



Data pubblicazione 19.03.2015

Il consenso quale *epicentro* del dialogo intergiurisprudenziale in tema di vita nascente ¹

di

Stefano Agosta ²

L'uomo saggio rifugge tanto dall'essere contraddetto quanto dal contraddire.

[B. GRACIÀN, *Oracolo manuale e arte di prudenza*, trad. di A. Gasparetti, Milano, 2002, 91].

SOMMARIO: 1. I necessari *prodromi* del dialogo intergiurisprudenziale in materia di vita che nasce: la *sensibilità* per flessibilizzare risposte legislative eccessivamente rigide. – 2. La *capacità di guardare lontano* (tra indicazioni provenienti da comunità medico-scientifica, dottrina specializzata ed *iter* parlamentare). – 3. Il richiamo al diritto vivente EDU: *l'an* della sua effettività nell'ordinamento interno. – 4. (*Segue*): il *quomodo* di esso (a proposito della mancata *formale* integrazione tra sistemi EDU e UE dei diritti). – 5. La centralità del consenso (*individualmente* espresso e *socialmente* diffuso) quale primo, tangibile, segno di dialogo tra sistemi EDU ed interno in tema di inizio-vita.

1. I necessari prodromi del dialogo intergiurisprudenziale in materia di vita che nasce: la sensibilità per flessibilizzare risposte legislative eccessivamente rigide

La dilagante offensiva dello sviluppo biotecnologico in materia di inizio-vita – e, segnatamente, di procreazione medicalmente assistita – ha reso sempre più urgente e pressante la domanda di giustizia avanzata negli ultimi anni da parte di una moltitudine crescente di soggetti. La vastità e complessità del fenomeno in atto, nondimeno, solo fino ad un certo punto possono essere

¹ Testo rielaborato di una relazione svolta alle giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali* (Messina, 21-22 novembre 2014). Professore Associato di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Messina.

² Professore Associato di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Messina [stefano.agosta@unime.it]

adeguatamente comprese se non avendo congiuntamente riguardo tanto all'aspetto *sociale* che a quello *individuale* delle vicende ad esso sottostanti. Così, se sotto il primo profilo è ormai difficile ignorare l'endemica insaziabile fame (verrebbe da dire, persino, *bulimia*³) di diritti che da tempo connota la complessiva materia della vita nascente, è tuttavia dalla dimensione *individuale* del singolo caso concreto che l'operatore – sia esso decisore politico, giudice ovvero studioso – deve pur sempre prendere le mosse al fine di non privare troppo della loro drammaticità (fino al punto, letteralmente, di “disumanizzarli”) episodi che anche profondamente incidono sulla dignità e le scelte esistenziali di tutti i soggetti coinvolti.

Si pensi ad esempio – solo per rimanere alle vicende che, più di altre, hanno dato luogo alle pronunzie giurisprudenziali che più avanti, *funditus*, si richiameranno – alla tragicità di frangenti come quello della c.d. riduzione embrionaria (quando la soppressione di uno dei feti si imponeva per la malattia genetica che lo affliggeva e rischiava di provocare la morte degli altri⁴ ovvero fosse stata necessitata da una gravidanza trigemina potenzialmente in grado di determinare l'interruzione della gestazione per la peculiare conformazione fisica della puerpera⁵); o quello dell'aborto dovuto all'involontario scambio di cartelle per omonimia delle gestanti⁶; ovvero a quello del rifiuto dell'*ex partner* all'impianto nella precedente compagna di embrioni ottenuti previamente alla rimozione chirurgica delle ovaie affette da tumore⁷; per non dire, infine, dei non meno dolorosi casi, rispettivamente, della menopausa precoce della donna⁸,

³ Così ad esempio – in un diverso (seppur contiguo) ambito – A. MORRESI, *Se la bulimia di diritti ci spinge a misurare la “qualità della morte”*, in *Tempi* (14 dicembre 2011); B. RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei “desideri”* (Corte EDU, Costa e Pavan c. Italia, sent. 28 agosto 2012-11 febbraio 2013), in www.forumcostituzionale.it (14 maggio 2013).

⁴ In tal senso, Trib. Cagliari, decr. 5 giugno 2004.

⁵ Così, invece, Trib. Cagliari, ord. 29 giugno 2004.

⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, caso *Vo c. Francia*, 8 luglio 2004.

⁷ Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, caso *Evans c. Regno Unito*, 10 aprile 2007.

⁸ In oggetto, ad esempio, Trib. Catania, ord. 26 ottobre 2010.

dell'azoospermia completa dell'uomo⁹, delle malattie geneticamente trasmissibili della coppia¹⁰, degli embrioni c.d. soprannumerari¹¹, nonché della drammatica alternativa di rinunciare al proprio desiderio di procreazione ovvero affrontare una gravidanza naturale col rischio di dover ricorrere all'aborto nell'eventualità che il feto risultasse malato¹² (a meno di non voler avviare tentativi di fecondazione all'estero, assai dispendiosi sia in termini economici che di *stress* psico-fisico¹³).

A richieste tanto tragicamente, quanto quasi quotidianamente, avanzate dalle persone, la politica – com'è noto e molto ben dimostrano gran parte delle vicende giudiziarie sul punto – non ha saputo, o voluto, approntare adeguate soluzioni, *non rispondendo quando avrebbe dovuto ovvero rispondendo come non avrebbe dovuto*¹⁴. È dunque alle pronunzie dei giudici, ed al dialogo che tra di loro hanno saputo intessere, che – manco a dirlo – è spettata l'ardua incombenza di fornire dei correttivi ad un quadro d'insieme così gravemente compromesso da un incauto legislatore. Ciò, peraltro, è andato verificandosi secondo un andamento processuale invero abbastanza ciclico e lineare il quale

⁹ Sul punto, *ex plurimis*, Tribb. Milano, ord. 2 febbraio 2011, Firenze, ord. 29 marzo 2013, Milano, ord. 29 marzo 2013.

¹⁰ Si pensi, tra le tante, all'ipotesi di esostososi multipla ereditaria con 50% di trasmissibilità (Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2007), di retinoblastoma con 50% di trasmissibilità (Trib. Firenze, ord. 23-26 agosto 2008), di beta-talassemia (Tribb. Catania, ord. 3 maggio 2004, e Milano, ord. 6-10 marzo 2009), di distrofia muscolare tipo Becker o Duchenne con 50% di trasmissibilità (Trib. Bologna, ord. 29 giugno 2009), di atrofia muscolare spinale di tipo 1 con 25% di trasmissibilità (Trib. Salerno, ord. 13 gennaio 2010), di fibrosi cistica (Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, caso *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012), talassemia *major* con 50% di trasmissibilità (Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012).

¹¹ Così, ad esempio, nel recente caso della coppia affetta da esostososi la quale presso il Centro medico Demetra s.r.l. ha crioconservato ben nove embrioni (dei quali metà malati e l'altra metà non sottoponibili a biopsia) col divieto espresso di non utilizzarli con finalità procreativa e perciò – stante l'assolutezza della proibizione di sperimentazione embrionaria di cui all'art. 13, l. n. 40/2004 – destinanti inevitabilmente all'autodistruzione (Trib. Firenze, ord. 7 dicembre 2012).

¹² In tal senso, pure Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Costa e Pavan c. Italia*, cit.

¹³ Così, Trib. Firenze, ord. 28 marzo 2013.

¹⁴ In oggetto, si vedano almeno i recenti contributi di AA.VV. su *La legge 40/2004 dieci anni dopo*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2014.

ha normalmente visto i ricorrenti, in prima battuta *ex art. 700 cod. proc. civ.*, chiedere che fosse accertato e dichiarato in via urgente il proprio diritto (ad esempio, alla diagnosi genetica preimpianto) e condannato il centro specializzato convenuto (non di rado remissivo alla richiesta) all'esecuzione di quanto richiesto, una volta verificata la sussistenza del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*: in second'ordine, sollevare il dubbio di legittimità allorché il giudice avesse negativamente esperito il tentativo d'interpretazione conforme.

Alla tradizionale eccezione d'inammissibilità della questione sollevata nel corso di procedimenti cautelari – nel senso che, per un verso, «il contenuto del provvedimento richiesto finirebbe per produrre effetti immodificabili, con ricadute sulla rilevanza delle questioni medesime» e, per un altro, che se ne avrebbe «la mancanza di incidentalità delle questioni, in quanto l'eventuale pronuncia di accoglimento concretizzerebbe la tutela richiesta innanzi al Tribunale rimettente» – d'altro canto, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente ribattuto ammettendo l'eccezione d'incostituzionalità tanto nel caso in cui il Tribunale adito non abbia provveduto sulla domanda quanto in quello in cui abbia concesso la richiesta misura (a patto che, con quest'ultima, il giudice non abbia definitivamente consumato il proprio potere cautelare)¹⁵: nella specie – essendo i rispettivi procedimenti cautelari ancora in corso – i giudici *a quibus* non hanno evidentemente esaurito la *potestas iudicandi* di cui sono titolari, di conseguenza conservando la legittimazione a sollevare in tale fase le questioni di costituzionalità proposte¹⁶.

Alla delicata opera di sutura di una trama legislativa assai sfilacciata ed incerta, dunque, non può certo dirsi che il dialogo giurisprudenziale si sia nel tempo sottratto, lasciando anzi emergere una non comune sensibilità anche nei più ostici frangenti: così per esempio – constatata la evidente complessità di

¹⁵ In questa direzione, *ex plurimis*, Corte cost. decc. 25/2006, 161-393/2008.

¹⁶ Così, ad esempio, Corte cost. sent. n. 151/2009 (punto 4.5 *cons. dir.*).

questioni involgenti «beni» e «valori» fra i più importanti dell'esistenza come la vita, la salute nonché il rapporto fra la materiale possibilità d'incidere su questi beni e la sua legittimità etica e giuridica – chi tra i primi è stato chiamato a decidere a ridosso dell'approvazione della l. n. 40 cit. si è dimostrato ben consapevole come essa fosse venuta a conclusione di una ventennale controversia nelle aule parlamentari e nell'opinione pubblica; con la conseguenza che «in relazione alla molteplicità e al rilievo dei beni e dei valori coinvolti, l'approvazione della legge non ha sopito il dibattito e i confronti, una parte dei quali ha inevitabilmente trasferito nei luoghi di applicazione della legge: i centri autorizzati all'applicazione delle tecniche procreazione medicalmente assistita e le aule dei Tribunali»¹⁷.

Senza troppa difficoltà, invero, tra le righe delle pronunzie rese dai magistrati chiamati in causa, sin dal principio s'intravede poi il malcelato disagio innanzi a soluzioni repute eccessivamente rigorose e vessatorie (quando non, testualmente, «inumane»): tanto nei casi di patologie genetiche con un elevato grado di trasmissibilità (es. il 50% del retinoblastoma cit.) quanto per garantire il più possibile la futura gravidanza, ad esempio, l'obbligo legislativo di produrre al massimo tre embrioni è sembrato appunto risolversi in un «comportamento inumano» sotto l'aspetto psico-fisico di nascituro e gestante¹⁸; così, sebbene la suddetta limitazione numerica a tre degli embrioni da produrre non sembrasse *stricto iure* risolversi necessariamente in una violazione della Costituzione, «innegabile» apparirebbe «l'afflittività di tali pratiche mediche (auspicabilmente destinate a ridursi con la possibilità di

¹⁷ Cfr. Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004.

¹⁸ Senza dire come tale disarmante disumanità venga ampiamente amplificata – anziché smorzata – dal mancato riferimento a qualsivoglia valutazione medica dell'integrità dei soggetti coinvolti (ad es. gravidanze trigemine terminate con la morte o la nascita prematura dei nascituri e con gravi rischi di vita della madre): così, Trib. Firenze, ord. 23-26 agosto 2008 cit.

congelare ovociti, anziché embrioni)»¹⁹. Né, obiettivamente, può diversamente dirsi passando alla «rigidità» del dato normativo che ancora dispone l'irrevocabilità del consenso ad accedere alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita dal momento della fecondazione dell'ovulo²⁰, ritenuta in contrasto²¹ con il diritto alla procreazione cosciente e responsabile di cui alla normativa ordinaria²² ed alla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997²³; egualmente il divieto di sperimentazione di cui all'art. 13, l. n. 40 cit. il quale tutt'ora impone un'intangibilità dell'embrione umano priva di qualsivoglia deroga od eccezione e, come tale, dunque «assoluta»²⁴. Non da meno si dimostrava, infine, l'impossibilità di effettuare *ex art. 13, comma 3, lett. b)* la diagnosi preimpianto al fine di selezionare gli embrioni sani nel caso di genitori

¹⁹ Così, Tar Lazio, sez. III-ter, sent. 7 aprile-5 maggio 2005, n. 3452 (punto 9 *cons. dir.*) a parere del quale neppure il numero variabile (da uno a tre) degli embrioni impiantabili *ex art. 14, comma 2, l. n. 40 cit.* consentirebbe quel necessario adattamento alla diversità di condizioni della donna di volta in volta richiedente: al contrario, esso determinerebbe una disparità di trattamento tra donne di medie condizioni fisiche – cui assicurerebbe concrete possibilità di gravidanza – e quelle meno giovani o, comunque, non in grado di produrre contestualmente tre embrioni di “buona qualità”. «La predeterminazione del numero degli embrioni producibili e successivamente impiantabili, imposta dalla norma in modo aprioristico e a prescindere da ogni concreta valutazione del medico curante, sulla persona che intende sottoporsi al procedimento di procreazione medicalmente assistita, appare», insomma, «rivelarsi non in linea con quel bilanciamento di interessi (tutela dell'embrione – procreazione) che la legge n. 40 del 2004 sembra voler perseguire»: in questo modo, Tar Lazio, sez. III-quater, sent. 21 gennaio 2008, n. 398.

²⁰ In tal senso, art. 6, comma 3, l. n. 40 cit.

²¹ Così Trib. Milano, ordd. 6-10 marzo 2009.

²² Cfr. part. II, nn. 194/1978, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, e 405/1975, *Istituzione dei consultori familiari*.

²³ ... ratificata – com'è noto – con l. n. 145/2001, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani*.

²⁴ Con riferimento ai c.d. embrioni soprannumerari o residuati, cioè, né la specifica condizione in cui il materiale genetico si trova né, tantomeno, la necessità di perseguire altri interessi parimenti meritevoli di protezione – quali «salute, libertà procreativa come aspetto del più ampio concetto di libertà personale, autodeterminazione e consenso informato, libertà di ricerca scientifica» – hanno evidentemente trovato adeguata considerazione: cfr. Trib. Firenze, ord. 7 dicembre 2012, cit.

portatori di malattie genetiche²⁵, giacché ricadente nel complessivo divieto di selezione a scopo eugenetico pur trattandosi «di eugenetica negativa, volta cioè a fare sì che non nascano persone portatrici di malattie ereditarie, e non già a perseguire scopi di ‘miglioramento’ della specie umana»²⁶.

2. La capacità di guardare lontano (tra indicazioni provenienti da comunità medico-scientifica, dottrina specializzata ed iter parlamentare)

Oltre una particolare sensibilità alle istanze ad ogni piè sospinto dolorosamente avanzate dalle parti volta per volta in causa, cui *supra* brevemente si accennava, il dialogo tra giurisprudenze diverse esibisce poi una non secondaria consapevolezza delle molteplici suggestioni rispettivamente provenienti dalla comunità medico-scientifica²⁷ e dalla dottrina specializzata. Così – a proposito dell’irragionevole equiparazione, affermata dall’art. 13, comma 3, lett. *b*) cit., fra embrione e gamete che rende pressoché impossibile la ricerca medica su materiale genetico totipotente²⁸ – tale previsione secondo i giudici evidentemente equivarrebbe alla completa, ed irrazionale, «negazione» di ogni bilanciamento tra lo statuto dell’embrione ed un fascio di esigenze, pure inevitabilmente sottese all’ambito della terapia genica mediante cellule staminali embrionali, ritenute meritevoli di tutela: ciò, peraltro, proprio in un

²⁵ Sul punto, sia consentito rinviare a S. AGOSTA, *Preimplantation diagnosis of the embryo: legislative inflexibility in vitro and attempts at greater flexibility in vivo*, in AA.VV., *Biotech innovations & Fundamental rights*, a cura di R. Bin-S. Lorenzon-N. Lucchi, Milano, 2011, 171 ss.

²⁶ Così, nuovamente, Tar Lazio, sez. III-ter, sent. 7 aprile-5 maggio 2005, n. 3452 (punto 8 *cons. dir.*) cui evidentemente non sfugge l’eccessiva durezza della soluzione normativa adottata, tanto più aggravata da un «contesto ordinamentale distonico»: nel quale, in altre parole, l’oltranzista tutela dell’embrione ad esempio convive con «metodi di controllo delle nascite, come la c. d. pillola del giorno dopo, che agiscono proprio nel senso di evitare l’annidamento in utero dell’ovulo fecondato».

²⁷ In oggetto – seppur dal peculiare punto di vista regionale – se si vuole, cfr. S. AGOSTA, *Voce Libertà della scienza*, in AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli-L. Trucco, Torino, 2014, 474 ss.

²⁸ Sul quale ultimo punto, volendo, S. AGOSTA, *Il c.d. metodo Stamina tra libero sviluppo della ricerca scientifica ed integrità della vita umana*, in www.confronticostituzionali.eu (16 luglio 2013).

ambito «che la *comunità medico-scientifica* ritiene fra i più promettenti per la cura di numerose e gravi patologie»²⁹.

Similmente, la reciproca fertilizzazione tra pronunzie giurisprudenziali si è mostrata non poco edotta di taluni orientamenti dottrinali in materia quando, per esempio, ha segnalato la ben netta e delineata divisione degli studiosi sull'interpretazione da dare ai vituperati artt. 13 e 14, l. n. 40 cit.: con taluna dottrina che ha radicalmente desunto dall'art. 13 il principio assoluto dell'illiceità penale della diagnosi preimpianto; e talaltra che ne ha stabilito invece la praticabilità ai sensi dell'art. 14, comma 5³⁰; oppure allorquando – a favore di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 14 cit. – si è invocata la necessità *ex* artt. 3, comma 1, e 32 Cost. di salvaguardare la salute di uomini e donne «impedendo quello che autorevole dottrina ha definito come la legislazione in ordine al corpo della donna come 'luogo pubblico', contro e oltre il suo privato convincimento»³¹. Agli approdi dottrinali si richiamano ancora i magistrati nel proprio continuo dialogo a sostegno del diritto della donna ad un figlio (e, per di più, sano) ai sensi dell'art. 2 Cost.»³²; ovvero rinviando a precedenti pronunzie (nel caso specifico, Trib. Cagliari) in tema di diagnosi preimpianto in frangenti simili³³, proprio «in mancanza di precedenti giurisprudenziali e in presenza di interpretazioni dottrinali contrapposte»³⁴; oppure quando – a proposito del generale divieto di crioconservazione e

²⁹ Cfr., Trib. Firenze, ord. 7 dicembre 2012, cit. (corsivo non testuale).

³⁰ In questo senso, emblematicamente, Trib. Cagliari, sent. 22 settembre 2007, cit.

³¹ Così, Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2007, cit. verosimilmente richiamando sul punto, tra le altre, le riflessioni di B. DUDEN, *Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, Torino, 1994.

³² In tal modo, Trib. Salerno, ord. 13 gennaio 2010 per il quale dunque, non solo il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative rientrerebbe tra quelli fondamentali ma, pure, farebbe capo congiuntamente ad entrambi i genitori, «in maniera da garantire la pariteticità della tutela alla libera ed informata autodeterminazione di procreare tanto della madre che del padre».

³³ ... allorché una coppia sterile si è rivolta, cioè, all'ospedale regionale per le microcitemie del capoluogo sardo per ottenere la fecondazione *in vitro* e, preliminarmente, la diagnosi preimpianto appunto.

³⁴ Così, Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, cit.

soppressione degli embrioni – dettagliatamente si invoca «la discussione sorta in sede di Comitato nazionale per la bioetica: vd. Parere del Comitato nazionale per la bioetica sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili, 26 ottobre 2007, che si legge in www.governo.it/bioetica/testi/parere061007.pdf)»³⁵.

Il metodo logico-argomentativo delle pronunzie nostrane finisce quindi col sovrapporsi – fino del tutto a confondersi – con quello adottato dalla Corte EDU allorché la dialettica tra giudici comuni non ha esitato ad esempio a ricorrere agli atti parlamentari prodromici alla disposizione volta per volta indubbiata per chiarirne il senso ovvero lo “spirito”³⁶ (in ciò attingendo evidentemente a piene mani dalle tradizionali indicazioni metodologiche provenienti dalla dottrina nordamericana dell’*original intent*)³⁷: così, la mancata considerazione dello scottante nodo delle patologie genetiche in materia di fecondazione artificiale, lungi dall’essere frutto di disattenzione ovvero sottovalutazione di esso ad opera del Parlamento, sarebbe piuttosto derivata da una scelta precisa e ponderata, emergente appunto «dalla lettura delle diverse relazioni – di maggioranza e di minoranza – che hanno accompagnato le proposte di legge dalle quali è scaturita poi la legge 40/2004, di tutti gli atti parlamentari che le riguardano e dei resoconti dei lavori in commissione e in

³⁵ Cfr., Trib. Firenze, ord. 23-26 agosto 2008, cit.

³⁶ Sul punto, cfr. almeno AA.VV., *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di F. Giuffrè-I. Nicotra, Torino 2008; più di recente, A. CARIOLA, *La “tradizione” costituzionale: contro l’original intent nell’interpretazione della Costituzione*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, II, Milano 2010, 521 ss. (in prospettiva diversa, v. pure M. LUCIANI, *L’interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, 1 ss.).

³⁷ In oggetto, *ex plurimis*, F. VIOLA, *Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica linguistica e l’ermeneutica*, in *Ars interpretandi*, 1997, 53 ss.; A. POGGI, *L’“intenzione del costituente” nella teoria dell’interpretazione costituzionale. Spunti per una sua definizione alla luce della dottrina americana dell’“original intent of the Framers”*, e A. VESPAZIANI, *Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense*, entrambi in *Dir. pubbl.*, rispettivamente, nn. 1997, 153 ss. e 2001, 457 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009, 112 ss.

aula»³⁸ nel senso di non consentire alcuna selezione tra embrioni a motivo delle condizioni di salute di essi.

Il puntello dei lavori parlamentari è parso alla magistratura decisivo anche per la (temporanea...) conservazione, rispettivamente, del richiamato obbligo di produzione di massimo tre embrioni per un unico impianto nonché del divieto di fecondazione eterologa: il primo si è, ad esempio, ritenuto idoneo ad avviare comunque la gestazione – contenendo, al contempo, i rischi di gravidanze gemellari – secondo «il *sensu* scaturito da quella parte dei lavori parlamentari opportunamente citata dai ricorrenti»³⁹. Con riferimento al secondo, il magistrato adito ha evidenziato come le ragioni della proibizione emergerebbero proprio da «alcuni degli atti dei lavori preparatori che hanno portato all'approvazione della legge italiana 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita e sono solo alcune di quelle paventate dai governi tedesco e austriaco»⁴⁰.

Tra i resoconti delle Camere non di rado sono poi venuti in rilievo per i magistrati in continua comunicazione fra di loro i numerosi emendamenti proposti nel corso dell'*iter* di approvazione della legge: considerando ad esempio come – sia modificativi che sostitutivi o abrogativi – i non pochi

³⁸ Cfr. Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004, cit. (punto 5).

³⁹ Così, «on. Ercole, sed. Camera n. 124 del 27 marzo 2002: 'Un punto fondamentale è rappresentato dal divieto relativo alla crioconservazione e alla soppressione degli embrioni. Per evitare dunque di ripetere la situazione attuale – che vede l'esistenza di una riserva di oltre 24 mila embrioni conservati – questa normativa rifiuta che le tecniche di produzione degli embrioni ne creino un numero superiore a tre per un unico impianto e impone che tutti gli embrioni prodotti debbano essere poi contemporaneamente inseriti nell'utero materno. È una salvaguardia fondamentale della vita dell'embrione'» (Trib. Firenze, ord. 23-26 agosto 2008, cit.).

⁴⁰ Secondo Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010, cit. (punto 2.1) esse sarebbero, in particolare, rappresentate dalla garanzia dell'unitarietà della famiglia ovvero del rispetto dell'identità del figlio menzionate, rispettivamente, dalla relazione alla proposta di legge presentata alla Camera dei Deputati il 5 marzo 2002 e da quella di maggioranza della XII Commissione Affari sociali della Camera del 26 marzo 2002.

emendamenti proposti all'art. 14 nel senso di consentire l'accertamento diagnostico preimpianto fossero stati tutti rigettati⁴¹.

Nondimeno – mano a mano che ci si allontana nel tempo dall'approvazione dell'articolato in esame – è interessante notare come proporzionalmente si stemperi la *vis* ermeneutica dell'*original intent*, nonostante il richiamo ai dettami normativi nella loro originaria versione: così, il dovere del giudice di rinvenire tra le possibili interpretazioni del testo di legge almeno una che sia conforme ai principi costituzionali non può trovare «limite» nella c.d. «volontà del legislatore quale risultante dai lavori parlamentari prodromici all'approvazione del testo legislativo da interpretare»; sebbene, infatti, non di rado rappresentino «un valido supporto per l'individuazione del significato dei termini utilizzati, che va rinvenuto in quello 'fatto palese dal significato delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore' (art. 12 delle preleggi del codice civile)», essi non possono difatti giungere sino al punto di impedire che una disposizione dal non univoco tenore letterale sia intesa in modo compatibile con la Carta costituzionale⁴².

Emblematica – nel senso della sua conformità a Costituzione – la vicenda del divieto di riduzione embrionaria di gravidanze plurime di cui all'art. 14, comma 4: mentre, difatti, l'originario testo unificato del d.d.l. riteneva «vietato

⁴¹ Così, «per brevità, ci si limita qui a fare rinvio, in proposito, soltanto al resoconto stenografico della seduta pubblica del Senato del 10 dicembre 2003 (l'ultima di aula nella quale sono stati discussi analiticamente i singoli articoli della legge qui in discussione) e ai relativi allegati, nei quali si documenta l'esame, per il solo articolo 14, di ben 73 emendamenti, la maggior parte dei quali volti proprio a consentire» la diagnosi preimpianto: cfr., nuovamente, Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004, cit. (punto 5) dove in particolare si evidenziano i sessantuno emendamenti all'art. 4, l. n. 40 cit. nel senso di consentire pure ai portatori di malattie genetiche l'accesso alle tecniche di procreazione assistita e cassati nella citata seduta del Senato del 10 dicembre 2003. «Limitando ancora qui, per evidenti esigenze di sintesi, le citazioni (...) al resoconto stenografico della seduta del Senato del 10 dicembre 2003», si rileva infine che «in quella sede uno dei senatori proponenti gli emendamenti all'art. della legge contraddistinti dai nn. 4.8 e 4.111, ha invitato i suoi colleghi a 'spiegare perché da un punto di vista etico per contrastare le malattie genetiche è preferibile l'utilizzo dell'aborto terapeutico che la nostra legge consente, rispetto all'utilizzo della procreazione medicalmente assistita e quindi la selezione embrionaria preimpianto'» (punto 6).

⁴² In questo senso, Trib. Cagliari, sent. 22 settembre 2007, cit.

l'aborto selettivo di gravidanze plurigemellari» (art. 13, comma 5), non era invece chiaro se tale disposizione fosse «una norma sulla interruzione volontaria della gravidanza (come si evince[va] dal ricorso al termine 'gravidanze' e al richiamo alla legge n. 194 del 1978) – nel senso cioè di non impedire un'interruzione volontaria della gravidanza riguardo a parte soltanto degli embrioni coinvolti (come rimedio *ex post* a non desiderate gravidanze gemellari da PMA) – o (come si evince[va] dall'iniziale inciso 'ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita') una specificazione del divieto di crioconservazione o soppressione degli embrioni, di cui al comma 1 dell'art.»⁴³.

Ai fini della tessitura di un più proficuo dialogo intergiurisprudenziale sopra la materia *de qua*, ad ogni modo, ben più risolutivo dei riferimenti che pocanzi si facevano (rispettivamente, alla comunità medico-scientifica, alla dottrina ed agli atti parlamentari) appare com'è ovvio il richiamo da parte dei giudici al diritto vivente statale e sopranazionale ed ai peculiari intrecci che tra di essi inevitabilmente si intrattengono. Così, ad esempio, se la soluzione del nodo interpretativo determinato dai citati artt. 13 e 14, comma 5, è resa ancor più ostica, rispettivamente, dalla mancanza di precedenti giurisprudenziali cui fare riferimento nell'interpretazione vivente⁴⁴ e dalla presenza di orientamenti dottrinali contrapposti, sul delicato punto della diagnosi preimpianto è pur vero che le pronunzie dei Tribunali non hanno esitato mutuamente a sostenersi ed alimentarsi, fino presto a definire un ben tracciato *trend* giurisprudenziale sulle più scottanti questioni all'esame: certo, simili intersezioni non sono potute

⁴³ Così, Trib. Firenze, ord. 23-26 agosto 2008, cit.

⁴⁴ ... «nessun lume» potendo «trarsi» nemmeno dalla Corte Costituzionale, «che ha lasciato del tutto irrisolta la questione in esame, avendo il Supremo Collegio chiuso il procedimento davanti a sé con una decisione meramente processuale»: così, Trib. Cagliari, sent. 22 settembre 2007, cit.

avvenire tra giudici interni competenti a conoscere di questioni diverse⁴⁵ e – quando ciò fosse possibile – il suddetto rinvio ha dovuto comunque sottostare ad un ragionevole vaglio, a partire dalla stessa “significatività” (*recte*, consistenza quantitativa) dei precedenti giurisprudenziali.

Di questo è sembrata, innanzitutto edotta la Corte di Strasburgo: nel ritenere ricevibile il ricorso proposto dai sig. Costa e Pavan a motivo di una presunta interferenza della disciplina italiana nelle proprie scelte di vita, ad esempio, essa ha accertato l’inesistenza di rimedi effettivi di diritto interno cui ricorrere prima del ricorso EDU osservando come l’effettività degli strumenti statali non potesse «essere affermata in mancanza di un dato normativo a meno che non vi [fosse] una *significativa* giurisprudenza che dimostr[asse] l’accessibilità e l’utilizzabilità del rimedio nella pratica»; in tal senso, dunque, la singola «pronuncia di un tribunale di merito di primo grado, [era] da considerare come un caso isolato, e non [era] certo sufficiente a creare una giurisprudenza circa la materia in questione»⁴⁶.

⁴⁵ ... in tal senso, per esempio, le argomentazioni in ordine all’eccesso di potere per ingiustizia manifesta, irrazionalità e violazione dei principi comuni in materia di tutela della salute da parte degli artt. 13 e 14, comma 5, cit. sviluppate dalla Warm (World Association Reproductive Medicine) anche richiamando le conclusioni di Trib. Cagliari sent. 22 settembre 2007 «la quale, vale la pena di sottolineare, riguarda profili e posizioni soggettive che non possono essere conosciute da questo giudice cui può essere chiesto, soltanto, di vagliare la legittimità dell’operato dell’Autorità amministrativa in relazione all’attuazione della legge n. 40 del 2004» (così, Tar Lazio, sez. III-*quater*, sent. 21 gennaio 2008, n. 398).

⁴⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, caso *Costa e Pavan c. Italia*, cit.: il riferimento è, in particolare, a Trib. Salerno, ord. 13 gennaio 2010 il quale – prendendo proprio le mosse dagli esiti della pregressa giurisprudenza ordinaria, amministrativa e costituzionale in materia – aggira, con un’interpretazione adeguatrice degli artt. 1, comma 2, e 4, comma 2, l. n. 40 cit., persino il testuale divieto per le coppie non sterili né infertili di accedere liberamente all’inseminazione artificiale (il caso era, infatti, quello di due coniugi fertili seppure entrambi portatori di una mutazione del gene SMA1, causativo dell’atrofia muscolare spinale di tipo 1, idonea nel 25% dei casi a trasmettersi in sede di concepimento della prole) [sul punto, sia consentito il rinvio a S. AGOSTA, *Dal mero restyling all’integrale riscrittura giurisprudenziale: più rassicurante e disteso il nuovo «volto» del divieto di diagnosi preimpianto sull’embrione*, in www.forumcostituzionale.it (9 maggio 2011)].

3. Il richiamo al diritto vivente EDU: l'an della sua effettività nell'ordinamento interno

Naturalmente ben diverso il caso (sul presente campo di esperienza assai più frequente) in cui il Tribunale interpellato abbia invece constatato la formazione di un diritto vivente consolidato sulla disposizione indubbiata: così, per la differente interpretazione degli artt. 13 e 14 più volte cit.⁴⁷, per il divieto

⁴⁷ ... quando Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2007, cit. espressamente rinvia agli argomenti di Trib. Cagliari sent. 22 settembre 2007 «che integralmente si condivide e la cui motivazione si richiama», l'interpretazione dei suddetti artt. 13 e 14 non potendo che individuare due distinti ambiti di riferimento per ciascuna delle due previsioni in esame: la prima, in particolare, delimita la ricerca scientifica in relazione alla tutela dell'embrione; la seconda, nello specifico, disciplina il rapporto tra la coppia che ricorre alla procreazione medicalmente assistita e l'embrione richiamando i «principi più volte espressi nel corpo della legge, della necessità del trattamento sanitario adeguatamente informato e della procreazione libera e cosciente». Non dissimilmente, Trib. Bologna, ord. 29 giugno 2009 cit. pienamente aderisce alla pregressa interpretazione costituzionalmente orientata che separa la «ricerca clinica e sperimentale» proibita dall'art. 13, comma 2, dalla diagnosi preimpianto, «in quanto, pur coinvolgendo entrambe l'embrione, generano conflitti di interessi distinti e, in quanto tali, trattati diversamente dalla l. n. 40/2004».

In tal senso, infine, pure Tribb. Salerno, ord. 13 gennaio 2010 cit., Cagliari, ord. 9 novembre 2012 cit., e Firenze, ord. 7 dicembre 2012 cit.: il primo non intravede ostacoli all'accoglimento della richiesta di previo accertamento diagnostico sull'embrione, considerando «come gli interventi dapprima della giurisprudenza amministrativa sulle linee guida e poi della Corte Costituzionale (in particolare, con la sentenza n. 151/2009) abbiano cancellato dal sistema il divieto di diagnosi preimpianto previsto dalle linee guida»; il secondo – dopo aver richiamato a piene mani gli argomenti pure abbondantemente profusi da Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2007 cit., Tar Lazio, sez. III-*quater*, sent. 21 gennaio 2008, n. 398 cit., Corte cost. sent. n. 151/2009, Trib. Bologna, ord. 29 giugno 2009 cit., Trib. Salerno, ord. 13 gennaio 2010 cit. – non può che concludere per la sussistenza del diritto al trasferimento in utero dei soli embrioni sani, o portatori sani delle patologie di cui gli stessi ricorrenti risultano affetti, «già riconosciuta dalle citate pronunce del Tribunale di Firenze del 17 dicembre 2007 e del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009» e giustificata dai «principi richiamati dalla sentenza della Corte Costituzionale dell'8 maggio 2009, n. 151»; il terzo da ultimo – «secondo l'interpretazione accolta dalla maggioranza della dottrina e dalla totalità della giurisprudenza (con l'unica esclusione della prima pronuncia in materia di PMA ad opera del Tribunale di Catania nel maggio 2004) – circoscrive l'ambito dell'art. 13 cit. alla ricerca scientifica, non già pure all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (sarebbe, d'altro canto, «sul presupposto di tale interpretazione, anche in forza del disposto di cui al comma 5 dell'art. 14» che «la Corte costituzionale ha ritenuto contrarie agli artt. 2, 3, 32 Cost. le previsioni di cui all'art. 14, comma 2, limitatamente alle parole 'ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre', nonché del comma 3 nella parte in cui 'non prevede che il trasferimento degli embrioni da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna'»).

di riduzione embrionaria di gravidanze plurime di cui all'art. 14, comma 4⁴⁸ nonché per la stessa libertà di autodeterminazione nel trattamento sanitario⁴⁹. Accantonata quella dal magistrato ritenuta poi stabile ma più obsoleta, a prevalere dovrà in conclusione essere l'interpretazione giurisprudenziale più recentemente formatasi: per restare al divieto di diagnosi preimpianto, non dunque quella «allora corrente» dell'art. 13 cit. – che unicamente consentiva sull'embrione interventi a finalità diagnostiche e terapeutiche volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dello stesso – quanto la più recente evoluzione giurisprudenziale, alla luce della quale «non vi è dubbio che la diagnosi genetica preimpianto debba considerarsi pienamente ammissibile, al fine di assicurare la compatibilità della legge n. 40 del 2004 con i principi del nostro ordinamento giuridico»⁵⁰. Assai ingenuo (quando non utopistico...) sarebbe tuttavia non considerare parte integrante del diritto vivente le indicazioni espresse sul campo della vita nascente dalle Corti soprannazionali, in generale, e dalla Corte EDU nello specifico (attraverso il cui richiamo, solo, potrà dirsi correttamente instaurato ed in buona salute un dialogo effettivamente intergiurisprudenziale in materia di diritti tanto delicati).

I giudici interni, in tal senso, non può certo dirsi che abbiano fatto mistero di tale decisivo rilievo, anzi: a partire, *ex plurimis*, da Trib. Firenze, ord. 6 settembre 2010 cit. che ha fatto ampiamente rinvio – a proposito del divieto italiano di fecondazione eterologa – alle notazioni di cui alla Corte di

⁴⁸ ... rilevandosi sul punto come la stessa giurisprudenza di merito (spec. Trib. Cagliari ordd. 5-30 giugno 2004) abbia ritenuto – a seguito delle perplessità suscitate dalla prima approvazione della l. n. 40 negli operatori – la persistente e sufficiente operatività della disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza «sia nell'ipotesi di gravidanza plurima iniziata per via naturale sia nell'ipotesi di gravidanza plurima iniziata a seguito di PMA» (così, Trib. Firenze, ord. 23-26 agosto 2008, cit.).

⁴⁹ ... quando «è innegabile» che essa sia ormai stata definitivamente consacrata dal diritto vivente «nella sua assolutezza» al punto che «il consenso diviene il vero discrimine tra la tutela dell'individuo, biologicamente inteso, e quella della persona, titolare del bene salute, ma anche del bene-diritto all'autodeterminazione»: così, Trib. Firenze, ord. 7 dicembre 2012, cit. (ma, sul delicato passaggio, si tornerà meglio, *infra*, al par. 5).

⁵⁰ Così spec. Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, cit.

Strasburgo, sent. 1° aprile 2010, resa sul caso *S.H. e altri contro Austria*⁵¹. Egualmente Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011 cit. – evidenziata la facoltà degli Stati contraenti di circoscrivere la portata dei diritti di cui agli artt. 8-11 CEDU nella misura in cui ciò si fosse reso necessario in una società democratica – ha richiamato la giurisprudenza EDU in tema di proporzionalità alla finalità prefissata della misura legislativa adottata: «la formale sussistenza (...) di un margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati», difatti, «si accompagna ad un controllo europeo che si riferisce sia alla legge, sia alle decisioni con le quali essa viene applicata» (punto V). Nello stesso senso, infine, pure Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012 cit. quando ha rilevato come, consentita la diagnosi prenatale sul feto a finalità di protezione della salute della donna, pure per la Corte di Strasburgo da tale accertamento discendesse «a pena di incoerenza del sistema, l'ammissibilità sempre per il medesimo scopo, della diagnosi preimpianto, che [è apparsa] (...) indispensabile per il fermarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa, riconosciuta dallo stesso art. 6 della legge n. 40 del 2004».

Una volta rispettata la “sostanza” della giurisprudenza convenzionale⁵² e previamente verificata la compatibilità della norma EDU con l'intera Costituzione⁵³, il problema che si pone potrebbe casomai riguardare l'an

⁵¹ Premessa, difatti, l'affermazione (§ 74) che in capo agli Stati contraenti non vi sia obbligo di consentire la fecondazione artificiale – ma che una volta che venga consentita, la regolamentazione di essa dovrà mostrarsi necessariamente rispettosa dei differenti interessi legittimi coinvolti in accordo con gli obblighi derivanti dalla Convenzione, nonostante l'ampio margine di discrezionalità lasciato al singolo Stato – Trib. Firenze ritiene in contrasto con la CEDU anche il divieto di eterologa, «essendo del tutto analoghe le osservazioni spendibili contro le *rationes legis* (...) posto che anche in Italia sono già ammesse le parentele atipiche (come l'adozione), con conseguente esclusione della ragionevolezza della disciplina» (punto 8.4).

⁵² ... «con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi» (così, tra le altre, almeno Corte cost. sentt. nn. 317/2009, 236/2011).

⁵³ Cfr., *ex multis*, Corte cost. sentt. nn. 113-303/2011. Anche se, talora, sembrerebbe esattamente l'inverso, venendo le norme costituzionali dal giudice reinterpretate alla luce di quelle EDU, e non viceversa: così, secondo Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011 cit.,

dell'effettività nell'ordinamento interno di un *decisum* internazionale rivolto ad uno Stato membro diverso dall'Italia⁵⁴. Per rispondere all'interrogativo, rilievo assai dirimente assumerebbero allora taluni elementi di contiguità quali la similitudine dei giudizi messi a raffronto, la sovrapponibilità delle argomentazioni impiegate a giustificazione delle rispettive discipline nonché l'estendibilità dei principi invocati dalla Corte di Strasburgo. A partire dai primi, obiettivamente non difficile è stato innanzitutto evidenziare la sostanziale identità esistente tra uno dei due casi sottoposti al giudice EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria* e quello all'attenzione dei giudici interni: e, cioè, «l'impossibilità per una coppia, in cui il partner femminile non [sia] in grado (o non lo [sia] più) di produrre ovociti, di ricorrere all'ovodonazione, in presenza di un divieto assoluto della propria normativa nazionale di accedere a tale tecnica di procreazione assistita»⁵⁵.

Con riferimento alle seconde, poi, la discriminazione tra coppie parimenti desiderose di avere un figlio – quella ricorrente ostacolata dal divieto austriaco di ovodonazione (fecondazione eterologa) e quella libera di accedere alle tecniche di fecondazione artificiale senza ricorrere alla donazione di ovuli (procreazione omologa) – sarebbe pienamente applicabile anche alla vicenda in commento, «stante la *similitudine* dei casi considerati e l'*identità* delle ragioni giustificatrici del divieto di eterologa alla base sia della normativa italiana che di quella austriaca, oggetto diretto dell'esame della Corte Europea e censurata

«l'interpretazione delle norme costituzionali, applicate alla luce delle indicazioni offerte dalla Corte EDU nell'esame dell'art. 14 della Convenzione, pare comportare l'affermazione della natura discriminatoria del divieto di fecondazione eterologa tra coppie sterili ed infertili a seconda del grado di sterilità o di infertilità evidenziato».

⁵⁴ Così, proprio Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, caso *S.H. e altri c. Austria*, 1 aprile 2010, a proposito della quale – in presenza di un espresso divieto di diagnosi preimpianto – la resistente Azienda sanitaria locale n. 8 di Cagliari ha sostenuto come essa «non sembra aver dato una spinta sostanziale a doverose modifiche della suddetta legge né a chiarimenti ufficiali sulla liceità della PGD» (cfr. Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, cit.).

⁵⁵ Cfr. Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010 cit. (punto 2.1).

dalla stessa»⁵⁶. Non sembra, del resto, un caso che per confutare le argomentazioni addotte a sostegno del divieto parziale di eterologa da parte dei Governi resistenti la giurisprudenza convenzionale abbia «utilizzato argomentazioni *traslabili de plano* a fondamento della natura discriminatoria del divieto totale di fecondazione eterologa vigente nell'ordinamento italiano, non costituendo tale divieto l'unico mezzo, e nemmeno il più ragionevole, per rispondere alla tutela dei concorrenti diritti, potenzialmente confliggenti con il riconoscimento del diritto di accedere alle pratiche di PMA eterologa»⁵⁷: oltre ad essere irrazionale, infatti, l'assoluto divieto austriaco di ovodonazione non è stato dalla Corte di Strasburgo ritenuto «proporzionato» allo scopo d'impedire l'intreccio di parentele c.d. atipiche (che era, poi, lo stesso posto a giustificazione del divieto di eterologa in Italia⁵⁸).

Relativamente infine all'utilizzabilità del principio enucleato dalla Corte EDU nel 2010, bisogna premettere la diversità di partenza delle discipline messe a confronto: la legge austriaca vietando la fecondazione eterologa *in vitro* ma consentendo quella *in vivo* con sperma di un donatore; quella italiana proibendo assolutamente ed inderogabilmente – al pari solo di Turchia e Lituania – la procreazione eterologa *tout court*; ciononostante, il giudice interno ha ritenuto il medesimo criterio convenzionale della ragionevole ed obiettiva giustificazione a sostegno della disparità di trattamento fra coppie pienamente estendibile al divieto italiano di fecondazione eterologa⁵⁹.

⁵⁶ Così, ancora, Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010 cit. (punto 2.1) (corsivi non testuali).

⁵⁷ In tal senso, così, Trib. Milano, ordd. 2 febbraio 2011, cit., e 29 marzo 2013, cit. (corsivi non testuali).

⁵⁸ «Infatti, esaminando gli atti parlamentari, si può individuare la ragione principale opposta dai sostenitori del divieto *de quo*: la necessità di tutelare l'identità genetica del nascituro, cioè la sua riconducibilità genetica ai genitori» [così, sempre Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010 cit. (punto 2.1)].

⁵⁹ Cfr. Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010 cit. (punto 2.1).

4. (Segue): il quomodo di esso (a proposito della mancata formale integrazione tra sistemi EDU e UE dei diritti)

Accertatene le condizioni dell'*an*, non rimane dunque che verificare il *quomodo* dell'eventuale recepimento interno del principio EDU così stillato dalla giurisprudenza, sul punto essendosi fronteggiate due opposte interpretazioni aventi ad oggetto il medesimo art. 6, commi 2 e 3, TUE⁶⁰: secondo la prima – autorevolmente sostenuta, com'è noto, non molto tempo addietro dalla giurisprudenza amministrativa⁶¹ – la ratifica del 1° dicembre 2009 del Trattato di Lisbona avrebbe integrato il c.d. sistema CEDU nell'ordinamento eurounitario, in un certo senso "comunitarizzandolo" grazie alla copertura del diverso parametro di cui all'art. 11 Cost. rispetto a quello rappresentato dall'art. 117, comma 1; con la conseguenza che il giudice comune legittimamente avrebbe potuto procedere all'immediata e diretta applicazione della Convenzione europea ed alla contestuale disapplicazione della disposizione di legge ritenuta con essa confliggente, «a maggior ragione quando la Corte europea si sia già pronunciata sulla questione»⁶² (nell'esempio, l'art. 4, comma 3, cit. sul divieto di eterologa per contrasto con gli artt. 8 e 14 CEDU)⁶³. Decisamente più *soft* – e, come tale, accolta da pressoché tutti i Tribunali interrogati sul punto – la tesi avversa, che fortemente ha ridimensionato invece il dirompente potenziale dalla prima attribuito al suddetto art. 6, comma 2: il quale si sarebbe in sostanza limitato a consentire solo l'adesione dell'Unione

⁶⁰ ... a norma dei quali «l'Unione europea «aderisce alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» e «i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

⁶¹ In tal senso, spec. Cons. St., sez. IV, dec. 2 marzo 2010, n. 1220; Tar Lazio, sez. II-*bis*, sent. 18 maggio 2010, n. 11894.

⁶² Cfr. Tar Lazio, sez. II-*bis*, sent. 18 maggio 2010, n. 11894 (punto 14).

⁶³ Così, Trib. Firenze, ord. 6 settembre 2010, cit., secondo la tesi dei ricorrenti.

Europea alla Convenzione (con ciò conferendo dunque ad essa il puntello testuale che la CGUE le aveva in passato negato⁶⁴); col conseguente mantenimento della protezione di cui all'art. 117, comma 1, Cost. in favore della CEDU ed il discendente obbligo per i giudici interni di sospendere il giudizio in attesa che la Corte costituzionale abbia accertato l'eventuale violazione dell'art. 117 cit. per contrasto appunto con la Convenzione europea.

Ciò, evidentemente, per un mucchio di ragioni che qui conta solo succintamente richiamare ai ristretti fini del presente lavoro. Innanzitutto perché, a testimonianza della non avvenuta adesione, militerebbe il combinato disposto di due disposizioni eurounitarie e, cioè, il protocollo n. 8 annesso al Trattato e l'art. 47 TUE, anch'esso introdotto a Lisbona: il primo giacché, non per caso, ne disciplina analiticamente le modalità tramite apposito accordo di adesione; il secondo – sancendo la personalità giuridica di diritto internazionale dell'Unione europea – poiché andrebbe interpretato come *pendant* del primo, con la conseguenza «che le norme CEDU [verrebbero] in rilievo nel Trattato di Lisbona quali precetti ai quali un nuovo soggetto internazionale (l'Unione Europea) con distinta e riconosciuta personalità giuridica *ex art. 47* citato, intende[rebbe] uniformarsi per il tramite, appunto, di un'apposita sua adesione alla CEDU»⁶⁵. Nettamente distinto rimarrebbe, dunque, il fondamento giuridico delle norme, rispettivamente, EDU ed eurounitarie, non potendo l'art. 6, comma 2, cit. tradursi in un automatico assenso del singolo Stato membro e, nello specifico, dell'Italia – quale soggetto di diritto internazionale *ex se* rispetto all'Unione – alle limitazioni di sovranità ovvero agli obblighi internazionali di cui agli artt. 11 e 117 Cost.⁶⁶.

⁶⁴ Si veda spec. il celebre parere n. 2 del 28 marzo 1996.

⁶⁵ Cfr., ad esempio, Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010 cit. (punto 2.1).

⁶⁶ A conclusioni assai diverse avrebbe potuto invece condurre l'espressa equiparazione giuridica tra norme eurounitarie ed EDU da parte del Trattato di Lisbona come, ad esempio, avvenuto per la Carta di Nizza-Strasburgo da parte dello stesso art. 6, comma 1, che, difatti, dispone che «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti

La soluzione che nega l'applicazione immediata della CEDU in luogo della norma interna in conflitto, in secondo luogo, si allineerebbe perfettamente sia con la giurisprudenza costituzionale che con quella eurounitaria: col modello elaborato, cioè, dalla prima a partire dalle celebri sentt. nn. 348-349/2007⁶⁷, successivamente confermato ad ogni piè sospinto⁶⁸, e sin qui mai rimesso davvero in discussione⁶⁹; ma, pure, con le affermazioni della seconda secondo cui «il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa»⁷⁰.

Tutto ciò considerato non toglie, tuttavia, che anche (se non soprattutto...) la materia in esame appare bisognosa dello sforzo da parte del Tribunale adito di trovare un'interpretazione della norma interna conforme a CEDU, «entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme»⁷¹ ed «avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione»⁷²: com'è ovvio, ciò talora è stato possibile (ad esempio, in tema di DPI)⁷³ talaltra no (per

fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

⁶⁷ Così, Trib. Firenze, ord. 6 settembre 2010, cit. (punto 8.3).

⁶⁸ In oggetto, ad esempio, sentt. nn. 39/2008, 239-311/2009.

⁶⁹ ... Corte cost. sent. n. 93/2010 avendo peraltro confermato l'obbligo per il giudice nazionale di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna di cui dubiti la compatibilità con la CEDU anche successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, incidentalmente ribadendone anche quello di «non (...) disapplicare la norma interna contrastante» (punto 4 *cons. dir.*).

⁷⁰ Cfr. part. Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sent. 24 aprile 2012, *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano* (punto 63) pure richiamata da Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, cit.

⁷¹ Così, Corte cost. sent. n. 349/2007 (punto 6 *cons. dir.*).

⁷² In tal senso, *ex plurimis*, Corte cost. sent. n. 80/2011 (punto 2 *cons. dir.*).

⁷³ Un'interpretazione dell'art. 14, l. n. 40 cit. costituzionalmente orientata alla necessità, rispettivamente, di tutelare situazioni uguali in modo uguale, di protezione della salute di cui all'art. 32 Cost. nonché di salvaguardare la pari dignità di uomo e donna non solo porta ad escludere la previsione di un divieto di DPI ma, addirittura, sottintenderebbe tale accertamento: così, Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2007, cit. Non diversamente, a tale proposito, «è possibile

esempio, in materia di obbligo di un unico/contemporaneo impianto di un numero di embrioni comunque non superiore a tre⁷⁴ ovvero di divieto di eterologa⁷⁵); in tale ultimo caso – ovvero laddove l’eventuale diritto vivente formatosi in materia abbia fatto sorgere dubbi sulla legittimità costituzionale» della disposizione all’esame⁷⁶ – non potendo procedere all’applicazione diretta della norma EDU alla stregua di quella comunitaria *self-executing* né, tanto meno, di quella interna della quale egli stesso abbia dubitato della compatibilità a CEDU (e, pertanto, a Costituzione), al giudice non è ovviamente rimasto altro che sollevare la questione di legittimità costituzionale per presunta lesione dell’art.117, comma 1, alla Corte costituzionale, cui l’ordinamento vigente ha demandato l’incombenza di valutare come ed in quale misura il «prodotto» dell’interpretazione della Corte europea si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano⁷⁷. A proposito, poi, dell’eventuale non manifesta

permanere nei limiti delle attribuzioni del giudice nazionale, senza invadere la sfera legislativa con una interpretazione *contra legem* del diritto interno» che accerti il diritto dei ricorrenti ad ottenere, nell’ambito dell’intervento di procreazione medicalmente assistita, l’esame clinico e diagnostico sugli embrioni: ciò in ragione del fatto che le previsioni EDU – nel significato ad esse attribuito da Corte europea dei diritti dell’uomo, caso *Costa e Pavan c. Italia*, cit. – «appaiono conformi alla nostra Carta, nella lettura offerta anche dalla più volte citata sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009, laddove ha esaminato il bilanciamento tra gli interessi contrapposti»: così, Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, cit.

⁷⁴ Accedere, difatti, ad una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 14 cit. – che consenta di ridurre il numero degli embrioni da trasferire in considerazione dei rischi per la salute psicofisica della madre – non è ritenuto dal giudice possibile avendo il legislatore espressamente posto il divieto di crioconservazione «non solo nella necessità di evitare (facendone anzi espresso divieto: cfr. art. 14, commi 1 e 4) la soppressione embrionaria, ma anche di limitare quanto più possibile i casi di produzione, per qualunque ragione, di embrioni in sovrannumero. Tutto ciò nell’ottica di tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito»: cfr. Trib. Firenze, ord. 23-26 agosto 2008, cit.

⁷⁵ Così, ad esempio, il divieto di fecondazione eterologa *ex* art. 4, comma 3, l. n. 40 cit. – ribadito incidentalmente in altre norme (art. 9, commi 1 e 3) e sorretto da apposite sanzioni (art. 12, comma 1) – appare talmente «netto ed esplicito» da non lasciare «possibilità alcuna di interpretazione diversa e plausibile» (così, spec. Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010, cit.): a diversamente ragionare, del resto, un’interpretazione convenzionalmente orientata finirebbe per risolversi «all’evidenza in un’interpretazione (almeno in parte) abrogatrice della norma, riservata al giudice delle leggi e non consentita al giudice ordinario» (in tal senso, Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011, cit.).

⁷⁶ Cfr. Corte cost. sent. n. 239/2009 (punto 3 *cons. dir.*).

⁷⁷ In questo senso, ad esempio, Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011, cit.

infondatezza dell'eccezione *ex art. 117 cit.* per giurisprudenza EDU *superveniens*, è interessante notare come non tutti i Tribunali chiamati in causa abbiano assunto la medesima posizione: così, a fronte di taluni che hanno ritenuto di non poter non adeguarsi all'interpretazione della *Grand Chambre* che ha escluso da parte della legge austriaca la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU⁷⁸, ve ne sono stati talaltri che hanno, invece, scelto di mantenere la supposta violazione del parametro di cui all'art. 117 cit.⁷⁹.

Sia che il giudice sia pervenuto insomma ad un'interpretazione convenzionalmente conforme della norma indubbiata (così rigettando l'eccezione di legittimità costituzionale relativa all'art. 117, comma 1, Cost.) sia che non vi sia riuscito (pronunziando ordinanza di rimessione degli atti alla Consulta) – in virtù del «vincolo interpretativo» che, comunque, connota le pronunce della Corte europea⁸⁰ – non vi è dubbio che il “filo” del principio di diritto EDU entri lo stesso a fare prepotentemente parte dell'ordito intergiurisprudenziale in tema di vita nascente: in tal senso, pure i lineamenti emergenti dalla pronuncia di rigetto della Grande Camera (sent. 3 novembre 2011, cit.) comunque «costituiscono *ineludibile criterio interpretativo* per il Giudice delle leggi nazionali al fine di sindacare la corrispondenza della norma impugnata» sul divieto di eterologa «ai valori fondamentali della persona convenzionalmente tutelati, come richiamati dalla carta costituzionale italiana»⁸¹.

Così brevemente passati in rassegna i più rilevanti prodromi di essi, provare in conclusione a fare anche solo una sintesi in poche battute degli incroci giurisprudenziali in tema di vita nascente che aspiri ad un sia pur minimo grado di organicità, oltre che ardua, rischia di rivelarsi operazione assai

⁷⁸ Così Tribb. Firenze e Catania, ordd., rispettivamente, 6 settembre 2010 e 29 marzo 2013.

⁷⁹ Cfr. Trib. Milano, ord. 29 marzo 2013, cit.

⁸⁰ In tal senso, Corte cost. ord.. n. 150/2012.

⁸¹ Così, part. Trib. Milano, ord. 29 marzo 2013, cit. (corsivi non testuali).

azzardata, correndo il pericolo di fornire una rappresentazione sbiadita (quando non persino deformata) degli stessi. Nondimeno, ad una prima superficiale impressione – nei limiti di tempo e di spazio consentiti dalla presente occasione e con la riserva di approfondirne meglio i contenuti in più ampia sede – quella attuale sembrerebbe assomigliare più ad una lunga e preparatoria fase di transizione che non ad un compiuto ed integro dialogo in tema di inizio-vita, nel senso più canonico del termine: ciò che difatti pare già essere ad oggi riconoscibile e consolidato tra tutti i Tribunali coinvolti, difatti, è un comune *background* giuridico-culturale sul quale sfondo potrà non difficilmente ambientarsi la futura dialettica (e di cui la crescente massa di pronunzie in materia non fa che rendere ad ogni piè sospinto testimonianza). Taluni associati punti – in un orizzonte ancora complessivamente mobile e dagli incerti esiti – possono, del resto, già essere fissati.

Così, a parte la generale incoercibilità di obblighi e divieti quando siano stati troppo rigidamente imposti dal legislatore sopra il tema *de quo*⁸², assai rilevanti anche per le ricostruzioni di là da venire appaiono, tra le altre, almeno due costanti: e, cioè, il riferimento alla protezione della “vita privata e familiare” in luogo del più impegnativo rinvio a quella “umana”, per un verso; e l’inevitabile richiamo al fattore “tempo” (dominante sull’intera scena nella quale tutte le parti coinvolte sono chiamate ad interagire), per un altro.

⁸² ... con la legittimità dei quali – sin dal tempo dell’approvazione della l. n. 40 cit. – si sono dovuti coraggiosamente confrontare taluni giudici: a cominciare da Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004, cit., quando ha, ad esempio, rilevato la non coincidenza tra l’incoercibilità di un obbligo e la logicità, validità, legittimità e costituzionalità delle norme che lo sanciscono. «Moltissimi sono – nel nostro (come in tutti gli altri) ordinamenti giuridici – gli obblighi materialmente incoercibili. Ma sono anch’essi obblighi pienamente validi sotto il profilo giuridico e del tutto ragionevoli sotto quello profilo logico. Come si potrà costringere fisicamente il medico di un Pronto Soccorso a intervenire chirurgicamente su una persona che gli sia stata condotta in situazione di emergenza? Ma è certo che l’obbligo di quel soccorso incomba – alle condizioni di legge – su di lui e che l’omissione di quel soccorso sarebbe punita dalla legge. Come si potranno costringere i coniugi ad adempiere gli obblighi reciproci previsti dall’art. 143 c.c. (‘alla fedeltà, all’assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell’interesse della famiglia e a coabitazione’)? Eppure nessun dubbio vi è sulla ragionevolezza e sulla legittimità costituzionale delle norme che quegli obblighi affermano e disciplinano» (punto 13).

5. La centralità del consenso (individualmente espresso e socialmente diffuso) quale primo, tangibile, segno di dialogo tra sistemi EDU ed interno in tema di inizio-vita

Relativamente al primo dei due riferimenti giurisprudenziali – l'esatta individuazione del valore-parametro cui appunto riferirsi – i giudici volta per volta interpellati (pressoché a tappeto, a partire dalla Corte europea dei diritti dell'uomo fino ai singoli Tribunali interni, passando attraverso la stessa Consulta) nonostante l'ossessivo richiamo proveniente dalle pagine dei ricorsi esperiti si sono tutti ben guardati dall'espresso riferimento alla vita umana (contemplata dalla CEDU all'art. 2) quasi sempre privilegiando il più rassicurante parametro della vita privata della coppia (seppure nella più ampia nozione somministrata dalla giurisprudenza EDU intorno all'art. 8). Oltre ad incorporare il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani⁸³ e quello allo sviluppo della propria personalità⁸⁴, in quanto concetto strutturalmente elastico ed assai duttile la "vita privata e familiare", difatti, nel tempo ha man mano ricompreso pure il diritto di autodeterminarsi⁸⁵: è quindi a quest'ultimo che sono stati agevolmente ascritti quello al nome⁸⁶, all'identità, all'orientamento ed alla vita sessuale⁸⁷ nonché il diritto al rispetto della decisione sia di avere che di non avere un figlio, appunto⁸⁸.

Quale naturale *pendant* di tale ben precisa e consolidata opzione ermeneutica, dunque, dal parametro della vita privata non poteva che

⁸³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Niemietz c. Germania*, 16 dicembre 1992 (§ 29).

⁸⁴ In questo modo, Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Bensaid c. Regno Unito*, 6 febbraio 2001 (§ 47).

⁸⁵ Così, Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002 (§ 61).

⁸⁶ Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Burghartz c. Svizzera*, 22 febbraio 1994 (§ 24).

⁸⁷ Sul punto, *ex plurimis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981 (§ 41), e caso *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, 19 febbraio 1997, (§ 36).

⁸⁸ Così, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, caso *Evans c. Regno Unito*, 10 aprile 2007 (§ 71).

discendere il riconoscimento della centralità della volontà espressa dalle coppie ricorrenti e, a cascata, il diritto all'informazione in capo ad esse (che del corretto esercizio del volere pur sempre rappresenta il fisiologico prodromo)⁸⁹. Con riferimento all'irrevocabilità del consenso al trattamento medico di PMA dopo la fecondazione dell'ovulo di cui all'art. 6, comma 3, l. n. 40 cit., ad esempio, lunga e non poco travagliata è stata com'è noto l'evoluzione – dottrinarie e giurisprudenziale – che ha infine valorizzato il disposto di cui all'art. 32, comma 2, Cost. qualificando il consenso informato «non solo come condizione indispensabile per la legittimità del percorso terapeutico, ma anche come bene-interesse di per sé tutelabile (...), indipendentemente dalla tutela del bene salute, rendendo ipotizzabile, in astratto, una lesione del primo pur in assenza di una lesione del secondo»⁹⁰.

Venendo poi al connesso profilo del diritto all'informazione, invero, già la l. n. 40 medesima non sembrava certo sottovalutarne l'imprescindibilità allorché stabiliva, rispettivamente: che prima del ricorso «e altresì in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita» il medico avrebbe dovuto analiticamente informare la coppia richiedente «sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti» (art. 6); che le coppie legittimamente in possesso dei requisiti di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di cui al precedente art. 5 fossero informate «sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero» (art. 14, comma 5). Entrambe tali previsioni dunque, *ex se*, già non costituivano altro che la razionalizzazione del criterio della volontà informata nel peculiare ambito della fecondazione, «la cui necessità rappresenta ormai, oltre che un principio di rilevanza costituzionale,

⁸⁹ In oggetto, tra le tante, spec. Corte cost. sent. n. 438/2008 e Corte Cass. sentt. nn. 10014/1994, 364/1997, 5444/2006, 26972/2008, 10741/2009, 2847/2010, 7027/2011.

⁹⁰ Cfr. Trib. Firenze, ord. 7 dicembre 2012, cit. (punto 2).

un elemento costante nella legislazione vigente e nell'applicazione della giurisprudenza sia di merito che di legittimità» (almeno nella prospettiva della piena consapevolezza di tutte le possibili conseguenze derivanti dall'atto medico sull'integrità psicofisica di quanti lo debbano subire)⁹¹.

Nelle più recenti pronunzie sul tema si percepisce, nondimeno, un *quid pluris* che non può essere sottovalutato anche (se non soprattutto) in prospettiva *de iurisprudencia condenda*: e cioè che, consacrando l'«assolutezza» della libertà di autodeterminazione nel trattamento sanitario, il diritto vivente giurisprudenziale sembra spingersi coraggiosamente oltre⁹², giungendo sino ad affermare che proprio il consenso rappresenterebbe l'unico effettivo «discrimine» tra individuo, *biologicamente* inteso, e persona, *biograficamente* considerata, vale a dire «caratterizzata dal complesso dei valori che ne esprimono la dignità, e ne determinano le scelte» e, in quanto tale, titolare del «bene-diritto all'autodeterminazione» oltre quello alla salute⁹³. Tra le molte che parrebbero più recentemente emergere – e sulle quali non è al momento possibile intrattenersi – allo stato sembra insomma questa la frangia estrema (e, comunque, la più avanzata) del dialogo tra Corti sopranazionali ed interne in materia di vita nascente: le quali ultime, per tale verso appunto, paiono appunto ricongiungersi ai più moderni esiti della giurisprudenza EDU sul punto.

⁹¹ In quest'ottica, quindi, «non può seriamente dubitarsi che l'impianto in utero dell'embrione prodotto in vitro integri un trattamento sanitario e che pertanto debba essere preceduto da una adeguata informazione su tutti gli aspetti rilevanti, compreso il numero e lo stato di salute degli embrioni destinati all'impianto»: così, Trib. Cagliari, sent. 22 settembre 2007 (punto 2).

⁹² Che sarebbe, poi, quanto si è cercato succintamente di auspicare in 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.

⁹³ Così, nuovamente, Trib. Firenze, ord. 7 dicembre 2012 cit. (punto 2, corsivi non testuali) a parere del quale a fondamento del trattamento medico-chirurgico pacificamente non si invoca più soltanto il tradizionale riferimento all'art. 32, comma 1, Cost., ma si valorizza il richiamo al comma 2 della medesima previsione che di consenso espressamente discorre nonché quello all'art. 2 Cost. «che impone non solo il rispetto assoluto da parte dei consociati, ma, anche, l'attiva collaborazione al suo realizzo, secondo i doveri di solidarietà sociale».

Inevitabili ragioni di spazio impongono solo di accennare, infine, a quello che si è sbrigativamente – e solo per comodità espositiva – denominato il fattore temporale, la cui ombra immancabilmente si allunga sopra pressoché tutto il campo d’esperienza in esame: a partire proprio dalla stessa giurisprudenza convenzionale, ad opinione della quale, «in una materia in continua evoluzione, sia dal punto di vista scientifico e medico sia in termini sociali ed etici», «una caratteristica del caso di specie è il fattore tempo»⁹⁴. Così, in materia di eterologa, i giudici di Strasburgo hanno rilevato come la Corte Costituzionale austriaca, pur rigettando il ricorso presentato dalle coppie interessate il 14 ottobre 1999, già considerava che «le scelte che il legislatore [del 1992] aveva fatto rispecchiavano lo stato della scienza medica dell’epoca ed il consenso della società. Questo non significava, tuttavia, che tali criteri non [fossero] soggetti ad evoluzioni di cui il legislatore avrebbe dovuto tener conto in futuro»⁹⁵; essendo dell’8 maggio 2000 il ricorso alla Corte EDU e del 1° aprile 2010 la sentenza della sez. I, è apparso ad essi quantomeno artificiale «limitarsi ad esaminare la situazione così come esisteva quando la Corte Costituzionale pronunciò la sentenza nel 1999 e nel contesto dell’epoca, deliberatamente privando la sentenza della Grande Camera, pronunciata alla fine del 2011, di qualsiasi valore reale».

Così, pur riformando la cit. pronunzia della sez. I (1° aprile 2010)⁹⁶, a parere della giurisprudenza interna i giudici europei dei diritti dell’uomo (3 novembre 2011) – non solo hanno confermato la copertura *ex art. 8 CEDU* del diritto della coppia di concepire un figlio a mezzo di procreazione medicalmente assistita quale espressione di quello alla libera determinazione

⁹⁴ Così – anche per i riferimenti che seguono – cfr. *dissenting opinions* dei giudici Tulkens, Hirvelä, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria (Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, caso *S.H. e altri c. Austria*, 3 novembre 2011, cit., punto 4).

⁹⁵ Cfr., *Verfassungsgerichtshof*, sent. 14 ottobre 1999 (§ 22).

⁹⁶ ... stabilendo, cioè, che il parziale divieto di eterologa adottato dallo Stato austriaco non costituiva violazione degli artt. 8 e 14 CEDU.

nella vita privata e familiare, ma soprattutto – hanno vigorosamente rimarcato la prospettiva *dinamica* da cui scienza medica e consenso sociale devono essere riguardati da parte del legislatore: «essi», cioè, «devono essere ancorati al *dato temporale di riferimento*, con la conseguente necessaria presa d'atto da parte del Legislatore, e di conseguenza dell'interprete, dei loro mutamenti e delle progressioni maturate con il decorso del tempo»⁹⁷.

Premesso allora il rutilante incedere del progresso medico-scientifico cui taluni Stati membri del Consiglio d'Europa hanno faticato a star dietro con proprie legislazioni inevitabilmente incidenti sulla valutazione dei fatti da parte della Corte di Strasburgo⁹⁸, è parso dunque che – in assenza di precedenti giurisprudenziali EDU e per la prima volta – «vi [fosse] un significativo richiamo per il Legislatore nazionale a conoscere e utilizzare il progresso della scienza medica e il consenso della società»⁹⁹. È, d'altro canto, l'impiego medesimo della fecondazione *in vitro* che farebbe fisiologicamente «emergere delicate questioni etiche e morali contro lo sfondo del veloce progresso medico e scientifico»¹⁰⁰: sopra un piano talmente sdruciolevole ed incerto sarebbe conseguentemente assai arduo per ciascun paese «stabilire l'adeguatezza e l'opportunità delle misure legislative che possono mostrare le loro conseguenze solo dopo un considerevole lasso di tempo»¹⁰¹. Per il giudice europeo è quindi assai evidente l'estrema *mobilità* dei fattori in gioco: non solo, com'è ovvio, della scienza – il cui «sviluppo delle conoscenze comporta l'individuazione di nuove metodiche sanitarie, in grado di offrire il raggiungimento di obiettivi in

⁹⁷ In tal senso, Trib. Milano, ord. 29 marzo 2013, cit. (corsivi non testuali).

⁹⁸ Così, part. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, caso *S.H. e altri c. Austria*, 3 novembre 2011, cit.

⁹⁹ Cfr., Trib. Milano, ord. 29 marzo 2013, cit.

¹⁰⁰ In tal modo, part. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, caso *S.H. e altri c. Austria*, 1 aprile 2010, cit.

¹⁰¹ Così spec. *dissenting opinion* del giudice Steiner (Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, caso *S.H. e altri c. Austria*, 1 aprile 2010, cit.) interamente ripresa da Grande Camera, caso *S.H. e altri c. Austria*, 3 novembre 2011, cit. (punto 103).

precedenza impensabili, ovvero raggiungibili a fronte di sacrifici, effettivi o potenziali, di valori concorrenti (si pensi al rischio per la salute)¹⁰² – ma, soprattutto, del consenso sociale ad essa, ed al consolidamento dei suoi approdi nel tempo, inscindibilmente intrecciato.

In conclusione di tali poche notazioni, allora, giurisprudenza sopranazionale ed interna sembrano naturalmente convergere sulla centralità del consenso nel complessivo agone della vita nascente, non solo nella prospettiva *individuale* (e di coppia) ma, pure, nella sua dimensione *sociale*. Ancorato (non già ad «estemporanee» ed «emozionali» manifestazioni da parte di uno o più settori della società in favore di questa o quella pratica scientifica bensì) all'emersione e radicamento di una sensibilità collettiva trasversale e comune all'espansione dei diritti fondamentali del cittadino¹⁰³, è in definitiva alla risposta nel consenso sociale – ed al suo naturale evolversi – che è affidata quell'interpretazione evolutiva indispensabile all'incessante rigenerazione semantica delle formule iscritte nelle Carte fondamentali, siano esse Costituzioni statali ovvero Convenzione europea¹⁰⁴: così, ad esempio, nella stessa Costituzione italiana, dove le nozioni di famiglia e genitorialità sono dotate della «duttività propria dei principi costituzionali» come tali non pietrificate, né pietrificabili, in prassi interpretative «riferibili esclusivamente all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore», con la conseguenza che esse non possono che essere interpretate tenendo nel necessario conto l'«evoluzione

¹⁰² Cfr., nuovamente, Trib. Milano, ord. 29 marzo 2013, cit.

¹⁰³ In questo senso, ad esempio, Trib. Milano, ord. 29 marzo 2013, cit.

¹⁰⁴ Sul punto, già part. A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, n. 3/1998, 343 ss. e, più di recente, v. almeno G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 568 nonché M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)* e V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, tutti in www.rivistaaic.it, rispettivamente, nn. 1/2013, 1 e 3/2014.

dell'ordinamento» nonché le «trasformazioni della società e dei costumi attraverso i quali la stessa si esprime»¹⁰⁵. Non dissimilmente (e, anzi, specularmente) è avvenuto, ed avviene a tutt'oggi, per la CEDU della quale, ancora non molto tempo fa nel caso di interruzione non volontaria di gravidanza, i giudici di Strasburgo hanno espressamente rimarcato la natura di *living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions*¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Così, Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011, cit., il quale – rimandando a Corte cost. sent. n. 138/2010 – è, a sua volta, richiamato da Trib. Catania, ord. 29 marzo 2013, cit.

¹⁰⁶ Cfr. *dissenting opinions* dei giudici Mularoni e Straznicka (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, caso *Vo c. Francia*, 8 luglio 2004, cit.).