

LA CORTE DI STRASBURGO RIPORTA A COERENZA L'ORDINAMENTO ITALIANO, FRA PROCREAZIONE ARTIFICIALE E INTERRUZIONE VOLONTARIA DI GRAVIDANZA. RIFLESSIONI A MARGINE DI COSTA E PAVAN C. ITALIA

1. Considerazioni introduttive 2. Il caso 3. La decisione della Decima Sezione. L'incoerenza del divieto di accesso alla diagnosi genetica pre-impianto per le coppie fertili e la non violazione dell'art. 14 della Convenzione 4. Sulla non discriminazione tra categorie di coppie. Il divieto di diagnosi pre-impianto e la lettura della Corte EDU. Alcuni spunti critici. 5. Dalla sentenza della Corte costituzionale, n. 151/2009, alla decisione della Corte Edu. Quali effetti sul divieto di accesso alla diagnosi genetica pre-impianto per le coppie fertili e portatrici sane di patologie geneticamente trasmissibili.

1. Considerazioni introduttive

La pronuncia resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Costa e Pavan c. Italia*¹ costituisce la prima sentenza con cui la Corte di Strasburgo si esprime intorno alla compatibilità della legge n. 40 del 2004, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»², con i diritti convenzionali.

A venire in rilievo, nel caso concreto oggetto del sindacato della Corte di Strasburgo, è uno degli aspetti più controversi nell'impianto della legge n. 40/2004, ossia il divieto di accesso alla diagnosi genetica pre-impianto.

La particolare complessità del tema si deve all'inesistenza di un divieto espresso in tal senso a norma dell'articolo 13, l. n. 40/2004, «Sperimentazione sugli embrioni umani», che ha dato origine ad un filone interpretativo³, suffragato dalla sentenza della Corte costituzionale, n. 151 del 2009⁴, nel senso della legittimità della diagnosi genetica pre-impianto per quelle coppie che soddisfino i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di procreazione artificiale, di cui agli artt. 4, comma 1, e 5, comma 1, della legge⁵.

Accanto alle coppie capaci di produrre gameti fecondabili e, come tali, ammesse alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo omologo, si collocano almeno altre due categorie di coppie, en-

¹ Caso *Costa e Pavan c. Italia* [Decima Sezione], Ricorso n. 54270/10, sentenza del 28 agosto 2012.

² Per un commento alla legge, si vedano, R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita, fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Biblioteca del diritto di famiglia, Ipsoa, 2004.

³ S'intende fare riferimento alla decisione del Tribunale di Cagliari, 22 settembre 2007, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 579 e ss., per un commento, M. D'AMICO, *Il divieto di diagnosi 'preimpianto'. Fra Corte costituzionale e giudici comuni sul problema postosi a Cagliari*, in *Bioetica*, 2007, fasc. n. 4; G. CASABURI, *Procreazione assistita: il Tribunale di Cagliari dà luce verde alla diagnosi preimpianto*, in *Il Corriere di merito*, 2008, p. 320 e ss.; alla decisione del Tribunale di Firenze, ordinanza del 18 dicembre 2007, in *Il foro italiano*, 2008, p. 630 e ss., a commento, S. DELLA BELLA, *La svolta: il Tribunale di Cagliari e il Tribunale di Firenze ammettono la diagnosi preimpianto*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2008, p. 432 e ss.; alla sentenza del T.A.R. del Lazio, 21 gennaio 2008 n. 398, in *Il foro amministrativo*, 2008, pp. 151 e ss., con nota di S. PENASA, *Tanto tuonò che piovve: l'illegittimità delle Linee guida e la questione di legittimità costituzionale della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 501 e ss.

⁴ Corte cost. sent. n. 151 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1656 e ss. Tra i numerosi contributi a commento della decisione, si rinvia a M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, FrancoAngeli, Milano, 2010, p. 216 e ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1688 e ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la Costituzione che non vale più la pena difendere*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1700 e ss.

⁵ La legge n. 40/2004 rende l'accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita funzionale al superamento dei problemi di sterilità o di infertilità di cui sia affetta la coppia (Cfr. art. 4, comma 1) e individua alcuni requisiti soggettivi specifici per le coppie che avanzino la richiesta di accedere a tali tecniche. Ai sensi dell'art. 5, «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

trambe escluse dall'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale e, laddove si accolga la tesi sopra richiamata, dallo strumento diagnostico della diagnosi genetica pre-impianto⁶.

In tale prospettiva, il divieto di DGPI sussiste per le coppie che non siano in grado di produrre gameti fecondabili artificialmente⁷, rendendone così necessaria la donazione esterna, e, più in generale, per quelle che non rispondono ai requisiti soggettivi di accesso alle tecniche, perché non sterili o infertili, perché composte da persone dello stesso sesso, perché non più in età potenzialmente fertile.

Più in particolare, l'accesso alla diagnosi genetica pre-impianto è precluso alle coppie fertili, ma portatrici sane di malattie geneticamente trasmissibili.

Con riferimento a queste ultime, l'impossibilità di valersi di tale strumento diagnostico vietato dalla l. n. 40/2004⁸, espressione di un bilanciamento di principi costituzionali che confligge con la legislazione in materia di interruzione volontaria di gravidanza, s'intreccia in modo problematico con la tutela del diritto fondamentale alla salute fisica e psichica della donna e solleva il tema del difficile raccordo tra le due discipline.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, decidendo sul ricorso promosso da una coppia di cittadini italiani fertili e portatori sani di una patologia a trasmissione genetica che domandava l'accesso alla DGPI, ha anticipato sul punto la Corte costituzionale, negli ultimi anni lasciata sullo sfondo a fronte di un impiego non sempre condivisibile della tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione⁹.

In questo senso, la scelta dei ricorrenti di rivolgersi direttamente alla Corte Edu, al di là delle questioni in punto di ricevibilità del ricorso ex art. 35 CEDU¹⁰, induce a riflettere a fronte di un'opzione che evidenzia le difficoltà insite nell'accesso al Giudice costituzionale e che finisce con il privilegiare un sistema di protezione dei diritti fondamentali di livello sovranazionale.

Tutto ciò premesso, la sentenza della Corte europea riveste ad oggi un'importanza centrale sul tema, a seguito del rigetto del ricorso presentato dal Governo italiano ex art. 43 CEDU al *panel* di cinque giudici, preposto alla deliberazione in punto di ammissibilità delle richieste di deferimento alla Grande Camera¹¹.

1. Il caso

Con la sentenza in commento, la Corte di Strasburgo ha accertato che il divieto di diagnosi genetica pre-impianto, opposto alla coppia ricorrente, integra una violazione dell'art. 8 della Convenzione.

La vicenda vede coinvolta una coppia di cittadini italiani fertili e portatori sani di una grave patologia a trasmissione genetica con una figlia affetta dalla medesima malattia.

L'accesso alle tecniche di procreazione artificiale, circoscritto dalla l. n. 40/2004 alle sole coppie affette da problemi di sterilità e infertilità e insuperabile per via interpretativa, ha indotto la coppia a rivolgersi direttamente alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Una scelta, nelle intenzioni della coppia, finalizzata ad evitare di incorrere, per la seconda volta, in un aborto terapeutico in ipotesi di diagnosi prenatale che evidenziasse l'avvenuto contagio del feto.

⁶ D'ora in avanti, DGPI.

⁷ Il riferimento è alle coppie a cui sia opposto il divieto assoluto di donazione di gameti, sancito a norma dell'art. 4, comma terzo, della l. n. 40/2004. Per un'analisi delle problematiche poste dal divieto e, più specificatamente, dei profili di dubbia legittimità costituzionale della norma, si rinvia alla tesi elaborata da M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, FrancoAngeli, Milano, 2012.

⁸ In proposito, è opportuno ricordare come l'impianto complessivo della legge n. 40/2004 si caratterizzi anche per l'elevato numero di divieti. In questo senso, «tutta l'impostazione della legge si fonda su un'affermazione che i diritti dell'embrione devono ricevere una tutela più forte, rispetto agli altri soggetti coinvolti, proprio perché l'embrione è il soggetto più debole. Da questa scelta di principio [...] della legge, che 'assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito', discendono una serie di divieti, molto rigidi, alcuni dei quali in profonda contraddizione con molte opinioni scientifiche», così si esprime M. D'AMICO, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2008, pp. 40 - 41.

⁹ Il riferimento è alla decisione resa dal Tribunale di Salerno, ordinanza del 9 gennaio 2010, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 1289 e ss., con cui, per la prima volta, la diagnosi pre-impianto è stata ammessa in favore di una coppia non sterile, attraverso un'estensione dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Per un approfondimento in tema di interpretazione conforme a costituzione, si rinvia a G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹⁰ Su questo aspetto, si veda, *infra*, par. 3.

¹¹ Per un approfondimento sul tema, si veda B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Giuffrè, Milano, p. 70 e ss. Con riferimento più specifico alla valutazione condotta dal *panel* di cinque giudici relativamente alle richieste di rinvio alla Grande Camera, è opportuno richiamare la Dichiarazione finale della Conferenza di Smirne, 26 e 27 aprile 2011, a cui è seguita la pubblicazione dei criteri a cui è informato tale vaglio di ammissibilità. Il testo della Dichiarazione resa a conclusione della Conferenza, è reperibile sul sito al seguente indirizzo: www.coe.int/t/dghl/standardsetting/conferencezmir/Declaration%20zmir%20E.pdf.

Il divieto di accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita e, tramite le stesse, alla DGPI viene posto alla base della doglianza della coppia, che lamenta, in primo luogo, la violazione del suo diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU), nella misura in cui «l'unica strada percorribile per generare figli che non siano affetti dalla malattia di cui sono portatori sani è iniziare una gravidanza secondo natura e procedere all'interruzione medica di gravidanza ogniqualvolta una diagnosi prenatale dovesse rivelare che il feto è malato»¹².

In secondo luogo, la coppia ricorrente invoca l'articolo 14 della Convenzione, in ragione del trattamento discriminatorio in cui incorrerebbe rispetto a quelle coppie a cui sia, viceversa, consentito il ricorso a tecniche di procreazione artificiale¹³ e, dunque, alla DGPI.

2. La decisione della Decima Sezione. L'incoerenza del divieto di accesso alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili e la non violazione dell'art. 14 della Convenzione

Venendo all'esame del contenuto della pronuncia, occorre premettere come svariati siano gli spunti offerti dalla Corte europea lungo l'iter argomentativo in cui snoda la motivazione.

Spunti che toccano, da un lato, alcuni aspetti processuali con implicazioni importanti in punto di evoluzione delle relazioni tra Corte europea, Corte costituzionale e giudici comuni; dall'altro, profili più specificamente afferenti al merito del caso concreto oggetto dello scrutinio della Corte Edu.

Un primo punto meritevole di approfondimento, soprattutto in considerazione degli effetti sul piano dell'ordinamento interno, emerge con riferimento alla valutazione della Corte europea intorno alle condizioni di ricevibilità del ricorso ex art. 35 CEDU¹⁴.

Sotto questo profilo, la Corte europea si esprime nel senso della ricevibilità del ricorso diretto della coppia poiché, anche a voler richiamare la decisione del Tribunale di Salerno con cui per la prima volta una coppia fertile è stata ammessa alla DGPI, si tratterebbe di una pronuncia resa da un giudice di primo grado e, in ogni caso, «isolata»¹⁵.

Più in generale, la Corte Edu non si sofferma sul merito di quella decisione – che, viceversa, avrebbe dovuto aprire ad un giudizio sulla costituzionalità della norma interna¹⁶ – ponendo le basi per l'applicazione della sua giurisprudenza, costante nel richiedere il carattere *effettivo*¹⁷ del rimedio interno la cui inesistenza è presupposto essenziale del ricorso medesimo.

In proposito, si rileva che il Giudice europeo non subordina la ricevibilità del ricorso al previo esperimento di un giudizio interno funzionale alla rimessione della questione di legittimità costituzionale della norma interna alla Corte costituzionale. Attraverso simile modo di intendere la regola ex art. 35 della Convenzione, la Corte europea nega dunque ogni precedenza, quanto alla tutela dei diritti fondamentali, allo scrutinio dell'organo di giustizia costituzionale interno.

¹² Cfr. § 41. Traduzione a cura del Ministero della Giustizia e reperibile sul sito internet: www.governo.it/presidenza/contentioso

¹³ In proposito, come precisato anche dalla Corte europea nella sua pronuncia, occorre sottolineare che ad essere ammesse alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita non sono soltanto le coppie che presentino problemi di sterilità o di infertilità, ma anche quelle coppie in cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV, HCV, in ragione dell'«elevato rischio di infezione per la madre o per il feto [che] costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione», così il Decreto del Ministero della Salute, 11 aprile 2008, n. 31639, «Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita».

¹⁴ Per un approfondimento in dottrina, si veda P. VAN DIJK, G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, 1998, p. 127 e ss. JACOBS, WHITE, OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 34 e ss.

¹⁵ Cfr. § 38.

¹⁶ Sottolinea alcune criticità della decisione adottata dal Tribunale di Salerno, nel senso del mancato accesso al Giudice costituzionale, M. D'AMICO, in «La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche. Il punto di vista dei giuristi», in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, FrancoAngeli, 2010, p. 225. Sul tema, si veda anche E. MALFATTI, *L'accesso alla procreazione medicalmente assistita, tra 'integrazioni' della legge e nuove aperture giurisprudenziali*, in www.forumcostituzionale.it; C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.constituzionalismo.it

¹⁷ Nel caso che qui rileva, la non effettività del ricorso interno – non esperito dalla coppia ricorrente – si spiega alla luce del fatto che la violazione dei diritti convenzionali lamentati dalla coppia discende direttamente dalla legge n. 40/2004.

Tale soluzione è stata accolta a partire dal caso *Brozicek c. Italia*¹⁸, in cui la Corte europea ha interpretato la regola del previo esaurimento dei rimedi interni modellandola sul nostro sistema di giustizia costituzionale incidentale che, come noto, non contempla l'accesso diretto del singolo.

Ancora, la Corte europea ha precisato che tale norma deve essere applicata con un certo grado di flessibilità¹⁹, senza un eccessivo formalismo²⁰ e in modo coerente con la *ratio* ad essa sottesa, ossia nel rispetto dei principi di sovranità e di sussidiarietà²¹.

Tuttavia, una ricostruzione del contenuto *flessibile* di tale regola suscita perplessità sotto due profili.

In primo luogo, parrebbe agevolare il rischio di un progressivo esaurimento della Corte costituzionale dall'esercizio della sua funzione più tipica; in secondo luogo, a fronte di una simile espansione del principio di convenzionalità su quello di costituzionalità, si porrebbe in modo problematico con la collocazione, *sub-costituzionale*, delle norme convenzionali nel sistema delle fonti²².

In questo senso, se si guarda all'ordinanza n. 150/2012²³ in tema di fecondazione eterologa, con cui il Giudice costituzionale ha disposto la restituzione degli atti²⁴ ai giudici *a quibus* per la sopravvenienza, nelle more del giudizio di costituzionalità, della sentenza della Grande Camera sul caso *S.H. e altri c. Austria*, appare evidente come sia sulle regole processuali che si stanno giocando le relazioni tra le due Corti.

¹⁸ *Brozicek c. Italia*, ricorso n. 10964/84, 19 dicembre 1989, § 34, «The Court would observe that in the Italian legal system an individual is not entitled to apply directly to the Constitutional Court for a review of the constitutionality of a law. Only a court which is hearing the merits of a case has the possibility of making a reference to the Constitutional Court, at the request of a party or of its own motion. Accordingly, such an application cannot be a remedy whose exhaustion is required under Article 26 (art. 26) of the Convention». Nello stesso senso, si veda *Cofferati c. Italia*, Ricorso n. 46967/07, 24 febbraio 2009, § 48.

¹⁹ Con riferimento alla flessibilità, quale criterio a cui si richiama la Corte europea nel dare applicazione alla regola del previo esaurimento dei rimedi interni, è interessante riprendere un passaggio della decisione sull'ammissibilità del caso *Lehtinen c. Finlandia*, ricorso n. 39076/97, 14 ottobre 1999, § 89: «[The Court] has further recognised that the rule of exhaustion is neither absolute nor capable of being applied automatically; in reviewing whether it has been observed it is essential to have regard to the particular circumstances of each individual case [...]. This means amongst other things that it must take realistic account not only of the existence of formal remedies in the legal system of the Contracting Party concerned but also of the general legal and political context in which they operate as well as the personal circumstances of the applicants».

²⁰ Così si è espressa la Corte di Strasburgo sul caso *Foka c. Turchia*, ricorso n. 28940/95, 9 novembre 2006, «The application of «the rule of exhaustion must make due allowance for the fact that it is being applied in the context of machinery for the protection of human rights that the Contracting Parties have agreed to set up. Accordingly, the Court has recognised that Article 35 § 1 must be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism. The rule is neither absolute nor capable of being applied automatically. In reviewing whether it has been observed it is essential to have regard to the particular circumstances of each case. This means, amongst other things, that the Court must take realistic account of the general legal and political context in which the remedies operate, as well as the personal circumstances of the applicant».

²¹ Per una ricostruzione del significato della regola del previo esaurimento dei rimedi interni, prevista dall'art. 35 CEDU, si rinvia ad un passaggio della pronuncia resa dalla Grande Camera sul caso *Akdivar e altri c. Turchia*, n. 21893/93, 16 settembre 1996, in cui la Corte Edu così si esprime: «[T]he rule of exhaustion of domestic remedies referred to in Article 26 of the Convention (art. 26) obliges those seeking to bring their case against the State before an international judicial or arbitral organ to use first the remedies provided by the national legal system. Consequently, States are dispensed from answering before an international body for their acts before they have had an opportunity to put matters right through their own legal system. The rule is based on the assumption, reflected in Article 13 of the Convention (art. 13) - with which it has close affinity -, that there is an effective remedy available in respect of the alleged breach in the domestic system whether or not the provisions of the Convention are incorporated in national law. In this way, it is an important aspect of the principle that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights».

²² Possono essere richiamate in questa sede quelle decisioni della Corte costituzionale che, in tema di rapporti tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo, hanno accolto un'impostazione che riflette il rango *sub-costituzionale* delle norme convenzionali nel sistema delle fonti, richiedendo in ogni caso che spetti alla Corte costituzionale un previo esame in punto di verifica della compatibilità delle norme CEDU con i principi costituzionali. In questo senso, si richiamano non soltanto le sentenze c.d. "gemelle" del 2007, Corte cost. sent. 348 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3475 e ss, Corte cost. sent. n. 349 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3535 e ss.. Nello stesso senso, possono essere richiamate anche decisioni più recenti tra cui, Corte cost. sent. n. 311 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4657 e ss; Corte cost. sent. n. 317 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4764 e ss., con nota di P. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il 'margine di apprezzamento' statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, p. 4772 e ss.; Corte cost. sent. n. 80 del 2011, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1224 e ss.

²³ Corte cost. ord. n. 150 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2051 e ss., con nota di G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU 'supervenienti': i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, p. 2069 e ss. Per un ulteriore approfondimento delle criticità dell'ordinanza, si rinvia a 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.associazionedeicostituzionalisti.it; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale, per gentile concessione del Forum di Quaderni costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino 'convenzionale' della Corte*, in www.forumcostituzionale.it

²⁴ Per un approfondimento sulla tecnica decisoria della restituzione degli atti, si rinvia a A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Giuffrè, Milano, 1965.

Detto altrimenti, attraverso un'interpretazione elastica della regola del previo esaurimento da parte della Corte europea e un impiego discutibile della tecnica decisoria della restituzione degli atti da parte del Giudice costituzionale, si è assistito in questi due casi ad uno spostamento verso la Corte di Strasburgo del ruolo di garante della protezione dei diritti fondamentali.

Esaurito questo aspetto, la Corte europea volge la propria analisi alla dedotta violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

Un primo profilo sul quale si sofferma la Corte europea attiene alla compatibilità *ratione materiae* della doglianza lamentata dalla coppia ricorrente²⁵.

La Corte Edu, richiamandosi alla sua giurisprudenza sul tema, risolve in senso affermativo la questione, rigettando l'eccezione del Governo che adduceva viceversa la non riconducibilità, nell'ambito protetto dall'articolo 8 CEDU, di un preteso diritto «ad avere un figlio sano»²⁶ vantato dalla coppia ricorrente.

A questo proposito, interessante è il passaggio della motivazione in cui la Corte europea circoscrive le finalità della prestazione sanitaria richiesta dalla coppia alla diagnosi di una specifica malattia genetica grave e incurabile al momento dell'analisi²⁷.

Alla luce di simile definizione emerge, da un lato, la sua inidoneità a scongiurare il verificarsi di altri fattori di rischio per la salute del nascituro – così implicitamente negando sostegno alla tesi avallata dal Governo italiano nel senso di un diritto ad avere un figlio sano invocato dai ricorrenti –, dall'altro, la netta distinzione intercorrente tra l'esame in questione e le pratiche di selezione eugenetica degli embrioni, peraltro solo le seconde oggetto di divieto espresso a norma dell'art. 13, l. n. 40/2004. Uno snodo della motivazione, dunque, fondamentale quanto alla presa di posizione della Corte europea sulla convenzionalità della diagnosi genetica pre-impianto²⁸.

Infine, nel riconoscere la compatibilità *ratione materiae* rispetto all'art. 8 CEDU, la Corte europea sceglie di dare copertura convenzionale al «desiderio»²⁹ della coppia di procreare un figlio non affetto dalla patologia di cui è portatrice, confermando come la nozione di vita privata e familiare sia insuscettibile di una definizione esaustiva³⁰ e la natura di *living instrument* della Convenzione complessivamente intesa.

Per quanto, poi, specificatamente attiene alla verifica della conformità al diritto alla vita privata e familiare del divieto di accesso alla diagnosi pre-impianto, la Corte Edu prende le mosse da due presupposti.

Un primo, rilevante quanto all'interpretazione accolta dal Giudice europeo del diritto interno, concerne l'asserito carattere assoluto del divieto di accesso all'esame in oggetto, che integrerebbe un'ingerenza «prevista dalla legge» e [...] intesa al perseguimento degli scopi legittimi di tutela della morale e dei diritti e delle libertà altrui»³¹.

²⁵ In questa prima fase della sua analisi, la Corte europea verifica se il diritto, la cui violazione viene invocata dai ricorrenti, sia o non sia ascrivibile nel novero di quelli protetti ai sensi dell'art. 8 della Convenzione. Per un'analisi specifica del contenuto, ma soprattutto delle modalità in cui si sviluppa il ragionamento della Corte di Strasburgo intorno alla dedotta violazione dell'art. 8 CEDU, si veda U. KILKELLY, *The right to respect for private and family life: a Guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbook, Council of Europe Publishing, Strasburgo, 2003. Sull'esame in punto di compatibilità *ratione materiae* della doglianza lamentata dai ricorrenti, l'A. così afferma: «The determination of a complaint by an individual under Article 8 of the Convention necessarily involves a two-stage test. The first stage concerns the applicability of Article 8; in other words, is the right which an individual complains has been interfered with, a right actually guaranteed by Article 8 para. 1 of the Convention. This will often involve

discussion of, for example, what constitutes private life or home within the meaning of Article 8 para. 1. If the judge considers, based on the jurisprudence of the European Court, that the right invoked by an individual (for example, the right to be provided with free housing) is not in fact a right covered by the guarantees in Article 8 para. 1, then Article 8 is inapplicable and the complaint will end there», cit. p. 10.

²⁶ Cfr. § 53.

²⁷ Cfr. §§ 53-54.

²⁸ Cfr. § 57.

²⁹ *Ibidem*. «En l'espèce, la Cour considère que le désir des requérants de procréer un enfant qui ne soit pas atteint par la maladie génétique dont ils sont porteurs sains et de recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée et au D.P.I. relève de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de leur vie privée et familiale. En conséquence, cette disposition trouve à s'appliquer en l'espèce».

³⁰ In materia, si rinvia a JACOBS, WHITE, OBEY, *The European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 357 e ss.; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012.

³¹ Cfr. § 59. Due affermazioni, che pongono alcuni problemi e che indurranno la Corte di Strasburgo a concludere per la non violazione dell'art. 14 CEDU. A questo proposito, si veda, *infra*, par. 4.

Un secondo, intimamente connesso alla natura casistica della sua giurisprudenza, risiede nella delimitazione dello scrutinio al carattere sproporzionato del divieto se posto in relazione con la disciplina vigente in Italia in materia di interruzione volontaria di gravidanza³².

La Corte europea, pertanto, svolge il suo sindacato richiamandosi al secondo paragrafo dell'art. 8 CEDU, che le impone di verificare il carattere necessario in una società democratica³³ dell'ingerenza nel diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti.

Tale indagine consente alla Corte europea di accertare la violazione dell'art. 8 della Convenzione, ancorandola però ad una sorta di «difetto di sistema»³⁴ dell'ordinamento interno.

Più in particolare, la Corte europea conclude nel senso dell'incoerenza di sistema dell'ordinamento italiano, che, da un lato, preclude alla coppia di effettuare la diagnosi genetica pre-impianto, ma, dall'altro, le consente di procedere ad un aborto terapeutico³⁵.

La valutazione del Giudice europeo, pur non pronunciandosi sul bilanciamento operato dal legislatore del 2004, sembra, dunque, implicitamente chiarire, in modo equilibrato e coerente con la natura di legge a contenuto costituzionalmente vincolato della l. n. 194/1978³⁶, il rapporto tra le due discipline.

Interessante è, inoltre, il riferimento alla non assimilabilità del concetto di bambino a quello di embrione, posto dalla Corte europea alla base dell'inconferenza delle eccezioni prospettate dal Governo, che rievoca il principio affermato dalla Corte costituzionale nella fondamentale sentenza n. 27 del 1975³⁷, in tema di interruzione volontaria di gravidanza.

L'irragionevolezza "esterna" del divieto costituisce, pertanto, ad avviso della Corte europea, un'ingerenza sproporzionata nel diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, in violazione dell'art. 8 CEDU³⁸.

Qualche riflessione ulteriore, su questo punto, può essere svolta con riguardo alla tecnica del *distinguishing*, impiegata dalla Corte europea, per motivare l'opposta conclusione raggiunta rispetto alla sentenza resa dalla Grande Camera sul caso *S. H. e altri c. Austria*³⁹. A fondamento di tale approccio, la Corte Edu

³² Cfr. § 60.

³³ Per un'analisi del contenuto e del significato della locuzione prevista dall'art. 8, § 2, della Convenzione, può rinviarsi a G. LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention of Human rights*, Oxford University Press, 2007.

³⁴ E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenza della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i 'giochi di parole' divengono decisivi*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it L'A. critica la conclusione cui perviene la Corte di Strasburgo e sottolinea come «il ragionamento della Corte sembra provare troppo, perché per evitare un paradosso nel caso concreto, rischia in generale di produrre esiti ancor più paradossali, avallando o comunque creando i presupposti di una costruzione in base alla quale, ogni volta si ravvisi, da parte di qualsivoglia coppia e per i motivi più svariati (in ogni caso non sindacabili, allo stato della normativa vigente e comunque in virtù di un ordinamento come il nostro che si ispira, tra gli altri, al principio personalista), l'esigenza di effettuare uno screening sullo stato di salute del prodotto del concepimento, siccome c'è già una disciplina nell'ordinamento che consente, in un determinato lasso temporale, la diagnosi genetica e l'eventuale interruzione della gravidanza, e poiché ne esiste pure un'altra che consentirebbe di anticipare la medesima diagnosi, allora dovrebbe darsi accesso alla procreazione assistita (per ridurre poi al minimo le sofferenze che un esito negativo dell'esame del DNA, intuibilmente, è destinato a produrre); con evidente stravolgimento del campo operativo per il quale la legge 40 è stata approvata ed è attualmente in vigore».

³⁵ Cfr. § 64, «Force est de constater que le système législatif italien en la matière manque de cohérence. D'une part, il interdit l'implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains ; d'autre part, il autorise ceux-ci d'avorter un foetus affecté par cette même pathologie».

³⁶ S'intende qui fare riferimento alla pronuncia resa dalla Corte costituzionale in sede di giudizio di ammissibilità del referendum, in cui il bilanciamento operato dal legislatore del 1978 è stato definito dal Giudice costituzionale a contenuto costituzionalmente vincolato e, in quanto tale, insuscettibile di abrogazione referendaria. Corte cost. sent. n. 35 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, p. 281 e ss. A commento, M. D'AMICO, *Una lettura della disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza in una problematica decisione di inammissibilità del referendum*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1145 e ss.

³⁷ Corte cost. sent. n. 27 del 1975, in *Giur. cost.*, 1975, p. 117 e ss. Più in particolare, s'intende fare riferimento a quel passaggio della sentenza in cui il Giudice costituzionale, pronunciandosi sulla costituzionalità dell'art. 546 c.p. nella parte in cui puniva chi cagionava l'aborto di donna consenziente anche qualora fosse stata accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico o per l'equilibrio psichico della gestante, dichiara che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare», cit. p. 120.

³⁸ Cfr. § 71.

³⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *S.H. e altri c. Austria* [GC], ricorso n. 57813/00, 3 novembre 2011. Per un commento, si rinvia a C. NARDOCCI, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali. A commento della sentenza della Grande Camera S.H. e altri v. Austria*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2012, p. 129 e ss. B. LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande camera resa contro l'Austria* in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2012, p. 113 e ss.

pone un diverso impiego della dottrina del margine di apprezzamento statale⁴⁰, su cui sceglie di soffermarsi brevemente, in ragione delle forti analogie tematiche tra i due casi.

Più in particolare, la Decima Sezione individua nell'oggetto della doglianza – ossia nella verifica del carattere sproporzionato del divieto di DGPI – l'elemento di distinzione rispetto a *S.H. e altri c. Austria* al fine di giustificare il mutato approccio su un tema che, similmente alla fecondazione eterologa, presenta forti implicazioni di carattere etico e morale; un approccio non più incentrato sulla *deference* al Parlamento nazionale e su un'impostazione svalutativa del dato comparatistico e numerico⁴¹, ma, al contrario, incline ad uno *strict scrutiny* sul caso sottoposto⁴².

In questo senso, la Corte europea si riserva un sindacato sulla convenzionalità del divieto di DGPI opposto alla coppia ricorrente, attraverso la restrizione del margine di apprezzamento statale⁴³.

A differenza, però, del caso *S.H. e altri c. Austria*, dove la valorizzazione della discrezionalità statale ha pregiudicato un esame nel merito da parte della Corte Edu, la minore influenza riconosciuta alla dottrina del margine di apprezzamento nel caso in commento, poggia su un *consensus* emergente a livello europeo in senso favorevole alla legittimità della diagnosi pre-impianto⁴⁴.

Da questo punto di vista, la soluzione finale a cui perviene il Giudice europeo, offrendo un'interpretazione corretta della dottrina del margine di apprezzamento statale⁴⁵, conferma le perplessità insite nella sentenza resa dalla Grande Camera contro l'Austria e le difficoltà di raccordo che la Corte europea sarà destinata ad affrontare nella sua giurisprudenza successive in materia di procreazione artificiale.

⁴⁰ Cfr. §§ 68-69. Per una migliore conoscenza del tema, attraverso un'analisi che ne evidenzia i presupposti e il significato sotteso al suo impiego, si rinvia a G. LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention of Human rights*, Oxford University Press, 2007. Tra la dottrina italiana che si è occupata della materia, si segnala, R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1991, p. 571 e ss.; F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 66 e ss.; E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standard*, in *31 New York University Journal of International Law*, 1999, p. 843 e ss.

⁴¹ Cfr. § 71. Si suole fare riferimento ad uno dei profili di criticità della sentenza della Grande Camera sul caso *S.H. e altri c. Austria*, in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha adottato un atteggiamento di *self restraint* pur a fronte delle risultanti degli esami comparatistici, che suffragavano la tesi di un emergente *consensus* a livello europeo relativamente alle tecniche di procreazione artificiale ammesse. Particolarmente interessante è l'analisi delle criticità della pronuncia contenuta nell'opinione dissidente dei giudici Tulkens, Hirvela, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria.

⁴² In questo senso, anche S. PENASA, *The Italian Law on assisted reproductive technologies n. 40 of 2004 facing the European Court of Human Rights: the case of Costa and Pavan v. Italy*, in *Law and the Human Genome Review*, n. 37, 2012, pp. 176-177.

⁴³ Può essere interessante osservare come l'impiego della dottrina del margine di apprezzamento statale, nel caso qui in commento, presenti forti analogie con l'impostazione della Prima Sezione sul caso *S.H. & altri c. Austria*, che aveva, infatti, determinato una soluzione opposta a quella poi definitivamente stabilita dalla Grande Camera in sede di riesame. Per un commento alla decisione della Prima Sezione della Corte Edu, I. PELLIZZONE, *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale* reperibile su www.federalismi.it

⁴⁴ Cfr. § 70. «Il s'agit donc d'une situation spécifique laquelle, d'après les éléments de droit comparé dont la Cour dispose, outre l'Italie, ne concerne que deux des trente-deux Etats ayant fait l'objet d'examen, à savoir l'Autriche et la Suisse. De plus, quant à ce dernier Etat, la Cour note qu'un projet de modification de la loi en vue de remplacer l'interdiction du D.P.I., telle qu'actuellement prévue, par une admission réglementée est actuellement en cours»

⁴⁵ Con riferimento alla dottrina del margine di apprezzamento, può osservarsi come l'impiego di tale strumento continua ad essere al centro del dibattito, come è emerso in occasione della Conferenza di Alto Livello, svoltasi a Brighton, il 18-20 aprile 2012, nell'ambito della quale il Governo Britannico ha proposto l'inserimento di una disposizione specifica volta a riconoscere il margine di apprezzamento statale, come regola generale di applicazione della Convenzione. Critico circa l'impiego della dottrina del margine di apprezzamento, V. ZAGREBELSKY, *Note sulla conclusione della Conferenza di Brighton "per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti dell'uomo"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. «La gestione che la Corte fa della 'dottrina' del margine di apprezzamento non è priva di incoerenze e il suo finale giudizio a tutela comunque della 'sostanza del diritto fatto valere', sembra talora del tutto vanificato. Esiste una certa contraddizione nella posizione della Corte, particolarmente evidente là dove essa afferma che il margine di apprezzamento nazionale deve essere più limitato qualora in gioco vi sia l'identità dell'individuo (il ricorrente) e tuttavia afferma che il margine di apprezzamento sarà più ampio ogniqualvolta si tratti di casi aventi a che fare con la dimensione morale o etica. Non solo, ma lo stesso peso che in linea di principio la Corte assegna al 'consenso europeo' per limitare il margine di apprezzamento degli Stati, è abbandonato quando la Corte tratta questioni di natura morale o religiosa [...]. E talora viene vanificata la sostanza stessa del diritto, che pur la Corte riconosce, senza che venga posto un limite al margine di apprezzamento nazionale [...] Si tratta di problemi che rinviano all'utilizzo pratico, da parte della Corte, della nozione di margine di apprezzamento nazionale, della cui necessità si può ben dubitare, solo che si tenga conto che la tutela dei diritti e delle libertà conosce diversi livelli e che solo quello minimo, comune a tutti gli Stati del Consiglio d'Europa, deve imperativamente essere garantito a pena di violazione della Convenzione. Le valutazioni nazionali legittimamente si esercitano in ordine alla maggior tutela o alla modalità della tutela, ma in quelle aree sarebbe più limpido dire semplicemente che il diritto convenzionale non è violato».

Da ultimo, la Corte europea dei diritti dell'uomo esclude la violazione del principio di non discriminazione in ragione del carattere assoluto del divieto di accesso alla DGPI che, in quanto tale, sarebbe opposto senza distinzione a tutte le categorie di coppie⁴⁶.

In questo snodo della motivazione⁴⁷, la Corte europea non approfondisce l'oggetto della doglianza rispetto all'art. 14 della Convenzione, limitandosi, da un lato, a privare di rilievo le modifiche apportate nel 2008 alle Linee Guida adottate ex art. 7 della legge e, dall'altro, omettendo qualsiasi riferimento agli sviluppi della giurisprudenza intervenuta in materia.

La discrasia evidente tra l'esito dell'evoluzione giurisprudenziale interna, a favore dell'ammissibilità della diagnosi genetica pre-impianto per le coppie sterili e infertili⁴⁸, e l'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo del quadro normativo ha indotto quest'ultima ad un'equiparazione non condivisibile delle due categorie di coppie.

In simile equiparazione, presupposto della riscontrata assenza della disparità di trattamento, risiede il principale elemento di criticità della pronuncia.

Più in particolare, la Corte di Strasburgo non si avvale del portato di una giurisprudenza che le avrebbe consentito di avallare l'eccezione di parte ricorrente, nel senso del carattere discriminatorio del divieto di DGPI.

In tale prospettiva, infatti, la sola categoria di coppia a cui si oppone il divieto di diagnosi genetica pre-impianto è quella delle coppie fertili; viceversa, le coppie sterili o infertili, in quanto ammesse alle tecniche di fecondazione artificiale – e stando all'evoluzione giurisprudenziale sul tema – possono fare ricorso a tale tipologia di esame.

Inoltre, l'inesistenza di una giustificazione oggettiva e ragionevole a sostegno della disparità di trattamento avrebbe dovuto indurre la Corte europea a pronunciarsi nel senso della violazione del principio di non discriminazione⁴⁹, letto in combinato disposto con il diritto alla vita privata e familiare.

In alternativa, a voler valorizzare la priorità dello scrutinio sull'art. 8 della Convenzione, ben avrebbe potuto la Corte europea astenersi da un esame nel merito sull'art. 14, dichiarandone "assorbito" il relativo profilo.

Da questo punto di vista, infatti, l'accertamento della violazione dell'art. 8 CEDU produce, sul piano dell'ordinamento interno, effetti analoghi a quelli che sarebbero derivati da una sua violazione in combinato disposto con l'art. 14.

In tal senso, è chiaro che la portata della violazione del diritto alla vita privata e familiare, riscontrata dalla Corte Edu, riguarda ogni categoria di coppia, anche quelle sterili e infertili, per le quali la diagnosi pre-impianto è già da alcuni anni ammessa.

3. Sulla non discriminazione tra categorie di coppie. Il divieto di diagnosi pre-impianto e la lettura della Corte EDU. Alcuni spunti critici

Nonostante la conclusione a cui perviene la Corte Edu nel senso della violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare della coppia, alcune riflessioni critiche sulla pronuncia possono essere svolte intorno all'asserita assenza di violazione del principio di non discriminazione (art. 14 CEDU).

In effetti, lungo tutto l'*iter* argomentativo della sentenza e, in particolare, nella parte della motivazione dedicata allo scrutinio sulla compatibilità del divieto opposto alla coppia ricorrente con l'art. 14 CEDU, la Corte di Strasburgo si esprime nel senso del carattere espresso ed assoluto del divieto di DGPI.

In tal senso, il divieto è da considerarsi «previsto dalla legge»⁵⁰, ossia risultante dalla lettera della medesima, e opposto a «qualsiasi categoria di persone»⁵¹.

Non si pone pertanto, ad avviso della Corte europea, alcun problema di comparabilità tra categorie di coppie trattate in modo più o meno favorevole, né tanto meno l'esigenza di un'indagine intorno

⁴⁶ Cfr. § 76.

⁴⁷ Cfr. §§ 72 – 76.

⁴⁸ Più specificatamente su questo punto, si veda, *infra*, par. 4.

⁴⁹ Per approfondire le modalità entro cui si svolge il sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto al principio di non discriminazione (art. 14 CED), si veda JACOBS, WHITE, OBEY, *The european convention of human rights*, Oxford University Press, 2010, p. 546 e ss.

⁵⁰ Cfr. §§ 58-59.

⁵¹ *Ibidem*.

all'individuazione del fondamento oggettivo e ragionevole della disparità di trattamento lamentata da parte ricorrente⁵².

Tutto ciò premesso, si ritiene che un problema di comparabilità tra categorie di coppie trattate in modo differente avrebbe dovuto, viceversa, essere affrontato dalla Corte Edu nella pronuncia in commento.

L'assenza di violazione del principio di non discriminazione poggia, infatti, su un presupposto erroneo, ossia sull'esistenza di un divieto espresso di diagnosi pre-impianto contenuto nella legge, e non tiene conto dell'evoluzione giurisprudenziale interna in materia, che ha visto i giudici comuni, prima, e la Corte costituzionale, poi, riconoscere alle coppie sterili e infertili e a quelle in cui l'uomo sia portatore sano di una patologia sessualmente trasmissibile⁵³ il diritto di accesso alla diagnosi genetica pre-impianto.

Negare l'esistenza di una discriminazione tra coppie che hanno accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita e coppie che non presentano problemi di sterilità e infertilità significa disconoscere la lunga vicenda che ha interessato il divieto di diagnosi pre-impianto, a partire dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge n. 40/2004.

Tra le varie questioni che, in tempi diversi, sono emerse sull'applicazione della legge n. 40/2004, una posizione di primo piano hanno assunto le problematiche intorno alla possibilità, per le coppie sterili e infertili, di usufruire della diagnosi genetica pre-impianto al fine di scongiurare l'impianto di embrioni malati.

Da una ricostruzione di tale vicenda si possono, infatti, desumere argomenti decisivi per sconfessare la tesi, fatta propria dalla Corte europea, sia con riguardo alla supposta previsione espressa nella legge del divieto in questione, sia, soprattutto, relativamente all'assenza di una discriminazione rispetto alle coppie fertili.

Con riferimento al primo punto, a dimostrazione dell'inesistenza di un divieto espresso di diagnosi genetica pre-impianto, si pongono, oltre alla lettera della legge, le diverse interpretazioni offerte dai giudici comuni, chiamati a pronunciarsi sulle richieste di accesso alla diagnosi pre-impianto formulate da coppie sterili o infertili.

A tali fini, si richiama, in primo luogo, l'interpretazione accolta dal Tribunale di Catania⁵⁴, aderente alla *ratio* della legge n. 40/2004 ed espressione di un'impostazione che individua nella diagnosi pre-impianto una pratica di selezione eugenetica degli embrioni, come tale vietata dall'art. 13 della l. n. 40/2004.

In realtà, la decisione del Tribunale di Catania va ben oltre una simile equiparazione. Nel dichiarare manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità eccepito da parte ricorrente, il Tribunale di Catania prende posizione discutibilmente sulla costituzionalità del bilanciamento operato dal legislatore del 2004, negando l'accesso al Giudice costituzionale⁵⁵.

⁵² Il ragionamento condotto dalla Corte di Strasburgo, relativamente alla verifica della violazione dell'art. 14 della Convenzione, si articola in una serie di passaggi in cui la Corte europea si propone di rispondere a quattro quesiti fondamentali. In primo luogo, la Corte Edu è chiamata ad accertare che l'asserita violazione dell'art. 14 CEDU riguardi uno dei diritti garantiti dalla Convenzione; in secondo luogo, è richiesta l'individuazione del fattore di discriminazione interessato nel caso concreto tra quelli contemplati dalla disposizione convenzionale; in terzo luogo, spetta alla Corte Edu effettuare una valutazione comparativa tra la situazione in cui versano i ricorrenti (o il/la ricorrente) e la situazione di un'altra categoria di soggetti trattati in modo più favorevole; infine, qualora sia riscontrabile una disparità di trattamento, la Corte Edu è tenuta ad interrogarsi circa l'esistenza o meno di una giustificazione oggettiva e ragionevole della medesima. Per un approfondimento di ciascuna di tali fasi, si rinvia a JACOBS, WHITE, OBEY, *The european convention of human rights*, Oxford University Press, 2010, p. 456 e ss.

⁵³ La possibilità, per le coppie in cui l'uomo sia portatore sano di una malattia sessualmente trasmissibile di aver accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è stata introdotta dalla Linee Guida, adottate ex art. 7, l. n. 40/2004, con Decreto del Ministero della Salute, in data 11 aprile 2008. Le nuove Linee Guida sono state adottate a seguito della decisione con cui il T.A.R. del Lazio ha annullato, dichiarandone l'illegittimità, le Linee Guida del 2004, poiché «in violazione dell'art. 13 della l. 40/2004, consentirebbe[ro] indagini solo di tipo 'osservazionale' sullo stato di salute degli embrioni in vista del loro impianto, laddove il cit. art. 13 della l. 40/2004, pur affermando un generale divieto di sperimentazione sugli embrioni umani, consentirebbe la ricerca, la sperimentazione e gli interventi indispensabili per finalità terapeutiche e diagnostiche, se opportunamente rivolti alla tutela della salute ed allo sviluppo degli embrioni medesimi». T.A.R. del Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2008, cit. p. 155. Per un commento alla decisione, si veda F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita o procreazione medicalmente obbligata? Brevi note sulla sentenza della sezione III T.A.R. Lazio n. 398 del 21 gennaio 2008*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2740 e ss.

⁵⁴ Tribunale di Catania, 3 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 2089 e ss.

⁵⁵ Per questa tesi, si rinvia a M. D'AMICO, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? (In margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004)*, in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita – Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, p. 35 e ss. Si osserva, infatti, che «il provvedimento del Tribunale di Catania viola le norme del processo costituzionale e non può essere in alcun modo ritenuto un precedente vincolante da parte di quei giudici di fronte ai quali venissero sollevate analoghe questioni di legittimità costituzionale o che autonomamente volessero sollevarle: spetta soltanto alla Corte costituzionale, una volta investita delle questioni di costituzionalità, il compito di entrare nel merito e di valutare, con la competenza, la sensibilità e gli strumenti giuridici e scientifici a sua disposizione, quei dubbi di costituzionalità cui il Tribunale di Catania ha momentaneamente negato l'ingresso».

Si contrappone a questo primo approccio, la decisione del Tribunale di Cagliari che nel 2006⁵⁶, su un caso analogo, solleva questione di costituzionalità⁵⁷ dinanzi al Giudice costituzionale, riscontrando che, pur in mancanza di un divieto espresso, la comune interpretazione dell'art. 13 della l. n. 40/2004 non ammetterebbe la diagnosi pre-impianto sull'embrione.

La questione di costituzionalità sollevata sull'art. 13, l. n. 40/2004, rispetto agli artt. 2, 3 e 32 Cost. sarà, peraltro, dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con la controversa ordinanza n. 369/2006⁵⁸.

Ancora diversa, è l'interpretazione offerta dal Tribunale di Cagliari nel 2007⁵⁹, seguita dal Tribunale di Firenze⁶⁰ e dal T.A.R. del Lazio⁶¹, nel senso della legittimità della diagnosi genetica pre-impianto alla luce di una lettura sistematica e costituzionalmente orientata della legge n. 40/2004.

Più specificatamente, il Tribunale di Cagliari valorizza il nesso tra il principio del consenso informato e la diagnosi pre-impianto, attraverso il riferimento alla previsione di cui all'art. 14, comma 5, l. n. 40/2004, che richiede che la coppia sia informata sullo stato di salute dell'embrione, e l'irragionevolezza che discenderebbe dal divieto di diagnosi pre-impianto se posto in relazione con la possibilità aperta alla donna di procedere ad un aborto terapeutico, ai sensi dell'art. 6 l. n. 194/1978⁶².

Conclusivamente su questo punto, è evidente come l'ambiguità della legge n. 40/2004 sul tema e la complessità dell'evoluzione giurisprudenziale che ha prodotto non abbiano trovato alcun riscontro nell'analisi della Corte europea.

La Corte Edu, infatti, rileva l'incoerenza di sistema del divieto, ma omette di considerare la circostanza per la quale, in realtà, il divieto di DGPI per le coppie fertili si produce perché esse non sono ammesse alle tecniche di procreazione artificiale e non, invece, sulla base di una precisa previsione normativa.

E, infatti, il giudice cagliaritano, nel 2007, ritiene ammissibile tale pratica quando «sia richiesta dai soggetti indicati nell'art. 14, 5° comma, l. n. 40 del 2004; sia strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e finalizzata a garantire a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita una adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare»⁶³.

Per quanto attiene al secondo aspetto, ossia alla supposta assenza di discriminazione tra categorie di coppie, riveste un'importanza centrale l'intervento del Giudice costituzionale che, con sentenza n. 151 del 2009⁶⁴, ha corretto in parte l'impostazione ideologica della legge, pronunciandosi implicitamente anche sul problema della diagnosi pre-impianto.

⁵⁶ Tribunale di Cagliari, ordinanza di rimessione del 16 luglio 2006, in *Giur. it.*, 2006, p. 1169 e ss. Il caso riguardava una coppia di coniugi entrambi portatori sani di Beta-talassemia che, a seguito del rifiuto opposto dal medico di effettuare la diagnosi pre-impianto, facevano ricorso ex artt. 699 *sexies* e 700 c.p.c., al Tribunale di Cagliari, affinché dichiarasse il diritto della coppia di avere accesso alla diagnosi pre-impianto.

⁵⁷ Più in particolare, il Tribunale di Cagliari argomenta il dubbio di costituzionalità sull'art. 13, l. n. 40/2004, «nella parte in cui fa divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi pre-impianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie». Il divieto di diagnosi pre-impianto pone, ad avviso del giudice remittente, dubbi di legittimità costituzionale rispetto agli artt. 2 e 32 Cost., nella misura in cui il mancato accesso alla DGPI si risolverebbe in un pregiudizio per la salute sia della donna che dell'embrione; rispetto all'art. 3 Cost., perché il divieto di DGPI discrimina tra donne che versano in situazioni analoghe, consentendo solo alle donne che hanno accesso alla diagnosi prenatale di ricevere una completa informazione sullo stato di salute del feto, viceversa preclusa nella fase preimplantatoria.

⁵⁸ Corte cost. ord. n. 369 del 2006, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3831 e ss. A commento dell'ordinanza, M. D'AMICO, «Il giudice costituzionale e l'alibi del processo», in *Giur. cost.*, 2006, 3859 e ss.; A. CELOTTO, *La Corte costituzionale 'decide di non decidere' sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.* 2006, p. 3846 e ss.; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita. (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3849 e ss.; A. MORELLI, *Fecondazione assistita: quando la Corte decide di non decidere*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, p. 154 e ss. La dottrina si è espressa in senso critico rispetto a questa pronuncia, che ha visto la Corte costituzionale arrestarsi prima di uno scrutinio nel merito, che le avrebbe, al contrario, consentito di intervenire su uno dei nodi più controversi della l. n. 40/2004, chiarendo in modo definitivo i rapporti tra la normativa in materia di fecondazione medicalmente assistita e quella in tema di interruzione volontaria di gravidanza.

⁵⁹ Tribunale di Cagliari, sentenza 22 settembre 2007, in *Giur. cost.*, 2008, p. 579 e ss.

⁶⁰ Tribunale di Firenze, ordinanza 18 dicembre 2007, in *Il foro italiano*, 2008, p. 630 e ss.

⁶¹ T.A.R. Lazio, sentenza n. 398 del 2008, in *Il foro amministrativo*, 2008, p. 151 e ss.

⁶² Più nel dettaglio, il Tribunale di Cagliari fonda la propria motivazione su sei argomenti specifici. In primo luogo, la mancanza di un esplicito divieto; in secondo luogo, il significato letterale e l'ambito di applicazione della disciplina dettata; in terzo luogo, il diritto alla piena consapevolezza, in ordine ai trattamenti sanitari; in quarto luogo, l'illegittimità delle linee guida ministeriali; in quinto luogo, i criteri ispiratori della l. n. 40/2004; infine, i principi costituzionali alla luce dei quali potrebbe aversi un'interpretazione costituzionalmente conforme della l. n. 40/2004 nel senso della ammissibilità della diagnosi pre-impianto.

⁶³ Tribunale di Cagliari, sentenza del 22 settembre 2007, in *Giur. cost.*, 2008, p. 540.

⁶⁴ Corte cost. sent. n. 151 del 2009, *Giur. cost.*, 2009, p. 1656 e ss. Tra i numerosi contributi in dottrina, si rinvia a, M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche. Il punto di vista dei giuristi*, cit.; M. MANETTI, *Procreazione*

Più in generale, il riferimento alla decisione della Corte costituzionale consente di evidenziare come la soluzione accolta sul tema della diagnosi pre-impianto, nel senso della sua legittimità per le coppie sterili e infertili, ha lasciato però irrisolta la questione relativa alla possibilità di farvi ricorso anche per le coppie fertili, ma portatrici sane di malattie a trasmissione genetica.

Sotto questo aspetto, andrebbe colto l'elemento a sostegno della tesi della non sovrapponibilità delle condizioni in cui versano le due categorie di coppie considerate e, quale sua diretta conseguenza, della violazione anche rispetto all'art. 14 CEDU.

Per quanto qui interessa, la Corte costituzionale, nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale, che aveva ad oggetto le limitazioni poste dalla l. n. 40/2004 alla produzione degli embrioni destinati all'impianto, ha inciso sul contenuto del terzo comma dell'art. 14, l. n. 40/2004, «nella parte in cui non prevede[va] che il trasferimento degli embrioni [...dovesse] essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna»⁶⁵ e ha riequilibrato il bilanciamento operato dal legislatore del 2004, precisando che «la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione»⁶⁶.

Tali affermazioni, se guardate dall'angolo prospettico del problema della diagnosi pre-impianto, dimostrano come la Corte costituzionale abbia superato l'ambiguità della legge n. 40/2004 sul punto.

In questo senso, richiedere che il trasferimento degli embrioni non si traduca in un pregiudizio per la salute della donna equivale ad ammettere la possibilità di valersi di quegli strumenti diagnostici che la scienza medica appresta a questo scopo.

Inoltre, solo un'interpretazione che reputi legittima la diagnosi pre-impianto⁶⁷, consente di leggere in modo coerente il rapporto tra il terzo comma e il quinto comma dell'art. 14, l. n. 40/2004, ai sensi del quale si riconosce il diritto della coppia di essere informata sullo stato di salute dell'embrione.

Infine, come già ribadito, la possibilità per la donna di accedere alla diagnosi pre-impianto risolve in modo ragionevole il problema del rapporto, altrimenti confliggente, tra la l. n. 40/2004 e la l. n. 194/1978.

Per le ragioni sopra esposte, non si ritiene pertanto condivisibile la soluzione accolta dalla Corte europea rispetto all'assenza di violazione dell'art. 14 CEDU.

medicalmente assistita: una political question disinnescata, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1688 e ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena difendere"*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1700 e ss.; E. DOLCINI, *Embrioni nel numero 'strettamente necessario': il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 963 e ss. Per un'analisi complessiva delle problematiche risolte e degli spunti offerti dalla decisione della Corte costituzionale, si rinvia a M. D'AMICO, M. I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2010.

⁶⁵ *Ibidem*, cit. p. 1687. Più in generale, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, oltre che dell'art. 14, comma 3, anche dell'art. 14, comma 2, l. n. 40/2004, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; mentre ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, l. n. 40/2004, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 32, commi 1 e 2, Cost.; dell'art. 6, comma 3, l. n. 40/2004, in riferimento agli artt. 3 e 32 Cost. e dell'art. 14, comma 4, l. n. 40/2004, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.

⁶⁶ Corte cost. sent. n. 151 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, punto 6.1. del *Cons. in dir.* Per un approfondimento ulteriore, si rinvia a M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche. Il punto di vista dei giuristi*, cit.

⁶⁷ In proposito, è opportuno richiamare come le prime risposte dei giudici di merito alla pronuncia della Corte costituzionale, n. 151 del 2009, siano state nel senso dell'ammissibilità della diagnosi genetica pre-impianto. Questo è il caso, innanzitutto, della decisione del Tribunale di Bologna – decreto 29 giugno 2009, in *Giur. civ.*, 2009, p. 3000 e ss. – che ha ammesso alla diagnosi genetica pre-impianto una coppia infertile, in cui la donna era portatrice sana di una grave patologia a trasmissione genetica. Valorizzando la distinzione intercorrente tra il divieto espresso di ricerca clinica sugli embrioni ex art. 13 e la previsione di cui all'art. 14, comma 5, così si esprime il giudice: «viene in rilievo il rapporto tra l'aspettativa di vita dell'embrione e il diritto alla salute della madre genetica: tale conflitto non può dirsi risolto dalla l. n. 40 del 2004 a favore dell'embrione, se solo si pone mente al fatto che la legge, all'art. 14, comma 5, prevede il diritto della coppia di chiedere informazioni sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero, informazioni certamente determinanti per decidere se accettare o rifiutare il trasferimento, posto che la presenza di gravi malattie genetiche dell'embrione, portata a conoscenza della donna, potrebbe spingere quest'ultima a proteggere la propria integrità fisica e psichica. Pertanto, negare la diagnosi medica preimpianto significherebbe costringere la donna a prendere una decisione non informata e inconsapevole, in ordine al trasferimento in utero degli embrioni formati, con il rischio di mettere in pericolo la propria salute», cit. p. 3001. Più di recente, il Tribunale di Cagliari si è pronunciato su un caso analogo, concludendo per la legittimità della diagnosi pre-impianto. Ci si riferisce a Tribunale di Cagliari, 9 novembre 2012, in *www.penalecontemporaneo.it.*, in cui è stato riconosciuto il diritto della coppia «ad ottenere, nell'ambito dell'intervento di procreazione medicalmente assistita, l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni».

4. Dalla sentenza della Corte costituzionale, n. 151/2009, alla decisione della Corte Edu. Quali effetti sul divieto di accesso alla diagnosi genetica pre-impianto per le coppie fertili e portatrici sane di patologie geneticamente trasmissibili

Un tema al quale è opportuno dedicare alcune riflessioni conclusive concerne gli effetti della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, ossia della sua esecuzione nell'ambito dell'ordinamento interno.

Si tratta di un aspetto, che ha acquisito notevole importanza soprattutto a seguito del rigetto, da parte del *panel* di cinque giudici, della richiesta di deferimento alla Grande Camera, avanzata ex art. 43 CEDU dal Governo italiano⁶⁸.

Il carattere definitivo – ossia vincolante – della sentenza resa dalla Decima Sezione sul caso *Costa e Pavan c. Italia*, nell'imporre allo Stato italiano la rimozione della violazione accertata, suscita numerosi interrogativi. Ci si riferisce alle modalità con cui i giudici comuni si confronteranno con il contenuto di questa sentenza, al ruolo che ricopriranno legislatore e Corte costituzionale, al rapporto tra Corte costituzionale e Corte Edu e, più in generale, al tema della portata che a tale sentenza sarà attribuita dai diversi attori dell'ordinamento.

La sentenza in commento si presta, in sintesi, a coinvolgere tutti i principali soggetti che agiscono per la tutela dei diritti fondamentali, chiamati ad interagire, secondo le proprie competenze, con la pronuncia della Corte di Strasburgo.

Preliminarmente, un aspetto interessante può essere colto nel rapporto di continuità tra la decisione n. 151/2009 della Corte costituzionale e la sentenza resa dalla Decima Sezione, sotto il profilo del diritto che le due Corti hanno inteso riconoscere e tutelare.

In entrambi i casi, si sono preoccupate di assicurare una protezione forte ai diritti procreativi delle coppie nel bilanciamento con gli altri diritti fondamentali rilevanti nelle due fattispecie.

Il rilievo assegnato alle esigenze procreative delle coppie – ai loro *desideri* –, che inevitabilmente si lega alla tutela del diritto fondamentale alla salute, ha consentito al Giudice costituzionale⁶⁹ e alla Corte di Strasburgo di fare emergere un interesse meritevole di tutela, viceversa degradato ad un supposto diritto ad avere un figlio sano.

Un approccio che dovrebbe riflettersi nelle scelte future del legislatore, tenuto, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, a conformarsi alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo.

Con riferimento specifico, invece, agli effetti della pronuncia, non si esclude a priori l'ipotesi di un'applicazione diretta del *dictum* della Corte europea da parte dei giudici comuni, attraverso un'apertura dell'ambito applicativo della legge n. 40/2004 alle coppie fertili.

Una soluzione che si espone ad alcune criticità, non presentando la norma interna spazi per un'interpretazione che superi il suo tenore letterale, chiarissimo nel precludere l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale alle coppie fertili.

⁶⁸ A questo riguardo, il Governo italiano così argomentava la richiesta di riesame da parte della Grande Camera: «[L]a domanda di rinvio si è resa necessaria in quanto l'originaria istanza è stata avanzata direttamente alla Corte europea per i diritti dell'uomo senza avere prima esperito - come richiede la Convenzione - tutte le vie di ricorso interne e senza tenere nella necessaria considerazione il margine di apprezzamento che ogni Stato conserva nell'adottare la propria legislazione, soprattutto rispetto a criteri di coerenza interni allo stesso ordinamento. La Corte ha deciso di non rispettare la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, ritenendo che il sistema giudiziario italiano non offrisse sufficienti garanzie». Il testo integrale, in francese, della richiesta di deferimento alla Grande Camera, è reperibile sul sito internet: www.governo.it/presidenza/contenzioso. Più in particolare, il Governo italiano argomenta la richiesta di rinvio richiamandosi ad alcuni argomenti specifici: il mancato previo esperimento delle vie di ricorso interne; l'incompetenza della Corte di Strasburgo che, nel caso di specie, avrebbe omesso di svolgere il suo sindacato intorno alla compatibilità del divieto di accesso alla DGPI per le coppie fertili rispetto ai diritti convenzionali, concentrandosi in modo esclusivo sul diritto interno; la modifica, operata dalla Corte Edu, della doglianza dei ricorrenti, viceversa – ad avviso del Governo italiano – incentrata sulla incompatibilità del divieto di DGPI con l'art. 8 CEDU; la non corretta applicazione dell'art. 8 CEDU, dal momento che la Decima Sezione avrebbe omesso di specificare in che misura e sulla base di quali giustificazioni il diritto invocato dalla coppia ricorrente sarebbe protetto dalla Convenzione; l'ingerenza nel margine di apprezzamento statale. A questi motivi, il Governo italiano affianca alcune ulteriori considerazioni, che entrano più nel merito della decisione resa dalla Corte europea. Ci si riferisce alla dedotta assenza di profili di irragionevolezza sistematica del divieto di DGPI, opposto alle coppie fertili e portatrici sane di malattie genetiche, rispetto alla disciplina in tema di interruzione volontaria di gravidanza e alla presunta "creazione" di una nuova obbligazione per lo Stato contraente, ossia la coerenza sistematica del proprio ordinamento. Sotto quest'ultimo aspetto, il Governo italiano rileva che, così facendo, la Corte europea abolirebbe tutti i limiti a cui è soggetto il suo sindacato, ampliando in modo considerevole il suo potere di apprezzamento.

⁶⁹ Per questa lettura della decisione della Corte costituzionale, n. 151/2009, si veda, M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, cit.

Ancora, sul piano degli effetti di una decisione in tal senso, la sua portata, sprovvista di efficacia *erga omnes*, renderebbe il sindacato “diffuso” del giudice comune sulla convenzionalità della norma interna circoscritto al caso concreto e di scarsa effettività ai fini di un’eguale tutela dei diritti delle coppie fertili.

Inoltre, tale deviazione rispetto allo schema del sindacato accentrato del Giudice costituzionale sulla conformità della norma interna con la norma convenzionale, invocata come parametro interposto⁷⁰, solleva il problema del ruolo della Corte costituzionale in un contesto in cui il dialogo è sempre più esclusivo tra Corte europea e giudici comuni⁷¹.

Un corretto modo d’intendere i rapporti tra le due Corti si avrebbe, al contrario, in ipotesi di rimessione, da parte del giudice comune, della questione di costituzionalità della norma interna – ossia dell’art. 4, comma 1, l. n. 40/2004 – alla Corte costituzionale⁷².

Il dubbio di legittimità costituzionale della norma potrebbe profilarsi nella parte in cui non prevede, tra le cause impeditive della procreazione, anche l’ipotesi in cui questa sia dovuta all’essere la coppia portatrice sana di malattie geneticamente trasmissibili.

Un giudizio che potrebbe, tuttavia, presentare alcuni problemi per le difficoltà insite nell’adozione di una pronuncia additiva⁷³ – eventualmente anche di principio⁷⁴ – e che si legano al necessario rispetto del confine tra discrezionalità politica e pregiudizio di principi costituzionali sindacabile dalla Corte costituzionale.

Peraltro, se si guarda all’esperienza comparata in cui esistono esempi di normative che ammettono l’accesso alle tecniche di procreazione artificiale anche alle coppie fertili⁷⁵, emerge che la giustificazione di tale scelta risiede non tanto nella finalità di ovviare ad una causa ostativa della procreazione, quanto piuttosto nella volontà di impedire la trasmissione di malattie genetiche al nascituro. Una scelta, dunque, che parrebbe espressione della discrezionalità politica del Parlamento nazionale, che sceglie di assegnare un’ulteriore finalità al ricorso alle tecniche di procreazione artificiale.

⁷⁰ Il riferimento è alla costruzione dei rapporti offerta dalla giurisprudenza costituzionale, a partire dalle sentenze c.d. “gemelle”, nn. 348 e 349 del 2007, vedi, *supra* nt. 21.

⁷¹ Un altro importante esempio, che testimonia il rischio di un allontanamento della Corte costituzionale dall’esercizio della sua funzione di verifica della legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, è costituito dall’esito del giudizio sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, sancito a norma dell’art. 4, comma 3, l. n. 40/2004, deciso con ordinanza n. 150 del 2012. Sul punto, si veda, *supra*, par. 3.

⁷² Così, infatti, si esprime il Giudice costituzionale a proposito dell’eventuale incompatibilità tra una norma interna e una norma CEDU: «questa Corte ha anzitutto ricordato [...] come, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza costituzionale sia costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) – integrino, quali ‘norme interposte’, il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli ‘obblighi internazionali’ [...]. In questa prospettiva, ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo [...] egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all’indicato parametro», così Corte cost. sent. n. 80 del 2011, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 1233-1234.

⁷³ Si tratterebbe, infatti, per il Giudice costituzionale di svolgere il suo sindacato al fine di verificare che la manipolazione della legge, volta a sanzionare l’omissione legislativa e ad estendere l’applicabilità della norma ad un caso non previsto dal legislatore, sia a rime obbligate, ossia necessaria per rendere conforme ai principi costituzionali la scelta del legislatore. Sul punto, si rinvia a G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 393 e ss., A proposito degli effetti che tali decisioni sono suscettibili di determinare rispetto alle competenze riservate al legislatore, gli Autori precisano che: «occorre [...] una valutazione sostanziale degli effetti normativi che si determinano, per stabilire se si abbia a che fare con un esercizio di funzioni legislative da parte della Corte costituzionale, oppure al contrario con decisioni che, nell’alveo delle scelte del legislatore, operano per armonizzarle alla Costituzione. Detto altrimenti: si tratta di distinguere gli interventi sulla legge aventi valore conformativo alla Costituzione delle scelte del legislatore, dagli interventi aventi valore modificativo alla stregua di scelte della Corte costituzionale: ammissibili, i primi; inammissibili i secondi», cit. p. 396.

⁷⁴ Con riferimento alla tipologia delle pronunce additive di principio, per uno studio approfondito si rinvia a G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giuffrè, Milano, 1996.

⁷⁵ Il riferimento è ad alcune discipline adottate da Stati membri dell’Unione Europea, che hanno ammesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita coppie fertili, ma portatrici sane di malattie a trasmissione genetica, attraverso l’individuazione di un’ulteriore finalità perseguibile attraverso il ricorso a tecniche di procreazione artificiale. E’ il caso delle normative vigenti: nel Regno Unito, Human Fertilisation and Embriology Act (30 ottobre del 1990); in Francia, Loi n. 94-654, relative au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (29 luglio 1994); in Spagna, Sulle tecniche di riproduzione assistita (22 novembre 1988). Per un approfondimento sulle normative adottate in materia di procreazione artificiale da alcuni Stati dell’Unione Europea e negli Stati Uniti, si veda C. CASONATO e T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006, con particolare riferimento ai contributi di S. A. M. McLEAN, *La fecondazione medicalmente assistita nel Regno Unito: il dibattito sulla regolazione giuridica*; C. PICIOCCHI, *La disciplina giuridica della procreazione medicalmente assistita nell’ordinamento francese*; M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell’ordinamento spagnolo*.

Tuttavia, la soluzione prospettata avrebbe il pregio di stimolare l'intervento della Corte costituzionale sul tema, che, anche qualora dovesse pronunciarsi per l'inammissibilità della questione, avrebbe l'occasione per rivolgere un monito al legislatore, il cui intervento si rende ormai imprescindibile non soltanto per la tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte, ma anche perché imposto dalla Corte europea.

Al di là dei profili più specificatamente afferenti al rapporto tra Giudice costituzionale e legislatore, la sentenza della Corte di Strasburgo suscita interesse anche con riguardo alle relazioni tra le due Corti.

Da questo punto di vista, la dubbia costituzionalità della norma interna, nella parte in cui venga prospettata rispetto all'art. 117, comma 1, Cost. e, quindi, all'art. 8 CEDU quale parametro interposto, obbligherebbe il Giudice costituzionale a confrontarsi con la sua giurisprudenza, costante nel riservarsi un controllo accentrato sulla compatibilità della norma oggetto con i principi convenzionali così come interpretati dalla Corte Edu.

Pur non escludendo un sindacato sull'interpretazione offertane dalla Corte Edu, riflesso del rango subordinato alla Costituzione delle norme CEDU nel sistema delle fonti, non si ritiene che il caso in esame si presti ad offrire una prima concretizzazione di tale ipotesi, pur contemplata dal Giudice costituzionale sin dalle sentenze c.d. "gemelle".

In primo luogo, pare poco probabile che la questione venga sollevata solo rispetto all'art. 117, comma 1, Cost. (art. 8 CEDU). In questo senso, depongono i problemi che il divieto di DGPI, opposto alle coppie fertili, pone sul piano del rispetto dei principi costituzionali.

Inoltre, sotto il profilo da ultimo evidenziato, la pronuncia della Corte di Strasburgo non sembra contraddire il dettato costituzionale, così superando positivamente il vaglio della conformità delle norme interposte all'ordinamento costituzionale italiano⁷⁶.

Piuttosto, la questione di costituzionalità della norma interna potrebbe costruirsi affiancando al portato della decisione della Corte Edu sul caso in commento, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost., ulteriori profili per così dire "interni". Si considerino il trattamento irragionevolmente discriminatorio sofferto dalle coppie fertili, in ragione del divieto di accedere alle tecniche di procreazione artificiale, e la lesione di diritti fondamentali della persona, quali il diritto alla salute, come sopra esposto.

Simile impostazione aprirebbe il sindacato della Corte costituzionale ad una valutazione più ampia della questione sollevata, con ciò non ancorandola in via esclusiva alla pronuncia resa dalla Corte europea, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost.

In ogni caso, analogamente a quanto osservato in precedenza, si ritiene che il principale ostacolo ad un eventuale intervento ablativo della Corte costituzionale, continui ad essere rappresentato dal necessario rispetto della discrezionalità politica del legislatore, peraltro, primo interlocutore della Corte di Strasburgo.

In conclusione, l'auspicio è in una modifica profonda della legge n. 40/2004, da parte del legislatore, che non soltanto la renda conforme al principio affermato dalla Corte di Strasburgo, ma che ponga rimedio agli aspetti più crudeli di una legge, che dalla sua entrata in vigore ha causato la sofferenza e l'esilio di tante, troppe, coppie italiane.

⁷⁶ Così come richiesto dal Giudice costituzionale, Corte cost. sent. n. 348 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, punto 4.7. del *Considerato in diritto*.