

Forum

Gli scenari futuri del divieto di fecondazione eterologa fra Corte costituzionale, Corte EDU e giudici comuni

Introduzione

MARILISA D'AMICO* E COSTANZA NARDOCCI**

Abstract: The authors analyse the issues related to Constitutional Court's ruling on prohibition of ova donation under Italian Law.

Keywords: Fundamental rights, Ova donation, Europea Court of Human Rights.

I. Con ordinanza n. 150/2012, il Giudice costituzionale, arrestandosi prima di uno scrutinio sul merito, ha disposto la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* per una nuova valutazione dei termini della questione di costituzionalità del divieto di donazione di gameti, sancito *ex art.* 4, comma 3, l. 40/2004, in ragione del *novum* costituito dalla sentenza resa dalla Grande Camera sul caso *S.H. e altri c. Austria*. Pur al centro di contrasti sin dall'*iter* legislativo ed espressione di un approccio ideologico, il divieto di fecondazione eterologa giunge dinanzi al Giudice costituzionale con ritardo rispetto alle vicende che hanno interessato i controversi limiti alla diagnosi preimpianto e alle tecniche di fecondazione artificiale ammesse.

Le questioni di costituzionalità sollevate dai Tribunali di Firenze, Catania e Milano, seppur con ineludibili differenze quanto ai parametri costituzionali invocati e alla finalità sottesa al richiamo alla pronuncia della Prima Sezione della Corte Edu, hanno condiviso analoga sorte intrecciandosi in modo discutibile con il caso concre-

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

** Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

Il contributo è frutto della riflessione comune delle due autrici. Tuttavia, il par. 1 è da attribuirsi a M. D'Amico, i par. 2 e 3 a C. Nardocci.

to oggetto del sindacato sovranazionale.

Accanto alla dimensione europea di tutela dei diritti fondamentali, capace di produrre effetti contraddittori¹rispetto all'aspettativa dell'"espansione massima delle garanzie"², un altro punto controverso attiene al rapporto tra il divieto di donazione di gameti e le indicazioni emerse dalla decisione della Corte costituzionale n. 151/2009. In tale prospettiva, il divieto male si concilia con una tecnica legislativa, che impone un bilanciamento dei diritti e individua nell'autonomia e nella responsabilità del medico la "regola di fondo"³ quanto alla scelta del trattamento terapeutico.

2. Punto di partenza nell'intento di evidenziare le criticità del provvedimento di restituzione degli atti è dato dalla circostanza per cui, per la prima volta, alla base di tale scelta si colloca la sopravvenienza di una sentenza della Corte Edu. Ciò comporta implicazioni di rilievo, nella prospettiva dell'impiego dell'ordinanza di restituzione, quando a incidere sulla norma parametro, sulla norma interposta o sul quadro normativo non sia un atto normativo, bensì un mutato orientamento giurisprudenziale.

Un primo elemento di criticità va, dunque, ricondotto al presupposto – un fatto giuridico e non uno *jus* – alla base del provvedimento di restituzione. Non vale addurre che un simile effetto è ricollegato alla sopravvenienza di una sentenza della Corte di Giustizia UE, poiché si tratta di pronunce non comparabili. A sostegno del rilievo, si pone il rango *sub*-costituzionale della Convenzione nel sistema delle fonti, che motiva il sindacato accentrato della Corte costituzionale sulla costituzionalità delle norme convenzionali invocate come parametri interposti, nonché la natura casistica della giurisprudenza della Corte Edu che avrebbe dovuto suggerire cautela nell'istituire un parallelismo con la Corte di Giustizia.

Un secondo punto problematico attiene alla valutazione della Corte costituzionale in ordine all'impostazione della questione di costituzionalità, letta nel senso del carattere preliminare dell'art. 117, comma 1, Cost. rispetto ai parametri cd. interni. Un carattere preliminare che giustifica – ad avviso della Corte – la restituzione degli atti ai remittenti e l'assorbimento degli ulteriori profili costituzionali interni (artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost.).

Più in generale, con riferimento all'anomalo impiego di tale tecnica decisoria possono esprimersi perplessità sotto due aspetti.

Un primo aspetto, di natura processuale, nella misura in cui tale pratica produce come effetto un allungamento dei tempi della giustizia costituzionale, ostando a un esame nel merito dei profili interni. Più specificamente, poi, la restituzione per sopravvenienza di una sentenza della Corte Edu attribuisce alle norme convenzionali una valenza che contraddice il loro rango *sub*-costituzionale e la precedenza che, nell'analisi della questione, dovrebbe avere la verifica della compatibilità delle stesse con i principi costituzionali nel rispetto di "un margine di apprezzamento e di adeguamento che consenta [alla Corte] di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi"⁴. Infine, simile impiego della tecnica di restituzione offre spunti di riflessione in tema di rapporti tra Corte costituzionale, Corte Edu e giudici comuni.

Più in particolare, il punto di maggiore rilievo si profila con riguardo agli effetti di tale precedente rispetto a una giurisprudenza costituzionale sinora ferma nel demandare alla Corte costituzionale il sindacato sulla compatibilità della norma interna con quella convenzionale e che, viceversa, sembra qui esprimersi in favore di una “saldatura”⁵ diretta tra giudice *a quo* e Corte Edu.

3. Premesso che l’ordinanza di restituzione lascia impregiudicata ogni valutazione in punto di non manifesta infondatezza della questione rispetto ai parametri interni – riguardo ai quali ci si dovrebbe attendere che la stessa venga risolta – altrettanto non si esclude la riproposizione del dubbio di costituzionalità rispetto all’art. 117, comma 1, Cost.

In primo luogo, potrebbe valorizzarsi la non sovrapposibilità della disciplina austriaca a quella italiana. In tal senso, inoltre, depongono alcuni argomenti a sostegno dell’ininfluenza della pronuncia della Grande Camera sulla valutazione del Giudice costituzionale intorno alla dubbia compatibilità del divieto di fecondazione eterologa con il sistema convenzionale. Ci si riferisce al rilievo assegnato, nella sentenza contro l’Austria, allo stato delle conoscenze scientifiche esistente all’epoca, ormai risalente, dell’entrata in vigore della normativa austriaca, all’asserita inesistenza di un *consensus* sul tema, all’impiego non condivisibile della dottrina del margine di apprezzamento, sino all’apertura a soluzioni di segno contrario, contenuta nel monito che chiude la sentenza. Profili che, unitariamente considerati, potrebbero costituire l’occasione perché l’ultima parola, se nuovamente investita della questione, spetti alla Corte costituzionale.

Note

¹ R. Romboli, si veda il contributo in questo fascicolo.

² C. cost. 317/2009, *Giur. cost.*, 2009, p. 1685.

³ C. cost. 151/2009, *Giur. cost.*, 2009, p. 4761.

⁴ C. cost. 236/2011, *Giur. cost.*, 2009, p. 3036.

⁵ E. Malfatti, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, in www.forum-costituzionale.it.