



STEFANO AGOSTA\*

### TRA DISEGNI COMPIUTI E TASSELLI ANCORA MANCANTI: MOSAICI GIURISPRUDENZIALI (SOPRANAZIONALI ED INTERNI) A PROPOSITO DELLA DECISIONE DI DIVENTARE GENITORI E PROCREARE (OVVERO DI NON FARLO)\*\*

SOMMARIO: 1. Lineamenti del diritto alla *vita in senso biografico* delle coppie nella giurisprudenza sopranazionale e costituzionale. – 2. Il rispetto della decisione di *procreare e diventare genitori*: nel caso della fecondazione assistita (di tipo omologo ed eterologo). – 3. (*Segue*): in quello di gestazione per altri: tra parziale apertura della Corte EDU... – 4. ... e netta chiusura della Corte costituzionale italiana (le prospettive offerte dalla prima richiesta di parere preventivo *ex Prot. n. 16 alla CEDU*). – 5. La scelta di *non procreare e non diventare genitori*. – 6. (*Segue*): la connessa questione della donazione alla ricerca degli embrioni non impiantabili.

#### 1. Lineamenti del diritto alla vita in senso biografico delle coppie nella giurisprudenza sopranazionale e costituzionale

Guardare oggi al complessivo intessersi della trama giurisprudenziale tra i più importanti giudici sopranazionali quali, sopra tutti, quelli, rispettivamente, europeo dei diritti dell'uomo ed interamericano dei diritti umani (nel prosieguo, Corte EDU ed IDU) per come è venuta quasi quotidianamente disponendosi davanti ai nostri occhi – e, soprattutto, nella misura in cui i relativi *decisa* hanno profondamente influenzato il diritto vivente costituzionale italiano – com'è ovvio impone innanzitutto una preliminare scelta di campo. Per una serie di intuitivi e non secondari argomenti sconfinanti dal versante giuridico a quello più precipuamente pre-giuridico<sup>1</sup>, si è così ritenuto che, tra i molti ambiti possibili, uno fra i

\* Professore Associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Messina.

\*\* Contributo destinato agli *Studi in onore di Antonio Ruggeri* (in corso di pubblicazione).

<sup>1</sup> ... sui quali – per evidenti esigenze di sintesi – non è adesso possibile più di tanto intrattenersi ma un approfondimento può senz'altro vedersi, fra i tanti, almeno in A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 476 ss.; I. NICOTRA GUERRERA, *"Vita" e sistema dei valori nella Costituzione*, Milano, 1997, p. 84 (e ID., *Vita*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Diritto costituzionale*, 2008, p. 475 ss.); P. TANZARELLA, *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani nella prassi della Corte di San José*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it) (20 novembre 2009); F. BESTAGNO, *sub art. 2 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 36 ss.; P. TANZARELLA, *I diritti della Corte europea dei diritti*, in L. CAPPUCCIO, A.

più idonei in tal senso (e *pro futuro* senz'altro promettenti) fosse quello rappresentato dalle giurisprudenze in tema di diritto alla vita.

Lasciando per il momento da parte la dimensione solo “bio-logica” del suddetto diritto – la quale, specificatamente richiamandosi all'eventuale pretesa alla sopravvivenza biologica, com'è immediatamente immaginabile non può che riguardare la peculiare posizione del nascituro<sup>2</sup> – in questa sede si è preferito in particolare soffermarsi sulla connessa proiezione “bio-grafica” di esso. Genericamente intesa come libertà di formarsi una famiglia con prole<sup>3</sup>, è altresì ovvio come tale componente del medesimo diritto (non solo finisce naturalmente per riguardare la condizione delle coppie che intendano mettere al mondo ed allevare dei figli ma) venga non di rado astrattamente contrapposta al contiguo aspetto biologico più per auto-evidenti motivazioni di comodità espositiva che non perché rispondente all'empirica realtà dei fatti. Come difatti si sta per vedere *infra*, nella pratica dell'esperienza giudiziaria, al contrario, tale astratta spartizione tende casomai ad appannarsi fino quasi completamente a disperdersi. Ciò in ragione del fatto che entrambi i versanti appena richiamati appaiono fortemente complementari e reciprocamente interferenti anziché artificialmente contrapposti (come ora viene, appunto, soltanto più agevole fare).

Dalla diversa prospettiva bio-grafica adesso riguardata, nondimeno, la traiettoria giurisprudenziale dall'originaria pretesa dell'individuo alla non divulgazione dei propri fatti privati sino a giungere all'odierna rivendicazione di scelte di vita personali ed intime (passando attraverso l'intermedio *step* del divieto di intromissione nella sfera privata a carico del potere pubblico<sup>4</sup>) sembra nel complesso assai meno discontinua ed irregolare di quanto non si sia invece assistito rispetto al contraltare biologico. Se è potuto così diffusamente accadere, ciò è stato soprattutto grazie al vero e proprio *passé-partout* che – pur nella variabilità delle decisioni scrutinate – è parso fare il mirato ricorso al diritto di diventare/non diventare genitori quale espressione (a tali fini non poco duttile e flessibile) del rispetto della propria vita privata e familiare, *ivi* compreso l'(ancora controverso) estremo di donare gli embrioni, creati *in vitro* e non impiantabili, alla sperimentazione scientifica.

Sul tema ora in oggetto, vi è da riconoscere come il diritto vivente esaminato si sia dimostrato parimenti rispettoso tanto della scelta di avviare/proseguire la gravidanza quan-

LOLLINI, P. TANZARELLA, *Le Corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, 2012, p. 35; L. CAPPUCCIO, *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, *ivi*, p. 123 ss.; T. GROPPI, A. M. LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo*, in *Federalismi.it*, n. 19/2013, p. 1 ss.; A. ÚBEDA DE TORRES, *Art. 4. Diritto alla vita*, in L. CAPPUCCIO, P. TANZARELLA (a cura di), *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2017, p. 123 ss. (nonché, volendo, S. AGOSTA, *Art. 2. Diritto alla vita*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 41 ss.).

<sup>2</sup> ... e, sulla quale, si è altrove iniziato ad intrattenersi (cfr., se si vuole, S. AGOSTA, *Prove di cross-talk tra giurisprudenza convenzionale, euromunitaria, interamericana ed italiana in tema di diritto alla vita che comincia (prime notazioni)*, in *Biolaw Journal*, n. 3/2018, p. 171 ss.).

<sup>3</sup> Così, M. CHARLESWORTH, *L'Etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, trad. it. di G. Gozzini, Roma, 1996, p. 81 ss.; T. GUARNIER, A. TURTURRO, *Appendice giurisprudenziale*, in C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà con appendice giurisprudenziale*, Torino, 2014, p. 175 ss.; B. LIBERALI, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in M. D'AMICO, M. P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale della “fecondazione eterologa”. Analisi critica e materiali*, Milano, 2014, p. 65 ss. (part. p. 88 ss.); I. PELLIZZONE, *Il riconoscimento della “libertà di scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli”*, *ivi*, p. 103 ss.; E. ROSSI, *L'“attuazione” della sentenza sulla fecondazione eterologa*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, p. 2067 ss.

<sup>4</sup> In tal senso, P. TANZARELLA, *I diritti della Corte europea dei diritti*, cit., part. p. 73 ss.

to di quella di non farlo. Mentre di quest'ultima si discorrerà, *infra*, in chiusura del presente contributo, deve rilevarsi come gli esiti riconducibili alla prima fisiologicamente possano più o meno divaricarsi a seconda se si sia deciso di ricorrere alla fecondazione artificiale ovvero alla gestazione per altri.

Così, precipuamente puntando su un'interpretazione evolutiva del diritto alla vita di cui all'art. 4 CIDU inclusiva della nozione di «vita degna» oltre che di «progetto di vita» (inteso come promozione ed emancipazione individuale<sup>5</sup>), la Corte di San José non ha solo ad esempio integrato la protezione dell'esistenza umana con una serie di tradizionali diritti economico-sociali – quali la salute, l'abitazione e l'educazione<sup>6</sup> (coinvolgendo talune categorie di soggetti usualmente considerati deboli come donne<sup>7</sup>, minori<sup>8</sup>, disabili<sup>9</sup>, detenuti<sup>10</sup> e popolazioni indigene<sup>11</sup>) – ma, per quanto più da vicino attiene l'ambito dell'odierno studio, su tale esegesi ha fatto robustamente leva per decidere appunto sulla generale questione dell'inseminazione assistita.

Già nel risalente (quanto assai celebre) caso *Ana Victoria Sánchez Villalobos ed altri c. Costa Rica* (11 marzo 2004) – sotto non pochi aspetti simile a quello *S.H. e altri c. Austria*, che sarebbe stato deciso dalla Corte EDU<sup>12</sup> – la Commissione IDU dichiarava invero ammissibile il ricorso avverso quella sent. della Sala costituzionale della Corte Suprema di giustizia<sup>13</sup> che aveva in precedenza annullato il dec. Min. Sanità<sup>14</sup> disciplinante la procreazione medicalmente assistita: avendo in particolare ritenuto assai elevato, e perciò non accettabile, il rischio di distruzione arbitraria, vendita o traffico degli embrioni connesso all'impiego di tale metodica<sup>15</sup>. La non proporzionalità della pronuncia impugnata in quell'occasione si ritenne emergere in particolare dal fatto che non fosse stata neppure presa in considerazione taluna delle possibili misure per conciliare il rispetto della vita con l'autonomia individuale (come accadeva, invece, in altri paesi sudamericani). Ciò evidentemente perché la decisione di avere figli e sviluppare il proprio “progetto di vita” – in quanto espressiva dell'identità personale dell'individuo – rientrava in una sfera intima, come quella della famiglia, che circoscriveva di molto il fisiologico margine di apprezzamento statale in tale mate-

<sup>5</sup> Sul punto, P. TANZARELLA, *I diritti della Corte europea dei diritti*, cit., p. 31.

<sup>6</sup> In oggetto, L. CAPPUCCIO, *La Corte interamericana e la protezione*, cit., spec. p. 150 e p. 175 ss.

<sup>7</sup> Cfr. sentenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo del 27 novembre 1998, causa *Loayza Tamayo c. Perù*.

<sup>8</sup> Così, sentenze della Corte interamericana dei diritti dell'uomo del 19 novembre 1999 e del 2 settembre 2004, nelle cause, rispettivamente, *Niños de la Calle (Villagrán Morales ed altri) c. Guatemala* ed *Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay*.

<sup>9</sup> In tal senso, sentenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo CIDU del 4 luglio 2006, causa *Ximenes Lopes c. Brasile*.

<sup>10</sup> Sul punto, sentenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo CIDU del 19 maggio 2011, causa *Vera Vera ed altri c. Ecuador*.

<sup>11</sup> In oggetto, sentenze della Corte interamericana dei diritti dell'uomo del 17 giugno 2005 e del 12 settembre 2005, nelle cause, rispettivamente, *Comunidad indígena Yake Axa c. Paraguay* e *Gutiérrez Soler c. Colombia*.

<sup>12</sup> Cfr. D. L. SHELTON, *Nicaragua v. Costa Rica*, in ID., *Regional Protection of Human Rights*, Oxford, 2008, p. 910 ss. (part. p. 928); R. J. COOK - V. UNDURRAGA, *Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006*, in S. H. WILLIAMS, *Constituting Equality. Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge, 2009, p. 215 ss. (spec. p. 230); ID., sub. art. 12, in M. A. FREEMAN, C. CHINKIN, B. RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary*, Oxford, 2012, p. 311 ss. (part. p. 333).

<sup>13</sup> Part. n. 2306 del 15 marzo 2000.

<sup>14</sup> Spec. n. 24029-S del 3 marzo 1995.

<sup>15</sup> Così, M. HAIDEER, *Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) c. Costa Rica, del 28 novembre 2012, serie C. n. 257*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, n. 2/2013, p. 1 ss.

ria. Come tale, quindi, irrimediabilmente lesa tale scelta sarebbe stata da un divieto di inseminazione che non contemplasse altro modo alternativo di superare la condizione di sterilità/infertilità della coppia.

2. *Il rispetto della decisione di procreare e diventare genitori: nel caso della fecondazione assistita (di tipo omologo ed eterologo)*

Premesso che la Convenzione EDU andava sempre interpretata alla luce delle «current circumstances»<sup>16</sup> – e che il campo *de quo* (soggetto ad uno sviluppo particolarmente dinamico della scienza e del diritto) dovesse senza sosta essere tenuto sotto il costante monitoraggio degli Stati contraenti<sup>17</sup> – chiamati a pronunciarsi sulla PMA omologa già nelle celebri pronunzie rese dalla Grande Camera sui casi *Evans*<sup>18</sup> e *Dickson*<sup>19</sup> entrambi contro il Regno Unito (rispettivamente, 10 aprile e 4 dicembre 2007) anche i giudici di Strasburgo avevano invero attratto nell'orbita del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU proprio la decisione di diventare o meno genitore: tanto nel caso della donna che chiedeva l'autorizzazione all'impianto degli ovuli fecondati e crioconservati in deroga al consenso alla procreazione assistita prestato dal marito prima della rottura della relazione sentimentale; quanto in quello della coppia in cui, dovendo il marito scontare una condanna all'ergastolo, la moglie chiedeva l'accesso alla medesima tecnica.

In ambedue le occasioni difatti – pur avendo dato atto dell'ampio margine d'apprezzamento statale intorno ad *an* e *quomodo* della regolazione da adottare<sup>20</sup> (a motivo

<sup>16</sup> In tal senso, sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 maggio e del 11 luglio 2002, Grande Camera, nelle cause *Stafford* e *Christine Goodwin* – entrambi contro Regno Unito – rispettivamente parr. 68 e 74.

<sup>17</sup> Sul punto, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 17 ottobre 1986, causa *Rees c. Regno Unito*, part. par. 47.

<sup>18</sup> In oggetto, S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (3 aprile 2013); A. DI STEFANO, *Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto*, in *Com. int.*, 2013, p. 745 ss.; E. FALLETTI, *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Corr. giur.*, n. 2/2013, p. 234 ss.

<sup>19</sup> Cfr. A. CIERVO, *Che fine ha fatto la signora Dickinson? La Corte di Strasburgo e "the forgotten person"*, in *Rivista AIC* (28 settembre 2006), p. 1 ss.; C. CAMPIGLIO, *Il divieto di fecondazione eterologa all'esame della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 3/2010, p. 1 ss.; A. VIVIANI, *Il diritto di fondare una famiglia, la fecondazione assistita e i... passi indietro della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani*, *ivi*, n. 1/2012, p. 1 ss.

<sup>20</sup> In generale sul tema, *ex plurimis*, F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 ss.; P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 149 ss.; B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte Europea dei Diritti: un nuovo processo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, p. 1 ss. A proposito del margine di apprezzamento statale su specifiche questioni – come l'adozione del single, l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, l'aborto e la fecondazione eterologa – v., rispettivamente, E. LAMARQUE, *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 906 ss.; L. VANONI, *Il crocifisso e la neutralità: brevi considerazioni a margine della sentenza Lautsi and Others v. Italy*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (5 aprile 2011); M. BIGNAMI, *Il crocifisso nelle aule scolastiche dopo Strasburgo: una questione ancora aperta*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011, p. 1 ss.; D. TEGA, *Corte europea dei diritti: l'aborto tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno nel caso A, B e C contro Irlanda*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (2 marzo 2011); F. R. MARTINEZ, *In Europa l'aborto è un diritto?*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*,

della mancanza di consenso diffuso da parte dei paesi membri della Convenzione proprio sulla questione eticamente sensibile dell'inseminazione artificiale) – si è ritenuto che l'art. 8 cit. non imponesse solo un'obbligazione negativa di astensione in capo allo Stato ma, pure, quella positiva di adottare ogni misura che correttamente bilanciava tra interesse pubblico ed individuale appunto alla vita privata e familiare nei rapporti intersoggettivi.

Anche laddove ha considerato in un primo momento in contrasto (sez. I, 1° aprile 2010)<sup>21</sup> e poi successivamente compatibile (Grande Camera, 3 novembre 2011)<sup>22</sup> con l'art. 8 cit. il divieto austriaco di donazione di gameti<sup>23</sup>, pure nella diversa ipotesi della fecondazione eterologa di cui al caso *S.H. e altri c. Austria* la Corte EDU non ha comunque mancato di evidenziare – richiamando proprio il precedente rappresentato da *A, B e C c. Irlanda* cit. – come l'ordinamento statale non solo non vietasse di recarsi all'estero per ricorrere a tale metodica non consentita in Austria ma anche come, in caso di successo del trattamento, contenesse regole chiare sulla paternità e la maternità che rispettavano «the wishes of the parents»<sup>24</sup>. In quell'occasione, peraltro, emblematicamente si aggiungeva altresì come il fatto che la “regola” dell'PMA omologa (e l' “eccezione” della donazione di sperma) riflettesse lo stato del consenso nella società del tempo non volesse pure dire che «these criteria would not be subject to developments which the legislature would have to take into account in the future»<sup>25</sup>.

Alle tendenze IDU e EDU sin qui succintamente illustrate in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è sembrata accodarsi pure la giurisprudenza costituzionale italiana. La quale non può certo dirsi che si sia lasciata sfuggire l'occasione per dire la sua quando – dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, l. n. 40 cit. nella parte in cui stabiliva per le coppie di cui all'art. 5, comma 1, l. n. 40 cit. il divieto del ricorso a tecniche di PMA eterologa, pure qualora fosse stata diagnosticata una patologia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili – ha fortemente rimarcato come tale proibizione in definitiva cagionasse proprio «una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che

Bologna, 2011, p. 49 ss.; A. OSTI, *Il caso S.H. e altri c. Austria: il diritto (di coppia?) a procreare e la fecondazione eterologa*, ivi, p. 18; C. GRABENWARTER, *Vita privata, fecondazione in vitro e “margine di apprezzamento” degli Stati membri*, p. 36; B. LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il c.d. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, p. 1 ss.

<sup>21</sup> Così, C. CAMPIGLIO, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit.; A. LANZAFAME, *La fecondazione medicalmente assistita tra bilanciamento di valori e consenso europeo*, in [www.leggioggi.it](http://www.leggioggi.it) (9 aprile 2014); S. ALBANO, *Tecniche di procreazione assistita e direttive di fine vita*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) (4 maggio 2015).

<sup>22</sup> In tal senso, L. BEDUSCHI, A. COLELLA, *La Corte salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (7 novembre 2011); C. PIVIDORI, *La Grand Chamber ribalta la sentenza di primo grado nel caso S.H. e al. c Austria: i limiti posti dalla legge austriaca sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo non violano l'art. 8 CEDU*, in <http://unipd-centrodirittiumani.it> (9 novembre 2011); A. CIERVO, *Obblighi positivi dello Stato e tutela della vita umana: analisi di una recente tendenza giurisprudenziale della Grande Chamber della Corte di Strasburgo*, in <https://diritti-cedu.unipg.it> (7 maggio 2012).

<sup>23</sup> ... in ragione dell'ampio margine di apprezzamento statale dovuto «Since the use of IVF treatment gave rise then and continues to give rise today to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised by the case touch on areas where there is not yet clear common ground amongst the member States»: sul punto, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 3 novembre 2011, Grande Camera, causa *S.H. e altri c. Austria*, cit., par. 97.

<sup>24</sup> In oggetto, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 3 novembre 2011, Grande Camera, causa *S.H. e altri c. Austria*, cit., par. 114.

<sup>25</sup> Cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 3 novembre 2011, Grande Camera, causa *S.H. e altri c. Austria*, cit., par. 117.

la sua assolutezza [fosse] giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali (...) [dovevano] ritenersi congruamente garantite»<sup>26</sup>.

Questo chiaramente perché la scelta della coppia assolutamente sterile o infertile di diventare genitori e di formare una famiglia che avesse anche dei figli non poteva che costituire diretta «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte [aveva] affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, [era] riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne[va] la sfera privata e familiare»<sup>27</sup>. Se, dunque, «la libertà e volontarietà dell'atto che [consentiva] di diventare genitori e di formare una famiglia (...) di sicuro non implica[va] che la libertà in esame [potesse] esplicarsi senza limiti» bisognava tuttavia ammettere che «questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non [potevano] consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non [fosse] l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale»<sup>28</sup>.

Non secondario peraltro notare come – proprio nella logica del più o meno velato seguito interno ai *dicta* della giurisprudenza sopranazionale adesso riguardato – la pronuncia da ultimo richiamata fosse venuta solo all'esito di un singolare (oltre che laborioso e logorante) “tira e molla” giudiziario che aveva visto in prima fila fattivamente impegnati, da una parte, i Tribunali di Firenze, Catania e Milano e, dall'altra, proprio il giudice delle leggi. Coi primi<sup>29</sup> cioè che, proprio all'indomani della prima dec. EDU sul caso *S.H. e altri c. Austria*

<sup>26</sup> Così, sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 (punto 13 *cons. dir.*, quarto cpv) su cui, *ex multis*, v. almeno A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in *Biolaw Journal*, n. 2/2014, 1 ss; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, ivi, p. 13 ss.; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, ivi, p. 37 ss.; C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, ivi, p. 67 ss.; S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, ivi, p. 89 ss.; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, ivi, p. 111 ss.; M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'“adozione per la nascita”*, ivi, p. 135 ss.; B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, ivi, p. 157 ss.; M. CITTÀ, *Mamma, ho perso la cicogna! (Dialogo intorno all'inesistente diritto contro l'esistenza*, ivi, p. 185 ss. In tal senso, pure A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online* (13 giugno 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)*, ivi. Sul punto, v. ancora G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (5 marzo 2015); A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte Edu*, ivi; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, ivi; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, ivi. In oggetto, pure F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in questa rivista, n. 3/2014, p. 599 ss.; 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*, ivi, p. 603 ss. nonché C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in [www.confrontocostituzionali.eu](http://www.confrontocostituzionali.eu) (17 giugno 2014); M. G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, ivi. Cfr., infine, V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it) (15 settembre 2014); A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in <https://diritti-cedu.unipg.it/> (30 giugno 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 [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (13 giugno 2014); L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Rivista AIC* (luglio 2014).

<sup>27</sup> Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 162 cit. (punto 6 *cons. dir.*, secondo cpv).

<sup>28</sup> Così, sentenza della Corte costituzionale n. 162 cit. (punto 6 *cons. dir.*, quarto cpv).

<sup>29</sup> In tal senso, rispettivamente, ordinanze del 6 settembre 2010, 21 ottobre 2010 e 2 febbraio 2011.

cit., avevano prontamente fatto rilevare la possibile violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. da parte dell'art. 4, comma 3, l. n. 40 cit. per contrasto con l'interpretazione degli artt. 8 e 14 CEDU da quest'ultima sentenza offerta; e col secondo altrettanto pronto invece – con non minore solerzia<sup>30</sup> – a restituire la palla ai giudici *a quibus* affinché procedessero ad un rinnovato esame dei termini delle questioni alla luce della sopravvenuta pronuncia della Grande Camera cit. sempre sul medesimo caso *S.H. e altri c. Austria* (senza farsi più di tanto scoraggiare dall'atteggiamento attendista del Tribunale costituzionale, nondimeno, i remittenti, avevano ulteriormente insistito sulle proprie posizioni fino a portare quest'ultimo appunto alla sent. n. 162 appena cit.<sup>31</sup>).

### 3. (Segue): in quello della gestazione per altri: tra parziale apertura della Corte EDU...

Sempre al diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 cit. la giurisprudenza europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto di ascrivere anche la richiesta di rilascio degli embrioni crioconservati rivolta da una coppia ad una clinica sottoposta a sequestro penale. Seppure difatti nel caso *Knecht c. Romania* (2 ottobre 2012)<sup>32</sup> è stata nello specifico esclusa la violazione dell'art. 8 cit. (per sopravvenuta carenza di oggetto dell'iniziale denuncia di non poter recuperare né trasferire i propri embrioni<sup>33</sup>), anche in questa peculiare occasione i giudici di Strasburgo non mancavano di richiamare i precedenti *decisa* in materia evidenziando come non fosse «contestato tra le parti che l'articolo 8 [fosse] applicabile e che il caso [riguardasse] il diritto del richiedente al rispetto della sua vita privata». Ciò evidentemente perché «vita privata», che [era] un termine ampio, ricomprende[va], *inter alia*, elementi come il diritto al rispetto delle decisioni sia di avere che non avere un figlio (cfr. *Evans c. il Regno Unito* [GC], n. 6339/05, § 71, ECHR 2007-IV, e *A, B e C c. Irlanda* [GC], n. 25579/05, § 212, 16 dicembre 2010) o il diritto di una coppia di concepire un bambino e fare uso della procreazione medicalmente assistita a tal fine, la cui scelta [era] chiaramente espressione di vita privata familiare (cfr. *S.H. e altri c. Austria*, sopra citata, § 82)<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Sul punto, ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012 su cui V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, p. 1 ss.; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (19 luglio 2012); A. VERRI, *A proposito dell'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale in tema di fecondazione eterologa*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (10 ottobre 2012).

<sup>31</sup> In oggetto, ordinanze del 29 marzo, 8 e 13 aprile 2013 dei Tribunali, rispettivamente, di Firenze, Milano e Catania.

<sup>32</sup> Cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. III (*ex art.* 44, par. 2, CEDU diventata definitiva l'11 febbraio 2013).

<sup>33</sup> ... giacché – a seguito della pronuncia della *High Court* – le autorità nazionali rumene avevano in effetti adottato (seppure con qualche ritardo) misure idonee a garantire il rispetto del diritto della richiedente ad una vita privata (come, appunto, il richiesto trasferimento e deposito degli embrioni presso un'altra clinica specializzata e autorizzata): così, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2 ottobre 2012, sez. III, causa *Knecht c. Romania*, cit., par. 61.

<sup>34</sup> In tal senso, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2 ottobre 2012, sez. III, causa *Knecht c. Romania*, cit., par. 54. «In questo contesto» è perciò ovvio che «sebbene l'oggetto dell'articolo 8 sia essenzialmente quello di proteggere l'individuo da interferenze arbitrarie delle autorità pubbliche, esso non costringe semplicemente lo Stato ad astenersi da tale interferenza. Oltre a quest'obbligo principalmente negativo, possono esserci obblighi positivi inerenti l'effettivo rispetto per la vita privata e familiare. Tali obblighi» – prosegue il par. 55 – «possono comportare l'adozione di misure progettate per garantire il rispetto per la vita privata e familiare, anche nella sfera delle relazioni degli individui tra loro. I confini tra gli obblighi posi-

Pari – se non più vigorose – parole venivano nello stesso senso pronunziate pure nello speculare caso *Nedescu c. Romania* (16 gennaio 2018)<sup>35</sup> allorché la Corte EDU – nel medesimo frangente di richiesta di autorizzazione a rientrare in possesso dei propri embrioni ad opera di una coppia intenzionata a intraprendere una nuova inseminazione artificiale – accertava la violazione dell'art. 8 cit. e conseguentemente disponeva il risarcimento del danno subito a favore dei ricorrenti. Anche stavolta saldamente riannodandosi alle acquisizioni dei propri precedenti, i giudici di Strasburgo ribadivano l'ampiezza del concetto di «vita privata» di cui all'art. 8 cit. il quale – resistente ad ogni sforzo di esaustiva sistemazione teorica<sup>36</sup> – finiva per abbracciare non solo «l'integrità fisica e psicologica di una persona»<sup>37</sup> ed «il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani»<sup>38</sup> ma, anche, «aspetti dell'identità fisica e sociale di un individuo»<sup>39</sup> così come pure «il diritto allo sviluppo personale», quello «all'autodeterminazione»<sup>40</sup> e, per l'appunto, al rispetto delle decisioni di avere e non avere un figlio<sup>41</sup>.

Se anche nella presente eventualità «il progetto genitoriale congiunto dei richiedenti, che desidera[va]no avere un figlio facendo ricorso alla procreazione assistita usando i propri embrioni, [era]» dalla Corte ritenuto «un aspetto intimo della loro vita privata»<sup>42</sup> era perciò inevitabile «che l'aver impedito ai ricorrenti di recuperare i loro embrioni come ordinato dalla *High Court of Cassation* costituisse un'interferenza con il diritto al rispetto delle loro vita privata»<sup>43</sup>.

Ben più controverso di quello appena esaminato in tema di PMA, invece, appare il differente caso della gestazione c.d. per altri. A proposito del quale pur prendendo le mosse dal medesimo presupposto di partenza – vale a dire la negazione *in nuce* di qualsivoglia rilievo al progetto di vita degli *intended parents*<sup>44</sup> – il diritto vivente EDU e costituzionale italiano

tivi e negativi dello Stato ai sensi dell'articolo 8», peraltro, non sembrano «prestarsi ad una definizione precisa. I principi applicabili sono nondimeno simili. In particolare, in entrambi i casi occorre tener conto del giusto bilanciamento tra gli interessi in competizione (cfr. *Evans*, sopra citato, § 75)».

<sup>35</sup> Sul punto, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV (*ex art.* 44, par. 2, CEDU diventata definitiva il 16 aprile 2018).

<sup>36</sup> In oggetto, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 gennaio 2018, sez. IV, causa *Nedescu c. Romania*, cit., spec. par. 66.

<sup>37</sup> Cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 marzo 1985, sez. I, causa *X e Y. c. Paesi Bassi*, par. 22.

<sup>38</sup> Così, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 dicembre 1992, sez. II, causa *Niemietz c. Germania*, par. 29.

<sup>39</sup> In tal senso, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 7 febbraio 2002, sez. I, causa *Mikenlić c. Croazia*, par. 53.

<sup>40</sup> Sul punto, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 aprile 2002, sez. IV, causa *D. Pretty c. Regno Unito*, par. 61.

<sup>41</sup> In oggetto, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cause, rispettivamente, *Evans c. Regno Unito*, cit., par. 61 e *A, B e C c. Irlanda*, cit., par. 212.

<sup>42</sup> Cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 gennaio 2018, sez. IV, causa *Nedescu c. Romania*, cit., par. 70 (che rinvia alla causa *Knecht c. Romania*, cit., par. 54).

<sup>43</sup> Così, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 gennaio 2018, sez. IV, causa *Nedescu c. Romania*, cit., par. 75: né poteva in contrario sostenersi che l'interferenza così perpetrata col diritto dei richiedenti al rispetto della loro vita privata fosse coperta dalla legge ai sensi dell'art. 8, par. 2, CEDU (par. 85) giacché «il modo in cui le autorità giudiziarie e amministrative coinvolte attuavano ed interpretavano le rilevanti disposizioni di legge in materia di sequestro, stoccaggio a seguito di quest'ultimo e la restituzione degli embrioni dei richiedenti era incoerente e quindi privo della richiesta prevedibilità» (par. 84).

<sup>44</sup> Neppure poteva, diversamente, richiamarsi il giudizio sul diniego statale di rilasciare ad una coppia di cittadini belgi il titolo di viaggio necessario per rimpatriare dall'Ucraina un bambino nato da surrogazione di maternità. Nella sentenza del 8 luglio 2014, causa *D. e altri c. Belgio*, difatti, la Corte europea dei diritti



sembrano nondimeno essersi *de iure condito* avviati lungo sentieri interpretativi tra di loro assai divergenti. Assumendo come principale (se non esclusivo) punto di riferimento delle proprie pronunzie il *best interest of the child*<sup>45</sup> – come a breve si vedrà – il primo è parso difatti consentire una seppur timida apertura a siffatta pratica (del tutto negata invece da quello nostrano, avente piuttosto di mira espressamente la sola dignità della gestante).

Chiamata a decidere se l'ingerenza statale nella sfera della vita privata e familiare determinata dal mancato riconoscimento del figlio nato surrogato all'estero (oltre ad essere prevista dalla legge dello Stato e perseguire fini legittimi, soprattutto) si dimostrasse effettivamente proporzionata al fine da essa prefissato nei gemelli *leading cases Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* (26 giugno 2014)<sup>46</sup> la Corte EDU, sez. V, ha senz'altro riconosciuto non solo la conformità a legge del divieto francese di riconoscimento dei minori nati negli Stati Uniti e la legittimità del fine della «protezione della salute» nonché «dei diritti e delle libertà altrui» ma, pure, la necessità «in una società democratica». Cionondimeno, mentre non ha ritenuto leso il diritto dei genitori ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare reputava invece violato l'art. 8 CEDU con riferimento a quello del minore: giacché il pur ampio margine di apprezzamento statale in tale materia eticamente sensibile non poteva che risentire del limite imposto dal *vulnus* che l'interesse del minore avrebbe inevitabilmente sofferto dal mancato riconoscimento del rapporto di filiazione.

Mentre, difatti, i bambini oggetto del contendere risultavano legittimamente identificati come figli dei ricorrenti nell'ordinamento statunitense il fatto che non altrettanto fosse accaduto in quello transalpino, per così dire, “a cascata” trascinava drammaticamente con sé una serie di conseguenze negative – ed evidentemente inaccettabili per il giudice europeo dei diritti dell'uomo – sull'identità personale ed istituzionale di essi. Spianata così la strada dall'irrinunciabile esigenza di tutela dei minori coinvolti non diversamente la giurisprudenza EDU si sarebbe risolta negli speculari casi, entrambi c. Francia, *Foulon e Bouvel*<sup>47</sup> e *Laboire*<sup>48</sup>. Assai più problematica sembra invece diventare la pur blanda e condizionata tolleranza delle pratiche di maternità surrogata all'estero quando – diversamente dalle ipotesi sin qui richiamate (dove il legame genetico con almeno un genitore, e nella specie il padre, comunque sussisteva) – nessun vincolo biologico fosse stato invece accertato sussistere tra il nato e la coppia c.d. d'intenzione.

dell'uomo, sez. X, aveva recisamente escluso che la separazione dal proprio bambino discendente dal negato rilascio del titolo cit. ai ricorrenti integrasse una violazione dell'art. 8 cit. Assunto il mancato obbligo in capo agli Stati membri da parte della CEDU di consentire l'ingresso nei propri confini dei nati surrogati senza eseguire le prescritte verifiche, non poteva che d'altro canto derivarne come l'ingerenza statale nella vita familiare così perpetrata legittimamente rientrasse nell'ampio margine di apprezzamento a disposizione dello Stato in materia.

<sup>45</sup> In tal senso, *ex plurimis*, A. LORENZETTI, *Bilanciamento di interessi e garanzie per i minori nella filiazione da fecondazione eterologa e da maternità surrogata*, in G. O. CESARO, P. LOVATI, G. MASTRANGELO (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, p. 80 ss. (spec. p. 97 ss.); E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, part. p. 65 s.; S. PRADUROUX, *I diritti delle persone LGBT nella giurisprudenza CEDU*, Vicalvi (FR), 2016, spec. p. 34 s.

<sup>46</sup> Sul punto, tra gli altri, G. CASABURI, *La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata (osservazioni a Corte europea diritti dell'uomo 26 giugno 2014, M.)*, in *Foro it.*, 2014, IV, p. 561; A. VESTO, *La maternità surrogata: Casazione e Cedu a confronto*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 306.

<sup>47</sup> In oggetto, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 luglio 2016, sez. V, causa *Foulon e Bouvet c. Francia*.

<sup>48</sup> Cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 gennaio 2017, sez. V, causa *Laboire c. Francia*.

Decidendo sul celebre caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (27 gennaio 2015)<sup>49</sup>, in un primo momento la Corte di Strasburgo, sez. II, non è invero parsa essersi poi fatta troppi scrupoli nel duramente condannare l'Italia: non solo per aver negato la trascrizione dell'atto di nascita del minore venuto alla luce in Russia ma, pure, per averne disposto l'allontanamento ed il contestuale affidamento ai servizi sociali prima e ad un'altra coppia poi (nonostante i primi mesi di vita trascorsi coi genitori ricorrenti). Senza aver tenuto in adeguata considerazione il menzionato *best interest* e la (seppur brevemente instaurata) relazione genitoriale, difatti, l'automaticità della tutela italiana dell'ordine pubblico avrebbe comunque violato l'art. 8 cit. anche se giustificata dall'esigenza di mettere fine ad una condizione illegittima (quale, appunto, l'inesistenza di un legame genetico con quelli che si erano inizialmente dichiarati i genitori biologici). Tutt'altro che similmente, come si sta per vedere, sono com'è noto andate le cose allorché il delicato caso è stato portato all'attenzione della Grande Camera (24 gennaio 2017)<sup>50</sup>.

4. ... e netta chiusura della Corte costituzionale italiana (le prospettive offerte dalla prima richiesta di parere preventivo ex Prot. n. 16 alla CEDU)

Pronunziandosi sulla delicata questione la Grande Camera *supra* cit., per un verso, ha ritenuto non lesive le misure statali miranti al legittimo scopo di «prevenire disordini» e «tutelare i diritti e le libertà altrui» (pur obiettivamente incidenti sulla vita familiare e privata dei ricorrenti); e, per un altro, oltre la menzionata assenza di legame biologico fra minore e coppia d'intenzione non ha potuto che prendere atto – malgrado appunto il «progetto parentale» e la «qualità del legame affettivo» – della brevità del rapporto così instauratosi *di fatto* tra di essi nonché l'insicurezza dei discendenti legami *di diritto*.

Premesso «che i giudici italiani, avendo concluso che il minore non avrebbe subito un pregiudizio grave o irreparabile a causa della separazione, [avevano] garantito un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, rimanendo nei limiti dell'ampio margine di apprezzamento di cui disponevano nel caso di specie»<sup>51</sup>, la Corte non ci pensava dunque due volte a ribaltare il differente verdetto reso appena due anni prima dalla sez. II statuendo come non vi fosse stata violazione alcuna dell'art. 8 cit. Mentre «l'interesse generale in gioco» aveva insomma «un grande peso sul piatto della bilancia» – poiché «accettare di lasciare il minore con i ricorrenti, forse nella prospettiva che questi diventassero i suoi genitori adottivi, sarebbe equivalso a legalizzare la situazione da essi creata in violazione di norme importanti del diritto italiano – non altrettanta importanza poteva invece in confronto accor-

<sup>49</sup> Così, I. ARNÒ, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia di fronte alla Grande Chambre della Corte EDU*, in <http://rivista.eurojus.it> (15 dicembre 2015); T. TRINCHERA, *La Corte EDU condanna l'Italia in un caso di maternità surrogata all'estero*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (3 febbraio 2015); A. VIVIANI, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org) (3 febbraio 2015).

<sup>50</sup> In tal senso, I. ARNÒ, *La Grande Chambre si pronuncia sul caso Paradiso e Campanelli: niente condanna per l'Italia, ma ancora dubbi in tema di maternità surrogata*, in <http://rivista.eurojus.it> (26 gennaio 2017); G. MILIZIA, *Nessuna famiglia senza legami di sangue né lunga convivenza: sì all'allontanamento del bimbo*, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it) (25 gennaio 2017); D. RUSSO, *La sentenza della Grande Camera CEDU nel caso "Paradiso e Campanelli c. Italia" sulla tutela della vita privata e familiare in un caso di maternità surrogata*, in *Osserv. sulle fonti*, n. 1/2017, p. 1 ss.

<sup>51</sup> Sul punto, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 gennaio 2017, Grande Camera, causa *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 215.

darsi al confliggente «interesse dei ricorrenti ad assicurare il proprio sviluppo personale proseguendo la loro relazione con il minore»<sup>52</sup>.

Dei seppur minimi spiragli timidamente aperti dalla giurisprudenza EDU in materia ad ogni modo in quella costituzionale italiana non vi è stata invece traccia, essendosi piuttosto ritenuto di privilegiare – come si anticipava in precedenza – il solo valore della dignità della gestante<sup>53</sup>. Chiamata a dire la sua sulla compatibilità dell'art. 263 cod. civ.<sup>54</sup> con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost. (nonché con l'art. 8 CEDU *sub specie* dell'art. 117, comma 1, Cost.) laddove non prevedeva che l'impugnazione del riconoscimento del minore figlio naturale per difetto di veridicità potesse essere accolta solo quando fosse rispondente all'interesse dello stesso, con sent. n. 272/2017 la Corte costituzionale ha così deciso di intervenire non senza peculiari durezza e zelo sulla questione della maternità surrogata<sup>55</sup>. E ciò, bisogna ammettere, nonostante il *thema decidendum* riguardasse la rimozione di uno *status filiationis* precedentemente attribuito (a motivo appunto della sua non veridicità) e non già quello della trascrivibilità in Italia di certificati di nascita formati nei paesi che consentivano tale pratica<sup>56</sup> (giacché l'atto di nascita comprovante la genitorialità legale del minore era stato già trascritto in Italia).

Avvalendosi dunque della (forzosa) sponda offerta da un *obiter dictum*<sup>57</sup> – ed evidentemente abbandonando la misurata cautela che pareva averla caratterizzata fino a quel pun-

<sup>52</sup> In oggetto, ancora, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 gennaio 2017, Grande Camera, causa *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., *ibidem* dove peraltro – seppure si riconosceva come la Convenzione non sancisse alcun diritto di diventare genitore – comunque non si «sottovaluta[va] l'impatto che la separazione immediata e irreversibile dal minore [doveva] aver avuto sulla vita privata dei ricorrenti» né poteva comunque ignorarsi «il dolore morale che [sentivano] coloro il cui desiderio di genitorialità non [era] stato o non [poteva] essere soddisfatto».

<sup>53</sup> Cfr. S. APA, *Bioetica: diritti fondamentali e dignità umana. Profili giurisprudenziali e legislativi in prospettiva comparata*, Vicalvi (FR), 2015, part. p. 104 s. ma *passim*; S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità: Un dialogo costituzionale*, Roma, 2015, part. par. 2.6; G. AZZONI, *Nomofanie. Esercizi di Filosofia del diritto*, Torino, 2017, p. 237 s.

<sup>54</sup> Nella versione precedente alla novella di cui al successivo D.Lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012*, n. 219.

<sup>55</sup> Su cui F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), n. 1/2018, p. 147 ss.; G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (9 marzo 2018), p. 1 ss. e G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (15 febbraio 2018), p. 1 ss.; A. SCHILLACI, *La Corte costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all'estero: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (18 gennaio 2018) nonché, se si vuole, S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), n. 2/2018, p. 1 ss.

<sup>56</sup> Così, *ex multis*, S. TONIOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 81 s.; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *GenIus*, 2015, p. 160; S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2016, p. 30 ss.; B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, *ivi*, p. 54 e p. 64 s.; B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, *ivi*, p. 116 nonché, volendo, S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, n. 1/2018, p. 79 ss.

<sup>57</sup> In tal senso, *ex plurimis*, C. SALAZAR, *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule "antiche" (forse troppo) per un processo "nuovo" (ma non troppo)?*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 305 ss.; A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996, part. p. 175 ss.

to<sup>58</sup> – la Consulta metteva in bella mostra «l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette[va] alla surrogazione di maternità»<sup>59</sup>. Rimarcare espressamente come tale tecnica fosse vietata dalla legge in quanto intollerabilmente offensiva della dignità della donna – oltre che minante nel profondo le relazioni umane<sup>60</sup> – di fatto non equivaleva solo ad un decisivo quanto inedito, come suole ormai coloritamente dirsi, *coming out* del giudice delle leggi a favore del richiamato divieto ma sembrava possedere pure un non secondaria valenza simbolica. Scriminante affinché la giurisprudenza scrutinata distingua fra di loro ipotesi in “astratto” ispirate tutte dalla stessa logica e “in concreto” aventi tutte ad oggetto il corpo femminile, consentendone talune e stigmatizzandone talaltre, parrebbe insomma diventare il concetto stesso di «dignità»: “accantonato”, o diciamo pure non considerato, nell'ipotesi dell'eterologa (dove la donante cede spontaneamente i propri ovuli a favore della coppia donataria), viceversa “valorizzato” (fino alle estreme conseguenze) nel precipuo frangente della gestazione per altri adesso esaminata.

In quest'ultima evenienza, non sfugga poi che ad essere dalla Corte privilegiata sembrerebbe una ben precisa declinazione di dignità della donna: vale a dire intesa in senso, per così dire, fisico-oggettivo senza lasciare però margine alcuno alla coesistente (oltre che complementare) componente psichico-soggettiva della stessa. Non si è nemmeno preso in considerazione, cioè, che dal proprio contributo alla costruzione di un progetto di vita altrui la gestante potrebbe vedere invece appagata una propria aspirazione personale ed intima (quale, appunto, quella all'auto-realizzazione di un desiderio altruistico di dono<sup>61</sup>) come d'altro canto già visto accadere nel caso della fecondazione di tipo eterologo<sup>62</sup>.

Al complessivo quadro che è andato così lentamente (e stentatamente) componendosi bisognerà da ultimo vedere se, ed eventualmente quali, cambiamenti potrà infine apportare *de iure condendo* la richiesta di parere consultivo di cui al Prot. n. 16 alla CEDU recentemente avanzata dalla Corte di Cassazione francese<sup>63</sup> ai giudici di Strasburgo in ordine alla trascrizione nel registro dello stato civile dell'atto di nascita di un figlio nato all'estero da maternità surrogata anche della *mère d'intention* quale madre legale<sup>64</sup>. Con riferimento alla pe-

<sup>58</sup> Come, ad esempio, nel 2014 quando non mancò di ribadire come la tecnica della fecondazione eterologa in esame andasse «rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta 'surrogazione di maternità', espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia»: sul punto, sentenza della Corte costituzionale n. 162 cit. (punto 9 *cons. in dir.*).

<sup>59</sup> In oggetto, sentenza della Corte costituzionale n. 272 cit. (punto 4.3 *cons. in dir.*).

<sup>60</sup> Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 272 cit. (punto 4.2 *cons. in dir.*).

<sup>61</sup> Così, R. SALECL, *La tirannia della scelta*, Roma-Bari, 2015, part. cap. IV; N. CARONE, *In origine è il dono. Donatori e portatrici nell'immaginario delle famiglie omogenitoriali*, Milano, 2016, *passim*; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018, *passim*.

<sup>62</sup> ... a certe condizioni, invece, opportunamente consentita come si è visto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 162 cit.

<sup>63</sup> In tal senso, decisione interlocutoria della *Cour de cassation* del 5 ottobre 2018, n. 638.

<sup>64</sup> Sul punto, M. CASTELLANETA, *Prima applicazione del Protocollo n. 16 – First application of the Protocol no. 16*, in [www.marinacastellaneta.it](http://www.marinacastellaneta.it) (9 ottobre 2018); F. BUFFA, *Gestation pour autrui: la prima richiesta di parere consultivo alla Cedu*, in *Quest. giust.* (11 ottobre 2018); C. TORRISI, *Cour de cassation, decisioni nn. 637 e 638 del 5 ottobre 2018, richiesta di parere consultivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di maternità surrogata e di trascrizione all'anagrafe francese degli atti di nascita di minori nati all'estero*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) (12 ottobre 2018); A. M. LECIS, *GPA e trascrizione degli atti di nascita: la Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (18 ottobre 2018); P. C. MINGOZZI, *Protocollo n.16 CEDU: dopo l'entrata in vigore, la sua prima applicazione*, in [www.msoitbepost.org](http://www.msoitbepost.org) (19 ottobre 2018); M. PAPPONE, *In attesa dell'Italia, alcune riflessioni dopo l'entrata in funzione del Protocollo Addizionale n. 16 nell'ordinamento francese*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)

culiare posizione di quest'ultima, difatti, la giurisprudenza francese mentre aveva ammesso la possibilità che la moglie del padre biologico potesse richiedere *ex art. 353, par. 1, cod. civ.* l'adozione del minore nato da surrogata all'estero, aveva recisamente negato che a costei fosse pure data la medesima facoltà spettante al genitore genetico ai sensi dell'art. 47 cod. civ. di trascrivere nell'atto di nascita lo stesso figlio come proprio<sup>65</sup>.

Volendo dar seguito al giudicato di cui alla Corte EDU, *Menesson c. Francia*, cit. – che l'aveva vista vittoriosa dopo aver inizialmente perso la causa innanzi alla Corte di Cassazione nel 2011<sup>66</sup> – una coppia di ricorrenti ha così attivato il *réexamen en matière civile* previsto dalla l. n. 1547/2016, *LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle*, in caso di contrasto fra giudicati (nazionale ed EDU) su questioni di stato delle persone (allorquando la violazione di una delle garanzie fondamentali della Convenzione abbia in particolare determinato un danno non risarcibile con l'equa soddisfazione<sup>67</sup>). Richiesta quindi di ordinare la trascrizione pure della madre intenzionale come legale, tuttavia, la c.d. *Cour de réexamen*<sup>68</sup> ha piuttosto ritenuto di rimettere la decisione all'Adunanza plenaria della stessa Corte di Cassazione francese la quale – come si è visto – si è a sua volta rivolta al giudice EDU nello specifico postulando: se lo Stato avesse o meno oltrepassato il margine di apprezzamento a sua disposizione *ex art. 8 CEDU* ammettendo la trascrizione dell'atto che indicava come biologico il padre c.d. d'intenzione ma contestualmente negando la designazione della madre solo sociale come legale; se fosse necessario mantenere rispettivamente separato il caso che il minore fosse stato o meno concepito con gli ovuli della madre sociale; se, infine, quest'ultima potesse comunque adottare nel rispetto dell'art. 8 cit. il figlio del coniuge biologico qualora la Corte EDU avesse negativamente risposto ai due logicamente-cronologicamente quesiti precedenti.

(29 ottobre 2018); G. STAMPANONI BASSI, *Protocollo 16 alla CEDU: al via (non ancora per l'Italia) la possibilità di chiedere pareri consultivi alla Corte EDU*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com) (30 novembre 2018); R. G. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) (30 gennaio 2019).

<sup>65</sup> In oggetto, sentenze della *Cour de cassation* del 5 luglio 2017, I sez. civ., nn. 824, 825, 826 e 827, su cui *Cour de cassation, prima sezione civile, decisioni nn. 824, 825, 826 e 827 del 5 luglio 2017, sulla trascrizione dell'atto di nascita e sull'adozione in caso di maternità surrogata* (7 luglio 2017), in C. GUERRERO PICÒ-S. PASETTO-M.T RÖRIG-C. TORRISI, *Segnalazioni sull'attualità costituzionale straniera*, Servizio studi della Corte costituzionale (area di diritto comparato), n. 5 (luglio 2017), p. 49 ss.

<sup>66</sup> Sull'efficacia e l'applicazione in Italia delle sentenze di condanna della Corte EDU, *ex plurimis*, G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al "doppio binario"*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 1075 ss.; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (2 aprile 2015); E. LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo a uso dei giudici italiani*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016, p. 139 ss.; C. PADULA, *La Corte Edu e i giudici comuni, nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, p. 159 ss.; M. CARTABIA, *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, *ivi*, p. 229 ss.; E. MALFATTI, *L'interpretazione conforme nel "seguito" alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, p. 1288 ss.; P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte Edu: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osserv. sulle fonti*, n. 1/2018, p. 1 ss.; A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it) (5 febbraio 2018), p. 1 ss.; R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (24 dicembre 2018), part. p. 635 ss.

<sup>67</sup> Cfr. *Richiesta parere preventivo Adunanza Plenaria Cassazione francese su Maternità surrogata*, in [www.unicost.eu](http://www.unicost.eu) (autore e data non indicati).

<sup>68</sup> Peculiare composizione, cioè, della *Cour de cassation* col compito di rinviare – in caso di accoglimento del riesame – al giudice di pari grado rispetto a quello che aveva emesso la decisione dichiarata contrastante con la CEDU dal giudice di Strasburgo.

### 5. *La scelta di non procreare e non diventare genitori*

In disparte quella riguardante il diritto a scegliere di avere dei figli, non meno copiosa per quantità e densa di spunti qualitativamente rilevanti, com'è ovvio attendersi, appare anche la giurisprudenza in tema di libertà di decidere di non averli: così, ad esempio, tanto nel caso del diritto della donna di essere informata circa i servizi disponibili per esercitare legittimamente la scelta di interrompere una gravidanza "naturale" quanto in quello delle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili di conoscere lo stato di salute degli embrioni prima dell'impianto per l'eventuale crioconservazione in quella "artificiale". Così nella prima ipotesi – pur avendo negando che la mancata previsione dell'aborto per ragioni di salute o benessere della gestante determinasse una violazione dell'art. 8 cit. – nel caso *A, B e C c. Irlanda* (16 dicembre 2010)<sup>69</sup> la Grande Camera EDU ha comunque ribadito come il mancato seguito legislativo all'art. 40, par. 3, Cost. irl.<sup>70</sup> costituisse comunque inadempimento agli obblighi positivi incombenti sullo Stato ai sensi del medesimo parametro EDU. Ciò evidentemente perché la Carta costituzionale statale già imponeva che alla madre fosse fornita ogni informazione su strutture e servizi eventualmente disponibili al fine di vedersi effettivamente riconosciuto il proprio diritto di recarsi all'estero per interrompere legalmente la gravidanza.

Non meno interessante e degna di significative suggestioni appare peraltro l'evoluzione giurisprudenziale nella seconda delle due eventualità ora cit. Laddove è stata ad esempio chiamata a valutare la legittimità dell'art. 13, l. n. 40 cit. nella parte in cui non consentiva di accertare se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna ammessa alla procedura di inseminazione assistita fossero o meno affetti da malattie genetiche (di cui i potenziali genitori potessero appunto essere portatori): ciò neppure quando dall'omessa diagnosi sarebbe disceso un accertato pericolo grave ed attuale per la salute psico-fisica dell'aspirante madre. Se si considera che, in un primo momento, la Corte costituzionale aveva preferito dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 cit. per presunto contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost.<sup>71</sup>, per una parola definitiva sul punto

<sup>69</sup> Così, A. COLELLA, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (10 gennaio 2011); C. PIVIDORI, *A, B e C contro Irlanda (2010): aborto e tutela della salute della donna*, in <http://unipd-centrodirittiumani.it> (2011); D. TEGA, *Corte europea dei diritti: l'aborto tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno nel caso A, B e C contro Irlanda*, cit.

<sup>70</sup> ... laddove in particolare stabilisce che «Lo Stato riconosce il diritto alla vita del nascituro e, con il debito riguardo al pari diritto alla vita della madre, garantisce con le sue leggi il rispetto e, per quanto possibile, la tutela e l'azionabilità di tale diritto. Il presente paragrafo non pone limiti alla libertà di trasferimento dallo Stato in un altro Stato. Il presente paragrafo non pone limiti alla libertà di ottenere o di rendere disponibile nello Stato, nel rispetto delle condizioni fissate dalla legge, le informazioni relative ai servizi lecitamente disponibili in un altro Stato».

<sup>71</sup> A motivo della contraddizione in cui sarebbe incorso il Tribunale remittente «nel sollevare una questione volta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una specifica disposizione nella parte relativa ad una norma (il divieto di sottoporre l'embrione, prima dell'impianto, a diagnosi per l'accertamento di eventuali patologie) che, secondo l'impostazione della stessa ordinanza di rimessione, sarebbe [stato] però desumibile anche da altri articoli della stessa legge, non impugnati, nonché dall'interpretazione dell'intero testo legislativo 'alla luce dei suoi criteri ispiratori': cfr. ordinanza della Corte costituzionale n. 369/2006 su cui A. GILGIOTTI, *L'ordinanza della Corte costituzionale sul divieto di diagnosi preimpianto*, in [www.associazionedicostituzionalisti.it](http://www.associazionedicostituzionalisti.it) (29 novembre 2006); A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità conseguenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, in

si è dovuto quindi attendere fino alla pronuncia EDU sul *Costa e Pavan c. Italia* (28 agosto 2012)<sup>72</sup> perché la giurisprudenza ritornasse sulla delicata questione.

Dichiarando in contrasto con l'art. 8 cit. il divieto italiano di accesso alla diagnosi preimpianto imposto alle coppie affette da patologie geneticamente trasmissibili nel caso *Costa e Pavan c. Italia* cit., la sez. II non solo ha ammesso l'incoerenza sistematica di quest'ultimo rispetto alla successiva possibilità di accedere all'aborto di cui alla l. n. 194/1978, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, ma ha anche ritenuto non proporzionata l'interferenza così provocata dalla l. n. 40 cit. proprio al diritto al rispetto della vita familiare della coppia. Questo chiaramente perché il desiderio dei ricorrenti di accedere alla procreazione medicalmente assistita ed alla diagnosi cit. per avere un bambino che non fosse affetto da fibrosi cistica esattamente costituiva «a form of expression of their private and family life that fell within the scope of Article 8»<sup>73</sup>.

«Esclusa, in premessa, la possibilità della disapplicazione delle norme sospettate di incostituzionalità per contrasto con la CEDU<sup>74</sup> (...) e considerata la non praticabilità di una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme stesse, nel senso auspicato dai ricorrenti»<sup>75</sup>, nondimeno, la Consulta finiva comunque per riconoscere l'incostituzionalità degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, l. n. 40 cit. nella parte in cui non ammettevano il ricorso alle tecniche di procreazione assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, se rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 194

www.forumcostituzionale.it (17 novembre 2006); S. L. MORSIANI, "A buon intenditor poche parole", in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) (13 dicembre 2006); L. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1618 ss.

<sup>72</sup> In tal senso, A. PECORARIO, *A Strasburgo c'è un "Judge in the Town": analisi del caso Costa e Pavan contro Italia in materia di diagnosi genetica preimpianto*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (20 settembre 2012); A. VERRI, *Corte EDU e legge 40/2004: contrario all'art. 8 CEDU il divieto, per una coppia fertile portatrice sana di fibrosi cistica, di accedere alla diagnosi pre-impianto degli embrioni (ma il Governo fa ricorso alla Grande Chambre)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (29 novembre 2012) e A. VALLINI, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal Governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia*, *ivi*, (18 febbraio 2013).

<sup>73</sup> Sul punto, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 agosto 2012, sez. II, causa *Costa e Pavan c. Italia*, cit., par. 57 la quale – al successivo par. 66 – prosegue ritenendo che «The inconsistency in Italian law – prohibiting the implantation of only those embryos which were healthy, but authorising the abortion of fetuses which showed symptoms of the disease – left», d'altro canto, «the applicants only one choice, which brought anxiety and suffering: starting a pregnancy by natural means and terminating it if prenatal tests showed the foetus to have the disease».

<sup>74</sup> ... «anche malgrado la sopravvenuta decisione della Corte di Strasburgo del 28 agosto 2012 che, nell'omologo caso *Costa e Pavan contro Italia* [aveva] denunciato l'incoerenza del sistema legislativo italiano che [...] non [consentiva] alle coppie portatrici di patologie geneticamente trasmissibili di accedere alla P.M.A.»: in oggetto, sentenza della Corte costituzionale n. 96/2015 (punto 4 *cons. dir.*) su cui G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (11 giugno 2015); 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 [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it) (12 giugno 2015), 533 ss.; M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (28 giugno 2015); S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, *ivi*, 8 luglio 2015); I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, *ivi*, (4 novembre 2015); A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, p. 1 ss.; 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](http://Costituzionalismo.it), n. 2/2015, p. 1 ss.; C. NARDOCCI, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2016, p. 271 ss.

<sup>75</sup> Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 96 cit. (*ibidem*).

cit., accertate da apposite strutture pubbliche. Pronunzia, questa, a ruota poi inevitabilmente seguita da Corte cost. sent. n. 229/2015<sup>76</sup> laddove dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, *lett. b*), e 4 l. n. 40 cit. nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai suddetti criteri di gravità (oltre che accertate dalle apposite strutture citate).

Oltre al palese contrasto con l'art. 32 Cost.<sup>77</sup>, irreparabile sembrava difatti il *vulnus* arrecato pure all'art. 3 Cost. dall'indiscriminato divieto all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie – suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni – al punto da renderlo insuperabilmente irragionevole. Ciò evidentemente a motivo della «palese antinomia normativa» in cui pareva drammaticamente incorrere l'ordinamento italiano – già stata esattamente rilevata nel caso *Costa e Pavan*, cit. – laddove consentiva, «comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui [erano] portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali – quale consentita dall'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)»<sup>78</sup>.

Direttamente discendente dall'eventualità appena illustrata sembra, infine, la decisione della donna di donare gli embrioni comunque non impiantabili (perché non biopsabili ovvero malati) ad attività mediche diagnostiche e di ricerca scientifica connesse alla propria (trasmessa) patologia genetica. Rispetto alla quale ultima tuttavia, come quasi in un gioco delle parti, giudice EDU e costituzionale paiono scambiarsi quei ruoli rispettivamente ricoperti in tema di gestazione per altri: col primo a rimarcare, cioè, la necessità che gli embrioni umani non siano declassati al rango di mero bene economicamente e patrimonialmente disponibile; ed il secondo ad assumere invece un atteggiamento cautamente più possibilista in ordine alla «linea di composizione tra gli opposti interessi» attinente «all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Su cui A. PENTA, *Nota a Corte costituzionale sentenza 229/2015*, in [www.unicost.eu](http://www.unicost.eu) (21 ottobre 2015); G. BALDIN, F. GALLO, A. CALANDRINI, *Fecondazione assistita: cade il divieto assoluto di selezionare gli embrioni*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com) (12 novembre 2015); A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (21 dicembre 2015).

<sup>77</sup> ... giacché «il sistema normativo, cui [davano] luogo le disposizioni censurate, non [consentiva] (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire 'prima' alla donna una informazione che le [avrebbe permesso] di evitare di assumere 'dopo' una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute»: così, sentenza della Corte costituzionale n. 96 cit. (punto 9 *cons. dir.*, terzo cpv).

<sup>78</sup> ... allorquando, cioè, «dalle ormai normali indagini prenatali, [fossero], appunto accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che [determinassero] un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna»: in tal senso, sentenza della Corte costituzionale n. 96 cit. (punto 9 *cons. dir.*, secondo cpv).

<sup>79</sup> Sul punto, sentenza della Corte costituzionale n. 84/2016 (punto 11 *cons. in dir.*, primo cpv.) su cui, *ex plurimis*, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *Biolaw Journal*, n. 2/2016, p. 157 ss.; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scien-*



6. (Segue): *la connessa questione della donazione alla ricerca degli embrioni non impiantabili*

Sul desiderio espresso dalla ricorrente di contribuire, tramite le relative cellule staminali, allo studio di terapie per le malattie difficilmente curabili – nella specie donando alla ricerca scientifica, come si diceva, i propri embrioni creati *in vitro* – dopo aver inizialmente rinviato l'esame dei motivi di ricorso *ex artt.* 1 Prot. n. 1 alla Convenzione e 8 CEDU<sup>80</sup>, la Grande Camera dei giudici di Strasburgo, in *Parrillo c. Italia* (27 agosto 2015)<sup>81</sup> ha infine negato che vi fosse una violazione del diritto al rispetto della vita privata della donna ai sensi dell'art. 8 cit. Si è, cioè, ritenuto «che il Governo non [avesse] ecceduto l'ampio margine di discrezionalità di cui godeva nel caso di specie e che il divieto in questione fosse 'necessario in una società democratica' ai sensi dell'articolo 8 § 2 della Convenzione»<sup>82</sup>.

Sebbene la possibilità di esercitare una scelta consapevole e meditata sul destino dei propri embrioni concernesse un aspetto intimo della vita personale necessariamente riguardante il diritto all'autodeterminazione della donna – a differenza di *S.H. e altri, Costa e Pavan* e *Knecht* precedentemente cit. – il caso di specie non concerneva un'eventuale genitorialità. Con la conseguenza che, «benché [fosse] naturalmente importante, il diritto invocato dalla ricorrente di donare gli embrioni alla ricerca scientifica non [era] uno dei diritti fondamentali tutelati dall'articolo 8 della Convenzione in quanto non riguarda[va] un aspetto particolarmente importante dell'esistenza e dell'identità della ricorrente»<sup>83</sup>. Accordato corrispondentemente allo Stato convenuto un ampio (ma, pur sempre, non illimitato<sup>84</sup>) margine di

ziati in nome della dignità dell'embrione, *ivi*, p. 171 ss.; M. P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, *ivi*, p. 183 ss.; V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, *ivi*, p. 197 ss.; S. PRISCO, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, *ivi*, p. 209 ss.; G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, *ivi*, p. 223 ss.; A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, *ivi*, p. 245 ss.; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, *ivi*, p. 253 ss. Cfr. pure E. CHEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (4 giugno 2016); V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (8 maggio 2016).

<sup>80</sup> In oggetto, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 maggio 2013, sez. II, causa *Parrillo c. Italia*.

<sup>81</sup> Cfr. L. POLI, *La sentenza Parrillo c. Italia e quello che la Corte (non) dice sullo status dell'embrione*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org) (22 settembre 2015); M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (29 settembre 2015); V. TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (30 settembre 2015).

<sup>82</sup> Così, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 agosto 2015, Grande Camera, causa *Parrillo c. Italia*, cit., par. 196.

<sup>83</sup> In tal senso, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 agosto 2015, Grande Camera, causa *Parrillo c. Italia*, cit., parr., rispettivamente, 159 e 174.

<sup>84</sup> ... spettando alla Corte il compito di «esaminare gli argomenti di cui [aveva] tenuto conto il legislatore nel pervenire alle soluzioni che [aveva] ritenuto, e determinare se [fosse] stato trovato un giusto equilibrio tra gli interessi dello Stato e quelli delle persone direttamente interessate dalle soluzioni in questione»: sul punto, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 agosto 2015, Grande Camera, causa *Parrillo c. Italia*, cit., par. 182.

discrezionalità<sup>85</sup>, a favore delle autorità interne ne discendeva piuttosto un considerevole spazio di manovra «nel promulgare una legislazione restrittiva qualora [fosse] in gioco la soppressione di embrioni umani, tenuto conto, *inter alia*, delle questioni etiche e morali inerenti al concetto dell'inizio della vita umana e della pluralità di opinioni esistenti in materia nei diversi Stati membri»<sup>86</sup>.

Non si dimentichi, infine, come la Corte europea dei diritti dell'uomo – rilevato come le parti esibissero opinioni diametralmente opposte in ordine allo *status* dell'embrione umano *in vitro* – in quanto incompatibile *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione avesse già rigettato quella parte del ricorso che riteneva applicabile nel caso di specie l'art. 1, Prot. n. 1 alla CEDU. Questo in virtù del fatto che, «vista la portata economica e patrimoniale di tale articolo, gli embrioni umani non [potevano] essere ridotti a 'beni' ai sensi di tale disposizione»<sup>87</sup>. A tale ultimo assunto tra gli altri si è, quindi, espressamente rifatto il Tribunale costituzionale quando, con sent. n. 84 cit., è stato chiamato a pronunciarsi sull'eccezione di legittimità dell'art. 13, commi 1, 2 e 3, l. n. 40, cit. – per presunto contrasto con gli artt. 2, 3 (sotto il profilo della ragionevolezza), 9, 13, 31, 32 e 33, comma 1, Cost. – nella parte in cui imponevano un divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risultasse finalizzata alla tutela dello stesso.

Premesso che, così sollevata, la questione «rimanda[va] al conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione»<sup>88</sup>, anche la Corte costituzionale ha dovuto preliminarmente ammettere come fosse «proseguito, in termini di sempre più accentuata divaricazione, il dibattito – in ambito scientifico e giuridico, oltreché nel più ampio contesto della società civile – sulla stessa ragionevolezza o meno della correlazione» tra tutela dell'embrione e ricerca scientifica<sup>89</sup>.

Parzialmente distinguendosi dalla pregressa affermazione dei giudici di Strasburgo in ordine alla natura dell'embrione, tuttavia, la Consulta assiomaticamente non esclude che «una diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione, auspicata dal rimettente, di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica» potrebbe comunque introdursi nel tessuto normativo: non già «per via di un intervento additivo da parte di questa Corte (come quello che si richiede dal Tribunale *a*

<sup>85</sup> In oggetto, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 agosto 2015, Grande Camera, causa *Parrillo c. Italia*, cit., par. 175.

<sup>86</sup> Cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 agosto 2015, Grande Camera, causa *Parrillo c. Italia*, cit., par. 180. Ciò era tanto più vero alla luce della considerazione «che, nel corso della procedura di elaborazione della legge in questione, il legislatore aveva già tenuto conto dei differenti interessi in gioco, in particolare dell'interesse dello Stato di tutelare l'embrione e di quello delle persone interessate di esercitare il loro diritto all'autodeterminazione individuale mediante la donazione dei loro embrioni alla ricerca»: così, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 agosto 2015, Grande Camera, causa *Parrillo c. Italia*, cit., par. 187.

<sup>87</sup> In tal senso, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 agosto 2015, Grande Camera, causa *Parrillo c. Italia*, cit., par. 214.

<sup>88</sup> ... «in ordine alla cui soluzione i giuristi, gli scienziati e la stessa società civile [erano] profondamente divisi»: sul punto, sentenza della Corte costituzionale n. 84 cit. (punto 8.1 *cons. dir.*, primo cpv). «Ed anche le legislazioni, i comitati etici e le commissioni speciali dei molti Paesi che hanno affrontato il problema, approfondendone le implicazioni, sono ben lungi dall'essere pervenuti a risultati su cui converga un generale consenso» (*ibidem*, secondo cpv).

<sup>89</sup> In oggetto, sentenza della Corte costituzionale n. 84 cit. (punto 10 *cons. dir.*, secondo cpv).

quo), stante il carattere non ‘a rima obbligata’ di un tale intervento»<sup>90</sup> bensì mediante un nuovo intervento legislativo in materia. Né potrebbe d’altro canto ritenersi diversamente se sol si pensi che quella recata dalla normativa impugnata tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell’embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica, già sul piano dell’an, rappresenta un’opzione «così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea»<sup>91</sup>, da non poter essere attribuita se non al legislatore per la «così elevata discrezionalità» ed «i profili assiologici che la connotano»<sup>92</sup>.

Ma pure passando al differente versante del *quomodo*, di profili non poco problematici per il Parlamento non può dirsi che ne mancherebbero. Dall’utilizzazione a fini di ricerca dei soli embrioni affetti da malattia (e da quali malattie)<sup>93</sup> alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione passando attraverso l’eventualità (e la determinazione della durata) di un previo periodo di crioconservazione<sup>94</sup> nonché le cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui unicamente al legislatore competerebbe, infatti, la valutazione di opportunità (sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale)<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 84 cit. (punto 11 *cons. dir.*, quarto cpv). Sul punto, *ex multis*, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna 1978, p. 84 e ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, p. 402 ss. (contra, L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre ’81-luglio ’85)*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 313 s. e R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, p. 89, ma v. *passim*). Ciò evidentemente giacché «il differente bilanciamento dei valori in conflitto, che attraverso l’incidente di costituzionalità si vorrebbe sovrapporre a quello presidiato dalla normativa scrutinata, non potrebbe, infatti, non attraversare (e misurarsi con) una serie di molteplici opzioni intermedie, che resterebbero, anch’esse, inevitabilmente riservate al legislatore» (*ibidem*, quinto cpv).

<sup>91</sup> Così, sentenza della Corte costituzionale n. 84 cit. (*ibidem*, primo cpv).

<sup>92</sup> In tal senso, sentenza della Corte costituzionale n. 84 cit. (*ibidem*, terzo cpv).

<sup>93</sup> ... ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”.

<sup>94</sup> ... e l’opportunità o meno, dopo tali periodi, di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di sua destinazione alla sperimentazione.

<sup>95</sup> Sul punto, sentenza della Corte costituzionale n. 84 cit. (*ibidem*, sesto cpv).