

Reg. ord. n. 163 del 2011 pubbl. su G.U. del 13/07/2011 n. 30

Ordinanza del Tribunale di Milano del 02/02/2011

Notifica del 19/04/2011

Tra: P. E. e M.M. C/ V. A.

Altre parti: B.S. e B.F., Associazione Luca Coscioni, per la libertà di ricerca scientifica, ed altri

Oggetto:

Procreazione medicalmente assistita - Accesso alle tecniche - Divieto assoluto di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo e previsione di sanzioni nei confronti delle strutture che dovessero praticarla - Contrasto con le norme della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo che stabiliscono il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione, come interpretate in rapporto alla fecondazione eterologa dalla Corte EDU nel caso S.H. e altri contro Austria - Conseguente violazione di obblighi internazionali - Lesione del diritto delle coppie infertili o sterili alla vita privata e familiare e alla autodeterminazione in ordine alla propria genitorialità - Violazione del diritto di ogni persona a formare una famiglia ed avere figli - Contrasto con la finalità, perseguita dalla legge, di risolvere i problemi procreativi della coppia - Differenziazione discriminatoria e irragionevole fra coppie sterili, a seconda del grado di sterilità e infertilità - Possibile compromissione dell'integrità psico-fisica delle coppie in cui uno dei componenti non presenta gameti idonei a procreare.

Norme impugnate

Num. Art. Co. Nesso

legge 19/02/2004 40	4	3
legge 19/02/2004 40	9	1
legge 19/02/2004 40	9	3
legge 19/02/2004 40	12	1

Parametri costituzionali

Num. Art. Co. Nesso

Costituzione	2	
Costituzione	3	
Costituzione	29	
Costituzione	31	
Costituzione	32	1
Costituzione	32	2
Costituzione	117	1 in relazione agli
Convenzione per la salvaguardia diritti dell'uomo e libertà fondamentali	8	
Convenzione per la salvaguardia diritti dell'uomo e libertà fondamentali	14	come interpretati da
Sentenza Corte EDU	01/04/2010	

Udienza Pubblica del 22 maggio 2012 rel. TESAURO

Testo dell'ordinanza

N 163 ORDINANZA (Atto di promovimento) 2/2/2011.

Ordinanza del 2 febbraio 2011 emessa dal tribunale di Milano nel procedimento civile promosso da P. E. ed altro contro V.A..

Procreazione medicalmente assistita - Accesso alle tecniche - Divieto assoluto di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo e previsione di sanzioni nei confronti delle strutture che dovessero praticarla - Contrasto con le norme della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo che stabiliscono il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione, come interpretate in rapporto alla fecondazione eterologa dalla Corte EDU nel caso S.H. e altri contro Austria - Conseguente violazione di obblighi internazionali - Lesione del diritto delle coppie infertili o sterili alla vita privata e familiare e alla autodeterminazione in ordine alla

propria genitorialita' - Violazione del diritto di ogni persona a formare una famiglia ed avere figli - Contrasto con la finalita', perseguita dalla legge, di risolvere i problemi procreativi della coppia - Differenziazione discriminatoria e irragionevole fra coppie sterili, a seconda del grado di sterilita' e infertilita' - Possibile compromissione dell'integrita' fisio-psichica delle coppie in cui uno dei componenti non presenta gameti idonei a procreare.

- Legge 19 febbraio 2004, n. 40, artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole "in violazione del divieto dell'art. 4, comma 3", e 12, comma 1.
- Costituzione, artt. 2, 3, 29, 31, 32, primo e secondo comma, e 117, primo comma, in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle liberta' fondamentali [come interpretati dalla sentenza 1° aprile 2010 della Corte EDU (sez. 1^), nel caso S.H. e altri contro Austria].

(GU n. 30 del 13.7.2011)

IL TRIBUNALE

Riunito in camera di consiglio, sciogliendo la riserva formulata all'udienza del giorno 11 novembre 2010, ha pronunciato la seguente ordinanza sul reclamo ex art. 669-terdecies e 700 c.p.c. presentato da P. E. e M., con gli avvocati Massimo Clara, Marilisa d'Amico, Ileana Alessio. Mara Paola Costantini e Sebastiano Papandrea, ricorrenti;

Contro V. A., resistente.

Osservato in fatto e in diritto

I. - Con ricorso ex art. 700 c.p.c. i coniugi P. E. e M. M. chiedevano fosse ordinato in via d'urgenza al medico convenuto, dott.ssa V. A., di eseguire in favore dei ricorrenti, secondo le metodiche della procreazione medicalmente assistita la c.d. fecondazione eterologa - nel caso di specie la donazione di gamete maschile necessitata dalla infertilita' assoluta con con azoospermia completa da cui risulta affetto il ricorrente sig. M. - secondo le pratiche accertate dalla miglior scienza medica.

La convenuta dott.ssa V. non si costituiva; comparsa all'udienza fissata ex art. 669-sexiest p.c., dichiarava (sostanzialmente non opponendosi all'accoglimento della domanda) che la completa ed irreversibile infertilita' del ricorrente sig. M. impediva alla coppia di procreare e che i ricorrenti le avevano chiesto di poter ricorrere alla fecondazione eterologa; l'opera richiestale, tuttavia, non era stata portata a compimento, essendo vietata in Italia la fecondazione eterologa (vd dichiarazioni della dott.ssa V. all'udienza del 13 luglio 2010 e certificazione medica prodotta).

I ricorrenti, pur essendo a conoscenza del fatto che analogo ricorso avanzato in passato da un'altra coppia era stato respinto da questo Tribunale (cfr. provvedimento negativo emesso il 7 aprile 2009 nel procedimento cautelare RG68524/2008, confermato in sede di reclamo con provvedimento del 24 settembre 2009), deducevano di essersi determinati a proporre la presente domanda cautelare a seguito della pronuncia emessa il 1° aprile 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 ha affermato che il divieto di fecondazione eterologa così come disciplinato nell'ordinamento giuridico austriaco (e limitato ad alcune forme di eterologa) contrasta con la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, in particolare con gli articoli 8 e 14 della Convenzione.

Secondo la prospettazione dei ricorrenti, alla luce della sentenza della Corte europea e della sua valenza per i giudici nazionali in merito all'interpretazione da dare alla Convenzione europea, era possibile, attraverso un'interpretazione convenzionalmente conforme e costituzionalmente orientata, superare il divieto assoluto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo letteralmente sancito dall'art. 4 comma 3 della legge n. 40 del 2004, valorizzando il mancato richiamo al comma 3 dell'art. 4 da parte dell'art. 5 della legge n. 40/2004 - ove è richiamato il solo comma 1 dell'art. 4 - sino a ritenere che il divieto di ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa andrebbe inteso come limitato unicamente ai casi in cui difettino i requisiti soggettivi previsti dall'art. 5 e, quindi, al di fuori di casi di «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

Nel provvedimento impugnato si affermava che non pare consentito interpretare il generale divieto di ricorso alla fecondazione eterologa contenuto nella legge n. 40/2004 nel senso prospettato dai ricorrenti, in quanto ciò si risolverebbe all'evidenza in un'interpretazione (almeno in parte) abrogatrice della norma, riservata al giudice delle leggi e non consentita al giudice ordinario.

Il giudice di prime cure rilevava altresì che il giudice ordinario che ritenga in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo la legislazione nazionale, dopo aver compiuto con esito negativo il tentativo di un'interpretazione conforme della norma interna ai principi della Convenzione affermati dalla Corte europea, è tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost.

Tanto Premesso, affermava tuttavia che nel caso di specie il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 4 comma 3 della legge n. 40/2004 (per contrasto con l'art. 117 Cost.) pur non manifestamente infondato sotto tale profilo, non era rilevante ai fini del decidere.

Rilevava che il medico convenuto non aveva concluso un contratto d'opera professionale con i ricorrenti e non aveva assunto alcuna obbligazione nei loro confronti avente ad oggetto l'effettuazione della pratica di fecondazione eterologa mediante l'applicazione delle metodiche della PMA cui si sarebbero dovuti sottoporre per tentare di superare l'infertilità di coppia; ne conseguiva che nel successivo giudizio di merito contro la dott.ssa V. - rispetto al quale l'invocata cautela atipica deve necessariamente porsi come strumentale - i coniugi M. e P. non potevano utilmente azionare tale loro diritto nei confronti del medico libero professionista qui convenuto, il quale non risultava avere alcun obbligo giuridico nei loro confronti.

Osservava che a fronte delle disposizioni contenute nella legge n. 40/2004 e sopra richiamate le prestazioni mediche da ultimo indicate non costituiscono diritti soggettivi che i ricorrenti possono far valere in giudizio nei confronti del singolo medico convenuto, bensì - eventualmente - situazioni soggettive da azionare nei confronti di soggetti istituzionalmente chiamati a garantire gli interventi di procreazione medicalmente assistita; solo in caso di rifiuto da parte di una delle strutture sanitarie - autorizzate ai

sensi dell'art. 10 della legge n. 40 del 2004 e tenute per legge ad eseguire gli interventi piu' idonei a superare l'infertilita' della coppia - i coniugi potrebbero adire l'autorita' giudiziaria e in quel processo potrebbe porsi come rilevante la questione di legittimita' costituzionale dell'art. 4 comma 3 della legge n. 40.

II. - Avverso il descritto provvedimento presentavano tempestivo reclamo i ricorrenti P. e M.

I reclamanti deducevano di aver concluso un contratto d'opera con parte resistente; insistevano nella richiesta di una interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata della norma in esame; in subordine chiedevano sollevarsi eccezione di legittimita' costituzionale. All'udienza del 28 ottobre 2010 i procuratori di parti reclamanti chiedevano breve rinvio al fine di allegare ulteriore documentazione attestante l'attivita' professionale svolta per i propri assistiti dal medico incaricato dott.ssa V., nonche' l'accreditamento delle strutture presso cui l'intervento avrebbe dovuto essere eseguito.

Non si costituiva la resistente V.; compariva, tuttavia, alle udienze camerale celebrate il 28 ottobre 2010 ed il giorno 11 novembre 2010, dichiarando di prestare la propria attivita' professionale all'interno di strutture mediche accreditate alla pratica delle metodiche di PMA ai sensi dell'art. 10, legge n. 40 del 2004.

Le associazioni intervenienti H. O., M. precoce e S. I. O., assistite dagli stessi difensori dei ricorrenti, presentavano reclamo avverso la dichiarazione di inammissibilita' dell'intervento volontario dalle medesime dispiegato, con conseguente loro esclusione dal procedimento, disposta dal giudice di prime cure.

III. - Ritene il Collegio che il provvedimento impugnato debba essere riformato, ad eccezione di tale ultima deliberazione, per le ragioni che verranno di seguito esposte.

IV. - In merito alle associazioni intervenienti, ritiene il Collegio di condividere integralmente quanto affermato nel provvedimento impugnato.

Gli enti indicati, nel dispiegare l'intervento volontario ad adiuvandum, non apparivano portatori di un interesse giuridico apprezzabile all'esito del presente procedimento, bensì unicamente di un interesse di mero fatto.

E' noto che il legislatore del 1990, nel disciplinare il rito cautelare uniforme, non ha previsto in alcuna disposizione l'istituto dell'intervento del terzo nel giudizio cautelare. Nel silenzio del legislatore la dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno concordemente affermato l'ammissibilita' dello stesso nei termini di cui all'art. 105 c.p.c. Ne consegue che il terzo interveniente debba essere portatore, quanto meno, di un interesse giuridico connesso alla decisione cautelare (in tutti i casi in cui non sia un litisconsorte pretermesso). In altri termini, l'intervento volontario adesivo dipendente nel processo cautelare ante causam richiede che sia ravvisabile in capo al terzo una situazione di pregiudizio o di vantaggio che potrebbe derivare al terzo dalla misura cautelare invocata inter alios, con conseguente potenziale pregiudizio derivante al terzo dal disconoscimento - o dal riconoscimento - delle ragioni che il ricorrente sostiene contro l'avversario.

In ossequio alle determinazioni espresse dalla C.S. sul punto, deve quindi affermarsi per la legittimazione all'intervento adesivo dipendente la necessaria sussistenza di un vero e proprio rapporto giuridico sostanziale tra i soggetti intervenienti e la parte processuale principale.

Nel caso in esame non veniva dedotta ne' in primo grado, ne' nei motivi di reclamo, l'esistenza di alcun rapporto giuridico tra le associazioni intervenute e i ricorrenti, di guisa che non e'

ravvisabile in capo alle medesime associazioni intervenute alcun interesse giuridicamente apprezzabile, non integrato dalla mera presenza tra i rispettivi compiti statutari dal fine di fornire sostegno e tutela alle coppie infertili, interessate alla procreazione medicalmente assistita.

Deve pertanto confermarsi l'inammissibilità per carenza di interesse dell'intervento adesivo dipendente svolto dalle associazioni sopra richiamate, rilevata dal giudice di prime cure.

V. - a) In via preliminare non può condividersi l'affermata assenza di un rapporto di prestazione d'opera tra le parti del presente procedimento.

Emerge infatti dal doc. 3 allegato al fascicolo di primo grado che parte reclamata aveva ricevuto una richiesta di assistenza medica da parte dei coniugi M. M. e P. E. al fine di procedere all'esecuzione di un intervento di fecondazione assistita e di aver dovuto, esaminate le condizioni cliniche dei pazienti, interrompere la prestazione richiesta, stante il divieto legislativo posto dall'art. 4 legge n. 40 del 2004 per l'esecuzione della fecondazione di tipo eterologo, necessitata nel caso di specie dalla patologia presentata dai ricorrenti.

All'udienza del giorno 11 novembre 2010 parti reclamanti allegavano documentazione attestante l'accreditamento del centro E. M. C. S.r.l. e della C. C. C. di M. a svolgere procedure di PMA, nonché l'inserimento nei rispettivi organici della dottoressa V.

Pare quindi potersi affermare che la dott.ssa V., medico privato accreditato dal SSN, deve essere equiparata nei termini di legge ai sanitari di una struttura pubblica; il rapporto instaurato con i propri assistiti configurava l'assunzione dell'obbligo giuridico di approntare le cure più idonee in conformità alla legislazione nazionale di settore (legge n. 833/1978, d.lgs. n. 502 del 1992; n. 517 del 1993 e successive riforme) e delle prescrizioni contenute nel codice deontologico, che ne estrinseca i modi (oltre che costituire espressione del più generale esercizio del diritto alla salute ex art. 32 Cost.).

L'esistenza di un rapporto giuridico astrattamente azionabile nel futuro giudizio di merito risulta del resto positivamente accertata dalla Corte cost. con sent. n. 151 del 2009, laddove deliberava su una diversa questione di illegittimità costituzionale (e, segnatamente, sul numero di embrioni da impiantare) inerente la medesima legge n. 40 del 2004, su ricorso di una coppia che si presentava, sia pure per una diversa causa di infertilità, nelle medesime condizioni quanto al rapporto medico-paziente degli odierni reclamanti.

In quel caso la Corte pare non aver escluso la sussistenza di un rapporto di prestazione d'opera tra la coppia ed il medico privato cui si erano affidati (coincidente, lo si osserva per mera completezza, con l'odierna parte reclamata).

I reclamanti si erano dunque rivolti ad un soggetto abilitato a svolgere attività di assistenza medica per l'esecuzione di tecniche di PMA, ovviamente nei limiti consentiti dalla legislazione vigente. Le semplici Osservazioni svolte consentono di superare la censura operata dal giudice di prima istanza sull'assenza di un diritto di credito eventualmente azionabile dagli odierni ricorrenti nel futuro giudizio di merito.

In conclusione, deve rilevarsi la sussistenza in capo ai reclamanti di un interesse ad agire dato da un interesse soggettivo giuridicamente rilevante ad una eventuale pronuncia di merito azionabile, consistente in un «fare» (procedere alla PMA eterologa); ne consegue l'incongruenza del richiamo per il caso in esame ad una ipotesi di fiction liti.

Quanto alla censura relativa al fatto che le parti azionano qui

un petitum (PMA eterologa) che non si rivela autonomo e distinto dalla questione costituzionale proposta, con conseguente difetto di una pronuncia conclusiva in assenza del pronunciamento della Corte, corre l'obbligo di ricordare che nella Relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale dell'anno 2010 e' stata affermata la sussistenza del requisito della «accidentalita'» anche nell'ipotesi in cui la caducazione della norma contestata porti ad una immediata ed automatica soddisfazione della pretesa azionata nel giudizio cautelare (affermazione resa in relazione al rigetto dell'eccezione di inammissibilita' per difetto di incidentalita' sollevata in analogo giudizio da associazioni terze intervenienti, contrarie alla PMA).

b) Proseguendo nell'esame dei motivi di reclamo, rileva il Collegio che non puo' trovare accoglimento la richiesta interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata dell'art. 4, comma 3 legge n. 40 del 2004.

Osserva il Collegio che non pare ammissibile una interpretazione del generale divieto di ricorso alla fecondazione eterologa contenuto nella legge n. 40/2004 nel senso prospettato dai ricorrenti, in quanto cio' si risolverebbe all'evidenza in un'interpretazione (almeno in parte) abrogatrice della norma, riservata al giudice delle leggi e non consentita al giudice ordinario, come correttamente rilevato dal giudice di prima istanza.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa ricorrente e da quanto ritenuto in isolate pronunce giurisprudenziali di merito e di giudici amministrativi (vd Consiglio di Stato 2 marzo 2010 n. 1220 e tar Lazio 18 maggio 2010 n. 11988 pubblicate su www.federalismi.it), sulla base dell'insegnamento della Corte costituzionale (vd sent. n. 348 e n. 349 del 2007) l'ordinamento giuridico vigente non consente al giudice italiano di «disapplicare» la legge nazionale che risulti in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo come interpretata dalla Corte di Strasburgo e di fare diretta applicazione delle norme CEDU, neppure a fronte dell'art. 6 del Trattato UE come modificato dal Trattato di Lisbona (vd anche Corte cost. n. 239 del 2009).

Ne consegue che, nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione EDU, il giudice nazionale comune deve procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove cio' sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica; quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non puo' procedere all'applicazione della norma della CEDU, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto, in luogo di quella interna contrastante. tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalita', con riferimento al parametro dell'art.117, primo comma, Costituzione.

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 infatti il controllo di costituzionalita', qualora il giudice comune, dopo aver compiuto con esito negativo il tentativo di un'interpretazione della norma interna conforme ai principi della Convenzione affermati dalla Corte europea, ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto.

Spetta infatti alla Corte il compito di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistemica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte

di Strasburgo; 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.

Pur essendo precluso alla Corte costituzionale di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, compete sempre alla stessa Corte costituzionale 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. Il verificarsi di tale ipotesi, pur eccezionale, escluderebbe infatti l'operatività del rinvio alle norme internazionali e, dunque, l'idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Costituzione.

In sostanza, 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.

In altri termini, la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, operazioni di chiara competenza esclusiva del giudice delle leggi.

Nel concetto di massima espansione delle tutele deve infatti essere compreso il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscono diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espressione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta necessariamente anche alla Corte costituzionale nella sua attività interpretativa delle norme. Dovendo la tutela dei diritti fondamentali essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e di potenziale conflitto tra loro (cfr. Corte cost. n. 311, e 317 del 2009; 348 e 349 del 2007).

Si osserva, infine, che non parrebbe ostare all'eventuale accoglimento della presente eccezione - con conseguente pronuncia di carattere abrogativo od additivo - una ipotizzabile incompletezza del quadro normativo di riferimento, rimanendo affidata al Legislatore, in accordo al puntuale insegnamento del giudice delle leggi, il compito di promulgare, ove necessario, un meccanismo attuativo delle delibere della Corte. La prevedibile necessità di integrare con le opportune determinazioni i protocolli medico-scientifici in vigore non potrebbe quindi essere addotta quale impedimento giuridico alla rimozione di un limite normativo che si ritenga lesivo di un diritto fondamentale della persona.

Va comunque ricordato che l'art. 9 della legge n. 40 del 2004 disciplina (in caso di fecondazione eterologa comunque eseguita in violazione del divieto vigente) il riconoscimento del figlio quale figlio legittimo dei genitori non genetici e l'impossibilità di intraprendere una azione di disconoscimento di paternità, come pure l'assenza di qualsiasi legame parentale con il genitore genetico.

c) Non pare inutile ricordare che sussiste la possibilità, normativamente garantita, per gli Stati contraenti di limitare in vario modo i diritti protetti, ed in particolare quelli disciplinati dagli articoli da 8 a 11 della CEDU in funzione della tutela di esigenze indicate nella stessa Convenzione, nella misura in cui sia necessario in una società democratica.

Nello stabilire se una determinata misura, che costituisce ingerenza e limitazione di uno dei diritti protetti, sia dunque proporzionata alla finalità che ci si prefigge, la giurisprudenza della Corte europea riconosce la formale sussistenza di un «margine di apprezzamento», ossia di un margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati sia a livello legislativo, sia a livello di

concreto intervento, in ragione della loro prossimità alla situazione pertinente.

Questa discrezionalità, però, si accompagna ad un controllo europeo che si riferisce sia alla legge, sia alle decisioni con le quali essa viene applicata.

Affermavano parti reclamanti che le decisioni contenute nella sentenza del giorno 1° aprile 2010, prima sezione, della Corte di Strasburgo nel caso S.H. contro lo Stato austriaco imponevano una lettura del divieto normativo di fecondazione eterologa che ne definiva il contrasto con gli articoli 3 e 32 della Costituzione, interpretati alla luce dei principi posti dagli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

La Corte EDU, nella sentenza indicata, contrariamente a quanto sostenevano parti reclamanti circa l'assenza di alcun margine di apprezzamento in capo agli Stati contraenti nel regolamentare situazioni afferenti il diritto di fondare una famiglia e di quello alla procreazione, osservava che: «in materia di procreazione medicalmente assistita non esiste un approccio uniforme alla questione tra gli Stati membri della Convenzione. La procreazione medicalmente assistita è regolamentata dettagliatamente in alcuni Stati, in certa misura in altri e in nessuna misura negli altri. ... Poiché l'uso di trattamenti IVF dà adito a delicate questioni etiche e morali a fronte di un contesto di rapida evoluzione medico-scientifica, e poiché le questioni sollevate dal caso toccano settori nei quali non vi è un chiaro terreno comune tra gli Stati membri, la Corte ritiene che il margine di apprezzamento consentito allo Stato convenuto debba essere ampio. L'ampio margine di manovra dello Stato si estende, in linea di principio, sia alle sue decisioni di intervenire nel settore, sia, una volta intervenuto, alle dettagliate disposizioni che stabilisce per realizzare un bilanciamento tra gli interessi pubblici e privati in concorrenza».

Affermato in via del tutto generale il principio richiamato, la Corte, tuttavia, sottolineava che l'ampio grado di discrezionalità riconosciuto ad ogni singolo Stato non impedisce alla Corte medesima di esaminare eventuali argomenti addotti dai ricorrenti per giustificare una allegata disparità di trattamento.

Precisava poi che: «per sollevare una questione ai sensi dell'art. 14 (della CEDU), debba ricorrere una significativa differenza di trattamento tra persone in situazioni simili. Una tale differenza di trattamento risulta discriminatoria se non trova alcuna giustificazione in obiettive ragioni, in altre parole, se non perseguono uno scopo legittimo o non esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i metodi impiegati e lo scopo che si mira a realizzare».

Occupandosi nello specifico caso trattato della disciplina della PMA austriaca che consente la donazione di gameti, ma non di ovuli, il giudice europeo, sulla base di tali premesse, nel rigettare le opposte deduzioni dello Stato resistente, affermava che:

1) il divieto assoluto (nel caso esaminato dalla Corte) di alcuni e non di altri tipi di fecondazione eterologa configurava una sproporzione fini - mezzi, posto che il rischio per la salute della donna e il rischio di abusi nella procedura di fecondazione, posti a base del divieto parziale di alcune forme di eterologa, sono identici; gli Stati contraenti possono disporre strumenti di prevenzione e tutela da possibili manipolazioni, errori ed abusi validi per i differenti tipi di fecondazione;

2) gli Stati sono in grado di adottare idonei strumenti al fine di evitare controversie tra una madre biologica ed una genetica, al fine di salvaguardare «il principio fondamentale del diritto civile» della certezza ed unicità della madre;

3) risulta altresì superabile l'obiezione circa la difficoltà di realizzare l'obiettivo della certezza legale nel campo del diritto di famiglia, che da sempre conosce e riconosce legami familiari atipici quali l'adozione;

4) parimenti soccombente risulta essere il diritto del nascituro ad una piena informazione sulle proprie origini e sulla propria identità. La Corte riconosceva certamente che «il rispetto per la vita privata richiede che tutti devono essere in grado di stabilire i dettagli della propria identità come esseri umani e come un diritto individuale a tali informazioni sia di notevole importanza a causa delle sue implicazioni nella formazione della propria personalità. Tale diritto comprende l'ottenimento di informazioni necessarie per scoprire la verità relativa di importanti aspetti della propria identità personale, come l'identità dei propri genitori. Tuttavia tale diritto non è assoluto ...» risultando possibile per lo Stato trovare una soluzione appropriata e correttamente bilanciata tra gli interessi concorrenti dei donatori che richiedono di restare anonimi e qualsiasi interesse legittimo di un bambino, concepito grazie alla procreazione artificiale con donazione di ovuli e sperma, ad ottenere informazioni.

VI. - a) Ritieni il Collegio di condividere l'argomentazione di parti reclamanti sui possibili effetti ordinamentali in conseguenza della pronuncia della Corte europea.

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 appaiono in contrasto con gli articoli 2, 29 e 31 della Costituzione nella parte in cui il divieto normativo oggetto di doglianza non garantisce alle coppie cui viene diagnosticato un quadro clinico di sterilità o infertilità irreversibile, il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare e il diritto di autodeterminazione in ordine alla medesima.

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

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

Non può ritenersi casuale che la Carta, dopo aver trattato del matrimonio, inteso come stabile unione spirituale, affettiva ed economica tra due persone di sesso diverso, abbia ritenuto necessario occuparsi al successivo art. 30 della giusta e doverosa tutela garantita ai figli, siano essi legittimi o naturali, passaggio che presuppone - riconoscendolo - e tutela la finalità procreativi 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 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, in ossequio a quanto autorevolmente determinato in una recentissima sentenza dalla stessa Corte (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 (legittima) 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).

Ne' il concepimento di un figlio mediante l'ausilio di pratiche di PMA può dirsi lesivo del 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 articoli 7 e 8 della citata Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, stipulata a New York il 20 novembre 1989 (ratificata dall'Italia con legge n. 176 del 1991), dall'art. 2 della Costituzione» (cfr. sentenza n. 120 del 2001).

L'insopprimibile diritto del figlio ad avere un nome ed una famiglia, ed una sola, 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'esclusiva 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 Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'art. 8 della 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), prevede che «tutti hanno il diritto al rispetto per la propria vita privata e familiare ... non c'è alcuna interferenza da parte di un'autorità pubblica con l'esercizio di questo diritto salvo quanto prescritto dalla legge e salvo quanto sia necessario in una società democratica nell'interesse della .Sicurezza nazionale, della sicurezza pubblica o del benessere economico del paese, per la prevenzione di disordini o del crimine, per la protezione della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà degli altri».

La Corte di Strasburgo nella sentenza sopra richiamata ha affermato - in sintesi - il diritto di identità e di autodeterminazione della coppia in ordine alla propria genitorialità, principio che viene compromesso dal divieto di accesso ad un determinato tipo di fecondazione, individuata come indisponibile per il caso concreto.

La Corte ha infatti illustrato il principio in esame nei termini che occorre garantire, in quanto appartenente al diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art.8 della CEDU, il diritto della coppia di scegliere di diventare genitori anche ricorrendo alle tecniche di fecondazione assistita: «il diritto di una coppia a concepire un figlio e a far uso a tal fine della procreazione assistita dal punto di vista medico rientra nell'ambito dell'art. 8, in quanto tali scelte costituiscono chiaramente un'espressione della vita privata familiare».

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 desidera 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 ricorrenti 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 e' 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, legge n. 40/2004 a quelle coppie che solo con la deroga a tale rigida disposizione normativa potrebbero avere un figlio, cosi' raggiungendo lo scopo che il legislatore ha dichiaratamente inteso perseguire con la legge n. 40/2004.

La deduzione di parti ricorrenti appare condivisibile in esito alla recente pronuncia della Corte EDU.

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 necessita' di verifica che la legge preveda un trattamento identico per posizioni uguali e differenziato per situazioni soggettive diverse, e' 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 e' progressivamente esteso il giudizio di legittimita' costituzionale delle norme in termini di logicita' interna della normativa, razionalita' delle deroghe e giustificazione oggettiva e ragionevole delle differenze di trattamento.

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

Come gia' 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 e' 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 e' proprio quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilita' o dall'infertilita' 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 virtu' del tipo di patologia che affligge l'uno o l'altro dei componenti della coppia.

Pur non potendosi affermare l'identita' delle procedure di procreazione assistita derivanti dal contributo di materiale genetico proveniente da un 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 sovrapponibilita', pur in assenza di coincidenza di tutti gli elementi di fatto.

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

L'elemento non comune (specificita' della patologia) non parrebbe idoneo ad escludere l'applicabilita' di un concetto logico di eguaglianza giuridica, che deve essere inteso quindi piu' propriamente in termini di analogia e non di completa identita' tra le due condizioni esaminate.

La sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo offre utili argomenti a sostegno della violazione dell'art. 3 della Costituzione con riferimento alla violazione del principio di non discriminazione, poiche' i motivi proposti dai giudici europei circa la violazione dell'art. 14 della CEDU possono essere contemporaneamente formulati nell'interpretazione dell'art. 3 della Costituzione, posto che le due norme trattano del medesimo principio.

Nella sentenza piu' volte richiamata la Corte rilevava l'assenza di giustificazioni oggettive e ragionevoli - e quindi il mancato rispetto dei principi di ragionevole proporzionalita' tra i mezzi utilizzati e il fine perseguito e la mancanza di un fine legittimo - nei divieti legislativi posti dallo Stato austriaco al ricorso ad alcune sole tra le diverse tecniche di PMA di tipo eterologo (e, segnatamente, la donazione di ovuli e la fecondazione in vitro di gameti maschili), permettendone, per contro, altre; i motivi addotti riportavano tutti alla natura soccombente dei diritti contrapposti al diritto della coppia di procedere all'utilizzo di metodiche di PMA di tipo eterologo, diritti tutelabili con mezzi idonei, diversi dal divieto di utilizzazione delle tecniche di PMA eterologa descritte.

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 equiparabilita' 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 estraneita' in quel giudizio di questo specifico aspetto della questione.

Le ragioni dedotte da quei Governi a sostegno dei parziali divieti di fecondazione eterologa erano, come sopra ricordato, individuati nella necessita' di certezza giuridica nei rapporti di famiglia. nel pericolo di abusi nell'esecuzione dei protocolli sanitari e nel diritto del minore alla conoscenza delle proprie origini, cosi' come nella necessita' di evitare un possibile contrasto tra genitore apparente e genitore genetico; secondo la decisione della Corte di Strasburgo ognuna di queste ragioni risulta

soccombente rispetto al diritto di autodeterminazione del singolo alla formazione di una famiglia e al diritto della coppia di essere genitori.

Tanto precisato, non può essere ignorato che, a confutazione delle deduzioni prospettate dai Governi resistenti in quella sede a sostegno del divieto parziale di eterologa, la Corte ha 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.

La Corte di Strasburgo si spinge oltre, ritenendo priva di pregio la necessità di impedire l'esistenza di una madre biologica e di una madre genetica, potenzialmente confliggenti, ritenendo tale rischio evitabile secondo strumenti diversi dal divieto della donazione di ovociti; l'affermazione appare a maggior ragione applicabile al caso dedotto nel presente procedimento, dove - si ricorda - si discute della necessità di donazione di gameti maschili.

Peraltro, sono gli stessi giudici europei ad affermare, seppur implicitamente, l'estensibilità delle censure avverso la natura discriminatoria del divieto di ricorrere ad alcune forme di eterologa al totale divieto di praticabilità di questa forma di fecondazione, posto che analogo conflitto di interessi può essere ipotizzato in tutti i casi di procreazione assistita, ivi inclusa quella omologa.

Invero, nel provvedimento CEDU si afferma che «per quanto riguarda il rischio di sfruttamento delle donne e l'abuso di tali tecniche, la corte ritiene che questa sia un'argomentazione che non concerne specificamente le tecniche di procreazione in questione, ma che sembra essere diretta contro la procreazione artificiale in generale. Inoltre il potenziale abuso che indubbiamente deve essere combattuto, non è una ragione sufficiente per vietare completamente una tecnica di procreazione specifica; esiste la possibilità di regolamentare il suo utilizzo, nonché di ideare delle garanzie contro il suo abuso» (cfr. punto 77, ib.).

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 l'affermazione della natura discriminatoria del divieto di fecondazione eterologa tra coppie sterili ed infertili a seconda del grado di sterilità o di infertilità evidenziato.

c) Osserva, infine, il Collegio remittente che le norme in esame appaiono contrastare anche con gli articoli 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.

Non pare ad oggi contestato che 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, n. 151 del 2009).

VII. - 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.

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 n. 40 del 2004, per contrasto con gli articoli 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, addì 28 dicembre 2010

Il Presidente: Padova