

## **Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale**

di Irene Pellizzone,  
assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. Il caso. 2. I possibili effetti della sentenza della Corte europea alla luce della giurisprudenza costituzionale. 3. L'obbligo del tentativo di un'interpretazione convenzionalmente conforme che ammetta la fecondazione eterologa. 4. Il fallimento del tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme come presupposto per investire della questione la Corte costituzionale.

### *1. Il caso*

La sentenza *H. e altri v. Austria* è la prima resa dalla Corte di Strasburgo in tema di fecondazione eterologa<sup>1</sup>. Con tale decisione, la Corte europea affronta, più precisamente, il problema delle possibili violazioni della Convenzione, nelle parti in cui sancisce il principio di non discriminazione e garantisce il diritto alla vita privata e familiare, derivanti dal divieto delle tecniche di fecondazione eterologa, in un ordinamento, come quello austriaco, in cui le tecniche di fecondazione omologa (e alcune tecniche di fecondazione eterologa) sono consentite.

I casi decisi della Corte europea sono due e per entrambi le conclusioni raggiunte, in riferimento all'asserita inosservanza degli artt. 8 e 14 della Convenzione, sono le medesime<sup>2</sup>: la Corte ritiene sussistere la violazione delle norme convenzionali indicate. Prima di passare alla descrizione dei casi, pare significativo sottolineare che, nel riconoscere la violazione, la Corte europea assume una posizione diversa da quella della Corte costituzionale austriaca, pronunciata a partire dai medesimi casi più di dieci anni prima, nel 1999. Infatti, la Corte nazionale aveva ritenuto non sussistere la violazione delle norme della Convenzione indicate e del principio costituzionale di

1

---

<sup>1</sup> Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza *S.H. e altri v. Austria* [I Sez.], no. 57813/00.

Tra le precedenti pronunce in tema di fecondazione assistita già decise dalla Corte europea v.: *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 71; *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 66.

<sup>2</sup> Con due pareri dissenzienti nel primo caso e con uno nel secondo.

uguaglianza, valorizzando il margine di apprezzamento degli stati e rinvenendo nei divieti contestati il frutto di un bilanciamento non irragionevole<sup>3</sup>.

Il primo caso riguarda una coppia che, a causa delle condizioni di salute dei due aspiranti genitori, è in grado di rimuovere il problema di sterilità solo ricorrendo alla donazione di ovuli, vietata dalla legge<sup>4</sup>.

Il secondo caso riguarda una coppia affetta da una forma di sterilità superabile solo con la fecondazione *in vitro* del gamete femminile dell'aspirante madre con spermatozoi di un donatore, anch'essa vietata<sup>5</sup>.

Più precisamente, la legge austriaca vieta, in via generale, la fecondazione eterologa, con l'importante deroga della fecondazione *in vivo* tramite sperma di un donatore, che è invece ammessa<sup>6</sup>.

Su altro versante, la fecondazione *in vitro* è consentita, purché essa avvenga tra gameti interni alla coppia: pertanto, la donazione di ovuli risulta sempre vietata.

I due casi vengono distinti nell'argomentazione della Corte, ma possono essere condotte alcune considerazioni di carattere generale che li riguardano entrambi.

In primo luogo, occorre notare che la decisione in esame si inerisce nel filone di quella consolidata giurisprudenza secondo cui l'art. 8 della CEDU va inteso in una accezione ampia<sup>7</sup>, in grado di ricomprendere anche la scelta di diventare genitori, e che la Corte, grazie, in modo particolare, a due precedenti in tema di fecondazione assistita<sup>8</sup>, giunge ad affermare che il "diritto di avvalersi di tecniche di procreazione medicalmente assistita allo scopo di concepire un bambino" costituisce espressione della vita privata e familiare.

In secondo luogo, pare di potersi affermare che la questione di fondo posta dai ricorrenti e affrontata dalla Corte nei due casi sia la medesima: l'eventualità che la legge austriaca generi ingiustificate disparità di trattamento nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e

---

<sup>3</sup> Sul problema del contrasto fra giudicati delle due Corti, austriaca ed europea, in questo caso, v. A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4-5 giugno 2010, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 34 ss.

<sup>4</sup> Caso della donazione di ovuli.

<sup>5</sup> Caso della donazione di sperma.

<sup>6</sup> Artificial Protection Act (1992).

<sup>7</sup> Cfr. parr. 57 – 60 e le decisioni ivi citate.

<sup>8</sup> *Evans v. the United Kingdom*, cit.; *Dickson v. the United Kingdom*, cit.

familiare, a seconda delle condizioni di salute degli aspiranti genitori, attraverso la combinazione di divieti nell'accesso a talune tecniche di fecondazione assistita e delle loro deroghe.

La discriminazione sorge, secondo questa visione, poiché solo alcune coppie infertili, con problemi risolvibili con tecniche omologhe o con la donazione di sperma per la fecondazione *in vivo*, possono legittimamente avvalersi delle tecniche di fecondazione assistita.

La tesi del Governo austriaco, invece, si incentra sul riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità agli stati nell'individuare i limiti nell'accesso alle tecniche di fecondazione, dovuto alla ragione che tali tecniche implicano problemi di carattere etico e sono in costante evoluzione per l'incessante progredire della scienza. Altro argomento addotto dal Governo austriaco è che il divieto persegue l'importante finalità di impedire il rischio di una mercificazione dei gameti femminili. Infine, il Governo austriaco porta a fondamento del divieto di eterologa argomenti connessi alle esigenze di tutela del nato e della famiglia, sottolineando come il divieto di eterologa sia finalizzato ad evitare gli effetti problematici delle cd. parentele "anomale", caratterizzate dalla dissociazione tra la madre biologia e quella genetica; ancora, sempre in quest'ottica, sono messi in luce i problemi, in capo al nato, implicati dalla mancata conoscenza della reale discendenza genetica, conseguente al ricorso alla fecondazione eterologa.

Più specificamente quanto al secondo caso, poi, la discriminazione secondo il Governo austriaco non sussiste, perché la fecondazione *in vivo* con donazione di sperma risulta una tecnica molto difficile da vietare e che, del resto, è già praticata da molto tempo: dunque, la deroga a tale divieto poggerebbe su un peculiare fondamento.

Preme sottolineare che la Corte europea, nell'accostarsi al problema in esame, compie un'affermazione di carattere generale senz'altro molto significativa sull'entità del margine di apprezzamento riservato agli stati nelle questioni etiche e morali, costantemente alimentate dall'evoluzione del contesto scientifico, che la fecondazione assistita pone. Secondo la Corte afferma, tali questioni possono risultare decisive per giustificare un divieto generale di fecondazione assistita, "[t]uttavia, 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”<sup>9</sup>.

Inoltre, secondo la Corte stessa il Governo austriaco, con le argomentazioni esposte, non ha presentato una “giustificazione ragionevole ed oggettiva in merito alla disparità 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 può fare ricorso a tecniche di procreazione artificiale, senza ricorrere alla donazione di ovuli. Ciò conduce, pertanto, alla dichiarazione di violazione degli artt. 8 e 14.

Con particolare riguardo al secondo caso, relativo alla donazione di sperma, la Corte mette in luce la circostanza che le due tecniche (donazione di sperma e fecondazione *in vitro*) sono singolarmente consentite dalla legge austriaca, ma non nella combinazione richiesta dai ricorrenti.

Il termine di confronto per l'accertamento della discriminazione diventa quello della coppia infertile i cui problemi possono essere risolti con le tecniche di fecondazione eterologa *in vivo*, grazie alla donazione di sperma. Le Corte pone in evidenza come le argomentazioni del Governo a questo riguardo si spostino sull'effettività della tutela, in quanto nella tesi difensiva viene affermato che la fecondazione *in vivo* con donazione di sperma è lecita da diverso tempo e, per queste ragioni, può essere difficilmente vietata in modo effettivo. La Corte afferma, dunque, che il desiderio di un figlio costituisce un aspetto particolarmente importante dell'identità di ciascun individuo e, nel caso di specie, ha un peso maggiore degli argomenti di efficienza. Di conseguenza, le conclusioni raggiunte sono le medesime del primo caso.

Va dato atto che, nella decisione, due sono i “pareri” dissenzienti, il primo relativo solo al caso della donazione di sperma, il secondo interamente dissenziente. In entrambi i casi, la diversa soluzione dipende dalla valorizzazione più o meno intensa del margine di apprezzamento dei singoli stati, in un settore delicato come quello della procreazione medicalmente assistita. Sulla scia di questi pareri, un ripensamento della Corte europea non è da escludere, non essendo inverosimile che il Governo austriaco presenti richiesta per un rinvio del caso alla Grande Camera.

## 2. *I possibili effetti della sentenza della Corte europea alla luce della giurisprudenza costituzionale*

---

<sup>9</sup> Par. 74.

Se la *ratio decidendi* sottesa alla sentenza della Corte europea potesse essere considerata valida anche per il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge 40 del 2004, una problematica da affrontare tra le prime sarebbe quella relativa alla praticabilità dell'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Con questo breve scritto ci si intende proprio concentrare sul possibile e abnorme effetto, derivante dalla sentenza della Corte europea, di indurre i giudici nazionali e gli operatori del diritto a praticare l'interpretazione convenzionalmente conforme che giunga a leggere le norme della legge 40 del 2004 nel senso di consentire la fecondazione eterologa alle coppie di persone infertili ed i cui problemi di infertilità possano essere superati solo attraverso la fecondazione assistita di gameti esterni alla coppia.

Infatti, come noto, un effetto delle sentenze della Corte europea che, interpretando la Convenzione, integrano il parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale relativo al profilo dell'art. 117, primo comma, Cost., è di orientare l'interpretazione dei giudici italiani in modo da garantire il rispetto, da parte del diritto nazionale, della Convenzione europea<sup>10</sup>.

A questo riguardo, va ricordato che è affermazione oramai consolidata della Corte costituzionale che, "in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU [...] 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"<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> In tema di interpretazione conforme alla CEDU (ma anche di interpretazione conforme alla Costituzione e al diritto comunitario), si v. il volume a cura di M. D'AMICO e B. RANDAZZO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009. V. inoltre A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, cit., 19 ss.

Sugli effetti delle sentenze della Corte europea nell'ordinamento italiano, v. B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana: avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Collana dei Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2006, 295 ss.

<sup>11</sup> Così v. la sentenza 24 luglio 2009, n. 239, in *Giur. Cost.*, 2009, 3004 ss., su cui si tornerà oltre nel testo.

Peraltro, la Corte ha affermato la necessità del tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., a partire dalle sentenze 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, in *Giur. Cost.*, 2007, 3475 ss. e 3535 ss., rispettivamente al punto 6 e al punto 5 del Considerato in diritto. Sulle due decisioni, in tema di espropriazione e relativa indennità, v. M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, ivi, 3564 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, ivi, 3574 ss.; V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, ivi, 3579 ss.

Nello stesso senso, quanto all'obbligo del tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme, v. la sentenza 26 novembre 2009, n. 311, in *Giur. Cost.*, 2009, in tema di trasferimento del personale degli enti locali nei ruoli del personale ATA e interpretazione autentica, in cui il parametro interposto è stato individuato nel diritto al giusto processo ai sensi dell'art. 6 CEDU; la sentenza 4 dicembre 2009, n. 317, in tema di impugnazioni delle sentenze e dei

Dunque, il giudice comune deve interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, “entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica”<sup>12</sup>. Solo qualora ciò non sia possibile, egli deve investire la Corte costituzionale delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma Cost.

Se il tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme non è effettuato dal remittente, la Corte costituzionale ben può dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., come del resto è avvenuto nella sentenza n. 239 del 2009. In quel caso, la questione aveva ad oggetto una norma del testo unico in materia edilizia, nella parte in cui prevede la confisca di opere abusivamente costruite in caso di lottizzazione abusiva sia nei confronti degli imputati prosciolti sia nei confronti di terzi estranei ai fatti. I dubbi di legittimità costituzionale del remittente erano posti in riferimento agli artt. 3, 25, 27 Cost., e, implicitamente, all'art. 117, primo comma, Cost., come integrato dall'art. 7 della CEDU e dalla pronuncia della Corte europea che ha ritenuto tale confisca misura penale e non amministrativa<sup>13</sup>.

La Corte costituzionale adduce, tra le diverse ragioni che la conducono a dichiarare l'inammissibilità della questione, il mancato esperimento del tentativo in interpretazione convenzionalmente conforme da parte del giudice *a quo*, e specifica al riguardo che l'omissione è avvenuta “pur a fronte di una formulazione letterale della disposizione impugnata che, in sé, non appare precludere un siffatto tentativo”<sup>14</sup>.

---

decreti di condanna da parte degli imputati contumaci, quando l'impugnazione è già stata proposta dal difensore d'ufficio, anch'essa resa rispetto al diritto al giusto processo ai sensi dell'art. 6 CEDU; la sentenza 12 marzo 2010, n. 93, in tema di misure di prevenzione, pronunciata ancora un volta in riferimento al diritto al giusto processo ai sensi dell'art. 6 CEDU.

<sup>12</sup> V. ancora la sentenza 24 luglio 2009, n. 239, cit., e, nello stesso senso, i precedenti menzionati nella nota n. 11.

<sup>13</sup> Sentenza 24 luglio 2009, n. 239, cit., in tema di confisca di opere abusivamente costruite in caso di lottizzazione abusiva (la norma oggetto era l'art. 44 del D.P.R. n. 380/2001, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia). Su tale decisione v. A. SCARCELLA, *Confisca dei terreni e delle aree abusivamente lottizzate e potere-dovere interpretativo del giudice: considerazioni a margine della sent. n. 239 del 2009 della Corte costituzionale*, ivi, 3015 ss.

La pronuncia della Corte europea citata dal remittente, quale norme interposta, è costituita dalla decisione resa, in punto di ricevibilità, sul ricorso *Sud Fondi s.r.l. ed altri c. Italia*, n. 75909/01 (del 30 agosto 2007). La Corte costituzionale osserva, inoltre, che, successivamente all'ordinanza di rimessione, l'affermazione secondo cui la confisca conseguente alla lottizzazione abusiva è una misura penale è stata ribadita dalla Corte europea nella sentenza che ha deciso il merito del ricorso (sentenza *Sud Fondi s.r.l. ed altri c. Italia*, no. 75909/01 [II Sez.]).

<sup>14</sup> Cfr. il punto 3 del considerato in diritto.

Può essere utile segnalare, a questo punto, che, nel caso in esame, interpretazione conforme alla Convenzione europea e alla Costituzione<sup>15</sup> vanno di pari passo: entrambe dovrebbero condurre alla medesima lettura della legge 40 del 2004, che consenta l'accesso alla fecondazione eterologa per le coppie infertili in grado di soddisfare i requisiti di accesso per le tecniche di fecondazione assistita consentite in Italia (secondo l'art. 5 si deve trattare di coppie maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi).

Tale interpretazione supererebbe infatti il dubbio di violazioni del principio di uguaglianza e ragionevolezza, generate dal divieto di fecondazione eterologa, che discriminerebbe le coppie infertili i cui problemi riproduttivi non possono essere risolti con la fecondazione omologa, rispetto alle coppie infertili che invece, attraverso la fecondazione omologa, possono veder utilmente tutelate le proprie "esigenze di procreazione"<sup>16</sup>.

7

3. *L'obbligo del tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme che ammetta la fecondazione eterologa.*

Occorre a questo punto descrivere il quadro normativo vigente in tema di fecondazione eterologa, per comprendere se davvero i limiti all'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme, dovuti alla lettera della legge 40 del 2004 siano invalicabili.

L'art. 4, comma 3, di tale legge introduce nell'ordinamento quello che è sempre stato comunemente inteso come il divieto generale ed assoluto di fecondazione eterologa. Secondo

---

<sup>15</sup> In tema di interpretazione costituzionalmente conforme si rinvia, tra i tanti, a G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 16/2007; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, Relazione presentata al Convegno *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive (a cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale)*, Roma 14 e 15 giugno 2006, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>16</sup> Così come definite dalla Corte costituzionale, nella sentenza 8 maggio 2009, n. 151, in *Giur. Cost.*, 2009, 1656 ss., con nota di M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, ivi, 1688 ss. e C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere?»*, ivi, 1696 ss. Sulla decisione della Corte costituzionale v., inoltre: M. D'AMICO – I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010, 128 ss.; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

questa norma, in effetti, “è vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”.

In ragione degli obblighi del tentativo di interpretazione conforme, si intende cercare di comprendere se sia possibile non tanto superare tale divieto assoluto, cosa evidentemente impossibile, ma individuare, nella legge 40 del 2004, lo spazio per una limitata deroga al divieto, riguardante le coppie infertili che, pur soddisfacendo i requisiti di accesso alla fecondazione assistita, non possono usufruire della tecnica di fecondazione assistita che risolverebbe il loro problema di infertilità, ovvero la fecondazione eterologa.

Ciò non al fine di “sconquassare” in via giurisprudenziale il quadro normativo voluto dal legislatore del 2004, ma proprio perché è la Corte costituzionale ad imporre simile tentativo, giacché, solo una volta escluso il percorso interpretativo descritto, è possibile sollevare correttamente questione di legittimità costituzionale in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost.

8

Si potrebbe, allora, ipotizzare una deroga al divieto di fecondazione eterologa, valorizzando il combinato disposto degli artt. 4 e 5 della legge 40 del 2004 e l’atteggiarsi dei rinvii dal secondo dei due articoli citati al primo.

Infatti, in base all’art. 5, che disciplina i requisiti di accesso alle tecniche di fecondazione assistita, “fermo restando quanto stabilito dall’articolo 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, definisce le cause di infertilità e sterilità che possono essere risolte grazie all’accesso alle tecniche di fecondazione assistita.

Il divieto di eterologa dell’art. 4, comma 3, invece, non è oggetto di alcun rinvio esplicito da parte dell’art. 5. Per tale ragione, potrebbe ammettersi l’esistenza di una deroga al divieto di eterologa, che si aprirebbe 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).

Insomma, con la lettura qui prospettata si ammetterebbe 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.

Tuttavia, una simile lettura non pare sostenibile, poiché 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 40 sono due norme non sovrapponibili, poiché 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, è del tutto insufficiente a sorreggere l'interpretazione conforme a Costituzione e Convezione, poiché è giustificato dalla peculiare circostanza che l'art. 4, comma 1, pur non disciplinando i requisiti di accesso alla fecondazione assistita, dia una definizione di infertilità, al contrario del comma 3 dell'art. 4, che si limita a sancire il divieto della tecnica eterologa.

Inoltre, il divieto di fecondazione eterologa è presidiato dalla sanzione penale, che secondo l'art. 12, comma 1, si applica, genericamente, a chiunque usa a fini procreativi gameti esterni alla coppia richiedente.

Ancora, il divieto del disconoscimento di paternità è previsto, a tutela del nato, per chi procede alla fecondazione eterologa "in violazione dell'art. 4, comma 3" (cfr. l'art. 9). Ciò dimostra come il legislatore consideri la fecondazione eterologa sempre e comunque vietata dall'art. 4, comma 3. Non è infatti immaginabile che il divieto di disconoscimento di paternità, previsto al fine di salvaguardare le esigenze di tutela del nato<sup>17</sup>, sia reso inoperante nei confronti delle coppie che legittimamente accedano alla fecondazione eterologa, secondo l'interpretazione conforme qui contestata. L'aver richiamato l'art. 4, comma 3, nel prevedere il divieto di disconoscimento di paternità, prova che per il legislatore l'accesso all'eterologa è vietato sempre e comunque, a prescindere dai requisiti soggettivi previsti per il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita.

A supporto dell'impossibilità dell'interpretazione conforme, sebbene di per sé l'argomento non sia decisivo, si possono ricordare anche i lavori preparatori alla legge 40, dai quali pare possibile ricavare l'intenzione del legislatore di vietare questa tecnica senza eccezione alcuna.

---

<sup>17</sup> Sulla tutela del nato con fecondazione eterologa dal disconoscimento di paternità si v. Corte cost., sentenza 26 settembre 1998, n. 347, in *Giur. cost.*, 1998, 2632 ss. Per un commento v. R. ROMBOLI, *Il consenso del non avente diritto*, in *Foro it.*, I, 1988, 2110 e ss.

#### 4. Il fallimento del tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme come presupposto per investire della questione la Corte costituzionale

Si è deciso di confrontarsi con il problema, di agevole soluzione, dell'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme, poiché, ultimamente, tale tecnica interpretativa ha ricoperto un ruolo cruciale nell'applicazione giurisprudenziale della legge 40 del 2004: si pensi, in primo luogo, a quanto avvenuto in tema di diagnosi genetica preimpianto, ammessa proprio sulla base di questo criterio ermeneutico.

Senza volersi addentrare nei problemi della diagnosi genetica preimpianto<sup>18</sup>, occorre soffermarsi su un altro caso, in cui l'interpretazione conforme a Costituzione è stata oggetto di un abuso. Ci si riferisce all'interpretazione conforme a Costituzione effettuata dal Tribunale di Salerno<sup>19</sup>, che ha ammesso alla fecondazione assistita, andando contro la lettera dell'art. 4 della legge 40 del 2004, le coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, per superare la discriminazione rispetto alle coppie infertili, pure portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, che, essendo ammesse a tali tecniche riproduttive, se ne possono servire anche per affrontare alcune problematiche conseguenze del rischio di trasmissione della malattia genetica ai figli. Il risultato ottenuto dal Tribunale di Salerno può essere condiviso su di un piano non giuridico, per porre rimedio quella che è avvertita come una grave discriminazione tra coppie infertili e fertili, che siano portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. Tale disparità di trattamento è sorta dopo la sentenza n. 151 del 2009, in ragione della quale si ritiene consentito<sup>20</sup> alle coppie infertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili di selezionare e impiantare gli embrioni, formati *in vitro*, che non hanno ereditato la malattia genetica, mentre tale selezione non è possibile se la coppia è fertile, essendo in questo caso precluso l'accesso alla fecondazione assistita.

<sup>18</sup>V. Tribunale di Cagliari, sentenza 24 settembre 2007, pubblicata in *Giur. Cost.*, 2008, 579 ss. e Tribunale di Firenze, ordinanza 17 dicembre 2007, pubblicata in *Giur. Cost.*, 2008, 591 ss. Su queste due decisioni, anche a proposito dell'interpretazione costituzionalmente conforme, si v. M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008, 56 ss.; sia consentito rinviare, inoltre, a I. PELLIZZONE, *Fecondazione assistita e interpretazione costituzionalmente conforme: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giur. cost.*, 2008, 552 ss.

<sup>19</sup> Con l'ordinanza n. 191 del 9 gennaio 2010 pubblicata in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

<sup>20</sup> V. ad esempio l'ordinanza del Tribunale di Bologna, Sez. I, 29 giugno 2009, in *Giur. merito*, 2009, fasc. 12, 3000 ss.

Tuttavia, su di un piano giuridico, si è effettuata un'operazione scorretta: ovvero, si è mascherata, dietro un'interpretazione costituzionalmente conforme, una "riscrittura" della legge 40, il cui testo è stato decisamente superato<sup>21</sup>.

Il principio di soggezione del giudice alla legge, così come il sindacato accentratore della Corte costituzionale, sono messi a dura prova da un simile atteggiamento dei giudici comuni, peraltro alimentato da qualche responsabilità della Corte costituzionale, spesso timorosa di entrare nel merito di questioni eticamente controverse.

Visti questi precedenti, non è del tutto inutile ribadire che, ragionando sui possibili effetti della sentenza della Corte europea in tema di fecondazione eterologa nel nostro ordinamento, vada esclusa la possibilità di un'interpretazione conforme a Convenzione e a Costituzione, mentre spetta senz'altro al giudice *a quo* rinviare la questione alla Corte costituzionale<sup>22</sup>.

Dovrà essere cura del giudice *a quo*, in questa evenienza, dare conto, secondo quanto richiesto dalla Corte costituzionale, in primo luogo dell'esistenza di una *analogia* fra il caso austriaco, deciso dalla Corte europea e quello, necessariamente non identico, del giudizio principale, "per giustificare l'estrapolazione, partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo, di un principio di diritto che [possa] costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità"<sup>23</sup>; in secondo luogo, il remittente dovrà dimostrare di aver effettuato il tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme e che tale tentativo ha avuto esito negativo.

11

<sup>21</sup> V. C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno* (25 marzo 2010), in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

<sup>22</sup> Diversamente dalla Corte costituzionale, occorre 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, Sez. II bis, entrambe in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), hanno ritenuto che il giudice nazionale possa, per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, applicare direttamente la Convenzione europea (e, in particolare, secondo il TAR Lazio, 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 CEDU e i diritti fondamentali, così come garantiti dalla CEDU, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto "principi generali".

Si tratta di decisioni sinora isolate, le cui problematiche conseguenze non possono essere affrontate in questa sede. Per quanto qui rileva, ci si limita ad osservare che la Corte costituzionale ha confermato il proprio orientamento, secondo cui il giudice ha l'obbligo di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna di cui dubiti la compatibilità con la CEDU, anche successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (cfr. la sent. 12 marzo 2010, n. 93).

Per considerazioni critiche sulla decisione del Consiglio di Stato v. A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).

<sup>23</sup> Cfr. la sentenza 24 luglio 2009, n. 239, cit.