

Prove di *cross-talk* tra giurisprudenza convenzionale, eurounitaria, interamericana ed italiana in tema di diritto alla vita che comincia (prime notazioni)**

Stefano Agosta*

CROSS-TALK ATTEMPTS BETWEEN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT ON BEGINNING OF LIFE ISSUES (FIRST NOTES)

ABSTRACT: The paper offers a comparison between the most recent case law of the European Court of Human Rights, of the Inter-American Court of Human Rights, of the Court of Justice of the European Union and of the Italian Constitutional Court concerning beginning of life issues with the intent of identifying a shared minimum standard of rights' protection. Even if this study would methodologically presuppose a "certain" theory of the Constitution, on the merits this comparison highlights a contradictory jurisdictional feeling of *attraction-repulsion* towards the problem of "embryo's personalisation". In the decisions taken into account, it is possible to identify a twofold distinct reductive and expansive trend: this depends on the concept of embryo, that could be intended either as something more than a good (ECtHR and ICtHR) or as something less than a person (Italian Constitutional Court and Court of Justice of the EU).

KEYWORDS: Embryo; human dignity; state margin of appreciation; conception; medically assisted reproduction

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento e la tutela del diritto alla vita (*in senso biologico*) quale *minimum* comune condiviso ad un livello più profondo di tutte le esperienze giurisprudenziali scrutinate – 2. Una duplice premessa (di metodo e di merito) per poter accedere con uno sguardo più lucido e sgombro alle risultanze delle giurisprudenze messe a paragone in tema di diritto alla vita – 3. La laconicità del diritto vigente ed il contraddittorio sentimento di (formale) *repulsione* ma di (sostanziale) *attrazione* di quello vivente verso la delicata questione dell'animazione dell'embrione – 4. Il *trend* più *riduttivo* della condizione dell'embrione (considerato *quid plus* di una *res*): la giurisprudenza IDU ed EDU a confronto – 5. (*Segue*): il *trend* più *espansivo* della condizione dell'embrione (ritenuto *quid minus* di una persona): la giurisprudenza eurounitaria e costituzionale a raffronto – 6. Dall'iniziale bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela alla successiva riaffermazione della *dignità*

** Testo rielaborato – ed aggiornato alla data del 15 novembre 2018 – della relazione svolta alle XI giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*(Messina, 10-11 settembre 2018) i cui atti sono in corso di stampa a cura di R. Romboli e A. Ruggeri.

* Professore Associato di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Messina. Mail: stefano.agosta@unime.it. Lo scritto, anonimizzato, è stato sottoposto al referaggio del Comitato Scientifico.

(in luogo della *vita*) dell'embrione: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana fino ai più recenti approdi e lo spettro del ricorso al Prot. n. 16 CEDU.

1. Il riconoscimento e la tutela del diritto alla vita (in senso biologico) quale *minimum comune condiviso* ad un livello più profondo di tutte le esperienze giurisprudenziali scrutinate

Tra i tanti possibili angoli visuali da cui riguardare alla complessiva tessitura della trama dei rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte interamericana dei diritti umani (d'ora innanzi, rispettivamente, giudice EDU ed IDU) e Corte costituzionale italiana – non sottacendo neanche taluni recenti sviluppi di cui si è reso protagonista pure il diritto vivente eurounitario¹ sul punto – un punto di vista senz'altro privilegiato è offerto dalle acquisizioni sul diritto alla vita per come andato progressivamente maturando nelle esperienze dei quattro sistemi appena richiamati.

Premesso che di argomentazioni a favore di una protezione del diritto alla vita *tout court* certo non può dirsi che ne mancherebbero – innanzitutto a motivo della stessa auto-evidenza che fisiologicamente connota tale situazione giuridica soggettiva attiva (al punto che pure un riconoscimento non testualmente espresso eviterebbe un'indicazione altrimenti tautologica²) – la scelta di assumere tale prospettiva ancora si impone per il precipuo rilievo giuridico che già sul versante dell'*an* la tutela del diritto in esame sopra ogni altra ha certamente assunto (e pare tutt'ora prepotentemente assumere) tanto sul piano dei *poteri* che tra gli altri *diritti*³.

Sotto il primo profilo, appena superfluo pare difatti ricordare come – in pressoché tutti i moderni sistemi democratici – la raggiunta soglia di protezione giuridica del diritto in parola plasticamente rappresenta una delle migliori testimonianze dell'effettivo grado di maturazione democratica dell'ordinamento considerato alle condizioni storiche di contesto date⁴. Sul connesso versante dei diritti, è poi parimenti innegabile come il delicato campo dell'esistenza umana abbia non di rado fatto da vero e proprio *leading case* per le giurisprudenze esaminate così come anche per i giudici statali (che di tali orientamenti non hanno potuto col passare degli anni che inevitabilmente risentire): è

¹ Per tale originale espressione, cfr. A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it, n. 24/2009 e 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.rivistaaic.it (2 luglio 2010).

² ... avendo ad oggetto una pretesa a partire dal secondo dopoguerra non più controversa e *pro futuro* ragionevolmente non controvertibile: così A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 1991, 476 ss.

³ In tal senso, P. TANZARELLA, *I diritti della Corte europea dei diritti*, in L. CAPPUCCIO, A. LOLLINI, P. TANZARELLA, *Le Corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, 2012, 44.

⁴ Sul punto, P. DE STEFANI, *Diritto alla vita e doveri degli stati nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in www.centrodiritiumani.it, 2002, 1 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, AA.VV., *I diritti costituzionali*, I, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), Torino, 2006, 3 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, 2011; G. AMATO, *Costituzionalismo, diritto costituzionale e la bussola dei diritti*, in www.costituzionalismo.it, n. 3/2013, 1 ss.; L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016.

stato così che tanto le prime che i secondi hanno insomma gradualmente sperimentato nella materia *de qua* argomentazioni giuridiche come tali estendibili alla tutela di *altri* diritti appartenenti al proprio sistema di tutela giovandosi di un singolare, quanto benefico, “effetto di trascinamento” interpretativo.

Passando da quello giuridico appena esaminato al profilo pre-giuridico, la natura *primordiale* – e, perciò, incomprimibile – del diritto in questione non sembrava aver perso la propria innegabilità per l’individuo singolarmente considerato come pure per lo Stato nel suo complesso osservato⁵. A parte che si rivelerebbe non poco ingenuo postulare la protezione della vita dell’individuo senza contestualmente riconoscere quest’ultima come substrato logico ed ontologico di qualsivoglia altra situazione giuridica in capo allo stesso soggetto (che ne farebbe, probabilmente il diritto “per antonomasia”), è ovvio come anche l’ordinamento statale – in una delle sue componenti essenziali come quella della collettività sociale intesa quale “popolo”⁶ – non possa fare a meno dell’esigenza di preservazione dell’esistenza umana. Più (e prima...) che ad un catalogo di diritti fondamentali – per sua natura inevitabilmente non completo né esauriente – è difatti ad una c.d. precomprensione intuitiva (*Vorverständnis*)⁷, ad un *commune idem sentire* appunto di provenienza pregiuridica, che non può che essere affidata la cogenza di tale situazione giuridica soggettiva.

D’altro canto, anche quello Stato in cui l’elemento personale fosse esclusivamente rappresentato da schiavi assoggettati ad un unico padrone – pur negando *in limine* il riconoscimento al singolo consociato di ogni altro diritto inviolabile – come tale non potrebbe comunque prescindere dalla condizione necessaria della vita umana (a meno di non voler rischiare la dissoluzione stessa dell’organizzazione statale)⁸. Diversamente dalle componenti rispettivamente del territorio⁹ e della sovranità¹⁰, il mantenimento in vita di una pluralità di individui, oltre che elemento costitutivo *fon-*

⁵ Per le considerazioni che seguono, volendo, S. AGOSTA, *Art. 2. Diritto alla vita*, in *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), Milano, 2017, 42.

⁶ In oggetto, C. ESPOSITO, *Contributo alla identificazione giuridica del popolo*, Firenze, 1984; R. ROMBOLI, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, 159 ss.

⁷ Sul punto cfr. almeno H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (Tübingen 1965), in G. VATTIMO (trad. it. a cura di), Milano, 1962, 34 e J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, in S. PATTI, G. ZACCARIA (trad. it. a cura di), Napoli, 1983, 28 nonché P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale europeo*, in AA.VV., *Sovranità rappresentanza democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2000, 51 ss.

⁸ Così, A. SPADARO, *op. cit.*, 473; I. NICOTRA GUERRERA, “Vita” e sistema dei valori nella Costituzione, Milano, 1997, 84 (e *Id.*, *Vita*, in AA.VV., *Diritto costituzionale*, in S. MANGIAMELI (a cura di), Milano, 2008, 475 ss.).

⁹ In tal senso, *ex plurimis*, B. BALDI, *Stato e territorio: federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee*, Roma, 2003; S. SICARDI, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Pol. dir.*, 2003, 115 ss.; I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli, 2010.

¹⁰ Sul punto, L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2003. Per indicazioni più risalenti v. almeno G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto* e M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle istituzioni*, entrambi in *Riv. dir. cost.*, 1996, rispettivamente, 3 ss. e 124 ss. nonché L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, 1997; T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997; G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, 1997; M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 1998; F. LANCHESTER, *L’erosione della sovranità*, in I

damentale, ben potrebbe rappresentare componente *sufficiente* dello Stato. Mentre, difatti, non concepibile sarebbe «un ordinamento statale non retto da (né finalizzato a reggere) una pluralità di persone fisiche»¹¹, non altrettanto potrebbe dirsi invece a proposito di una realtà sociale in cui fosse venuta meno tanto la componente territoriale che sovrana.

Venendo in secondo luogo al piano del *quid* della protezione di tale diritto è poi opportuno precisare che grossomodo sotto due principali accezioni di «vita umana» si è ritenuto di sussumere la disamina giurisprudenziale che *infra* si è intesa svolgere: a seconda che essa inerisca, cioè, al diritto alla vita in senso *bio-grafico* (il quale, sottintendendo la libertà di formarsi una famiglia con prole, com'è intuitivo non può che riguardare quelle coppie che intendano mettere al mondo ed allevare dei figli¹²) ovvero a quello alla vita in senso *bio-logico*, come tale in altre parole ricomprendente l'eventuale pretesa alla sopravvivenza biologica del nascituro e su cui adesso si appunterà maggiormente l'attenzione. Più rispondente ad evidenti ragioni di comodità espositiva che non alla realtà empirica dei fatti, è appena il caso di sottolineare come tale astratta contrapposizione finisca con lo scolorirsi – fino a dissiparsi quasi del tutto – nella pratica dell'esperienza giudiziaria dove i profili appena richiamati, anziché rigidamente contrapposti come adesso è più agevole fare, appaiono piuttosto complementari e reciprocamente interferenti.

Con queste preliminari precisazioni (intorno, rispettivamente, all'*an* ed al *quid* della tutela del diritto in commento), è ovviamente quello del *quomodo* del riconoscimento e della conseguente protezione della vita umana nei diritti viventi *supra* richiamati che finisce per essere il crinale che riserva allo studioso le più salienti considerazioni: fra tutte, innanzitutto quella per cui – oltrepassata una superficiale (e pressoché ineliminabile) barriera di più o meno ampia diversificazione sia *ab extra* (in particolare tra la giurisprudenza costituzionale ed i sistemi EDU ed IDU) che *ab intra* (tra gli stessi ordinamenti EDU e IDU)¹³ – ad un livello più profondo le pratiche giudiziarie esaminate sembrano presupporre tutte una sorta di *minimum* comune uniformemente condiviso. E ciò evidentemente a prescindere dall'appellativo con cui autorevole dottrina ha nel corso del tempo ritenuto di dover tenere a battesimo simile comune retroterra (indipendentemente dal fatto che lo si sia denominato cioè, ad esempio, «fertilizzazione»¹⁴, «ascendenza culturale»¹⁵ ovvero più semplice «influenza reciproca»¹⁶).

giuspubblicisti tra storia e politica. Personaggi e problemi nel diritto pubblico del secolo XX, Torino, 1998, 153 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998.

¹¹ In oggetto, D. NOCILLA, voce *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), 348.

¹² ... ed a proposito del quale non è ora possibile soffermarsi.

¹³ ... dovuta ad una serie di considerazioni che qui non è nemmeno possibile avviare (prima che svolgere) ma che possono ad esempio sinteticamente rinvenirsi in T. GROPPI, A.M. LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo*, in www.federalismi.it, n. 19/2013, 1 ss.

¹⁴ Cfr. G. SILVESTRI, *Considerazioni introduttive alla III sessione del XVI Congresso delle Corti costituzionali europee - Vienna, 13 maggio 2014*, in www.cortecostituzionale.it (13 maggio 2014).

¹⁵ Così, ad esempio, il titolo di AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (a cura di), Torino, 2016.

¹⁶ In tal senso, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali)*, in www.giurcost.org, n. 2/2015, 504 ss. Peraltro – pur non volendo contribuire ad allungare ulteriormente la già corposa lista dei sostantivi sin qui utilmente impiegati per descrivere tale condivisione di fatto – bisogna

2. Una duplice premessa (di metodo e di merito) per poter accedere con uno sguardo più lucido e sgombro alle risultanze delle giurisprudenze messe a paragone in tema di diritto alla vita

Una sorta di reciproco *cross-talk* giurisprudenziale è quello che parrebbe emergere da un'analisi comparata delle pratiche giudiziarie pocanzi richiamate: i cui benefici effetti, tuttavia, intanto è possibile apprezzare in quanto preliminarmente ci si sforzi di accettare un duplice presupposto, di *metodo* e di *merito*. Sul piano della teoria della Costituzione¹⁷ forte si avverte, innanzitutto, la necessità di abbandonare quella tradizionale impostazione – erede sul piano positivo della dottrina settecentesca dell'onnipotenza del potere costituente¹⁸ – che insiste (e persiste) nel credere la Carta fondamentale la fonte-totale per eccellenza, autentica *norma normans* ma non *normata* dell'ordinamento, di per sé perfetta ed autosufficiente: la quale ultima tuttavia, dicendo praticamente *tutto su tutto*, pretenderebbe maternamente di allargare il proprio mantello protettivo su qualsivoglia diritto o bene della vita (così negativamente influenzando qualsivoglia sforzo di comporre in sistema norme interne e sovranazionali nel corso delle esperienze giudiziarie).

Oltre che rischiare di offrire un'immagine deformata, e come tale per ciò solo non veritiera, della Costituzione tale ancora diffuso sentimento di "patriottismo costituzionale"¹⁹ com'è ovvio non solo finisce per rivelarsi drammaticamente *autoreferenziale* ed indifferente a talune tendenze – *ivi* comprese

ammettere che anche una disamina (seppur sintetica e limitata al solo ambito del diritto alla vita) come quella che ci si appresta a fare sembrerebbe rivelare come un diffuso *cross-talk* di metodo e di merito decisionali sia tutt'ora nel pieno del suo svolgimento tra le giurisprudenze considerate: con tale espressione – non per caso ripresa pure nel titolo del presente contributo – metaforicamente richiamando, cioè, la c.d. diafonia (che, nel campo dell'elettronica indica l'interferenza elettromagnetica che può generarsi tra due cavi vicini di un apparato elettronico).

¹⁷ Su cui v. almeno R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, e A. RUGGERI, *Teorie e "usi" della Costituzione*, entrambi in *Quad. cost.* 2007, rispettivamente, n. 1, 11 ss. e n. 3, 519 ss. nonché G. BOGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, e O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, ambedue anch'essi in *Quad. cost.*, n. 1/2008, rispettivamente, 5 ss. e 41 ss. [ancora *ivi* pure A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, (n. 2/2010, 311 ss.) nonché G. BOGNETTI, *Costantino Mortati e la Scienza del diritto*, e F. DI DONATO, *La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Longue durée* (entrambi nel fasc. n. 4/2011, rispettivamente 803 ss. e 895 ss.). Cfr. infine F. GALLO, *Che cos'è la Costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2011; M. CARDUCCI, *Brevi note comparate su Costituzione-fondamento e Costituzione-limite*, e G. RAZZANO, *Il concetto di costituzione in Franco Modugno, fra positivismo giuridico e "giusnaturalismo"*, ambedue, in *Studi in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011, rispettivamente, voll. I, 519 ss. e III, 2771 ss.; F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Roma, 2011; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2013, 1 ss.

¹⁸ ... dal suo canto «capace di creare *ex nihilo* un nuovo ordine costituzionale a sua volta perfetto, armonioso in ogni sua parte, scevro da contraddizione o lacuna alcuna»: sul punto, A. RUGGERI, *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, ora in Id., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVI, *Studi dell'anno 2012*, Torino, 2013, 219 ss. e part. 246 – cui si rinvia anche per le notazioni appresso seguenti – il quale ritiene come tale tesi, a tacer d'altro, si confuti da sé «già per il fatto che la Carta prefigura la eventualità della propria innovazione, all'evidente scopo di colmare originarie lacune ed imperfezioni».

¹⁹ In oggetto, G. SABATTINI, *Globalizzazione e governo delle relazioni tra i popoli*, Milano, 2003, 127 ss.; R. CHIARELLI, *Profili costituzionali del patrimonio culturale*, Torino, 2010, 346 e 358 ss.; E. CUCCODORO, *Lettera e spirito dei poteri. Idee di organizzazione costituzionale*, III, Napoli, 2016, *passim*.

proprio quelle in tema di diritto alla vita oggi all'esame – ormai ben più che radicate sul piano sovranazionale ma, soprattutto, corre il serio pericolo di apparire *infedele* rispetto ai principi fondamentali della stessa Carta: laddove, cioè, sembrano piuttosto aprirsi ad ogni apporto extrastatale, purché dimostrato funzionale al migliore appagamento dei valori di cui agli artt. 2 e 3 Cost. nel loro fare “sistema” con gli altri valori restanti (parimenti fondamentali)²⁰. In luogo dell'assunto di una struttura aridamente *chiusa/esclusiva*, già sul piano del metodo, sarebbe perciò altamente preferibile – anche, se non soprattutto, al dichiarato fine di meglio apprezzare le risultanze delle giurisprudenze straniere in materia – accedere all'idea, opposta, di una costruzione tendenzialmente *aperta/inclusiva* (al diritto vigente e vivente sopranazionale) della Costituzione: la quale ultima, in altre parole, sin da subito si riconosca, e come tale più realisticamente si dichiari, *perfettibile* (più che perfetta), *interdipendente* (e non indipendente), *pluripotente* (anziché totipotente) e, in conclusione, inevitabilmente *parziale* (più che totale).

Col fatto di proiettarsi *direttamente* sulla dinamica esistente tra le *Carte* di riferimento quali che esse siano – nel caso nostro EDU, IDU, di Nizza-Strasburgo e costituzionale italiana – tale mutato orientamento finirebbe quindi pure per incidere *indirettamente* sui rapporti tra le *Corti* che di quelle sono pur sempre istituzionalmente chiamate a farsi guardiane. In questa prospettiva potrebbe così beneficiarsi, in primo luogo, di un progressivo ripiegamento dell'edificazione gerarchico-verticale dei rapporti inter-ordinamentali (in quanto assiomatica e, perciò solo, irrealistica) a vantaggio di una, di segno opposto, di tipo paritario-orizzontale²¹. In seno a quest'ultima mutata impostazione, in secondo luogo, a prevalere non potrebbe certo essere la logica autodistruttiva del *tutte contro tutte* (e qui, è quasi inutile rilevarlo, le potenziali occasioni di conflitto potrebbero sprecarsi²²) bensì quella del mutuo sostegno, proprio nei fatti interpretativi di cui si sta per discorrere: la quale porti insomma tutti i documenti appena enumerati in pari misura ad affermarsi a seguito del raffronto non già tra *singole norme* bensì tra *sistemi di norme* nel loro complesso considerate²³ (orientamento, questo, peraltro patrocinato pure dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco²⁴ e, nemmeno troppo tempo addietro, dalla stessa Corte costituzionale nell'isolato precedente di cui alla ormai risalente sent. n. 388/1999²⁵)²⁶. Lasciando per il momento da canto il piano del *metodo* per venire adesso a quello del *merito*, è appena il caso di rilevare come anche sotto questo profilo oltremodo ingenuo sarebbe allo stato pretendere d'iscrivere gli esiti delle pratiche giudiziarie in parola nella cornice di un modello “fermo” (e

²⁰ Cfr. A. RUGGERI, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in www.giurcost.org, 2013, spec. 13.

²¹ Così ancora A. RUGGERI, *L'integrazione europea, attraverso i diritti, e il “valore” della Costituzione*, in www.federalismi.it, n. 12/2014, 1 ss.

²² Non solo quindi tra legge e Costituzione ma, pure, tra essa e Convenzione EDU o IDU ovvero pure tra queste ultime e la Carta costituzionale (senza contare le sempre possibili sovrapposizioni con il diritto eurounitario a rendere ulteriormente più complicato e confuso il complessivo quadro d'insieme).

²³ In tal senso, *ex plurimis*, Corte cost. sentt. nn. 236/2011; 264/2012; 170-202 del 2013.

²⁴ ... a proposito della necessità d'interpretazione conforme della Costituzione sia alla CEDU che al diritto eurounitario nella causa 2365/09 del 4 maggio 2011.

²⁵ ... laddove espressamente si ammetteva che Carte internazionali dei diritti e Costituzione «si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione» (punto 2.1 *cons. dir.*).

²⁶ Entrambe le pronunzie sono in tal senso richiamate da A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in www.giurcost.org (14 marzo 2012).

perciò *in vitro* e consolidato) di rapporti intergiurisprudenziali. Ciò evidentemente per la ragione che quelle in materia di diritto alla vita sembrano contrassegnarsi piuttosto solo come un fascio di mere tendenze, ancora largamente oscillanti ed “in movimento”, nel *vivo* dell’esperienza concreta e, come tali, ancora meritevoli di definitiva sistemazione anche teorica. Ciononostante, due diversi percorsi giurisprudenziali – pur nella notevole diversità dei sistemi messi a confronto – sembrano potersi intravedere a seconda che alla luce del sole seguano traiettorie più visibili ovvero più sotterranee e carsiche.

Al primo gruppo sarebbero così ascrivibili le classiche ipotesi di seguito giudiziario al diritto vivente sopranazionale tanto *diretto* che, soprattutto, *indiretto*: in tal senso ad esempio – con riferimento al primo caso – è emblematicamente accaduto col seguito del Trib. Roma, sez. civ. I, 23 settembre 2013²⁷, a Corte EDU, caso *Costa e Pavan c. Italia* (28 agosto 2012) nel giudizio coinvolgente una coppia non affetta da sterilità ma portatrice di malattia ereditaria trasmissibile al concepito che chiedeva di accedere alla PMA con selezione degli embrioni attraverso la diagnosi pre-impianto (nonostante il divieto imposto dall’art. 4, l. n. 40/2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, dai giudici di Strasburgo ritenuto irragionevole²⁸). Indirettamente, poi, non si contano i casi di richiamo in particolare alla CEDU tanto ad opera della Corte IDU (col particolare rinvio alla giurisprudenza in tema di diritto al rispetto della vita privata e familiare e, perciò, *biografica* secondo la distinzione *supra* adottata²⁹) quanto dei giudici italiani – col viatico spianato dall’art. 117, comma 1, Cost.³⁰ – che della stessa Corte costituzionale (ad esempio operato, nella materia in esame, dalle sentt. nn. 96 cit.³¹ e 84 cit.³² alle pronunzie EDU sui casi, rispettivamente, *Costa e Pavan* e *Parrillo* cit.).

²⁷ Su cui A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)*, in www.diritticomparati.it (8 ottobre 2013); A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 “in esecuzione” di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, n. 2/2014, 251 ss.

²⁸ Non poteva difatti ignorarsi la mancanza di coerenza del sistema legislativo italiano il quale, da un lato, vietava «l’impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti [fossero] portatori sani; dall’altro, autorizza[va] i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia» (par. 64).

²⁹ Sul punto, L. CAPPuccio, *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, in L. CAPPuccio, A. LOLLINI, P. TANZARELLA, *op. cit.*, 123 ss. e part. 195 ss.

³⁰ ... variamente richiamando o il solo parametro EDU interposto (part. artt. 8 e 14 CEDU, rispettivamente, sul diritto al rispetto della vita familiare e sul divieto di discriminazione) ovvero anche la giurisprudenza EDU interposta: così per esempio, con riferimento alla prima ipotesi, Tribb. Roma e Milano, rispettivamente, rammentati da Corte cost., sentt. nn. 96/2015 e 84/2016; mentre – con riferimento alla seconda evenienza – Trib. Milano [quando invocava Corte EDU, Grande Camera, caso *S.H. e altri c. Austria* (3 novembre 2011)] e Napoli [allorché richiamava Corte EDU, caso *Costa e Pavan*, cit., laddove affermava «che il diritto al rispetto della vita privata e familiare include il desiderio della coppia di generare un figlio non affetto da malattia genetica» (par. 57)], rispettivamente, ricordati da Corte cost., sentt. nn. 162/2014 e 229/2015.

³¹ ... allorché cioè – rilevando «un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell’indiscriminato divieto, che le denunciate disposizioni oppon[evano], all’accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni» – gioco facile si ebbe nell’evidenziare la «palese antinomia normativa» in cui l’ordinamento italiano gravemente incappava: consentendo, comunque, «a tali coppie di perseguire l’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui [erano] portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità

Venendo ai tragitti giurisprudenziali più nascostamente percorsi, una sorta di contraddittorio sentimento di contemporanea attrazione/repulsione sembra attraversare larga parte delle giurisprudenze considerate ogni qual volta si trovino alle prese con la dimensione solo *bio-logica* del diritto alla vita. A favore di un più che ampio margine di apprezzamento degli Stati³³ in materia si è com'è noto tradizionalmente schierata proprio la giurisprudenza EDU: chiamati a pronunciarsi sulla qualificazione del feto come persona umana giuridicamente protetta nei casi, rispettivamente, di aborto dovuto a scambio di persona ovvero di revoca del consenso precedentemente prestato da parte dell'*ex* partner all'utilizzazione degli embrioni – *Grande Chambre, Vo c. Francia* (8 luglio 2004) ed *Evans c. Regno Unito* (10 aprile 2007) – in entrambe le ipotesi ai giudici di Strasburgo non era difatti parso né opportuno né, tantomeno, possibile rispondere alla domanda astratta se il bambino non ancora nato fosse una «persona» ai sensi dell'articolo 2 CEDU³⁴. Ciò evidentemente perché non era stato dunque ritenuto ancora pienamente formato un consenso intorno alla reale natura dell'embrione (che potesse dirsi sufficientemente condiviso) tra i paesi membri aderenti alla CEDU così come, pure, nell'opinione pubblica dello Stato ogni qualvolta coinvolto.

3. La laconicità del diritto vigente ed il contraddittorio sentimento di (formale) *repulsione* ma di (sostanziale) *attrazione* di quello vivente verso la delicata questione dell'animazione dell'embrione

A fronte, dunque, di un'apparente *avversione* non di rado sbandierata – spesso avvalendosi del robusto paravento provvidenzialmente offerto dalla natura scientificamente, eticamente e socialmente

della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali (...) «sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo nella richiamata sentenza *Costa e Pavan contro Italia*» (così punto 9 *cons. dir.*).

³² ... laddove – chiamata a pronunciarsi sul divieto di sperimentazione sugli embrioni di cui all'art. 13 l. n. 40 cit. – la Corte non mancava espressamente di richiamare la parallela censura di quest'ultimo (per contrasto con gli artt. 8 CEDU e 1 Prot. addiz.) decisa da Corte EDU, *Grande Chambre, caso Parrillo c. Italia* (27 agosto 2015).

³³ Sulla dottrina del margine di apprezzamento, ex plurimis, v. almeno J. CALLEWAERT, *Is There a Margin of Appreciation in the Application of articles 2, 3 and 4 of the Convention?*, in *Hum. Rights Law Jour.*, n. 19/1998, 19 ss.; E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *New York University journal of international law & politics*, n. 31/1999, 843 ss.; 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. comunit.*, 1999, 743 ss.; Y. ARAITAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Theory and the Principle of Proportionality in Jurisprudence of the ECHR*, n. 2/2002, 1 ss.; 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*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), Torino, 2003, 65 ss.; P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in AA.VV., *I diritti in azione*, in M. CARTABIA (a cura di), Bologna, 2007, 149 ss.; I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario: atti dell'incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche – VII Edizione*, Torino 9-10 ottobre 2009, in A. ODDENINO, E. RUOZZI, A. VITERBO, F. COSTAMAGNA, L. MOLA, L. POLI (a cura di), Napoli, 2010, 3 ss.; R. PERRONE, *Il concetto di "public morals" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: spunti per l'elaborazione di una "moralità pubblica" europea – Parte I*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, n. 1/2013, 31 ss.

³⁴ In oggetto, ad esempio, B. RANDAZZO, *I diritti del nascituro: la Corte di Strasburgo rifà il punto, ma sfugge al problema. Nota a VO c. Francia (ric. n. 53924/00) dell'8 luglio 2004*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2005, 66 ss.

controversa delle nozioni di «embrione» e «persona» coinvolte – la giurisprudenza scrutinata non è mai riuscita tuttavia ad opporsi del tutto all’irresistibile *fascinazione* di dire la propria sul punto. A tale ultimo proposito – vale a dire con riferimento alla possibilità con esattezza di fissare un preciso momento a partire dal quale l’embrione umano possa dirsi “animato” – bisogna ammettere che un’inevitabile sponda all’attivismo in tal senso esibito da tutte le giurisprudenze esaminate l’ha data, e tutt’ora continua a piene mani ad offrirla, lo stesso progresso scientifico (la cui pressione sul campo *de quo* talmente forte si è fatta sentire negli ultimi decenni da far discorrere di una vera e propria “rivoluzione terapeutica”³⁵).

Scelte cruciali della persona umana che per una maggioranza *forte* di individui vengono comunemente demandate alla libera autodeterminazione delle coppie – come, appunto, quella di riprodursi e generare una discendenza biologicamente propria ora in discussione – per un ristretto novero di soggetti loro malgrado versanti in un’oggettiva situazione di svantaggio fisico-psichico (e, proprio per ciò, *deboli*) finiscono invece per dipendere sempre più drammaticamente dalla disponibilità di un *subsidium* di tipo terapeutico-tecnologico che non dal volere espresso dalla persona della cui esistenza si tratta³⁶. Se possibile ancor più paradossale e beffarda appare, così, la circostanza che la medicina non sia in particolare riuscita ad uscire dal vicolo cieco di introdurre ad ogni piè sospinto nuove metodiche di intervento sulla riproduzione umana senza tuttavia essere contestualmente in grado di stabilire (con un accettabile margine di sicurezza) suddetto attimo.

Ciò deriva probabilmente dalla circostanza che – è inutile nasconderselo – lungi dal configurare un *momento* puntuale e ben definito nel tempo l’alba della vita continui piuttosto a rappresentare una sorta di *sequenza*: una specie di irripetibile ed ininterrotto *continuum* la cui unitotalità non può probabilmente contemplare più o meno profondi dissezionamenti empirici. Non potendo essere *empiricamente* divisibile, è così inevitabile che tale ontologica-cronologica successione finisca per diventare solo *convenzionalmente* mediante lo strutturato ricorso a talune *fictiones* più congeniali alle giurisprudenze considerate che non alle ricostruzioni medico-scientifiche *tout court*. Solo rassegnandosi alla perdurante *debolezza* della tecnica a fornire sicurezze *oggettive* in tema di vita biologica si potrà (prima e più rapidamente...) cominciare ad accettare lo statuto *forte* del diritto (*ivi*, se non soprattutto, compreso di quello vivente) quando è chiamato a fissare certezze almeno *convenzionali*³⁷.

Com’è perciò di ogni evidenza la soluzione alla questione oggi in commento non può che inevitabilmente passare dalla diversa interpretazione che a livello sopranazionale intenda darsi alla testuale espressione «persona» non per caso parimenti impiegata tanto dall’art. 2, par. 1, CEDU che dagli artt. 2, par. 1, Carta di Nizza-Strasburgo e 4, par. 1, CIDU: vale a dire se, nell’ordine logico-cronologico del processo interpretativo, tale definizione possa *in primis* essere in via ermeneutica dilatata sino al

³⁵ Cfr., fra i tanti, J. BERNARD, *De la Biologie à l’éthique*, Parigi, 1990, 22, cit. in E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, I, Fondamenti ed etica biomedica, Milano, 2007, 47; G. ZAMBONI, *Clonazione riproduttiva e terapeutica fra etica e scienza. Il fascino del doppio e il sogno dell’immortalità*, Verona, 2004, 21; J. LE FANU, *Ascesa e declino della medicina moderna*, Milano, 2005, 14; L. TUNDO FERENTE, *La bioetica fra agire etico e agire tecnico*, in AA.VV., *Etica della vita: le nuove frontiere*, a cura della stessa L. TUNDO FERENTE, Bari, 2006, 9.

³⁶ Così sia consentito rinviare a S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, part. 56 ss. (cui si rinvia anche per le considerazioni che seguono).

³⁷ In tal senso, se si vuole, S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaaic.it, n.1/2014, 1 ss.

punto di ricomprendervi pure il concepito e, *in secundis*, a prendere le mosse da quale stadio di sviluppo dell'essere umano ciò possa/debba accadere. Peccato che nessuna delle disposizioni adesso richiamate – le quali istituzionalmente avrebbero potuto costituire la piattaforma di lancio di qualsivoglia intento teorico-ricostruttivo in materia – ai nostri fini si mostri più di tanto conducente in ragione della strutturale laconicità che, dove più e dove meno, tutte le connota e complessivamente accomuna³⁸.

In un quadro di (in)certezze talmente fluido e cangiante, è quindi fisiologico che a proposito del riconoscimento giuridico del concepito il diritto vivente finisca per sfuggire alla rigida, e per tanto solo irrealistica, alternativa tutto/*qualcuno* e niente/*qualcosa*³⁹ – che vorrebbero pienamente (ed acriticamente...) equiparato cioè quest'ultimo, rispettivamente, ad una persona *tout court* ovvero, nel suo opposto, ad una mera *res* – per collocarsi piuttosto in un variabile margine di soluzioni intermedie tra l'uno e l'altro degli estremi tradizionalmente richiamati. È poi fisiologico che da tale comune spazio interpretativo si dipanino mutevoli rivoli giurisprudenziali, nel caso in esame schematicamente riconducibili a due principali a seconda che si tratti di un fascio di *trends*, per così dire, *riduttivi* del riconoscimento del nascituro (assunto come un *quid pluris* rispetto ad una mera *res*) ovvero *espansivi* (allorché esso venga piuttosto inteso quale *quid minus* di una persona).

Capofila del primo degli orientamenti giudiziari appena richiamati può ad esempio essere ritenuta la Corte IDU, col celebre caso *Gretel Artavia Murillo e altri c. Costa Rica* (28 novembre 2012)⁴⁰, nel cui solco argomentativo, come si sta per vedere *infra*, lo stesso giudice EDU sembra essersi in effetti avviato qualche anno dopo. In quel caso, com'è noto, la pronunzia in oggetto scaturiva da una sorta di lungo e vistoso braccio di ferro⁴¹ che aveva visto radicalmente contrapposta ai giudici di San José la Corte suprema di giustizia del Costa Rica la quale – con sent. n. 2306 del 15 marzo 2000⁴² – aveva dichiarato incostituzionale il dec. Min. Salute⁴³ che disciplinava le tecniche di inseminazione artificiale⁴⁴ per il duplice *vulnus* irrimediabilmente assestato, rispettivamente, al principio di riserva di legge imposto dalla Costituzione per limitare le libertà fondamentali ed al diritto alla vita dell'embrione (evidentemente considerato alla stregua di persona umana *tout court* a norma dell'art. 4, par. 1, cit.).

³⁸ ... i rispettivi autori avendo evidentemente preferito cimentarsi con ambiti relativamente meno controversi (quali, ad esempio, il divieto di pena di morte) in luogo di campi assai più incerti e scivolosi (allorquando, come nel presente frangente, sia in discussione la natura di "persona" dell'individuo coinvolto): sul punto, P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di Diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2014, 407 ss.

³⁹ In oggetto, G.M. CARBONE, *L'embrione umano: qualcosa o qualcuno?*, Bologna, 2005.

⁴⁰ Su cui, ad esempio, I. BRENA, *Ruling of the Inter-American Court of Human Rights, the Case of Artavia Murillo et al (in vitro fertilization) v. Costa Rica; new hopes for the reproductive freedom in Latin America*, in *Rev. Derecho Genoma Hum.*, 2013, 149 ss.; F. ZEGERS-HOCHSCHILD, B. M. DICKENS, S. DUGHMAN-MANZUR, *Human Rights To In Vitro Fertilization*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2013, 86 ss.; T.M. ANTKOWIAK, A. GONZA, *The American Convention on Human Rights, Essential rights*, New York, 2017, part. 72 ss.

⁴¹ Cfr. G. ROCCHI, *Embrione: qualcosa o qualcuno? La Corte Costituzionale di fronte alla logica stringente della fecondazione in vitro*, in *Dir., mercato, tecnologia* (16 febbraio 2016).

⁴² Così, M. HAIDEER, *Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") c. Costa Rica, del 28 novembre 2012, serie C. n. 257*, in www.dpceonline.it, n. 2/2013, 1 ss.

⁴³ In tal senso, Dec. ejecutivo n. 24029-S (3 marzo 1995).

⁴⁴ Sul punto, C. GUERRERO PICÓ, *Costa Rica*, in AA.VV., *La fecondazione eterologa*, in P. PASSAGLIA (a cura di), in www.cortecostituzionale.it (marzo 2014), 125 ss.

Con riferimento a tale ultimo punto, i giudici costaricani ritenerono di non dover prescindere dal – e, anzi, dettagliatamente approfondirono il – dato empirico rimarcando come già dopo le prime suddivisioni cellulari (nello stadio di appena tre cellule) un essere umano, seppur microscopico, già nella sua irripetibile unicità esistesse e, in quanto tale, già dal momento del concepimento esigesse dall'ordinamento il proprio diritto ad essere protetto: in quanto «persona» e non mero oggetto sin dal concepimento, a norma del combinato disposto degli artt. 21 Cost. Costa Rica e 4 cit., sarebbe così stato costituzionalmente illegittimo esporre l'embrione ad un rischio sproporzionato di morte (come poteva usualmente essere messo in conto nell'impiego delle metodiche di PMA). Con la pronunzia in epigrafe, nondimeno, la Corte IDU ben pochi scrupoli dimostrò in effetti di farsi nel sanzionare il divieto costaricano di fecondazione artificiale per avere invece violato la Convenzione Interamericana dei Diritti dell'Uomo non solo nel diritto delle coppie alla vita privata, integrità e autodeterminazione personale ma, pure, in quello di formarsi una famiglia con figli⁴⁵.

4. Il trend più *riduttivo* della condizione dell'embrione (considerato *quid pluris* di una *res*): la giurisprudenza IDU ed EDU a confronto

Premessa la natura “vivente” della CIDU⁴⁶, i giudici di San José riaffermarono innanzitutto nel *metodo* che – lungi dall'essere assoluta ed incondizionata – la portata della tutela della vita umana ai sensi dell'art. 4 cit. si sarebbe al contrario rivelata graduale e progressiva in relazione al suo stesso evolversi: con la conseguenza che l'inciso testuale secondo cui il diritto alla vita «è protetto dalla legge e, in generale, dal momento del concepimento» finiva per essere così suscettibile di deroghe al principio generale. Assunto che la stessa introduzione delle tecniche di inseminazione artificiale avesse inevitabilmente favorito il diffondersi – e progressivo consolidarsi – di tale interpretazione, nel *merito* anche la Corte IDU si avventurava sul piano medico-scientifico: avendo fatto dipendere, cioè, la qualificazione di «persona» dell'embrione, e perciò il suo legittimo diritto alla vita ai sensi dell'art. 4 cit., non già da una presunta connotazione ontologica di quest'ultimo bensì da un (ben individuato nel tempo) evento come il suo «annidamento» nell'utero della madre (con la conseguenza di escludere dall'applicazione dell'invocato parametro in esame tutto quanto si fosse verificato prima di tale momento).

Non poche, e di non poco conto, sono in effetti state – com'era peraltro prevedibile ad immaginarsi – le obiezioni critiche a tale ragionamento sollevate, a partire dalla presunta natura latamente *politica*, più che *giuridica*, della decisione così resa dai giudici di San José⁴⁷. In particolare laddove – apparentemente indifferenti alle più recenti acquisizioni medico-scientifiche sul punto – essi sono parsi, rispettivamente, ignorare quel dialogo continuo tra corpo materno ed embrione non ancora annidato

⁴⁵ In oggetto, A.M. LECIS COCCO-ORTU, I. SPIGNO, sub Art. 11 (*Protezione dell'onore e della dignità*), in *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, in L. CAPPUCCIO, P. TANZARELLA (a cura di), Napoli, 2017, spec. 357.

⁴⁶ Cfr. S. GARCÍA RAMÍREZ, *El control interno judicial de convencionalidad*, in *Rev. Inst. de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n. 2/2011, 123 ss.

⁴⁷ Per le considerazioni che seguono, G. ROCCHI, *op. cit.*

in utero (avviatosi pochi istanti dopo l'avvenuto concepimento⁴⁸) nonché i più moderni studi sulla c.d. ectogenesi (riferibile, cioè, al c.d. utero artificiale) finalizzati a dimostrare le possibilità di sopravvivenza e sviluppo embrionale pure all'esterno del corpo materno⁴⁹: particolarmente in quel passaggio dove hanno ritenuto l'espressione «concepimento» non riferibile ad una tecnica extracorporea giacché l'embrione non avrebbe avuto *chance* alcuna di sopravvivere se l'impianto non fosse avvenuto. Senza considerare il potenziale avallo che da tale impostazione metodica è sembrato poter implicitamente discendere tanto rispetto ai preparati potenzialmente antinidatori – sulla cui natura abortiva o meno non sarebbe più necessario interrogarsi – quanto alla possibile liberalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza a fini dichiaratamente eugenetici⁵⁰.

Richiamando più volte proprio la dec. IDU ult. cit.⁵¹, in senso non dissimile si è peraltro pronunciata pure la *Grande Chambre* della Corte EDU nel caso *Parrillo c. Italia*, cit. quando ha dichiarato l'irricevibilità del ricorso proposto relativamente alla denunciata violazione dell'art. 1 Prot. addiz. (dove in particolare protegge il diritto della persona al rispetto dei suoi beni). Avendo ritenuto assorbente la considerazione (par. 215) che gli «human embryos can not be reduced to 'possessions' within the meaning of that provision», i giudici di Strasburgo deliberatamente lasciavano così insoluta la «delicata e controversa questione del momento in cui inizia la vita umana» (*ibidem*).

Rispetto al *trend* appena succintamente illustrato non può che spiccare ancor di più la diversità di vedute – nel senso, come si anticipava *supra*, dell'espansione – rispettivamente espressa invece sul punto dal giudice eurounitario e costituzionale italiano, la giurisprudenza dei quali ultimi in materia, tuttavia, è sembrata caratterizzarsi per un'evoluzione diametralmente opposta: che ha, cioè, inizialmente portato, il primo, ad un rigoroso giro di vite salvo poi allentare la presa qualche tempo dopo e, il secondo, ad un antitetico percorso dall'originario contegno ad affermazioni sempre più conservatrici e *tranchantes* negli anni a noi più vicini.

Prendendo le mosse dalla prima delle due esperienze ora richiamate, che la dir. 98/44/CE del Parlamento e Consiglio (6 luglio 1998)⁵² – sebbene formalmente emanata per la sola *Protezione delle invenzioni biotecnologiche* – avesse emblematicamente rappresentato invece lo sforzo delle istituzioni eurounitarie di tratteggiare una sorta di “statuto minimo” dell'embrione era tutto sommato indubbio

⁴⁸ Così, A. SERRA, *Deontologia medica e «procreazione medicalmente assistita»*, in *La Civ. catt.*, n. 2/2004, 429; G.M. CARBONE, *Il sistema neuro-endocrino della funzione procreativa nella donna*, in V. BALDINI, G.M. CARBONE, *Pillole che uccidono*, Bologna, 2006, 13; A.M. COSENTINO, *Verità che scottano. Domande e risposte su questioni attuali di amore e di vita*, Cantalupa (TO), 2009, 89.

⁴⁹ In tal senso, L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Torino, 2017, 126; E. PERUCCHIETTI, *Fake News:dalla manipolazione dell'opinione pubblica alla post-verità. Come il potere controlla i media e fabbrica l'informazione per ottenere il consenso*, Bologna, 2018, 22; S. CANESTRARI, *Procreazione medicalmente assistita: profili biogiuridici*, in AA.VV., *In-fertilità. Un approccio multidisciplinare*, in M. DI TRANI, A. LA MESA (a cura di), Roma, 2018, 23 ss. (part. 38 ss.).

⁵⁰ Sul punto, E. COMPAGNO, *La procreazione medicalmente assistita in Italia e Francia. Legislazioni a confronto*, Milano, 2011, 213 ss.; C. FLAMIGNI, A. BORINI, *Fecondazione e(s)terologa*, Roma, 2012, 99; A. SAVIGNANO, *Alla ricerca del figlio perfetto*, in AA.VV., *Antologia bioetica. 50 letture per meglio conoscere*, in A. SAVIGNANO, G. ZACCHÈ (a cura di), Mantova, 2017, part. 41 ss.

⁵¹ Tra i Documenti di diritto internazionale pertinenti (par. 68) oltre che nelle opinioni concordanti, rispettivamente, dei giudici P. Pinto de Albuquerque e D. Dedov (al presente decisum allegate).

⁵² In oggetto, ad esempio, A. BOMPIANI, A. LORETI BEGHÈ, L. MARINI, *Bioetica e diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Torino, 2001, 162 ss.

già a partire dal suo *Preambolo*: laddove cioè, accanto alle «legislazioni nazionali, europee o internazionali che fiss[assero] eventuali limiti o divieti, o dispon[essero] controlli sulla ricerca e sull'utilizzazione o sulla commercializzazione dei suoi risultati, con particolare riguardo alle esigenze di sanità pubblica, sicurezza, tutela dell'ambiente, protezione degli animali, conservazione della diversità genetica e relativamente all'osservanza di alcune norme etiche»⁵³, quale espresso argine al diritto alla brevettabilità del materiale biologico individuava proprio il «rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo»⁵⁴. Giovandosi del ben più estensivo puntello della dignità umana in luogo del solo riferimento alla vita, la disciplina ora richiamata finiva così per vietare la brevettabilità di ogni utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali⁵⁵ fatte salve «le invenzioni a finalità terapeutiche o diagnostiche che si applicano e che sono utili all'embrione umano»⁵⁶.

Alla luce di quanto appena detto, non stupì perciò più di tanto che la Corte di Giustizia – chiamata a pronunciarsi in più occasioni su tale normativa nell'arco di quasi quindici anni – avesse preso le mosse dal menzionato parametro della dignità per approdare, tuttavia, ad esiti non sempre complessivamente coerenti (o, diciamo, pure non poco oscillanti) sull'assai sdrucchiole piano delle definizioni tecnico-scientifiche⁵⁷.

Investiti in un primo momento del rinvio pregiudiziale d'interpretazione da parte del *Bundesgerichtshof* tedesco (17 dicembre 2009) proprio sull'esatta estensione da riconoscere all'espressione «embrioni umani» di cui all'art. 6, par. 2, lett. c), dir. cit., sulla causa C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V* del 18 ottobre 2011⁵⁸ i giudici di Lussemburgo in Grande sez. si producevano in un'accezione assai ampia di «embrione umano»: vale a dire discutibilmente ricomprendente persino gli ovuli umani non fecondati (sia che fosse stato loro impiantato un nucleo proveniente da una cellula umana matura sia che fossero stati stimolati a dividersi e svilupparsi attraverso partenogenesi) oltre che ogni fase di sviluppo della vita umana a partire dalla stessa fecondazione dell'ovulo (senza richiedere, ad

⁵³ Cfr., *considerando* n. 14, dir. cit.

⁵⁴ Così, *considerando* n. 16, dir. cit. a motivo del fatto «che l'articolo F, paragrafo 2, del trattato sull'Unione europea stabilì[va] che l'Unione rispetta[va] i diritti fondamentali quali [erano] garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risulta[va]no dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» (cfr. *considerando* n. 43, dir. cit.).

⁵⁵ In tal senso, art. 6, comma 2, lett. c), dir. cit.

⁵⁶ Sul punto, *considerando* n. 42, dir. cit.

⁵⁷ Per le considerazioni che seguono, volendo, S. AGOSTA, *La Corte di Giustizia alle prese con la nozione eurounitaria di embrione umano (a margine della giurisprudenza Brüstle ed in previsione di futuri sviluppi)*, in www.dirittifondamentali.it (29 febbraio 2016).

⁵⁸ In oggetto, V. ALTAMORE, *La tutela dell'embrione, tra interpretazione giudiziale e sviluppi della ricerca scientifica, in una recente sentenza della Corte di Giustizia europea (C-34/10 Olivier Brüstle contro Greenpeace e V.)*, in www.forumcostituzionale.it (2 dicembre 2011); R. CONTI, R. FOGLIA, *Protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche e nozione di embrione umano*, in *Corr. giur.*, 2011, 1733 ss.; F. MACCHIA GRIFEO, *CGCE: staminali, no al brevetto quando c'è la distruzione dell'embrione*, in *Guida al dir.* (18 ottobre 2011); A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti*, e P.I. D'ANDREA, *La Corte di Giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali (Nota a Gr. Sez., 18 ottobre 2011, C-34/10, Olivier Brüstle c. Greenpeace eV.)*, entrambi in www.forumcostituzionale.it (rispettivamente, 3 maggio e 10 luglio 2012); L. VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quad. cost.*, n. 1/2012, 145 ss.

esempio, la maturazione di un ben determinato stadio di sviluppo). Anche sul piano eurounitario pareva così plasticamente esibita la “forza” delle acquisizioni del diritto rispetto a quelle della scienza sul campo *de quo*: ad una definizione talmente anticipata nel tempo di «embrione», difatti, solo le cellule staminali estratte allo stadio di blastocisti sembravano vieppiù sottrarsi (al singolo giudice statale la Corte avendo delegato il compito di «stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se esse [fossero] tali da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano e, di conseguenza, rientr[assero] nella nozione di ‘embrione umano’ ai sensi e per gli effetti dell’art.6, n.2, lett.c), della direttiva»⁵⁹).

5. (Segue): il trend più espansivo della condizione dell’embrione (ritenuto *quid minus* di una persona): la giurisprudenza eurounitaria e costituzionale a raffronto

Per il brusco strappo che pareva determinare rispetto al contegno fino a quel momento mantenuto, era ovvio che con tale pronuncia la Corte eurounitaria prestasse inevitabilmente il fianco a talune obiezioni tanto di *merito* che sul *metodo* nell’occasione osservato. Prendendo innanzitutto le mosse dal primo, la stretta operata dai giudici di Lussemburgo sulla potenziale capacità dell’ovulo di dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano – indipendentemente dallo stato di avanzamento in cui quest’ultimo si trovasse – sembrò piuttosto evidente laddove decidevano interpretativamente di collocare il divieto di brevettabilità *ex art. 6, n. 2, lett. c)*, *dir. cit.* assai prima della stessa fecondazione fino ad estenderlo all’ovulo non fecondato (in cui fosse stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura ovvero indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi). Ciò visibilmente perché quest’ultimo – a motivo della metodica impiegata per ottenerlo – sarebbe stato insomma tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano come l’embrione creato mediante fecondazione di un ovulo pur non essendo stato oggetto di una inseminazione in senso proprio⁶⁰. Pur avendo dunque esibito un’impostazione metodica affatto simile a quella tradizionalmente adottata dalla giurisprudenza EDU sul punto – guardandosi bene, cioè, dal formalmente invocare un presunto diritto alla vita dell’embrione – con la decisione in epigrafe la Corte di giustizia finiva così per ottenere risultati diametralmente opposti sfruttando la sponda offerta dai *considerando 2 e 16*, *dir. cit.* laddove rispettivamente richiamavano la copertura assai più ampia ed omnicomprensiva offerta dal parametro della dignità.

Non passavano nondimeno che una manciata di anni che si ripresentava per la Grande Sezione un’altra imperdibile occasione per ritornare su – ed eventualmente (come poi, in effetti, ha fatto) rimeditare – quel rigoroso orientamento di qualche tempo prima con *sent. del 18 dicembre 2014 sulla causa C-364/13, International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*⁶¹. Allorquando cioè l’*High Court of Justice of England & Wales (Chancery Division – Pa-*

⁵⁹ Cfr. CGUE, causa *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V*, *cit.*, par. 37.

⁶⁰ Così, CGUE, causa *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V*, *cit.*, par. 36.

⁶¹ Su cui C. DRIGO, *Il diritto della scienza e i diritti della vita. La Corte di Giustizia di nuovo sollecitata a definire il concetto di ‘embrione umano’*, in www.diritticomparati.it (15 settembre 2014); E. SARTOR, *Staminali, corte UE: brevettabile l’ovulo che non diventa embrione*, in www.rivistaeuropae.eu (30 dicembre 2014); S. PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di ‘embrione umano’: l’ultima (?) fase della ‘saga’ Brüstle*, e I. RIVERA, *La brevettabilità dell’embrione umano e il valore della dignità umana. La Sentenza della*

tents Court) – dubitando che nell'espressione «embrioni umani», di cui all'art. 6, par. 2, lett. c), dir. cit. fossero pure ricompresi gli ovuli umani non fecondati (sempre stimolati a dividersi e svilupparsi attraverso la partenogenesi) in ragione del fatto che, «a differenza degli ovuli fecondati, conten[essero] solo cellule pluripotenti», in quanto tali non «in grado di svilupparsi in esseri umani»⁶² – decideva nuovamente di interpellarla in via pregiudiziale.

Il mutamento di rotta rispetto al *dictum* del 2011 era più che evidente nel passaggio in cui – chiamata dalla Corte a verificare se i suddetti partenoti umani avessero o meno la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano – l'autorità giudiziaria statale non avrebbe potuto fare difatti a meno «delle conoscenze sufficientemente comprovate e convalidate dalla scienza medica internazionale»⁶³. Se non adeguatamente sorretta (e completata) dalla *concreta* idoneità a *concludere* il processo di sviluppo di un essere umano, del resto, l'*astratta* capacità di un organismo di *avviare* siffatta sequenza di maturazione non sarebbe stata quindi più idonea ad escludere la brevettabilità (*recte*, per quanto più da vicino riguarda l'ambito del presente contributo, ad integrare la nozione stessa di «embrione»). Stavolta, insomma, i giudici di Lussemburgo prendevano le mosse dalle conclusioni dell'Avvocato generale (spec. par. 73) per rimarcare come «per poter essere qualificato come 'embrione umano', un ovulo umano non fecondato [dovesse] necessariamente avere la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano»⁶⁴: non avendo mancato tuttavia di puntualizzare come «il solo fatto che tale organismo inizi[asse] un processo di sviluppo non [fosse] sufficiente per considerarlo un 'embrione umano'» laddove appunto esso non avesse soddisfatto invece «tale condizione»⁶⁵.

Delegando in concreto al giudice nazionale il compito di verificare se un ovulo umano non fecondato (attraverso la partenogenesi indotto a dividersi e a svilupparsi) fosse o meno «privo, in quanto tale, della capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano»⁶⁶ – nel quale ultimo caso «alla luce dell'articolo 6, paragrafo 2, lettera c), della direttiva in parola» imponendo che esso venisse trattato «allo stesso modo di un ovulo umano fecondato, in tutte le fasi del suo sviluppo»⁶⁷ – a distanza di qualche anno la Corte di giustizia pareva, insomma, tradire il bisogno in qualche misura di addolcire un'iniziale soluzione evidentemente percepita ormai come eccessivamente rigida ed assolutizzante: accomunando quindi nel medesimo ragionamento tanto l'accertamento giudiziale sulle cellule staminali embrionali provenienti da una blastocisti richiesto nel 2011 quanto quello sui c.d. partenoti imposto nel 2014.

Un andamento del tutto inverso a quanto sin qui illustrato – come andava già anticipandosi *supra* – avrebbe invece preso l'esperienza interna in materia dove, a proposito della peculiare situazione giuridica del concepito, vi è da dire che per una lunga fase storica il diritto costituzionale vivente si era

Corte di giustizia UE International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, entrambi in www.forumcostituzionale.it (rispettivamente, 7 gennaio e 14 maggio 2015).

⁶² In tal senso, CGUE, causa *International Stem Cell Corporation*, cit., par. 28.

⁶³ Sul punto, CGUE, causa *International Stem Cell Corporation*, cit., par. 36: analogicamente cfr. pure CGUE, causa *Smits e Peerbooms* (12 luglio 2001), par. 94.

⁶⁴ In oggetto, CGUE, causa *International Stem Cell Corporation*, cit., par. 28.

⁶⁵ Cfr., CGUE, causa *International Stem Cell Corporation*, cit., par. 29.

⁶⁶ Così, CGUE, causa *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit., par. 38.

⁶⁷ In tal senso, CGUE, causa *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit., par. 30.

limitato ad individuare nell'art. 2 Cost. il parametro costituzionale di copertura e la necessità che il bilanciamento con altri interessi parimenti meritevoli di protezione spettasse primariamente al legislatore (ben guardandosi, in altre parole, dalla tentazione di aggiungere alcunché in merito alla espressa titolarità di un diritto alla vita del nascituro).

Così ad esempio ben prima dell'emanazione della l. n. 194/1978, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*⁶⁸ – nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 546 cod. pen.⁶⁹ – ritenuto che la tutela del concepito, già venuta in rilievo negli artt. 320, 339 e 687 cod. civ., rinvenisse il proprio fondamento costituzionale negli artt., rispettivamente, 31, comma 2, Cost. (laddove espressamente imponeva la «protezione della maternità») e più in generale appunto 2 Cost. (allorquando riconosceva e garantiva i diritti inviolabili dell'uomo, «fra i quali non [poteva] non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito»), la Corte purtuttavia riconosceva come tale premessa andasse «accompagnata dall'ulteriore considerazione che l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito [potesse] venire in collisione con altri beni che [godessero] pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non [poteva] dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione»⁷⁰.

Chiamata un ventennio dopo l'approvazione della suddetta disciplina sull'aborto a pronunciarsi sull'illegittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 1), cod. civ.⁷¹, la Consulta aggiungeva un ulteriore passaggio a quel ragionamento pur lontanamente elaborato, non sottraendosi nel caso speci-

⁶⁸ Sul punto, *ex multis*, L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in AA.VV., *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura dello stesso L. Chieffi, Torino, 2000, 111 ss.; P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 158 ss.; R. FATTIBENE, M.P. IADICICCO, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *La nascita. I mille volti di un'idea*, in R. PRODOMO (a cura di), Torino, 2006, 209 ss.; L.V. MOSCARINI, *Aborto, Profili costituzionali e disciplina legislativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2007, 3 ss.; G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), Napoli, 2009, 850 ss.; A. LA TORRE, *Ego e alter nell'interruzione della gravidanza*, in *Giust. civ.*, n. 1/2010, 3 ss.; B. PEZZINI, *op. cit.*, 1660 ss.; F. BIONDI, *L'interruzione di gravidanza fra Stato e Regioni in una decisione del giudice amministrativo*, in *Quad. cost.*, n. 2/2011, 412 ss.

⁶⁹ ... nella parte in cui puniva chi cagionasse 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, senza che ricorressero gli estremi dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen.

⁷⁰ In oggetto, sent. n. 27/1975 (quinto e sesto cpv) su cui, ad esempio, V. DURANTE, *La salute come diritto della persona* e B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, entrambi in AA.VV., *Il governo del corpo*, II, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), in *Trattato di Biodiritto*, dir. da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2010, rispettivamente, 579 ss. (part. 588) e 1655 ss. (spec. 1672); E. MANDRIOLI, *Il contratto di procreazione medicalmente assistita*, in AA.VV., *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, in M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORETTI (a cura di), Milano, 2010, 38 ss., part. 50 e 81; E.M. AMBROSETTI, *Profili penali dell'interruzione della gravidanza*, in AA.VV., *Diritto penale della famiglia*, IV, in S. RIONDATO (a cura di), in *Trattato di Diritto di famiglia*, dir. da P. Zatti, Milano, 2011, 873 ss., part. 873; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 43.

⁷¹ ... laddove avrebbe consentito di esperire l'azione per il disconoscimento di paternità al marito che – affetto da impotenza nel periodo dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio concepito durante il matrimonio – avesse previamente dato il proprio consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie.

fico dal rimarcare l'esigenza di «tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali»⁷². Premesso che «preminenti in proposito [fossero] le garanzie per il nuovo nato (v. le [sentenze n. 10 del 1998](#); [n. 303 del 1996](#); [n. 148 del 1992](#); [nn. 27 e 429 del 1991](#); e [nn. 44 e 341 del 1990](#)), non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all'art. 2 Cost. – ai suoi diritti nei confronti di chi si [fosse] liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità», veniva dunque ribadito come fosse espresso «compito del legislatore specificare» tali diritti⁷³: alla valutazione di quest'ultimo primariamente appartenendo «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana»⁷⁴.

6. Dall'iniziale bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela alla successiva riaffermazione della *dignità* (in luogo della *vita*) dell'embrione: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana fino ai più recenti approdi e lo spettro del ricorso al Prot. n. 16 CEDU

Pur continuando a non prendere espressamente partito sulla natura giuridica del concepito, solo qualche anno dopo l'approvazione della l. n. 40 cit. il giudice delle leggi non poteva infine esimersi dal sindacare la ragionevolezza dei bilanciamenti legislativi operati in materia di fecondazione artificiale, con sent. n. 151/2009⁷⁵. Allorquando cioè – nei giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 6, comma 3, e 14, commi 1, 2, 3 e 4, l. n. 40 cit. – annullava il comma 2, art. 14 cit.⁷⁶ ribadendo come «la tutela dell'embrione non [fosse] comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione»: ciò evidentemente perché la stessa legge in esame rivelava «un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di li-

⁷² Cfr. sent. n. 347/1998 (punto 3 cons. dir., secondo cpv) su cui, ex plurimis, M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, in AA.VV., *Il divieto di donazione dei gameti tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), Milano, 2012, spec. 26; C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013, 162; S. PENASA, *La procreazione medicalmente assistita in prospettiva comparata: verso una modellistica inter-familiare?*, in AA.VV., *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, in A. TORRE (a cura di), Torino, 2015, 410; A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 119 ss.; V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, 2017, 15.

⁷³ Così, sent. n. 347/1998 (punto 3 cons. dir., terzo cpv).

⁷⁴ ... e solo per «l'attuale situazione di carenza legislativa» spettando «al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»: in tal senso, sent. n. 347 cit. (punto 4 cons. dir.).

⁷⁵ Sul punto, ex plurimis, G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in www.forumcostituzionale.it (20 maggio 2009); 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.org (20 settembre 2009); 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*, in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), Milano, 2010, rispettivamente, 191 ss. e 214 ss.

⁷⁶ ... limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre».

mitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette[va] comunque che alcuni di essi po[tessero] 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»⁷⁷.

Perché in tempi più recenti il Tribunale costituzionale fosse chiamato a confrontarsi con la potenziale titolarità di un diritto alla vita da parte del concepito bisognava così attendere qualche altro anno ancora fino al 2012 quando – chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di interruzione volontaria della gravidanza rivolta da una minorenni alla A.S.L. 3 Umbria senza il coinvolgimento dei genitori⁷⁸ – il giudice tutelare di Spoleto si trovò a dar seguito proprio a CGUE, causa C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V*, cit.⁷⁹: laddove in particolare intravedeva «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 [veniva] 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 un 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»⁸⁰.

Il *vulnus* in tal modo potenzialmente inflitto agli artt. 2 e 32, comma 1, Cost. – prima ancora che agli artt. 11 e 117, comma 1 Cost. – ad opera dell'art. 4, l. n. 194 cit. veniva così ritenuto pressoché inevitabile: ciò in particolare perché al Tribunale remittente tutt'altro che inesatto pareva ritenere come «l'embrione umano' [dovesse] qualificarsi alla luce dell'intervenuta decisione europea come 'essere' provvisto di una autonoma soggettività giuridica della cui tutela l'ordinamento [doveva] farsi carico anche (e soprattutto) a cagione della mancanza di qualsivoglia capacità di auto-tutela da parte del diretto interessato». In questa fase storica tuttavia – emblematico, in tal senso, il caso dell'ord. n. 150/2012 di restituzione degli atti al giudice *a quo* a proposito del divieto di eterologa su cui non è adesso possibile intrattenersi⁸¹ – la Consulta non sembrava ancora avere la seppur minima intenzio-

⁷⁷ In oggetto, sent. n. 151/2009 (punto 6.1 *cons. dir.*).

⁷⁸ Per le considerazioni che seguono sia consentito rinviare a S. AGOSTA, *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, in www.giurcost.org (23 luglio 2012), 1 ss.

⁷⁹ Cfr. E. FALLETTI, *Il riconoscimento del figlio naturale dopo la riforma*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2013, 94 (e *Id.*, *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Corr. giur.*, n. 2/2013, 234 ss.); R. CONTI, *I giudici e il biodiritto Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Ariccia (RM), 2014, *passim*.

⁸⁰ Così, Trib. Spoleto, ord. n. 60 del 3 gennaio 2012.

⁸¹ Su cui v. almeno 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)* e R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, entrambi in www.giurcost.org, rispettivamente, 2012 e 2013; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte* e A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte*

ne di esporsi a proposito del delicato tema dell'animazione o meno dell'embrione: avendo così fatto piuttosto leva su uno strumento processuale che le consentisse di sottrarsi pure alla complicata questione della trama dei rapporti tra essa ed i giudici del Lussemburgo con «una *non risposta*» che avesse «la *parvenza della definitività*»⁸² come, nella specie, la dichiarazione di manifesta inammissibilità della questione di cui all'ord. n. 196/2012⁸³.

Un consolidato diritto vivente⁸⁴, del resto, già riteneva il provvedimento del giudice tutelare di “autorizzazione a decidere” elemento solo *esterno* al «riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all'interruzione gravidica» – con funzione, cioè, integrativa (non decisoria) della volontà della minorenni «per i vincoli gravanti sulla sua capacità d'agire» – e non già *interno*, e come tale costitutivo (decisorio), del procedimento in esame⁸⁵. La non applicabilità del censurato art. 4 cit. al giudizio considerato – col conseguente difetto di rilevanza della questione eccepita e la successiva declaratoria di manifesta inammissibilità di quest'ultima – finiva perciò per dimostrarsi inevitabile a motivo del mancato riconoscimento in capo all'autorità remittente da parte della l. n. 194 cit. di «decidere», ovvero tantomeno «codecidere», «sull'*an* dell'interruzione della gravidanza».

A partire dal 2015 – e per tutto il triennio successivo fino ai giorni nostri – nondimeno la giurisprudenza costituzionale è parsa mutare repentinamente rotta, facendo non tanto leva sul riferimento alla *vita biologica* (sul quale ha continuato a non pronunziarsi espressamente) quanto direttamente su quello alla *dignità* stessa dell'embrione, prima solo genericamente invocata in materia dalla sent. n. 347 cit. Così per esempio, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 6, l. n. 40 cit., ha ritenuto di non censurare «la scelta del legislatore del 2004 di vietare e sanzionare penalmente la condotta di ‘soppressione di embrioni’, ove pur riferita (...) agli embrioni che, in esito a diagnosi preimpianto, risult[assero] affetti da grave malattia genetica»⁸⁶. Questo evidentemente perché «nella fattispecie in esame, il *vulnus* alla tutela della *dignità* dell'embrione (ancorché) malato, quale [sarebbe derivato] dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova[va] però giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista»⁸⁷.

costituzionale, entrambi in www.forumcostituzionale.it (rispettivamente, 29 giugno e 19 luglio 2012); V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale* e B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, tutte in www.rivistaaic.it, n. 3/2012.

⁸² In tal senso, 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.

⁸³ Sul punto, M. CARRER, *Shut up and calculate? Il giudice tutelare, la Corte costituzionale e l'interruzione di gravidanza*, in www.forumcostituzionale.it (4 novembre 2012), 1 ss.

⁸⁴ In oggetto, ex plurimis, sent. n. 196/1987 nonché ordd. nn. 463/1988, 293/1993, 76/1996, 514/2002, 126/2012.

⁸⁵ Cfr., appunto, ord. n. 196, cit.

⁸⁶ Così, sent. n. 229/2015 (punto 3 cons. dir., terzo cpv) su cui A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it (21 dicembre 2015).

⁸⁷ In tal senso, sent. n. 229 cit. (punto 3 cons. dir., sesto cpv): corsivi non testuali.

«Anche con riguardo a detti embrioni, la cui malformazione non ne giustifica[va], sol per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani creati in ‘numero [...] superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto’, ex comma 2 del medesimo art. 14, nel testo risultante dalla [sentenza n. 151 del 2009](#)» – proseguiva spedita la Corte – «si prospetta[va], infatti, l’esigenza di tutelare la *dignità* dell’embrione, alla quale non [poteva] parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione». Quest’ultimo, difatti, «quale che ne [fosse] il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non [era] certamente riducibile a mero materiale biologico»⁸⁸. Su posizioni tutt’altro che dissimili è sembrata peraltro attestarsi appena l’anno successivo la Consulta anche con riferimento al giudizio sull’art. 13, commi 1, 2 e 3, l. n. 40 cit. nella parte in cui recisamente proibiva qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull’embrione che non risultasse finalizzata alla tutela dello stesso.

Premesso come «la questione, così sollevata, rimanda[sse] al conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell’embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di *dignità antropologica* che gli ven[isse] riconosciuto»⁸⁹, non poco conducente ai fini del presente contributo è difatti notare come – procedendo a delineare una sorta di stato dell’arte giurisprudenziale fino a quel punto elaborato – in assenza di riferimento all’inizio della vita affiorava sempre prepotentemente quello espresso alla dignità dell’embrione. «Emerge dalla ricordata giurisprudenza», in sintesi, che «la dignità dell’embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale ‘riconducibile al precetto generale dell’art. 2 Cost.’ ([sentenza n. 229 del 2015](#))»⁹⁰.

Dell’indispensabile riferimento alla dignità – espressamente della gestante ma, implicitamente, pure del concepito – ancora da ultimo il giudice delle leggi ha peraltro dimostrato di non poter (voler?) fa-

⁸⁸ Sul punto, sent. n. 229 cit. (punto 3 *cons. dir.*, quarto cpv): corsivi non testuali.

⁸⁹ In oggetto, sent. n. 84/2016 (punto 8.1 *cons. dir.*) – corsivi non testuali – su cui, *ex plurimis*, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*; M. D’AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell’embrione*; M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*; V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell’embrione*; S. PRISCO, *Il diritto e l’embrione come soggetto di narrazioni*; G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell’embrione e l’interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*; A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, tutti in *Biolaw Journal*, n. 2/2016, rispettivamente, 157 ss., 171 ss., 183 ss., 197 ss., 209 ss., 223 ss., 245 ss. e 253 ss.). V. pure E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in www.forumcostituzionale.it (4 giugno 2016); V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it (8 maggio 2016).

⁹⁰ Cfr. sent. n. 84 cit. (punto 8.2.1 *cons. dir.*).

re a meno. Nel giudizio sull'art. 263 cod. civ.⁹¹ (tutt'altro che richiesto in tal senso...) quest'ultimo ha così deciso di pronunziarsi incidentalmente sulle «pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la *dignità* della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁹²; non mancando altresì di rilevare «l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale»⁹³.

Da quest'ultimo punto di vista – ed in conclusione di queste prime notazioni sull'argomento – quanto alla trama giurisprudenziale sin qui intessuta con riferimento al diritto alla vita biologica possa ulteriormente contribuire l'apporto della Corte EDU è francamente presto a dirsi. Certo non poco secondario in tal senso sarà vedere se, e come, i giudici di Strasburgo intenderanno rispondere alla richiesta di parere consultivo di cui al Prot. n. 16 molto recentemente avanzata dalla Corte di Cassazione francese (dec. n. 638 del 5 ottobre 2018) in ordine al margine di apprezzamento statale sussistente nel rifiuto della trascrizione nel registro dello stato civile dell'atto di nascita di un figlio nato all'estero da surrogazione di maternità laddove – oltre al padre biologico come padre legale – pretenda pure di indicare la madre intenzionale quale madre legale⁹⁴.

⁹¹ Nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso.

⁹² Così, sent. n. 272/2017 (punto 4.2 *cons. dir.*) – corsivi non testuali – su cui F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2018, 147 ss.; G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017* e G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, entrambi in www.forumcostituzionale.it (rispettivamente, 9 marzo e 15 febbraio 2018), 1 ss.; A. SCHILLACI, *La Corte costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all'estero: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, in www.diritticomparati.it (18 gennaio 2018) nonché, se si vuole, S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2/2018, 1 ss.

⁹³ In tal senso, sent. n. 272 cit. (punto 4.3 *cons. dir.*).

⁹⁴ Sul punto, F. BUFFA, *Gestation pour autrui: la prima richiesta di parere consultivo alla Cedu*, in *Quest. giust.* (11 ottobre 2018); A.M. LECIS, *GPA e trascrizione degli atti di nascita: la Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU* e M. PAPPONE, *In attesa dell'Italia, alcune riflessioni dopo l'entrata in funzione del Protocollo Addizionale n. 16 nell'ordinamento francese*, entrambi in www.diritticomparati.it (rispettivamente 18 e 29 ottobre 2018).