Tribunale di Firenze 1° settembre 2010

Il giudice, a scioglimento della riserva, nel procedimento a seguito di ricorso ex art. 700 cpc (RG n. 7618/2010) osserva e ritiene quanto segue.

1. Con ricorso depositato in data 25.5.10, i ricorrenti hanno chiesto "che il Tribunale di Firenze, preso atto della sentenza adottata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 1ª sez., SH e altri/Austria, del 1° aprile 2010, ritenuta la rilevanza della medesima nel giudizio a quo, valutata l'impossibilità di operare in via di interpretazione l'adeguamento della norma di cui all'art. 4 c. 3 L. 40/04 a quanto previsto dalla Convenzione e deciso dalla Corte;
disattesa ogni contraria istanza, difesa ed eccezione, con provvedimento ex art. 700 cpc
- Nel merito e in via principale:
preso atto in forza dell'art. 6/2 del Trattato di Lisbona ratificato il 1 dicembre 2009 e della conseguente integrazione del 'sistema CEDU' nell'ordinamento comunitario; disapplicare l'art. 4 c. 3 della L. n. 40 del 16 febbraio 2004 per contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU e per l'effetto dichiarare il diritto dei ricorrenti di:
a) ricorrere alle metodiche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo; b) utilizzare il materiale genetico di terzo donatore anonimo acquisito direttamente dalla coppia ovvero dal centro secondo quanto previsto dai DLGS 191/07 e DLGS 16/10, per la fecondazione degli ovociti della Sig.ra B.; c) sottoporsi ad un protocollo di PMA adeguato ad assicurare le più alte *chances* di risultato utile compatibilmente a quanto stabilito dalla sentenza Corte Cost. 151/09; d) sottoporsi ad un trattamento medico eseguito secondo tecniche e modalità compatibili con un elevato livello di tutela della salute della donna nel caso concreto; e) disporre, in attesa della definizione del giudizio di merito e in via incidentale dell'eventuale giudizio di legittimità costituzionale, la crioconservazione degli embrioni prodotti e destinati al ciclo di PMA di tipo eterologo.
In ogni caso renda in via d'urgenza ogni provvedimento ritenuto opportuno in relazione al caso di specie, indicando le modalità di esecuzione; renda ogni provvedimento relativo e conseguente;
- in via subordinata, per le ragioni sopra richiamate, ritenuta la portata della pronuncia della Corte Europea quale canone ermeneutico generale con valore sub-costituzionale, disapplicare l'art. 4 c. 3 L. 40/04 per contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU, per l'effetto dichiarare il diritto dei ricorrenti come formulato supra, e sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 c. 3 L. 40/04 per contrasto con l'art. 11 e 117 Cost e per violazione degli artt. 2,3,13,32 Cost.;
- in via ulteriormente subordinata, sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 c. 3 L. 40/04 per contrasto con l'art. 11 e 117 Cost. per violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU e 2,3,13,32 Cost.
Con vittoria di spese, competenze e onorari."

2. I ricorrenti hanno esposto in fatto:

- di essere coniugati dal 2004 e di non essere riusciti a concepire un figlio per vie naturali, essendo risultata la assoluta sterilità del marito come da documentazione medica che producevano;

- di aver tentato vanamente all'estero, stante il divieto previsto dalla l. 40/2004, la fecondazione eterologa sia *in vivo* sia *in vitro*;

- che i tre anni trascorsi nel tentare la procreazione medicalmente assistita (PMA) all'estero avevano comportato notevoli sacrifici economici oltre che un notevole stress psico-fisico dovuto all'invasività dei trattamenti necessari;

- che, conosciuta la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, resa il 1.4.10, con cui questa aveva condannato l'Austria per violazione degli art. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) in ragione dell'illegittima e irragionevole discriminazione tra coppie operata dalla legge nazionale di quello Stato

che proibiscono il ricorso alla donazione di gameti per la fertilizzazione in vitro ove questa costituisca l'unica possibilità di avere un figlio e dovendo ritenersi che le decisioni della Corte non siano solo un parametro interpretativo per i giudici nazionali ma -a seguito dell'ingresso della CEDU nell'ordinamento comunitario avvenuto con la ratifica del Trattato di Lisbona- abbiano valore vincolante in quanto diritto comunitario, si erano rivolti al Centro convenuto per sottoporsi a trattamento di PMA *in vitro*;

- che il Centro aveva rifiutato, assumendo che la legge 40/2004 vietava in modo assoluto la fecondazione eterologa, che la sentenza della Corte EDU era destinata a produrre effetti diretti solo nell'ordinamento austriaco e che l'eventuale applicazione delle disposizioni della Corte non poteva avvenire in maniera automatica, essendo necessario un provvedimento di un giudice nazionale.

3. In diritto i ricorrenti hanno rilevato:

- che, prima della ratifica del Trattato di Lisbona, la giurisprudenza riteneva costantemente che, mentre le norme comunitarie avevano piena e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, in forza dell'art. 11 Cost., le norme CEDU non producevano *"effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo norme interne in eventuale contrasto*" (C. Cost. sent. n. 348/2007);

- che la Corte Costituzionale aveva inoltre ritenuto che il nuovo testo dell'art. 117 Cost. comportava che l'asserita incompatibilità fra la legge ordinaria e la norma CEDU si presentava come una questione di legittimità costituzionale per violazione del primo comma di detta norma costituzionale e che "*in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa. Infatti «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme» e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire questa Corte delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma» Cost (sentenza n. 349 del 2007, par. 6 del Considerato in diritto; analogamente sentenza n. 348 del 2007, par. 5 del Considerato in diritto)"* e che *"solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge.* (C. Cost. sent. 239/2009);

- che, a seguito della ratifica del Trattato di Lisbona, in considerazione dell'esplicito richiamo operato dall'art. 6 del riformato Trattato UE, l'Unione aderisce alla CEDU e che *"i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione… e risultanti dalla tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*" per cui vi era stata la comunitarizzazione ovvero l'ingresso del sistema CEDU nell'ambito del diritto della UE, con tutte le conseguenze in punto di modalità di adeguamento del diritto interno al diritto sovranazionale e dei rapporti fra i sistemi normativi non più fondati dell'art. 117, ma sull'art. 11 Cost.;

- che il rapporto fra legge nazionale e ordinamento della UE -derivante dal coordinamento fra ordinamento comunitario e nazionale previsto dal Trattato di Roma e discendente dall'avere la legge di esecuzione del Trattato trasferito agli organi comunitari, in conformità con l'art. 11 Cost., le competenze nelle materie loro riservate- comportava che "*il giudice italiano accerta che la normativa scaturente da tale fonte regola il caso sottoposto al suo esame, e ne applica di conseguenza il disposto, con esclusivo riferimento al sistema dell'ente sovrannazionale: cioè al solo sistema che governa l'atto da applicare e di esso determina la capacità produttiva. Le confliggenti statuizioni della legge interna non possono costituire ostacolo al riconoscimento della «forza e valore», che il Trattato conferisce al regolamento*

comunitario, nel configurarlo come atto produttivo di regole immediatamente applicabili. Rispetto alla sfera di questo atto, così riconosciuta, la legge statale rimane infatti, a ben guardare, pur sempre collocata in un ordinamento, che non vuole interferire nella produzione normativa del distinto ed autonomo ordinamento della Comunità, sebbene garantisca l'osservanza di essa nel territorio nazionale. D'altra parte, la garanzia che circonda l'applicazione di tale normativa è -grazie al precetto dell'art. 11 Cost., com'è sopra chiarito- piena e continua. Precisamente, le disposizioni della CEE, le quali soddisfano i requisiti dell'immediata applicabilità devono, al medesimo titolo, entrare e permanere in vigore nel territorio italiano, senza che la sfera della loro efficacia possa essere intaccata dalla legge ordinaria dello Stato" (C. Cost., sent. 170/84);

- che, conseguentemente, a seguito dell'ingresso del sistema CEDU nel diritto comunitario, le decisioni della Corte EDU sulla questioni di sua competenza dovevano ritenersi immediatamente applicabili all'ordinamento interno e che, in ipotesi di disposizione interna confliggente con la norma e/o la decisione della Corte, il giudice ordinario, operato il controllo di compatibilità, doveva disapplicare la norma interna;

- che, quanto al caso di specie, ciò voleva dire che la decisione della Corte adottata nel caso SH e altri contro Austria poneva prescrizioni aventi valore generale stabilendo un principio di diritto che il giudice nazionale, adito da cittadini che lamentino la lesione di un identico diritto soggettivo fondamentale, effettuato il controllo di compatibilità, doveva applicare;

- che la pronuncia della Corte EDU aveva deciso il ricorso di due coppie di cittadini che avevano sostenuto che le disposizioni della legge austriaca in materia che vietava l'uso di ovuli e di spermatozoi di donatori per la fecondazione *in vitro* erano contrarie al diritto al rispetto della vita privata e familiare in combinato disposto con il divieto di discriminazione (previsti, rispettivamente, all'art. 8 e all'art. 14 della CEDU);

- che la Corte aveva ritenuto che quando era in gioco un aspetto importante della vita di un individuo, il margine di regolamentazione concesso allo Stato doveva essere limitato e, considerato che il desiderio di avere un bambino era un aspetto particolarmente importante, il divieto di procreazione artificiale eterologa non rappresentava una ragionevole sintesi, non essendovi un rapporto di proporzionalità fra mezzi impiegati e scopo perseguito posto che il divieto di ingerenza nella vita privata e familiare era derogabile solo nell'interesse della sicurezza nazionale, della pubblica sicurezza, del benessere economico del paese, della protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui;

- che inoltre la Corte aveva ritenuto che fosse irragionevole la disparità di trattamento fra le coppie che per soddisfare il loro desiderio di un bambino potevano ricorrere alla fecondazione con donazione di gameti *in vivo* (ammessa dalla legge austriaca) e quelle che potevano ricorrere solo alla fecondazione con donazione di gameti *in vitro* (vietata dalla legge austriaca) ed aveva pertanto ritenuto la violazione del combinato disposto degli art. 8 e 14 del CEDU;

- che vi era identità di *petitum* e assimilabilità della *causa petendi* fra il loro caso e quello delle coppie austriache;

- che il divieto assoluto di PMA di tipo eterologo -nelle ipotesi in cui sia la generazione per via naturale sia la PMA di tipo omologo fossero precluse per la assoluta inidoneità del materiale generico dell'uomo a fini procreativi- costituiva una irragionevole e sproporzionata compressione di un fondamentale diritto soggettivo, lesiva anche del principio di non discriminazione, discriminando fra coppie sterili o infertili in base alla gravità della condizione patologica;

- che le implicazioni della sentenza della Corte EDU nel caso di specie potevano avere, in relazione alla qualificazione del sistema CEDU accolte dal giudice (post o pre Trattato di Lisbona), effetto di *dictum* con effetti diretti sull'ordinamento interno in forza della comunitarizzazione per violazione degli artt. 8 e 14 CEDU o criterio interpretativo in forza del quale il giudice deve procedere all'adeguamento del diritto interno con rilievo della questione di legittimità costituzionale solo ove ciò non fosse possibile o l'eventuale disciplina derivante facesse sorgere dubbi di legittimità costituzionale;

- che la lamentata violazione del diritto di procreare costituiva anche violazione di norme costituzionali (artt. 2, 3 e 13, oltre che 32 ove la sterilità fosse qualificata come patologia e le tecniche di PMA come trattamenti terapeutici);

- che la disapplicazione o la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4, 3° comma della l. 40/2004 non creerebbe alcun vuoto normativo in quanto la parte relativa all'approvvigionamento, controllo, conservazione e donazione dei gameti era disciplinata dai DLgs 191/07 e 16/10 mentre quella relativa alla tutela dei nati e dell'integrità della famiglia era disciplinata dall'art. 9 della l. 40/2004, che prevede l'esclusione dell'azione di disconoscimento della paternità da parte di colui che in qualità di partner della donna l'aveva autorizzato a sottoporsi a PMA di tipo eterologo e l'assenza di ogni relazione giuridica fra il nato ed donatore dei gameti che non può far valere alcun diritto nei suoi confronti né essere soggetto ad obblighi;

- che sussistevano i requisiti per il richiesto provvedimento d'urgenza: il *fumus boni iuris* risultando dai principi costituzionali richiamati, mentre il *periculum in mora* derivando dai rischi di ulteriori danni alla loro integrità psico-fisica e dall'età della ricorrente (nata nel 1972).

Quale azione di merito, i ricorrenti hanno indicato le richiesta "di accertamento del loro diritto ad accedere a tecniche di PMA di tipo eterologo; di realizzare la fecondazione *in vitro* mediante utilizzo del materiale genetico fornito dalla coppia ricorrente e/o comunque proveniente da un terzo donatore anonimo individuato di concerto col centro medico; di aver trasferito gli embrioni che sia con riguardo al numero che alle modalità, risultino compatibili con la tutela del proprio diritto alla salute; di crioconservare gli eventuali embrioni risultati soprannumerari all'esito del trattamento di PMA realizzato con successo".

4. Si costituiva il centro convenuto che rilevava che, in presenza dell'art. 4, comma 3 della l. 40/2004 che vietava senza eccezione la PMA di tipo eterologo, esso non poteva, pur in presenza della sentenza della Corte EDU citata dalle controparti, adempiere alle loro richieste senza una specifica pronuncia del giudice competente.

Rilevava comunque di condividere le argomentazioni di cui al ricorso, osservando che il TAR del Lazio, con sentenza n. 1198/10, aveva ritenuto che l'adesione della UE alla CEDU ed il riconoscimento che *"i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione… e risultanti dalla tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*" comportava la conseguenza che le norme della Convenzione erano immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali e perciò in Italia ai sensi dell'art. 11 Cost. con l'obbligo per il giudice di applicare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario o di procedere in via diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario senza dover transitare per il filtro della loro incostituzionalità.

Osservava infine la piena fattibilità sul piano tecnico-sanitario e normativo della prestazione media chiesta dai ricorrenti e si dichiarava remissiva alle loro richieste.

5. Intervenivano volontariamente in causa con unico atto le associazioni Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica, Amica Cicogna ONLUS e Cerco un bimbo e, con atto distinto, la associazione Liberididecidere, assistite dal medesimo avvocato dei ricorrenti e tutte ad adiuvandum i ricorrenti di cui ribadivano le deduzioni, richiamando anch'esse la sentenza del TAR del Lazio. In udienza anche l'avvocato dei ricorrenti richiamava la sentenza del TAR del Lazio come conferma della ricostruzione di cui al ricorso. in punto di diretta applicabilità delle decisioni della sentenza CEDU agli Stati membri.

6. Si rileva anzitutto (questione che deve essere esaminata di ufficio) che la fattispecie non rientra in nessuna delle ipotesi di intervento obbligatorio del PM tassativamente indicate dall'art. 70, 2° comma c.p.c..

7. **Rilevanza della questione di legittimità costituzionale.**

7.1. I ricorrenti si trovano nelle condizioni stabilite dagli artt. 1, 2° comma, e 4, 1° comma, della l. 40/2004 che prevedono, rispettivamente, che il ricorso alla PMA "*è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità*" e "*solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico*".

Nel caso di specie, risulta dalla documentazione prodotta dai ricorrenti che il ricorrente risulta che egli è affetto da *"azoospermia con assenza di cellule spermatogeniche" "azoospermia non ostruttiva in ipogonadismo-ipogonadotropo (azoospermia non ostruttiva secretoria pre-testicolare)"* (cfr. certificato 11.5.10 della ASL CN1), risultata pur a seguito dei trattamenti con gonadotropine e terapia androgenica sostitutiva (cfr. certificato 1.7.2007 della Azienda Ospedaliera S. Croce e Carle-Cuneo e risultati analisi sperma); risultano peraltro effettuati vanamente alcuni tentativi di PMA.

Risultano pertanto, nelle forme richieste dalla norma, sia l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione sia la sussistenza di un caso si sterilità da causa accertata.

7.2. I ricorrenti si trovano inoltre nella condizione soggettiva stabilita dall'art. 5 della l. 40/2004, essendo viventi, coniugi, maggiorenni ed in età potenzialmente fertile (avendo 34 anni il ricorrente e 38 la ricorrente).

7.3. E' evidente che la sterilità del ricorrente comporta che l'unica tecnica di PMA utilmente applicabile nel caso potrebbe essere solo quella di tipo eterologo, che è -appunto- assolutamente vietata dal 3° comma dell'art. 4 l. 40/2004, per cui la richiesta comporta l'applicazione della suddetta norma.

7.4. Quanto all'ammissibilità del rilievo della questione di legittimità costituzionale in sede cautelare, si richiama, da ultimo, la sentenza della Corte Costituzionale n. 151/2009 che, in un giudizio promosso anche da questo Tribunale e sempre in questa materia, ha rilevato che *"la giurisprudenza di questa Corte ammette la possibilità che siano sollevate questioni di legittimità 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 costituzionalità delle disposizioni di cui sono chiamati a fare applicazione (sentenza n. 161 del 2008)".*

Nel caso, il procedimento cautelare verrà sospeso per il rilievo della questione di legittimità costituzionale e dunque è ancora in corso.

8. **Non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale**.

8.1. Deve anzitutto esaminarsi la questione della 'comunitarizzazione' della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo a seguito del Trattato di Lisbona secondo la tesi dei ricorrenti.

L'art. 6, comma 2, del Trattato UE come modificato a seguito del Trattato di Lisbona dispone: *"L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei*

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati".

Ritiene il giudice -contrariamente alla giurisprudenza richiamata (e di altra: Cons Stato, dec. 1220/10)- che il trattato *si limiti a consentire* l'adesione della Unione Europea alla CEDU (dandole la base legale che il parere n. 2/94 del 28.3.96 della Corte UE aveva ritenuto inesistente), ma che essa non è ancora avvenuta, tanto che il protocollo n. 8 annesso al Trattato ne prevede le modalità tramite apposito accordo di cui detta le regole (*"Articolo 1. L'accordo relativo all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in appresso denominata «convenzione europea»), previsto dall'articolo 6, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, in particolare per quanto riguarda: a) le modalità specifiche dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della convenzione europea, b) i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione. Articolo 2. L'accordo di cui all'articolo 1 deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni. Deve inoltre garantire che nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della convenzione europea e, in particolare, riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla convenzione europea ai sensi del suo articolo 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della convenzione europea ai sensi del suo articolo 57. Articolo 3. Nessuna disposizione dell'accordo di cui all'articolo 1 deve avere effetti sull'articolo 292 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea"*).

Di conseguenza, tutte le osservazioni dei ricorrenti basate sull'affermata attuale 'comunitarizzazione' della CEDU non hanno rilievo.

8.2. La questione del ritenuto contrasto fra una disposizione della CEDU ed una norma di diritto interno si pone -quindi- esattamente nei termini attestati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 (e confermati dalle sentenze nn. 39/2008, 239 e 311 del 2009).

Da essa risulta che *"che l'art. 117, primo comma, Cost., ed in particolare l'espressione «obblighi internazionali» in esso contenuta, si riferisce alle norme internazionali convenzionali anche diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 e 11 Cost. Così interpretato, l'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato la lacuna prima esistente quanto alle norme che a livello costituzionale garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi. La conseguenza è che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.*

Questa Corte ha, inoltre, precisato nelle predette pronunce che al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti.

Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Beninteso, l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea (Cass. 20 maggio 2009, n. 10415; Corte eur. dir. uomo 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03).

Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, 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 costituzionalità (anche sentenza n. 239 del 2009), con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, primo comma, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto." (C. Cost. sentenza n. 311 del 2009).

8.3. La Corte Costituzionale ha anche escluso l'ammissibilità del richiamo all'art. 11 Cost. rilevando che ha escluso che *"la rilevanza del parametro dell'art. 11 può farsi valere in maniera indiretta, per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della Comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come princìpi generali del diritto comunitario.*

E' vero, infatti, che una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, anche a seguito di prese di posizione delle Corti costituzionali di alcuni Paesi membri, ha fin dagli anni settanta affermato che i diritti fondamentali, in particolare quali risultano dalla CEDU, fanno parte dei princìpi generali di cui essa garantisce l'osservanza. E' anche vero che tale giurisprudenza è stata recepita nell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea e, estensivamente, nella Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza da altre tre istituzioni comunitarie, atto formalmente ancora privo di valore giuridico ma di riconosciuto rilievo interpretativo (sentenza n. 393 del 2006). In primo luogo, tuttavia, il Consiglio d'Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU e l'attività interpretativa di quest'ultima da parte della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1992.

In secondo luogo, la giurisprudenza è sì nel senso che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei princìpi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed in particolare alla Convenzione di Roma (da ultimo, su rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale belga, sentenza 26 giugno 2007, causa C-305/05…). Tuttavia, tali princìpi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: in primis gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali (sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, ERT). La Corte di giustizia ha infatti precisato che non ha tale competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario (sentenza 4 ottobre 1991, C-159/90…; sentenza 29 maggio 1998…): ipotesi che si verifica precisamente nel caso di specie."

Si tratta di princìpi applicabili anche dopo l'avvenuta entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha previsto, come si è detto, che *"i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione… e risultanti dalla tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*", con ciò recependo - come si legge nella sentenza citata- l'orientamento interpretativo dominante.

8.4. La sentenza della Corte EDU richiamata dai ricorrenti assume allora rilievo - per quanto esposto sub 8.2.- dovendo il giudice nazionale applicare le norme della CEDU nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo.

Essa, che non risulta essere divenuta definitiva ai sensi del 2° comma dell'art. 44 della Convenzione, deve comunque essere presa in esame ai fini che qui interessano.

Nella sentenza in questione la Corte ha preso in esame due diversi ricorsi in materia di PMA riguardanti due situazioni diverse.

Il primo caso si trattava di una coppia in cui la donna era infertile relativa alle tube di Falloppio e l'uomo sterile, per cui poteva far ricorso soltanto alla fecondazione eterologa *in vitro*, vietata dalla legge austriaca, che consente invece la fecondazione

eterologa *in vivo.*

Il secondo riguardava una coppia in cui la donna era completamente sterile non producendo ovuli, mentre l'uomo produceva sperma adatto alla procreazione, per cui poteva far ricorso solo alla donazione di ovuli, non consentita dalla legge austriaca, a differenza di quella di gameti maschili consentita, come si è detto, sia pure solo per la fecondazione *in vivo.*

La Corte ha ritenuto sussistenti in entrambi i casi la violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della Convenzione che stabiliscono, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita provata e familiare e il divieto di discriminazione.

Il rilievo che la decisione sul primo caso -motivata ai § 86/94- è basata solo sull'irragionevolezza dell'esclusione della donazione di gameti *in vitro* una volta che sia ammessa quella *in vivo,* impedisce di trarre conseguenze ai fini della sua applicazione riguardo alla legge italiana posto che essa vieta la fecondazione eterologa in ogni caso.

La Corte ha deciso il secondo caso -ai § 70/85- ritenendo l'irragionevolezza dell'ammissibilità, nella legge austriaca, della donazione di spermatozoi ma non di ovuli.

Per arrivare a questa conclusione, però, (forse significativamente anteponendolo l'esame di questo caso all'altro) ha esposto princìpi di ordine generale che, ad avviso del giudicante, paiono pertanto applicabili in sede interpretativa ai fini che qui interessano.

La Corte afferma (§ 74) che non vi è un obbligo per gli Stati membri di adottare una legislazione che consenta la fecondazione assistita, ma che una volta che essa sia consentita, nonostante il largo margine di discrezionalità lasciato agli Stati contraenti, la sua disciplina dovrà essere coerente in modo da prevedere una adeguata considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti in accordo con gli obblighi derivanti dalla Convenzione.

Essa rileva poi (§ 76) che il divieto assoluto del ricorso alla fecondazione eterologa mediante donazione di ovuli (e di sperma per fecondazione *in vitro*) non era l'unico mezzo a disposizione del legislatore austriaco per realizzare le finalità perseguite, quelle di evitare il rischio di sfruttamento delle donne e di abuso di queste tecniche e di impedire la realizzazione di parentele atipiche e che la relativa scelta è sfornita di giustificazioni ragionevoli.

Rileva (§ 77) anzitutto che i primi due argomenti non riguardino specificamente le tecniche in questione, essendo dirette contro la procreazione assistita in generale.

Rileva poi (§ 81) che l'obiettivo di mantenere la certezza in materia di diritto di famiglia deve tener conto del fatto che in molti Stati contraenti sono previsti rapporti familiari atipici che non seguono la relazione genitore-figlio basata sulla diretta discendenza biologica (a partire dall'adozione) per cui ritiene che non vi siano ostacoli insormontabili per condurre le relazioni familiari che risultassero dall'utilizzare con successo le tecniche di procreazione assistita in questione nell'ambito del quadro generale della legislazione in materia di famiglia e negli altri campi giuridici collegati.

La Corte (§ 84 e ss.) rileva infine che anche l'argomento relativo al diritto all'informazione del bambino a conoscere la sua discendenza effettiva non è un diritto assoluto, rilevando di aver già ritenuto l'assenza -in un caso già sottoposto al suo giudizio- di violazioni all'art. 8 della Convenzione avendo in quel caso lo Stato raggiunto un giusto equilibrio fra gli interessi pubblici e privati coinvolti, per cui il legislatore austriaco poteva anch'esso trovare una soluzione adeguata ai contrapposti interessi del donatore che chiede l'anonimato e del bambino ad ottenere informazioni.

Pare al giudicante che tale ragionamento possa far ritenere in contrasto con la Convenzione europea anche il divieto contenuto nell'art. 4, 3° comma, della l. 40/2004, essendo del tutto analoghe le osservazioni spendibili contro le *rationes legis* sopra evidenziate, posto che anche in Italia sono già ammesse le parentele atipiche (come l'adozione), con conseguente esclusione della ragionevolezza della disciplina.

8.5. Deve ora verificarsi, come richiesto dalla Corte Costituzionale, la possibilità di una interpretazione della norma in questione "conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica" (C. Cost. sentenza n. 311 del 2009).

Essa non è riscontrabile, posto che -a fronte del divieto assoluto della fecondazione eterologa- e non essendo ravvisabili nelle norme della CEDU, come interpretate dal giudice a ciò deputato nella sentenza richiamata, elementi che inducano ad ammettere soltanto alcuni tipi di fecondazione eterologa (fra cui la quella *in vitro* mediante donazione di gameti, che è quella cui i ricorrenti chiedono -nelle conclusioni di merito- di far riscorso), l'unica soluzione che se ne potrebbe ricavare sarebbe quella della sua totale disapplicazione, soluzione evidentemente inammissibile, non costituendo una forma di interpretazione.

Dalla sentenza in esame risulta infatti ammissibile la fecondazione eterologa *in vitro* mediante donazione di sperma e quella eterologa mediante donazione di ovuli, mentre quella legislazione nazionale già consentiva la fecondazione eterologa *in vivo* mediante donazione di sperma.

8.6. Ricorrono dunque le condizioni per il rilievo della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3 della legge 19.2.2004 n. 40 per contrasto con l'art. 117, 1° comma, Cost in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU come interpretato dalla sentenza della Corte EDU del 1°.4.10 emessa nel caso S.H. e altri contro Austria.

8.7. Le stesse considerazioni esposte dalla Corte EDU in ordine alla irragionevolezza della norma in questione paiono pertinenti per il rilievo della questione di legittimità costituzionale anche sotto il profilo dell'art. 3 Cost. sotto il profilo dell'escludere dalla PMA proprio i soggetti completamente sterili, tanto più che, ai sensi del 2° comma, dell'art. 1 della legge in esame *"è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità"*.

P.Q.M.

Visto l'art. 23 della legge 11.3.53, n. 87:

1) solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19.2.2004, n. 40 per contrasto con l'art. 117, 1° comma, Cost in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU -come interpretato dalla sentenza della Corte EDU del 1°.4.10 emessa nel caso S.H. e altri contro Austria- e con l'art. 3 Cost.;

2) dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il procedimento in corso;

3) ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa nonché al Presidente del Consiglio dei ministri;

4) dispone che la presente ordinanza sia comunicata dalla Cancelleria al Presidente della Camera dei deputati e al Presidente del Senato della Repubblica.

Firenze, 1.9.10 Il Giudice

dr. Domenico Paparo