



## IL DIVIETO DI PROCREAZIONE ETEROLOGA ALL'ESAME DELLA CORTE COSTITUZIONALE

**di Antonio Gorgoni**  
*Ricercatore di Diritto privato*

**SOMMARIO:** 1. La legge n. 40/2004: criticità vecchie e nuove. - 2. La procreazione eterologa nel sistema delle fonti. - 3. Le motivazioni dell'incostituzionalità dell'art. 4 comma. 3 l. n. 40/2004.

### **1. Legge n. 40/2004: criticità vecchie e nuove.**

L'art. 4 comma 3 della legge n. 40 del 2004 vieta "il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo". Esse, com'è noto, richiedono l'utilizzo di gameti (ovuli o spermatozoi) estranei alla coppia che intende procreare, determinando così una scissione tra il genitore genetico che dona il gamete e il genitore sociale che si assume la responsabilità della nascita<sup>1</sup>.

Prima di soffermarsi su questa norma è utile richiamare alcuni punti della legge n. 40, critici sotto il profilo di un insoddisfacente bilanciamento di diritti e principi contrapposti. Del resto il divieto di procreazione eterologa s'inserisce in un quadro più ampio di considerazioni in parte comuni alle problematiche che scaturiscono da tali punti di cui si intende brevemente discorrere. Il filo comune corre lungo la tutela della salute della donna e il principio di uguaglianza.

Nel bilanciamento, difatti, da una parte vi è il coinvolgimento della tutela della vita umana sin dal concepimento (art. 1 l. n. 194/1978 e art. 1 l. n. 40/2004), dall'altro la protezione della salute della donna, da confrontare, entrambi, con i principi strettamente connessi di uguaglianza e di ragionevolezza.

In attuazione di questi ultimi e della tutela del diritto alla salute della donna sono già caduti, per opera della Corte costituzionale, i divieti di non creare più di tre

---

<sup>1</sup> Diversamente la fecondazione cosiddetta omologa, ammessa e regolata dalla legge n. 40/2004, impiega materiale genetico della coppia di conviventi o di coniugi (art. 5).



embrioni, di crioconservazione e dell'unico e contemporaneo impianto degli stessi (art. 14 coo. 1 e 2 l. n. 40/2004)<sup>2</sup>.

Anche sul tema della diagnosi preimpianto dell'embrione, l'originario intento del legislatore, molto restrittivo<sup>3</sup>, è stato corretto dall'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa di riferimento (art. 13 coo. 1 e 2, e art. 14 coo. 3, 4 e 5 l. n. 40/2004). Secondo la quale se la salute della donna prevale sulla vita dell'embrione - non ancora persona<sup>4</sup> - deve ammettersi, qualora si sia portatori di una grave malattia, il diritto alla diagnosi preimpianto, il diritto di abbandonare gli embrioni risultati malati e di ottenere il trasferimento in utero soltanto di quelli sani<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Corte Cost., 8.5.2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, 9, 1, 2301, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle seguenti norme: art. 14 co. 2 l. n. 40/2004 limitatamente alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto e comunque non superiore a tre"; art. 14 co. 3 l. n. 40/2004 "nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna". I divieti di crioconservazione e di produzione di più di tre embrioni al fine di un unico e contemporaneo impianto degli stessi ledono la salute della donna, la quale sarebbe costretta a sottoporsi a plurime stimolazioni ovariche. Si realizza anche una ingiustificata disparità di trattamento incentrata sulle diverse condizioni fisiche della donna che ricorre alla procreazione medicalmente assistita.

La questione affrontata dalla Consulta si intreccia con il tema della diagnosi preimpianto. Si pensi al caso in cui, a causa del quadro cinico della coppia, vi è il 50% di probabilità di creare embrioni affetti da patologie, sicché il numero di embrioni occorrenti per assicurare una adeguata percentuale di successo è, in questo caso specifico, pari a sei. Il limite di tre determinava un irragionevole identico trattamento di situazioni diverse, oltre a contrastare con il principio della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita sancito dalla stessa legge 40 all'art. 4 co. 2 let. a). La Consulta, sebbene non si sia pronunciata sulla questione della diagnosi preimpianto, non essendole stato richiesto, ha ribadito la priorità della salute della donna rispetto alla tutela dell'embrione e ha offerto numerosi elementi per la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 14 l. n. 40/2004, su cui *infra* nel testo.

<sup>3</sup> Secondo un'interpretazione gli interventi sull'embrione, come ad esempio la diagnosi preimpianto sarebbero consentiti solo per finalità diagnostiche e terapeutiche "volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso" (art. 13 co. 2). Il che troverebbe conferma nella revocabilità del consenso "fino al momento della fecondazione dell'ovulo" (art. 6 co. 3 l. n. 40/2004), nel divieto di creazione "di un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario per un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre" (art. 14 co. 2), nel divieto di crioconservazione e di soppressione degli embrioni (art. 14 co. 1) e in quanto stabilisce l'art. 14 co. 3. Se in forza di quest'ultima norma la crioconservazione può essere solo temporanea, legata al superamento della causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, significa che il legislatore ha prefigurato ostacoli patologici all'impianto di natura esclusivamente transitoria e non già permanente. In tal senso cfr. Corte cost., 9.11.2006, n. 369 (Rel. A. Finocchiaro), in *Giur. cost.* 2006, 6, 3846, con nota di CELOTTO, *La Corte costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 l. n. 40/2004; in *Fam. e dir.*, 2007, 6, 545, con nota di FIGONE, *La Corte costituzionale interviene in tema di diagnosi preimpianto sull'embrione*; in *Fam. pers. e succ.*, 2007, 4, 305, con nota di DELLA BELLA, *La Consulta non si pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita*.

<sup>4</sup> Corte Cost., 18.1.1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515; Corte Cost., 10.1.1997, n. 35, in *Foro it.*, 1997, I, 672.

<sup>5</sup> Sul punto cfr. Trib. Cagliari 22.9.2007 e Trib. Firenze, 17.12.2007, in *Fam. pers. e succes.*, 2008, 5, 419, con nota di DELLA BELLA, *La svolta: il tribunale di Firenze e il tribunale di Cagliari*



Opinando diversamente si lede, evidentemente, la salute della donna e si viola il principio di uguaglianza. Sotto il primo profilo, la donna da una parte si vede costretta ad accogliere embrioni di cui non conosce lo stato di salute, dall'altra può scegliere l'interruzione della gravidanza ove dagli esami emerga una grave malattia del feto (artt. 4 e 6 let. b) legge n. 194/1978). Ed è innegabile che entrambe queste situazioni pongono in serio pericolo rispettivamente l'equilibrio psico-fisico e la salute fisica della donna<sup>6</sup>. "Senza contare che in tal modo all'embrione sarebbe assicurata una tutela più forte di quella riconosciuta al feto con una proporzionalità inversa rispetto al rispettivo grado di sviluppo"<sup>7</sup>.

Sotto il secondo profilo, appare irragionevole a fronte del diritto all'informazione sulla salute del feto nel corso della gravidanza - da esercitare tramite le diagnosi prenatali - ritenere che l'ordinamento neghi il medesimo diritto con riguardo alla salute dell'embrione nella fase della procreazione assistita. Se così fosse, si avrebbe la conseguenza, del tutto irrazionale, di indurre il trasferimento in utero dell'embrione malato, consentendo poi di interrompere la gravidanza in caso di malattia del feto.

Si deve allora ammettere che la diagnosi preimpianto - come quella prenatale - è uno strumento funzionale all'esercizio del diritto di autodeterminazione della donna con riguardo alla propria salute fisica e psichica. Essa può essere chiesta dalla coppia, sterile o infertile, che ha avuto accesso alla procreazione medicalmente assistita. Si prospetta allora un'altra questione.

---

*ammettono la diagnosi preimpianto; ivi, 2008, 7, 604, con mia nota, Il diritto alla diagnosi reimpianto dell'embrione; il Tar Lazio 21.1.2008, n. 398, in Fam. e dir., 2008, 5, 499, con nota di FIGONE, Illegittimo il divieto di indagine reimpianto sull'embrione? Su tema cfr. le ampie riflessioni di FERRANDO, Fecondazione in vitro e diagnosi reimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale, in Nuova giur. civ. comm., 1009, 11, 521, ha dichiarato illegittime per eccesso di potere le Linee Guida in materia di procreazione medicalmente assistita approvate con D.M. 21.7.2004 nella parte in cui prevedono che le indagini sullo stato di salute dell'embrione creati in vitro dovevano essere soltanto "di tipo osservazionale".*

<sup>6</sup> Il caso da cui è originata la citata ordinanza della Corte Cost. n. 369/2006 è emblematico di questa situazione. Una coppia sterile accede alla procreazione medicalmente assistita, ma la donna decide di abortire in quanto il feto risulta affetto da beta-talassemia. In occasione della seconda procedura di fecondazione *in vitro*, la donna, subentratale un sindrome ansioso-depressiva, rifiuta l'impianto degli embrioni se non previa effettuazione della diagnosi preimpianto. Diagnosi ritenuta dai sanitari impraticabile, non essendo funzionale alla tutela della salute dell'embrione. Oltretutto si potrebbe aggiungere che l'accertamento di possibili malattie degli embrioni e la conseguente eliminazione di quelli malati determinerebbe una selezione a scopo eugenetico, pratica, questa, vietata espressamente dall'art. 13 co. 3 let. b) della l. n. 40/2004. Ma sul punto v. le convincenti repliche di FERRANDO, cit., 524.

<sup>7</sup> FERRANDO, cit., 525.



*Quid iuris* con riferimento alla coppia non sterile né infertile ma portatrice sana di una malattia genetica trasmissibile al nascituro? Essa, stando alla lettera dell'art. 4 comma 1 l. n. 40, non avrebbe diritto alla diagnosi reimpianto. Di recente il tribunale di Salerno ha ammesso alla procreazione assistita una coppia di coniugi in tale condizione, ordinando la diagnosi preimpianto e il trasferimento in utero esclusivamente degli embrioni risultati sani<sup>8</sup>.

Nonostante la nettezza del dato letterale racchiuso nell'art. 4 co. 1, il tribunale ha fornito un'interpretazione che tiene conto dei recenti orientamenti giurisprudenziali e della conseguente evoluzione normativa. Esso, richiamata la sentenza della Corte Cost. n. 151/2009 e l'orientamento favorevole alla diagnosi preimpianto, ha fatto leva, nello specifico, sull'ampliamento della concezione normativa di infertilità. Difatti le nuove Linee Guida sulla Procreazione medicalmente assistita hanno assimilato talune condizioni della persona, come l'essere portatore di una malattia sessualmente trasmissibile, ai casi d'infertilità<sup>9</sup>.

Alla luce del quadro sinteticamente esposto, si può senz'altro rilevare che la legge 40 non ha retto nel suo impianto originario, apparso ben presto troppo sbilanciato a favore dell'embrione in pregiudizio della salute della donna. Non stupisce allora se, da ultimo, anche il divieto di procreazione eterologa è stato messo in discussione attraverso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 co. 3.

Tre recenti ordinanze hanno preso le mosse da una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>10</sup>, la quale ha condannato lo Stato austriaco per contrasto di una

---

<sup>8</sup> Trib. Salerno, 13.1.2010, in *Leggi d'Italia on line*. Nel caso di specie entrambi i coniugi erano portatori di una mutazione del gene SMA1 che causa l'atrofia muscolare spinale di tipo 1, trasmissibile nel 25% dei casi alla prole in occasione del concepimento. Già tre gravidanze avevano evidenziato la trasmissione di tale malattia genetica. In considerazione di tali esiti, la coppia chiedeva di accedere alla procreazione assistita al fine di formare embrioni *in vitro* da sottoporre alla diagnosi preimpianto. Il Centro di Medicina della Riproduzione si opponeva all'accesso mancando il presupposto soggettivo della sterilità o infertilità.

<sup>9</sup> Le Linee Guida in materia di procreazione medicalmente assistita predisposte dal ministero della salute (con decreto 11.4.2008) stabiliscono, nella parte riguardante l'accesso alle tecniche, che, nel certificare lo stato di sterilità o di infertilità, si deve tener conto "anche di quelle peculiari condizioni in presenza delle quali - essendo l'uomo portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV, o HCV - l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono necessariamente, in una condizione di infecondità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico, di cui all'art. 4, comma 1 della legge n. 40/2004".

<sup>10</sup> Corte Eur. dei Diritti dell'Uomo, 1.4.2010, C-5781/00, *S.H. e altri c. Austria*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).



norma interna che pone il divieto (parziale) di eterologa con gli artt. 8 e 14 della CEDU<sup>11</sup>.

Il caso affrontato nella prima ordinanza coinvolgeva una coppia di coniugi impossibilitata a concepire un figlio naturalmente a causa della sterilità del marito<sup>12</sup>. Dopo aver tentato di procreare all'estero senza successo e con cospicui sacrifici economici, la coppia, venuta a conoscenza della sentenza della Corte di Strasburgo, ha depositato un ricorso al tribunale chiedendo, in via principale, la disapplicazione dell'art. 4 comma 3 legge 40 e, in via subordinata, di sollevare questione di legittimità costituzionale di tale norma per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. e per violazione degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.

Con la seconda ordinanza il tribunale catanese ha esteso la questione di legittimità costituzionale anche agli artt. 9 commi 1 e 3 l. n. 40/2004 limitatamente alle parole "in violazione del divieto dell'art. 4 comma 3" e all'art. 12 comma 1 che prevede una sanzione pecuniaria per chiunque "utilizzi a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente"<sup>13</sup>. Sanzione che non colpisce la coppia che ha avuto accesso alla tecnica procreativa in parola (art. 12 comma 8).

Nel terzo caso, anch'esso originato dall'infertilità del marito, il tribunale di Milano, adito come i precedenti tribunali in sede cautelare (art. 700 c.p.c.), fallito il tentativo di interpretazione conforme ai principi della Convenzione, ha sollevato questione di legittimità costituzione dei medesimi articoli oggetto dell'ordinanza catanese<sup>14</sup>.

## **2. La procreazione eterologa nel sistema delle fonti.**

Il divieto di procreazione eterologa vacilla se inserito nel complesso sistema delle fonti. Quest'ultimo, com'è noto, si è arricchito di due norme: l'art. 117 comma 1 Cost. e l'art 6 comma 2 del Trattato UE. La prima vincola il potere legislativo al rispetto non solo della Costituzione ma anche dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali come quelli scaturenti dalla Convenzione

---

<sup>11</sup> Com'è noto la Corte Europea dei Diritti dell'uomo è stata istituita per assicurare il rispetto da parte degli Stati contraenti degli impegni derivanti dalla Convenzione (art. 19 CEDU). Essa condanna il singolo Stato qualora vi sia contrasto di una norma interna con una della Convenzione così come interpretata e applicata dalla stessa Corte Europea (art. 32 CEDU). La condanna dovrebbe indurre lo Stato contraente ad intervenire sulla normativa municipale rendendola compatibile con la CEDU.

<sup>12</sup> Trib. Firenze, ord. 13.9.2010 (giudice Paparo), in *Guida al dir.*, 2010, 42, 65 ss.

<sup>13</sup> Trib. Catania, ord. 21.10.2010 (giudice Distefano), *Guida al dir.*, 2010, 44, 65 ss.

<sup>14</sup> Trib. Milano, 2.2.2011 (giudice Dorigo), in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).



europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950). La seconda stabilisce che l'Unione aderisce a tale Convenzione.

Il che da una parte rafforza i diritti fondamentali e ne crea di nuovi; dall'altra implica una verifica di ragionevolezza delle *rationes* sottese alle disposizioni di diritto interno da parte delle Corti sovranazionali. Se all'esito di questa valutazione dovesse emergere un'antinomia con il diritto internazionale pattizio, la norma interna deve essere - secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente<sup>15</sup> - non disapplicata dal giudice nazionale, ma dichiarata incostituzionale per contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost. Occorre, quindi, che il giudice *a quo* sollevi la questione di legittimità costituzionale.

La Cassazione, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, aveva chiarito che le norme CEDU, pur vincolando lo Stato, non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, non essendo riconducibili agli artt. 10 comma 1 e 11 Cost. Pertanto i giudici nazionali non possono applicarle alla controversia loro sottoposta, disapplicando al contempo la norma nazionale. La CEDU, quale trattato internazionale multilaterale, ricade nell'ambito applicativo dell'art. 117 comma 1 Cost., il quale, nel vincolare la legge al rispetto degli obblighi internazionali, fa sì che il contrasto tra la prima e i secondi si presenti come questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost.<sup>16</sup>

Le norme della CEDU, continua la Cassazione, sono però di rango subordinato alla Costituzione, poste in posizione intermedia tra quest'ultima e la legge, integrative del parametro costituzionale di cui all'art. 117 comma 1. Esse, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo (art. 32 comma 1 CEDU), devono, di conseguenza, essere conformi alla Costituzione per vincolare il legislatore nazionale ad adeguarsi alle stesse<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Cass., 24.10.2007, n. 348, e Cass., 24.10.2007, n. 349, in *Corr. giur.*, 2008, 2, 185, con nota di LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale – La Corte Costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, si soffermano sull'ambito applicativo degli artt. 7, 10, 11 e 117 Cost.

<sup>16</sup> Cass., 24.10.2007, n. 348, cit.

<sup>17</sup> Si legge in Cass., 24.10.2007, n. 348, cit.: "l'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta".



L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha ingenerato nuovi dubbi sulla configurabilità del potere del giudice statale di disapplicare la norma interna qualora essa contrasti con una disposizione della CEDU. Ciononostante, una parte della giurisprudenza italiana ha confermato l'interpretazione appena esposta contraria alla disapplicazione<sup>18</sup> e all'effetto diretto della norma CEDU. Il problema è complesso; in questa sede si può solo rilevare che il procedimento di adesione dell'Unione alla CEDU<sup>19</sup> dovrebbe recare un chiarimento<sup>20</sup>.

### **3. Le motivazioni dell'incostituzionalità dell'art. 4 comma 3 l. n. 40/2004.**

Il giudice nazionale, accertata l'impossibilità di un'interpretazione conforme ai principi della CEDU, deve sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto, tramite l'art. 117 Cost., con la CEDU<sup>21</sup>. Questa strada è stata percorsa dai tribunali italiani sopracitati con riferimento al divieto di procreazione eterologa. Essi hanno incentrato la questione di costituzionalità sulla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo che, nel censurare la legge austriaca sulla disciplina della procreazione eterologa<sup>22</sup>, avrebbe affermato principi generali applicabili anche al divieto italiano della medesima tecnica procreativa.

E' interessante notare che la Corte Europea ha sindacato il divieto parziale di eterologa sotto il profilo della ragionevolezza delle ragioni ad esso sottese. Non v'è dubbio - chiarisce subito la Corte - che gli Stati membri siano liberi di adottare una legislazione sulla fecondazione assistita, ma quest'ultima, una volta varata, deve considerare adeguatamente gli interessi coinvolti, in accordo con gli obblighi posti dalla Convenzione europea.

---

<sup>18</sup> Corte Cost., 12.3.2010, n. 93, in *Foro it.*, 2010, 7-8, 1, ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 4 l. n. 1423/1956 e 2-ter l. n. 575/1965 per violazione dell'art. 6 (Diritto ad un processo equo) CEDU.; Trib. Firenze, ord. 13.9.2010, cit.; Trib. Catania, ord. 21.10.2010, cit. e Trib. Milano, 2.2.2011, cit., su cui ci soffermeremo *infra* nel testo. Favorevoli invece all'effetto diretto nelle norme CEDU e al potere di disapplicazione da parte del giudice nazionale: Cons. di Stato, 2.3.2010, n. 1220; Tar Lazio 18.5.2010, n. 1220 e Tar Lazio sez. II *bis*, 18.5.2010, n. 11984, tutte in *Leggi d'Italia on line*.

<sup>19</sup> Le cui modalità sono regolate nel protocollo 8 annesso al Trattato.

<sup>20</sup> MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1, 20, afferma che l'ambito in cui le statuizioni della Corte europea incideranno sarà quello delle materie rientranti tra le competenze comunitarie.

<sup>21</sup> Trib. Firenze, ord. 13.9.2010, cit. e Trib. Catania, ord. 21.10.2010, cit.

<sup>22</sup> Corte Europea dei diritti dell'uomo, 1.4.2010, n. 5781/00, *S.H. e altri c. Austria*, cit.



La normativa austriaca preclude in parte la fecondazione eterologa. Essa vieta in assoluto la donazione di ovuli da un terzo; ammette invece la donazione del seme ma soltanto per la fecondazione “*in vivo*” e non “*in vitro*”. Si determina così una diversità di trattamento intanto rispetto alla coppia che accede alla procreazione medicalmente assistita senza aver bisogno di gameti per la fecondazione “*in vitro*”; inoltre nei confronti della coppia in cui il marito è sterile e occorre procedere alla fecondazione “*in vivo*”.

In generale, secondo la Corte di Strasburgo, deve ritenersi discriminatoria quella prescrizione che non ha “alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole [il che accade quando la diversità] non persegue un obiettivo legittimo [e quando] non c’è proporzionalità ragionevole tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito”<sup>23</sup>. Tale esito si sarebbe verificato proprio nel caso di specie, avendo il legislatore austriaco estremizzato le ragioni giustificatrici dei divieti, in aperto contrasto con i principi di eguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità.

Alcune di queste ragioni, attentamente esaminate dalla Corte europea, hanno influito anche sul divieto italiano di procreazione eterologa. Di esse si può ricordare, come da lavori preparatori<sup>24</sup>, la necessità di evitare, a tutela del bambino, la frammentazione delle figure parentali (due madri: genetica e biologica o due padri), “l’allontanamento da modelli di genitorialità socialmente consolidati” e la salvaguardia del diritto di conoscere le proprie origini a tutela della propria identità.

E’ soprattutto su tale comunanza di *rationes*, sottese al divieto austriaco e italiano, che si è basata la questione di legittimità costituzionale sollevata dai nostri tribunali. Ma vi sono anche altre motivazioni. La prima fa leva sull’interpretazione resa dalla Corte di Strasburgo dell’art. 8 CEDU. Disposizione, questa, che nel sancire il “diritto alla vita privata e familiare” implica “il diritto al rispetto della decisione di avere o di non avere un figlio” anche attraverso la procreazione assistita. Risalta, quindi, il diritto della

---

<sup>23</sup> Corte Europea dei diritti dell’uomo, 1.4.2010, n. 5781/00, cit., § 64. Si osservi che nel bilanciamento tra le libertà economiche (come la libertà di stabilimento di un’impresa) e i diritti sociali (come l’azione collettiva da parte dei sindacati dei lavoratori e lo sciopero) la Corte di Giustizia, adopera il parametro della necessità e il principio della proporzionalità della misura adottata dallo Stato rispetto all’obiettivo di tutela nel caso concreto (ad es. l’ordine pubblico). Cfr.: Corte di Giustizia, 11.12.2007, C-438/05 (*International... c. Viking*); Corte di Giustizia, 18.12.2007, C-341/05 (*Laval c. Svenska ...*); Corte di Giustizia, 3.4.2008, C-346/06 (*Ruffert c. Land Niedersachsen*); Corte di Giustizia, 19.6.2008, C-319/06 (*Commissione c. Granducato di Lussemburgo*); Corte di Giustizia, 15.7.2010, C-271/08 (*Commissione europea c. Germania*), testi in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>24</sup> Relazione XII Commissione permanente, 26.3.2002, in [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it).





coppia di autodeterminarsi con riferimento alla genitorialità; diritto il cui esercizio non può essere limitato dall'autorità pubblica se non in casi eccezionali (art. 8 comma 2 CEDU).

Un altro argomento a sostegno dell'incostituzionalità, comune ai tre tribunali *a quibus*, si è incentrato sul contrasto dell'art. 4 comma 3 l. n. 40/2004 con gli artt. 2, 3 e 32 Cost. Il "diritto al rispetto della vita privata e familiare", come interpretato dalla Corte di Strasburgo, rientra nell'art. 2 Cost.<sup>25</sup>. Così l'autodeterminazione della coppia con riguardo alla decisione di diventare genitore costituisce un tassello fondamentale nello sviluppo della personalità umana.

E' interessante sottolineare come i diritti umani previsti dalle norme internazionali pattizie e comunitarie costituiscano "strumento interpretativo ed evolutivo dei diritti umani tutelati dalla Costituzione"<sup>26</sup>. Da un diritto fondamentale discendono, se adeguatamente motivati, altri diritti fondamentali.

Sotto questo profilo, ad esempio, i concetti di famiglia e di genitorialità devono essere interpretati "tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi"<sup>27</sup>. Del resto la Costituzione vive pienamente se aderisce al comune o diffuso sentire, se il precetto costituzionale è attualizzato dalla "*dinamica evolutiva dei rapporti sociali*"<sup>28</sup>.

Ora non sembra che la procreazione eterologa sia dirompente con riferimento ai principi della famiglia e della filiazione. La nascita può rafforzare la solidarietà tra conviventi e coniugi, consolidando la famiglia. La prevalenza dell'assunzione della responsabilità sul *favor veritatis*<sup>29</sup> non è certo estranea al nostro ordinamento e non lede il diritto del concepito al riconoscimento di un proprio *status filiationis*. Il diritto di conoscere le proprie origini genetiche non è assoluto.

---

<sup>25</sup> Sulla connessione tra diritto al rispetto della vita familiare e diritto di avere un figlio tramite la procreazione medicalmente assistita si sofferma Trib. Milano, 28.12.2010, cit.

<sup>26</sup> Trib. Catania, ord. 21.10.2010, cit.

<sup>27</sup> Corte Cost., 15.4.2010, n. 138, cit.

<sup>28</sup> Corte Cost., 18.12.2009, n. 335 (Est. P. Grossi), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 5, 567 ss., con note di GORGONI, *La commutazione e la compatibilità con i membri della famiglia legittima*; in *Fam. pers. e success.*, 2011, 2, 124, con nota di BONAMINI, *Sulla legittimità costituzionale del diritto di commutazione*; in *Fam. e dir.*, 2010, 4, 339, con nota di VIGNUDELLI-ARCERI, *La Corte costituzionale e la dinamica evolutiva dei rapporti sociali: il diritto di commutazione non sarebbe anacronistico*.

<sup>29</sup> Cfr. NICOLUSSI, *La filiazione nella cultura giuridica europea*, in *Atti del XIII Colloquio giuridico internazionale*, 23-24/4, p. 54 ss. dell'estratto, in particolare sulla procreazione eterologa in Germania e in Francia.



Pregnante è anche la constatazione secondo cui il divieto di fecondazione eterologa rischia di ledere la salute delle coppie sterili o infertili costrette a sottoporsi a “pratiche mediche meno indicate, dai risultati più incerti e magari pericolosi per la salute”<sup>30</sup>. Sullo sfondo vi è anche la discriminazione delle coppie che hanno bisogno di gameti<sup>31</sup>. Da qui l'intrinseca irragionevolezza della legge 40, la quale da una parte pone l'obiettivo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti da sterilità e infertilità, dall'altra penalizza chi è affetto dalla patologia più severa.

Come deciderà allora la Corte Costituzionale? Probabilmente rigettando la questione di costituzionalità al fine di non invadere un campo delicato che sembra spettare al legislatore. Non solo per questo. La Consulta dovrà decidere se l'art. 4 comma 3 legge 40 è conforme agli artt. 8 e 14 CEDU nell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo<sup>32</sup>.

Certo è che nel nostro Paese il problema della conformità non si pone in modo identico a com'è emerso in Austria, poiché il divieto assoluto sancito dall'art. 4 comma 3 l. n. 40/2004 escluderebbe ogni discriminazione<sup>33</sup>, almeno tra soggetti sterili. Ed è la presenza di quest'ultima che ha indotto la Corte Europea a ravvisare una violazione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 8 CEDU<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Trib. Catania, ord. 21.10.2010, cit. richiama a sostegno del proprio ragionamento Corte Cost., 26.6.2002, n. 282, in *Giur. costit.*, 2002, 2012.

<sup>31</sup> Il Trib. Catania, ord. 21.10.2010, cit., sottolinea come la legge 40 determini, nei fatti, una discriminazione delle coppie non abbienti, impossibilitate a recarsi in quei Paesi europei che praticano la procreazione eterologa. Le coppie abbienti invece, recandosi all'estero, possono realizzare il desiderio di avere un figlio, instaurando così il rapporto di filiazione che l'Italia, nonostante il divieto dell'eterologa, riconosce. L'art. 9 comma 1 l. n. 40/2004 stabilisce infatti che il coniuge o il convivente non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'art. 235 comma 1 nn. 1 e 2 c.c. né l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.). Inoltre la madre non può scegliere di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 9 comma 2 l. n. 40/2004), né può esservi alcun legame parentale con il genitore genetico (art. 9 comma 3 l. n. 40/2004). Peraltro il c.d. “turismo procreativo” è favorito anche dalla mancata previsione di una sanzione a carico della coppia che trasgredisca il divieto di procreazione eterologa (cfr. art. 12 l. n. 40/2004).

<sup>32</sup> Occorre ricordare che secondo Cass., 24.10.2007, n. 348, cit., la Corte Cost. deve in primo luogo verificare se l'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo sia in conflitto con altre norme contenute nella nostra Costituzione. In tal caso - certo eccezionale - non può operare il rinvio alle norme internazionali da parte dell'art. 117 Cost.

<sup>33</sup> MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 22, per altro verso ritiene che “gli argomenti adoperati a sostegno dell'irragionevolezza del divieto di donazione dei gameti - fondati su considerazioni di tipo morale o sociale e sui paventati rischi di utilizzazione degli embrioni a fini eugenetici o sul pericolo di sfruttamento delle donne - difficilmente potranno essere considerati non riferibili anche alla normativa interna”.

<sup>34</sup> CERRI, *Corte europea e fecondazione eterologa*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 4, 1229-1230.



La discriminazione, tuttavia, si riaffaccia, com'è emerso dalle ordinanze di rimessione, confrontando la posizione giuridica della coppia che possiede gameti fecondabili *in vitro* o *in vivo* con quella della coppia in cui uno dei componenti sia sterile. Mentre la prima può ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita, la seconda ne è esclusa.

Ora poiché il principio di eguaglianza impone un trattamento eguale per situazioni eguali e un trattamento diverso per situazioni diverse, viene da chiedersi se le due situazioni appena tratteggiate siano uguali o diverse. Non è facile rispondere<sup>35</sup>. Queste due situazioni hanno un elemento in comune e un altro che le differenzia. Il primo è l'impossibilità di procreare naturalmente, il secondo attiene ad una condizione personale che implica in un caso la donazione di gameti.

Se si valorizza il dato comune, ossia la necessità per entrambe le coppie della procreazione assistita, esse dovrebbero essere equiparate nel trattamento giuridico<sup>36</sup>. Ciò che le differenzia è soltanto il tipo di patologia, fatto, questo, che non pare diversificare a sufficienza le due situazioni al punto da giustificare una disciplina giuridica diversa.

Il divieto di procreazione eterologa, in questa linea di ragionamento, finisce con l'apparire irragionevole, anche sotto il profilo - riprendendo il criterio adoperato dalla Corte Europea - della proporzionalità tra i mezzi (il divieto appunto) e i fini perseguiti<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2004, 78-79, nel trattare del principio di uguaglianza, riconosce che "quale sia il confine tra discriminazioni vietate e legittime differenze di disciplina non è sempre facile stabilire".

<sup>36</sup> Trib. Milano, 28.12.2010, cit., sottolinea del resto come la finalità della legge n. 40/2004 sia quella di "favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana".

<sup>37</sup> Sul punto il Trib. Milano, 28.12.2010, cit., riprende le argomentazioni della Corte Europea. Esso ricorda che tutte le *rationes* a sostegno del divieto parziale di eterologa sono state ritenute eccessive dalla Corte di Strasburgo rispetto allo scopo che esse perseguivano. Di conseguenza le stesse sono risultate soccombenti rispetto al diritto di autodeterminazione del singolo alla formazione di una famiglia e al diritto della coppia di essere genitori.