

ISSN 2039-1676



con la collaborazione scientifica di



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

- [HOME](#)
- [MISSION](#)
- [CHI SIAMO](#)
- [AUTORI](#)
- [CONTATTI](#)
- [RICERCA](#)

menu

- [HOME](#)
- [In evidenza](#)
- [Ultimi materiali inseriti](#)
- [Novità legislative](#)
- [Novità giurisprudenziali](#)
- [Osservatorio sovranazionale](#)
- [Papers](#)
- [Aree tematiche](#)
- [Materie](#)
- [MISSION](#)
- [CHI SIAMO](#)
- [AUTORI](#)
- [RICERCA](#)
- [CONTATTI](#)



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

ISSN 2039-1676

[Home](#) > [Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di ...](#)

[« Indietro](#)

[Share](#)

CORRELATI

29 APRILE 2013 |

ELENA MALFATTI,

ANCORA UNA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ SUL DIVIETO DI FECONDAZIONE ETEROLOGA, TRA INCERTEZZE GENERATE DALLA CORTE COSTITUZIONALE (ORD. N. 150/2012) ED ESIGENZE DEL "SEGUITO" ALLE PRONUNCE DI STRASBURGO

ANCORA A MARGINE DI TRIB. MILANO, SEZ. I CIV., UD. 29 MARZO 2013 (DEP. 9 APRILE 2013), PRES. BICHI, EST. DORIGO

1. Meno di un anno addietro, diversi commentatori segnalavano alcune incertezze e criticità dell'ord. n. 150/2012, con la quale la Corte costituzionale aveva scelto la "via breve" della restituzione degli atti ai giudici *a quibus* sul tema scottante della procreazione medicalmente assistita secondo la tecnica della fecondazione eterologa, ed in particolare sulla legittimità costituzionale del relativo divieto, contenuto espressamente nella l. n. 40/2004; in sostanza la Corte veniva molto enfatizzando il ruolo della Cedu in materia, in special modo quello dell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in un momento successivo alle ordinanze di rimessione pervenute, lasciando viceversa del tutto in ombra il rapporto tra la legge 40 e la nostra Costituzione, e chiamando i giudici a confrontarsi con il "*novum*" rappresentato dalla decisione del caso *S.H. and others c. Austria*, 3 novembre 2011 (*Grande Chambre*).

Uno dei remittenti (Tribunale di Milano, sez. I civile) è tornato recentemente a riproporre (ord. 29 marzo 2013) il problema alla Corte costituzionale, e lo ha fatto in modo interessante, a parere di chi scrive, ovvero seguendo uno schema concettuale che ad un tempo cerca di tener conto delle, pur discusse e discutibili, indicazioni contenute nella suddetta ordinanza della Corte, dunque delle esigenze di valutazione della sopravvenuta giurisprudenza di Strasburgo, ma anche della (perdurante) necessità di condurre un esame del problema sotto altri e decisivi profili; dipanando così, almeno in apparenza, un ragionamento che dovrebbe metterlo al riparo da un'ulteriore decisione dei Giudici della Consulta la quale eviti per la seconda volta il "*punctum dolens*" della fecondazione eterologa.

2. Diversa e peculiare risultava infatti la posizione di questo giudice (come degli altri due - Tribunale di Firenze e Tribunale di Catania - che avevano sollecitato la pronuncia della Corte nel 2012, che si sono visti restituire gli atti, e che nell'aprile 2013, stando alle notizie di agenzia, avrebbero parimenti intrapreso la via della riproposizione) da quella di tutti gli altri giudici che, non coinvolti nella rimessione precedente, si fossero trovati ad affrontare il medesimo problema, e che congiuntamente o alternativamente *avrebbero potuto* concentrarsi, sul profilo della presunta violazione dell'art. 3 Cost. (e degli altri parametri di costituzionalità evocati nelle tre ordinanze ma non esaminati in nessun modo dalla

nostra Corte, grazie alla sottolineatura dell'esigenza di approfondimento del significato e dei riflessi della nuova sentenza di Strasburgo), e (o) sul tentativo di valorizzare gli argomenti della *Grande Chambre* i quali - nel riesame del caso menzionato, e conducendo la Corte di Strasburgo a ridimensionare le prospettive aperte dalla Prima Sezione il 1° aprile 2010 - *comunque* avrebbero potuto corroborare un dubbio di mancato rispetto della Convenzione (e pertanto, dell'art. 117 Cost. secondo quanto insegnato a partire dalle sentenze "gemelle" nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)[1].

Il Tribunale di Milano, invece, *doveva* riprendere il percorso di riflessione sviluppato dalla Grande Camera, e pertanto sostenere nuovamente - e diversamente - la supposta lesione della Convenzione, per avere impostato preliminarmente la questione di costituzionalità, nel 2011, anzitutto sotto questo profilo; dunque per sottrarsi preventivamente all'alea di un nuovo provvedimento processuale della Corte costituzionale, stavolta non più "interlocutorio"[2] (come chiaramente risultava essere l'ord. n. 150/2012) ma (presumibilmente) di manifesta inammissibilità per omesso compimento delle valutazioni demandate dalla Corte, ovvero insufficiente approfondimento e quindi carenza di motivazione sugli effetti prodotti dalla più recente pronuncia europea.

A ben guardare, il Tribunale di Milano avrebbe forse anche potuto scegliere la via della "contrapposizione frontale" con la Corte costituzionale, evidenziando semplicemente come la pronuncia della Grande Camera non riguardasse l'Italia, e quindi non comportasse effetti "diretti", ai sensi dell'art. 46 Cedu, ovvero obblighi di conformazione del nostro Paese[3], ma soltanto mere "influenze"[4], che la stessa Corte costituzionale avrebbe potuto autonomamente considerare ed eventualmente "accantonare" sulla base di una decisiva considerazione, ovvero la profonda differenza di impianto tra la normativa italiana e quella austriaca sulla procreazione medicalmente assistita che rende irriducibili le relative questioni di compatibilità con la Convenzione. Ma, a parte due intuibili esigenze, quella di voler evitare un "muro contro muro" con la Corte, che il Tribunale di Milano avrebbe viceversa determinato, sminuendo la qualificazione dell'intervento della Grande Camera - fortemente caratterizzante l'ord. n. 150/2012 - quale (abbiamo già detto) *novum* da valutarsi anzitutto da parte dei rimettenti, e l'altra di non contraddire vistosamente l'originaria impostazione della questione al cospetto della Convenzione europea, vi è stato probabilmente anche un motivo tecnico a spingere il giudice a improntare in un certo modo il secondo rinvio: la questione riproposta doveva apparire la medesima, il *bis in idem* costituendo presupposto logico, ancor prima che giuridico, dello sviluppo, da parte della Corte, del problema in prima battuta non affrontato nel merito unicamente in virtù del ruolo riconosciuto alla nuova sentenza di Strasburgo.

In ogni caso, il problema del rispetto dell'art. 117 Cost., attraverso l'esame dell'art. 8 Cedu e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo che vi riconduce (tra l'altro) le diverse previsioni nazionali in ordine alla fecondazione assistita - che pure bisognava nuovamente sottolineare per le ragioni appena evidenziate - sembra non costituire, una volta di più, la miglior freccia all'arco del giudice *a quo*, per il margine di apprezzamento ampio che chiaramente la Corte europea ha riconosciuto ai Paesi membri della

Convenzione in materie, come quella in esame, fortemente caratterizzate sul piano etico e dunque costituenti un fronte dal quale la Corte europea ha manifestato in questi ultimi anni l'esigenza di un *restraint*^[5], a vantaggio dell'autonoma valutazione, nei diversi ordinamenti, della portata delle convinzioni morali e sociali che emergono nella società^[6]; e più in generale per il margine che la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto a sé medesima nella importante sent. n. 236/2011 («un margine di apprezzamento e di adeguamento che (...) consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi»^[7]). Quindi, quanto appariva elemento non dirimente della prima rimessione alla Corte costituzionale, permane - ad avviso di chi scrive - anello secondario nelle maglie di un ragionamento che potrebbe dipanarsi viceversa sul fronte dei rapporti interni tra legge e Costituzione. Emerge qui un paradosso: un elemento necessariamente da svilupparsi, nell'ottica "tutta processuale" della sequenza «restituzione degli atti-riproposizione di una questione di legittimità», per evitare la scure dell'inammissibilità, appare insufficiente o addirittura inadeguato a fornire, nel merito, concrete *chances* di accoglimento della questione (ri)sollevata.

3. Quale allora, una strategia possibile, per il giudice milanese? Il rispetto dell'art. 8 della Convenzione, casomai, andava indagato insistendo e al tempo stesso astraendo dal caso austriaco, ovvero recuperando ma anche "neutralizzando" la portata della decisione della *Grande Chambre*. E' quanto pare tentare di fare, più o meno consapevolmente, la recente ordinanza in commento, che ad un tempo richiama la decisione (così soddisfacendo le esigenze "di rito" del giudizio in via incidentale) volgendone però le riflessioni allo scopo di accentuare le censure di costituzionalità (differenti da quelle relative al rispetto dell'art. 117) già dedotte; le quali, tuttavia, non possono essere dichiaratamente anteposte al *test* dell'interpretazione convenzionalmente conforme^[8] proprio per non indebolire l'approccio al tema dell'eterologa in pieno stile sentenze "gemelle" inizialmente prescelto. La Corte costituzionale, del resto, non dovrebbe almeno in linea di principio opporre resistenza alla nuova consistenza e prospettiva assunta dalla questione, se è vero che nella recente sent. n. 264/2012^[9] ha opposto all'ingresso del diritto convenzionale (stavolta nell'interpretazione resane, su altro e opinabilissimo fronte, dalla Corte di Strasburgo in una sentenza di condanna proprio dell'Italia) la Costituzione ed il proprio ruolo di garante delle libertà fondamentali, riguadagnando terreno nell'esame dei principi pertinenti e collocando il diverso problema nella cornice pluralistica della nostra Carta fondamentale^[10].

Il risultato che traspare, in conclusione, è quello di una singolare palingenesi della questione, sulla quale non incide più in realtà il "precedente" austriaco, almeno dal punto di vista dell'oggetto e della sua invocata violazione dell'art. 117 Cost. (parametro che infatti a sua volta, e probabilmente non a caso, sparisce dalla motivazione del provvedimento di rinvio, per ricomparire soltanto nel dispositivo), ma peseranno semmai le argomentazioni spese a Strasburgo, in rapporto agli ulteriori parametri costituzionali invocati dal giudice *a quo*: «ritiene il Collegio (il Tribunale di Milano) che i criteri sottolineati dalla Grande Camera, pur all'interno di una pronuncia di rigetto, costituiscano

ineludibile criterio interpretativo per il Giudice delle leggi nazionali al fine di sindacare la corrispondenza della norma impugnata ai valori fondamentali della persona convenzionalmente tutelati, *come richiamati* (enfasi aggiunta) nella carta costituzionale italiana». Vengono, di conseguenza, solo in modesta misura arricchite e prevalentemente riproposte (per larghi tratti, addirittura, con un'operazione di "copia e incolla"), le ragioni dispiegate a sostegno della questione già sollevata; sottolineandosi come la Corte europea abbia utilizzato - una volta di più - argomentazioni (pur non identiche) che sarebbero «traslabili *de plano* a fondamento della natura discriminatoria del divieto totale di fecondazione eterologa vigente nell'ordinamento italiano».

5. Piuttosto che il modello "triangolare" (e "verticale") della norma interposta, consegnatoci dalle sentenze "gemelle", il Tribunale di Milano sembra evocare la prospettiva intanto "orizzontale" dei rapporti tra le Carte dei diritti (e conseguentemente del "dialogo", sulle medesime, fra le Corti); offrendo così ai Giudici della Consulta una nuova occasione per intervenire - ad un tempo - in una materia delicata e controversa e sugli aspetti di metodo che la Convenzione al cospetto della Costituzione ancora oggi impone di indagare.

[Per il testo dell'ordinanza annotata, clicca qui.](#)

[Per una scheda di Alessandra Verri relativa alla medesima ordinanza, già pubblicata dalla nostra Rivista, clicca qui.](#)

[1] Per inciso deve segnalarsi che una "terza (ed opinabile) via", in concreto, è stata seguita dal Tribunale di Salerno (10 luglio 2012, in *Guida al diritto*, 29 settembre 2012, fasc. 39, 55, con nota di G.M. Salerno, che ha sì indagato la pronuncia di Strasburgo come suggerito dall'ord. n. 150/2012, ma unicamente per quegli aspetti che indebolivano il supposto *vulnus* alla Convenzione, giungendo pertanto a frustrare le ragioni della coppia ricorrente e a negare un accesso al giudizio in via incidentale (per il tramite della sottoposizione di un'ulteriore questione sul divieto di fecondazione eterologa) esclusivamente su questa base (ovvero, escludendo una violazione della Convenzione e dunque dello schema della norma interposta *ex art. 117 Cost.*, accolto dalle sentenze "gemelle"), senza porsi ulteriori e differenti dubbi di legittimità costituzionale.

[2] Definisce "interlocutoria" l'ord. n. 150/2012 U. Salnitro, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, II, 636 ss. Deve segnalarsi, peraltro, come - per un verso - nella giurisprudenza della Corte costituzionale le ordinanze di restituzione degli atti si configurino come pronunce processuali alla stregua delle ordinanze di manifesta inammissibilità (mentre come "interlocutori" sono qualificati altri provvedimenti, ad esempio quelli che non ammettono richieste di intervento in giudizio da parte di soggetti terzi); per altro verso, le stesse ordinanze di inammissibilità o di manifesta

inammissibilità, e più in generale le pronunce processuali "a carattere non decisorio" non impediscano la riproposizione delle questioni allorché il giudice rimuova gli elementi ostativi ad una decisione di merito. Cfr. la *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2012*, 8 ss., allegato alla *Relazione del Presidente prof. F. Gallo*, 12 aprile 2013, in www.cortecostituzionale.it.

[3] A differenza di quanto accaduto per esempio con riferimento al noto caso *Costa e Pavan c. Italia*, che sempre in materia di fecondazione assistita, ma sul diverso fronte della diagnosi preimpianto richiesta da coppia fertile e tuttavia portatrice di malattia genetica, ha visto soccombere in giudizio il nostro Paese, il 28 agosto 2012, e più recentemente (11 febbraio 2013) successivamente respinta la richiesta di rinvio alla grande Camera che pure il Governo italiano aveva avanzato ai sensi dell'art. 43 Cedu (cfr. [A. Vallini, in questa Rivista, 18 febbraio 2013](#)).

Peraltro, quali siano più precisamente gli effetti "diretti" di una decisione di condanna all'Italia, con riferimento a casi apparentemente analoghi (ma che vedono coinvolti altri soggetti) a quello che l'ha determinata, è (pur problematicamente) affermato dal Tribunale di Cagliari, ordinanza 9 dicembre 2012, in www.italialaica.it, che ha ordinato a una struttura sanitaria di praticare la diagnosi preimpianto a favore di un'altra coppia, stavolta infertile, in virtù di una lunga motivazione la quale, ripercorrendo tutta la giurisprudenza, interna e sovranazionale, in materia - e senza distinguere, come invece avrebbe dovuto, la casistica relativa alle coppie infertili da quella relativa alle coppie invece fertili - conclude che «nella fattispecie in esame, si deve ritenere certamente possibile una interpretazione adeguatrice della norma interna, in quanto le norme della Convenzione, nel significato attribuito dalla Corte di Strasburgo con la recente pronuncia, peraltro non definitiva (...), appaiono conformi alla nostra Carta, nella lettura offerta anche dalla più volte citata sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009, laddove ha esaminato il bilanciamento tra gli interessi contrapposti».

Nel ragionamento del Tribunale di Cagliari si nota, tra l'altro, un ulteriore effetto "perverso" dell'ord. n. 150/2012 (rispetto a quello prodotto nel ragionamento del Tribunale di Salerno di cui *supra*, alla nota 1), ovvero la spinta all'esame della giurisprudenza europea anche laddove non necessario, perché il riconoscimento del diritto di accesso alla diagnosi preimpianto a tutte le coppie infertili si poteva condurre già per linee interne alla giurisprudenza comune italiana, solidamente orientata in questa direzione (per alcuni spunti sia consentito rinviare a E. Malfatti, *L'accesso alla procreazione medicalmente assistita, tra "integrazioni" della legge e nuove aperture giurisprudenziali*, in *Quad. cost.*, 2010, 833, e Id., *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando "i giochi di parole" divengono decisivi*, in www.rivistaaic.it, fasc. n. 3/2012).

[4] Così ho tentato di definirle in E. Malfatti, *L'"influenza" delle decisioni delle Corti europee sullo sviluppo dei diritti fondamentali (e dei rapporti tra giurisdizioni)*, in G. Campanelli et al., *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Torino, 2010, 165 ss.

[5] Sul tema del margine di apprezzamento *v.* il *consensus*, nella giurisprudenza europea, *v.* di recente L. Cappuccio, A. Lollini, P. Tanzarella, *Le Corti regionali tra Stati e diritti*, Napoli, 2012, spec. 88 ss.

[6] Lo stesso atteggiamento, particolarmente prudente, della Corte europea, è emerso nella materia egualmente delicata delle pratiche abortive, con riferimento al caso *A, B, C. c. Irlanda*, affrontato dalla Grande Camera il 16 dicembre 2010 e commentato, tra gli altri, da D. Tega e F. Rey Martinez, in M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011.

[7] Come ricorda A. Ciervo, *Il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.federalismi.it, 10 ottobre 2012.

[8] Come giustamente suggerito da G. Repetto, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente Cedu «superveniens»: i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012, 2069.

[9] In *Foro it.*, 2013, I, 22, con nota di richiami di R. Romboli e osservazione di G. Amoroso.

[10] In questo senso F. Gallo, *Relazione del Presidente*, cit, 8, con riferimento alla vicenda relativa alla disciplina (con legge di interpretazione autentica) dei contributi previdenziali versati in Svizzera da lavoratori italiani, che aveva a sua volta dato vita al caso *Maggio e altri c. Italia*, deciso a Strasburgo dalla seconda sezione della Corte il 31 maggio 2011 (cfr. M. Massa, *La sentenza n. 264 del 2012 della Corte costituzionale: dissonanze tra le corti sul tema della retroattività*, in *Quad. cost.*, 2013, 137 ss.).

Please enable JavaScript to view the [comments powered by Disqus.](https://disqus.com/?ref_noscript)

ContattiCreditsWeb MasterPrivacyCookies 

redazione@penalecontemporaneo.it