



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2015 FASC. II

(ESTRATTO)

ELENA MALFATTI

**LA CORTE SI PRONUNCIA NUOVAMENTE SULLA
PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA:
UNA DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ ANNUNCIATA
MA FORSE NON “SCONTATA” NÉ (DEL TUTTO) CONDIVISIBILE**

12 GIUGNO 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Elena Malfatti

La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non “scontata” né (del tutto) condivisibile

Con la [pronuncia n. 96/2015](#) la Corte costituzionale interviene per la terza volta in questi anni, in modo importante, sulla legge n. 40/2004, dando seguito agli interventi demolitori - già messi in campo sul fronte della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA) - con le note sentt. nn. [151/2009](#) e [162/2014](#).

Che la decisione fosse nel senso dell'accoglimento, per di più additivo, si poteva facilmente presagire dal comunicato stampa diramato dagli Uffici della Corte all'indomani della camera di consiglio del 14 maggio scorso (che ha preceduto di tre settimane esatte il deposito della motivazione), un comunicato dal testo pressoché identico al dispositivo della sentenza in commento. Ciò che invece sorprende è il tenore delle argomentazioni portate dalla Corte a sostegno della dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 1 (commi 1 e 2) e 4 (comma 1) della legge censurata, nella parte in cui, fino ad oggi, non hanno consentito il ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale – e dunque alla diagnosi c.d. preimpianto - alle coppie fertili ma portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili (aprendo in tal modo un complesso e non trascurabile filone giurisprudenziale, a fronte di numerose richieste di intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria).

Anzitutto, per “quantità”, la parte motiva della decisione in esame appare assai scarna, in controtendenza rispetto a quelle decisioni che nel passato recente, hanno risolto questioni relative ai diritti fondamentali della persona strettamente connesse ad interventi i quali fossero già stati posti in essere, nella stessa materia, dalla Corte europea di Strasburgo. Stride, ad esempio, il contrasto con la [sent. n. 49/2015](#), già molto commentata in dottrina, che da ultimo ha consentito alla Corte di esprimere una posizione decisamente elaborata, pur culminante in una pronuncia di inammissibilità, sul tema dell'interpretazione della giurisprudenza Cedu ai fini della sua applicazione [a partire dal problema dell'inflizione di una sanzione “penale” (nel caso, la confisca) ad una persona assolta o comunque senza il conforto di una sentenza che ne avesse affermato la responsabilità penale, affrontato dalla Corte Edu con riferimento al ricorso individuale [Varvara c. Italia nel 2013](#)]. E non si pensi che l'argomentare stringato prediletto stavolta possa in qualche modo spiegarsi con il volersi porre in continuità, la [sent. n. 96/2015](#) rispetto alla precedente, dato che la [sent. n. 49/2015](#) non viene neppure menzionata, pur avendo essa assunto immediatamente un rilievo generale, ben oltre la vicenda specifica, come autorevoli studiosi hanno con prontezza evidenziato.

Per lo stile, poi, l'odierna pronuncia appare a dir poco singolare, se si tiene conto che il *Considerato in diritto* è ritagliato e confinato, in buona sostanza, nell'ultima parte della motivazione, i punti del medesimo da *1 a 5 compreso* riprendendo - a guardar bene – tutti i rilievi del giudice rimettente (neppure una sentenza altrettanto recente, delicatissima e discussa quale la [sent. n. 70/2015](#), che come si sa ha affondato la scure sul blocco dell'indicizzazione dei trattamenti previdenziali e che, anche a limitarsi al piano processuale, sembra porre più di un problema sul piano dello sviluppo del ragionamento e delle tecniche di giudizio adottate dalla Corte, presenta in definitiva un andamento della motivazione tanto curioso).

Ma anche in “qualità” la [sent. n. 96/2015](#) spiazza un poco, condensando la Corte in pochi passaggi le considerazioni in ordine a rilevanza e merito della questione sollevata, quasi a ricondurle nel solco della propria giurisprudenza in ordine – rispettivamente – al trattamento da riservare alle norme di legge interne che appaiano incompatibili con quelle convenzionali, e al proprio potere-dovere di porre rimedio alla irragionevolezza del divieto assoluto di ricorrere alla PMA per le coppie affette (o portatrici sane) da patologie genetiche ereditarie. Così facendo, la Corte pare aver perso la preziosa occasione di affrontare in profondità un nodo concettuale finora non dipanato, ovvero quello della forza da riconoscere alle sentenze di condanna, pur variamente gradate, che giungano da Strasburgo al nostro Paese, e conseguentemente del ruolo che può in questo senso esercitare l'operatore giuridico; sia esso il soggetto dell'amministrazione implicata, sia esso il giudice comune, allo scopo di adottare misure individuali dirette a porre concretamente fine alla violazione accertata.

Chi scrive ha tentato di affrontare *funditus* il problema in un contributo più ampio che è in corso di pubblicazione nella raccolta di Scritti in onore di Gaetano Silvestri, ma ritiene di poter sinteticamente osservare, in primo luogo, che solo apparentemente ha contribuito all'impostazione metodologica di tale quesito l'importante [sent. n. 210/2013](#) allorché, prendendo le mosse dalla non meno conosciuta vicenda [Scoppola c. Italia del 2009](#), essa è infatti venuta indicando un *modus operandi* – *transitare attraverso l'incidente di costituzionalità* – adeguato al caso in cui dalla Corte europea fosse giunta la richiesta di adozione di misure generali a livello nazionale; in mancanza (e in attesa) delle quali ci si doveva porre la questione del trattamento da riservare a coloro che si trovassero in una situazione identica al soggetto vittorioso a Strasburgo, e tuttavia non potessero vantare una specifica sentenza di condanna a fronte della quale chiedere il ripristino di un proprio diritto leso tramite l'applicazione di una norma sostanziale. Ma l'orizzonte del discorso è in realtà stato circoscritto alle ipotesi in cui vertenze processuali pendessero nella fase di "esecuzione", ovvero in una fase in cui si fosse chiesto ad un giudice, pur diverso da quello che aveva pronunciato la sentenza definitiva all'origine del ricorso a Strasburgo, una rivalutazione della propria situazione, altrimenti coperta dal provvedimento passato in giudicato.

Questo stesso tipo di ragionamento – che ha implicato il coinvolgimento della Corte costituzionale – non doveva quindi venire necessariamente esteso (almeno sul piano logico, e prima della [sent. n. 96/2015](#)) ai casi come quello alla base dell'odierno giudizio in via incidentale, ovvero a fattispecie che viceversa risultassero – nel momento in cui è intervenuta la Corte europea – ancora *sub iudice*, o addirittura in uno stadio prodromico rispetto a quello della pendenza in giudizio; casi che richiederebbero pertanto, nello stesso giudizio comune e nella sua fase di cognizione, o persino in sede cautelare, l'applicazione della medesima normativa già censurata a Strasburgo. E ancora, bisognava chiedersi che fare nel caso in cui gli stessi ricorrenti vittoriosi a Strasburgo interpellassero *per la prima volta* l'autorità amministrativa o giudiziaria nazionale. Sono tutte ipotesi in cui non c'è evidentemente alcun giudicato interno che possa costituire ostacolo all'attività di conformazione al *dictum* europeo, quel preciso ostacolo che invece le sezioni unite penali della Corte di cassazione avevano rivenuto alla base dell'ordinanza di rimessione che ha poi consentito alla Corte costituzionale di intervenire con la [sent. n. 210/2013](#).

Che la Corte di cassazione avesse specificamente bisogno di ricevere dalla Corte costituzionale un chiarimento in ordine a quale fosse il più coerente meccanismo di aggressione di un giudicato penale, in sede di incidente di esecuzione, è risultato piuttosto chiaro dai successivi interventi delle sezioni unite, in particolare dalla sent. 7 maggio 2014, n. 18821 (caso Ercolano), nella quale la Suprema Corte ha lasciato intendere che il sistema della Convenzione, in particolare l'art. 46 Cedu possa divenire – nelle altre e differenti ipotesi – fonte di un'attività ben più pregnante da parte dei giudici comuni, per risolvere direttamente una criticità sistemica individuata dalla Corte di Strasburgo. A tacere qui di più approfondite riflessioni che potrebbero trarsi da questo intervento delle sezioni unite, preme rilevare che sembrerebbe in ogni caso essersi aperto un varco in sede giurisprudenziale, per condurre alle più coerenti conseguenze, su scala generale, le sentenze di condanna dell'Italia in sede europea a fronte di una normativa inadeguata alle esigenze di effettività di tutela dei diritti contemplati nella Cedu; a meno che non sia proprio lo specifico intervento di condanna a Strasburgo del nostro Paese a mettere in crisi il primato della Costituzione sulla Convenzione, primato riconfermato dalla giurisprudenza anche recentissima dei Giudici della Consulta (all'idea di un «predominio assiologico» accede la [sent. n. 49/2015](#)), senza che possa pertanto operarsi una resezione della Carta fondamentale che lasci indenni i soli principi supremi, come accade invece da tanto tempo nei rapporti con l'ordinamento "eurounitario".

In questo senso, e vengo a una seconda osservazione, pare condivisibile il metodo adoperato dal Tribunale di Roma, richiesto di intervenire dalla coppia di coniugi Costa e Pavan, vittoriosa a [Strasburgo nel 2012](#) (e mai rivoltasi in precedenza ad un giudice per chiedere di applicare una disciplina che chiaramente li escludeva dall'accesso alla PMA), allorché la Corte europea ha stigmatizzato fortissimamente (e forse opinabilmente, spiegherò perché) la nostra legislazione di settore, che sarebbe risultata caratterizzata da un'incoerenza di fondo: da un lato essa vietando la

diagnosi e quindi l'impianto in utero dei soli embrioni sani, dall'altro lato però autorizzando in via generale (e quindi anche i ricorrenti che lo avessero chiesto) ad abortire il feto che fosse poi risultato affetto da quella stessa patologia di cui i ricorrenti risultavano portatori sani. Ebbene il Tribunale, pur con notazioni non del tutto perspicue, ha ritenuto che l'unico vaglio che esso era chiamato a compiere fosse appunto quello di valutare la conformità del principio applicabile secondo la Corte europea all'ordinamento costituzionale italiano. Vaglio che ha dato poi esito positivo, ponendosi il divieto di accesso alla PMA per le coppie fertili e al contempo trasmettitori potenziali di gravi malattie – già risultato non in linea con la Convenzione - in totale dissonanza con il diritto alla salute consacrato nella nostra Carta fondamentale; sembrando accedere il Tribunale di Roma, infine, all'idea di un'applicazione diretta della decisione europea, avendo superato quest'ultima l'esame di (non in)costituzionalità, a scapito della legge nazionale.

Così, in definitiva, si è proceduto – da parte del giudice comune - non tanto ad un tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme della legge n. 40/2004 (di fatto reso impraticabile dalla intervenuta pronuncia della Corte di Strasburgo), ma piuttosto a sottoporre al *test* dell'interpretazione costituzionalmente conforme quanto acclarato in sede europea; e la decisione interna del Tribunale di Roma è divenuta strumento di una peculiare tutela diffusa del diritto fondamentale riconosciuto a livello sovranazionale. E' stato tuttavia lo stesso Tribunale, in diversa composizione monocratica, a non aver voluto rinunciare a implicare nel "seguito" alla condanna di Strasburgo la Corte costituzionale, dandole lo spazio della decisione qui in commento, su impulso di altre coppie versanti in situazione "omologa" (secondo l'espressione adoperata, come dirò subito, dalla [sent. n. 96/2015](#)) a Costa e Pavan. Recuperando il limite tradizionale (*rectius*: impostato fin dalle sentenze c.d. gemelle nn. [348](#) e [349/2007](#)) cui andrebbe incontro l'interpretazione convenzionalmente conforme, ossia il tenore letterale – ed effettivamente ben poco sfumato sul punto - della legge 40, che non si presterebbe ad alcun adattamento in via ermeneutica, il Tribunale romano non ha riconosciuto a se stesso la possibilità di declinare in modo inedito il canone dell'interpretazione conforme sulla scorta di un puntuale intervento della Corte europea; marginalizzando invece quest'ultimo e appiattendolo viceversa il proprio ragionamento sugli sviluppi del percorso giurisprudenziale della Corte Costituzionale sui rapporti tra norme interne e Convenzione (in genere).

E sul medesimo binario tracciato dal giudice *a quo* sembra ricollocarsi, sostanzialmente, la [sent. n. 96/2015](#). Con fraseggio stringato, la Corte richiama la pronuncia [Costa e Pavan c. Italia](#) quasi *incidenter tantum*, e lo fa riferendosi al profilo di tale decisione che risultava a mio avviso più debole. Ovvero, la Corte costituzionale non si misura con il fatto in sé che la Corte di Strasburgo sia intervenuta in un caso identico ("omologo"), dunque dovendosi chiarire quali spazi di intervento questo potesse aprire al giudice comune, e come ciò si riflettesse conseguentemente sui rapporti con il giudizio costituzionale; ma, piuttosto, rievocando la denunciata incoerenza del sistema legislativo italiano, con un ragionamento della Corte europea che però provava troppo: perché, volendo esso evitare un paradosso nel caso di specie (diagnosi preimpianto dell'embrione no, diagnosi post-impianto sì, e quindi eventuale interruzione della gravidanza in presenza di feto malformato), rischiava in realtà di produrre esiti ancor più paradossali, avallando implicitamente le richieste di accesso alla PMA da parte di qualsiasi coppia fertile che ravvisasse l'esigenza di uno *screening* anticipato sul prodotto del (o meglio, di quello che potrebbe essere altrimenti il) proprio concepimento. Come negare infatti, a fronte di tali ulteriori eventuali istanze, il medesimo profilo di incoerenza tra legge 40/2004 e legge 194/1978? Ché, forse, si potrebbe argomentare, le sofferenze psicologiche prodotte dall'esito negativo dell'esame del DNA del feto che una donna qualunque porta in grembo sono inferiori, o meritevoli di minor considerazione, rispetto a quelle di cui deve farsi carico una donna portatrice di malattie genetiche? La risposta credo sia, fatalmente, negativa, ripensando oltretutto al fatto che il Governo italiano, nel tentare di difendere la legge 40 dal giudizio della Corte europea, si era riferito proprio all'esigenza di proteggere «la santé de «l'enfant» et de la femme».

E' evidente dunque che, così argomentando, la Corte europea avrebbe potuto condurre l'esperienza italiana, in questo ambito, su di un pericoloso piano inclinato, alimentando numerose

richieste di una “protezione” anticipata della salute tramite PMA; pare altrettanto evidente, ma non molti in dottrina sembrano averlo notato, che la sentenza *Costa e Pavan* fosse incorsa in un equivoco, ritenendo che vigesse, in Italia, un divieto generalizzato di diagnosi preimpianto (viceversa smontato attraverso vari interventi, prima dei giudici ordinari, poi di quello amministrativo, infine attraverso la riscrittura delle linee guida ministeriali in materia di PMA, riconoscendosi in tutte queste sedi come il divieto in questione non stesse nella legge ma sul livello delle norme secondarie). E proprio per stigmatizzare tale divieto la Corte di Strasburgo sembrava essersi risolta infine a condannare l’Italia, pur ordinando l’equa riparazione ai sensi dell’art. 41 Cedu, e senza viceversa chiedere, almeno espressamente, un nuovo intervento del legislatore o una modifica della prassi. Se avesse invece compreso l’apertura dell’ordinamento italiano, ormai avvenuta, alla diagnosi preimpianto per le coppie infertili, la Corte europea avrebbe probabilmente potuto mettere a fuoco la latitudine di questo peculiare diritto, e conseguentemente, forse, invitare il nostro Paese ad ulteriori aperture “mirate” della disciplina sulla PMA (che altro interesse può vantare, infatti, una coppia fertile, a ricorrevi, se non quello di poter chiedere, all’interno delle relative procedure, la diagnosi sullo stato di salute dell’embrione ottenuto *in vitro*?).

Da tale punto di vista, e soltanto da questo (quindi, sul piano del merito, ma non necessariamente su quello del metodo, sul quale tornerò in conclusione), ritengo si debba salutare con favore l’intervento attuale della Corte costituzionale; esso suona infatti non soltanto come dichiarazione di illegittimità della legge 40 nella parte in cui preclude il ricorso alla PMA alle coppie portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili, ma (a mio avviso, soprattutto) come invito al legislatore ad auspicabilmente individuare, anche periodicamente sulla base della evoluzione tecnico-scientifica, le patologie (e le correlative procedure di accertamento) che possano giustificare l’accesso alla PMA di coppie fertili. Forse, evocandosi la discrezionalità delle scelte del legislatore, si poteva puntare più in alto, facendo più ampiamente riferimento alle “situazioni” (piuttosto che alle “patologie”) meritevoli di tale forma di tutela: giacché se si continua ad avallare (come ha fatto la nostra Corte) l’idea di un’irragionevolezza, dunque di un’incoerenza tra le leggi che campeggiano in materia, ricalcando in tal modo il ragionamento già imbastito a Strasburgo (pur richiamato, apparentemente, solo *ad adiuvandum*, collocandosi la chiave di lettura della Corte nell’alveo dell’art. 3 Cost.) per giungere *sic et simpliciter* a ritenere violato il diritto fondamentale garantito dall’art. 32 Cost., non possiamo escludere che, in futuro, appunto coppie con altre caratteristiche – magari semplicemente un po’ in là con gli anni (e dunque “statisticamente” a rischio di produrre embrioni malformati), oppure soggette ad una particolare esposizione ambientale – vengano a lamentare un *vulnus*, o comunque un pericolo alla salute fisica e psichica femminile derivante dall’esclusione, *a fortiori*, dalle tecniche di PMA (e pertanto dalla possibilità di chiedere l’individuazione del cariotipo per accertare l’assenza delle alterazioni genetiche più frequentemente riscontrabili, come si può fare invece con la diagnosi prenatale). E la giurisdizione nel suo complesso (o addirittura l’amministrazione, attraverso le strutture abilitate ad effettuare la PMA, che risultino investite di nuove richieste) si ritroverà inevitabilmente in prima linea, nel tentare di fornire risposte a casi diversi da quelli per i quali la Corte costituzionale, sulla scorta della giurisprudenza europea, ha ormai impostato la soluzione.

Il compito del Parlamento italiano quindi doveva (ma potrebbe ancora) risultare meno circoscritto di quanto non appaia da una prima lettura della pronuncia qui in esame, una volta di più appalesandosi l’insufficienza dell’orizzonte progettuale nel quale ci si è mossi nel 2004, per restituire viceversa, ad una materia così sensibile (non frammenti normativi già usciti, in sostanza, dalla “bocca” delle Corti, ma) una cornice espressiva anche di un movimento, di un’apertura culturale, di nuove consapevolezza acquisite.

Un’ultima riflessione sul metodo della [sent. n. 96/2015](#). In attesa di una risposta (se verrà) sul piano della legislazione, i Giudici della Consulta sembrerebbero nel frattempo con difficoltà tenere insieme i “pezzi” della propria giurisprudenza, risolvendo la denunziata carenza di previsioni della legge 40 esclusivamente (almeno dal punto di vista formale) come problema di diritto interno (la censura relativa all’art. 117 Cost. risulta infatti infine assorbita), e dimenticando come poche settimane addietro essi stessi avessero offerto spunti – con una complicata costruzione, dagli esiti non

limpidi - che in teoria avrebbero potuto spronarla nella direzione di chiarire una volta per tutte il significato del vincolo di recepimento, per l'ordinamento italiano, di quanto stabilito a Strasburgo. Ma, lo accennavo inizialmente, la [sent. n. 49/2015](#) “non è pervenuta“, nonostante contenesse oscillazioni vistose – al netto dei numerosi richiami a ulteriori antecedenti affermazioni della Corte, allusive al tema - tra la prospettiva dell'allentamento del vincolo medesimo [«sarebbe errato ritenere che la Cedu abbia reso gli operatori giuridici nazionali (...) passivi recettori di un comando esegetico impartito altrove nella forma della pronuncia giurisdizionale»], e quello invece – se è vero che una doppia negazione afferma - di un suo più chiaro riconoscimento [è (...) solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»].

A meno che non siano stati proprio la consapevolezza di queste oscillazioni, dello “strabismo” delle proprie indicazioni, di alcuni perduranti contrasti - forse - nelle posizioni interne al Collegio, come pure il timore di riconoscere un ruolo da protagonista al giudice comune, nel “tempo” successivo ad una condanna europea, ad avere suggerito alla Corte una sorta di nuovo agnosticismo, rifugiandosi nel porto sicuro dei principi fondamentali della Carta repubblicana; c'era tra l'altro, da questo punto di vista, il precedente della [sent. n. 278/2013](#) in materia di adozione la quale, pur dopo la pronuncia a Strasburgo [Godelli c. Italia del 2012](#) che aveva chiaramente dichiarato violata la Convenzione da parte del nostro Paese, aveva prediletto un approccio tutto interno alla questione di legittimità del diritto negato a conoscere le proprie origini biologiche. E allora la Corte potrebbe aver preferito rinunciare al rigore dell'argomentazione, “annacquare” la forma dell'emanando provvedimento, per salvare una sostanza che premeva: rimanere essa saldamente collocata “al centro”, sul crocevia degli operatori del diritto (amministrativi, giudiziari, finanche politici) chiamati a dar seguito alle pronunce di Strasburgo.