



Tribunale di Milano  
Sezione I civile

In composizione collegiale con i magistrati:

dott. Roberto Bichi, presidente

dott.ssa Orietta Micciché, giudice

dott.ssa Loretta Dorigo, giudice estensore

riunito in camera di consiglio,

a scioglimento della riserva formulata all'udienza del giorno 13 dicembre 2012, ha pronunciato

la seguente

IL CASO.it

ORDINANZA

sul reclamo ex artt. 669 terdecies e 700 c.p.c. presentato

da

Pennino Eleonora e Miodini Michele, con gli avvocati Massimo Clara, Marilisa d'Amico,

Maria Paola Costantini e Sebastiano Papandrea,

reclamanti

contro

Vassini, ...

reclamata

OSSERVATO

I

In data 16.9.2010 i coniugi ... presentavano reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. chiedendo, in riforma dell'ordinanza di rigetto, depositata il 6.9.2010 dal giudice di prima istanza, fosse ordinato in via d'urgenza al medico convenuto, di eseguire in favore dei ricorrenti, secondo le metodiche della procreazione medicalmente

assistita, la c.d. fecondazione eterologa -nel caso di specie la donazione di gamete maschile necessitata dalla infertilità assoluta con azoospermia completa da cui risulta affetto il ricorrente - secondo le pratiche accertate dalla miglior scienza medica.

Deducevano, riproponendo le argomentazioni dispiegate nel ricorso ex art. 700 c.p.c. del 18.6.2010, disattese dal giudice di prime cure, che, a seguito della pronuncia emessa in data 1/4/2010 dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - in una controversia promossa da alcune coppie infertili contro l'Austria, nella quale la Corte di Strasburgo affermavano che il divieto di fecondazione eterologa così come disciplinato nell'ordinamento giuridico austriaco (e limitato ad alcune forme di eterologa) contrastava con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in particolare con gli artt. 8 e 14 della Convenzione - si configurava un contrasto tra l'art. 4 comma 3 della L. n. 40 del 2004, che prevede il divieto assoluto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in particolare con gli artt. 8 e 14 della Convenzione, così come interpretati dal Giudice europeo.

Con ordinanza del 2.2.2011, rilevato che non era possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il Collegio, non potendo -nella propria funzione di giudice comune- procedere all'applicazione della norma della CEDU, in luogo di quella interna contrastante, né tanto meno fare applicazione di una norma interna ritenuta in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, sollevava la questione di costituzionalità, con riferimento al parametro dell'art.117, primo comma, Costituzione.

Ivi si evidenziava che la clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, primo comma, Costituzione, attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie nello specifico rilevanti, impone il controllo di costituzionalità, avendo ritenuto lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto.

Si osservava, dunque, che è compito della Corte verificare se il contrasto sussiste e se esso sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistemica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo.

Si osservava, altresì, che, pur essendo precluso alla Corte costituzionale di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, compete sempre alla Corte italiana di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione; nel verificarsi di tale ipotesi, pur eccezionale, in caso di ritenuto contrasto dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117 citato in relazione alla invocata norma della CEDU, poichè l'ordinamento vigente demanda alla Corte il compito di valutare come ed in quale misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano.

 2

Alla luce della sentenza della Grande Camera, emessa in data 3/11/2011 in riforma della precedente pronuncia di prima istanza del 1/4/2010, codesta Corte, con ordinanza n.150/2012, ha restituito gli atti al giudice remittente, chiedendo di procedere ad una nuova valutazione dei profili di illegittimità costituzionale della norma in tema di divieto di fecondazione eterologa, già oggetto dell'eccezione di costituzionalità sollevata. Nell'ordinanza di restituzione degli atti a questo Collegio, la Corte ha rilevato che nella pronuncia della Grande Camera i giudici concludono affermando che il parziale divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge della Repubblica Austriaca non configura una violazione dell'art. 8 della CEDU, poiché non eccedente il margine di discrezionalità garantito agli Stati, dal che la normativa austriaca non configurerebbe un'indebita ingerenza della Pubblica Autorità nel diritto al rispetto alla vita privata e familiare.

Nella prospettazione del Giudice delle leggi la nuova pronuncia europea costituisce un *novum* la cui incidenza sul significato delle norme convenzionali, in potenza differente da quella sviluppata dal Giudice europeo di primo grado, deve essere oggetto di esame, influenzando essa direttamente sulla questione di costituzionalità proposta.

II

Tanto premesso ed in osservanza delle determinazioni della Corte, il Collegio rileva quanto segue.

I Giudici della Grande Camera, pur dichiarando che il parziale divieto di eterologa adottato dallo Stato austriaco non costituiva violazione degli artt. 8 e 14 del Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ribadiscono i principi da adottarsi nella valutazione della conformità delle norme emanate dal Legislatore nazionale ai valori della Convenzione.

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

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

Afferma la Corte di Strasburgo che *"sono stati molti i progressi della scienza medica ai quali alcuni Stati contraenti hanno dato la risposta nella loro legislazione. Tali cambiamenti potrebbero pertanto avere delle ripercussioni sulla valutazione dei fatti operata dalla Corte."*



Pare dunque a questo Collegio che, per la prima volta ed in assenza di precedenti giurisprudenziali della medesima Corte europea, vi sia un significativo richiamo per il Legislatore nazionale a conoscere e utilizzare il progresso della scienza medica e il consenso della società.

È del tutto evidente che gli elementi indicati sono per loro natura "mobili".

La scienza medica costituisce materia per sua stessa natura in continuo divenire; in particolare, lo sviluppo delle conoscenze comporta l'individuazione di nuove metodiche sanitarie, in grado di offrire il raggiungimento di obiettivi in precedenza impensabili, ovvero raggiungibili a fronte di sacrifici, effettivi o potenziali, di valori concorrenti (si pensi al rischio per la salute).

Analogo rilievo viene attribuito dal giudicante europeo alla necessità di prestare attenzione al consenso sociale.

Non ritiene il Collegio di dover intendere la menzione di tale elemento come necessità di attribuire rilievo a fini legislativi a manifestazioni estemporanee ed emozionali, espresse da uno o più settori della società in favore di questa o quella pratica scientifica, dovendosi ritenere le indicazioni della giurisprudenza europea ancorate, per contro, all'emergere ed al consolidarsi di sensibilità collettive comuni ad ogni settore sociale, funzionali all'espansione del riconoscimento, del sostegno e della tutela dei diritti fondamentali dei cittadini.

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

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

Formulando un giudizio consequenziale alle indicazioni autorevolmente offerte dal giudice europeo, deve dunque affermarsi la natura "mobile" della legislazione in materia, carattere dal quale discende l'obbligo per il Legislatore nazionale di approntare norme che rispettino il divenire dei valori in gioco, requisito imprescindibile per ritenere soddisfatto il principio di proporzionalità indicato (par.118, Gr. Ch.).

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

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

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

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

Devono, dunque, essere integralmente riproposti i principi illustrati e le argomentazioni dispiagate a sostegno della questione di legittimità costituzionale già sollevata; i medesimi, non risultando per le ragioni dianzi esposte superati o contrastati dalla pronuncia di seconda istanza, mantengono -a parere del Collegio- rilevanza anche all'esito della pronuncia della Grande Camera.

a)

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

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

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

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

Non può ritenersi casuale che la Carta, dopo aver trattato del matrimonio, inteso come stabile unione spirituale, affettiva ed economica tra due persone di sesso diverso, abbia ritenuto necessario

 5

occuparsi al successivo art. 30 della giusta e doverosa tutela garantita ai figli, siano essi legittimi o naturali, passaggio che presuppone -riconoscendolo- e tutela la finalità procreativa del matrimonio. Le norme richiamate afferiscono i concetti di famiglia e di genitorialità che appaiono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, in quanto tali, non possono -in ossequio a quanto espressamente affermato dalla Grande Camera- considerarsi cristallizzati in principi di esperienza e prassi riferibili esclusivamente all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore; ne consegue che gli stessi debbono essere interpretati tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento, nonché delle trasformazioni della società e dei costumi attraverso i quali la stessa si esprime, anche in applicazione di quanto autorevolmente determinato in una recentissima sentenza dalla stessa Corte Costituzionale (cfr. sentenza Corte Costituzionale, n.138 del 2010).

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

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

Come affermato dalla Corte costituzionale, esso costituisce *“un diritto che è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione Onu sui diritti del fanciullo, stipulata a New York il 20.11.1989 (ratificata dall'Italia con legge n. 176 del 1991), dall'art. 2 della Costituzione”* (cfr. sentenza n. 120 del 2001).

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

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

Le ineludibili conseguenze di quanto la Corte europea di secondo grado ha affermato nella sentenza sopra richiamata conducono -in sintesi- ad affermare che il diritto di identità e di autodeterminazione della coppia in ordine alla propria genitorialità viene compromesso dal divieto

um<sup>6</sup>

di accesso ad un certo tipo di fecondazione necessaria per il caso concreto in tutti i casi in cui la metodica assistita non consentita derivi da un aggiornamento scientifico accettato e condiviso dalla comunità di appartenenza e, soprattutto, risulti funzionale all'espansione ed alla piena realizzazione di quello stesso diritto senza richiedere la compressione di altri diritti fondamentali della persona, nè di altri diritti costituzionali ugualmente garantiti.

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

b)

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

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

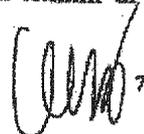
In ragione di tale presupposto contestano, con argomentazioni logiche e deduttive, la ragionevolezza dell'estensione del divieto previsto al comma 3° dell'art. 4, l. n. 40/04 a quelle coppie che solo con la deroga a tale rigida disposizione normativa potrebbero avere un figlio, così raggiungendo lo scopo che il legislatore ha inteso perseguire.

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

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

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

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



logicità interna della normativa, razionalità delle deroghe e giustificazione oggettiva e ragionevole delle differenze di trattamento.

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

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

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

Orbene: l'obiettivo dichiarato dal legislatore all'art.1 della legge n. 40 del 2004 è proprio quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dell'infertilità della coppia mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e nei modi previsti dal testo normativo, che ha cura di rispettare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

In tale prospettiva, l'introduzione del divieto di cui all'art. 4, comma 3 della stessa legge risulta violare gli art. 3 e 31 della Costituzione sia sotto il profilo della natura discriminatoria di tale divieto, sia sotto il profilo della ragionevolezza dello stesso.

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

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

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

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



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

Osserva il Collegio -per completezza- che i giudici europei deliberavano su situazioni soggettive di coppie potenzialmente genitoriali nell'ambito esclusivo della fecondazione eterologa, nulla argomentando in ordine ad una potenziale equiparabilità tra tecniche di fecondazione omologa e fecondazione eterologa.

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

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

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

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

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

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

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



c)

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

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

d)

Osserva, infine, il Collegio remittente che, anche in esito alla pronuncia della Grande Camera, appare configurabile il contrasto delle norme in esame con gli artt. 3 e 22 della Costituzione, poiché con il divieto di fecondazione eterologa si rischia di non tutelare l'integrità fisica e psichica delle coppie in cui uno dei due componenti non presenta gameti idonei a concepire un embrione.

Le tecniche di PMA debbano essere qualificate come rimedi terapeutici sia in relazione ai beni che ne risultano implicati, sia perché consistono in un trattamento da eseguirsi sotto diretto controllo medico, finalizzato a superare una causa patologica comportante un difetto di funzionalità dell'apparato riproduttivo di uno dei coniugi (o conviventi) che impedisce la procreazione, rimuovendo, nel contempo, le sofferenze psicologiche connesse alla difficoltà di realizzazione della scelta genitoriale.

Non vi è dubbio che la scienza medica ad oggi consente l'esecuzione di tecniche di fecondazione in vivo e in vitro di tipo eterologo, con utilizzo di gameti sia maschili, sia femminili, provenienti da un donatore terzo rispetto alla coppia; come è noto, si tratta di protocolli terapeutici correntemente in uso in molti dei Paesi europei.

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

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



III

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

P.Q.M.

Visto l'art. 23 legge 11 marzo 1953, n. 87;  
ritenute la rilevanza e la non manifesta infondatezza,

rimette

alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, dell'art. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole "in violazione del divieto dell'art. 4, comma 3" e dell'art. 12, comma 1, della legge numero 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 117, 2, 3, 29, 31 e 32, commi uno e due della Costituzione, nella parte in cui impongono il divieto di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo e prevedono sanzioni nei confronti delle strutture che dovessero praticarla;

sospende

il giudizio;

dispone

l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale;

ordina

che, a cura della Cancelleria, la presente ordinanza sia notificata alle parti e al Presidente del Consiglio dei Ministri;

dispone

che il provvedimento sia comunicato ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Milano, 29 marzo 2013

Il Presidente



Il Giudice estensore



UFFICIO DI CANCELLERIA

29 MAR 2013

IL DIRIGENTE

IL FUNZIONARIO CANCELLERIA  
ANGELO BEFFICO