

## Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015

Costanza Nardocci\*

FROM THE CONVENTION TO THE CONSTITUTION: THE TACIT ACCORD BETWEEN COURTS. ON THE DECISION N. 96/2015 OF THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: The Author discusses the Constitutional Court's judgment no. 96 of 2015 on the constitutional legitimacy for fertile couples to make use of medically-assisted procreation techniques prior to a pre-implantation genetic diagnosis. After a brief analysis of its content, the Author investigates the Constitutional Court's decision from the angle of its relationship with the European Court of Human Rights' ruling in the *Costa & Pavan v. Italy* case. The Author then goes on by addressing the challenges of the mechanisms of interplay between the two Courts, by questioning, on the one hand, the Constitutional Court's refusal to make use of Article 117, § 1, of the Italian Constitution and, on the other, by highlighting the coherence of the arguments between the two judgments.

KEYWORDS: Medically-Assisted Procreation; Pre-Implantation Genetic Diagnosis; Fundamental Rights; Constitutional Court; European Court of Human Rights.

SOMMARIO: 1. – Premessa introduttiva. 2. – Il silenzio sull'art. 117, comma 1, Cost., ma l'adesione alle argomentazioni della Corte di Strasburgo. 3. – Irragionevolezza ma, come in *Costa e Pavan*, assenza di discriminazione tra coppie: assorbimento oppure interpretazione restrittiva di Corte cost. n. 151 del 2009? 4. – Osservazioni conclusive.

### 1. Premessa introduttiva

**C**on la sentenza n. 96 del 2015<sup>1</sup>, la Corte costituzionale è tornata ad occuparsi della legge in materia di procreazione medicalmente assistita e a confrontarsi, questa volta, con il tema dell'ampliamento dei suoi requisiti soggettivi di accesso.

\* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Dipartimento di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Corte cost. sent. n. 96 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015, p. e ss. A commento della decisione, si vedano, E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non 'scontata' né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta Online*, 2015/II, 533 ss.; G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in *Diritti Comparati*, 2015; M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*; S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti 'rafforzati'*, in *Forum di Quaderni Costituzio-*

Il tema è analogo a quello, già a suo tempo, oggetto della condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, in *Costa e Pavan c. Italia*<sup>2</sup>, con una pronuncia ormai definitiva, aveva rilevato l'incoerenza di sistema dell'ordinamento giuridico nazionale, derivante dal concorrente operare della legge n. 40 del 2004 e della normativa che disciplina l'interruzione volontaria di gravidanza; un'incoerenza che si risolveva, sino alla decisione costituzionale in commento, nell'imporre alla donna la (non) scelta di sottoporsi ad un aborto terapeutico in costanza del contagio del feto<sup>3</sup>.

La decisione costituzionale, pronunciandosi sulla questione di costituzionalità degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 2, 3, 32 e 117, comma 1, Cost., ha, quindi, innanzitutto prodotto un allargamento dei soggetti beneficiari delle tecniche di procreazione artificiale, censurando le norme oggetto in relazione agli artt. 3 e 32 Cost., nella parte in cui «non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche».

Così stabilendo, la sentenza ha, da un lato, affrancato la legge dalla sua finalità originaria – «ovviare ai problemi di infertilità e di sterilità delle coppie» –, affiancandovi quella di offrire a quelle coppie che risultino portatrici sane di malattie genetiche l'opportunità di beneficiare del progresso medico-scientifico in materia, ostacolandone la trasmissione; sotto altro versante, la Corte ha, però, anche esplicitato la liceità della tecnica diagnostica pre-impianto, sin dall'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 oggetto di un controverso (e mai sopito) dibattito sulla sua praticabilità, innanzitutto, da parte delle strutture del servizio sanitario nazionale<sup>4</sup>.

---

*nali*, 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 2015.

<sup>2</sup> Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, [Seconda Sezione], 28.08.2012, con nota di C. NARDOCCI, 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*, in *Rivista Aic*, n. 1 del 2013; E. MALFATTI, La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2012.

<sup>3</sup> Si ricorda che, in *Costa e Pavan c. Italia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che l'impossibilità per una coppia fertile, ma portatrice sana di una patologia a trasmissione genetica, di avere accesso alla diagnosi genetica pre-impianto, seguita dal ricorso alle tecniche procreative artificiali, integrasse una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea, a tutela del diritto alla vita privata e familiare. Più in particolare, la Corte europea ha rilevato che «the Italian legislation lacks consistency in this area. On the one hand it bans implantation limited to those embryos unaffected by the disease of which the applicants are healthy carriers, while on the other hand it allows the applicants to abort a foetus affected by the disease», § 64. Nella stessa pronuncia, la Corte europea ha, invece, escluso la violazione dell'art. 14 della Convenzione, ritenendo vigente in Italia un generale divieto di diagnosi genetica pre-impianto opposto a tutte le categorie di coppie, ivi incluse quelle sterili e infertili che possono accedere alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita. Si vedano, in questo senso, §§ 72 – 76.

<sup>4</sup> Il supposto divieto di diagnosi genetica pre-impianto è stato fatto oggetto di numerose pronunce da parte dei giudici comuni, a partire dal 2004, imponendosi all'attenzione del dibattito, giurisprudenziale e scientifico. Nell'evoluzione giurisprudenziale in materia, merita premettere come siano state due le questioni principali portate all'attenzione dei giudici: la praticabilità della diagnosi genetica pre-impianto da parte delle coppie sterili e infertili, prima ed il ricorso a quest'ultima anche per le coppie fertili, poi. In questo quadro, e con riferimento al tema dell'accesso alla DGPI per le coppie sterili e infertili, si richiama, anzitutto, la prima pronuncia del Tribunale di Catania (3 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 2089 e ss.), con cui il giudice comune

La Corte costituzionale ha, quindi, risposto ai giudici *a quibus* con una decisione che riporta il tema dell'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale delle coppie fertili e, dunque, della liceità della diagnosi genetica pre-impianto su un piano (apparentemente) di mero diritto interno.

In realtà, la sentenza, dopo aver disposto l'accoglimento della questione in relazione agli artt. 3 e 32 Cost. e dichiarato assorbiti tutti gli altri profili – in particolare, quello che poggiava sull'art. 117, comma 1, Cost. – dimostra una concordanza pressoché perfetta sul piano dell'argomentazione con la sentenza europea sul caso *Costa e Pavan c. Italia*.

Un primo aspetto di interesse della pronuncia riguarda appunto l'opzione del Giudice costituzionale di costruire la decisione, ricalcando le ragioni impiegate dal Giudice sovranazionale, ma senza accordare a quella condanna alcun effetto palese nel suo giudizio. La Corte costituzionale tace, infatti, sul profilo della questione afferente alla invocata violazione dell'art. 8 della Convenzione europea per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost., così come inteso alla luce della recente condanna italiana.

Da altro punto di vista, inoltre, la decisione n. 96, ancorché ammetta le coppie fertili alle tecniche di procreazione artificiale, tace sulla ritenuta disparità di trattamento tra coppie, sterili o infertili e fertili, in relazione alla supposta praticabilità, solo da parte delle prime ma non dalle seconde, della diagnosi genetica pre-impianto; punto controverso su cui curiosamente, a suo tempo, anche la Corte europea aveva scelto di non spendere parole<sup>5</sup>.

---

aveva ricondotto la diagnosi genetica pre-impianto nel novero delle pratiche di selezione eugenetica degli embrioni, ritenendola pertanto vietata ai sensi dell'art. 13, l. n. 40/2004 (su cui si veda, 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.), a cui hanno fatto seguito numerose decisioni di segno diverso con cui i giudici comuni hanno, viceversa, consentito l'accesso alla diagnosi genetica pre-impianto limitatamente alle coppie destinatarie delle previsioni di cui alla l. n. 40 del 2004, ossia quelle sterili e infertili. Ci si riferisce, tra le prime, alle pronunce del Tribunale di Cagliari, (sentenza 22 settembre 2007, in *Giur. cost.*, 2008, p. 579 e ss.), di Firenze (ordinanza 18 dicembre 2007, in *Il foro italiano*, 2008, p. 630 e ss.) e del T.A.R. Lazio (sentenza n. 398 del 2008, in *Il foro amministrativo*, 2008, p. 151 e ss.). Nell'ambito del dibattito sulla praticabilità della DGPI si ricordi anche, e soprattutto, la pronuncia della Corte costituzionale n. 151 del 2009 (in *Giur. cost.*, 2009, p. 1656 e ss.) in cui il Giudice costituzionale è intervenuto sull'art. 14, comma 3, della l. n. 40 del 2004, «nella parte in cui non prevede[va] che il trasferimento degli embrioni [...dovesse] essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». In questo senso, ad avviso di alcuni (sulla sentenza e in tema, si vedano 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*, Milano, 2010), la Corte avrebbe superato le ambiguità, poichè il divieto di procedere all'impianto degli embrioni fecondati senza arrecare un pregiudizio alla salute della donna avrebbe potuto essere soddisfatto soltanto ricorrendo ad esami diagnostici, tra cui la DGPI. Sotto il versante dell'accesso alla DGPI da parte di coppie fertili, invece, ci si limita, in questa sede, a richiamare la decisione del Tribunale di Salerno (ordinanza del 9 gennaio 2010, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 1289 e ss. con nota di C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), mentre per una ricostruzione delle pronunce più significative in materia in epoca antecedente alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in *Costa e Pavan c. Italia*, si rinvia a B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2014.

<sup>5</sup> Per un'analisi critica della pronuncia della Corte di Strasburgo nella parte in cui assunto, senza integrare il piano giurisprudenziale con quello legislativo, l'esistenza di un divieto generale di DGPI, si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

## 2. Il silenzio sull'art. 117, comma 1, Cost., ma l'adesione alle argomentazioni della Corte di Strasburgo

«Nel merito, la questione è fondata, in relazione al profilo – *assorbente di ogni altra censura* – che attiene al vulnus effettivamente arrecato, dalla normativa denunciata, agli artt. 3 e 32 Cost.» [*corsivo nostro*]<sup>6</sup>.

Con queste parole, il Giudice costituzionale chiude le porte all'accoglimento della questione di costituzionalità rispetto all'art. 117, comma 1, Cost., escludendo in radice la violazione delle disposizioni convenzionali invocate dal remittente come norme interposte, artt. 8 e 14 CEDU.

La decisione costituzionale si sofferma, forse troppo nell'economia della pronuncia, sulle ragioni, pacifiche per la giurisprudenza costituzionale maggioritaria, che ostano al riconoscimento dell'efficacia diretta della Convenzione europea e delle pronunce della Corte di Strasburgo entro l'ordinamento nazionale<sup>7</sup>; un incedere sul punto che sembra motivato più dalla decisione con cui il Tribunale di Roma<sup>8</sup>, in altro giudizio, aveva applicato in via diretta la Convenzione EDU in conseguenza della condanna italiana da parte del Giudice sovranazionale<sup>9</sup> che non da quello in cui ha avuto origine la questione di costituzionalità decisa con la sentenza n. 96.

E, tuttavia, allo stesso tempo, la Corte pare irrigidirsi su una posizione che finisce con il negare qualsiasi rilevanza non soltanto al sistema convenzionale di per sé, ma anche ad una pronuncia di condanna che, sebbene sprovvista dei caratteri della sentenza pilota e – considerato il trattamento riservato dalla Corte costituzionale nella pronuncia in commento – della qualifica di “diritto consolidato” CEDU introdotta con decisione n. 49 del 2015<sup>10</sup>, mostrava di addentrarsi in un sindacato dai con-

<sup>6</sup> Corte cost. sent. n. 96 del 2015, punto n. 9 del Cons. in Dir.

<sup>7</sup> *Ibidem*, punto n. 7 del Cons. in Dir., in cui la Corte ricorda che: «[q]uesta Corte ha già avuto, infatti, occasione di chiarire che ‘dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario non può farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all’art. 11 Cost., né, correlativamente, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la predetta Convenzione’ (sentenze n. 303 del 2011 e n. 349 del 2007). Ragione per cui ‘i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell’Unione) è applicabile’ (sentenze n. 210 del 2013, n. 303 e n. 80 del 2011) e, poiché le fattispecie, oggetto dei giudizi a quibus, non sono riconducibili al diritto comunitario, non vi era, dunque, effettivamente, spazio per un’eventuale disapplicazione della normativa nazionale da parte del Tribunale rimettente, da ritenersi oltretutto limitata ai casi in cui il diritto comunitario rilevante sia dotato di effetti diretti».

<sup>8</sup> Tribunale di Roma, Sez. Prima, Civile, 23 settembre 2013. La pronuncia può leggersi al link: [http://www.giurcost.org/casi\\_scelti/TribunaleRoma23092013.pdf](http://www.giurcost.org/casi_scelti/TribunaleRoma23092013.pdf), con nota di 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 pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà ‘seguito’ a Corte EDU Costa e Pavan), in Consulta Online, 2013.

<sup>9</sup> Nello stesso senso, si veda, G. REPETTO, La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute, cit.

<sup>10</sup> Corte cost. sent. n. 49 del 2015, in Giur. cost., 2015, p. 391 e ss., con note di G. REPETTO, Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo, in Giur. cost., 2015, p. 411 e ss.; V. MONGILLO, La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo. Lo “stigma penale” e la presunzione di innocenza, in Giur. cost., 2015, p. 421 e ss.; F. VIGANÒ, La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione, in Diritto Penale

fini potenzialmente più ampi del mero scrutinio sul caso concreto. Si ricordi, infatti, al di là delle criticità connesse a simile approccio, che, a dispetto della natura eminentemente casistica della sua giurisprudenza, in *Costa e Pavan c. Italia*, la Corte di Strasburgo parlava di «incoerenza di sistema»<sup>11</sup> e di «sistema legislativo»<sup>12</sup>, alludendo, quindi, non tanto e non solo, alla fattispecie concreta dedotta in giudizio.

Se, quindi, la Corte costituzionale non ragiona di un'incompatibilità con i diritti convenzionali alla luce della condanna in *Costa e Pavan c. Italia*, dall'altro, però, mutua da quella pronuncia tutti gli argomenti a sostegno dell'accoglimento della questione, che vengono ripresi nella pronuncia secondo una chiave di lettura "interna", di respiro costituzionale.

La decisione n. 96 ammette, infatti, che «sussiste [...] un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto, che le denunciate disposizioni oppongono, all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette [...] da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili [...] di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni. E ciò in quanto, con palese antinomia normativa [...] il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la [...] modalità della interruzione volontaria [...] di gravidanze naturali»<sup>13</sup>.

Analogamente, la Corte pone l'accento sulla lesione del diritto fondamentale alla salute della donna, costretta a sottoporsi ad un intervento interruttivo di gravidanza, non potendo beneficiare di un'informazione circa lo stato di salute dell'embrione in una fase di sviluppo antecedente alla formazione del feto; e ciò «[s]enza peraltro che il vulnus, così arrecato a tale diritto, possa trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto»<sup>14</sup>.

Si tratta degli stessi due argomenti, l'incoerenza del divieto di accesso alle tecniche procreative artificiali opposto alle coppie fertili e la tutela della salute della donna in relazione alla scelta di avere o di non avere un figlio, che ricorrono nella sentenza del Giudice convenzionale e che la Corte costituzionale richiama puntualmente nella sua decisione.

---

Contemporaneo, 2015; M. BIGNAMI, Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente, in *Diritto penale Contemporaneo*, 2015; A. RUGGERI, Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015; D. TEGA, La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015; V. ZAGREBELSKY, Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione, in *Rivista AIC*, 2015; D. PULITANÒ, Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

<sup>11</sup> Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, [Seconda Sezione], 28.08.2012, § 64, «[t]he Court cannot but note that the Italian legislation lacks consistency in this area. On the one hand it bans implantation limited to those embryos unaffected by the disease of which the applicants are healthy carriers, while on the other hand it allows the applicants to abort a foetus affected by the disease».

<sup>12</sup> *Ibidem*, § 65, 71, «[h]aving regard to the above-described inconsistency in Italian legislation on PGD, the Court considers that the interference with the applicants' right to respect for their private and family life was disproportionate».

<sup>13</sup> Corte cost. sent. n. 96 del 2015, punto n. 9 del Cons. in Dir.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

Stupisce, allora, che la Corte costituzionale non abbia impiegato le norme convenzionali interposte e, in particolare, l'art. 8 CEDU così come interpretato in *Costa e Pavan c. Italia*, per rafforzare il proprio intervento ablativo e per istituire una relazione coerente tra le due pronunce e tra le due Corti. E, ancora di più, appare, poi, oscura la scelta di dedicare ampio spazio al tema dell'efficacia diretta (solo in via eccezionale) della Convenzione e, per essa, delle sentenze della sua Corte, quando la questione di costituzionalità, così come impostata dai remittenti, non offriva il fianco a simili opzioni ricostruttive<sup>15</sup>, ben chiarendo, nelle due ordinanze di rimessione, i giudici *a quibus* la doverosità di un intervento del Giudice costituzionale come imposto a partire dalle c.d. sentenze gemelle, nn. 348 e 349 del 2007<sup>16</sup>.

Piuttosto, ci si poteva attendere un approfondimento intorno alle ragioni che negano a *Costa e Pavan c. Italia* quella valenza di "diritto consolidato" CEDU e che rendono opportuna la prospettazione della questione di costituzionalità alla Corte, non appalesando, viceversa, una vincolatività, anche solo di carattere sostanziale, per il giudice comune; un profilo che, pur non risolvendone le intrinseche criticità<sup>17</sup>, sarebbe stato d'ausilio all'interpretazione del controverso concetto di "diritto consolidato CEDU" portato alla ribalta dalla sentenza n. 49 del 2015.

Anche in questo caso, tuttavia, la decisione n. 96 ha scelto di non includere il profilo del ritenuto contrasto con il livello sovranazionale di tutela dei diritti nel proprio sindacato, limitandosi a fare uso della tecnica dell'assorbimento e accentuando, così facendo, i dubbi di quanti ritengono incerto il quadro dei rapporti tra giudici, costituzionale e comune, e Giudice sovranazionale<sup>18</sup>.

Sebbene si condivida l'opinione di quanti hanno guardato con favore ad uno scrutinio imperniato sui soli parametri interni<sup>19</sup>, verrebbe, però, da osservare che una simile opzione non sarebbe stata oscurata se accompagnata dall'accertamento della violazione *anche* dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione alle norme convenzionali invocate dai remittenti.

<sup>15</sup> Di diverso avviso, G. REPETTO, La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute, cit., che ritiene che "[q]uesta scelta, che pure potrebbe destare stupore, merita invece di essere accolta positivamente, perché esprime – senza alimentare sterili contrapposizioni con la CEDU e col suo giudice – l'insostituibilità del contributo di valore che può venire in taluni casi dal catalogo costituzionale dei diritti».

<sup>16</sup> Corte cost. sent. n. 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.

<sup>17</sup> Condivide e argomenta le criticità della ricostruzione dei rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e giudici comuni offerta dal Giudice costituzionale nella decisione n. 49 del 2015, V. ZAGREBELSKY, op. cit. L'A., criticata l'opzione per la formulazione linguistica di "diritto consolidato", osserva che «[n]on è dunque utile tentare di codificare gli indici secondo i quali pesare la forza dei precedenti o la loro debolezza, ai fini della definizione del contenuto dell'obbligo assunto dallo Stato con la ratifica della Convenzione e ai fini dell'art.117 Cost. Utile ed anzi indispensabile è valutare la pertinenza del precedente rispetto al caso da decidere. Necessario è comunque tener presente che sia il giudice ordinario, sia la Corte costituzionale (ma anche il legislatore) devono evidentemente evitare di esporre lo Stato a responsabilità internazionale, con decisioni interne che ignorino o forzino l'orientamento interpretativo della Corte europea. Sul punto rilevano sia quanto la Corte costituzionale ha sottolineato nella sentenza n.349/2007 [...] sia i conseguenti meccanismi finalizzati ad assicurare l'adempimento delle pronunce della Corte europea».

<sup>18</sup> Su cui, M. D'AMICO, La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della decisione sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia, in Forum di Quaderni costituzionali, 2015.

<sup>19</sup> In questo senso, si veda, C. TRIPODINA, Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica, op. cit.

In definitiva, l'impiego della tecnica processuale dell'assorbimento, in questo caso, del principio che lega il sistema nazionale a quello sovranazionale di tutela dei diritti, come già nella sentenza n. 162 del 2014<sup>20</sup> in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, lascia adito ad alcune perplessità sull'uso che il Giudice costituzionale fa del parametro *ex art. 117, comma 1, Cost.*; e ciò sembra avvenire, soprattutto, quando la Corte costituzionale si trova ad intersecare il proprio giudizio con sentenze della Corte di Strasburgo contro l'Italia di fronte alle quali la valorizzazione costituzionale del sistema di tutela sovranazionale dei diritti cede il passo all'esigenza del Giudice delle leggi di riappropriarsi del ruolo di primo (unico?) guardiano nella garanzia dei diritti fondamentali.

### **3. Irragionevolezza ma, come in Costa e Pavan, assenza di discriminazione tra coppie: assorbimento oppure interpretazione restrittiva di Corte cost. n. 151 del 2009?**

Il secondo tema di interesse della decisione investe, poi, il silenzio serbato dalla Corte sulla supposta violazione dell'art. 3, comma 1, Cost., sotto il profilo dell'irragionevole discriminazione tra coppie, prodotta dalle norme oggetto, a fronte dell'apertura al ricorso alle tecniche procreative in favore delle coppie – così si legge testualmente nella pronuncia – «in cui l'uomo risulti affetto da malattie virali contagiose per via sessuale»<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Corte cost. sent. n. 162 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2563 e ss. A commento, si vedano, M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione "eterologa". Analisi e problemi*, Milano, 2014; Commenti alla decisione di A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online, Studi*, 2014; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta Online, Studi*, 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 2014; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro 'pilastro': illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

<sup>21</sup> Si ricordi, incidentalmente, che l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per le coppie in cui l'uomo sia portatore sano di una malattia sessualmente trasmissibile di aver accesso era 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.

Invero, le due ordinanze di rimessione modulavano diversamente la non manifesta infondatezza della questione rispetto all'art. 3, comma 1, Cost., richiamando, quale *tertium comparationis*, non soltanto le coppie in cui l'uomo sia affetto da una patologia a trasmissione sessuale, bensì anche, e per prime, le coppie sterili e infertili destinatarie della legge n. 40 del 2004.

Nelle ordinanze del Tribunale di Roma si legge, infatti, che le norme oggetto «contrast[ano] con l'art. 3 anche sotto il profilo della discriminazione delle coppie fertili, portatrici di malattia geneticamente trasmissibile, rispetto alle coppie sterili o infertili (o in cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili), che invece possono ricorrere alle tecniche di P.M.A.»<sup>22</sup>. Si tratta di opzione che riflette l'argomento assunto dai giudici *a quibus* a presupposto della questione sollevata – la legittimità della diagnosi genetica pre-impianto nell'ambito delle tecniche procreative artificiali ex legge n. 40 del 2004<sup>23</sup> – e su cui, in verità, il Giudice costituzionale non si sofferma, lasciando spazio a più di qualche perplessità.

La prima deriva dall'omessa riproduzione integrale nel *Ritenuto in fatto* dei profili di violazione del principio di eguaglianza. La Corte, infatti, non si esprime, nemmeno andando, eventualmente, a sconfessare la premessa della piena legittimità della diagnosi genetica pre-impianto che, peraltro, se non ammessa, poco avrebbe giustificato l'interesse ad agire delle coppie fertili nell'ambito del giudizio *a quo*, poi sfociato in quello costituzionale. Ed, infatti, l'interesse delle parti alla decisione costituzionale poggiava proprio sul ritenuto accesso alla diagnosi genetica pre-impianto, rispetto alla quale le tecniche di procreazione artificiale costituiscono un inevitabile passaggio, ma non l'obiettivo immediato.

Quanto, poi, questa modalità di ricostruzione parziale dei profili della questione di costituzionalità rappresenti l'antecedente logico del successivo assorbimento dell'invocata censura del principio di eguaglianza invocato dai remittenti è aspetto altrettanto dubbio.

Ci si potrebbe chiedere, in altri termini, se il legame tra l'omessa riproduzione integrale dei profili della questione e il ricorso alla tecnica processuale dell'assorbimento sottenda alla volontà della Corte di negare il presupposto del ragionamento dei rimettenti, ovvero la legittimità della diagnosi pre-impianto per le coppie sterili e infertili; oppure, ancora, se sia o meno espressione di un'interpretazione restrittiva della sentenza n. 151 del 2009<sup>24</sup>, ovvero entrambi.

Secondo una certa opzione interpretativa condivisa dai remittenti, infatti, la sentenza n. 151 del 2009 avrebbe risolto incidentalmente anche il tema dell'ammissibilità della diagnosi genetica pre-impianto

<sup>22</sup> Tribunale di Roma, ordinanza di rimessione, n. 86 del 2014.

<sup>23</sup> Invero, entrambe le ordinanze di rimessione dedicano appositamente un paragrafo al tema della praticabilità della diagnosi genetica pre-impianto nell'ambito dell'impianto normativo delineato dalla legge n. 40 del 2004.

<sup>24</sup> Corte cost. sent. n. 151 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1656 e ss. In dottrina, tra i molti, si rinvia a, M. D'AMICO, 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. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale, 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.; 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 della vicenda che ha originato il giudizio costituzionale, M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale, cit.

per avere la Corte escluso che l'impianto degli embrioni fecondati nell'ambito delle tecniche c.d. omologhe potesse arrecare un pregiudizio per la salute della donna<sup>25</sup> e richiedendo che i futuri genitori fossero messi in condizione di conoscere lo stato di salute del o degli embrioni fecondati nella fase antecedente all'impianto<sup>26</sup>.

Quali che ne siano le ragioni, resta il fatto che la decisione costituzionale in commento omette qualsiasi motivazione sul punto, e non casualmente, forse, non richiama la sentenza n. 151 del 2009, e, come già il Giudice europeo in *Costa e Pavan c. Italia*, conclude per l'assorbimento.

A differenza del Giudice costituzionale, però, la Corte europea esplicitava chiaramente il carattere superfluo dello scrutinio sulla dedotta violazione dell'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU, a motivo del divieto, a suo modo di vedere, assoluto e come tale riferibile a tutte le categorie di coppie, di accesso alla diagnosi genetica pre-impianto<sup>27</sup>.

Su questo punto, viceversa, la Corte costituzionale tace e non sposa, almeno esplicitamente, la tesi della Corte di Strasburgo. Vero è che la questione di costituzionalità aveva ad oggetto le norme della legge n. 40 del 2004 che delineano i requisiti, oggettivi e soggettivi, di accesso alle tecniche, le uniche, quindi, rilevanti nei giudizi *a quibus*, ma è altrettanto innegabile che l'impostazione della questione poggiava su un presupposto – la piena cittadinanza della diagnosi genetica pre-impianto nell'ambito della normativa in tema di procreazione artificiale – che la Corte costituzionale non sembra, viceversa, accogliere così pacificamente nella sentenza in commento.

A parziale "discolpa" della Corte valga, però, considerare che le due ordinanze di rimessione, per parte loro, avrebbero potuto essere costruite meglio, soprattutto quanto alla definizione del *thema decidendum* e al profilo afferente alla supposta discriminazione tra coppie, che i remittenti poggiano sul solo versante dell'accesso, riservato a quelle sterili o infertili ma non a quelle fertili, alle tecniche procreative artificiali e non anche su quello della praticabilità, a monte, della diagnosi genetica pre-impianto. L'*excursus* giurisprudenziale, contenuto nelle ordinanze, sull'ammissibilità della diagnosi genetica pre-impianto, non a caso di pronunce che avevano interessato l'art. 13<sup>28</sup> della legge n. 40

<sup>25</sup> Nuovo testo art. 14, comma 3, l. n. 40 del 2004.

<sup>26</sup> Nuovo testo art. 14, comma 5, l. n. 40 del 2004.

<sup>27</sup> Cfr., Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, cit., §§ 58-59.

<sup>28</sup> La Corte costituzionale, peraltro, aveva già avuto occasione di esprimersi sulla legittimità della diagnosi genetica pre-impianto con riferimento alle coppie sterili e infertili con l'ordinanza n. 369 del 2006 (in *Giur. cost.*, 2006, p. 3831 e ss.), concludendo per l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., sull'art. 13 della legge n. 40 del 2004 «nella parte in cui non consente di accertare, mediante la diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna ammessa alla procedura di procreazione medicalmente assistita siano affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori, quando l'omissione di detta diagnosi implichi un accertato pericolo grave ed attuale per la salute psico-fisica della donna». La dottrina ha particolarmente criticato la scelta della Corte costituzionale di arrestarsi prima di uno scrutinio nel merito, che le avrebbe consentito di intervenire su uno dei nodi più controversi della l. n. 40 del 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. A commento, si vedano M. D'AMICO, Il giudice costituzionale e l'alibi del processo, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3859 e ss.; A. CELOTTO, La Corte costituzionale "decide di non decider" 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.

del 2004 e non, viceversa, le norme sospette di incostituzionalità nei giudizi *a quibus*, non incide, infatti, – se non in chiave argomentativa in relazione alla non manifesta infondatezza – sulla rilevanza della questione, che resta ancorata, come ovvio, alle norme oggetto della questione su cui la Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi, “lasciando fuori” il tema della praticabilità della diagnosi genetica pre-impianto. In accordo con simile proposta di lettura, la Corte si sarebbe, così, limitata ad un’applicazione rigorosa del principio del rispetto tra chiesto e pronunciato: la questione di costituzionalità non investiva, forse erroneamente, anche il proprio antecedente logico, ossia la piena liceità della diagnosi genetica pre-impianto per le coppie sterili o infertili, e la Corte costituzionale non si è di conseguenza espressa sul punto.

A complicare ulteriormente l’analisi si pone poi, e con questo si giunge alla seconda perplessità, la peculiare costruzione del dispositivo che non fa menzione della diagnosi pre-impianto. La Corte costituzionale censura, infatti, le norme oggetto, «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all’art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 [...] accertate da apposite strutture pubbliche». In proposito, non si comprende perché, a fronte di una motivazione in cui ricorre un riferimento unitario all’accesso alle tecniche di PMA «con diagnosi preimpianto», quasi a volerne sottendere la piena legittimità, si rinunci, però, a simile formulazione linguistica proprio nel dispositivo.

In definitiva, la sentenza sembra non voler prendere posizione sul “passato” (?) e controverso dibattito intorno alla legittimità della diagnosi genetica pre-impianto per le coppie sterili e infertili e ci consegna una pronuncia lacunosa che, forse, potrebbe addirittura dare spazio a futuri ripensamenti sulla stessa praticabilità della diagnosi genetica pre-impianto – eventualmente chiamando in causa, questa volta, l’art. 13 della legge n. 40 del 2004 – non solo per quelle fertili, ma per tutte le categorie di coppie.

Pur a fronte delle criticità, di cui si è detto, connesse alla impostazione della questione di legittimità costituzionale da parte dei giudici *a quibus*, che, forse, nelle intenzioni ricomprendeva più di quanto effettivamente chiesto alla Corte, il silenzio serbato dal Giudice costituzionale sul tema della praticabilità della diagnosi genetica pre-impianto rende, infatti, incerti gli effetti della sua pronuncia, così come la sua stessa funzionalità ai diritti delle coppie fertili, ma portatrici sane di patologie geneticamente trasmissibili, destinati – laddove si riproponessero in futuro questioni di costituzionalità sull’ammissibilità in termini generali della diagnosi genetica pre-impianto – a restare impregiudicati dalla decisione in commento.

#### 4. Osservazioni conclusive

Nel complesso, la sentenza n. 96 si dimostra una decisione criptica e poco incline a disvelare le ragioni delle proprie scelte argomentative; un atteggiamento che appare particolarmente evidente in relazione al sistema convenzionale, rispetto al quale la Corte costituzionale manifesta quasi un disinteresse sul piano del diritto sostanziale.

In verità, la scarsa incidenza, almeno sul piano formale, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è sconfessata da una pronuncia che, come già detto, riproduce nei contenuti tutti gli argomenti di *Costa e Pavan c. Italia*, sebbene in modo meno coerente della sentenza europea.

A questo, si aggiungano gli ulteriori nodi problematici della decisione, incentrati prevalentemente su un dispositivo che, come messo in luce, non elimina alla radice tutti i dubbi che circondano l'effettiva praticabilità della diagnosi genetica pre-impianto in Italia e che apre non trascurabili questioni applicative, a partire dalla individuazione delle strutture "pubbliche" entro cui sarà lecita simile pratica diagnostica<sup>29</sup> sino al carattere costituzionalmente imposto dell'addizione proposta; questioni applicative, su cui, tuttavia forse poco avrebbe potuto intervenire il Giudice costituzionale e che, ancora una volta, appalesano l'inadeguatezza delle opzioni legislative confluite nel testo originario della legge n. 40 del 2004.

Insomma, sul futuro della diagnosi genetica pre-impianto ci sarà ancora da dire; non meno importante, da questo punto di vista, sarà poi il suo intreccio con la vicenda dei divieti che tuttora circondano la ricerca scientifica sperimentale sugli embrioni, su cui la Corte costituzionale – ancora una volta dopo una sentenza della Corte di Strasburgo e, questa volta, la sua parziale chiusura sul punto<sup>30</sup> – sarà chiamata a dire la sua<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Sul punto, si rinvia a I. PELLIZZONE, L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale, in [www.forumquadernicostituzionali.it](http://www.forumquadernicostituzionali.it), 2015.

<sup>30</sup> Ci si riferisce alla pronuncia della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Parrillo c. Italia*, n. 46470/11, 27.08.2015 con commento di M. D'AMICO, cit.

<sup>31</sup> Si intende richiamare la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze con ordinanza n. 166 del 2013 del 7.12.2012, e avente ad oggetto l'art. 13, l. n. 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 9, 32 e 33, comma primo, Cost., l'art. 13, commi 1, 2, 3, 6 e ultimo comma, in relazione agli artt. 2, 3, 13, 31, 32, 33, Cost. e dell'art. 6, comma terzo, in tema di irrevocabilità del consenso alle tecniche di PMA dopo che sia intervenuta la fecondazione dell'ovulo, per violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost. La Corte costituzionale, nella volontà di attendere la sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha sospeso il giudizio costituzionale e ha fissato l'udienza pubblica per il 22.03.2016.