

**La Consulta nel *gioco di specchi riflessi* tra Corti sopranazionali e giudici comuni
(in tema di protezione giuridica della vita nascente)**

SOMMARIO: 1. Le decisioni (processuali) di oggi tra continuo e discontinuo con le pronunzie (di merito) del recente passato. – 2. L'incessante *gioco di specchi riflessi*: tra giurisprudenza EDU e giudici comuni italiani. – 3. (*Segue*): e tra giurisprudenza eurounitaria e magistratura italiana. Una chiusa finale sulla cautela esibita dalla Corte costituzionale.

1. Le decisioni (processuali) di oggi tra continuo e discontinuo con le pronunzie (nel merito) del recente passato

Più che impegnativo – sull'arroventato fronte della tutela giuridica della vita nascente – questo scorcio d'anno per la Corte costituzionale italiana, fattivamente impegnata a fronteggiare il "ritorno di fiamma" di talune questioni sollevate dai giudici comuni, non molto tempo addietro, innanzi ad essa proprio sul delicato tema *de quo*: così le ord., rispettivamente, dei Tribunali ordinari di Firenze (6 settembre 2010), Catania (21 ottobre 2010) e Milano (2 febbraio 2011) sulla legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, nonché del giudice tutelare di Spoleto (3 gennaio 2012) in ordine alla compatibilità costituzionale dell'art. 4, l. n. 194/1978, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*.

Che pure siffatte eventualità fossero, già da parecchio, nell'aria non ci voleva poi molta fatica a capirlo, se solo si fosse posto mente alle non poche volte in cui – proprio negli ultimi anni – la magistratura italiana ha ritenuto di dover chiamare in causa la Consulta sulla tanto vituperata disciplina della fecondazione artificiale del 2004 (e, correlativamente, anche su quella sull'aborto): così è, ad esempio, accaduto col divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione rispetto al quale proprio il nostro paese, in netta controtendenza rispetto a quelli appartenenti all'Unione europea, s'è distinto per non aver esteso alle coppie non sterili né infertili – seppure portatrici di malattie genetiche trasmissibili al nascituro – la possibilità di ricorrere a suddetta metodica¹, siffatta scelta essendo d'altro canto stata (discutibilmente invero) ritenuta «coerente con i molti valori che il legislatore ha inteso tutelare con la legge in questione e con le molte preoccupazioni che tanti hanno manifestato con riferimento alle complesse questioni che avrebbe posto la libertà eventualmente concessa a genitori e medici di selezionare e conservare e/o distruggere embrioni»².

Inizialmente non ritenuto illegittimo né dal Tribunale catanese cit.³, e nemmeno dal TAR Lazio (5 e 23 maggio 2005, decc., rispettivamente, nn. 3452 e 4047), affinché siffatto divieto fosse considerato lesivo degli artt. 2 e 32 Cost. bisognava difatti attendere il Tribunale di Cagliari il quale, in sede cautelare, decideva (ord. del 16 luglio 2005) di sollevare la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 13, l. n. 40, cit., nella parte in cui faceva divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che avevano avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione, ai fini dell'accertamento di eventuali patologie: proprio una certa disomogeneità argomentativa esibita dalla succitata ordinanza di rimessione, nondimeno, consentiva al giudi-

¹ Così, infatti, l'art. 1, comma 1, della l. n. 40/2004 (alla rubrica *Finalità*) consente il ricorso alla procreazione medicalmente assistita al solo scopo di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (previsione, questa, ulteriormente rafforzata dal successivo art. 4, *Accesso alle tecniche*, laddove si ribadisce, comma 1, che l'impiego delle tecniche fecondative è ammesso «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»).

² In tal modo, Tribunale di Catania, sez. I civ., decreto 3 maggio 2004 n. 40 (punto 6).

³ Su cui G. CASABURI, *Ancora sulla l. n. 40 del 2004: divieto di crioconservazione degli ovociti fecondati*, in *Corr. mer.*, 2005, 529.

ce delle leggi di sbarazzarsi, non senza una certa disinvoltura per la verità, di una pronunzia (anzi-tutto, politicamente...) scomoda con ord. n. 369 del 24 ottobre 2006⁴, rilevando l'evidente «contraddizione in cui il Tribunale» pareva essere inevitabilmente incorso «nel sollevare una questione volta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una specifica disposizione nella parte relativa ad una norma (il divieto di sottoporre l'embrione, prima dell'impianto, a diagnosi per l'accertamento di eventuali patologie) che, secondo l'impostazione della stessa ordinanza di rimessione» sarebbe stata «però desumibile anche da altri articoli della stessa legge, non impugnati, nonché dall'interpretazione dell'intero testo legislativo alla luce dei suoi criteri ispiratori»⁵.

Non dissimilmente, la Corte costituzionale veniva poco dopo chiamata a pronunziarsi – stavolta decidendo, come si usa dire, di... decidere⁶ – dal TAR Lazio (con ord. n. 159/2008) e dal Tribunale di Firenze (con ordd. nn. 323 e 382/2008) sulla compatibilità, al consueto combinato disposto degli artt. 2, 3 e 32 Cost., dell'art. 14, comma 2, *Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni*, l. n. 40, nella parte in cui precipuamente prevedeva che «le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica (...) non» dovessero «creare un numero di embrioni

⁴ A proposito della quale, v. A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, e S.L. MORSIANI, "A buon intenditor poche parole", entrambi in www.forumcostituzionale.it; L. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2007, 1618 ss.; A. GIGLIOTTI, *L'ordinanza della Corte costituzionale sul divieto di diagnosi preimpianto*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁵ A quasi un anno da quella pronunzia d'inammissibilità, ad ogni modo, toccava nuovamente al Tribunale di Cagliari pronunziarsi sul tanto vituperato divieto, avendo ritenuto «che i dati normativi richiamati» consentissero «con particolare riferimento al diritto alla piena consapevolezza dei trattamenti sanitari, al diritto alla salute e al principio di uguaglianza, tutti coinvolti nel caso di specie, un'interpretazione costituzionalmente orientata che» riconoscesse «la praticabilità della diagnosi genetica preimpianto nei casi in cui la stessa» fosse «stata richiesta ai sensi dell'art. 14 comma 5 della legge. In questo specifico caso, infatti, il necessario bilanciamento degli interessi costituzionalmente garantiti» imponeva «un'opzione interpretativa dei dati normativi che, rendendo ammissibile la diagnosi preimpianto» assicurasse «un'adeguata tutela del diritto della futura gestante ad esprimere un consenso consapevole in ordine al trattamento sanitario ancora *in itinere* (impianto in utero dell'embrione prodotto *in vitro*), essendo un'esauritiva informazione sullo stato di salute degli embrioni destinati all'impianto indispensabile, oltre che nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, in funzione della necessaria tutela della salute gestazionale della donna»: memore del recente – e forse ancora bruciante – fallimento innanzi al Tribunale costituzionale, in tal frangente il giudice preferiva insomma eludere la questione di legittimità costituzionale accogliendo direttamente la domanda alla stregua, appunto, di una lettura costituzionalmente orientata del tormentato art. 13 della l. n. 40 (in diametrale contrasto, peraltro, con la precedente ordinanza cautelare dello stesso tribunale che simile lettura aveva invece escluso).

L'intricata questione, nondimeno, pare destinata ad essere tutta nuovamente rimeditata da cima a fondo alla luce dei riflessi che potrebbe avere in Italia la recente (seppur non ancora definitiva) pronunzia della decima sez. della Corte EDU – investita del delicato compito, appunto, da una coppia italiana – nel caso *Costa e Pavan c. Italia* (28 agosto 2012): la dolorosa vicenda riguardava, in particolare, una coppia portatrice sana di fibrosi cistica (R. Costa e W. Pavan) la quale — dopo la nascita di una bambina nel 2006 colpita da tale malattia e nell'impossibilità per legge di ricorrere alla DPI al fine di mettere al mondo un altro figlio che non fosse affetto dalla medesima patologia – si rivolgeva (ric. n. 54270/10) alla Corte di Strasburgo contro la legge n. 40 cit. per ritenuta violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione, nello specifico rilevando la «mancanza di proporzionalità» di tale divieto alla luce del fatto che l'ordinamento italiano avrebbe comunque permesso loro di decidere per l'interruzione della gravidanza qualora il feto fosse successivamente scoperto portatore della malattia geneticamente trasmissibile (punto 60). «È chiaro» ritiene la Corte EDU «che il sistema legislativo italiano in questo settore non è coerente. Da un lato, esso impedisce l'impianto dei soli embrioni non colpiti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro, li autorizza ad abortire il feto colpito dalla stessa malattia» (punto 64): «le conseguenze di un tale sistema sul diritto al rispetto della vita privata e familiare dei richiedenti sono evidenti. Per proteggere il loro diritto di dare alla luce un bambino che non sia affetto dalla malattia cui sono portatori sani, l'unica possibilità che hanno è d'intraprendere una gravidanza in modo naturale e di procedere all'interruzione volontaria allorché l'esame prenatale mostrerebbe che il feto è malato» (punto 65). Col che i giudici di Strasburgo non possono che ritenere all'unanimità «che l'ingerenza» da parte della disciplina italiana sulla procreazione medicalmente assistita «nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare è stata sproporzionata» (punto 71) e condannare, pertanto, lo Stato convenuto al risarcimento del danno non patrimoniale subito nonché delle spese processuali sostenute: ciò perché «la Corte non può ignorare, da una parte, lo stato di ansia della richiedente che, nell'impossibilità di effettuare una DPI, vedrebbe come sola prospettiva della maternità quella legata alla possibilità che il bambino sia affetto dalla malattia in questione e, d'altra parte, la sofferenza derivante dalla scelta dolorosa di procedere, se necessario, ad un aborto terapeutico» (punto 66).

⁶ Così, part. L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giur. it.*, 2010, 281 ss.

superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». Premesso che un limite *in nuce* alla protezione dell’embrione già potesse indursi dal testo medesimo allorché esso ammetteva – con la limitazione stessa a soli tre del numero di embrioni “producibili” – «che alcuni di essi» potessero «non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un *affievolimento* della tutela dell’embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge»⁷, non troppi ostacoli incontrava invero la Consulta nel dichiarare l’illegittimità costituzionale della disposizione in questione (limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»): in particolare, si riteneva che, pure per bocca dello stesso legislatore, la difesa dell’embrione (lungi dal dispiegarsi assolutamente ed incondizionatamente) apparisse piuttosto limitata dalla necessità di individuare, insomma, un giusto bilanciamento con l’altrettanto fondamentale garanzia della salute della donna⁸.

Assai diverse rispetto alle occasioni così succintamente richiamate *supra* si rivelano invece, adesso, le vicende oggi in commento, entrambe accomunate dal non secondario rilievo di essere in qualche modo *indiretto* effetto (o, per meglio restare al titolo del presente contributo, *riflesso...*) di altrettanti *decisa* dei giudici sopranazionali in materia: così della Corte EDU, per un verso, l’una ipotesi della sopradetta rimessione al giudice delle leggi, rispettivamente, dei tribunali fiorentino, catanese e milanese; della Corte eurounitaria⁹, per un altro, il successivo caso dell’eccezione del giudice spoletino poc’anzi tratteggiata. Già di per sé infuocata, per cominciare, la questione in particolare del divieto italiano di eterologa s’è fatta addirittura incandescente proprio a seguito di un imprevedibile intersecarsi (quando non caotico sovrapporsi) tra singole giurisprudenze nazionali e quella CEDU di cui alle prima vicenda. Affinché il rilievo adesso evidenziato possa essere pienamente inteso, tuttavia, appare necessario fare per un attimo un passo indietro: e, precisamente, fino a quella pronuncia italiana¹⁰ con cui si confermava la precedente statuizione dello stesso giudice¹¹ la quale dichiarava manifestamente infondata l’eccezione di legittimità costituzionale relativa proprio al divieto d’eterologa di cui all’art. 4, comma 3, della l. n. 40/2004¹².

⁷ In tal senso, con lucida chiarezza, sent. n. 151/2009 (punto 6.1 *cons. dir.*, corsivo non testuale), su cui cfr. G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in www.forumcostituzionale.it; L. TRUCCO, *Procreazione assistita*, cit. e D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in www.giurcost.it; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; L. VIOLINI, *Note minime ad una decisione problematica* e M.E. D’AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, entrambi in AA.VV., *I diritti delle coppie infertili*, a cura di M.E. D’Amico-I. Pellizzone, Milano, 2010, rispettivamente, 191 ss. e 214 ss.

⁸ Con ciò i giudici costituzionali avevano peraltro tradito, già da queste poche battute, un preorientamento metodico afferente più alla concreta operatività delle tecniche di procreazione medicalmente assistita che non ad altre, più generali, questioni casomai attinenti all’ambito della ricerca scientifica nel suo complesso ovvero allo statuto giuridico dell’embrione in generale (l’impianto complessivo della legge rimanendo, in altre parole, fuori discussione e dovendosi piuttosto verificarne la compatibilità, in alcuni punti, coi principi già enucleati dalla giurisprudenza costituzionale in tema di diritto alla salute e obblighi a carico degli operatori sanitari). Un intervento demolitorio dunque, quello all’epoca operato con sent. n. 151, che – per mutuare le parole dello stesso giudice costituzionale – teneva fermo «il principio secondo cui le tecniche di produzione non» dovevano «creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico» ma, al contempo, escludeva «la previsione dell’obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute» (così, nuovamente, punto 6.1 *cons. dir.*).

⁹ Per tale, originale, espressione v. spec. A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it e, più di recente, ID., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁰ Cfr. Tribunale di Milano, I sez. civ., ord. del 23 novembre 2009.

¹¹ Così, invece, I sez. civ., ord. del 7 aprile 2009.

¹² In oggetto, ad esempio, i contributi di AA.VV., *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, a cura di M. D’Amico-B. Liberali, Milano, 2012.

Brevemente, la vicenda interessata purtroppo sapeva dolorosamente di *déjà vu*: affetta da una condizione di sterilità incurabile, una coppia di coniugi ricorreva, ex art. 700 cod. proc. civ., avverso il diniego opposto da parte del medico di procedere con l'applicazione delle tecniche di procreazione eterologa, chiedendo che il giudice – non solo imponesse a costui di eseguire l'intervento richiesto ma pure – sollevasse questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 2, 3, e 32 Cost. italiana, sulla predetta disposizione nella parte in cui non si prevedeva un'eccezione al divieto nel caso in cui i problemi di sterilità o infertilità non fossero superabili mediante la fecondazione omologa. Avvalendosi della tradizionale argomentazione relativa alla sfera di discrezionalità riservata in materia al Parlamento, il giudice monocratico adito, il 7 aprile 2009, rigettava nondimeno il ricorso, evidenziando come scopo della legge 40 non fosse solo quello di «garantire ad ogni costo la genitorialità ma di favorirla nell'ambito di precisi limiti» quali la salute dei soggetti coinvolti, compreso il nascituro, «oltre ai principi etici e sociali dal legislatore ritenuti essenziali»: l'organo giudiziario, in particolare, riteneva che le Camere avessero avuto di mira l'esclusiva “genitorialità biologica” quale solo modello socialmente consolidato «ritenuto maggiormente affidabile ed idoneo al migliore sviluppo» dell'equilibrio psico-fisico e dell'identità biologica del nascituro¹³ (la quale decisione come si anticipava veniva, appena qualche mese dopo, confermata dal giudice collegiale).

2. L'incessante gioco di specchi riflessi: tra giurisprudenza EDU e giudici comuni italiani

Senonché – ad ingarbugliare una vicenda giudiziaria altrimenti destinata ad un sicuro posto tra le tante decisioni “conservatrici” documentate nelle rassegne giurisprudenziali sul tema – il 1° aprile 2010 irrompeva inaspettatamente sulla scena proprio la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata in causa¹⁴ da due coppie sposate di nazionalità austriaca, residenti in Austria ed affette da problemi di sterilità diametralmente opposti¹⁵: impugnata, nel 1998, la legge austriaca del 1992 che vietava il ricorso allo sperma di un donatore e la “donazione” di ovuli ai fini della fecondazione *in vitro* (ma consentiva quella omologa) innanzi alla Corte Costituzionale austriaca, quest'ultima, appena un anno dopo, rigettava il ricorso ritenendo che l'ingerenza pur lamentata dalle ricorrenti nella loro vita familiare fosse giustificata, da un lato, dall'esigenza di evitare la creazione di relazioni “insolite” tra le persone¹⁶; e, dall'altro, il rischio di sfruttamento delle donne meno abbienti da parte delle coppie sterili per ottenere la donazione degli ovuli. Il quale diniego autorizzava, dunque, le due coppie interessate all'ulteriore gravame alla Corte europea per lesione del combinato disposto degli artt. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) – ritenendo i ricorrenti l'interdizione del dono di sperma e di ovuli ai fini della fecondazione *in vitro* una violazione del loro diritto al rispetto della vita familiare – e 14 (*Divieto di discriminazione*) – lamentando l'esistenza di una situazione discriminatoria rispetto a quelle coppie che potevano accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita senza ricorrere al dono dell'ovulo o dello sperma – della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Chiamato, pertanto, a pronunciarsi sulla compatibilità con la CEDU del suddetto divieto di eterologa, il giudice EDU rilevava come la mancanza di un approccio uniforme degli Stati membri del Consiglio dell'Europa in materia di procreazione medicalmente assistita non potesse certo comportare che, qualora i singoli Parlamenti avessero dovuto risolversi ad introdurre una disciplina giuridica in tal senso, essa non dovesse comunque dimostrarsi «coerente», consentendo il ragionevole bilanciamento dei diversi fini-valori in gioco; dal che, con riferimento al precipuo caso di H.E-G e M.G.¹⁷, i giudici di Strasburgo accoglievano il ricorso rilevando un'evidente sproporzione tra il fine

¹³ Sul punto, B. LIBERALI, *La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il giudice comune italiano: la non manifesta infondatezza della questione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁴ Così, ric. 8 maggio 2000, n. 57813, caso *S.H. e altri vs Austria*.

¹⁵ ... giacché S.H., soffrendo di sterilità tubaria, avrebbe necessitato della fecondazione *in vitro* con ricorso allo sperma di un donatore ed H.E-G., nell'impossibilità dell'ovulazione – pure se il marito M.G. era in grado di procreare – avrebbe richiesto, invece, una p.m.a. con ricorso agli ovuli di una donatrice.

¹⁶ ... come, appunto, nel caso di un bambino che avesse una madre “genetica” ed una “gestante”.

¹⁷ ... la coppia che, per intendersi, richiedeva la p.m.a. con ricorso agli ovuli di una donatrice.

prefissato (prevenire i possibili rischi associati a questa tecnica) ed i mezzi legislativamente predisposti (l'interdizione totale). Così, se l'argomento che le donne fossero sfruttate e che il procedimento fosse utilizzato a fini eugenetici poteva essere pianamente esteso anche ad altre metodiche di procreazione artificiale, non doveva trascurarsi né che la stessa legislazione indubbiata proibiva comunque la remunerazione del donatore di ovuli né, tantomeno, che il prelievo di ovuli da fecondare era, in ogni caso, contemplato anche per le tecniche c.d. omologhe, né da ultimo che quei legami familiari "senza un rapporto biologico" erano legittimamente ammessi dallo stesso ordinamento a far tempo dall'introduzione dell'istituto dell'adozione: «il fatto» cioè «che già» si fosse verificato, «in Austria (così come in molti ordinamenti, fra cui quello italiano), un caso in cui», come nell'adozione, esistevano «relazioni genitoriali diverse da quelle biologiche» portava «a ritenere tale giustificazione non sufficiente a legittimare il divieto di donazione di ovociti. In altre parole, esistendo altre ipotesi, ritenute ammissibili nell'ordinamento di riferimento, di 'parentele atipiche', non» era «possibile sostenere che il fine di prevenirne l'insorgenza» potesse «assurgere a giustificazione del divieto di procreazione eterologa»¹⁸.

Non molto diversamente sarebbero, peraltro, state le cose per il secondo dei due casi all'attenzione della Corte (S.H. e D.H.), una palese violazione dell'art. 14 in combinato con l'art. 8 CEDU avendosi pure laddove la legge austriaca acconsentiva, separatamente, sia alla procreazione *in vitro* con materiale gametico della coppia che quella eterologa *in vivo* ma non alla "combinazione" delle due tecniche (e, cioè, quella *in vitro* con seme di un donatore): né sarebbe valso, in senso contrario, obiettare – come pure fatto dal Governo austriaco intervenuto ad estrema difesa del suddetto testo – quelle stesse considerazioni d'opportunità già sollevate per il primo caso (non essendo esse perfettamente riferibili al caso di dono di sperma) ovvero il rilievo della maggiore efficacia della metodica (ritenuta non sufficiente a precludere l'utilizzo di altre tecniche come la fecondazione *in vitro*)¹⁹. Insomma, pure non tecnicamente definitiva – di lì a non molto si sarebbe avuto il successivo riesame, sul punto, da parte della Grande Camera – non poteva nondimeno sottacersi come siffatta decisione avesse potuto dar luogo ad un vistoso problema di compatibilità con la disciplina di quei paesi, pure aderenti alla CEDU, i quali avevano invece deciso di non dare ingresso, al loro interno, alla p.m.a. eterologa: così proprio nell'ordinamento italiano, dove com'è noto non è attualmente possibile procedere all'applicazione immediata e diretta delle norme EDU²⁰, già all'epoca non inutile era chiedersi se tale pronuncia avesse potuto in qualche modo influenzare i giudici italiani nella valutazione della non manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale eventualmente riproposta sempre sul medesimo, tormentato, art. 4, comma 3.

Simile (non difficile in tempi brevi a preconizzarsi) eventualità, peraltro, s'è puntualmente verificata proprio in Italia, avendo le richiamate ord. sollevato, tutte, il dubbio di costituzionalità proprio sul vituperato comma 3 dell'art. 4 della l. n. 40 per venire incontro alle richieste di coppie in cui uno dei due *partners* era affetto da sterilità/infertilità: a tal proposito, tuttavia, non poteva tralasciarsi che, solo dopo aver preliminarmente sciolto in senso positivo la pregiudiziale questione della possibile omogeneità di disciplina tra i due divieti legislativi (austriaco ed italiano), il tribunale costituzionale italiano avrebbe potuto adeguatamente affrontare il problema – logicamente e cronologicamente successivo – dell'integrazione del parametro costituzionale col *decisum* del giudice EDU. La

¹⁸ «Proprio tale ragionamento» avrebbe potuto «portare a ritenere anche la nostra legge sulla procreazione medicalmente assistita in contrasto con la Convenzione europea. Anche in Italia, infatti, lo scopo del divieto contenuto nell'art. 4 della legge n. 40 del 2004» era «proprio quello di evitare le parentele atipiche che però, analogamente a quanto avviene in Austria, esistono e sono ammesse nel nostro ordinamento in altre ipotesi (si pensi all'adozione). Una volta considerata inammissibile tale *ratio legis*» sarebbe sembrata «venir meno la ragionevolezza della disciplina»: così, per esempio, S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁹ Per tutti questi profili, G. GRASSO, *Sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento integrato*, in www.csm.it.

²⁰ ... né col puntello dell'art. 6 Tr. U.E. né, tantomeno, con l'avallo di una giurisprudenza amministrativa di contrario avviso: così, ad esempio, sentt. Cons. Stato, Sez. IV, n. 1220 del 2 marzo 2010 e TAR Lazio, Sez. II bis, n. 11984 del 18 maggio 2010 [su cui 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 nonché, più ampiamente sul tema, V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 307 ss.].

qual cosa, già all'epoca, pareva *prima facie* tutt'altro che scontata, la normativa italiana avendo posto un generalizzato divieto alla possibilità di ricorrere a tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo (senza, dunque, effettuare distinzione alcuna tra donazione di ovuli o di sperma e tra fecondazione *in vivo* o *in vitro*) e la sua omologa austriaca avendo invece espressamente distinto tra donazione di ovuli (per la quale vigeva un divieto assoluto e generale affatto diverso da quello italiano) e di liquido seminale (permessa nella fecondazione *in vivo* ma interdetta per quella *in vitro*): per la parte relativa alla donazione di ovuli i due divieti, dunque, si equivalevano rimanendo, tuttavia, decisamente disomogenei quanto al trattamento riservato alla diversa ipotesi della donazione del seme maschile²¹.

Solo una volta oltrepassato questo preliminare, e nondimeno aguzzo, scoglio si sarebbe potuto intraprendere il sentiero della possibile estensione dei principi giurisprudenziali enucleati dalla giurisprudenza convenzionale anche nel nostro paese²²: nel *metodo*, la Consulta avendo ormai costantemente ammesso l'integrazione del parametro costituzionale di cui all'art. 117, comma 1, Cost. con l'"interposizione" degli obblighi internazionali (col che, non potendo disapplicare la norma interna

²¹ Cfr., per esempio, S. CATALANO, *op. cit.*

²² Così, al fine di verificare l'eventuale contrasto della disposizione interna con la Convenzione europea, spetterà al giudice comune riferirsi alle norme della CEDU per come interpretate dalla Corte di Strasburgo: (in tal senso, *ex plurimis*, sent. n. 236/2011, su cui E. CACACE, *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme Cedu: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte Costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2011*, in www.forumcostituzionale.it, richiamando le storiche sentt. nn. 348-349/2007) «specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione» (cfr., ad esempio, sent. n. 78/2012, punto 13 del *cons. dir.*); ciò perché il contenuto della Convenzione (e degli obblighi da essa derivanti) è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni essa ha elaborato (in oggetto, part. sent. n. 311/2009, a proposito della quale v. A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in www.forumcostituzionale.it e R. DICKMANN, *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU?*, in www.federalismi.it, nonché sent. n. 236, ora cit.), sebbene tale diritto vivente convenzionale debba esser osservato nella «sostanza»; «con un margine di apprezzamento e di adeguamento», cioè, «che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi» (così, nuovamente, sentt. nn. 236, cit., punto 9 *cons. dir.*, e 317, cit.). La quale, ultima, conclusione nondimeno (non solo non ostacola ma, anzi) potrebbe favorire la manipolazione, ad opera della Corte costituzionale, dell'orientamento giurisprudenziale EDU e, *in limine*, dello stesso dato convenzionale, tale pratica non sorprendendo, certo, «chi ha familiarità con le esperienze della giustizia costituzionale. Quante volte, d'altronde, a base di pronunzie manipolative dell'oggetto del giudizio, nondimeno presentate come lecite (e, anzi, doverose) siccome non lesive della discrezionalità del legislatore, non sta una previa, finemente argomentata, manipolazione del parametro? Ciò che la Corte fa non di rado manipolando... *se stessa*, ora offrendo l'interpretazione "autentica" (ma, in realtà, correttiva) del proprio pensiero (...) ora ancora facendo luogo ad una incisiva selezione dei precedenti, ed ora in altri modi ancora»: così, A. RUGGERI, *La Corte costituzionale "equilibrista", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in www.giurcost.it. Resta, comunque, salva la previa verifica da parte della Consulta della «compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione» (in tal senso, spec. sentt. nn. 113-303/2011 richiamando la sent. n. 349/2007, punto 6.2 *cons. dir.*).

Sulla dottrina del margine di apprezzamento v., *ex plurimis*, almeno T.A. O'DONNELL, *The margin of appreciation doctrine: standards in the jurisprudence of the European Court of Human rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, 474 ss.; R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, III, Milano, 1987, 192 ss.; ID., *The margin of appreciation*, in AA.VV., *The european system for the protection of human rights*, a cura di R.St.MacDonald-F. Matscher-H. Petzold, l'Aja, 1990, 81 ss.; R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, 571 ss.; C. OVEY, *The margin of appreciation and article 8 of the Convention*, S.C. PREBENSEN, *The margin of appreciation and articles 9, 10 and 11 of the Convention*, Y. WINISDOERFFER, *The margin of appreciation and article 1 of protocol no. 1*, J. SCHOKKENBROEK, *The prohibition of discrimination in article 14 of the Convention and the margin of appreciation*, M. O'BOYLE, *The margin of appreciation and derogation under Article 15: ritual incantation or principle?*, tutti in *Human Rights Law Journal*, 1998, rispettivamente, 10 s., 13 s., 18 s., 20 s., 23 s.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 1999, 744 ss.; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, part. 42 ss.; G. GAJA, *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in AA.VV., *La difficile Costituzione europea*, a cura di U. De Siervo, Bologna, 2001, 211 ss.; F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea-A. Spadaro-L. Ventura, Torino, 2002, 65 ss.

in contrasto, i giudici comuni dovrebbero sempre sollevare ad essa la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004 proprio per violazione del suddetto primo comma)²³; ma pure nel *merito*, la violazione da parte del divieto austriaco del principio di non discriminazione ex artt. 8 e 14 CEDU invocata dalla Corte EDU²⁴ potendo integrare, ad esempio, la violazione dell'art. 3 Cost. italiana, già invocata davanti ai tribunali remittenti oltre agli artt. 2 e 32 Cost.

Peccato solo che, a scompaginare definitivamente i tasselli di un quadro giurisprudenziale andato così faticosamente componendosi, il 3 novembre 2011 sia, infine, sopraggiunta la sentenza della Grande Camera la quale – considerato che «il campo della procreazione artificiale conosce una evoluzione particolarmente rapida sia dal punto di vista scientifico sia nella regolamentazione delle sue applicazioni mediche» per cui è «particolarmente difficile stabilire una solida base per valutare la necessità e adeguatezza di misure legislative, le cui conseguenze potrebbero divenire ovvie solamente dopo un considerevole lasso di tempo» (punto 103), ed ammesso «che il legislatore austriaco avrebbe potuto concepire un diverso quadro giuridico per la regolamentazione della procreazione artificiale che avrebbe consentito la donazione di ovuli» (punto 106) – ritiene, nondimeno, che «il fulcro della questione secondo il disposto dell'articolo 8 della Convenzione non è se una diversa soluzione avrebbe potuto essere adottata dal legislatore che avrebbe presumibilmente stabilito un più armonioso equilibrio, ma se, nello stabilire un armonioso equilibrio al punto in cui lo ha fatto, il legislatore austriaco sia andato oltre il margine di discrezionalità di cui godeva ai sensi di detto articolo» (ancora punto 106)²⁵.

Dal che – sfruttando l'inaspettata “sponda” provvidenzialmente offerta dal giudice EDU – la Corte costituzionale italiana ha gioco obiettivamente facile nel disporre, con ord. n. 150/2012, la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* affinché procedano ad un rinnovato esame dei termini della questione, la diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all'interpretazione accolta dalla sentenza della Prima Sezione espressamente richiamata dai rimettenti inevitabilmente incidendo «sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus*» e costituendo «un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta»²⁶.

²³ Sul punto, tra i molti, v. almeno A. RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un “modello” internamente composito)*, in www.forumcostituzionale.it; M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir., Ann.*, IV (2011), 335 ss. (spec. 396 ss.). Sulla, più generale ed ampia, questione dell'autoapplicabilità, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008; A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli, 2011; A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto dell'Unione europea* e D. PORENA, *La disapplicazione normativa: nuovo criterio di risoluzione delle antinomie o “figura limite” nella teoria delle fonti?*, entrambi in www.federalismi.it.

²⁴ La Corte ha ritenuto, infatti, che vi fosse discriminazione con riferimento alle coppie che potessero soddisfare il proprio desiderio di avere un figlio senza dover ricorrere alla donazione di ovuli (così punto n. 85 della pronuncia, rispetto ad una delle coppie ricorrenti) e avuto riguardo a quelle che potessero giovare della donazione di sperma per la fecondazione *in vivo* (punto n. 94, relativamente alla seconda coppia ricorrente: sul punto, B. LIBERALI, *La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit).

²⁵ Ricordato, pertanto, «che uno Stato può, fermo restando quanto disposto dall'articolo 8 della Convenzione, adottare una legislazione che regoli aspetti importanti della vita privata che non preveda un bilanciamento degli opposti interessi per ciascun caso specifico» – e che, dunque, «laddove tali importanti aspetti siano in gioco, l'adozione da parte del legislatore di norme di natura assoluta volte a promuovere la certezza del diritto non è incompatibile con l'articolo 8» (punto 110) – i giudici di Strasburgo non possono che concludere che «il legislatore austriaco non ha all'epoca ecceduto il margine di discrezionalità concessogli né per quanto riguarda il divieto di donazione di ovuli ai fini della procreazione artificiale né per quanto riguarda il divieto di donazione di sperma per la fecondazione *in vitro* previsto dall'articolo 3 della Legge sulla Procreazione Artificiale» (punto 115); né può, in senso contrario, lamentarsi la lesione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 8, «nelle circostanze del caso di specie» avendo la Corte EDU ritenuto «che la sostanza dei motivi di ricorso dei ricorrenti sia stata sufficientemente valutata nel quadro di esame delle loro affermazioni secondo l'articolo 8 della Convenzione»; conseguendone «che non vi è alcuna ragione di esaminare separatamente i medesimi fatti dal punto di vista dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione» (punto 120).

²⁶ Così, ord. n. 150, cit., su cui 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; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, in www.forumcostituzionale.it; F. MANNELLA, *La difficile elaborazione del “diritto ad avere un figlio”*

3. (Segue): e tra giurisprudenza eurounitaria e magistratura italiana. Una chiusa finale sulla cautela esibita dalla Corte costituzionale

Non meno gravida d'importanti ricadute sul tema *de quo* di quanto non si sia già mostrata la richiamata pronunzia dei giudici di Strasburgo pare rivelarsi, poi, quella dei giudici di Lussemburgo sulla qualificazione del termine «embrione», su cui fa vigorosamente leva la sopramenzionata ord. spoletina del 3 gennaio di quest'anno.

A tal proposito, del resto, la selva di possibili declinazioni si è sempre dimostrata particolarmente fitta ed intricata per il giurista, l'espressione «embrione» connotandosi, a seconda del punto di vista adottato, di una moltitudine d'impalpabili sfumature linguistiche altamente tecniche e corrispondenti ad altrettante fasi di sviluppo dell'organismo umano (zigote, morula, blastula, gastrula, ecc.). In prima approssimazione, può definirsi «embrione» nei mammiferi placentati l'organismo ottenuto dal processo di divisione cellulare di uno zigote (o *one-cell embryo*) che non possiede ancora tutte le parti dello stato adulto (cui fisiologicamente approderà solo in presenza di condizioni idonee): solo quando lo sviluppo degli organi sarà completo – al punto, cioè, d'includere tutti i tessuti presenti nell'individuo già nato – l'embrione prenderà il nome di «feto» (sebbene una parte delle cellule embrionali, pure identiche a quelle precursori del feto, si differenzieranno quasi subito per dar vita alla placenta). Per quel che riguarda più da vicino la specie umana, tuttavia, tale termine viene talvolta posticipato, dopo un certo numero di divisioni cellulari successive allo stadio monocellulare dello zigote, fino alla formazione del c.d. «bottono embrionale» (di quella differenziazione morfologica, cioè, che permette appunto di distinguere l'embrione dalla placenta).

Sul cruciale punto, com'è di ogni evidenza da una prima lettura della Carta, ad ogni modo il diritto *vigente* eurounitario non ha assunto posizioni una volta per tutte chiarificatrici, il legislatore avendo piuttosto preferito non avventurarsi su terreni talmente sdruciolevoli ed incerti per privilegiare ambiti decisamente meno controversi come, ad esempio, la pena di morte e le misure «positive» di protezione della vita (quando, cioè, l'individuo sia già indiscutibilmente da considerarsi «persona» a tutti gli effetti): così, a parte taluni isolati interventi – come la risoluzione del Parlamento europeo sul diritto della donna di scegliere liberamente tra prosecuzione ovvero interruzione della gravidanza (12 marzo 1990) – è invece al diritto *vivente* che bisogna di necessità guardare per eventualmente ricavarne, o meno, qualche indicazione in tale direzione. In questo senso, non v'è certo dubbio che il riferimento alle c.d. tradizioni costituzionali degli Stati membri (quasi tutte, più o meno, orientate ad una facultizzazione dell'aborto), per un verso, ed il ricorso alla giurisprudenza EDU (tendenzialmente incline a privilegiare le libere scelte dei singoli Stati)²⁷, per un altro, non possano che fisiologicamente «impressionare» l'orientamento della Corte di Giustizia: e, purtuttavia, non può non far profondamente riflettere il *trend* giurisprudenziale da quest'ultima inaspettatamente assunto, proprio in tempi a noi più vicini, con specifico riferimento alla direttiva 98/44/CE, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche.

Già sottoposta a verifica nella causa C-377/98, *Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea* – allorquando, cioè, la Corte di Giustizia l'aveva ritenuta sufficientemente affidabile «affinché il corpo umano» restasse «effettivamente indisponibile ed inalienabile» e venisse «così salvaguardata la dignità umana immune da vizi» – tale disciplina è di recente tornata all'attenzione dei giudici del Lussemburgo nella causa C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V*: vale a dire quando questi ultimi sono stati chiamati dal *Bundesgerichtshof* tedesco a pronunziarsi in via pregiudiziale sul corretto significato da dare al termine «embrioni umani» di cui all'art. 6, n. 2, lett. c), della suddetta direttiva. Premesso che «la mancanza di una definizione uniforme della no-

tra bilanciamenti legislativi e giurisprudenziali, in www.federalismi.it; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; G. REPETTO, *Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, in www.diritticomparati.it; A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita* in www.giurcost.it.

²⁷ In oggetto, *ex plurimis*, decisione del 19 maggio 1992, *H. c. Norvegia*.

zione di embrione umano determinerebbe il rischio che gli autori di talune invenzioni biotecnologiche siano tentati di chiedere la brevettabilità di queste ultime negli Stati membri che concepiscono nel modo più restrittivo la nozione di embrione umano – e, quindi, i più permissivi per quanto riguarda le possibilità di brevettare le invenzioni di cui trattasi», a motivo del fatto che la brevettabilità delle stesse sarebbe esclusa negli altri Stati membri – e che «una tale situazione costituirebbe una lesione al buon funzionamento del mercato interno, che costituisce lo scopo della direttiva di cui trattasi» (punto 28), con pronunzia del 18 ottobre 2011 la Corte eurounitaria ha difatti stabilito che, ai fini dell'interpretazione della normativa indubbiata, costituisce “embrione umano” «qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi»: e, corrispondentemente, che al giudice nazionale spetta di «stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti costituisca un ‘embrione umano’ ai sensi dell’art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva» (punto 38).

Espressamente motivati dal “contesto” e dallo “scopo” della direttiva²⁸ – i quali paleserebbero l'intentio del legislatore dell'Unione di escludere qualsiasi brevettabilità che possa in qualsiasi modo pregiudicare «il rispetto dovuto alla dignità umana» – i giudici di Lussemburgo non hanno evidentemente troppa difficoltà nell'interpretare la nozione di “embrione umano” di cui all’art. 6, cit., «in senso» talmente «ampio» (punto 34): a partire dal preambolo stesso della direttiva dove, accanto all'incoraggiamento agli investimenti nel settore della biotecnologia, emerge con nitidezza la necessità che lo sfruttamento del materiale biologico di origine umana avvenga nel rispetto dei diritti fondamentali (e in particolare, appunto, della dignità umana). È così che, rispettivamente, si giunge: 1) al sedicesimo *considerando* della medesima allorquando si sottolinea che «il diritto dei brevetti dev'essere esercitato nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo»; 2) all’art. 5, n. 1, il quale vieta che il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, possa costituire un'invenzione brevettabile; 3) all’art. 6 nella parte in cui indica come contrari all'ordine pubblico o al buon costume – e per tale ragione esclusi dalla brevettabilità – i procedimenti di clonazione di esseri umani, i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano e le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali (senza considerare, infine, il trentottesimo *considerando* della direttiva il quale precisa come suddetto elenco non sia esauriente ed anche tutti i procedimenti la cui applicazione rechi pregiudizio alla dignità umana debbano essere esclusi dalla brevettabilità)²⁹.

Stando così le cose, parrebbe insomma come il giudice comunitario – in netta controtendenza rispetto alla pregressa giurisprudenza – non solo abbia somministrato una propria, generale, definizione di “embrione” agli Stati membri dell'Unione ma abbia persino (ed inopinatamente...) anticipato la tutela di esso addirittura alla fase di fecondazione dell'ovulo, dal momento che essa sarebbe «tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano» (punto 35)³⁰: non stupisce dunque troppo se – chiamato a pronunziarsi sulla richiesta di interruzione volontaria della gravidanza rivolta da una minorenni alla ASL 3 Umbria senza il coinvolgimento dei genitori³¹ – il giudice tutelare

²⁸ ... gli unici, peraltro, a poter guidare la Corte nel suo giudizio ogniqualvolta «il diritto dell'Unione non fornisce alcuna definizione»: così, in particolare, sentt. 10 marzo 2005, causa C-336/03, *easyCar* (punto 21); 22 dicembre 2008, causa C-549/07, *Wallentin-Hermann* (punto 17) e 29 luglio 2010, causa C-151/09, *UGT-FSP* (punto 39).

²⁹ In tale direzione, già sent. 9 ottobre 2001, nella citata causa C-377/98, *Paesi Bassi/Parlamento e Consiglio* (punti 71 e 76).

³⁰ La quale, ultima, considerazione nondimeno – lungi dal potersi dire definitiva e stabile – sembrerebbe invece attendere l'eventuale conferma di future pronunzie se la stessa Corte, dopo l'improvvisa fuga in avanti, ha ancora cura di precisare «che, sebbene la definizione dell'embrione umano costituisca un tema sociale particolarmente delicato in numerosi Stati membri, contrassegnato dalla diversità dei loro valori e delle loro tradizioni» essa «non è chiamata, con il presente rinvio pregiudiziale, ad affrontare questioni di natura medica o etica, ma deve limitarsi ad un'interpretazione giuridica delle pertinenti disposizioni della direttiva» (punto 30): in oggetto, v. pure sent. 26 febbraio 2008, causa C-506/06, *Mayr* (punto 38).

³¹ Pur normalmente richiedendo, difatti, il consenso di chi eserciti la potestà, o la tutela, quando la gestante sia minorenni (art. 12, l. n. 194/1978), nondimeno la legge stabilisce che «Nei primi novanta giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate,

spoletino (con ord. n. 60 del 3 gennaio 2012, cit.) intraveda «nel *dictum* della Corte europea l'affermazione, decisa ed inequivoca quanto mai prima d'ora, dell'assoluto rilievo giuridico attribuito all'«embrione umano», il quale non soltanto viene definito tale 'sin dalla fecondazione' – così sgombrandosi il campo da qualsivoglia possibilità di interpretazione alternativa eventualmente finalizzata all'affermazione dell'esistenza di un embrione umano soltanto a partire da una determinata epoca successiva a quella della fecondazione dell'ovulo – ma considerato un soggetto di primario valore giuridico da tutelare in modo assoluto avverso il pericolo di qualsivoglia indebita utilizzazione mediante invenzioni per finalità industriali o commerciali»³². Su tali basi non sembra, pertanto, al Tribunale inesatto ritenere come «l'«embrione umano» debba qualificarsi alla luce dell'intervenuta decisione europea come 'essere' provvisto di una autonoma soggettività giuridica della cui tutela l'ordinamento deve farsi carico anche (e soprattutto) a cagione della mancanza di qualsivoglia capacità di auto-tutela da parte del diretto interessato»³³: con la conseguenza che il richiamato art. 4, l. n. 194/1978, si porrebbe insomma in frontale contrasto – non solo con gli artt. 11 e 117, comma 1 Cost.³⁴ ma, soprattutto – col parametro di cui agli artt. 2 e 32, comma 1, Cost.³⁵.

Alla stregua di quanto già avvenuto a proposito del divieto di eterologa (con l'ord. n. 150, cit., di restituzione degli atti al giudice *a quo*), comunque, anche sulla controversa nozione di «embrione umano» il giudice delle leggi preferisce evidentemente optare ancora per una pronunzia processuale³⁶ la quale – elargendo «una *non risposta*» che ha «la *parvenza della definitività*»³⁷ – gli consenta

rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difforni, il consultorio o la struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, espleta i compiti e le procedure di cui all'articolo 5 e rimette entro sette giorni dalla richiesta una relazione, corredata del proprio parere, al giudice tutelare del luogo in cui esso opera» il quale «entro cinque giorni, sentita la donna e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere l'interruzione della gravidanza» (art. 4, l. n. 194, cit.).

³² Così ord. cit., punto 3 *cons. dir.*

³³ In tal senso, punto 4 *cons. dir.*

³⁴ ... essendosi trattato «di decisione resa in seguito a rinvio pregiudiziale, ex art. 267 TFUE, da parte di un giudice nazionale», infatti, «il principio interpretativo affermato dalla Corte deve ritenersi assumere, per ciò solo, efficacia diretta e vincolante per tutti gli Stati membri (*ex pluribus*, Cassazione – sentenza 14468 del 22 dicembre 1999) i cui operatori del diritto sono dunque chiamati ad applicare la legislazione interna dello Stato in maniera armonica e non confliggente con quanto affermato dalla Corte europea; ciò in linea con la giurisprudenza costituzionale (da ultimo, con sentenza n. 227 del 2010) che, affermando il principio di prevalenza del diritto comunitario in forza dell'art. 11 della Costituzione, ha sancito il potere-dovere del giudice dello Stato di dare immediata applicazione alle norme comunitarie, se provviste di efficacia diretta, in luogo di norme nazionali che risultino in contrasto insanabile in via interpretativa ovvero, negli altri casi, di sollevare questione di legittimità costituzionale anche in relazione al novellato art. 117 della Costituzione» (così, ord. cit., punto 2 *cons. dir.*).

³⁵ ... col primo, giacché «dalla definizione di principio contenuta nella decisione della Corte europea sembra doversi ritrarre la conclusione sostanziale che l'«embrione umano» è suscettibile di tutela assoluta in quanto 'uomo' in senso proprio, seppur ancora nello stadio di sua formazione/costituzione mediante il progressivo sviluppo delle cellule germinali» (in questo modo, ord. cit., punto 8 *cons. dir.*); rispetto al secondo, «poiché la volontaria distruzione dell'«embrione umano» sembra costituire condotta fortemente violativa anche di quel diritto alla salute che viene affermato e tutelato in quanto 'fondamentale diritto dell'individuo' e dunque spettante a chiunque possieda una individualità giuridicamente rilevante: tale è il caso dell'«embrione umano» che, anche qualora volesse disattendersi la definizione di 'uomo *in fieri*' come sopra delineata, è di certo qualificabile come 'individuo' in senso proprio, tale dovendosi definire quel centro di imputazione soggettiva di relazioni giuridicamente rilevanti che sia diverso, sotto il profilo ontologico, dalle cose inanimate e, sotto il profilo di genere e specie, dai vegetali e dagli animali» (così, ord. cit., punto 8 *cons. dir.*).

³⁶ In attesa del deposito del testo, frattanto la decisione veniva «già accolta con sollievo da quanti e quante – soprattutto sul web – si erano mobilitati per scongiurare uno snaturamento della legge (...) un gruppo di blogger e associazioni femministe aveva lanciato una battaglia a sostegno della norma, sotto l'hashtag #Save194 (...) Soddisfatti anche Oliviero Diliberto, segretario nazionale del Pdc, Paolo Ferrero, segretario nazionale di Rifondazione comunista, e Livia Turco, del Gruppo Pd alla Camera: 'Si dimostra ancora una volta – ha dichiarato la deputata – che l'impianto della legge 194 è inattaccabile perché basata su un giusto equilibrio fra la scelta e la salute della donna e la tutela della vita'. A cui si aggiungono anche il governatore della Puglia Nichi Vendola e la deputata democratica Anna Paola Concia. La sentenza, però, ha trovato anche pareri contrari. Alfredo Mantovano, coordinatore politico dei circoli 'Nuova Italia', ha accusato la Corte di prendere decisioni pilatesche sui temi dettati dell'UE. 'Quella di oggi – ha detto – è stata una occasione persa per la Consulta; per chi ritiene che la vita sia il fondamento del vivere civile è uno sprone in più per proseguire una fondamentale battaglia culturale e di aiuto sociale': così, «*Legge 194 è costituzionale*». *La Consulta respinge il ricorso*, in *Repubblica* (20 giugno 2012).

almeno: 1) nel *merito*, di aggirare una tematica intorno alla quale è tornato negli ultimi anni a non coagularsi più un diffuso consenso dell'opinione pubblica; nel *metodo*, di sottrarsi pure alla delicata questione della trama dei rapporti tra esso e i giudici del Lussemburgo³⁸.

Con ord. n. 196/2012 viene così dichiarata manifestamente inammissibile la questione un momento fa succintamente tratteggiata: da tempo³⁹ la giurisprudenza è, difatti, costante nel ritenere il suddetto provvedimento di "autorizzazione a decidere" ad opera del giudice tutelare – non già elemento *interno*, e dunque *costitutivo* (decisorio) della procedura in esame bensì – precipuamente *esterno* al «riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all'interruzione gravida», con funzione *integrativa* (non decisoria) della volontà della minorene «per i vincoli gravanti sulla sua capacità d'agire»⁴⁰; col che – agevolmente si avvia alla prevedibile conclusione la Corte – non essendo il giudice remittente legittimato dalla legge n. 194 a «decidere», né tantomeno «codecidere», «sull'an dell'interruzione della gravidanza» non può che discenderne l'inapplicabilità al giudizio *a quo* dell'indubbiato art. 4, la conseguente manifesta inammissibilità della q.l.c. così sollevata per difetto di rilevanza provvidenzialmente trascinando con (*rectius*, riasorbendo in) sé una serie di, non secondarie né semplici, osservazioni pure eccepite dall'Avvocatura dello Stato⁴¹.

³⁷ Cfr., per tutti, L. CARLASSARE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, part. 31 e 62.

³⁸ A proposito della quale, spec. A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali?*, cit.

³⁹ Cfr., ad esempio, sent. n. 196/1987 nonché ordd. nn. 463/1988, 293/1993, 76/1996, 514/2002 e, molto più recentemente, pure 126/2012.

⁴⁰ Così, appunto, ord. n. 196, cit.

⁴¹ ... a parere della quale, nel merito, sarebbe, primariamente, da rilevare l'assoluta inconferenza del *dictum* della Corte europea giacché relativo, come si ricordava per espressa ammissione del giudice eurounitario, alla «definizione dell'embrione umano ai soli specifici, e limitati fini, della individuazione di cosa costituisce invenzione biotecnologica brevettabile ai sensi della citata direttiva 98/44/CE»; e secondariamente persino, per l'occasione, da scomodare la teoria dei c.d. controlimiti in ragione della «diversa natura dei valori che vengono coinvolti dal presente giudizio, che, altro non concerne se non il bilanciamento tra la libera autodeterminazione e la tutela della salute della donna e la tutela dell'aspettativa di vita del nascituro» discendendone, perciò, «l'impossibilità per il c.d. principio della primazia del diritto europeo di operare». Sulla tecnica dell'assorbimento dei vizi, v. ad es. l'approfondita riflessione di L. D'ANDREA, *Prime note in tema di assorbimento nei giudizi di costituzionalità*, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri-G. Silvestri, Milano, 2000, 79 ss. In oggetto, fra i tanti, cfr. G. PELLAGATTI, *Giudizio di costituzionalità e assorbimento dei motivi*, Napoli, 2004; A. RUGGERI, *La Corte ed il drafting processuale*, in www.forumcostituzionale.it; R. BIFULCO, *Sui limiti del c.d. assorbimento dei motivi nel giudizio di costituzionalità*, in www.astrid-online.it; C. MAINARDIS, *Violazione dell'art. 138 Cost., "assorbimento improprio" delle censure di incostituzionalità e giudizio in via incidentale*, in AA.VV., *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Guazzarotti-A. Pugiotta-P. Veronesi, Torino, 2009, 171 ss., nonché F. MODUGNO, *Introduzione*, A. PUGIOTTO, *Lecture e riletture della sentenza costituzionale n. 24 del 2004* e M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, tutti in *La legge Alfano sotto la lente del costituzionalista*, a cura dello stesso F. Modugno, in *Giur. it.*, 2009, rispettivamente, 767ss., 778 ss. e 782 ss.