo 32 della Costituzione. Vi è la conferma, forte, della centralità e del valore fondativo del consenso informato: fondativo, perché ad esso si attribuisce la funzione di sintetizzare, e dunque di dare espressione, a diritti fondamentali della persona. Vi è l'affermazione, a un tempo confermativa e innovativa, dell'esistenza nel nostro sistema dell'autodeterminazione come autonomo diritto fondamentale: confermativa, perché l'esistenza di questo diritto poteva già essere desunta dalle molte decisioni nelle quali la Corte costituzionale lo aveva fatto emergere come implicazione necessaria, in particolare, del diritto alla libertà personale, affermato nell'articolo 13; innovativa, perché l'autodeterminazione segna il punto d'approdo di un percorso interpretativo dell'articolo 32 e trova lì il suo fondamento, senza bisogno di altri riferimenti".*

Sul punto, V. Anche C. Casonato, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*", in *Quad. cost.*, 2008, 545.

<sup>37</sup> Corte cost. sent 138/2010 in *Giur. Cost.*, 2010, 1604 e ss.

<sup>38</sup> Con specifico riferimento al caso di specie, cfr, tra gli altri: L. D'Avack, *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviano la questione alla Corte costituzionale*, cit., 47 ss; R. Conte, *Profili di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 46 ss; M. Dell'Utri, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza di merito*", n.2,

parte il pluralismo dei valori di cui la Carta costituisce felice sintesi ed al contempo ineludibile strumento di garanzia, trova oggi nella 'società multiculturale' rinnovati motivi di attenzione e interesse rendendo ineludibile per l'interprete la valorizzazione 'delle differenze' attraverso la forza espansiva dei valori costituzionali che superata l'interpretazione di una portata meramente programmatica, risultano "in grado di conformare ogni ambito dell'agire sociale, tanto pubblicistico quanto privatistico"<sup>39</sup>.

A conferma degli assunti, rilevanti devono ritenersi pure i richiami di cui all'art. 31 Cost. sia per il rinvio ivi contenuto ai compiti dei pubblici poteri per agevolare 'la formazione della famiglia' che per quelli nella direzione di assicurare una effettiva 'tutela e protezione alla maternità'.

In analogia prospettiva parte della dottrina facendo perno su evidenze normative<sup>40</sup> e su elaborazioni della giurisprudenza costituzionale<sup>41</sup> è pervenuta all'enucleazione di un fondamento

---

2011, pp. 383; E. Dolcini, *Il divieto di fecondazione assistita eterologa ...in attesa di giudizio*, cit., p. 353 ss.

<sup>39</sup> V. Baldini, *Diritto, pluralismo culturale, costituzione. la prospettiva storico-filosofica quale "precomprensione" per l'interpretazione dei "valori" costituzionali- Introduzione*, in *Diritti fondamentali*, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2012, p. 5 ss. Precisa inoltre l'Autore come non appaia peregrino "inquadrate il problema del multiculturalismo innanzitutto come un problema di generale riconoscimento di uno spazio comune di confronto che è quello segnato dalla Legge fondamentale, dunque come un problema di forza inclusiva che il progetto culturale ivi recato appare in grado effettivamente di spiegare. Il richiamo a tale forza sembra costituire un punto di partenza necessario nell'analisi del problema quando non sia allusiva dell'esigenza di una "reductio ad unum", di un'omologazione sociale e culturale all'interno della società complessa intesa quale premessa indispensabile per il mantenimento dell'unità politica dello Stato. A tale prospettiva, del resto, osta in primo luogo la tutela costituzionale del pluralismo quale valore fondamentale (...). Tale forza inclusiva può spiegarsi unicamente come attitudine alla realizzazione dell'unità nel rispetto, in ogni caso, del pluralismo interno alla società civile.

*Nel contempo non può ignorarsi come, allo stato, la problematica del multi-culturalismo si rifletta e si scomponga nella pluralità delle controversie giudiziarie che attengono, sovente, al conflitto tra diritti fondamentali concorrenti, investendo, in ultima analisi, la questione circa la portata e i limiti degli stessi. Su quest'ultimo versante di rilievo appare, allora, l'opera della giurisprudenza, costituzionale e di merito, impegnata nella costante ricerca di un ragionevole bilanciamento tra le istanze in concorso".(ivi, p. 6)*

<sup>40</sup> L. 194/78 all'art. 1 : Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile"

<sup>41</sup> Cfr *ex multis*: Corte Cost. sent. 46/1993 (Giur. Cost., 1993, 341 ss); 35/1975 (giur. Cost., 1997, 281 ss) 338/2000....



costituzionale del diritto alla procreazione inteso come pretesa positiva nei confronti dei pubblici poteri e non mera libertà negativa<sup>42</sup>.

Su altro piano, la ricostruzione di tale pretesa è suscettibile di essere ricondotta pure all'art. 13 Cost posto che l'esercizio delle richiamate facoltà risultano inscindibilmente connesse a profili dispositivi della propria integrità psico-fisica, che presuppongono la piena operatività di poteri individuali espressione del principio di inviolabilità della libertà personale e di autodeterminazione sul proprio corpo. Insomma una sorta di diritto di *habeas corpus* che costituisce, nel combinato disposto con l'art. 32, 2 c. u.c., il limite entro il quale la discrezionalità del legislatore si arresta.

Ove poi si ponga l'accento sulla situazioni di sterilità/infertilità come 'patologia' e si qualificano le tecniche di PMA come 'trattamenti terapeutici' per superare i problemi dalle medesime posti, ché, è la prospettiva accolta dalla legge 40/04, risulta ipotizzabile anche una diversa ricostruzione del fondamento costituzionale dell'interesse leso. In questo senso ad essere violato sarebbe (anche) il diritto alla salute ex art. 32 Cost. posto che si precluderebbe al paziente di accedere all'unica tecnica medica adeguata a superare tale stato patologico<sup>43</sup>.

Definito il quadro degli interessi costituzionalmente rilevanti riferibili ai soggetti che necessitano di ricorrere alle tecniche di PMA (con donazione di gameti), che verrebbero all'evidenza sacrificati per effetto dalla presenza di un siffatto divieto, appare opportuno riguardare la problematica anche nella prospettiva della violazione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza discendenti dall'art. 3 cost.

In tal senso si rileva come il divieto assoluto di procreare sancito all'art. 4 c. 3 L. 40/04 determini innanzitutto una violazione del principio di uguaglianza in senso 'formale' posto che il legislatore nel regolare una determinata materia, come è noto, deve prevedere un trattamento uguale per situazioni identiche o simili e differenziato per

---

<sup>42</sup> In dottrina sia consentito il rimando a: G. Baldini, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale*, Napoli, 2006, p. 17 ss. In giurisprudenza cfr. Trib Salerno, 9 gennaio 2010, in *Riv. fam e pers.*, 2010, p. 475 ss. Sul punto cfr. anche, in differente prospettiva: F. Pastore, *Il diritto di procreare: natura, titolarità e limiti*, in V. Baldini (a cura di) *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, pp 159 ss.

<sup>43</sup> Trib Milano 2 febbraio 2011; Trib Catania 21 ottobre 2010. In dottrina cfr. tra gli altri, v. M. D'Amico, op. cit., p. 21; C. Nardocci, op. cit., p. 64 ss. E Dolcini, op. cit., p. 11 ss.

situazioni diverse. Ciò, in questo caso non avviene atteso che un comune problema di ordine patologico, la sterilità/infertilità della coppia, in dipendenza della gravità della patologia, utilizzabilità/inutilizzabilità del materiale genetico proprio, viene disciplinato in maniera totalmente difforme consentendo, a coppie aventi i medesimi requisiti soggettivi previsti dalla legge<sup>44</sup>, nei casi meno gravi di ricorrere al trattamento medico di PMA ed escludendolo nei casi oggettivamente più complessi.

L'indagine sulle motivazioni di tale disparità di trattamento, inducono poi ad una ulteriore censura sotto il profilo della ragionevolezza. Infatti dall'analisi degli interessi sottesi e dalle ragioni giustificative della soluzione proposta emergono: una carenza in termini di logicità e coerenza interna della normativa, una sproporzione tra mezzo utilizzato (divieto assoluto) e fine (tutela degli interessi di tutti i soggetti coinvolti), una assenza di razionalità delle deroghe e delle ragioni giustificatrici delle differenze di trattamento proposte.

Con riguardo all'incoerenza interna è di tutta evidenza come se lo scopo della legge, peraltro esplicitato all'art. 1, è di favorire la soluzione dei problemi di sterilità e infertilità di coloro che presentano specifici requisiti –coppia eterosessuale, coniugata o convivente in età potenzialmente fertile- non si comprende l'esclusione a priori e priva di deroghe e/o eccezioni, di coloro che pur presentando i requisiti richiesti dalla norma, in dipendenza della maggiore gravità della patologia riproduttiva necessitano il trattamento medico di PMA con la variante dell'utilizzo di materiale genetico di terzi. In assenza di valide alternative, tali soggetti con problemi riproduttivi insuperabili verrebbero privati dell'unica possibilità tecnica offerta dalla medicina al momento disponibile per risolvere un problema che impedisce loro la realizzazione di interessi, che come abbiamo visto, possono ben annoverarsi tra i diritti fondamentali finalizzati alla realizzazione della personalità. L'assolutezza e la tassatività del divieto poi, rendono ancor più irragionevole la previsione posta che nonostante l'identità del problema e dei requisiti di accesso soggettivi stabiliti della legge tra le varie categorie di soggetti interessati, pur in presenza di una possibilità tecnica, viene normativamente negato il ricorso alla stessa in contrasto con la regola, più volte ribadita dalla stessa Consulta riguardo ai "limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e

---

<sup>44</sup> Sottolinea tale aspetto M. D'Amico, op. cit., p. 38

sperimentali che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica": secondo il Giudice delle Leggi infatti: "in ambito 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"(Corte cost. sen 151/09)<sup>45</sup>.

L'indagine sulla *ratio* della norma conferma l'irragionevolezza della disposizione con riguardo anche alla richiamata sproporzione tra mezzi e fini<sup>46</sup>. Come si evince anche dall'indagine sugli atti parlamentari preparatori alla legge 40/04 e come d'altronde ribadito dalla parte minoritaria della dottrina che sostiene la legittimità del divieto<sup>47</sup>, la principale ragione giustificativa del suddetto divieto dovrebbe innanzitutto essere individuata nella esigenza di tutela del nascituro contro i rischi che una moltiplicazione dei 'soggetti parentali' cui la tecnica darebbe luogo, possa provocare danni alla sua integrità psico-sociale. Premesso che non esistono dati statistici o evidenze scientifiche che confermino l'assunto, l'argomento si presenta piuttosto debole posto che la divaricazione tra genitorialità sociale e genetica risulta un fenomeno affatto nuovo, accettato e regolato nel nostro ordinamento da tempo. Infatti a partire dalla 'congerie normativa' di deroghe ed eccezioni al principio del fondamento naturalistico del rapporto di filiazione nell'ambito della filiazione legittima e naturale<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Sul punto si rileva che la giurisprudenza della Consulta in tema di irragionevolezza e proporzionalità in materia di tutela di diritti fondamentali analogamente a quanto affermato nella sentenza de quo dalla Corte Europea, ha più volte precisato che la discrezionalità del legislatore ordinario di adottare determinate soluzioni normative si arresta dinanzi alla prevalente esigenza di assicurare una effettiva ed uniforme protezione di situazioni esistenziali afferenti al nucleo irriducibile ed incompressibile di libertà e dignità della persona costituzionalmente rilevanti, cfr, tra le altre: Corte Cost. n. 338 del 2003; n. 282 del 2002.; n. 138 del 2008 (seppur da altra prospettiva)..

<sup>46</sup> In materia di tutela di diritti fondamentali analogamente a quanto affermato nella sentenza S.H c. Austria, cit, dalla 1<sup>a</sup> Sez della Corte di Strasburgo, la Consulta ha più volte precisato che la discrezionalità del legislatore ordinario di adottare determinate soluzioni normative si arresta dinanzi alla prevalente esigenza di assicurare una effettiva ed uniforme protezione di situazioni esistenziali afferenti al nucleo irriducibile ed incompressibile di libertà e dignità della persona costituzionalmente rilevanti<sup>46</sup>.

<sup>47</sup> Cfr tra gli altri G.D. Milan, *Aspetti giuridici della fecondazione assistita*, Padova, 1997; Id, *Procreazione medicalmente assistita tra desideri e diritti*, Firenze, 2008 .

<sup>48</sup> In estrema sintesi : il dato biologico può definirsi: 'insufficiente' a costituire un rapporto giuridico di filiazione in tutti i casi di filiazione naturale in cui dopo la

per arrivare sino alla c.d. filiazione civile o adozione nelle sue varie articolazioni, che prescinde totalmente dalla derivazione biologica del nato, il postulato secondo il quale il rapporto di filiazione, in senso giuridico, trova il suo fondamento non tanto in un 'principio di verità' naturalisticamente inteso quanto in una previsione socialmente giustificata operata dal diritto sulla base del bilanciamento degli interessi sottesi, difficilmente potrà essere contestato.

Ulteriore elemento di debolezza della ragione invocata è rinvenibile pure nella circostanza che anche a voler ritenere fondato l'assunto che la possibile presenza di più figure parentali possa costituire di per sé un rischio per gli interessi del minore, non si comprende per quale ragione, in questo caso, contrariamente a quanto avviene in altri ambiti, per tutti l'adozione, non dovrebbe essere presa in esame la possibilità di 'neutralizzare' i rischi invocati attraverso una regolamentazione normativa puntuale e precisa del fenomeno. Dunque, analogamente a quanto avvenuto negli ordinamenti che hanno accettato e disciplinato la metodica, -e si tratta della maggioranza dei paesi della UE- optare per regole che assicurino: l'anonimato del donatore, la immutabilità dello *status filiationis* e *familiae* del nato, la disciplina puntuale del sistema delle banche del seme (con specifico riguardo alla eventuale previsione di gratuità delle donazioni e alla loro non reiterabilità da parte del medesimo donatore), indagini sulle origine genetiche del nato (con una eventuale precisazione dei presupposti analogamente a quanto previsto per l'adozione<sup>49</sup>), rappresenterebbe

---

nascita non intervenga il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità; 'inidoneo' in tutti quei casi in cui l'ordinamento dispone il divieto di indagini sulla paternità o maternità dei figli incestuosi oppure di eseguire il riconoscimento in contrasto con lo status di figlio legittimo o legittimato o ancora lo ritiene contrario all'interesse del figlio; 'irrilevante' ai fini dell'adozione.

<sup>49</sup> In tal senso si veda la novella introdotta alla legge sull'adozione speciale 183/84 attraverso la legge 28.03.2001 n. 149 laddove con l'artt. 24, in relazione all'interesse dell'adottato a conoscere le proprie origine genetiche, ha modificato la previsione originaria del testo che stabiliva l'esigenza di una preventiva autorizzazione della Procura della Repubblica per ottenere la copia integrale dell'atto di nascita (art. 28 L. 183/84). In funzione del riconoscimento di tale interesse, la previsione è stata articolata e precisata nel modo che segue: le informazioni relative ai genitori biologici possono essere fornite:

- a) ai genitori adottivi per gravi e comprovati motivi, su autorizzazione del Tribunale dei Minorenni

una soluzione normativa ragionevole che esprime la sintesi tra tutti gli interessi coinvolti diversamente dalle palesate ipotesi di divieto generalizzato e simmetricamente, di accesso indiscriminato. Una tale soluzione non solo risulta possibile ma essendo variamente modulabile in funzione delle specifiche opzioni di politica del diritto operate dal legislatore, è sicuramente auspicabile in quanto unica 'soluzione ragionevole' posto che a fronte di un rischio possibile ma non certo, comunque superabile con specifici interventi normativi, si perverrebbe al sacrificio certo di aspettative legittime e costituzionalmente tutelate.

Ad accreditare ulteriormente l'impressione di una strumentalità e di una inconsistenza dell'argomento della inefficienza a tutela del nascituro di soluzioni diverse da quella del divieto assoluto è la stessa previsione normativa contenuta nella legge 40/04 all'art. 9 che regola proprio le ipotesi in cui in violazione del divieto si ricorra alla PMA eterologa. Le specifiche previsioni ivi contenute inerenti: il divieto per il coniuge e/o il convivente che avevano prestato il consenso di disconoscere la paternità del nato; l'impossibilità per la madre di chiedere di non essere nominata; l'impossibilità per il donatore di gameti e per il nato di far valere vicendevolmente alcun diritto personale e/o patrimoniale<sup>50</sup>, confermano l'assunto.

---

b) al responsabile di una struttura ospedaliera in caso di necessità ed urgenza e di grave pericolo per la salute del minore  
c) all'adottato che abbia compiuto 25 anni con autorizzazione del Tribunale Minorenni  
d) all'adottato che abbia compiuto 18 anni, per gravi e comprovati motivi attinenti alla salute psico-fisica, su autorizzazione del Tribunale dei Minorenni  
e) all'adottato maggiorenne i cui genitori adottivi siano deceduti o irreperibili. L'accesso non è consentito se l'adottato non è stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale o uno dei genitori abbia chiesto di non essere nominato.

<sup>50</sup> ART. 9.(Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre).

1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice.

2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

Sicuramente significativo risulta anche l'ulteriore rilievo sulla percezione socialmente ricevuta del fenomeno anche alla luce delle statuizioni delle Supreme magistrature precedenti all'approvazione della Legge 40/04. Sia la Consulta che la Corte di Cassazione, in assenza di una legge che disciplinasse la materia, nel prendere atto della significatività sociale del fenomeno e della sua diffusione, chiamate a pronunciarsi dalle Corti di merito rimettenti su questioni delicatissime attinenti gli *status familiae* e *personae* del nato, divenuti 'disponibili' per effetto dell'interpretazione formalistica offerta in punto di paternità delle disposizioni di cui all'art. 235 e 263 c.c., non hanno mosso nessuna censura né formale né sostanziale ovvero attinente la compatibilità sistematica di questa ulteriore possibile forma di filiazione. Anzi. Dando per presupposta la meritevolezza degli interessi perseguiti e quindi l'ammissibilità del fenomeno, l'attenzione del giudice si è rivolta unicamente a censurare l'interpretazione delle Corti di merito – ritenendo non applicabili al caso di specie le previsioni codicistiche in tema di disconoscimento della paternità naturale e legittima in quando fondate su una differente *ratio legis*<sup>51</sup>- e a raccomandare al legislatore di

---

3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

<sup>51</sup> Così la Cassazione nella sent 16.03.1999, n. 2315, in *Gius. Civ.*, 1317 ss secondo la quale "Acclaratosi che l'inseminazione, globalmente intesa, non rientra in via immediata e diretta nelle previsioni dell'art. 235 nuovo testo cod. civ., e così esclusi che il silenzio della riforma del 1975 sia fondato sulla sottintesa premessa dell'attitudine di quelle previsioni a disciplinare in modo completo il sopravvenuto ritrovato della medicina, resta da vedere se la fecondazione assistita di tipo eterologo, che usufruisce del seme altrui e che è caratterizzata da certezza (con pari rigore scientifico) della non imputabilità del concepimento al marito, possa ricadere, ove effettuata (come pacificamente nella specie) con il preventivo, libero e valido consenso del marito, nell'ambito del disconoscimento per impotenza, sulla scorta di un'interpretazione estensiva o di un'applicazione analogica di detto n. 2 del primo comma dell'art. 235 cod. civ. oltre i casi espressamente regolati. Tale interpretazione od applicazione, come puntualmente avvertito dalla Corte costituzionale con la menzionata sentenza del 1998, postula, per non tradursi in un'arbitraria supplenza in compiti riservati al legislatore, la "omogeneità di elementi essenziali e la identità di ratio". Detti presupposti, salvo il quesito della loro eventuale individualità rispetto all'inseminazione eterologa che la moglie abbia praticato all'insaputa del marito, o contro la sua volontà, o con un suo consenso invalido (problematica estranea al tema della causa), non sono ravvisabili quando l'inseminazione stessa sia stata concordata dai coniugi, con decisioni convergenti e consapevoli. A questa affermazione inducono la natura dell'azione di disconoscimento, la consistenza degli

disciplinare il fenomeno avendo di mira “l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana”<sup>52</sup>. Tale auspicio è rimasto, evidentemente, privo di riscontro nella misura in cui la sintesi individuata nella legge 40/04 ed espressa nel divieto assoluto di ricorrere alle tecniche di PMA eterologa lungi dall’esprimere il frutto di un’operazione di bilanciamento tra interessi contrapposti costituente l’invocato ‘ragionevole punto di equilibrio’, rappresenta piuttosto la scelta, di natura sostanzialmente ideologica, di prevalenza assoluta di uno sull’altro<sup>53</sup>.

Le indicazioni che possono trarsi dal quadro come sopra prospettato risultano sicuramente rafforzate sia dalle decisioni della Corte Cost. in ordine all’ammissibilità dei quesiti referendari abrogativi<sup>54</sup> inerenti la L. 40/04 sia dalla sentenza 151/09 sulle q.l.c. dell’art. 14 della legge.

Il quesito avente ad oggetto l’eliminazione del divieto di fecondazione eterologa e le relative sanzioni è stato ammesso dalla Suprema Corte non solo perché ritenuto omogeneo e non contraddittorio ma, tenuto conto delle ragioni con le quali è stato respinto il quesito abrogativo totale, posto che l’eliminazione di tale divieto non avrebbe comunque inciso “né sui diritti e le esigenze di tutela del concepito né su quelli della famiglia naturale<sup>55</sup>”, se ne ricava non solo che la legge sulla fecondazione assistita che consentisse la

---

*interessi alla cui protezione essa è rivolta, i precetti degli artt. 2, 30 e 31 della Costituzione, ed i canoni generali dell’ordinamento sul dovere di lealtà nei rapporti intersoggettivi”.*

Per un primo commento cfr. G. Ferrando *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra corte Costituzionale e Corte di Cassazione* in *Nuova giur. Civ. comm*, 1994, p. 223.

<sup>52</sup>Secondo la Suprema Corte “Nell’attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali” *previa individuazione da parte del legislatore “di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti”.*

<sup>53</sup> Cfr. S. Penasa *La necessaria concordanza tra formanti*, in *Forum BioDiritto* 2008, *Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, a cura di Di Carlo Casonato, Cinzia Picocchi, Paolo Veronesi, WK 2009, p. 74 nel quale si rileva come al monito della Corte Cost. contenuto nella sentenza 347/98 il legislatore “sembra aver fornito una risposta insoddisfacente in termini, tanto di ragionevolezza del bilanciamento enunciato, quanto di efficacia delle concrete soluzioni interpretative predisposte”.

<sup>54</sup> Corte cost sent 28.01.2005 n. 49, in *Giur. Cost.*, 2005, 338 ss

<sup>55</sup> Cfr. M D’Amico, *Sul’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa tra principi costituzionali ed europei*, op.cit., p. 30 ss

PMA eterologa dovrebbe comunque ritenersi costituzionalmente conforme, ma addirittura, secondo alcuni<sup>56</sup>, un giudizio anticipato di costituzionalità sulla norma.

Con riguardo alla sentenza 151/09 come osservato dalla parte più attenta della dottrina<sup>57</sup> tale pronuncia muove dalla premessa che già dal testo normativo sottoposto al giudizio della Corte –art. 14 c. 2 sul numero massimo di embrioni producibili- poteva ricavarsi la previsione secondo la quale la tutela garantita all’embrione deve ritenersi affievolita “al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza in conformità alla finalità proclamata dalla legge. La tutela dell’embrione, già *de jure condito*, non sarebbe quindi assoluta ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle ‘esigenze della procreazione’”<sup>58</sup>.

Da ciò deriva che, la ragione della richiamata decisione con la quale la Consulta dichiarerà l’illegittimità costituzionale dell’art. 14 c. 2 e 3 della legge 40/04 non deve ritenersi fondata unicamente sul bilanciamento operato dalla Corte in favore della preminente tutela dell’interesse alla salute della donna rispetto a quello del concepito che a partire dalla storica sentenza n. 27/75 ha costituito ‘la pietra angolare’ di ogni valutazione del giudice delle leggi in materia, ma anche sul riconoscimento dell’autonomo rilievo costituzionale delle cc.dd esigenze della procreazione formula ellittica con la quale ci si intende riferire all’interesse costituzionalmente rilevante a diventare genitori (a prescindere dalle modalità tecniche utilizzate). In altri termini, la novità di assoluto rilievo del ragionamento operato dalla Corte risiede proprio nel fatto che, l’affievolimento dell’interesse dell’embrione, *rectius* del concepito la cui tutela a partire dalla richiamata sentenza 27/75 trova il suo fondamento nell’art. 2 Cost, oltre che nel richiamato interesse alla tutela della vita e della salute della donna che lo porta in grembo, troverebbe un ulteriore fondamento nelle ‘giuste esigenze della procreazione’ riconducibili a chi, sussistendone i requisiti soggettivi di legge, ricorre al trattamento di PMA.

Affermare la sussistenza a livello costituzionale di una ‘giusta esigenza’ alla procreazione (assistita) come interesse da salvaguardare al punto da giungere attraverso la tecnica del bilanciamento ad

---

<sup>56</sup> M D’amico, op.cit., p. 31.

<sup>57</sup> M D’amico, op. cit, p. 43

<sup>58</sup> Corte cost. 151/09, cit.



affermarne la prevalenza di questi rispetto alle corrispondenti esigenze di tutela dell'embrione, anch'esse costituzionalmente rilevanti, rafforza per evidenti ragioni la censura in punto di ragionevolezza del divieto di procreazione esteso a tutta quella categoria di soggetti che pur in presenza dei requisiti soggettivi richiesti per legge –coppia sterile, eterosessuale coniugata e/o convivente in età potenzialmente fertile– necessitano inderogabilmente del contributo genetico di un terzo/a per realizzare il proprio interesse.

Dunque ai rilievi precedentemente svolti circa gli asseriti 'molteplici rischi' per il nato e la società cui il fenomeno della PMA eterologa potrebbe dare origine, alle obiezioni in punto di evidente sproporzione tra mezzo impiegato (il divieto assoluto) e fine perseguito (la tutela e la garanzia degli interessi di tutti i soggetti coinvolti), alle rilevate censure in punto di irragionevole discriminazione tra categorie di soggetti in identica situazione nonché di illegittima lesione di diritti fondamentali, il preminente valore riconosciuto all'esigenza di salvaguardia di una 'giusta esigenza della procreazione' che consente l'affievolimento della tutela dell'embrione, comporta per ragionevole e logica conseguenza, un obiettivo rafforzamento di tutte le censure sin qui avanzate rispetto al divieto assoluto di PMA eterologa. Infatti, non c'è chi non veda in tale divieto un irragionevole e ingiustificata lesione, tra le altre, anche delle 'giuste esigenze di procreazione' di chi, privo della possibilità di divenire genitore, presenta quale unica possibilità quella di procedere al trattamento medico con utilizzo di materiale genetico altrui.

*3.4. Compatibilità normativa e sistematica, de iure condito, dell'eventuale eliminazione del divieto di esecuzione delle tecniche di PMA eterologhe di cui all' 4 c. 3 L. 40/04. Applicazione della normativa esistente (DLGS 191/07; DLGS 16/10; art. 9 L. 40/04).*

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologhe, con gameti di donatori esterni sono state applicate in Italia fino al 10 marzo 2004, nel pieno rispetto delle norme mediche e delle garanzie giuridiche per tutti i soggetti coinvolti. Il donatore era sottoposto ad un particolare screening diagnostico diretto ad escludere la presenza di eventuali patologie genetiche o virali del materiale donato. Con riguardo alla regolamentazione della vicenda, in assenza di una legge, le residue incertezze circa la possibilità da parte dell'uomo che

autorizzava la procreazione eterologa della moglie e/o della convivente di disconoscere successivamente la paternità del bambino sono venute meno, come sopra già ricordato, con un doppio intervento delle Supreme Magistrature. Come suvvisto nel 1998 la Corte Costituzionale<sup>59</sup> seguita poi nel 1999 dalla Corte di Cassazione<sup>60</sup>, hanno affermato che l'azione di disconoscimento di paternità ai sensi dell'articolo 235c.c. non è esperibile nei casi di procreazione medicalmente assistita eterologa effettuata con il consenso informato di entrambi i membri della coppia in quanto ipotesi estranea alla ratio della norma. Tale previsione è stata poi recepita dalla stessa legge 40/04 che all'art. 9 disciplina espressamente la fattispecie prevedendo, nell'ipotesi di esecuzione di tecniche eterologhe in violazione di quanto dalla stessa legge stabilito, il divieto di disconoscimento di paternità e la impossibilità da parte del terzo donatore di instaurare alcuna relazione giuridica col nato.

Per ciò che riguarda le problematiche tecniche inerenti l'acquisizione, stoccaggio, conservazione e utilizzo del materiale genetico da parte dei centri medici c.d. di secondo livello (autorizzati alla esecuzione delle tecniche di PMA in vitro), l'Italia avendo recepito con Decreto legislativo 191/07 la direttiva 2004/23/CE e con decreto legislativo n. 16/10 per l'attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE (inerente le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani), disporrebbe dunque già *de jure condito* di una normativa che consentirebbe l'esecuzione della tecnica eterologa.

Infatti posto che ai sensi dell'art.1 del DLGS 16/10, rientrano nella competenza di tali decreti legislativi di recepimento di norme comunitarie, i gameti e gli embrioni, i centri di procreazione assistita sono diventati Istituti dei Tessuti, soggetti alle prescrizioni tecniche già previste in Italia dalle linee guida sulla legge 40/04, ma oggi conformi per riconoscimento agli standard europei per la tracciabilità.

---

<sup>59</sup> Corte cost. sent. n. 347/98.

<sup>60</sup> Corte cost. sent. n. 231/99.

I decreti disciplinano la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umane, nonché la codifica, la lavorazione e lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule. Il testo prevede norme precise di garanzia per la donazione e la rintracciabilità, che in forza della legge 40/04, esclude le cellule riproduttive dalla donazione ad altri soggetti. Tale esclusione è operata nel rispetto dell'art. 4 comma 3 della medesima legge, con la conseguenza che se il divieto di eterologa fosse dichiarato incostituzionale ed espunto dall'ordinamento, non vi sarebbe vuoto normativo poiché il DLGS 191/07 e 16/10 disciplinano compiutamente la fattispecie dal punto di vista tecnico-scientifico. Di fatti le norme di recepimento delle direttive europee citate, regolamentano nello specifico la donazione di cellule riproduttive (art. 2 c.1 let. a.), dettano le norme per l'approvvigionamento delle cellule (art. 3), stabiliscono i criteri di selezione dei donatori e successivamente gli esami di laboratorio da eseguire e il ricevimento delle cellule presso gli istituti dei tessuti con la successiva distribuzione e autorizzazione (art. 4). D'altra parte come sopra ricordato la medesima legge 40/04 che vieta l'eterologa al capo III artt. 8- 9 prevede un puntuale sistema normativo in forza del quale l'azione di disconoscimento della paternità da parte di colui che in qualità di partner della donna aveva autorizzato la stessa a sottoporsi alla PMA, a tutela del nato deve ritenersi esclusa. Parimenti garantito, nell'interesse della famiglia e del minore, deve ritenersi l'anonimato del terzo donatore che non avrebbe alcun titolo per rivendicare la paternità sul bambino nato grazie all'impiego del proprio liquido seminale.

In tutti i casi, il rischio di vuoto normativo sarebbe scongiurato anche accedendo ad altra prospettiva ricostruttiva della questione in forza della quale il problema verrebbe superato attraverso la reviviscenza di norme esistenti prima del 2004. Come è noto, infatti, in Italia anche precedentemente all'approvazione della legge 40/04, non vi era certamente il 'Far West' risultando operativo un complesso 'sistema integrato' di regolamentazione della materia nel quale, segnatamente alla donazione dei gameti finalizzati alla procreazione, la problematica era già stata pienamente inserita nell'ambito sanitario attraverso una puntuale normativa composta da una serie di Circolari e Decreti del Ministero della Sanità che imponevano obblighi e garanzie sia per i centri pubblici che per i centri privati nonché dal codice deontologico medico. Da tale complesso di regole era possibile desumere: la gratuità

della donazione per evitare pericolo di sfruttamento e mercificazione; l'anonimato dei donatori; le modalità di reperimento del materiale genetico; le garanzie igienico-sanitarie secondo standard elevati su materiale genetico, etc <sup>61</sup>.

Alla luce di quanto precede, la disapplicazione ovvero la dichiarazione d'incostituzionalità dell'articolo 4 comma 3, non creerebbe alcun vuoto normativo, poiché la parte tecnica inerente approvvigionamento, controllo, conservazione e donazione di gameti nel nostro ordinamento è compiutamente disciplinata dai richiamati DLGS 191/07 e DLGS 16/10 mentre la parte inerente gli *status personae* e *familiae* dei nati e dei altri componenti della famiglia dall'art. 9 della stessa legge 40/04.

*3.5. La pronuncia della Grande Chambre della Corte EDU del 3 novembre 2011: una decisione 'politica' tra limiti logici e contraddizioni in fatto e diritto. Dubbi sulla rilevanza 'sostanziale' de jure condito e condendo della decisione.*

A distanza di un anno e mezzo dalla pronuncia della Prima Sezione della Corte EDU che riteneva il divieto di PMA eterologa contenuto nella legge Austriaca contrario ai diritti riconosciuti dalla Convenzione agli artt. 8 e 14, la Grande Chambre il 3 novembre 2011

---

<sup>61</sup> Sul punto cfr.: Circolare Degan del 10 ottobre 1985 "Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale"; Circolare Donat Cattin n. 19 del 27 aprile 1987: "Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale"; Circolare De Lorenzo del 10 aprile 1992 n. 17: "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"; Ordinanza Bindi del 5 marzo 1997: "Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani"; Ordinanza Bindi del 4 giugno 1997, "Proroga dell'efficacia dell'ordinanza ministeriale 5 marzo 1997 concernente il divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani", con cui si fa divieto assoluto di remunerazione diretta o indiretta immediata o differita in denaro o in qualsiasi altra forma per la cessione di gameti, embrioni o, comunque, di altro materiale genetico. Come detto anche il codice deontologico medico disciplinava le modalità di donazione.

Da segnalare inoltre come a livello internazionale, successivamente al 19 febbraio 2004 sono state emanate due Risoluzioni del Parlamento europeo: la prima del 9 marzo 2005 sul divieto di commercio di ovociti P6\_TA (2005)0074 e la seconda del 21 febbraio 2008 sul futuro demografico dell'Europa 2007/2156(INI). Quest'ultima invita al punto 26 tutti gli stati membri a garantire il diritto alle coppie con problemi di fertilità all'accesso universale al trattamento contro l'infertilità

adotta una decisione che perviene ad esiti sostanzialmente opposti<sup>62</sup> destando perplessità e dubbi di ordine formale, sostanziale e procedurale che a nostro avviso minano in punto di 'effettività' e forse anche di 'validità' il provvedimento.

Ciò non solo per l'impiego 'disinvolto' e comunque privo di riscontro in precedenti della giurisprudenza della stessa Corte sino ad oggi della c.d dottrina<sup>63</sup> del margine di apprezzamento<sup>64</sup> riconosciuto ai

---

<sup>62</sup> Per un primo commento cfr. M Castellaneta, *La Grande Camera della Cedu inverte la rotta: legittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Guida al diritto* n. 46, 19.novembre 2011, p. 15; C. Costanzo, *Ancora sul margine di apprezzamento: frontiera costituzionale o criminale giuridicamente indefinibile?*, Nota a sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, ricorso n. 57813 del 2000, S. H. e altri vs Austria, 2011, in *www.forumcostituzionale.it.*; C. Nardocci, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*, 3 febbraio 2012, in *www.forumcostituzionale.it*

<sup>63</sup> L'applicazione della definizione è controversa secondo parte significativa degli studiosi più che di una 'dottrina' cui farebbe difetto quel minimo di "specificità teorica" e di coerenza logico-sistematica che dovrebbe caratterizzare il concetto, si tratterebbe piuttosto, ed è l'opinione anche da noi condivisa, di un approccio metodologico o di una tecnica giudiziale. Per una analisi sul punto, senza pretesa di completezza cfr.: P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 149 ss.

<sup>64</sup> E' opportuno ricordare come la c.d. dottrina del margine di apprezzamento che trova la sua origine nell'ambito della disciplina della deroga ex art. 15 CEDU (articolo che prevede la possibilità per lo Stato di derogare alle previsioni convenzionali qualora si verifichi una situazione di "guerra" o di "altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione") si è poi estesa rapidamente anche ad altri diritti riconosciuti dalla CEDU, ed in particolare ai diritti di libertà e sicurezza personale (ex articolo 5), al rispetto della vita privata e familiare ( ex articolo 8), alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (ex articolo 9) alla libertà di espressione ( ex articolo 10) di riunione e di associazione (articolo 11), al principio di non discriminazione (ex articolo 14) ed al diritto di proprietà (art. 1del I° Protocollo).

Costituendo la CEDU una sorta di minimo comune denominatore per la tutela dei diritti umani nell'ambito degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa, uno «strumento di ordine pubblico» finalizzato a garantire 'l'armonizzazione' dei diritti fondamentali dell'uomo ma non anche a sostituire le proprie scelte a quelle delle carte costituzionali, la Corte EDU, attraverso la dottrina richiamata ha inteso operare un *self-restraint* ,mantenendosi in equilibrio tra esigenze di uniformità nell'interpretazione e applicazione dei diritti sottoposto al suo sindacato ed esigenze di un sistema multiculturale e pluralista formato da Stati sovrani che mal potrebbero tollerare l'imposizione di standard comuni in assenza di una *common ground* tra le legislazioni.

L'applicazione di tale approccio metodologico da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo ha suscitato sin da subito un vivace dibattito in dottrina . Da un lato coloro che nel rilevare la mancanza di legittimazione della Corte all'utilizzo di tale

singoli Stati, peraltro disarticolato completamente dal *consensus standard* o *common ground* tra le legislazioni nazionali, che giunge al punto da mettere in discussione, paradossalmente, il fondamento della legittimità del proprio sindacato giurisdizionale, quanto anche per la 'distonia temporale' e le contraddizioni logico-argomentative di una decisione fondata sulla valutazione della fattispecie concreta sottoposta alla sua attenzione e degli interessi (attuali) implicati, cristallizzata al momento della sentenza della Corte costituzionale austriaca che rigettava il ricorso nel 1999!

3.5.1. *Il margine di apprezzamento quale unico 'criterio guida' della decisione.*

Senza mai neppure confutare le argomentazioni in punto di diritto, gli elementi di fatto delle fattispecie concrete sottoposte alla sua attenzione, il ragionamento seguito, sotto il profilo logico ricostruttivo nell'operazione di bilanciamento degli interessi dei soggetti coinvolti operato dal giudice di prime cure, la Grande Chambre EDU fonda la propria decisione di ritenere il divieto di PMA eterologa contenuto nella legge Austriaca non contrario all'art. 8 "Diritto alla vita privata e familiare e all'art. 14 "Divieto di discriminazione" della CEDU in combinato disposto, sugli assunti di un approccio metodologico che

---

tecnica, data l'assenza nel testo della Convenzione di un riferimento esplicito, evidenziano come se è pur vero che le differenze nazionali rendono necessario il margine di apprezzamento, questo accresce tuttavia la difficoltà della costruzione di standard europei; la Corte, inoltre, ricorrendo a tale tecnica, abdicerebbe alla propria funzione di controllo giudiziale della condotta degli Stati membri, rinviando ad essi proprio ove le materie sono più sensibili e le problematiche più delicate (sul punto cfr. tra gli altri. E. Benvenisti, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 843 ss; M.R. Hutchinson, *The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, pp. 638 ss.).

Dall'altro coloro che, evidenziano i meriti di tale tecnica, sottolineando, in particolare, come al fine di bilanciare i diritti individuali e gli altri interessi nazionali, sia inevitabile, in un sistema multiculturale e pluralista come quello del Consiglio d'Europa, la concessione di uno spazio di discrezionalità per gli Stati. La dottrina del margine di apprezzamento ha consentito, inoltre, di evitare possibili conflitti tra la Corte e gli Stati, preoccupati di una prevaricazione della propria sovranità in aree fondamentali come quella della sicurezza e di mantenere il consenso necessario al funzionamento del Consiglio d'Europa. (tra gli altri :Y. Arai-Takahashi, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Eur. De Droit Pub.*, 2001, pp. 1162 ss).

eludendo la valutazione “tecnico-giuridica” sulla fattispecie concreta propria del sindacato giurisdizionale, individua nel margine di apprezzamento, slegato dal parametro del consenso europeo<sup>65</sup>, l’unico indice utilizzabile per la decisione.

---

<sup>65</sup> Sull’utilizzo della c.d. dottrina del margine di apprezzamento e del *consensus standard* nella giurisprudenza della Corte EDU cfr. tra gli altri: R. Sapienza, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. Dir. Int.*, 1991, 571 ss.; MacDonald R. St. J., *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Coll. Cour. Of the Acad. Of Eur. Law*, 1992, 103 ss.; Id, *The margin of appreciation*, in R. St. J. MacDonald, F. Matscher, H. Petzold (a cura di), *The European system for the protection of human rights*, L’Aja, 1996; H. C. Yourow , *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of european human rights jurisprudence*, L’Aja, 1996; E.Kastanas, *Unité et diversité: notion autonomes et marge d’appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 1996 ; E. Kastanas, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d’appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droit de l’homme*, Bruylant, Bruxelles 1996; P. Mahoney , *Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism ?*, in *HRLJ*, 1998, 1 ss.;83 ss.; O’Boyle M., *The margin of appreciation and derogation under Article 15: ritual incantation or principle?*, in *HRLJ*, 1998, 23; C. Ovey , *The margin of appreciation and article 8 of the Convention*, in *HRLJ*, 1998, 10 ss; J. Schokkenbroek , *The prohibition of discrimination in article 14 of the Convention and the margin of appreciation*, in *HRLJ*, 1998, 20 ss.; D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1999, 744 ss; S. Greer, *The margin of appreciation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2000; G. Gaja , *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in U. De Siervo (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, 211 ss.; Y. Arai-Takahashi, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, pp. 1162 ss ; . G. Repeto, *L’argomentazione comparative come chiave di giudizio: il caso Goodwin, Goodwin c United Kingdom*, ric., 28957 del 1995 sent. 11 luglio 2002; D. Simon, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: ‘Je t’aime, moi non plus’?*, *Pourvoi*, 2001, 1, 31 ss.; N. Shuibhne, *Margin of appreciation: national values, fundamental rights and EC free movement law*, in *European Law Review*, 2009, 230 ss.; J. Sweeney, *A ‘margin of appreciation’ in the internal market: lessons from the European Court of Human Rights*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2007, 27 ss.; J Christoffersen J., *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, Nijhoff, Leiden, 2009; A Vespaziani, *Diritti fondamentali europei. Casi e problemi di diritti costituzionale comparato*, Torino, 2009; S. Sottiaux S., G. Van Der Schyff , *Methods of International Human Rights Adjudication: Towards a More Structured Decision-Making Process for the European Court of Human Rights*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2008, p. 115; E. Brems (a cura di), *Conflicts between fundamental rights*, Intersentia, Antwerp, 2008; G. Letsas, *A Theory of Interpretation of ECHR*, Oxford, 2007;

Innanzitutto a prescindere dai profili qualificatori (dottrina, approccio metodologico, tecnica giudiziale) occorre rilevare che si tratta di parametri valutativi-interpretativi che si collocano pur sempre nell'ambito di un procedimento complesso e articolato di indagine della fattispecie concreta nella prospettiva di una tutela, salvaguardia e armonizzazione degli interessi in conformità con i principi posti dalla Convenzione. Ipotizzare che tale parametro possa di per sé esaurire il sindacato giurisdizionale è operazione al contempo scorretta e pericolosa. Per questa strada, a tacer d'altro, si realizzerebbe una trasformazione del canone valutativo e interpretativo in clausola generale *bonne a tout faire* in forza della quale non solo qualsiasi decisione della Corte (e dello Stato) potrebbe trovare giustificazione ma la stessa Corte potrebbe sottrarsi, come in parte è accaduto nel caso di specie, dal compiere le necessarie valutazioni nel merito delle questioni, attraverso la necessaria e preliminare individuazione, qualificazione e comparazione degli interessi in gioco in vista dell'operazione di bilanciamento e del c.d. test di proporzionalità e di necessità richiesto dall'art. 8 CEDU<sup>66</sup> (da cui far scaturire il giudizio di conformità o meno ai principi della Convenzione<sup>67</sup>).

---

G. Letsas, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, p. 703.

<sup>66</sup> A partire dal caso *Dudgeon c. Regno Unito*, (ric. n. 7525/76, sent. 22.10.1981) in tema di tutela della vita privata, la Corte EDU al fine di valutare se la misura adottata dallo Stato risulti posta in violazione dell'art. 8 CEDU (nel caso di specie veniva lamentata una lesione del diritto al rispetto della propria vita privata da parte del governo nordirlandese, che criminalizzava i rapporti omosessuali svolti in privato fra adulti consenzienti) ha sempre sottoposto la stessa al c.d. test della necessità in una società democratica, ed alla verifica della sussistenza del bisogno sociale pressante di adottare la misura stessa. Ha inoltre riaffermato il proprio ruolo come supervisore dell'esercizio del potere d'interferenza da parte del pubblico potere, evidenziando il rilievo che assumono lo stesso diritto tutelato e l'obiettivo perseguito dalla pubblica autorità con la misura di interferenza, e soprattutto la definizione di un minimum standard riconosciuto di caratteristiche di una "società democratica".

<sup>67</sup> Con specifico riferimento all'art. 8 la scansione imposta dalla disposizione in esame prevede per la Corte di valutare, nell'ordine: a) se l'interferenza sia prevista dalla legge 2) se la stessa persegue uno scopo legittimo ovvero se l'obiettivo della restrizione è riconducibile a uno degli obiettivi della norma violata; 3) se la stessa possa ritenersi necessaria in una società democratica nel senso se vi è una ragione sociale per l'adozione della legge restrittiva, e se l'interferenza rispetto al diritto al rispetto della vita privata e familiare da essa rappresentata potesse dirsi proporzionata rispetto allo scopo.



Insomma si rischierebbe 'il pendio scivoloso' dell'organo giurisdizionale che abdicando all'uso degli "strumenti valutativi" suoi propri si avvia a decidere sulla base di parametri e procedimenti di natura politica. Non deve sorprendere dunque se la pronuncia che oggi si commenta si caratterizzi più per la sua valenza e portata 'politica' che non 'giurisdizionale'. Infatti la Corte assumendo il parametro del margine di apprezzamento a fondamento della propria decisione in assenza di ulteriori argomenti in fatto e diritto nel merito degli interessi in gioco e della loro possibile composizione ovvero utilizzati per confutare la soluzione individuata dal giudice della prima sezione, di fatto sembra abdicare alla propria precipua funzione che è quella, tra le altre, di vigilare sulla conformità/compatibilità delle soluzioni normative adottate dagli Stati aderenti rispetto ai principi della

---

Segnatamente all'art. 14, a partire dal *Leading case* Belgian linguistic case c Belgio (sent. 23 luglio 1968), la Corte individua lo strumento di giudizio per verificare l'eventuale portata discriminatoria delle misure adottate dagli Stati: si tratta di un duplice test di ragionevolezza e di proporzionalità ovvero di un "ragionevole rapporto di proporzionalità" tra i mezzi impiegati e gli obiettivi che la misura si propone di raggiungere. Gli elementi che danno luogo ad una discriminazione illegittima secondo la Corte attengono: la differenziazione tra persone (o gruppi) tutti nella medesima situazione o condizione; la carenza di una adeguata e ragionevole giustificazione di tale differenziazione; la sproporzione tra obiettivo perseguito e mezzi utilizzati.

Sul punto cfr F. Donati e P. Milazzo *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 88. i quali rilevano come "Anche nella giurisprudenza sulla clausole discriminatorie, la Corte ha inteso richiamare, nella definizione dell'ampiezza del margine di apprezzamento, alcuni aspetti delle proprie pronunce in altre materie (particolarmente in materia di tutela delle libertà civili): in questo senso deve essere inteso il riferimento che nel caso Rasmussen viene fatto - e successivamente verrà ripetuto praticamente in tutte le pronunce ex art. 14 CEDU - al "common ground" tra le legislazioni degli Stati: più certo e chiaro è questo terreno comune, più ristretto sarà il ruolo del margine di apprezzamento (come nel caso Engel, o come nel caso Abdulaziz, Cabales e Balkadali), pronto peraltro a riespandersi laddove le legislazioni abbiano pochi punti in comune (come nel caso Rasmussen). Sia nel linguaggio che nelle sue concrete conseguenze, il richiamo al terreno comune ai singoli Stati evoca il frequente riferimento che la Corte effettua al consensus standard in materia di interpretazione delle clausole di interferenza all'esercizio delle libertà civili".

Convenzione al fine di “contribuire all’armonizzazione in tutta Europa dei diritti garantiti dalla Convenzione”<sup>68</sup>.

Il parametro richiamato non può essere utilizzato per escludere il sindacato giurisdizionale nel senso di “surrogato pragmatico” di questo, ma solo per integrare ovvero orientare la decisione, che non potrà mai prescindere dalla valutazione in concreto sulla circostanza se le lamentate lesioni di diritti del cittadino europeo siano o meno poste in essere in violazione dei diritti protetti dalla Convenzione in applicazione dei richiamati criteri di proporzionalità tra mezzo utilizzato e fine perseguito e ‘necessarietà’ rispetto alle esigenze di una società democratica<sup>69</sup>.

Così il parametro del consenso europeo - diffuso ovvero mancante- poteva ben essere invocato per supportare e orientare una scelta che comunque non poteva eludere o sostituirsi alla preliminare valutazione ‘tecnico-giuridica’ della fattispecie concreta alla stregua della quale formulare il giudizio di riconoscimento o meno dell’asserita violazione del principio CEDU. Alla luce di ciò tale parametro avrebbe potuto consentire una lettura in chiave sempre e comunque di armonizzazione e mai di rottura<sup>70</sup>. L’esistenza di un largo consenso a

---

<sup>68</sup> V. Sentenza Corte Edu 3 novembre 2011, dissenting opinion dei giudici: *Tulkens, Hirvela, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria*. Sul punto cfr anche C. Nardocci, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*, cit., p. 10 ss..

<sup>69</sup> Come è noto, la clausola di interferenza della norma di cui all’art. 8 CEDU consente l’ingerenza della pubblica autorità nell’esercizio di tale diritto solo quando “tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l’ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.”. Nessuna delle ipotesi prospettate pare possa essere integrata nel caso di specie inerente l’accessibilità alle tecniche di PMA eterologa da parte di soggetti sterili privi di alternative. Sulla nozione di Società democratica nella giurisprudenza della Corte EDU cfr: V. Fabre-Alibert, *La notion de «société démocratique» dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 1998, p. 465.

<sup>70</sup> Sul punto cfr i casi *Handyside c. Regno Unito* ( ric. n. 5493/72, sent. 07.12.1976) e *Sunday Times c. Regno Unito*, (ric.n. 6538/74, sentenza del 26.04.1979) ove viene precisata l’incidenza del *consensus standard* delle società democratiche nella valutazione della sussistenza del margine di apprezzamento da parte della Corte.

La Corte EDU fu chiamata a pronunciarsi nel primo caso se il provvedimento nazionale di sequestro e confisca del materiale considerato osceno costituisse una violazione della libertà di manifestazione del pensiero di cui all’art. 10 CEDU e nel

livello europeo, costituisce un elemento che svolge da sempre un ruolo propulsivo per un'interpretazione evolutiva della Convenzione, che deve essere considerata "*a living instrument*" e letta alla luce delle "*present day conditions*"<sup>71</sup>. Quanto al margine di apprezzamento riconosciuto al singolo Stato non si può che ribadire il principio, la cui ampiezza, per costante giurisprudenza della Corte, è riconosciuta anche nella sentenza di cui si discute, che "laddove un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità di un individuo sia in gioco, il margine consentito ad uno stato sarà di norma limitato"<sup>72</sup>.

D'altra parte come precisato nella decisione della 1<sup>a</sup> Sezione della Corte di Strasburgo, il ragionamento muoveva proprio dalla considerazione che pur non sussistendo un obbligo per gli Stati membri di adottare una legislazione che consenta la fecondazione assistita," una

---

secondo se incorreva nella stessa violazione un provvedimento giurisdizionale che proibiva ai giornalisti del Sunday Times di diffondere notizie sulla vicenda della presunta pericolosità e tossicità di un medicinale.

Il Giudice ebbe modo di precisare come seppur lo stato gode di un margine di apprezzamento che discende da due circostanze contestuali: l'assenza di una definizione europea comune di morale e la sua *better position*, cionondimeno tale margine deve comunque essere "controllato" dalla Corte europea, che verifica la finalità della misura contestata e la sua "necessità" in una "società democratica".

Nel secondo caso, atteso il consenso esistente attorno al concetto di "autorità del potere giudiziario", il margine di apprezzamento dello Stato, si restringe laddove aumenta la capacità della Corte di farsi interprete del *consensus standard* intorno al criterio utilizzato per giustificare l'interferenza. Ciò implica che gli strumenti di controllo della Corte possono farsi ben più penetranti rispetto ad un mero controllo di "legittimità", potendo interessare anche altri aspetti connessi con la necessità: in particolare, potrà avere come oggetto la proporzionalità della misura rispetto all'importanza dei valori che si intendono tutelare. Specialmente il criterio di proporzionalità appare come utilizzato in maniera assai ampia dalla giurisprudenza della Corte, spesso come specificazione del criterio di "necessarietà", e talvolta come *endiadi*: in realtà i due concetti non sono coincidenti: una misura "necessaria" può certamente essere sproporzionata, ed una misura proporzionata rispetto all'interesse che interferisce con l'esercizio della libertà può ben essere non necessaria in una società democratica (cfr. F. Donati e P. Milazzo: *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, cit. p. 10)

Questa dottrina è strettamente legata al concetto di standard europei. In mancanza di standard uniformi il margine di apprezzamento diviene inevitabilmente più ampio.

<sup>71</sup> Sent. G.C. del 16.12.2010, A, B e C c. Ireland [GC], ric. 25579/05, § 234.

<sup>72</sup> Cfr Sent. Corte Edu 3 nov. 2011, cit., par. 95; Corte Edu 1 aprile 2010, SH c Austria, par 74; Corte Edu, Connors c. Regno Unito, 27 maggio 2004, par. 82

volta che essa sia consentita, nonostante il largo margine di discrezionalità lasciato agli Stati contraenti, la sua disciplina dovrà essere coerente in modo da prevedere una adeguata considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti in accordo con gli obblighi derivanti dalla Convenzione<sup>73</sup>. E sta proprio in ciò il punto. Se risulta discutibile che il sindacato della Corte EDU possa giungere ad 'imporre' (e non solo a 'raccomandare') un intervento positivo dello Stato nella disciplina di aspetti 'sensibili' della persona ove una soluzione normativa di diritto interno che involga diritti fondamentali vi sia, in nessun caso essa potrà essere sottratta alla valutazione di questa nell'esercizio dei poteri di vigilanza e di conformità finalizzati ad assicurare una tutela tendenzialmente comune dei diritti in ambito europeo nella prospettiva della progressiva armonizzazione. Né, a limitazione di tale sindacato, si potrebbero invocare criteri di competenza gerarchico-funzionale o per materia posto che, contrariamente a quanto potrebbe sin qui dirsi per la Corte di Giustizia Europea, le competenze della Corte EDU rispetto ai diritti fondamentali della persona sanciti dalla Convenzione devono ritenersi generali<sup>74</sup>.

Se quanto esposto è fondato assegnare al margine di apprezzamento attribuito ai singoli Stati, tanto più su temi eticamente sensibili che involgono in maniera diretta decisivi aspetti essenziali dell'individuo, una simile portata -non giustificata alla luce del test di proporzionalità e di necessità inerente le norme di interferenza di cui all'art. 8 ovvero il ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi che la misura si propone di raggiungere per individuare trattamenti discriminatori di cui all'art. 14- costituisce una opzione pericolosa sotto vari profili contraddicendo, come si è già detto, la funzione stessa della Corte e minando al fondamento la portata del suo sindacato giurisdizionale.

---

<sup>73</sup> Corte Edu 1 aprile 2010, par. 74. Conf : Trib Firenze, 6 settembre 2010, cit., Trib Catania 21 ottobre 2010, cit., Trib Milano 2 febbraio 2011, cit. In tal senso, deve condividersi quella parte della dottrina che ha individuato nel caso di specie una vera e propria ipotesi di 'abuso della funzione legislativa', tra gli altri: M. Dell'Utri, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza di merito*, cit., p. 390 ss; R. Conte, *Profili di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 45 ss.

<sup>74</sup> Conf. I. Anrò *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, 2010, p. 22, in [www.airunimi.it](http://www.airunimi.it).

Si tratta, come è stato correttamente rilevato anche nella relazione di minoranza, di una rottura senza precedenti della giurisprudenza della Corte EDU la quale per la prima volta utilizzando l'effetto combinato di un consenso europeo la cui portata è 'ridotta ai minimi' -sia per l'asserita autonomia dei singoli Stati rispetto a temi eticamente sensibili, sia per l'evidente distonia temporale consistente nell'aver preso in considerazione nella decisione pronunciata nel 2011 fatti e circostanze riferibili al 1999, retrodatando a tale momento anche le valutazioni circa il consenso presente a livello europeo sulla delicata questione della donazione di gameti- e di un margine di apprezzamento riconosciuto al singolo Stato praticamente illimitato, da vita ad un precedente preoccupante con riguardo anche alle prospettive di sviluppo della funzione armonizzante attribuita alla Corte EDU.

E ciò proprio nel momento in cui la stessa si arricchiva, sul piano degli effetti, del riconoscimento operato dal Trattato di Lisbona circa l'avvenuta comunitarizzazione del diritto CEDU con ogni implicazione consequenziale con riguardo all'immediata applicabilità delle norme nell'ordinamento interno.

Dunque, come sostenuto da autorevole dottrina<sup>75</sup> e confermato dalla pluriennale giurisprudenza della Corte, per ragioni di coerenza logiche " l'applicazione della dottrina del consenso è inversamente proporzionale al margine di apprezzamento: quando la Corte è in grado di riscontrare un certo consenso europeo sul trattamento di una particolare questione, ovvero sulla tutela di un determinato diritto, lascia un minore margine di apprezzamento alle autorità nazionali".

Posto che nel caso di cui si tratta dei 39 Stati del Consiglio d'Europa quelli che non consentono la donazione di gameti tout court sono 3 (Italia Lituania e Turchia) cui si aggiungono limitatamente agli ovociti altri 5 paesi (Svizzera, Germania, Austria, Croazia, Estonia), risulta evidente che vi è un diffuso e consolidato consenso europeo sulla pratica che consentirebbe dunque alla Corte di operare in modo consequenziale sull'ampiezza del margine di apprezzamento da riconoscere al singolo Stato<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> E. Benvenisti, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 843 ss

<sup>76</sup> In diversa prospettiva, la rilevata 'distonia storica' e le numerose 'contraddizioni argomentative', se riguardate in positivo, potrebbero consentire, paradossalmente, una interpretazione diversa della pronuncia della Grande Chambre conforme ai principi di ragionevolezza. La Corte EDU, pur rigettando i ricorsi delle due coppie

Con ciò non si vuol negare la legittimità *ex se* dello strumento, funzionale a consentire in assenza di un *consensus standard*, ovvero in presenza di elementi attinenti la sicurezza nazionale e/o l'ordine pubblico interno, che gli Stati possano modulare in funzione di specificità e peculiarità del proprio ordinamento i diritti riconosciuti dalla Convenzione lasciando un margine di deroga per consentire agli stessi il perseguimento di altri interessi statali, nonché uno spazio di scelta e valutazione di questi ultimi. Ciò che viene contestato è l'uso improprio ed abnorme nel caso di specie del parametro in assenza di una ragionevole giustificazione.

---

austriache, non avrebbe pregiudicato affatto la questione sull'eterologa che, proprio in virtù delle argomentazioni sviluppate in sentenza, rimane un 'campo aperto' destinato a ricevere regolamentazione adeguata, in primis a livello nazionale. Anzi. L'espressa apertura e valorizzazione dei profili di pluralismo etico e culturale effettuata sulla scorta del ricorso al principio del margine di apprezzamento, dovrebbe incoraggiare ancora di più gli interpreti dei paesi che prevedano un analogo ovvero più rigoroso divieto, a verificare le specificità del proprio contesto culturale alla luce del quale valutare il fenomeno.

In tal senso, segnatamente al nostro paese, emergerebbe non solo che il contesto scientifico e culturale italiano è pronto, nelle sue varie articolazioni (sul piano normativo -giurisprudenziale, di classe medica, di opinione pubblica, etc) ad ammettere il diritto da parte della coppia di usufruire di una metodica medica come quella della procreazione eterologa. Emergerebbe anche che vi sono profonde ragioni di carattere storico che giustificano la prudenza del legislatore (non a caso) Austriaco, Tedesco, Estone, a disciplinare tale materia (il riferimento è al passato regime nazista e alle norme eugenetiche vigenti in tali ordinamenti), del tutto assenti nel contesto italiano. Dunque in assenza di ciò, prevalente dovrebbe risultare, in forza dei principi di libertà e autodeterminazione individuale, la facoltà di scegliere se avvalersi o no di una possibilità (per alcuni l'unica) così importante quale quella di procreare realizzando per questa via la propria personalità sul piano individuale e sociale. Il necessario bilanciamento degli interessi implicati nella vicenda verrebbe realizzato non certo attraverso la previsione di un divieto assoluto quanto mediante la previsione di una idonea regolamentazione che scongiuri i richiamati supposti rischi di commercializzazione del materiale genetico, parentele atipiche, lesione del diritto di conoscere le proprie origini genetiche, etc., argomenti utilizzati per escludere in maniera assoluta la praticabilità della tecnica in violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. La Grande Camera EDU, lungi dall'avallare il divieto di eterologa e dunque confermare e rafforzare le legislazioni che la interdicono, avrebbe semplicemente ricondotto il suo giudizio di legittimità ad un ragionamento preoccupato più di individuare la razionalità del divieto piuttosto che la sua legittimità complessiva (Corte Cost., Atti procedimento su q.l.c. art. 4, c. 3 L. 40/04, R.G. n. 163/2011, ord. rimess. Trib. Firenze 06.09,2010, Memoria parte ricorrente (Avv.ti Baldini, Alcaro, Gallo).

E' la stessa Corte che riconosce la piena applicabilità dell'art. 8 CEDU alla pretesa azionata nell'odierno giudizio evidenziando come "il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 8, in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare"<sup>77</sup>.

Né a giustificazione della portata tendenzialmente illimitata circa l'uso del margine di apprezzamento nel caso di specie risultano di conforto, come è stato ventilato da alcuni autori<sup>78</sup>, i parallelismi con i casi Lauzi c. Italia<sup>79</sup> sull'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche e A,B,C, c Ireland in materia di pratiche abortive. Entrambe le vicende sono state definite, come è noto, con decisioni favorevoli agli Stati in forza dell'utilizzo da parte della Corte della c.d. dottrina del margine di apprezzamento. E tuttavia gli argomenti utilizzati, nonostante i dubbi e le perplessità suscitate, risultano comunque riconducibili ad una prassi interpretativa già conosciuta dalla giurisprudenza della Corte EDU trovando il loro fondamento nel primo caso sull'assenza di un *consensus standard* in materia, sull'esigenza di tutela della tradizione e dell'identità culturale (più che religiosa) dello Stato membro, e sulla verifica che la Corte dovrà operare in concreto della possibilità di lesione del diritto protetto<sup>80</sup>; nel secondo, sull'assenza di un consenso di

---

<sup>77</sup> V. Sent G.C. 3 nov. 2011, § 81. Conf. in tal senso, Sent. 1<sup>a</sup> Sezione Corte EDU 1 aprile 2010, SH c Austria, cit.; Evans c. Regno Unito [GC], ric. n° 6339/05, § 71, CEDU 2007-IV, cit; A, B e C c. Ireland [GC], ric. 25579/05, § 212, sent. 16.12.2010; Dickson c. Regno Unito [GC], ric. 44362/04, § 66, CEDU 2007-XIII, cit.

<sup>78</sup> Cfr. C. Costanzo, *Ancora sul margine di apprezzamento: frontiera costituzionale o criminale giuridicamente indefinibile?*, Nota a Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, ricorso n. 57813/2000, S. H. e altri c. Austria, 2011, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>79</sup> Sen G.C. Lautsi c. Italia, ric. 30814/06 del 18.3. 2011.

<sup>80</sup> Sul punto cfr.: L. Carlassarre, *Una prevedibile sentenza nel nome della laicità*, in *La Nuova Giur Civ. Comm.*, 2009 fasc. 12, pt. 2, pp. 554 – 556; S. Mancini, *La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: è corretta solo l'opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 2011 fasc. 2, pp. 425 – 427; A Schillaci, *L'ultima sentenza Lautsi: margine di apprezzamento, principio maggioritario e libertà di coscienza*, in *Diritti Comparati*, marzo 2011, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), il quale osserva come "la Corte lega il margine di apprezzamento alla salvaguardia di tradizioni legate all'esperienza religiosa ed all'universo simbolico che ad essa fa capo, riservandosi la funzione di sindacare la coerenza interna e la ragionevolezza delle previsioni normative e delle prassi statali in ordine al rispetto della Convenzione, con riferimento – nel caso di specie – alla protezione della libertà religiosa. La sussistenza del margine di apprezzamento è dedotta, tra l'altro, dall'asserita assenza di un

opinioni a livello europeo sulla definizione scientifica e legale dell'inizio della vita<sup>81</sup>.

Dalla lettura delle sentenza della Grande Chambre sul caso SH c Austria, per le ragioni esposte, nessuno di tali elementi risulta integrato.

Infine il ragionamento seguito dalla Grande Chambre si presta ad essere criticato, anche sotto il profilo interno, con riguardo cioè all'oggetto del giudizio. La questione rilevante, infatti, non era tanto quella di esaminare, come invece è stato fatto, se con l'adozione della soluzione impugnata lo Stato avesse oltrepassato il margine di discrezionalità quanto quella di verificare, conformemente al principio costantemente applicato in precedenza e richiamato anche nella sentenza della 1<sup>a</sup> Sezione della Corte secondo il quale ove una delicata materia quale è quella dei trattamenti di PMA venga disciplinata dal legislatore interno, se l'assetto normativo risulta conforme con i principi della Convenzione. In altri termini l'iter del giudizio secondo la scansione: legittimità dello scopo, sua rispondenza agli obiettivi stabiliti dalla norma violata, proporzionalità tra mezzi e fini, non poteva essere eluso in nessun caso né tantomeno sostituito da un parametro valutativo trasformatosi in 'clausola generale di chiusura' ovvero di "sostituto pragmatico di un approccio studiato a fondo del problema della portata del sindacato giurisdizionale"<sup>82</sup>. E ciò tanto più in una situazione di sostanziale *common ground* tra le legislazioni dei vari Stati.

---

*"vasto consenso europeo" sul tema), che giustificherebbe la specifica rilevanza dell'istanza identitaria rispetto all'esigenza di garantire uniformemente i diritti tutelati dalla Convenzione". Precisa l'autore come "La Corte individua, come limite interno alla salvaguardia del margine di apprezzamento nazionale su questa materia, la ravvisabilità di comportamenti attivi volti all'indottrinamento o al proselitismo. In tale contesto argomentativo, pur riconoscendo che l'esposizione del Crocifisso attribuisce visibilità preponderante alla religione (già) maggioritaria, essa ritiene che l'imposizione dell'obbligo di esposizione del Crocifisso non travalichi nell'indottrinamento degli allievi, in linea con quanto a suo tempo sostenuto in relazione a programmi di insegnamento relativi alla cultura religiosa prevalente nello Stato membro (sent. Folgero e altri c. Norvegia del 29 giugno 2007)"*

<sup>81</sup> Pur ravvisandosi una sostanziale uniformità di vedute nell'ambito dei Paesi aderenti alla CEDU quanto alla possibilità di ammettere l'interruzione della gravidanza anche al di fuori dell'ipotesi di rischio per la vita della gestante, la Grande Chambre non ha tuttavia ricollegato ad essa incidenza decisiva sul margine di apprezzamento riconosciuto in materia agli Stati membri, rilevando come non vi sia un consenso di opinioni a livello europeo sulla definizione scientifica e legale dell'inizio della vita. Sent. A, B e C c. Ireland, del 16.12.2010, cit., §. 235,236,237.

<sup>82</sup> Sentenza Corte EDU Evans c. Regno Unito, cit. punto 12, Parere congiunto dissenziente dei giudici *Turmen, Tsatsa-Nicolovska, Spielmann e Ziemele*.



### 3.5.2. 'Distonia temporale' e contraddizioni logiche nel giudicato.

Le perplessità di ordine formale e sostanziale espresse relativamente alla Sentenza in commento non si limitano solo all'uso improprio e irragionevole che la Grande Chambre fa della c.d dottrina del margine di apprezzamento e del consenso europeo per decidere della questione, dovendosi ricollegare anche alle censure in ordine alla 'distonia temporale' della valutazione compiuta che rende di fatto la decisione priva di "qualsiasi valore reale"<sup>83</sup> ovvero di 'attualità ed effettività' rispetto alla fattispecie concreta<sup>84</sup>.

Il ricorso dei cittadini austriaci alla Corte Costituzionale del loro paese fu presentato nel 1999. Le decisioni della Corte inerenti una legge interna adottata nel 1992 furono che " le scelte che il legislatore aveva fatto rispecchiavano lo stato della scienza medica all'epoca ed il consenso della Società. Ciò non significava, tuttavia, che tali criteri non siano soggetti ad evoluzioni di cui il legislatore avrebbe dovuto tener conto in futuro"<sup>85</sup>. Il ricorso presentato alla Corte EDU nel maggio 2000 è stato deciso dalla 1<sup>a</sup> Sezione della Corte il 1° aprile 2010 e successivamente rivisto dalla Grande Chambre il 3 novembre 2011. Quale è il senso e la valenza in termini di attualità ed effettività del giudicato rispetto alle pretese oggi invocate dalle coppie ricorrenti di una sentenza fondata sull'esame di fatti, vicende e situazioni del 1999 sui quali si era pronunciata la Corte costituzionale austriaca ? In un ambito così dinamico del diritto dove in 12 anni (ovvero 20), come riconosciuto in più occasioni anche dal giudicante, a seguito dell'incremento della sterilità come patologia di massa, dei progressi della scienza medica, della connessa evoluzione della morale con i conseguenti profondi mutamenti intervenuti nell'opinione pubblica e nella sua rappresentanza politica rispetto alla percezione del fenomeno e infine al consenso europeo ormai diffuso intorno alla ammissibilità della pratica, il quadro di riferimento appare radicalmente mutato, quale è il valore 'in termini reali' e quale il significato di una sentenza

---

<sup>83</sup> V. *dissenting opinion* dei giudici Tulkens, Hirvela, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria

<sup>84</sup> Conf. sul punto: C. Nardocci *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*", cit., 6; C. Grabenvarter, "Vita privata, fecondazione in vitro, 'margine di apprezzamento' tra gli stati membri", in M. Cartabia (a cura di), cit., p. 31.

<sup>85</sup> V. Sent G.C. 3 nov. 2011, § 22.

che ‘pronuncia’ su diritti attuali collocandoli in un contesto ‘vecchio’ di 12 anni (ovvero di 20 se si prende a riferimento la legge austriaca del 1992 cui si riferiva la decisione della Corte cost)? In altri termini quale è il valore ‘attuale’ di una decisione giudiziale che puntualizza (oggi per allora) come “il legislatore austriaco non ha all’epoca ecceduto il margine di discrezionalità concessigli né per quanto riguarda il divieto di donazione di ovuli ai fini della procreazione artificiale né per quanto riguarda il divieto di donazione di sperma per la fecondazione in vitro previsto dall’art. 3 della legge sulla procreazione artificiale”<sup>86</sup>?

Tale distonia temporale si arricchisce di ulteriori contraddizioni nella misura in cui la Corte riconosce espressamente quale fattore rilevante che il consenso in Europa riguardante la donazione di gameti si è evoluto in modo considerevole<sup>87</sup> e che la scienza medica dopo la decisione della Corte cost. ha registrato enormi progressi che hanno portato alcuni Stati a darne riscontro nella propria legislazione<sup>88</sup>. Alla luce di ciò il giudicante esorta addirittura il Parlamento Austriaco “ad un esame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale, considerando la rapida evoluzione della scienza e della società a tal riguardo” aggiungendo che “il principio adottato dal legislatore per consentire metodi omologhi di procreazione artificiale come regola e l’inseminazione con sperma donato come eccezione, riflettevano lo stato della scienza medica dell’epoca [il 1992] e il consenso che esisteva nella società. Ciò non significa che comunque tali criteri non possano essere oggetto di sviluppi di cui il legislatore dovrà tener conto in futuro”<sup>89</sup>.

Tutto ciò premesso e nonostante già la Corte cost. austriaca nel 1999 nella propria decisione avesse comunque precisato che “il compromesso rifletteva lo stato dell’arte della scienza medica e del consenso della società...e che ciò non significa tuttavia, che tali criteri non siano soggetti a soluzioni ad evoluzioni di cui il legislatore dovrebbe tener conto in futuro”<sup>90</sup>, la Grande Chambre perviene ad una decisione che contraddice i propri stessi postulati cristallizzando le pretese azionate in un contesto retrodatato al 1999 (ovvero al 1992)!

---

<sup>86</sup> Sent G.C. 3 nov. 2011, § 115.

<sup>87</sup> Sent G.C. 3 nov. 2011, § 35 ss.

<sup>88</sup> Sent G.C. 3 nov. 2011, § 84.

<sup>89</sup> Sent G.C. 3 nov. 2011, § 117.

<sup>90</sup> Sent G.C. 3 nov. 2011, § 22.

Un ulteriore elemento di preoccupazione è costituito dalla adesione della maggioranza dei giudici della Grande Chambre all'osservazione del Governo austriaco secondo la quale la circostanza che la legge austriaca non vieta ai propri cittadini di rivolgersi all'estero per effettuare il trattamento di PMA eterologa non permesso in Austria e che comunque la legislazione interna garantisce ai sensi degli artt. 137 b e 163 c.c. in tutti i casi la certezza degli status familiari, conferma che la supposta violazione dell'art. 8 CEDU non c'è, posto che una alternativa per le coppie completamente sterili di accedere alla PMA eterologa sussiste e consiste nell'andare in altri paesi. L'affermazione pone più di una perplessità. Infatti non si può fare a meno di rilevare come tale elemento più che costituire la prova ulteriore del rispetto delle scelte tutelate ex art 8 CEDU, costituisce semmai un fattore ulteriore della rilevata violazione dell'art. 14 . Infatti non c'è chi non veda come accanto all'effetto discriminatorio del trattamento differenziato di una medesima categoria di soggetti rispetto ad un problema comune, trattamento privo di giustificazione ove esaminato alla luce dei richiamati canoni di proporzionalità, necessità e ragionevolezza che informano il giudizio di bilanciamento tra diritti e la valutazione di proporzionalità tra fine perseguito e mezzo utilizzato, introduce un ulteriore elemento di discriminazione fondato sul censo. Tale effetto discriminatorio si arricchisce di ulteriori elementi posto che, lo svolgimento all'estero di un trattamento sanitario tecnicamente possibile ma vietato nel proprio paese oltre a presupporre il possesso di uno status economico e sociale che non tutti i cittadini che necessitano di ricorrere alla PMA eterologa hanno, comporta un rischio di lesione di taluni fondamentali diritti, in primis la salute, che lo Stato ha l'obbligo di garantire ai propri cittadini. Con ogni effetto consequenziale come ben noto al nostro paese, principale Stato europeo per volumi di c.d. turismo procreativo in uscita.

*3.5.3. Le possibili ricadute della decisione della Grande Chambre sull'art. 4 c. 3 della legge 40/04.*

In chiusura della riflessione svolta, con riguardo all'ordinamento italiano non ci si può esimere da alcune brevi considerazioni in vista della prossima pronuncia delle Consulta sulle remissioni di costituzionalità operate dai Tribunali di Firenze, Catania e Milano rispetto all'art. 4 c. 3 L. 40/04 recante il divieto assoluto di PMA

eterologa<sup>91</sup>. Sul punto non si può far a meno di rilevare che, come confermato dalle stesse argomentazioni utilizzate dalla Grande Chambre per addivenire alla decisione favorevole all’Austria, la situazione italiana, fermo restando le analogie nella *ratio legis* si presenta sotto il profilo ‘sostanziale’ molto diversa rispetto alla vicenda austriaca con riguardo ad almeno 3 elementi: contenuti della norma, collocazione temporale della legge e iter del procedimento giudiziario attivato.

Sotto il primo aspetto, come è noto, mentre la normativa austriaca è comunque il frutto di un compromesso, oggi forse superato, che ha comunque consentito la PMA eterologa limitatamente alle tecniche ‘in vivo’ con l’utilizzo di gamete maschile giustificandosi tale ‘scelta limitata’ con il bilanciamento tra dignità umana, diritto di procreare e benessere del bambino<sup>92</sup>, quella italiana prevede un divieto assoluto della metodica privo di deroghe ed eccezioni in tal modo sacrificando senza possibili alternative il progetto genitoriale di una coppia affetta da una forma più grave di sterilità (sul punto si rinvia a quanto esposto *supra* par. 3.2.e.3.3.).

Con riguardo al secondo aspetto si osserva come da un punto di vista cronologico tra la legge sulla PMA italiana e quella austriaca intercorrano oltre 12 anni. In più passaggi della Sentenza della Grande Chambre il giudice raccomanda un “esame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale, considerando la rapida evoluzione della scienza e della società a tal riguardo” ed evidenzia che “la Corte Costituzionale austriaca, nel constatare che il legislatore si era conformato al principio di proporzionalità di cui all’articolo 8 § 2 della Convenzione, aggiungeva che il principio adottato dal legislatore per

---

<sup>91</sup> Per una prima riflessione sul punto cfr: C Nardocci, op. cit., p. 17 ss.

<sup>92</sup> Annota la Grande Chambre che “*Quanto alla giustificazione di una tale ingerenza, la Corte Costituzionale osservò che il legislatore, quando ha emanato la legge sulla procreazione artificiale, aveva provato a trovare una soluzione per bilanciare gli interessi contrapposti della dignità umana, del diritto alla procreazione e del benessere dei bambini. Così, fu stabilito, come elemento fondamentale della legislazione, che erano permessi solo i metodi di fecondazione omologa – come l’uso di ovuli e sperma degli stessi coniugi o conviventi – e i metodi che non richiedevano tecniche particolarmente sofisticate e che non erano troppo lontani dai modi naturali di concepimento. Lo scopo era quello di evitare la formazione di rapporti familiari atipici come nel caso in cui un bambino ha più di una madre biologica (una madre genetica e una “uterina”) e di evitare il rischio di sfruttamento della donna*” (Sent G.C. 3 nov. 2011, § 19).

consentire metodi omologhi di procreazione artificiale come regola e l'inseminazione con sperma donato come eccezione rifletteva lo stato della scienza medica dell'epoca e il consenso che esisteva nella società. Ciò non significa comunque che tali criteri non possano essere oggetto di sviluppi di cui il legislatore dovrà tenere conto in futuro". Rispetto a ciò non c'è chi non veda come l'assetto compromissorio della legge sulla PMA che risultava nel contesto dell'evoluzione medico scientifica, sociale e morale giustificabile nel 1992<sup>93</sup>, anche alla luce delle considerazioni svolte, difficilmente potrebbe ritenersi 'ragionevole' già nel 2004. Di sicuro un divieto assoluto non potrebbe, seguendo proprio il ragionamento in *obiter dictum* della Grande Chambre, ritenersi giustificabile oggi.

Dunque in un ipotetico giudizio innanzi alla Corte EDU avente ad oggetto il sindacato sul divieto contenuto nella legge italiana, in forza di canoni di logica e ragionevolezza, di proporzionalità mezzi-fini e di necessità, gli esiti non potrebbero che essere profondamente diversi vuoi per il differente contesto di riferimento, non solo di natura cronologica ma anche storico-culturale tra i due paesi, vuoi per l'assenza di soluzioni compromissorie che consentano alternative ai contenuti totalmente restrittivi della norma contenuta nella legge italiana.

Infine una puntualizzazione circa il rilievo dell'iter giudiziario nella definizione della vicenda. L'applicazione così estesa della c.d. dottrina del margine di apprezzamento riconosciuto al singolo Stato, come evidenziato in alcuni passaggi della sentenza della Grande Chambre, è dovuto non solo a ragioni attinenti a delicate questioni etico-morali connesse alla materia ma anche al c.d. *better placed* del giudice interno in quanto "grazie al loro diretto e continuo contatto con

---

<sup>93</sup> Secondo la Corte Costituzionale Austriaca " il legislatore non aveva oltrepassato il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri nello stabilire la possibilità dei metodi di fecondazione omologa quale regola di inseminazione mentre la donazione di sperma quale eccezione. Questo compromesso rifletteva lo stato dell'arte della scienza medica e del consenso della società. Ciò non significa, tuttavia, che tali criteri non siano soggetti ad evoluzioni di cui il legislatore dovrebbe tener conto in futuro. Né il legislatore aveva trascurato gli interessi di uomini e donne che devono servirsi di tecniche di procreazione artificiale. Oltre alle tecniche strettamente omologhe erano previste inseminazioni con uso di sperma di donatori. Tale tecnica era conosciuta e utilizzata da molto tempo e non portava a relazioni atipiche. Inoltre, l'uso di queste tecniche non era limitato alle coppie sposate ma includeva anche le coppie di conviventi" (cfr. Sent G.C. 3 nov. 2011, § 22,23.)

le forze vitali dei loro Paesi, le autorità dello Stato sono, in linea di massima, in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per pronunciarsi non solo “sull’esatto contenuto dei requisiti della morale” nel loro paese, ma anche sulla necessità di una limitazione destinata a dar loro una risposta<sup>94</sup>. Di norma vi è un ampio margine di discrezionalità se allo Stato è richiesto di stabilire un armonioso equilibrio tra opposti interessi privati e pubblici o tra diritti tutelati dalla Convenzione”. Nel caso italiano, nessuna pronuncia della Corte costituzionale è intervenuta a suggello della legittimità della norma con la conseguenza che tale *self restraint* del giudice europeo anche in omaggio al rispetto dell’autonomia valutativa-interpretativa esercitata dalla suprema magistratura interna. non dovrebbe ritenersi operante.

Ove tali ragioni, a nostro avviso assorbenti, dovessero essere superate, gli argomenti utilizzati nel merito per ritenere violato l’art. 8 e l’art. 14 della CEDU ovvero la rilevata sproporzione mezzi/fini, l’irragionevolezza di un divieto assoluto in presenza di soluzioni normative possibili adeguate a contemperare le opposte esigenze, l’evidente interferenza di tale divieto con i principi di uguaglianza e autodeterminazione della persona, risulterebbero sicuramente dirimenti nella prospettazione di una violazione dei precetti della Carta cost. di cui agli artt 2,3,13,29,31,32 Cost (oltre che 117 Cost. nella originaria impostazione del Tribunale di Firenze con riguardo alle Sentenza della 1^ Sezione della Corte EDU) con ogni effetto consequenziale sul divieto assoluto di donazione di gameti contenuto nella legge 40/04.

---

<sup>94</sup> Si veda la causa A. B. e C. c. Irlanda, cit., con ulteriori riferimenti.