

La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il giudice comune italiano: la non manifesta infondatezza della questione.

di Benedetta Liberali,
dottoranda di ricerca in diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano

Sommario: 1. La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. - 2. Il caso italiano. - 3. Gli effetti della pronuncia nella valutazione intorno alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. - 4. Conclusioni.

1. La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

1

La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del primo aprile del 2010¹ ha stabilito che il divieto, posto dalla normativa austriaca², alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo viola l'art. 14 (*Divieto di discriminazione*), in combinato disposto con l'art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*), della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

In particolare, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di tale divieto con la Cedu a seguito del ricorso di due coppie³. Queste chiedevano di poter accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, poiché, alla luce del proprio quadro clinico, in un caso vi era la necessità di ricorrere a donazione di ovuli e nell'altro caso a donazione di sperma con fecondazione *in vitro*.

2. Il caso italiano.

¹ Sentenza relativa al caso S. H. E ALTRI V. AUSTRIA (n. 57813/00), in *www.echr.coe.int*. Tale pronuncia non può ancora dirsi definitiva, poiché vi è la possibilità che entro tre mesi dalla stessa venga richiesto il riesame alla Grande Camera. La particolarità della materia e il fatto che siano state espresse due opinioni dissenzienti (dei giudici Steiner, parzialmente dissenziente, e Jebens) potrebbe indurre a ritenere che il riesame sarà richiesto e ritenuto ammissibile.

² Si tratta della legge *Fortpflanzungsmedizingesetz* del 1992.

³ Ricorso n. 57813 dell'8 maggio 2000 contro la Repubblica dell'Austria.

La sentenza interviene quando, nell'ordinamento italiano, la questione di legittimità costituzionale relativa al divieto di procreazione assistita eterologa è già stata affrontata e decisa con la negazione dell'accesso alla Corte costituzionale.

A questo proposito, si può brevemente richiamare quanto è stato deciso dal Tribunale di Milano⁴, che ha ritenuto la questione di legittimità costituzionale del divieto di ricorrere alla procreazione assistita di tipo eterologo manifestamente infondata.

Il giudizio era stato instaurato, con un ricorso *ex art.* 700 c.p.c., da una coppia di coniugi, affetti da una condizione di sterilità incurabile, a seguito del diniego da parte del medico di procedere con l'applicazione delle tecniche di procreazione eterologa sulla base dell'espreso divieto posto dal terzo comma dell'art. 4 della legge n. 40 del 2004⁵. Si chiedeva, in particolare, che venisse ordinato al medico di eseguire le tecniche di procreazione eterologa e che venisse sollevata questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 2, 3, e 32 Cost., nella parte in cui non si prevede una eccezione al divieto nel caso in cui i problemi di sterilità o infertilità non siano superabili mediante le tecniche di procreazione omologa.

Il giudice monocratico⁶, rigettando il ricorso sulla base del fatto che la scelta del Legislatore risulta insindacabile in virtù della sfera di discrezionalità che gli è garantita e pertanto non vi è alcuna violazione del principio di ragionevolezza, aveva argomentato la propria decisione con una motivazione, definita dal giudice collegiale investito del relativo reclamo, "esauriente"⁷. Innanzitutto, veniva rilevato come lo scopo della legge

2

⁴ Tribunale di Milano, I sez. civ., ordinanza del 23 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010 (in corso di pubblicazione). Tale pronuncia conferma l'ordinanza del 7 aprile 2009 del Tribunale di Milano, I sez. civ., ined.

⁵ Legge n. 40 del 19 febbraio 2004, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

⁶ Ordinanza del 7 aprile 2009, cit.

⁷ A questo riguardo, F. PIZZETTI – G. ZAGREBELSKY, «*Non manifesta infondatezza*» e «*rilevanza*» nella *instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1972, 81 ss., in cui, nel rendere conto delle diverse impostazioni rispetto al concetto di "non manifesta infondatezza", si richiamano quelle che - ritenendo che la questione si possa respingere per manifesta infondatezza quando la legittimità costituzionale risulti "*prima facie* indiscutibile, senza bisogno di stare a pensarci su", richiedendo che l'indagine "non deve essere meramente superficiale, ma neppure la penetrante esegesi critica" e affermando che la valutazione intorno alla non manifesta infondatezza sia una "immediata" e "istantanea presa di coscienza" - considerano che una motivazione lunga e ampiamente argomentata escluda la sussistenza della manifesta infondatezza. Di segno contrario sono, invece, altre concezioni, che conducono a escludere che una motivazione lunga e motivata ampiamente dal giudice comune possa costituire indice di assenza del requisito medesimo. Ritiene, inoltre, non decisivi una "motivazione troppo estesa ed articolata o il ricorso ad argomentazioni sottili e minuziose" G. SORRENTI, "La 'manifesta infondatezza' delle questioni di legittimità costituzionale e l'applicazione diretta della Costituzione nella prassi giudiziaria. Ovvero: una ricerca empirica

n. 40 del 2004 non fosse quello di “garantire ad ogni costo la genitorialità ma di favorirla nell’ambito di precisi limiti”, tesi alla salvaguardia della salute dei soggetti coinvolti, compreso il nascituro, “oltre ai principi etici e sociali dal Legislatore ritenuti essenziali”. In particolare, la preoccupazione del Legislatore era quella di garantire al nascituro un modello di genitorialità socialmente consolidato, optando per un tipo di genitorialità biologica, la sola ritenuta in grado di garantire il diritto del nascituro a un equilibrio psicofisico e alla propria identità biologica, oltre che alla crescita in un modello di famiglia “ritenuto maggiormente affidabile ed idoneo al suo migliore sviluppo”. In tal modo, si è inteso accordare alle sole coppie con problemi di infertilità o sterilità superabili la possibilità di procreare con tecniche artificiali, “inibendola alle coppie che, per problematiche personali di uno dei due, non possono procreare un nascituro figlio biologico di entrambi”.

Successivamente, in sede di reclamo⁸, il Tribunale conferma integralmente questa decisione.

Leggendo entrambe le ordinanze - quella del giudice monocratico e quella del giudice collegiale - si comprende come, nel giudizio intorno alla non manifesta infondatezza, i giudici comuni si siano sovrapposti alle competenze della Corte costituzionale⁹. Solo quest’ultima avrebbe potuto valutare la fondatezza o meno della questione, effettuando un vero e proprio giudizio di merito.

Il giudice comune, in quel caso, non si è fatto carico della valutazione intorno alla sola non manifesta infondatezza. Dichiarando la questione manifestamente infondata con una lunga e corposa motivazione, pare anzi avere avvocato a sé una sorta di “controllo diffuso” di legittimità costituzionale e impedito che la questione venisse giudicata dalla Corte costituzionale.

3. Gli effetti della pronuncia nella valutazione intorno alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

La decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo offre notevoli spunti di riflessione intorno alla portata e al peso che la stessa può, e forse deve, avere nell’ordinamento italiano.

su una risalente ipotesi, di rinnovata attualità”, in E. MALFATTI - R. ROMBOLI - E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Giappichelli, Torino, 2002, 79 s.

⁸ Ordinanza del 23 novembre 2009, cit.

⁹ La considerazione per la quale il giudice comune è chiamato a decidere se sollevare questione di legittimità costituzionale oppure respingerla per manifesta infondatezza implica che l’accesso al Giudice delle Leggi vada negato solo quando è manifestamente chiaro che l’interpretazione dei principi costituzionali fornita dalle parte non è possibile oppure quando risulta che la legge non viola detti principi. Al contrario, quando non vi sono gli elementi per considerare prive di fondamento le argomentazioni relative alla questione di legittimità costituzionale, il giudice ha l’obbligo di sollevare la questione. Così Tribunale di Bergamo, ordinanza di rimessione dell’8 gennaio 1958, in *Giur. cost.*, 1958, I, 179 ss., in materia di contributi all’Ente Nazionale per la Cellulosa e per la Carta.

La pronuncia, in particolare, può dispiegare diversi effetti con riferimento al momento in cui il giudice comune italiano è chiamato a valutare, accanto alla rilevanza¹⁰, la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del comma terzo dell'art. 4 della legge n. 40 del 2004. La valutazione dei giudici comuni si presenta particolarmente delicata in un sistema di giustizia costituzionale, come quello italiano. In quest'ultimo, infatti, non è previsto un accesso diretto, da parte dei singoli cittadini, al Giudice delle Leggi¹¹, ma si demanda ai giudici di merito il compito di selezionare le questioni di legittimità costituzionale¹².

¹⁰ Vi è, inoltre, un terzo "obbligo" per il giudice comune. Quest'ultimo, infatti, è chiamato a dimostrare di avere esperito un tentativo di interpretare in senso conforme a Costituzione la disposizione di cui deve fare applicazione. Nel caso in cui sia possibile fornire una interpretazione della disposizione conforme a Costituzione (e non quando sia possibile darne interpretazioni incostituzionali) il giudice comune non deve sollevare questione di legittimità costituzionale: "In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali" (Corte cost., sentenza del 22 ottobre 1996, n. 356, in *Giur. cost.*, 1996, V, 3096 ss., in tema di pubblicità ingannevole in materia di commercio di sostanze alimentari). La Corte costituzionale ha disposto la restituzione degli atti al giudice remittente affinché rivalutasse, alla luce dello *jus superveniens*, la possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione (Corte cost., ordinanza del 25 luglio 2008, n. 303, in *Giur. cost.*, IV, 2008, 3300 ss., in tema di reclamo avverso il decreto di chiusura del fallimento). E ancora, il Giudice delle Leggi definisce questa operazione che è chiamato a svolgere il giudice comune un "doveroso tentativo di pervenire, in via interpretativa, alla soluzione da lui ritenuta costituzionalmente corretta" (Corte cost., ordinanza del 13 marzo 2008, n. 57, in *Giur. cost.*, 2008, II, 821 ss., in tema di giurisdizione delle commissioni tributarie). Sull'interpretazione conforme a Costituzione, nonché sull'interpretazione conforme alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e al diritto comunitario, si veda M. D'AMICO, "Interpretazione conforme e tecniche argomentative – Relazione conclusiva", in M. D'AMICO – B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Giappichelli, Torino, 2009, 499 ss. Si veda, inoltre, la sentenza del 18 maggio 2010, n. 11984, del TAR Lazio con riferimento all'obbligo, per il giudice, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, o di procedere in via immediata - senza che sia necessario l'accertamento della loro incostituzionalità da parte della Corte costituzionale - alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario.

¹¹ Per una ricostruzione dei lavori dell'Assemblea costituente intorno alla possibile azione diretta del cittadino dinanzi alla Corte costituzionale, M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991, 112 ss.

¹² Sull'intenzione dei compilatori dell'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 di attribuire a un "organo tecnico", quale il giudice, la valutazione intorno alla non manifesta infondatezza per selezionare le questioni di legittimità costituzionale e impedire un inutile sovraccarico del lavoro della Corte costituzionale, si veda F. PIZZETTI – G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 86 s.

Ci si può, dunque, interrogare in merito alla possibile influenza della decisione rispetto all'attività dei futuri giudici comuni italiani, che potrebbero essere chiamati ancora una volta a decidere se sollevare o meno la medesima questione.

In primo luogo, si può rilevare come la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo introduca ulteriori e solidi argomenti a sostegno della violazione dell'art. 3 Cost., parametro che i ricorrenti avevano già invocato davanti al Tribunale di Milano, oltre agli artt. 2 e 32 Cost. In particolare, con riferimento alla violazione del principio di non discriminazione, la Corte Edu ha ritenuto che il divieto, comportando una disparità 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 ritiene, 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, con riferimento a una delle due coppie ricorrenti) e rispetto alle coppie che possono ricorrere alla donazione di sperma per la fecondazione *in vivo* (punto n. 94, con riguardo alla seconda delle coppie ricorrenti).

In secondo luogo, la decisione della Corte Edu rende necessaria l'integrazione dei parametri costituzionali con l'art. 117, primo comma, Cost. Tale disposizione impone al Legislatore italiano il rispetto dei vincoli che derivano dagli obblighi internazionali. Questi ultimi, quali parametri interposti, integrano l'art. 117, primo comma, Cost. In questo senso la giurisprudenza della Corte costituzionale è costante, a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007¹³. Gli eventuali contrasti tra norme ordinarie interne e norme della Cedu, che rientrano tra gli obblighi internazionali che il legislatore italiano è chiamato a rispettare, producono, infatti, altrettante questioni di legittimità costituzionale. I giudici comuni, non potendo disapplicare la norma interna, dovranno sollevare al Giudice delle Leggi questione di legittimità costituzionale per violazione del primo comma dell'art. 117 Cost.

Assumono rilievo, quindi, nel caso che qui interessa, i citati artt. 8 e 14 della Cedu, ritenuti violati dalla norma austriaca, che poneva il divieto di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Questi elementi (le argomentazioni relative alla violazione del principio di non discriminazione e l'integrazione dell'elenco dei parametri costituzionali) assumono, quindi, un notevole peso nella valutazione intorno alla non manifesta infondatezza, cui è chiamato il giudice comune. Quest'ultimo, però, prima di potersi "servire" delle ulteriori argomentazioni e di procedere all'integrazione dei parametri costituzionali, ritenendo in ragione di tali elementi la questione non manifestamente infondata, dovrà preliminarmente valutare se il divieto posto dalla normativa italiana e quelli contenuti nella normativa austriaca siano in qualche modo omogenei o quantomeno assimilabili.

¹³ Corte cost., sentenza del 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, III, 3475 ss.; sentenza del 24 ottobre 2007, n. 349, *ibidem*, 3535 ss.

La legge italiana pone un divieto generale e assoluto alla possibilità di ricorrere a tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo, senza effettuare alcuna distinzione tra donazione, da parte di terzi, di ovuli o di sperma e tra fecondazione *in vivo* o *in vitro* (art. 4, comma terzo, legge n. 40 del 2004).

Al contrario, la legge austriaca (*Fortpflanzungsmedizingesetz*, 1992) modula diversamente il divieto. Si opera, innanzitutto, una preliminare distinzione tra donazione di sperma e donazione di ovuli. Nel primo caso, la tecnica eterologa è consentita se si ricorre alla fecondazione *in vivo*, mentre la medesima tecnica non è permessa per la fecondazione *in vitro*. Nel caso di donazione di ovuli, invece, vige un divieto generale e assoluto alle tecniche di procreazione eterologa.

Data la diversità delle previsioni, qualche dubbio intorno alla loro omogeneità potrebbe porsi con riguardo alla diversa modulazione del divieto di donazione di sperma.

Con riferimento, invece, al divieto di donazione di ovuli, si può concludere per la perfetta rispondenza dei divieti, nel senso che il divieto assoluto previsto dalla legge austriaca rientra in quello generale e assoluto previsto dalla legge italiana, che riguarda sia la donazione di ovuli sia quella di sperma.

4. Conclusioni.

6

In definitiva, dunque, il giudice comune, che tenga conto della decisione della Corte Edu, dovrà valutare se le previsioni austriaca e italiana siano assimilabili.

A fronte di un giudizio positivo - conseguente alla valutazione intorno alla omogeneità del divieto di donazione di ovuli - dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale, integrando i parametri costituzionali invocati.

Se, al contrario, residuassero dei dubbi - derivanti dalla diversa modulazione del divieto di donazione di sperma, che a suo giudizio impediscano di ritenere assimilabili le due normative nonostante la perfetta coincidenza dei divieti di donazione di ovuli - anche in questo caso il giudice comune dovrebbe sollevare comunque la questione di legittimità costituzionale. Se non lo facesse, ritenendo ancora una volta la questione manifestamente infondata, si sostituirebbe alla Corte costituzionale nella valutazione di merito intorno alla omogeneità delle due normative.

Da ultimo, se il giudice di merito dovesse ritenere del tutto disomogenee le due previsioni normative e, quindi, giudicasse il riferimento alla decisione della Corte Edu del tutto inconferente rispetto al caso italiano, risulterebbe certamente più difficoltoso motivare la decisione di non sollevare la questione - quanto alla mancanza del carattere non manifestamente infondato della stessa - con una "esauriante motivazione"¹⁴.

¹⁴ Sarà interessante tornare sull'argomento, tra qualche tempo, e verificare se la questione di legittimità costituzionale relativa al comma terzo dell'art. 4 della legge n. 40 del 2004 sia stata sollevata o meno. Si potrà, infatti, completare la riflessione sul rapporto tra le dichiarazioni di manifesta infondatezza e le posizioni della dottrina e tra le prime e le eventuali successive decisioni della Corte costituzionale, nel caso in cui la medesima questione venga sottoposta al suo giudizio. A questo riguardo, G. SORRENTI, *op. cit.*, 81, che

La pronuncia della Corte Edu non consente, in definitiva, di ritenere che “si rinverano ragioni convenienti e risolutive per togliere fondamento alla critica di illegittimità costituzionale” dell’art. 4, comma terzo, della legge n. 40 del 2004, a prescindere da “ogni valutazione di discutibile prevalenza tra ragioni favorevoli e ragioni contrarie”¹⁵.

propone, per la valutazione intorno alla “serietà o la futilità” della questione rigettata dal giudice comune, i criteri oggettivi e sostanziali costituiti dalle posizioni della dottrina e dalle decisioni della Corte costituzionali (rispetto alle quali, peraltro, si individueranno le questioni di legittimità costituzionale che risultano sottratte al giudizio della Corte costituzionale).

¹⁵ Tribunale di Bergamo, ordinanza di rimessione dell’8 gennaio 1958, cit.