

Reg. ord. n. **34** del **2011** pubbl. su G.U. del **02/03/2011** n. **10**

Ordinanza del **Tribunale di Catania** del **21/10/2010**

Notifica del **24/12/2010**

Tra: **C. P. ed altri C/ Società Cooperativa UMR - Unità Medicina della Riproduzione**

Altre parti: **C.P. e R.G., Sos Infertilità ONLUS, Hera ONLUS, Associazione Menopausa Precoce, Associazione UDI - Unione Donne in Italia, Movimento per la vita italiano, federazione dei Movimenti per la vita e dei centri di aiuto alla vita d'Italia, M.P.V.**

**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 - Discriminazione fra coppie sterili in base al grado di infertilità ed alle disponibilità finanziarie - Contrasto con la finalità, perseguita dalla legge, di risolvere i problemi procreativi della coppia - Irragionevolezza sotto più profili - Violazione del diritto alla formazione di una famiglia e alla maternità/paternità - Lesione del diritto alla vita privata e familiare e del diritto di identità e di autodeterminazione delle coppie infertili o sterili - Possibile compromissione dell'integrità psico-fisica delle coppie stesse.

**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	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

**Udienza Pubblica del 22 maggio 2012 rel. TESAURO****Testo dell'ordinanza**

N 34 ORDINANZA (Atto di promovimento) 21/10/2010.

Ordinanza del 21 ottobre 2010 emessa dal Tribunale di Catania sul ricorso proposto da C. P. ed altri contro Società Cooperativa UMR - Unità Medicina della Riproduzione.

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 - Discriminazione fra coppie sterili in base al grado di infertilità

- ed alle disponibilita' finanziarie - Contrasto con la finalita', perseguita dalla legge, di risolvere i problemi procreativi della coppia - Irragionevolezza sotto piu' profili - Violazione del diritto alla formazione di una famiglia e alla maternita'/paternita' - Lesione del diritto alla vita privata e familiare e del diritto di identita' e di autodeterminazione delle coppie infertili o sterili - Possibile compromissione dell'integrita' fisio-psichica delle coppie stesse.
- 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, 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. 10 del 2.3.2011)

## IL TRIBUNALE

Nel procedimento n. 7305/10 R.G. ex art. 700 c.p.c. promosso ante causam da C. P. e R. G., con gli avvocati Maria Paola Costantini, Sebastiano Papandrea, prof. Marilisa D'Amico, Ileana Alessio e Massimo Clara, ricorrenti;

Contro societa' cooperativa UMR - Unita' medicina della riproduzione, in persona del legale rappresentante G. A. con l'avvocato Franco Luciano Arona, resistente.

Letti gli atti, esaminati i documenti, a scioglimento della riserva formulata il 21 settembre 2010, ha emesso la seguente ordinanza.

I ricorrenti, C.p R. (n. 14 marzo 74) e R. G. (n. 13 febbraio 1971), coniugati dal 2005, affermano di essere coppia infertile ai sensi della legge n. 40 del 2004, essendo stata accertata, per il partner femminile, ancora trentaseienne, una sterilita' assoluta causata da menopausa precoce.

Dopo essersi rivolti a vari specialisti, contattavano prima il Centro del dott. G. di Ragusa il quale suggeriva un unico tentativo di «bombardamenti ormonali», quindi, si rivolgevano al Centro UMR specializzato in medicina della riproduzione, del quale e' direttore responsabile il dott. A. G. che nel confermare la diagnosi di infertilita' dovuta a menopausa precoce dichiarava che riteneva inutile e potenzialmente dannoso per la salute della sig.ra C. procedere con ulteriori cure ormonali sicche' l'unica via seriamente percorribile per risolvere i problemi d'infertilita' era il ricorso alla c.d. «ovodonazione»; i coniugi R. C., si rivolgevano, a tal fine, al predetto centro UMR, chiedendo che venisse eseguita tale tecnica.

Il dott. G. A. direttore responsabile del Centro, odierno resistente, pur concordando con il fatto che, nel caso in questione, l'unico modo per ottenere una gravidanza fosse il ricorso alla donazione di ovociti, si rifiutava di eseguire tale intervento, ostando in Italia il divieto di fecondazione c.d. «eterologa», secondo il dettato dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40/2004 (che vieta, appunto, il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo).

Tuttavia, i ricorrenti invitavano il dott. G. a voler rivalutare la loro situazione ed a procedere alla tecnica della c.d. «ovodonazione», confortati, nella loro richiesta, dalla recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (S. H. e altri contro Austria n. 57813/00) che ha dichiarato la contrarietà della legge austriaca sulla fecondazione medicalmente assistita agli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella parte in cui vieta, appunto, la fecondazione di tipo eterologo.

Ad avviso dei ricorrenti, affinché i diritti dell'uomo non abbiano una valenza diversa in Italia rispetto all'Austria, la legge n. 40 del 2004 necessita di un'interpretazione costituzionalmente orientata, in modo da raggiungere l'obiettivo di interpretare le norme primarie in conformità sia alla Carta costituzionale, che alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Hanno proposto, a tal fine, ricorso nei confronti del Centro UMR specializzato in medicina della riproduzione, in persona del direttore dott. G. A., sostenendo la necessità, proprio alla luce della recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei principi da essa introdotti, di una rilettura del divieto di cui all'art. 4, comma 3, della legge italiana n. 40 del 2004, incentrata, soprattutto, su una valorizzazione del combinato disposto degli artt. 4 e 5 della legge de quo.

Secondo l'art. 5, infatti, che disciplina i requisiti di accesso alle tecniche di fecondazione assistita, «fermo restando quanto stabilito dall'art. 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

L'art. 4, comma 1, richiamato dall'art. 5, definisce le cause di infertilità e sterilità che possono essere risolte grazie all'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, mentre il divieto di fecondazione eterologa previsto dall'art. 4, comma 3 non è oggetto di alcun rinvio esplicito da parte dell'art. 5.

Per tale ragione, deve ammettersi, ad avviso dei ricorrenti, l'esistenza di uno spazio per una deroga al divieto di eterologa, che si apre nel caso di coppie in grado di soddisfare i requisiti dello stesso art. 5 (dunque, giova ripetere, coppie che siano maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi), non esistendo, per tali coppie, un divieto espresso di fecondazione eterologa.

Sulla base della lettura costituzionalmente orientata prospettata dai ricorrenti può accedere alla fecondazione assistita chi soddisfi i requisiti soggettivi dell'art. 5, indipendentemente dal tipo di tecnica, omologa o eterologa, di cui si chiede l'accesso.

Ferme restando tali considerazioni, parte ricorrente ritiene, comunque, che i rilevanti vizi di ragionevolezza, illogicità e contraddittorietà insiti nella interpretazione rigida delle citate norme, si pongano irrimediabilmente in contrasto con i principi costituzionali previsti dagli artt. 2, 3, 31, 32 e con l'art. 117, primo comma della Costituzione.

Se l'art. 4, comma 3 della legge n. 40 vietasse davvero in modo generalizzato la fecondazione eterologa, esso darebbe adito ad una discriminazione arbitraria tra coppie tutte infertili a seconda del grado di infertilità: le coppie in cui uno dei coniugi è incapace di produrre gameti fecondabili artificialmente sarebbero escluse dalle tecniche di fecondazione assistita mentre tutte le coppie affette da meno gravi forme di infertilità sarebbero capaci di beneficiare dei rimedi della legge n. 40.

Una simile interpretazione condurrebbe, pertanto, secondo i ricorrenti, ad una violazione dell'art. 2 della Cost. che sancisce il diritto di identità e di autodeterminazione, dell'art. 3 della Cost.

che sancisce il principio di uguaglianza ma anche degli altri parametri costituzionalmente evocati, minando il diritto alla maternita' di cui all'art. 31 Cost., il diritto alla salute dei componenti della coppia di cui all'art. 32 Cost., nonche' l'art. 117, primo comma Cost., per violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

I ricorrenti hanno concluso domandando che, ritenuta la sussistenza del *fumus boni juris* (sulla base dell'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa) e del *periculum in mora* (stante l'eta' del componente di sesso femminile della coppia coinvolta e della loro storia clinica, avendo gia' sostenuto terapie ormonali, tutte totalmente infruttuose, oltre che dannose per la salute) fosse ordinato in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c. al Centro di procreazione assistita UMR di «eseguire a favore dei ricorrenti, secondo l'applicazione delle metodiche della procreazione assistita, la c.d. fecondazione eterologa e nel caso di specie la donazione di gamete femminile, secondo le migliori e accertate pratiche mediche, applicando le procedure dettate dalla scienza medica per assicurare il miglior successo della tecnica in considerazione dell'eta' e dello stato di salute dei pazienti».

Nel caso, poi, di interpretazione rigida della suddetta normativa, chiedevano che, stante la sostenuta incostituzionalita' della normativa medesima, fosse ritenuta non manifestamente infondata la questione di legittimita' costituzionale dell'art. 4, comma 3 della legge n. 40 del 2004 per violazione degli artt. 2, 3, 31, 32 e 117, primo comma della Costituzione.

Si costituiva in giudizio la societa' cooperativa UMR- Unita' medicina della riproduzione, in persona del legale rappresentante G. A. dichiarando la propria disponibilita' ad applicare l'unica tecnica di P.M.A. indicata per il caso specifico, che prevede l'utilizzo di ovuli provenienti da una donatrice, a condizione che venisse rimosso l'ostacolo legislativo costituito dall'art. 4, comma 3 della legge n. 40 del 2004.

Intervenivano, inoltre, per sostenere le domande di parte ricorrente, l'associazione «HERA O.N.L.U.S.», l'associazione «s.o.s infertilita' O.N.L.U.S.» e l'associazione «Menopausa Precoce».

All'udienza del 21 settembre 2010 il giudice si riservava di decidere sulla richiesta cautelare e sulla richiesta di sollevare questione di legittimita' costituzionale.

## Motivazione

### 1. Rilevanza della questione di legittimita' costituzionale

Cio' premesso si osserva che la legge n. 40 del 2004 ha come finalita' quella di favorire la soluzione di problemi riproduttivi derivanti dalla sterilita' o dall'infertilita' umana, consentendo il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni stabilite dalla legge stessa, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

Il ricorso alla P.M.A., in particolare, e' consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilita' o infertilita' e solo quando sia accertata l'impossibilita' di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed e' comunque circoscritto ai casi di sterilita' o di infertilita' inspiegate documentate da atto medico nonche' ai casi di sterilita' o di infertilita' da causa accertata e certificata da atto medico.

L'art. 4, nell'individuare in astratto i casi in cui e' consentito il ricorso alle tecniche di P.M.A., stabilisce, al comma 2, che le stesse siano applicate in base al principio di gradualita' al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di

invasivita' tecnico e psicologico piu' gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio di minore invasivita' e con il consenso informato degli interessati, secondo specifiche modalita'.

Lo stesso art. 4 al comma 3 stabilisce, poi, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

L'art. 5 disciplina i requisiti di accesso alle tecniche di fecondazione assistita, specificando che «fermo restando quanto stabilito dall'art. 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in eta' potenzialmente fertile, entrambi viventi».

Nel caso in esame i soggetti ricorrenti soddisfano i requisiti richiesti. La ricorrente, infatti, risulta, come da documentazione medica in atti, affetta da accertata sterilita' secondaria da menopausa precoce. Essi, inoltre, sono maggiorenni, di sesso diverso, coniugati nel 2005 (come da certificato in atti) e in eta' potenzialmente fertile (C. P., e' del 1974, mentre R. G. e' del 1971).

Le problematiche mediche, presenti nel caso in oggetto (infertilita' risolvibile solo attraverso il ricorso alla fecondazione di tipo eterologo per come pacificamente emerge dalla documentazione in atti), non possono, pero', essere risolte alla luce della disciplina dettata dalla legge n. 40 del 2004 atteso il divieto posto dall'art. 4, comma 3 della legge in esame.

Non e' possibile infatti ad avviso del decidente superare il divieto de quo attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata della legge n. 40 suggerita dai ricorrenti, poiche' l'assenza di un rinvio esplicito da parte dell'art. 5, sui requisiti soggettivi della coppia, al divieto di eterologa, non rileva in alcun modo rispetto alla perdurante efficacia del divieto in questione nei confronti di chi soddisfi tali requisiti.

Infatti, in primo luogo, l'art. 4, comma 3, e l'art. 5 della legge n. 40 sono due norme non sovrapponibili, poiche' hanno due oggetti diversi, dunque non possono essere legate da un rapporto di principio - deroga.

Su altro versante, il rinvio esplicito dell'art. 5 al solo art. 4, comma 1, e' del tutto insufficiente a sorreggere l'interpretazione conforme a Costituzione, poiche' e' giustificato dalla peculiare circostanza che l'art. 4, comma 1, pur non disciplinando i requisiti di accesso alla fecondazione assistita, dia una definizione di infertilita', al contrario del comma 3 dell'art. 4, che si limita a sancire il divieto della tecnica eterologa.

Inoltre, a precludere l'accesso a tale tecnica procreativa e' posta anche la sanzione, che secondo il dettato dell'art. 12, comma 1 e 8, si applica a chiunque (eccetto che ai componenti della coppia) usa a fini procreativi gameti esterni alla coppia richiedente.

Peraltro i ricorrenti hanno domandato, in via subordinata, sotto il profilo del fumus borri juris, che, ritenuta non manifestamente infondata la questione di costituzionalita' della norma citata per violazione degli artt. 2, 3, 31, 32 e 117, primo comma, della Cost., il procedimento in esame venisse sospeso, per rimettere gli atti alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 23 della legge n. 87/1953.

Detta domanda e' ammissibile anche in questa sede cautelare ante causam posto che il giudice della cautela puo' ritenersi giudice a quo, svolgendosi il procedimento cautelare in contraddittorio pieno tra le parti, sussistendo contrapposizione di interessi (che nel caso di specie e' ravvisabile, per i ricorrenti, nell'interesse alla prestazione medica richiesta, per il resistente nell'interesse a non incorrere nelle sanzioni previste per la violazione della normativa de qua) che solo l'intervento del giudice, seppure in via cautelare,

puo' risolvere.

Anche il giudice della cautela, inoltre, nel caso in cui ravvisi il contrasto della normativa da applicare con i principi della Costituzione e non ritenga che detto contrasto sia superabile con una lettura costituzionalmente orientata, e' tenuto a richiedere il controllo del Giudice costituzionale (cfr, Corte cost. n. 457/1993 e n. 186/1976) e cio' al fine di evitare che, riservando il rilievo di incostituzionalita' al giudizio di merito, si finisca per negare giustizia a chi versa in particolari condizioni, che impongono una decisione d'urgenza.

La Corte costituzionale, secondo un suo ormai consolidato orientamento, ha, anche recentemente, riaffermato che le questioni di legittimita' costituzionale possano essere sollevate anche in sede cautelare a certe condizioni: «La giurisprudenza di questa Corte ammette la possibilita' che siano sollevate questioni di legittimita' costituzionale in sede cautelare, sia quando il giudice non provveda sulla domanda, sia quando conceda la relativa misura, purché tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice fruisce (sentenza n. 161 del 2008 e ordinanze n. 393 del 2008 e n. 25 del 2006). Nella specie, i procedimenti cautelari sono ancora in corso ed i giudici a quibus non hanno esaurito la propria potestas iudicandi: risulta, quindi, incontestabile la loro legittimazione a sollevare in detta fase le questioni di costituzionalita' delle disposizioni di cui sono chiamati a fare applicazione (sentenza n. 161 del 2008)». (C. cost. n. 151 del 2009).

E sotto questo profilo si rileva come sussista nel caso di specie anche il periculum in mora stante l'eta' avanzata per l'accesso alla P.M.A. della ricorrente, gia' trentaseienne, stante l'accertata incidenza dell'eta' sul successo della P.M.A. e stante i tempi processuali solitamente necessari per ottenere una pronuncia nel merito idonea a rimuovere gli ostacoli che si frappongono ad una produttiva procedura medica, secondo quanto indicato dai ricorrenti e risultante dalla documentazione scientifica prodotta, oltre che dalle espresse ammissioni di parte resistente.

La domanda cautelare non potrebbe essere accolta sulla base della normativa vigente e risulta pienamente giustificata la posizione del dott. G. che, pur non opponendosi alla richiesta dei ricorrenti, si e' rifiutato di eseguire la P.M.A. a favore degli stessi. Indubbiamente, infatti, ove il sanitario procedesse con le tecniche di fecondazione di tipo eterologo incorrerebbe nel divieto previsto dalla legge e nelle conseguenti sanzioni, dovendo procedere all'impianto di gameti femminili di donatrice esterna alla coppia.

Nel caso in esame, i requisiti richiesti dalla giurisprudenza costituzionale sussistono in quanto questo giudice a quo non ha ancora esaurito il proprio potere cautelare ed anzi, proprio al fine di poterlo correttamente esercitare nel procedimento a quo, ritiene di sollevare la questione di legittimita' costituzionale.

Cio' premesso, si ritiene, che i dubbi di costituzionalita' della normativa de quo, evidenziati dai ricorrenti, siano, in buona parte, non manifestamente infondati.

2. Non manifesta infondatezza della questione di legittimita' costituzionale

2.1. Contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost.

Le norme di cui all'art. 4, comma 3, art. 9, commi 1 e 3 limitatamente alle parole «in violazione del divieto dell'art. 4, comma 3», e all'art. 12, comma 1, della legge n. 40/2004, si ritengono contrastanti con l'art. 117, primo comma Cost. per violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

L'art. 8 CEDU, infatti, tutela il diritto al rispetto della vita

privata e familiare, vietando le ingerenze dell'autorità pubblica in tale ambito, e l'art. 14 pone il divieto di discriminazione: poiché la disparità di trattamento fra coppie con problemi riproduttivi in relazione alla possibilità di ricorso alla fecondazione medicalmente assistita si ritiene riconducibile a tali disposizioni convenzionali, le norme citate della legge n. 40 del 2004 devono ritenersi in contrasto con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e, per il tramite dell'art. 117 Cost., anche in contrasto con la nostra Costituzione.

A supporto di tale tesi deve citarsi un recente intervento della prima sezione della Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo che autorevolmente, nel risolvere - anche se con pronuncia ancora non definitiva - alcuni casi sottoposti alla sua attenzione, interpreta gli artt. 8 e 14 della convenzione proprio nel senso sopra riportato.

In primo luogo, è necessario sottolineare come uno dei due casi concreti sottoposti all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso S.H. e altri c. Austria è identico a quello sottoposto all'esame di questo giudice a quo: l'impossibilità per una coppia, in cui il partner femminile non è in grado (o non lo è più) di produrre ovociti, di ricorrere all'ovodonazione, in presenza di un divieto assoluto della propria normativa nazionale di accedere a tale tecnica di procreazione assistita.

Con la sentenza del 1° aprile 2010, la prima sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo (caso S.H. e altri c. Austria) ha applicato gli artt. 8 e 14 della convenzione, in relazione alle norme nazionali austriache in tema di procreazione assistita di tipo eterologo.

La Corte ha ritenuto che il diritto di una coppia a concepire un figlio, e a far uso a tal fine della procreazione medicalmente assistita, rientri nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata e familiare, tutelato dall'art. 8 della convenzione, e che l'esercizio di tale diritto (come di tutti i diritti tutelati dalla convenzione) debba essere consentito dagli Stati aderenti alla CEDU, senza alcuna discriminazione e disparità di trattamento, così come previsto dall'art. 14 della convenzione stessa. La Corte ricorda, anzitutto, come la notevole discrezionalità che gli Stati aderenti alla convenzione hanno in tema di regolamentazione della procreazione medicalmente assistita non comporta automaticamente la ragionevolezza di qualunque scelta legislativa effettuata in proposito. In particolare, una volta che si sia deciso di consentire il ricorso a tali pratiche, la disciplina dettata a tale scopo deve risultare coerente.

La Corte, al fine di valutare la razionalità della scelta legislativa adottata dallo Stato in materia, sottolinea il proprio ruolo anche nell'attento esame delle argomentazioni discusse nel processo legislativo affermando che: «... una volta che sia stata adottata la decisione di permettere la procreazione artificiale, e nonostante il largo margine di discrezionalità lasciato agli Stati contraenti, il quadro normativo escogitato a tale scopo dovrà essere definito in maniera coerente, in modo da consentire una adeguata considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti nel rispetto degli obblighi derivanti dalla convenzione. Ciò non esenta la Corte dall'esaminare attentamente le argomentazioni discusse nel processo legislativo (...)».

Occorre, preliminarmente, osservare che la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita - su cui la Corte europea si è pronunciata - è in parte diversa dalla legislazione italiana, in quanto la legge austriaca vieta, in via generale, la fecondazione eterologa - non diversamente da quanto previsto dalla nostra normativa interna - ma con l'importante deroga della fecondazione in vivo tramite sperma di un donatore, che è, al

contrario, ammessa (invece in Italia il divieto di fecondazione eterologa e' assoluto e non ammette deroghe, al pari di soli altri due Paesi europei: Lituania e Turchia).

Nonostante le differenze fra le due normative, la Corte enuclea un principio ed effettua una serie di considerazioni a sostegno di tale principio, rigettando del pari ogni argomentazione contraria proposta, che appaiono pienamente applicabili anche alla disciplina italiana in materia di procreazione assistita.

La disparita' di trattamento fra chi puo' accedere alla procreazione assistita per avere un figlio senza bisogno di donazione di ovuli (ammessa) e chi, del pari sterile, invece, non puo' accedere alla procreazione assistita per poter avere un figlio perche' necessiterebbe della donazione di ovuli (vietata) e' giustificata dai governi, austriaco e tedesco, mediante il ricorso ad alcune argomentazioni che non vengono considerate sufficienti dalla Corte. Tali argomenti riguardano la preoccupazione di non instaurare relazioni familiari atipiche, l'esigenza di proteggere il benessere del figlio assicurando con chiarezza l'identita' della madre, l'interesse del figlio ad essere informato sulle sue origini, il pericolo di un rifiuto di un figlio affetto da malattie genetiche da parte della madre biologica che non sia anche la madre genetica, il rischio di sfruttamento delle donne.

Le ragioni che hanno portato il legislatore italiano a vietare la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo rientrano proprio fra quelle sottoposte alla Corte a giustificazione della disparita' di trattamento fra le coppie che possono accedere alla procreazione assistita in quanto non necessitano di ricorrere a donatori estranei alla coppia (fecondazione di tipo omologo) e le coppie che non possono accedervi stante la loro necessita' di ricorrere all'ovodonazione (fecondazione di tipo eterologo). Tali ragioni sono contenute in alcuni degli atti dei lavori preparatori che hanno portato all'approvazione della legge italiana 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita e sono solo alcune di quelle paventate dai governi tedesco e austriaco. Si tratta in particolare della garanzia dell'unitarieta' della famiglia e del rispetto dell'identita' del figlio (si vedano a tal proposito la relazione alla proposta di legge presentata alla Camera dei deputati il 5 marzo 2002 e la relazione di maggioranza della XII commissione permanente affari sociali presso la Camera del 26 marzo 2002).

A conclusione del proprio iter argomentativo la Corte europea ritiene che il Governo austriaco non abbia presentato una giustificazione ragionevole ed obiettiva per la differenza di trattamento fra la coppia ricorrente - che, nel realizzare il proprio desiderio di un figlio, e' ostacolata dal divieto della donazione di ovuli per la procreazione artificiale ai sensi della legge austriaca (fecondazione eterologa) - e, dall'altra, una coppia che puo' fare uso delle tecniche della procreazione artificiale senza ricorrere alla donazione di ovuli (fecondazione omologa), e che di conseguenza vi sia stata una violazione dell'art. 14 della convenzione, considerato in congiunzione con l'art. 8.

Come puo' rilevarsi il principio in questione e' pienamente applicabile anche al caso sottoposto a questo giudice, stante la similitudine dei casi considerati e l'identita' delle ragioni giustificatrici del divieto di eterologa alla base sia della normativa italiana che di quella austriaca, oggetto diretto dell'esame della Corte europea e censurata dalla stessa.

Stante la portata della pronuncia della CEDU, si pone, allora, un serio problema di costituzionalita' della normativa interna per contrasto con il diritto internazionale pattizio ex art. 117, primo comma Cost.

E' necessario, conseguentemente, valutare quale tipo di strumento sia esperibile da questo giudice al fine di porre rimedio



all'antinomia fra sistema nazionale e sopranazionale.

Gli strumenti che il giudice possiede a tal fine sono costituiti dall'istituto dell'interpretazione conforme della norma interna a quella sopranazionale, la disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto comunitario, la proposizione della questione di legittimità costituzionale.

Per quanto riguarda lo strumento della disapplicazione, quest'ultimo potrebbe essere esperito solo qualora la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali possa considerarsi alla stregua di un atto normativo comunitario.

In passato non vi erano dubbi circa la mancanza di tale qualità in capo alla convenzione EDU, o comunque essi sono stati presto superati.

Più di recente, però, ha cominciato a farsi strada nella giurisprudenza, soprattutto amministrativa, una tendenza ad adottare soluzioni diverse in materia: occorre, infatti, segnalare che il Consiglio di Stato, con decisione 2 marzo 2010, n. 1220, sez. IV, ed il Tar Lazio, sentenza 18 maggio 2010, n. 11894, hanno ritenuto che il giudice nazionale possa, per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (nel dicembre del 2009), applicare direttamente la convenzione europea (e, in particolare, secondo il TAR Lazio, bisognerebbe disapplicare il diritto interno con essa contrastante, «a maggior ragione quando la Corte europea si sia già pronunciata sulla questione»).

Più precisamente, l'argomentazione dei giudici amministrativi si incentra sul nuovo art. 6 del Trattato UE, come modificato dal Trattato di Lisbona, secondo cui l'Unione europea «aderisce alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» e «i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Si deve però osservare che se è vero che il trattato dell'Unione europea, per come modificato dal Trattato di Lisbona, consente l'adesione dell'Unione alla CEDU e' vero anche che tale adesione deve ancora avvenire, secondo le procedure del protocollo n. 8 annesso al Trattato.

In effetti, la tesi della non avvenuta «comunitarizzazione» delle norme CEDU, sembra dover essere accolta anche in considerazione di un'altra disposizione introdotta dal trattato di Lisbona ovvero l'art. 47 Trattato UE secondo cui «L'Unione ha personalità giuridica» di diritto internazionale.

La lettura combinata di tale ultimo precetto con l'art. 6 relativo all'adesione della Unione europea alla CEDU porta ad affermare che le norme CEDU vengono in rilievo nel Trattato di Lisbona quali precetti ai quali un nuovo soggetto internazionale (l'Unione europea) con distinta e riconosciuta personalità giuridica ex art. 47 citato, intende uniformarsi per il tramite, appunto, di un'apposita sua adesione alla CEDU.

Tale assunto, a ben vedere, porta a ritenere non divisibile l'equiparazione delle norme CEDU alle norme comunitarie poiché diverso è il relativo fondamento giuridico, non potendosi ricondurre l'art. 6 citato, seppure modificativo del Trattato UE, ad un assenso dell'Italia (soggetto internazionale distinto dall'UE) a quelle limitazioni di sovranità ex art. 11 Cost., o a quell'obbligo internazionale ex art. 117 Cost.

A diverse conclusioni poteva giungersi se fosse stata prevista espressamente, nel Trattato di Lisbona, l'equiparazione del valore giuridico tra le norme comunitarie e quelle della CEDU, così come

invero avvenuto per le disposizioni della Carta di Nizza, laddove l'art. 6 del Trattato UE recita che «L'Unione riconosce i diritti, le liberta' e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

A tutto cio' si aggiunga, infine, che la Corte costituzionale ha confermato il proprio orientamento, secondo cui il giudice ha l'obbligo di sollevare questione di legittimita' costituzionale della norma interna di cui dubiti la compatibilita' con la CEDU, anche successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, incidentalmente affermando che il giudice nazionale «non ... [puo'] disapplicare la norma interna contrastante» (C. cost. 93 del 2010).

Escluso, dunque, allo stato la possibilita' di ricorrere alla disapplicazione, il giudice puo' solo esperire i consolidati strumenti della interpretazione convenzionalmente conforme della norma sospettata di illegittimita' o, nell'impossibilita' di questa, della sollecitazione di una pronuncia sulla legittimita' costituzionale della norma stessa.

Questo e' l'iter piu' volte indicato dalla Corte costituzionale al giudice a quo che debba valutare la compatibilita' di una norma nazionale con la CEDU.

Infatti, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, e poi con le successive sentenze n. 317, n. 311 del 2009 e n. 39 del 2008 la giurisprudenza della Corte costituzionale e' rimasta ferma nel ritenere che le nonne della CEDU - anche nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) - integrano, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali»; e, dunque, «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali cio' e' permesso dai testi delle norme» e qualora cio' non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilita' della norma interna con la disposizione convenzionale «interposta», egli deve investire questa Corte delle relative questioni di legittimita' costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma. (C. cost. n. 349 del 2007 e n. 348 del 2007).

Se il tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme non e' effettuato dal remittente, la Corte costituzionale ben puo' dichiarare inammissibile la questione di legittimita' costituzionale sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., come del resto la Corte ha ribadito nella sentenza n. 239 del 2009: «Questa Corte ha espressamente affermato che, in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, puo' porsi un dubbio di costituzionalita', ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa» (C. cost. n. 239 del 2009); e ancora: «nel caso in cui si profili un eventuale contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice nazionale comune deve, quindi, preventivamente verificare la praticabilita' di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica (...), e, ove tale soluzione risulti impercorribile (non potendo egli disapplicare la norma interna contrastante), deve denunciare la rilevata incompatibilita' proponendo questione di legittimita' costituzionale in riferimento al parametro dianzi indicato» (C. cost. n. 93 del 2010).

Tornando, dunque, al caso sub iudice e procedendo al tentativo di interpretazione conforme, si deve rilevare, come sopra evidenziato,

che il divieto di fecondazione eterologa per come posto dall'art. 4, comma 3 della legge n. 40 del 2004, non lascia possibilita' alcuna di interpretazione diversa e plausibile: il divieto e' netto ed esplicito («e' vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo»), ribadito incidentalmente in altre norme (art. 9, comma 1 e 3) e corredato di apposite sanzioni (art. 12, comma 1).

A questo punto, esclusa la possibilita' di un'interpretazione delle norme citate conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo la lettura data dalla Corte di Strasburgo, spetta senz'altro a questo giudice a quo rinviare la questione alla Corte costituzionale perche' ne vagli la compatibilita' a Costituzione ritenendo questo giudice che la normativa nazionale si ponga in violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da interpretarsi conformemente a quanto gia' statuito con la piu' volte richiamata sentenza della CEDU.

## 2.2. Contrasto con gli artt. 3 e 31 Cost.

L'insieme delle norme considerate ad avviso di questo remittente si pone, anche, in contrasto con gli artt. 3 e 31 della Costituzione.

Dall'art. 3 discendono, come ben noto, tanto il principio di non discriminazione che quello di ragionevolezza. Tali limiti imposti al legislatore comportano che lo stesso, pur essendo nella condizione di disciplinare le materie che sono attribuite alla sua competenza in modo libero, tuttavia, non puo' escludere determinati soggetti dal godimento di specifiche situazioni, o imporre agli stessi divieti, in modo discriminatorio, a maggior ragione quando tali situazioni sono costituzionalmente rilevanti.

Attraverso il principio d'eguaglianza e di verifica che la legge disponga un trattamento pari, per posizioni eguali, e differenziato per situazioni diverse, si e' estrapolato dalla Costituzione un

«canone di coerenza dell'ordinamento giuridico», incentrato sulla clausola generale della ragionevolezza, grazie al quale si e' progressivamente esteso il giudizio di legittimita' costituzionale sull'azione del legislatore, in termini di logicita' interna della normativa, razionalita' delle deroghe apportate, giustificazione delle differenze di trattamento.

Il legislatore puo', cosi', 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 determinati soggetti rispetto ad altri che si trovino nella medesima situazione, a meno che la disparita' di trattamento non sia giustificata in modo ragionevole: «il principio di eguaglianza e' violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso a cittadini che si trovino in situazione eguale» (C. cost. n. 15 del 1960); e, ancora, per citare un altro esempio in tal senso: «il principio di cui all'art. 3 Cost. e' violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identita' delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento e' irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe» (C. cost. n. 1009 del 1988).

Inoltre, quello alla creazione di una famiglia costituisce un diritto fondamentale oltre che interesse pubblico riconosciuto e tutelato ex artt. 2 e 31 Cost., come affermato dalla stessa Corte costituzionale (C. cost. n. 46 del 1993), dunque, la soluzione dei problemi riproduttivi mediante la procreazione medicalmente assistita e' una situazione immediatamente riconducibile nell'alveo di tale diritto fondamentale e del diritto alla maternita'/paternita'.

Nel caso in esame deve, in primo luogo, ricordarsi che obiettivo dichiarato dal legislatore, all'art. 1 della legge n. 40 del 2004, e'

quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilita' o dall'infertilita' umana, mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, che e' espressamente consentita.

Cio' alle condizioni e secondo le modalita' previste dalla legge n. 40, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

In linea di massima, quindi, i limiti e le condizioni poste al ricorso alla procreazione assistita sembrerebbero essere imposti, sulla base della disposizione appena citata, dalla superiore esigenza di tutela della salute e dignita' dei soggetti coinvolti, tra cui la legge annovera anche il concepito ed il legislatore aggiunge, inoltre, che il ricorso alla procreazione medicalmente assistita e' consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilita' o infertilita'.

L'art. 4, comma 3 della stessa legge vieta, poi, un particolare tipo di pratica medica volta alla soluzione dei problemi riproduttivi derivanti da sterilita' e infertilita', e cioe' pone il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Tale divieto e' poi considerato dal punto di vista sanzionatorio dall'art. 12, comma 1 che pero' colpisce solo le condotte dei sanitari e con sanzione amministrativa.

Per la coppia che trasgredisce il divieto non e' prevista alcuna sanzione e anzi gli effetti dell'eventuale violazione sono, non solo pienamente riconosciuti nel senso che l'art. 9 prevede che il figlio nato in seguito a procreazione assistita di tipo eterologo sia legittimo, ma vieta altresì la possibilita' del disconoscimento della paternita' e dell'anonimato della madre da parte dei genitori biologici ma non genetici, ed esclude qualsiasi legame giuridico parentale rispetto ai donatori di gameti.

Con l'introduzione di tale divieto, a parere del remittente, si violano gli artt. 3 e 31 Cost. non solo sotto il profilo della disparita' di trattamento ma anche sotto il profilo della ragionevolezza della normativa de qua.

Vengono, infatti, trattate in modo diverso le coppie con problematiche di procreazione, a seconda del tipo di sterilita' che le colpisce.

Paradossalmente proprio le coppie che presentano un quadro clinico piu' grave sono quelle escluse dall'accesso alla procreazione medicalmente assistita.

E, a questo proposito, si puo' rilevare come la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo introduca ulteriori e solidi argomenti a sostegno della violazione dell'art. 3 Cost., con riferimento alla violazione del principio di non discriminazione. Le argomentazioni proposte dalla Corte EDU circa la violazione dell'art. 14 della convenzione europea possono essere del pari formulate anche con riferimento all'art. 3 della Costituzione, visto che le due norme introducono il medesimo principio nei due ordinamenti.

La Corte Edu, come visto, ha ritenuto che il divieto di eterologa, comportando una disparita' di trattamento fra coppie, non presentasse alcuna ragionevole e obiettiva giustificazione e che, pertanto, si ponesse in contrasto con gli artt. 8 e 14 della Cedu.

La Corte ha ritenuto, infatti, che vi sia discriminazione rispetto alle coppie che possono soddisfare il proprio desiderio di avere un figlio senza dover ricorrere alla donazione di ovuli (si confronti il punto n. 85 della pronuncia). Nel caso S. H. e altri c. Austria la Corte non individua una giustificazione ragionevole a tale discriminazione creata dal legislatore austriaco.

Infatti, secondo la Corte stessa il Governo austriaco, con le argomentazioni esposte, non ha presentato una «giustificazione ragionevole ed oggettiva in merito alla disparita' di trattamento» della coppia che chiede di ricorrere alla donazione di ovuli, a cui

viene impedito di realizzare il proprio desiderio di avere un figlio, rispetto alla coppia che puo' fare ricorso a tecniche di procreazione artificiale, senza ricorrere alla donazione di ovuli: cio' conducendo, pertanto, alla dichiarazione di violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione.

L'art. 4, comma 3 e', inoltre, irragionevole perche' si pone in contrasto con la stessa finalita' dichiarata dalla legge (di risolvere i problemi procreativi della coppie), pur non ledendo i diritti dichiarati oggetto di tutela (la salute e la dignita' dei soggetti coinvolti).

Tornando alle argomentazioni CEDU, per la Corte il divieto assoluto del ricorso all'eterologa mediante donazione di ovuli, posto dal legislatore austriaco, oltre a non essere una soluzione razionale, non e' un mezzo proporzionato rispetto alle finalita' perseguite, fra cui quella di impedire la realizzazione di parentele atipiche, che nell'ordinamento italiano e' stata la principale giustificazione al divieto di eterologa. Infatti, esaminando gli atti parlamentari, si puo' individuare la ragione principale opposta dai sostenitori del divieto de quo: la necessita' di tutelare l'identita' genetica del nascituro, cioe' la sua riconducibilita' genetica ai genitori.

E' lecito, a questo punto, chiedersi se tale situazione assuma nel nostro sistema, da leggersi comunque sempre in una prospettiva europea, un rilievo tale da rendere giustificabile e ragionevole la creazione di una situazione di disuguaglianza fra soggetti, violando cosi' l'art. 3 della Cost. in relazione ad un diritto costituzionalmente tutelato quale quello alla formazione di una famiglia e alla maternita'/paternita'.

E cio' in un sistema tra l'altro che conosce altri istituti giuridici che prevedono la possibilita' di una discrepanza da genitorialita' genetica e genitorialita' legittima, quale l'adozione, e in cui, quindi, con la piena parificazione del figlio adottato ai figli nati dalla coppia, prevale una idea dei rapporti di filiazione che pone a fondamento delle relazioni giuridiche familiari i rapporti affettivi (la comunita' di affetti) e l'assunzione di responsabilita' (ponendo solo sullo sfondo e non come necessita' la relazione biologica, che e' anzi rescindibile rispetto ai genitori di origine dell'adottato).

Specie quest'ultimo obiettivo, che si sostanzia nella necessita' di impedire che vi possano essere persone con una madre biologica ed una genetica, non viene ritenuto «degno di pregio» dalla Corte. Infatti, il fatto che gia' sia prevista, in Austria (cosi' come in molti ordinamenti, fra cui quello italiano), una ipotesi in cui, come l'adozione, esistono relazioni genitoriali diverse da quelle biologiche, porta a ritenere tale giustificazione non sufficiente a legittimare il divieto di donazione di ovociti.

In altre parole, esistendo altre ipotesi, ritenute ammissibili nell'ordinamento di riferimento, di «parentele atipiche», non e' possibile sostenere che il fine di prevenirne l'insorgenza possa assurgere a giustificazione del divieto di procreazione eterologa.

Si segnala inoltre un ulteriore possibile profilo di irragionevolezza della normativa de qua e di discriminazione fra coppie sterili: a ben vedere il divieto di fecondazione di tipo eterologo per la coppia opera solo sul piano dei principi, in quanto come visto non e' sanzionato in alcun modo.

La coppia puo', infatti, ricorrere alla procreazione eterologa (anche in Italia senza incorrere in sanzioni), vedere riconosciuti e tutelati pienamente i suoi effetti nell'ordinamento italiano, ma non puo' rivolgersi per effettuare tale tipo di pratica medica a sanitari che operino sul territorio italiano, in quanto questi ultimi (e solo loro), altrimenti, andrebbero incontro a sanzioni amministrative.

Cio' comporta un'ulteriore discriminazione fra coppie sterili: quelle che, per le loro condizioni economiche non floride, possono rivolgersi solo a sanitari operanti sul nostro territorio nazionale, non potrebbero, proprio per questo, ricorrere a tutti i tipi di pratiche mediche volte a superare i problemi di procreazione, atteso il divieto per i medici italiani di praticare interventi di tipo eterologo; al contrario le coppie piu' facoltose potrebbero ricorrere a tutte le tecniche di fecondazione rivolgendosi a sanitari operanti all'estero.

## 2.3. Contrasto con l'art. 2 Cost.

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. 40/2004 contrastano, anche, con l'art. 2 della Costituzione, laddove il divieto oggetto di censura non garantisce alle coppie, cui viene diagnosticato un quadro clinico di sterilita' o infertilita' irreversibile, il proprio diritto alla vita privata e familiare, e il proprio diritto di identita' e di autodeterminazione.

La decisione da parte delle coppie sterili o infertili di far uso della procreazione artificiale riguarda, infatti, la sfera piu' intima della persona, incidendo direttamente sulla stessa liberta' di autodeterminarsi; ma tale diritto, inevitabilmente, e' condizionato dai limiti determinati dalla patologia di cui le coppie stesse soffrono, trovandosi, in presenza del divieto di donazione dei gameti, nell'impossibilita' di poter fondare una famiglia e quindi di poter costruire liberamente la propria vita ed esistenza.

Tali diritti sono enucleabili dall'art. 2 Cost., in primo luogo, perche' tradizionalmente interpretato in modo aperto, ma anche perche' tali diritti sono espressamente previsti dalle norme internazionali convenzionali e comunitarie sui diritti umani, che non possono non essere considerati quale strumento interpretativo ed evolutivo dei diritti umani tutelati dalla Costituzione.

Si ricordi, infatti, che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 - che ha la stessa efficacia dei Trattati Istitutivi - all'art. 7 prevede che «Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare», cosi' come l'art. 8 della CEDU, dopo aver enunciato il medesimo diritto, aggiunge che «non puo' esservi ingerenza di una autorita' pubblica nell'esercizio di tale diritto», se non in casi eccezionali qualora vi siano altri diritti o interessi di rango uguale o superiore.

Conforta tale ricostruzione - secondo cui il diritto di identita' e di autodeterminazione della coppia viene compromesso dal divieto di accesso ad un certo tipo di fecondazione necessaria per il caso concreto - quanto da ultimo espresso dalla Corte di Strasburgo.

La Corte, infatti, ha chiarito che occorre garantire, in quanto rientrante nel diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dalla convenzione dei diritti dell'uomo, 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 tale scelta e' chiaramente un'espressione della vita privata e familiare» (Corte europea dei diritti dell'uomo, caso S.H. e altri contro Austria n. 57813/00).

Nel caso di specie, allora, occorre garantire il diritto alla vita privata - intesa come diritto a scelte intime e private senza ingerenza di alcuna autorita' - e di autodeterminazione della coppia che voglia avere figli e che posseda i requisiti soggettivi, previsti dalla legge n. 40/2004, ma che debba ricorrere, in ragione del proprio quadro clinico alle tecniche di fecondazione eterologa.

## 2.4. Contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.

Le norme di cui all'art. 4, comma 3, art. 9, commi 1 e 3 limitatamente alle parole «in violazione del divieto dell'art. 4, comma 3», e all'art. 12, comma 1, della legge n. 40/2004, si ritengono, infine, contrastanti anche con gli artt. 3 e 32 della Costituzione, in quanto con il divieto di fecondazione eterologa si rischia di compromettere l'integrità fisio-psichica delle coppie infertili o sterili.

Infatti, come nel caso sottoposto all'esame di questo giudice, le coppie con problemi di fertilità potrebbero essere costrette, nei casi in cui, in base a valutazioni di tipo medico scientifico, si dovesse accertare che l'unico metodo sicuro atto a risolvere i loro problemi procreativi fosse il ricorso alla fecondazione di tipo eterologo, a sottoporsi a delle pratiche mediche meno indicate, dai risultati più incerti e magari pericolosi per la salute, stante il divieto di ricorrere alla metodologia scientifica nel caso concreto più adatta e più sicura da un punto di vista medico.

In tal modo si limita irragionevolmente, in definitiva, la libertà, e il dovere, del medico di suggerire e praticare la cura nel caso concreto più efficace sia in relazione ai risultati da raggiungere, che in relazione alla tutela della salute.

A tal proposito, deve sottolinearsi come la scelta di un protocollo medico codificato e generalizzato non può essere rimessa al legislatore poiché la Corte costituzionale ha già affermato, con la sentenza n. 282/2002, come il diritto ad essere curato secondo i canoni della scienza dell'arte medica non possa essere limitato da una pratica medica prevista legislativamente, atteso che «la pratica terapeutica si pone..all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, in particolare nella propria integrità fisica psichica. Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è di norma il legislatore a poter stabilire direttamente e specificatamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione.».

Argomentazioni simili possono trarsi anche dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 nella parte in cui ribadisce: «(...) 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 la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali».

E non può esservi dubbio che le tecniche di P.M.A. siano da qualificarsi come rimedi terapeutici sia in relazione ai beni che ne risultano implicati (cfr. Corte cost. n. 559/1987 e n. 185/1998) sia perché implicano un trattamento da eseguirsi sotto diretto controllo medico, coperto da SNN e diretto a superare una causa patologica che impedisce la procreazione, oltre che a contrastare le sofferenze connesse alla difficoltà di realizzarsi pienamente diventando genitore.

Inoltre, per sfuggire al divieto di fecondazione eterologa previsto nel nostro paese, molte coppie sono costrette a recarsi all'estero, in quei paesi dove tale tecnica è ammessa, affrontando sia il disagio psicologico ed emotivo di allontanarsi dal luogo degli affetti per ottenere ciò che in Italia è concesso solo alle coppie

con meno gravi forme d'infertilita', sia il rischio di essere contagiati da malattie trasmesse dal donatore o dalla donatrice, per carenza di controlli e di informazioni.

Si legittima, cosi', questo «turismo procreativo», che mette a repentaglio la stessa integrita' psicofisica della coppia in violazione dei limiti imposti dal rispetto della persona umana, in palese difformita' ad un caposaldo della nostra Carta costituzionale quale la tutela della salute, come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettivita'.

Tutto cio' premesso deve sollevarsi questione di legittimita' 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. 40/2004, per contrasto con gli artt. 117, 2, 3, 31 e 32, primo e secondo comma Cost. 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 della legge 11 marzo 1953, n. 87;

Ritenuta la rilevanza e non manifesta infondatezza, rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimita' 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. 40/2004, per contrasto con gli artt. 117, 2, 3, 31 e 32, commi 1 e 2 Cost., 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 e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Ordina che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza sia notificata alle parti ed al Presidente del Consiglio dei ministri e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Cosi' deciso in Catania, il 21 ottobre 2010.

Il giudice: Distefano