



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN
Diritto pubblico-Diritto urbanistico e dell'ambiente

CICLO XXIX

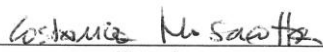
COORDINATORE Prof. Leonardo Ferrara

La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte edu alla prova di questioni eticamente controverse

Settore Scientifico Disciplinare IUS/08

Dottorando


Dott.ssa Masciotta Costanza



(firma)

Tutore


Prof. Donati Filippo



(firma)

Coordinatore

Prof. Ferrara Leonardo



(firma)

Anni 2013/2016

*La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte edu alla prova di
questioni eticamente controverse*

INDICE

PREMESSA

Capitolo I

*L'impatto del fattore scientifico e dell'evoluzione sociale sulle tecniche di giudizio
impiegate a Roma ed a Strasburgo* 7

1.1. Delimitazione *ratione materiae* dell'oggetto della ricerca: alcuni temi "sensibili" al
vaglio delle due Corti. 7

1.2. Approccio giurisprudenziale come fondamento dell'indagine..... 11

1.3. Giudizio di legittimità costituzionale e vincoli derivanti dalla Convenzione. 13

1.4 La decisione del giudice, non solo diritto: la componente morale, sociale e scientifica
nella risoluzione di questioni eticamente controverse 18

1.5. Il valore della dignità umana: un faro nell'ombra dei temi sensibili? 21

1.6. Tecniche di giudizio impiegate dal Giudice delle Leggi: il bilanciamento dei diritti e
l'uso della comparazione giuridica per rafforzare la *ratio decidendi* dinanzi a temi
sensibili..... 23

1.7. La giurisprudenza di Strasburgo e l'impiego della Convenzione come "*living
instrument*". 29

1.8. Il giudice della Convenzione dinanzi a temi eticamente controversi: *self restraint* o
Corte interventista? 33

Capitolo II

Procreazione medicalmente assistita 36

Parte Prima

La progressiva demolizione giurisprudenziale della legge n. 40/2004. 36

2.1. La legge sulla procreazione medicalmente assistita ed il tentativo di svolgere un
ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco. 36

2.2. Uno sguardo agli ordinamenti europei in materia di procreazione assistita: l'isolamento del contesto italiano e il fallimento della vicenda referendaria	41
2.3. Cade il primo divieto della legge n. 40: una importante decisione della Corte costituzionale forse non così <i>tranchant</i> come potrebbe apparire <i>prima facie</i>	47
2.4. Il caso <i>Costa e Pavan contro Italia</i> e l'interventismo "bifronte" della Corte edu	53
2.5. L'immediata risposta del giudice nazionale alla coppia vittoriosa a Strasburgo: diretta esecuzione della Cedu e mancata rimessione della questione di legittimità costituzionale	61
2.6. Il divieto di accesso alla diagnosi pre-impianto giunge infine al vaglio della Consulta: un'ulteriore declaratoria di incostituzionalità della legge n. 40.	65

Parte seconda

<i>La donazione di gameti</i>	71
2.7. La legislazione nazionale e le diverse soluzioni adottate negli ordinamenti europei in tema di fecondazione "eterologa"	71
2.8. L'iniziale attivismo del giudice della Convenzione attraverso un'interpretazione restrittiva del principio di non discriminazione <i>ex art. 14 Cedu</i>	78
2.9. La <i>Grande Chambre</i> fa un passo avanti ed uno indietro	84
2.10. La restituzione degli atti ai giudici <i>a quibus</i> in seguito alla sentenza della Grande Camera: la Corte Costituzionale apre le porte a Strasburgo?	89
2.11. La svolta interventista del Giudice delle Leggi sul divieto di eterologa	93
2.12. Il più recente esempio di allineamento tra Corti: una convergenza funzionale al <i>self restraint</i>	105

Capitolo III

<i>La tutela giuridica delle unioni tra persone dello stesso sesso</i>	118
3.1. Il "silenzio eloquente" protratto dal legislatore italiano e la scure delle due Corti, costituzionale e convenzionale.	118
3.2. La Consulta interpreta evolutivamente l'art. 2 Cost. ma resta ancorata ad un'interpretazione "originalista" dell'art. 29 Cost.	125

3.3. La decisione <i>Schalk</i> estende la nozione di “vita familiare” ma prevale il margine di apprezzamento statale sulla questione matrimoniale.....	134
3.4. L’incertezza del panorama giurisprudenziale italiano e l’ulteriore “monito costituzionale”..	139
3.5. Il caso <i>Oliari</i> e l’incisiva condanna del legislatore italiano per inosservanza dei moniti costituzionali.....	147
3.6. L’attuale disciplina delle “unioni civili”: una legge costituzionalmente e convenzionalmente necessaria.....	153

Capitolo IV

<i>Considerazioni conclusive</i>	160
4.1. Una riflessione sulla tenuta del rapporto fra Corti dinanzi a temi sensibili.	160
4.2. Corte costituzionale e Corte edu tra attivismo e tratti di incoerenza nel <i>decisum</i>	165
4.3. Strumenti atti ad essere impiegati dinanzi all’inerzia protratta dal legislatore.....	176
4.4. Tecniche di giudizio volte a garantire la coerenza del <i>decisum</i> convenzionale ed il rispetto del margine di apprezzamento statale.	181
4.5. Verso quale Stato costituzionale muovono le dinamiche ordinamentali?	182

BIBLIOGRAFIA

<i>Parte generale</i>	184
<i>Parte speciale</i>	191

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE	215
---	-----

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE	220
--	-----

PREMESSA

Il presente contributo si incentra sulla disamina delle tecniche di giudizio impiegate dalla Corte costituzionale, in ambito interno, e dalla Corte edu, a livello convenzionale, in riferimento ad alcune tematiche “sensibili”, suscettibili di alimentare un vivace dibattito non solo giuridico, ma anche sociale, morale, culturale e politico, tali da impegnare la coscienza collettiva oltretutto individuale.

Si tratta di questioni involgenti il più profondo sentire della persona, in stretta correlazione con la concezione etica e religiosa della vita e delle relazioni affettive, questioni dotate di una rilevante attitudine alla trasversalità, al crocevia tra etica, scienza e diritto, nonché tra diritto e società civile.

Partendo dall’analisi delle tecniche di giudizio impiegate a Roma e a Strasburgo, l’obiettivo sarà quello di individuare i tratti qualificanti la tutela offerta dai due sistemi di garanzia in ambiti eticamente sensibili e, nondimeno, verificare quale sia il rispettivo tasso di “creatività” in rapporto alla sfera di discrezionalità politica riservata al legislatore. L’analisi porterà inevitabilmente anche a valutare l’andamento dei rapporti fra le due Corti, onde verificare se sussista una relazione dialogica di interazione reciproca o, piuttosto, prevalgano i profili di frizione.

Per affrontare tali interrogativi è opportuno verificare se la tradizionale dicotomia tra tutela convenzionale casistica e tutela costituzionale sistemica¹, riconducibile alla natura originaria con la quale sono stati concepiti i due sistemi di giustizia, sia oggi ancora valida dinanzi all’evoluzione giurisprudenziale e alla trasformazione delle dinamiche di interazione tra ordinamento giuridico nazionale e sistema Cedu.

Emblematico, dal punto di vista procedurale, il sempre crescente impatto inter-ordinamentale riconosciuto alle decisioni di Strasburgo² e l’impiego frequente di “*arrêt pilote*” in caso di violazioni di sistema. Guardando alle tecniche di giudizio, il bilanciamento tra interessi parimenti meritevoli di tutela è divenuto lo strumento

¹ Si parla di tutela convenzionale “parcellizzata” e tutela costituzionale “sistemica” in Corte costituzionale, n. 264/2012, con nota di C. PINELLI, “*Valutazione sistemica*” versus “*valutazione parcellizzata*”: un paragone con la Corte di Strasburgo, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2012, pg. 4228-4232. Già in precedenza la Corte costituzionale aveva sostenuto che «alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea», sentenza n. 317 del 2009, in tal sede, però, la distinzione di ruoli e di compiti si riferiva ai giudici di Strasburgo e alle autorità nazionali, compreso il legislatore.

² Sugli effetti delle sentenze della Corte edu nel nostro ordinamento giuridico cfr. B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo: effetti ed esecuzione nell’ordinamento italiano*, in N. ZANON, *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006, pg. 295 ss.

privilegiato da entrambe le Corti nella risoluzione delle questioni controverse, cui si accompagna nella giurisprudenza convenzionale un consistente ampliamento del novero delle situazioni soggettive suscettibili di tutela, attraverso una lettura evolutiva della Convenzione. In tal senso è significativa la giurisprudenza di Strasburgo in riferimento al diritto al rispetto della vita privata e familiare e l'evoluzione che l'art. 8 Cedu ha subito nell'interpretazione dei giudici, fino a ricomprendere interessi non direttamente tutelati dalla Cedu, lontani dall'*intentio* originaria dei suoi estensori. Questi sono tutti esempi di quanto la tutela offerta dalla Corte edu finisca per superare gli angusti confini del caso singolo per assumere una più ampia portata³.

Sorge, quindi, spontaneo domandarsi se in materie sensibili, là dove manca un *consensus* convenzionale in ordine alla meritevolezza di certe posizioni soggettive, i giudici di Strasburgo possano perpetrare quell'atteggiamento interventista che ha caratterizzato la tutela dei diritti "tradizionali" della persona e quale sia il grado di innovatività della giurisprudenza convenzionale in tali ambiti.

Ad un tempo l'indagine mira a valutare il ruolo assunto dalla Corte costituzionale dinanzi a questioni particolarmente divisive nella società civile che, come tali, dovrebbero costituire le sedi privilegiate della dialettica parlamentare: il Giudice delle Leggi si mantiene entro gli argini di quel *self restraint* che connota il tradizionale ruolo di "potere neutro" del giudice costituzionale o, piuttosto, muove verso un'accentuazione del proprio potere "normativo"?

Il rapporto tra giurisprudenza costituzionale e convenzionale dinanzi a temi sensibili costituisce, così, l'occasione per riflettere sui mutati equilibri tra potere legislativo e giudiziario nell'esercizio della funzione di garanzia dei diritti della persona e soffermarsi sugli odierni approdi del nostro Stato costituzionale.

³ In dottrina vi sono autori che parlano della Corte edu come di una vera e propria Corte costituzionale, cfr. fra gli altri, E.A. ALKEMA, *The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court*, in P. MAHONEY et al. (eds.), *Protecting human rights: the european perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymans, 2000, pg. 41 ss. In un'ottica più prudentiale cfr. C. PINELLI, *The Constitutional Relevance of the RCHR in Domestic and European Law. General Assessments*, in G. REPETTO (ed.) *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Intersentia, Antwerp, 2013. La stessa Corte edu nel caso *Bosphorus Hava Jollari Turizm c. Irlanda* del 30.6.2005, § 156, qualificava la Cedu come «strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo».

Capitolo I

L'impatto del fattore scientifico e dell'evoluzione sociale sulle tecniche di giudizio impiegate a Roma ed a Strasburgo

1.1. Delimitazione ratione materiae dell'oggetto della ricerca: alcuni temi "sensibili" al vaglio delle due Corti.

Nell'ambito della vasta gamma dei diritti fondamentali della persona, un tratto pressoché costante è la presenza di una disciplina legislativa minima, in grado di orientare gli operatori giuridici nella garanzia di una tutela sostanziale: pensiamo alle classiche libertà fondamentali, quali la libertà personale, di espressione, o le libertà collettive, di riunione e di associazione.

Il profilo caratterizzante, invece, i temi oggetto di approfondimento è la tendenziale mancanza di una disciplina legislativa di riferimento o, per meglio dire, la scelta del legislatore favorevole ad un silenzio "eloquente".

Con questa espressione si intende fare riferimento al silenzio, prestato dalla fonte legislativa, rispetto al riconoscimento giuridico di particolari posizioni soggettive, "eloquente", perché espressivo della scelta consapevole dell'organo politico di non regolare quelle situazioni, lasciando consequenzialmente prive di tutela certe categorie di soggetti.

In tali ambiti è il giudice a desumere dal sistema dei principi e valori, costituzionali e convenzionali, l'interesse meritevole di tutela e, contestualmente, a formulare la regola del caso concreto idonea a rendere operativa nell'ordinamento giuridico la posizione soggettiva enucleata.

L'ampiezza del tema ha richiesto una delimitazione del campo d'indagine, al centro della quale vi è la dibattuta questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso e l'eventuale opzione legislativa per forme alternative di tutela giuridica di tali unioni, nonché la tematica della procreazione medicalmente assistita, con particolare riguardo all'accesso di coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili ed alla donazione di gameti esterni alla coppia.

Questa delimitazione *ratione materiae* dell'oggetto della ricerca consegue a molteplici considerazioni di carattere generale: innanzitutto, come anticipato, in questi settori la legge nazionale omette di dare protezione a certi interessi ed è frequente la sollecitazione dell'organo di giustizia costituzionale, laddove sussista l'esigenza di un intervento *erga*

omnes, suscettibile di un'applicazione uniforme e generalizzata, nonché dei giudici di Strasburgo, ogniqualvolta le istanze di tutela sostanziale muovano verso i caratteri dell'immediatezza e concretezza, qualificanti il giudizio convenzionale.

Ne consegue un incisivo intervento suppletivo delle due Corti, costituzionale e convenzionale, mediante l'individuazione "qualitativa" della posizione soggettiva meritevole di garanzia, la sussunzione nell'alveo delle Carte di riferimento e la successiva elaborazione di principi, talvolta di vere e proprie regole operative, a garanzia degli interessi enucleati.

Emblematica in tal senso è stata la vicenda delle unioni affettive stabili di persone dello stesso sesso: in mancanza di una disciplina legislativa di riferimento, i giudici si sono trovati a ricercare e desumere dai principi conferenti, costituzionali e convenzionali, gli interessi meritevoli di protezione giuridica.

Nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, di contro, una legge esiste, la legge n. 40/2004, prevede regole concrete (come il divieto di accesso alla eterologa), ma tali precetti sono il frutto di un bilanciamento irragionevole che la Corte Costituzionale procede a sanzionare ed a rideterminare, fino a desumere, dai principi costituzionali e dal sistema legislativo conferente, le regole concrete che andranno a sostituire quelle previgenti. Pensiamo alla vicenda dell'accesso delle coppie fertili alla procreazione medicalmente assistita: la Corte Costituzionale, come vedremo, non si limita a formulare un principio orientativo, ma individua un diritto ed aggiunge le regole di dettaglio che consentono di rendere operativo l'accesso di tali coppie alla procreazione assistita e alla diagnosi pre-impianto⁴.

Analogamente, nella declaratoria di incostituzionalità del divieto assoluto di eterologa, il Giudice delle Leggi non esita ad individuare la "normativa di risulta", ovvero le disposizioni di legge ritenute applicabili alla nuova fattispecie di procreazione assistita, in origine vietata dal legislatore.

Nell'ambito dei temi etici selezionati emergerà, pertanto, la "creatività" insita nell'attività di supplenza dei giudici: una creatività che rischia, tuttavia, di scontrarsi con il divieto, posto a carico del giudice costituzionale, di sostituirsi al legislatore nelle scelte rimesse alla discrezionalità politica (art. 28, legge n. 87/1953), nonché con l'obbligo, gravante sui giudici di Strasburgo, di rispettare il margine di apprezzamento degli Stati contraenti.

⁴ Ovvero il criterio di gravità della patologia enunciato dall'art. 6, comma 1, lettera b, legge n. 194/1978 ed il previo accertamento in «strutture pubbliche».

Nella giurisprudenza costituzionale e convenzionale oggetto di esame emergerà, quindi, con forza il problema degli ampi spazi di libertà lasciati alle Corti dall'organo politico, nonché la questione dell'autonomia interpretativa del giudice che, nell'ambito dei temi in oggetto, non sembra avere eguali rispetto agli altri campi del diritto.

Merita rilevare un'ulteriore ragione sottesa a questa delimitazione *ratione materiae*: a caratterizzare gli interventi del giudice costituzionale e della Corte dei diritti umani è una nozione dinamica di "vita familiare", in perpetuo divenire, frutto di una interpretazione evolutiva dell'art. 8 Cedu e dei conferenti valori costituzionali, dotati di una intrinseca forza vivificante, intesi come *living instruments*.

Da non sottovalutare anche la vastità delle implicazioni di ordine etico e morale, oltreché giuridico, caratterizzanti questi settori che riflettono il mutare del sentire sociale ed offrono uno spaccato sui limiti del diritto legislativo e delle istituzioni, nonché sul ruolo non soltanto suppletivo, ma anche di stimolo, assunto in concreto dai giudici, per incentivare un intervento organico e generalizzato del legislatore.

I temi oggetto di analisi hanno un rilievo centrale nella contingenza⁵ e richiedono al livello politico di governo una regolamentazione giuridica che spesso, come in Italia, tarda ad arrivare.

Queste tematiche aprono, in definitiva, a riflessioni di respiro più generale sul contrastato rapporto fra giudice e potere legislativo nella contingenza, sul ruolo che in concreto le diverse Corti sono chiamate ad assumere, nonché sul modo in cui è concepito l'esercizio della giurisdizione nel nostro Stato costituzionale.

Appare calzante, a tal riguardo, l'immagine suggerita da Antoine Garapon⁶ del giudice come punto di riferimento ed ultimo rifugio per un individuo sempre più smarrito, isolato e sradicato dinanzi alle debolezze, incapacità ed incertezze della politica.

La crisi della legislazione in materie eticamente sensibili non sembra dipendere soltanto dalla frammentazione del sistema politico, ad essa si aggiungono altri fattori in grado di limitare la potestà legislativa: il rapido progresso scientifico in ambito procreativo, rispetto al quale il legislatore non riesce, per definizione, a stare al passo, a causa della fisiologica lentezza del confronto politico e delle modalità di produzione legislativa, nonché la difficoltà di reperire in tali ambiti un substrato di principi comuni, condiviso all'interno del corpo sociale.

⁵ Come dimostra il *continuum* di interventi sia della Corte Costituzionale sia della Corte edu nei temi in oggetto.

⁶ A. GARAPON, *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1997.

Procreazione assistita e tutela delle unioni omoaffettive trovano il loro comun denominatore nel coinvolgimento di valori essenziali della persona, legati alla concezione della vita e delle relazioni familiari. Sono ambiti in continua evoluzione e caratterizzati da una rilevante componente di interdisciplinarietà: due fattori che rendono particolarmente ostica la previsione legislativa di una disciplina relativamente stabile, generale ed astratta e, per questo, muovono verso una devoluzione al giudice del bilanciamento in concreto degli interessi in gioco.

Sono temi in continua evoluzione a causa del mutare del sentire sociale e dell'incessante progresso delle scienze mediche, incidente sui processi biologici di inizio, durata e fine vita⁷, in passato considerati immutabili nel tempo e nello spazio. La trasversalità di questa materia, inoltre, determina il coinvolgimento non soltanto di diverse branche delle scienze giuridiche, dal diritto costituzionale, al diritto civile e penale, ma anche di discipline diverse, quali la medicina, la sociologia e la filosofia. Come emergerà dalla prassi giurisprudenziale, questi settori coinvolgono molteplici esperienze e presuppongono una certa conoscenza di discipline fino a pochi anni addietro lontane dal *background* culturale del giurista.

A questi "indici sintomatici" della crisi della fonte legislativa si aggiunga la considerazione che, a differenza dei molteplici silenzi del legislatore insuscettibili di sanzione giuridica, al giudice non è consentito il privilegio del *non liquet* dinanzi alle plurime domande di giustizia in materia di biodiritto, o in ambiti comunque involgenti valori fondamentali, legati all'esistenza e alla dignità umana. Non solo, la delicatezza di questi temi fa sì che sia proprio l'interpretazione dei giudici in senso conforme a Costituzione ed alle Carte dei diritti sovranazionali a costituire la chiave risolutiva degli *hard cases*.

Queste considerazioni ben ci fanno capire la ragione sottesa alla delimitazione *ratione materiae* della presente analisi, incentrata, come approfondiremo a breve, su un'impostazione metodologica di tipo giurisprudenziale.

Al centro della disamina vi sarà la questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, affrontata sia dalla Corte ed sia dal Giudice delle Leggi, senza tralasciare i risvolti giuridici ed istituzionali concernenti la "legge sulle unioni civili"⁸, introdotta in Italia con notevole ritardo rispetto al contesto europeo. L'esigenza di apprestare una tutela giuridica

⁷ A titolo esemplificativo, le tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla l. n. 40 del 2004 hanno posto l'annosa questione relativa al momento in cui collocare l'inizio della vita umana; la procedura di alimentazione artificiale, invece, ha posto il problema relativo al momento in cui considerare sussistente la morte di una persona in coma o in stato vegetativo permanente o persistente.

⁸ Legge 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze GU n. 118 del 21.05.2016.

alle unioni tra persone dello stesso sesso è divenuta cogente per il legislatore, soltanto grazie allo stimolo promanante dalla giurisprudenza costituzionale e, soprattutto, convenzionale.

L'altro tema oggetto di analisi, involgente entrambi i sistemi di garanzia, è quello della procreazione medicalmente assistita, con particolare riguardo alla questione della diagnosi genetica pre-impianto e della fecondazione eterologa. Se il primo di tali profili ha, *ab initio*, coinvolto soltanto i rapporti tra Corte edu e giudici di merito, in riferimento alla nota vicenda *Costa e Pavan contro Italia*, la Consulta è poi intervenuta direttamente, con la sentenza n. 96 del 2015, facendo cadere il divieto previsto dalla legge n. 40/2004⁹.

Con la sentenza n. 162/2014, concernente la diversa questione della donazione di gameti, il Giudice delle Leggi ha, inoltre, dichiarato l'incostituzionalità del divieto assoluto previsto dalla legge in materia. Tale pronuncia si colloca al termine di due precedenti interventi di particolare rilievo del giudice di Strasburgo, concernenti la disciplina della fecondazione eterologa nell'ambito del sistema giuridico austriaco. La I Sezione della Corte dei diritti umani e la *Grande Chambre* sono giunte a conclusioni diametralmente opposte nella valutazione del margine di apprezzamento statale in un ambito così delicato come la procreazione medicalmente assistita ma, ciò che più conta, hanno espletato una funzione incisiva di stimolo nei confronti del nostro giudice costituzionale ad entrare nel merito di una questione che, due anni prima, si era chiusa con una pronuncia di mero rito¹⁰.

1.2. Approccio giurisprudenziale come fondamento dell'indagine.

⁹ Ovvero il divieto di accesso alle tecniche di procreazione assistita ed alla diagnosi pre-impianto per le coppie né sterili né infertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

¹⁰ Corte cost., ord. n. 150/2012, con note di A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *Rubrica Studi e Commenti della Sezione Studi di Consulta online*, 2012; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 giugno 2012; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 luglio 2012; V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n.150/2012*, in *Rivista telematica AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2012; I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Rivista telematica AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2012; B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista telematica AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2012; R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, nella *Rubrica Studi e Commenti della Sezione Studi di Consulta online*, 2013.

La ricerca prende le mosse dallo studio analitico della giurisprudenza, con specifica attenzione alle tematiche eticamente sensibili enunciate, per giungere a conclusioni di respiro più ampio che consentano di generalizzare gli esiti dell'indagine.

Le prospettive teorico-ricostruttive attraverso le quali guardare alla giurisprudenza sono essenzialmente due¹¹: si può partire dalla disamina delle tecniche di giudizio impiegate, per poi verificare i riflessi sul *quantum* di tutela offerto ai diritti coinvolti, o, viceversa, analizzare direttamente le caratteristiche della tutela sostanziale, attraverso l'esame approfondito degli indirizzi giurisprudenziali di merito.

Qualunque sia la prospettiva impiegata, la premessa metodologica indefettibile è che tecniche di giudizio e contenuti sostanziali della tutela si influenzano ed intersecano reciprocamente, dando vita ad un fenomeno giuridico unitario.

Le tecniche di giudizio rappresentano l'"involucro" selezionato dall'operatore giuridico in funzione servente, al fine di veicolare determinati indirizzi di merito.

Il metodo della ricerca si incentra su un'indagine di tipo giurisprudenziale e parte proprio dall'analisi delle tecniche di giudizio impiegate a Roma ed a Strasburgo, poiché ad esse si può utilmente guardare sia per valutare la "misura" della tutela sostanziale offerta ai diritti coinvolti, sia per verificare lo stato di osservanza, o eventuale violazione, dei canoni posti a presidio della funzione giurisdizionale.

La scelta della giurisprudenza come fondamento dell'indagine è giustificata da molteplici fattori, primo fra tutti la considerazione che sono proprio i giudici a garantire l'applicazione dei diritti in concreto, quindi, gli unici a poter sopperire all'inerzia protratta dal legislatore. La giurisprudenza, con le sue garanzie procedurali quali, *in primis*, la motivazione, assicura il pieno dispiegamento dei diritti sostanziali e costituisce un terreno fertile per preparare l'evoluzione culturale che potrà portare alla successiva decisione politica.

Sovente l'ambito giudiziario è in grado di sollecitare cambiamenti nelle diverse normative che incidono sui diritti della persona, come dimostra la riforma della filiazione naturale in Italia ed in Francia sotto la spinta della giurisprudenza di Strasburgo.

Pensiamo, ancora, agli interventi della Corte edu in tema di vita familiare: l'ampliamento del novero delle situazioni soggettive meritevoli di tutela, *ex art. 8 Cedu*, ha avuto una ripercussione di rilievo sulla decisione del Governo italiano di porre in prima linea l'approvazione della legge sulle unioni civili. Corte costituzionale prima e giudici di

¹¹ In tal senso cfr. A. RUGGERI, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, consultabile in www.gruppodipisa.it, pg. 3.

Strasburgo poi hanno riconosciuto le unioni omosessuali come formazioni sociali meritevoli di una tutela giuridica e oggi l'Italia dispone di una legge che mira a garantire detta tutela¹². Gli stessi interventi demolitori che progressivamente hanno colpito la legge n. 40/2004, da Strasburgo prima (in tema di diagnosi pre-impianto nel caso *Costa e Pavan*), dal giudice costituzionale poi (in riferimento al divieto di eterologa e di accesso alla PMA per coppie sane portatrici di malattie genetiche), dimostrano quanto può essere incisivo lo stimolo promanante dalla giurisprudenza alla ridefinizione di un corretto bilanciamento degli interessi in gioco in una materia dal profondo impatto etico e morale. L'analisi delle pronunce giurisprudenziali nell'ambito della procreazione medicalmente assistita farà emergere l'ineffabile necessità di una ridefinizione legislativa della materia, risultando profondamente incisi i cardini stessi della legge n. 40.

Le decisioni che approfondiremo, in definitiva, incidono su importanti questioni di diritto costituzionale: dal legame intercorrente tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, con particolare riguardo all'assetto dei rapporti tra politica e giustizia costituzionale, alla peculiare relazione tra giurisdizione e diritti, nonché al rapporto apparentemente «a distanza»¹³ tra la nostra Corte costituzionale ed il giudice della Convenzione nella tutela dei diritti fondamentali.

A partire da questa impostazione metodologica sarà possibile individuare il livello di tutela sostanziale offerto dai due sistemi di giustizia ed accertare il tasso di “creatività” delle rispettive Corti, in rapporto alla discrezionalità politica riservata al legislatore, onde verificare se anche i settori sensibili, oggetto di esame, tendano a collocarsi fuori dai circuiti della rappresentanza politica, sempre più attratti dal polo della giurisdizione.

1.3. Giudizio di legittimità costituzionale e vincoli derivanti dalla Convenzione.

Prima di delineare l'attuale assetto dei rapporti fra Corte costituzionale e Corte edu nell'ambito dei temi enunciati, è opportuno ricordare quale sia il rilievo che la Convenzione assume, nell'interpretazione resa dal suo giudice “naturale”, nell'ambito dell'ordinamento interno. Come noto, con le «sentenze gemelle» n.n. 348 e 349 del 2007, il Giudice delle Leggi ha delineato un chiaro modello di interazione tra i due sistemi di tutela¹⁴: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

¹² Legge 20 maggio 2016, n. 76, “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, GU n.118 del 21-5-2016, entrata in vigore il 5 giugno 2016.

¹³ In tal senso cfr. L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *AIC*, luglio 2014, pg.1 ss.

¹⁴ Molto ampio è il dibattito dottrinario avente ad oggetto le sentenze n.n. 348 e 349 della Corte costituzionale: al riguardo cfr., tra gli altri, G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *DUE*, 2009, pg.

fondamentali («CEDU»), come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo («Corte EDU»), costituisce parametro interposto di legittimità costituzionale delle leggi, a norma dell'art. 117, comma 1, Cost.

Nei giudizi in cui viene invocata come parametro interposto, la Convenzione deve essere applicata nell'interpretazione fornita dai giudici di Strasburgo¹⁵, poiché «le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea»¹⁶, e agli organi interni «è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve»¹⁷.

L'interpretazione resa dalla Corte dei diritti incide, dunque, sulla determinazione del parametro del giudizio di costituzionalità e dà un contenuto a quegli «obblighi internazionali» richiamati dall'art. 117, comma 1, Cost¹⁸. Secondo l'impostazione adottata

195 ss.; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, pg. 25 ss.; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, pg. 3565 ss.; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi ad essa confliggenti*, *ivi*, 2007, pg. 3518 ss.; P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2008, pg. 311 ss.; B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti tra diritto interno e trattati internazionali*, *ivi*, 2008, pg. 581 ss.; A. RUGGERI, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007; cfr. anche i contributi in C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009.

¹⁵ Cfr. in tal senso i rilievi di E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, 2010, n. 7, pg. 4 ss.

¹⁶ Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348.

¹⁷ Corte cost., 16 novembre 2009, n. 311; in dottrina Cfr. G.TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, *op. cit.*, pg. 195 ss.

¹⁸ Riguardo al "monopolio interpretativo" delle norme CEDU riconosciuto dalla Corte costituzionale alla Corte EDU (e circa l'"autorità di cosa interpretata" attribuibile alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo), particolarmente rilevanti le riflessioni di E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in www.cortecostituzionale.it, spec. pg. 34 ss., pg. 50 ss. L'aspetto problematico costituito dalla sostanziale introduzione nel nostro ordinamento, per questa via, di una "giurisprudenza-fonte" è evidenziato da M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, pg. 101 ss. Preoccupazioni, rispetto allo specifico settore del processo penale, vengono manifestate da P. FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 2011, pg. 121 ss.; P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2012, pg. 13 ss. Più "rassicuranti" le considerazioni di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, pg. 151 ss.; F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, a cura di P. CORSO e E. ZANETTI, Roma, 2010, pg. 636 ss. Dal punto di vista "internazionalistico" cfr. P. PIRRONI, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, Milano, 2004, pg. 87 ss.; dalla visuale del magistrato, cfr. infine R. CONTI, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, pg. 202 ss. Quanto all'obbligo del tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme, v. la sentenza 26 novembre 2009, n. 311, in *Giur. Cost.*, 2009, in tema di trasferimento del personale degli enti locali nei ruoli del personale ATA, in cui il parametro interposto è stato individuato nel diritto al giusto processo, ai sensi dell'art. 6 CEDU; la sentenza 4 dicembre 2009, n. 317, in tema di impugnazioni delle sentenze e dei decreti di condanna da parte degli imputati contumaci, quando l'impugnazione è già stata proposta dal difensore

nelle «sentenze gemelle», inoltre, la norma convenzionale si colloca ad un livello sub-costituzionale nell'ordinamento interno, pertanto, al Giudice delle Leggi è riservato il potere di «verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione»¹⁹, ipotesi nella quale la norma convenzionale non sarebbe idonea ad integrare il parametro costituzionale²⁰.

E', altresì, riservata alla Corte costituzionale la valutazione di «come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza»²¹. Nell'ambito di tale bilanciamento, secondo la Consulta, occorre tener presente che «il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali»²². Attraverso questa impostazione giurisprudenziale la Corte Costituzionale ha cercato di riservare a se stessa un ruolo di chiusura, di garante ultimo dei diritti fondamentali nel sistema multilivello di tutela, rivendicando un «margine di apprezzamento e di adeguamento» che, nel rispetto della «sostanza» della giurisprudenza di Strasburgo, le consenta «di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi»²³. In conclusione, quando il giudice comune si trova ad applicare una norma nazionale della cui compatibilità a Convenzione dubita, deve esperire il tentativo di interpretazione conforme della disposizione interna con la norma Cedu, così come interpretata a Strasburgo; laddove lo strumento dell'interpretazione adeguatrice non consentisse di superare il conflitto, dovrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte *ex art. 117, comma 1, Cost.*

d'ufficio, concernente anch'essa il diritto al giusto processo, ai sensi dell'art. 6 CEDU; la sentenza 12 marzo 2010, n. 93, in tema di misure di prevenzione, pronunciata ancora un volta in riferimento al diritto al giusto processo, ai sensi dell'art. 6 CEDU.

¹⁹ Cfr. Corte cost., n. 311 del 2009.

²⁰ Cfr. in tal senso, *ex multis*, Corte cost., sent. n.n. 230, 303, 236 e 113 del 2011, 93 del 2010, 317 e 311 del 2009.

²¹ Cfr. in tal senso Corte Cost., n. 317 del 2009.

²² Cfr. in tal senso Corte cost., n. 317 del 2009.

²³ Cfr. Corte cost., sent. n.n. 230 del 2012, 303 e 236 del 2011, 311 del 2009; in dottrina cfr. F. DONATI, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di G. Tesaurò*, 2014, pg. 207 ss.

Occorre, tuttavia, segnalare che nella prassi giurisprudenziale lo schema tipico della incidentalità ha risentito di un ridimensionamento nell'ambito dei temi in oggetto, complice la stessa giurisprudenza di Strasburgo. Nella vicenda *Costa e Pavan*, come vedremo, i giudici della Convenzione dichiarano immediatamente ricevibile il ricorso della coppia, pur in assenza del previo esperimento di qualsiasi rimedio interno, sul presupposto che gli strumenti nazionali a disposizione del singolo avverso una legge illegittima siano inefficaci. A ciò si aggiunga che proprio nel seguito interno della vicenda il giudice di merito²⁴ ha direttamente disapplicato la legge nazionale dichiarata convenzionalmente illegittima²⁵, anziché sollevare la relativa questione dinanzi al Giudice delle Leggi.

La giurisprudenza costituzionale, tuttavia, è stata ed è molto netta nel distinguere il "trasferimento di sovranità" che caratterizza l'ordinamento dell'Unione europea, dalle "limitazioni" di sovranità derivanti dall'assunzione di obblighi internazionali, con conseguente divieto di disapplicazione della norma interna convenzionalmente incompatibile.

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona²⁶ ed alla luce del nuovo art. 6 TUE, come noto, si è prevista la competenza dell'Unione in ambito di tutela dei diritti fondamentali e l'adesione al sistema Cedu. Queste modifiche nell'assetto istituzionale dell'Unione hanno indotto la giurisprudenza, soprattutto amministrativa, a ritenere di poter disapplicare la legge interna contrastante con la Cedu alla luce della sua "comunitarizzazione". Con la sentenza n. 80 del 2011 il Giudice delle Leggi respinge tale impostazione, ribadisce la perdurante legittimità dell'impianto delle «sentenze gemelle»²⁷

²⁴ Cfr. Trib. di Roma, Sez. I civ., ord. 23 settembre 2013. In tale decisione il Tribunale ha osservato, tra l'altro, che dovendosi intendere l'art. 46 della CEDU come «diretto non solo allo Stato-persona, bensì anche ai suoi organi, giudici compresi, consegue necessariamente che il giudice comune sia chiamato a dar seguito alle decisioni di condanna del giudice europeo senza necessità di sollevare l'ulteriore pregiudiziale di costituzionalità, ogni qualvolta la regola ricavabile dalla sentenza CEDU sia sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi, senza margini di ambiguità, a quella interna riconosciuta contraria alla Convenzione, laddove la rimessione alla Corte Costituzionale dovrà essere limitata alle sole questioni che pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest'ultima e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Il che vale a fortiori nel procedimento in esame in cui, trattandosi delle stesse parti che hanno adito la Corte EDU ottenendo l'accoglimento del ricorso, le statuizioni della Corte di Strasburgo, proprio perché direttamente efficaci nell'ordinamento nazionale, rivestono valore di giudicato formale per il processo interno». In senso favorevole all'applicazione diretta della CEDU da parte dei giudici comuni cfr. A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *Consultaonline*, 9.10.2013. Diversamente B. RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei "desideri"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 maggio 2013.

²⁵ Corte EDU, II Sez., 28 agosto 2012, *Costa et Pavan c. Italie* (Requête no 54270/10). Sulla decisione cfr. F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013.

²⁶ Entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

²⁷ In tal senso cfr. anche Corte Cost., sent. n.n. 303 del 2011, 210 del 2013, 96 del 2015.

ed afferma che «nessun argomento in favore della disapplicazione può essere tratto innanzitutto perché l'adesione dell'Unione europea alla Cedu non è ancora avvenuta», escludendo, così, a chiare lettere, qualsiasi potere del giudice comune di disapplicare la legge interna in contrasto con la Convenzione.

Nella giurisprudenza più recente²⁸, allontanandosi dall'orientamento secondo cui l'*overruling* non può costituire una fonte del diritto²⁹, la nostra Corte ha considerato il mutamento della giurisprudenza convenzionale in tema di donazione di gameti come *ius superveniens* che impone la restituzione degli atti al giudice *a quo*, affinché questi proceda ad un nuovo esame della questione di legittimità costituzionale. Tale decisione, come avremo modo di vedere, non esprime un orientamento consolidato, rappresenta, piuttosto, un *apax* con finalità dilatorie che ha consentito alla Corte di prendere tempo dinanzi ad una questione particolarmente divisiva.

Nel solco di questa progressiva definizione dei rapporti tra i due sistemi di garanzia si colloca, da ultimo, il recente intervento del giudice costituzionale con sentenza n. 49 del 2015³⁰. In tale occasione il Giudice delle Leggi afferma il «predominio assiologico» della

²⁸Cfr. Corte cost., ord. n. 150 del 2012.

²⁹ Cfr., *ex multis*, Cass., SS.UU., sent. n. 15144 del 2011. In dottrina cfr., fra gli altri, C. CONSOLO, *Le Sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato "internet addicted" e pure "veggente"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, pg. 3166 ss.

³⁰ In dottrina, *ex multis*, vedi V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*, maggio 2015; cfr. anche D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, pg. 55 ss. la quale, da un lato, vede nella sentenza l'affermazione netta di un «predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu» e, dall'altro, segnala l'enfasi con cui sono tracciati i limiti all'efficacia delle sentenze di Strasburgo, giungendo così a «chiedersi cosa rimanga della stagione inaugurata dalle cd. sentenze gemelle nel 2007». Note di netta critica provengono da N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, *Rivista OIDU*, 2015, n.3, il quale parla di «atteggiamento fortemente protezionistico assunto dal giudice delle leggi». Fortemente critico anche A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, che segnala, a fondamento della decisione, la presenza di una visione piramidale dei rapporti tra Costituzione e CEDU e tra le rispettive Corti e rileva il rischio di «un nazionalismo costituzionale esasperato», di un «patriottismo» costituzionale che porta la Corte fino al punto di stabilire essa soltanto quali possano essere gli indici utili a individuare la giurisprudenza convenzionale consolidata. Ridimensiona, invece, le critiche mosse alla sentenza n. 49, G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 dicembre 2015, evidenziando che con il riferimento al diritto consolidato, la Corte costituzionale non vuol negare rilievo interno a qualsiasi sentenza della Corte edu, ma solo a quelle decisioni che contengano «bruschi ed immotivati *revirement* rispetto all'orientamento pregresso»: l'onere di verificare la sussistenza di una giurisprudenza europea consolidata va circoscritto a quelle sole ipotesi in cui sembra possibile ravvisare una forte discontinuità tra le sentenze della Corte europea. Cfr. anche R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Consulta online, Studi*, 2015/I, per il quale la ricostruzione gerarchica dei rapporti fra CEDU e Costituzione «si irradia anche all'ambito delle operazioni interpretative che il giudice comune deve compiere» ed, al contempo, dinanzi ad un diritto convenzionale non consolidato, la Corte costituzionale non sarà più investita di alcun sindacato, «dovendo la partita giocarsi tutta sul versante del giudice comune, al quale viene riservato lo "scettro" attraverso il quale governare le interpretazioni».

Costituzione sulla Cedu e sancisce dei “vincoli processuali” in merito all’annosa questione dell’esecuzione del giudicato di condanna convenzionale. Si chiarisce che il giudice comune è tenuto ad eseguire direttamente il principio di diritto enunciato a Strasburgo soltanto quando esso sia espressione di un “diritto convenzionale consolidato” o sia contenuto in una “sentenza pilota”. Non solo, la Corte aggiunge che qualora il giudice comune ritenesse l’interpretazione della Corte ed è vincolante per i suddetti motivi ma non conforme al dettato costituzionale, dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale sulla legge di ratifica della Convenzione, nella parte in cui consente l’applicazione dei principi elaborati a Strasburgo e ritenuti contrari a Costituzione.

Si tratta di una pronuncia che ha notevolmente ridimensionato l’obbligo di interpretazione conforme alla Cedu e alla giurisprudenza convenzionale, a seguito della quale risulta ancor più cogente indagare il ruolo svolto dalle due Corti nelle questioni oggetto di esame e delineare un assetto delle rispettive funzioni idoneo a favorire un *surplus* di tutela dei valori coinvolti, nel rispetto delle reciproche attribuzioni, in una sorta di *actio finium regundorum*.

1.4. La decisione del giudice, non solo diritto: la componente morale, sociale e scientifica nella risoluzione di questioni eticamente controverse.

La “formazione” del diritto ad opera del giudice avviene con modalità ben diverse rispetto all’attività del legislatore, perché diverse, come noto, sono le rispettive forme di responsabilità e legittimazione. Se la legge è volta a produrre direttamente diritto, stabilendo regole valide per il futuro, la decisione giurisdizionale, al contrario, è chiamata a risolvere una controversia in base a disposizioni previgenti, con conseguente indiretta produzione normativa. La legittimazione del legislatore è data dal rapporto di rappresentanza che lo lega al corpo elettorale, mentre la fonte di legittimazione ed i vincoli che il giudice incontra nell’esercizio della funzione giurisdizionale sono il rispetto della

Ampia e critica anche la dottrina “penalistica” sulla sentenza: si ricorda, *ex multis*, G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Archivio penale*, n.1/2015; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 marzo 2015; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 30 marzo 2015; V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, *ivi*, 13 aprile 2015; A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, in *Archivio Penale*, n. 1/2015; G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e ‘disobbedienza funzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, *ivi*, 22 giugno 2015; V. MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo. Lo “stigma penale” e la presunzione di innocenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2015, pg. 421-432.

legge, dei metodi interpretativi consentiti, nonché, in una certa misura, quella che Alf Ross chiama la «tradizione culturale», ovvero i fattori morali, politici, economici, etici, culturali, caratteristici di un paese nel momento in cui il giudice è chiamato ad esercitare l'attività giurisdizionale³¹.

Non sembra un caso che, dinanzi alla questione della donazione di gameti, sia la I sezione sia la *Grande Chambre*, nel caso *SH. contro Austria*, mettano in evidenza come la tematica affrontata faccia parte di quei settori eticamente sensibili, dalle forti implicazioni morali, rispetto ai quali non è ancora maturato un consenso tra gli Stati e, perciò, resta ampio il margine di apprezzamento nazionale. La stessa Corte costituzionale, a proposito del divieto di accesso a tecniche di procreazione di tipo eterologo, riconosce che «le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore»³².

Sul dato culturale e sulle implicazioni etiche ha un forte impatto l'evoluzione tecnico-scientifica, in forza della quale sono emersi nuovi bisogni e correlati interessi, individuali e di coppia, proprio nell'ambito della procreazione ed il processo non sembra arrestarsi. L'impiego delle tecnologie ha, da un lato, ampliato le possibilità procreative e, dall'altro, suscitato preoccupazioni di carattere etico, sociale e culturale³³: il progresso scientifico ha, infatti, inciso sulle dinamiche della stessa esistenza, scardinando certezze su ciò che è vita e ciò che non lo è, ed ha imposto una ridefinizione giuridica delle nozioni di maternità, paternità e filiazione.

La “vita familiare” si colloca al centro di questo processo continuativo di emersione di nuove sollecitazioni: grazie alle tecniche di procreazione assistita ed al progresso medico, il bisogno di maternità o paternità naturale può ad oggi trovare soddisfazione. Ecco, quindi, che il giudice costituzionale volge lo sguardo alla scienza come limite alla discrezionalità del legislatore perché, quando occorre accertare l'esistenza di una lesione al diritto alla salute e l'idoneità di una tecnica a garantirne la tutela, «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore»³⁴, ma deve anche tenere conto dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali. Il legislatore dovrà dare per acquisiti

³¹ In tal senso cfr. R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, Intervento svolto in occasione del convegno organizzato dal Csm ad Agrigento in occasione del ventennale della morte di Rosario Livatino, consultabile in www.csm.it.

³² Cfr. Corte Cost., n. 162/2014, punto 5.

³³ Cfr. in tal senso I. CORTI, *Divieto di fecondazione eterologa. Riflessioni critiche*, in *La fecondazione vietata, op.cit.*, pg. 138.

³⁴ Cfr. Corte Cost., n. 162/2014, punto 7.

i dati scientifici avvalorati dalle competenti istituzioni, dati che andranno a costituire il fondamento della opzione legislativa: la discrezionalità del legislatore risulta, quindi, delimitata non soltanto dalla ragionevolezza giuridica del bilanciamento tra valori, ma anche dalla “ragionevolezza scientifica”. Ad inaugurare questa giurisprudenza costituzionale “pionieristica” quanto al rilievo della scienza dinanzi a questioni eticamente sensibili interviene la sentenza n. 151 del 2009, declaratoria dell’incostituzionalità della norma che vietava di produrre un numero di embrioni maggiore di quello strettamente necessario all’impianto, comunque non superiore a tre, ed obbligava a procedere ad un unico e contemporaneo trasferimento. Il limite posto in via legislativa è ritenuto illegittimo perché «non riconosce al medico la possibilità di valutare, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, il singolo caso sottoposto a trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare...»³⁵. In tale pronuncia la Corte chiarisce la portata del diritto alla salute, da intendersi come diritto a ricevere le cure più appropriate secondo le migliori acquisizioni e conoscenze scientifiche, e pone dei confini oltre ai quali il legislatore non può spingersi: l’organo politico non è chiamato a predeterminare *ex ante*, una volta per tutte, il trattamento terapeutico del paziente, poiché i principi cardine in questo ambito devono essere l’autonomia della persona e la responsabilità del medico, in una sorta di “alleanza terapeutica”³⁶. Assume, così, contorni più nitidi il vincolo del «rispetto della persona umana» destinato al legislatore *ex art. 32, ult. comma, Cost.*

Se tanto importante è il ruolo del progresso medico-scientifico nella giurisprudenza, è altrettanto vero che la voce della scienza deve poter adeguatamente entrare nel processo ed incidere sul percorso motivazionale del giudice, costituzionale e convenzionale. In definitiva, in materia di biodiritto, è fondamentale l’elemento partecipativo e conoscitivo, ovvero l’audizione, la consultazione di tecnici, l’acquisizione di pareri e relazioni da parte di scienziati quali *amici curiae*, attraverso l’esercizio dei poteri istruttori dell’organo giudicante.

Si tratta di profili meritevoli di un’apposita attività di ricerca che non è possibile affrontare in questa sede³⁷; ai nostri fini è sufficiente evidenziare che il potenziamento dei poteri istruttori dovrebbe essere perseguito in entrambi i sistemi di giustizia, in particolar modo

³⁵ Cfr. Corte Cost., n. 151/2009, con nota di M. MANETTI, *La sentenza sulla pma o del legislatore che volle farsi medico*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 1/2009.

³⁶ Mette in evidenza il primato della scienza sul diritto A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull’eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 giugno 2014.

³⁷ Su cui cfr. M. D’AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 novembre 2015.

quando siano in gioco questioni incidenti su interessi di minori (come nel caso del diritto del nato da eterologa a conoscere le proprie origini genetiche), per acquisire un apparato di conoscenze completo, ampio e soddisfacente del quale dare conto nella motivazione.

1.5. Il valore della dignità umana: un faro nell'ombra dei temi sensibili?

La trasversalità delle tematiche trattate, il coinvolgimento di scienze ed esperienze promananti da discipline diverse, non solo giuridiche, ma anche mediche e sociologiche, richiedono all'operatore del diritto di individuare un comun denominatore, un valore che, nei casi di conflitto più esacerbante, dinanzi a quelle che autorevole dottrina definisce *hard choices*³⁸, sia in grado di illuminare la via del giurista nell'ombra di temi dalla forte connotazione sociale e scientifica, oltreché giuridica.

Quando interessi costituzionali, etica e scienza si intrecciano nella realtà concreta, il valore di riferimento per l'operatore giuridico, sia esso il legislatore, o, come più di frequente accade, il giudice, non può che essere la dignità della persona umana, comun denominatore e parametro interpretativo fondamentale.

Come noto, la centralità della persona è elemento cardine non soltanto della nostra Costituzione, ma di ogni Carta dei diritti fondamentali di origine sovranazionale ed è tale da rendere la dignità personale un valore indefettibile, incomprimibile, inviolabile.

La dignità umana non è espressamente menzionata nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, né è riconosciuta come diritto autonomo nella Dichiarazione universale³⁹ o nei Patti sui diritti civili e politici e diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite del 1966, purtuttavia è richiamata spesso nella giurisprudenza di Strasburgo⁴⁰ e costituisce ormai da tempo un valore immediatamente efficace anche nel sistema Cedu.

Nell'ordinamento dell'Unione europea l'iniziale lacuna è stata colmata in via giurisprudenziale dalla Corte di Giustizia che ha progressivamente riconosciuto il valore della dignità della persona, in stretta connessione con il principio di eguaglianza e non discriminazione, fino al pieno riconoscimento formale, con il Titolo I della Carta di Nizza-

³⁸ O. POLLICINO in *Prefazione* a R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Aracne, 2014.

³⁹ La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 10 dicembre 1948, parla comunque di dignità umana nel Preambolo.

⁴⁰ Basti pensare a Corte Edu, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*; Corte Edu, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*; Corte Edu, 27 marzo 2008, *Sukhovoy c. Russia*; Corte Edu, 21 febbraio 2011, *Aleksandr Makarov c. Russia* e, ancor più di recente Corte Edu, 8 gennaio 2013, *Torregiani c. Italia*; Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, in relazione alla previsione contenuta nell'ordinamento giuridico britannico della pena dell'ergastolo senza possibilità alcuna di ottenere la liberazione condizionale, ritenuta contraria all'art. 3 Cedu «[...] *the Convention system, the very essence of which, as the Court has often stated, is respect for human dignity*».

Strasburgo, dedicato alla dignità umana come valore «inviolabile» e fondamento stesso dei diritti fondamentali⁴¹.

Nella Costituzione italiana⁴², seppur non menzionata in modo frequente, la dignità personale è sempre sottesa al dettato costituzionale, perché implicitamente rientrante nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost. là dove si fa riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo.

La concezione astratta di tale “super-valore”, seppur suscettibile di assumere diversi significati, non pone particolari profili di criticità: i problemi sorgono dinanzi ai casi concreti in cui occorre declinare tale concetto, capire in che termini si parli di dignità della persona, soprattutto laddove il contro-interesse in gioco sia la vita, l'identità personale o la dignità di un altro individuo ed il tessuto normativo risulti carente o addirittura lacunoso.

La dignità umana per definizione è un concetto composito, in questo consta la sua “forza vivificante”, ed è suscettibile di racchiudere diversi significati: dalla dignità come valore intrinseco dell'essere umano come tale⁴³, alla dignità come diritto all'autodeterminazione, o, infine, come merito sociale o morale di una persona. Da ciò, l'estrema accortezza con la quale il giudice costituzionale impiega tale canone come risolutivo rispetto a temi eticamente sensibili.

È significativo, a tal riguardo, che la Corte Costituzionale non abbia dato, fino ad oggi, una definizione di dignità umana, impiegando tale concetto talvolta come limite rispetto ad altri diritti costituzionalmente tutelati, talaltra come vincolo alla discrezionalità del legislatore, altre volte ancora come criterio di bilanciamento fra interessi suscettibili di tutela, come elemento esplicativo di altri diritti fondamentali o, infine, come fonte di nuovi diritti⁴⁴.

Dalla giurisprudenza costituzionale, pertanto, non si ricava una nozione univoca di dignità della persona ma, ai fini della nostra indagine, occorre segnalare un caso esemplificativo in cui la Corte incentra su una sua particolare accezione la declaratoria di incostituzionalità, in un ambito dalle forti connotazioni etiche.

⁴¹ Così è definita dalla spiegazione all'art. 1 della Carta, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e riproclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 in vista della firma del Trattato di Lisbona. Come noto, in virtù dell'art. 6, paragrafo 1, primo comma, del Trattato sull'Unione europea, la Carta proclamata nel 2007 ha ora lo stesso valore giuridico dei Trattati.

⁴² La Costituzione italiana parla all'art. 3 Cost. di «dignità sociale», all'art. 32 Cost. di «rispetto della persona umana», all'art. 36 Cost. di «esistenza libera e dignitosa» e, infine, all'art. 41 Cost. si afferma che «l'iniziativa economica non può svolgersi in modo da arrecar danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana».

⁴³ R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2006, pg. 28 ss. scinde la dimensione della dignità nell'eguaglianza formale dell'individuo e nel suo diritto di autodeterminarsi sulle scelte attinenti alla propria vita.

⁴⁴ In tal senso M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, 2011.

Nella sentenza concernente il divieto di accesso alla eterologa⁴⁵, la decisione caducatoria si fonda sulla dignità della persona intesa come “diritto all’autodeterminazione nelle scelte procreative” ed è significativo notare come, in questa vicenda, il contro-valore in gioco fosse il «diritto del figlio a conoscere le proprie origini genetiche», quale aspetto della personalità dell’individuo e, quindi, della sua dignità come essere umano.

Emergono, così, due diverse “facce della stessa medaglia”, a dimostrazione di quanto questo concetto sia multiforme e privo di un’univoca connotazione semantica⁴⁶.

Sorge, quindi, spontaneo chiedersi se la chiave risolutiva degli *hard cases* possa esaurirsi nella definizione di un “super valore”, suscettibile di prevalere sugli altri in qualità di comun denominatore, o non occorra, piuttosto, il combinato impiego di una tecnica decisionale in grado di assicurare il minor sacrificio degli interessi in gioco.

1.6. Tecniche di giudizio impiegate dal Giudice delle Leggi: il bilanciamento dei diritti e l’uso della comparazione giuridica per rafforzare la ratio decidendi dinanzi a temi sensibili.

La tecnica di giudizio che consente il necessario, ragionevole contemperamento di una pluralità di interessi costituzionali concorrenti è il bilanciamento dei diritti che, come vedremo, costituisce la chiave di lettura delle pronunce costituzionali nelle materie sensibili oggetto di analisi. Questa tecnica è praticata da tempo nella giurisprudenza costituzionale, quale strumento privilegiato per l’attuazione di una Costituzione pluralista⁴⁷ che accoglie in sé una molteplicità di diritti, interessi e beni, nessuno affermato in termini assoluti, ciascuno capace di limitare legittimamente la portata dell’altro.

Nessun diritto fondamentale può farsi «tiranno»⁴⁸ e risultare protetto in modo esclusivo dalla Costituzione, al contrario, tutti i diritti costituzionali sono soggetti a bilanciamento,

⁴⁵ Cfr. Corte Cost., n. 162/2014.

⁴⁶ V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, afferma che «il ricorso al farraginoso concetto di “dignità” rappresenta tradizionalmente un comodo strumento per mettere a tacere ogni discussione sul bilanciamento degli interessi giuridici in gioco, attraverso la valorizzazione di un bene “superiore” rispetto a cui ogni istanza di tutela contrapposta perderebbe vigore». Scriveva W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi: Rivista di ermeneutica giuridica*, 2005, pg. 130-131 che impiegando il concetto di dignità umana si utilizzerebbe un argomento «che uccide la discussione».

⁴⁷ Lo sottolinea anche M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in www.cortecostituizionale.it, pg. 9 ss. Cfr. anche R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

⁴⁸ Così si esprime Corte cost. n. 85/2013, sul caso Ilva, «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme

nel solco di una integrazione reciproca. In questa visione “integrata” rientrano anche i diritti Cedu, per come applicati dalla giurisprudenza di Strasburgo, oggetto di contemperamento con gli altri interessi protetti dalla Costituzione⁴⁹.

Il bilanciamento si configura come un’operazione dinamica, espletata *in primis* dal legislatore e, in secondo luogo, dalla Corte costituzionale nei termini di un controllo sull’opzione legislativa, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, l’esito del quale non può consistere nel sacrificio totale di uno dei valori in gioco, di ciascuno dovendo essere preservato il nucleo essenziale.

Il bilanciamento dei diritti fondamentali, nella giurisprudenza costituzionale, assume un’altra caratteristica imprescindibile: tende alla «massima espansione delle tutele», all’ottimizzazione nella garanzia dei diritti coinvolti; da ciò, una disciplina legislativa che fosse tale da sacrificare un diritto fondamentale, senza ad un tempo determinare un *surplus* di tutela per altri interessi di pari rango, sarebbe per ciò stesso non bilanciata e, quindi, irragionevole.

Se volgiamo lo sguardo alla fecondazione medicalmente assistita possiamo notare che i progressi della ricerca e lo sviluppo delle biotecnologie hanno implementato il grado di efficacia delle tecniche di procreazione ma, al contempo, hanno imposto la ricerca di un bilanciamento⁵⁰ tra i diversi valori coinvolti, quali la libertà di autodeterminazione della persona, il diritto alla creazione di una famiglia, il diritto alla salute, il diritto alla vita del concepito e le esigenze di tutela del nato.

Nell’ambito della donazione di gameti, il potenziale conflitto tra «esigenze della procreazione» e la tutela del nato da fecondazione eterologa si risolve, nella sentenza n. 162/2014, in una constatazione della sproporzione che un divieto assoluto di accesso a tale tecnica cagiona alla libertà di autodeterminazione in ambito procreativo. La tutela del nato non ha carattere assoluto e deve essere oggetto di bilanciamento con quella che la Corte definisce «la libertà di scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia

non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. [...]».

⁴⁹ Cfr. Corte cost., n. 170/2013 «La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell’art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sent. n. 317 del 2009). Operazioni volte non già all’affermazione della primazia dell’ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele» (sent. n. 264 del 2012) «che spetta a questa Corte effettuare nello svolgimento del proprio infungibile ruolo».

⁵⁰ In tal senso anche M. P. COSTANTINI, *La donazione dei gameti nel dibattito giuridico europeo*, in *Procreazione assistita e tutela della persona*, a cura di A. BARENGHI, Cedam, 2011, pg. 51 ss.

con figli». I giudici costituzionali impiegano, quindi, la tecnica del bilanciamento per controllare il corretto esercizio della discrezionalità legislativa.

Ancora prima, nella pronuncia n. 151 del 2009, la Corte evidenziava come la legge n. 40/2004 fosse preordinata alla tutela delle «esigenze della procreazione» da contemperare con altri valori costituzionali, senza riconoscere ad alcuno di essi una tutela assoluta ed imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi.

È la medesima individuazione di un diritto che richiede un previo necessario contemperamento tra valori confliggenti: senza quel bilanciamento, il diritto stesso non potrebbe essere individuato nella sua corretta consistenza⁵¹.

Nelle sentenze n.n. 162/2014 e 151/2009, il dispositivo di accoglimento si fonda proprio sull'irragionevolezza⁵² del bilanciamento apprestato dal legislatore ai valori in conflitto.

La stessa tecnica era stata impiegata in un'altra risalente pronuncia concernente la libertà procreativa, la sentenza n. 332 del 2000, nella quale il Giudice delle Leggi dichiarava l'incostituzionalità del requisito dell'assenza di prole, previsto come necessario all'arruolamento nel corpo della Guardia di Finanza⁵³. In tal sede la libertà procreativa è per la prima volta riconosciuta come parte integrante della sfera delle libertà individuali, espressione della libertà di autodeterminarsi nella vita privata e suscettibile di limitazione soltanto in funzione della necessaria tutela di un altro interesse di rilievo costituzionale⁵⁴.

⁵¹ In tal senso cfr. R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, op. cit., pg. 269.

⁵² Non è certo possibile riportare la sterminata autorevole dottrina in tema di sindacato di ragionevolezza svolto dalla Corte Costituzionale, ma può essere utile partire da L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, pg. 899 ss., per poi approfondire la ricchissima dottrina dei Maestri lì richiamata. In particolare, vedi per tutti P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, Roma 13 e 14 ottobre 1992, pubblicati in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano 1994.

⁵³ Cfr. Corte Cost., n. 332/2000, nel giudizio in via incidentale sollevato dal Tar Lazio. In dottrina cfr. B. PASTORE, *Il diritto a procreare: natura, titolarità e limiti*, in *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di G. BALDINI, Torino, 2004, pg. 161 ss.

⁵⁴ Occorre rilevare che è ampio il dibattito in dottrina circa la configurabilità della cd. "libertà di procreare" quale diritto costituzionalmente garantito: alcuni autori la ammettono, riconducendola ai diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost., ex multis, F. RIMOLI, *Bioetica, diritti del nascituro, diritti delle generazioni future*, in R. NANIA- P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2001, pg. 340. Altri autori fanno riferimento alla famiglia come «società naturale» ex art. 29 Cost., ammettendo, così, la filiazione soltanto in ambito matrimoniale o di coppia *more uxorio* e la tutela del diritto a procreare solo in forma omologa, in tal senso cfr. A. PACE, *Problematiche alle libertà costituzionali, parte generale*, Padova, 2003, pg. 123 ss. Altri ancora riscontrano il fondamento della libertà di procreazione nella tutela della maternità ex art. 31 Cost. e del diritto al rispetto della vita privata ricavabile dagli art. 13, 14, 15 Cost., cfr. in tal senso M. OLIVETTI, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in *Guida al diritto - Dossier mensile "Le prospettive della famiglia"*, marzo 2004, pg. 51.

Questa stessa tecnica di giudizio ha portato la Corte a dichiarare l'illegittimità costituzionale⁵⁵ della disciplina legislativa che, in caso di sopravvenuto cambiamento di sesso di uno dei coniugi, impone il divorzio automatico, senza consentire alla coppia di accedere ad un'altra forma di convivenza che tuteli i loro reciproci diritti e obblighi. In questo caso l'irragionevolezza colpisce il bilanciamento legislativo tra l'interesse dello Stato a mantenere il paradigma eterosessuale del matrimonio e l'interesse della coppia a conservare la relazione coniugale nonostante la rettifica di sesso di uno dei componenti.

Nella stessa giurisprudenza di Strasburgo ormai non si contano più i casi di bilanciamento tra diritti, sia per la espressa previsione, nel testo della Convenzione, di limiti ai diritti medesimi (i.e. il limite della «necessità in una società democratica» ex art. 8 Cedu), sia per il ricorso a taluni canoni ermeneutici caratterizzati da incisiva creatività, uno fra tutti l'interpretazione evolutiva della Convenzione che esamineremo nel successivo paragrafo⁵⁶. La tecnica del bilanciamento accomuna, quindi, la *potestas iudicandi* delle due Corti, costituzionale e convenzionale, ma diverso è il suo esercizio dinanzi alla fattispecie concreta.

La Corte edu, quale giudice internazionale e del caso singolo, è chiamata ad individuare gli interessi sostanziali che contraddistinguono la fattispecie, sussumerli all'interno dell'ampio novero dei diritti espressamente previsti nella Convenzione, per poi soppesare, alla luce del criterio di necessità e del *consensus* convenzionale, la legittimità dei limiti imposti agli interessi in gioco dalla misura statale di ingerenza.

L'operazione di bilanciamento svolta dalla Corte Costituzionale non può, invece, prescindere dalle esigenze di sistema che contraddistinguono l'ordinamento giuridico nazionale: individuare i valori confliggenti significa, innanzitutto, ricostruire la *ratio legis* per non incorrere in una vera e propria invasione di campo nella sfera di discrezionalità riservata al legislatore. Occorre, poi, verificare che la disposizione censurata non determini un sacrificio eccessivo e sproporzionato di un certo diritto rispetto all'altro valore confligente, entrando così in gioco il test di ragionevolezza e proporzionalità.

Nonostante il diverso impiego di questa tecnica di giudizio nella giurisprudenza delle due Corti, proprio la vicenda relativa alla fecondazione eterologa merita di esser ricordata

⁵⁵ Cfr. Corte Cost., n. 170/2014 e in dottrina, *ex multiis*, G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul cd. "divorzio imposto"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, giugno 2014.

⁵⁶ In dottrina cfr. G. REPETTO, *Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di L. CASSETTI, Napoli, 2012, pg. 34 ss.

perché l'approccio del giudice costituzionale presenta considerevoli assonanze rispetto all'impostazione assunta, in precedenza, dalla I sezione in *SH. e altri c. Austria*.

La Corte edu in tal caso declina la tecnica in termini stringenti, in funzione della rigorosa applicazione del principio di non discriminazione: gli Stati non sono tenuti ad adottare leggi che legittimano la fecondazione eterologa ma, una volta che consentono tale procedura, devono regolarla in modo coerente e capace di tenere adeguatamente conto dei valori confliggenti⁵⁷.

Tale valutazione, nel giudizio convenzionale, si concretizza in uno "*strict scrutiny*"⁵⁸, ovvero in un controllo di proporzionalità con scrutinio stretto delle esigenze sottese alla misura di ingerenza statale: il divieto assoluto di ricorrere alla procreazione eterologa dovrebbe costituire il mezzo meno restrittivo dei contrapposti valori in gioco per risultare convenzionalmente compatibile.

Del pari, anche nella sentenza n. 162/2014 il bilanciamento si configura come un giudizio di stringente necessità e ragionevolezza: la libertà di autodeterminazione nelle scelte procreative non può subire una restrizione assoluta, in quanto libertà fondamentale, salvo che questa sia l'unica via percorribile per la tutela dell'altro valore costituzionale confligente. Il bilanciamento svolto dalla Consulta, ai fini del sindacato sul divieto di donazione di gameti, «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, *prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto* e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di tali obiettivi»⁵⁹. Il divieto è, pertanto, illegittimo poiché, secondo uno *strict scrutiny*, non costituisce il mezzo meno invasivo della contrapposta libertà fondamentale della coppia di formare una famiglia con dei figli.

Il controllo di stretta proporzionalità e necessità del bilanciamento legislativo accomuna i due giudizi ed è espressione di una certa convergenza metodologica tra Corti.

Dinanzi alla Grande Camera, invece, la tecnica del bilanciamento assume connotati del tutto differenti: non occorre valutare se il contemperamento di interessi, compiuto dal legislatore austriaco, si sia concluso con l'adozione del mezzo meno restrittivo possibile, la

⁵⁷ Corte edu, I Sezione, S. H. e altri contro Austria, 1.4.2010, § 74.

⁵⁸ Merita rilevare che questa stessa tecnica di giudizio è impiegata dalla Corte edu nell'ambito dei diritti sociali, formalmente assenti nella Convenzione: gli Stati sono liberi di prevedere o meno prestazioni sociali ma, una volta che le disciplinano, devono rispettare il principio di non discriminazione in senso stretto. Così facendo, la Corte edu può giungere ad estendere prestazioni sociali nazionali a soggetti pretermessi, cfr. ad esempio, in tema di congedi parentali, il caso Kostantin Martin c. Russia, 22 marzo 2012. In dottrina cfr. A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza Cedu*, in *Riv. Trim. dir. Pubb.*, n. 1/2013.

⁵⁹ Corte Cost., n. 162/2014, punto 13.

questione consiste, piuttosto, nel verificare se il legislatore abbia superato il margine di apprezzamento consentito⁶⁰. A tal riguardo, la mancanza di un solido consenso a livello convenzionale in materia di procreazione assistita induce la Corte a riconoscere un ampio margine di discrezionalità statale⁶¹: la tecnica del bilanciamento in tale decisione risulta recessiva rispetto ad un altro criterio decisionale, caro al giudice della Convenzione, il “*consensus* normativo”.

Attraverso la tecnica del *consensus* i giudici di Strasburgo si misurano costantemente con il canone della comparazione giuridica: la Corte edu ha in sé, nella sua struttura, il “seme” della comparazione, per la variegata origine dei suoi membri, e vi dà voce con una giurisprudenza parametrata al consenso riscontrabile presso gli ordinamenti statali in merito a determinate soluzioni.

Nelle decisioni che esamineremo la Corte edu svolge sempre una ricognizione delle discipline legislative dei Paesi contraenti, onde verificare quanto il margine di discrezionalità in quella materia sia ampio. Oltre al *consensus* normativo⁶², i giudici di Strasburgo hanno progressivamente elaborato degli “indici sintomatici” idonei ad incidere sul margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati aderenti: laddove sia in gioco un profilo particolarmente importante dell’esistenza o dell’identità di un individuo il margine sarà ristretto, mentre aumenterà qualora la fattispecie incida su questioni moralmente, eticamente o politicamente sensibili.

Tra i profili procedurali che, ad oggi, maggiormente avvicinano la giurisprudenza costituzionale a quella convenzionale vi è proprio l’impiego della comparazione giuridica⁶³ al fine di corroborare la *ratio decidendi* delle decisioni ed implementare il grado di razionalità delle relative argomentazioni.

In certi casi il giudice costituzionale impiega la comparazione giuridica per dimostrare l’assenza di un consenso generalizzato nell’ambito di determinate questioni: si passano in

⁶⁰ Corte edu, GC, S. H. e altri c. Austria, 3 novembre 2011, § 106.

⁶¹ È il Parlamento austriaco che meglio può giudicare «*on the exact content of the requirements of morals*» ed operare scelte fondate su un bilanciamento tra le diverse esigenze in gioco che mantenga profili di ragionevolezza e proporzionalità; Cfr. Corte edu, GC, S. H. e altri c. Austria, § 94-97.

⁶² L’ampiezza del margine di apprezzamento statale aumenta ogniqualvolta non vi sia un *consensus* normativo, a livello convenzionale, in ordine all’importanza degli interessi in gioco o ai mezzi migliori di protezione.

⁶³ Sulla varietà dei metodi della comparazione giuridica cfr. S. ROMANO, *Nuove pratiche nell’interpretazione dei diritti costituzionali: i metodi comparativi*, in *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. VIOLA, Il Mulino, Bologna 2012, 205 ss. Si è occupato del ricorso alla comparazione giuridica da parte del nostro giudice costituzionale negli ultimi anni P. PASSAGLIA, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un’indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015*, in *Consulta OnLine*, II/2015, 13 luglio 2015; evidenzia il rilievo della comparazione giuridica al fine dell’appagamento dei diritti, ancora di recente, A. RUGGERI, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 2/2015, 27 luglio 2015.

rassegna le diverse legislazioni degli Stati europei per mettere in evidenza l'ampia discrezionalità del legislatore in tali materie e la mancanza di una soluzione "a rime obbligate".

A titolo esemplificativo, si può ricordare l'intervento in tema di riconoscimento giuridico delle unioni *same sex*: spetta al Parlamento individuare le forme di tutela giuridica più appropriate, «*nei tempi, nei modi e nei limiti*»⁶⁴ che riterrà più opportuni, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, ed a conforto di tale ricostruzione la Corte richiama l'eterogeneità delle discipline normative adottate dai vari Paesi europei. Pur sussistendo la comune necessità di predisporre adeguate forme di riconoscimento per queste formazioni sociali, manca una soluzione costituzionalmente obbligata e la comparazione giuridica è lo strumento impiegato per dimostrarlo.

Nella diversa vicenda relativa alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche⁶⁵, la Corte riconosce che è compito del legislatore individuare le patologie che possono giustificare l'accesso di tali coppie alla PMA, le correlate procedure di accertamento, nonché le forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate, «anche valorizzando le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa».

In questa pronuncia la Corte impiega la comparazione giuridica per un diverso scopo, inviare un monito e fornire un indirizzo al legislatore nazionale: in molti sistemi europei la procreazione assistita e la diagnosi pre-impianto per le coppie fertili sono ammesse, dunque, si invita il legislatore a disciplinare tali tecniche guardando a quegli ordinamenti che ormai da tempo le consentono.

1.7. La giurisprudenza di Strasburgo e l'impiego della Convenzione come "living instrument".

La comparazione giuridica, come constatato, è un importante parametro di giudizio per la Corte ed ogniqualvolta si trovi a valutare il margine di discrezionalità concesso agli Stati nelle più svariate materie. A fianco di tale parametro si inserisce uno strumento ermeneutico suscettibile di incidere sul contenuto sostanziale della tutela offerta a Strasburgo: l'interpretazione evolutiva della Convenzione intesa come "*living instrument*". Per capire come si è sviluppata questa tecnica interpretativa nei settori oggetto di esame, occorre partire dal dato testuale della Convenzione posto a garanzia delle relazioni affettive

⁶⁴ Cfr. Corte Cost., n. 138/2010.

⁶⁵ Cfr. Corte Cost., n. 96/2015.

e familiari: se l'art. 8 Cedu tutela il generale diritto al rispetto della vita privata e familiare, l'art. 12 Cedu garantisce il diritto di sposarsi e di formare una famiglia. In entrambe le fattispecie, oggetto di tutela sono i diritti delle persone nell'ambito di relazioni familiari e non la famiglia in quanto istituzione autonoma, portatrice di propri interessi.

Mentre l'art. 12 Cedu copre i profili inerenti alla costituzione della famiglia quale legame giuridicamente e socialmente riconosciuto, quindi, riguarda azioni specifiche quali sposarsi o procedere all'adozione, l'art. 8 Cedu tutela, invece, i legami familiari risultanti da tali azioni⁶⁶ in uno stato continuativo e dinamico, includendo sia relazioni oggetto di riconoscimento giuridico (rapporto coniugale), sia legami biologici (rapporto di filiazione naturale), nonché relazioni basate su indici fattuali o sociali (relazioni di fatto anche tra persone dello stesso sesso). L'art. 8 Cedu, all'evidenza, ha una portata applicativa più ampia dell'art. 12 Cedu che si estende ben oltre la tutela della famiglia fondata sul matrimonio, fino a ricomprendere relazioni *de facto*, meritevoli di tutela contro eventuali illegittime interferenze dei pubblici poteri. Attraverso l'evoluzione della giurisprudenza convenzionale, l'art. 8 Cedu viene interpretato come un parametro ampio ed inclusivo, idoneo a ricomprendere interessi non espressamente menzionati nella Carta, come il diritto al rispetto della scelta di divenire o non divenire genitore genetico ed il diritto di accesso alle procedure di procreazione assistita⁶⁷, in quanto espressioni della vita privata e familiare della persona. In tal senso basterà ricordare il caso *Dickson c. Regno Unito*⁶⁸, nel quale è stata dichiarata l'illegittimità convenzionale del divieto, posto a carico di un detenuto condannato all'ergastolo, di ricorrere alla fecondazione assistita, unica via possibile per concepire in assenza di rapporti diretti con la compagna. In questa decisione l'interpretazione evolutiva del dato convenzionale ha portato ad estendere la tutela anche all'interesse a formare una famiglia con figli ed a divenire genitori genetici («*the right to respect for decision to become genetic parents*»)⁶⁹. Altrettanto significativa la vicenda *Evans c. Regno Unito*⁷⁰, concernente l'impianto di un embrione già fecondato in mancanza del consenso unanime dei due membri della coppia. La Corte edu, in tal caso, ha ritenuto

⁶⁶ Come riconosciuto da M. EIJKHOLT, *The Right to Found a Family as a Stillborn Right to procreate?*, in *Medical Law Review*, n. 18/2010, pg. 142, «another quality of Article 8 is that its protection would apply to everyone, unlike Article 12, and not be limited to a selected group of claimants, i.e. only to couples».

⁶⁷ In tal senso v. Corte edu, *Dickson c. Regno Unito*, 4.12.2007, § 65 e Corte edu, *Evans c. Regno Unito*, 10.04.2007, § 71-76.

⁶⁸ Corte edu, *Dickson c. Regno Unito*, 4.12.2007.

⁶⁹ La vicenda ricorda un analogo caso verificatosi in Italia: cfr. Cass. Pen., 30 gennaio 2008, ric. Madonia, in *Foro.it*, 2008, II, 272, che ha annullato il provvedimento del magistrato di sorveglianza dichiaratosi incompetente a decidere sul reclamo avverso la decisione dell'amministrazione penitenziaria con la quale era stata negata al detenuto l'autorizzazione al prelievo di liquido seminale, al fine di consentire alla moglie di accedere alla procreazione medicalmente assistita.

⁷⁰ Corte edu, *Evans c. Regno Unito*, 10.04.2007.

legittima la legislazione inglese che ammette la possibilità di non procedere all'impianto in caso di conflitto tra gli interessati, grazie ad un'interpretazione dell'art. 8 Cedu tale da ricomprendere il diritto al rispetto della decisione di divenire o *non divenire* genitore⁷¹.

Se in tali vicende il diritto alla genitorialità emerge nella sua dimensione individuale, nelle due successive decisioni *SH. e altri c. Austria*, si fa riferimento al diritto "della coppia" di concepire un figlio e ricorrere, se necessario, alle tecniche di procreazione assistita, come espressione della loro vita privata e familiare⁷².

L'interpretazione evolutiva della Convenzione costituisce, altresì, il perno del successivo caso *Costa e Pavan c. Italia*: in tal sede i giudici di Strasburgo ampliano il novero delle posizioni soggettive rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 8 Cedu, ricomprendendovi il «desiderio dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori e di ricorrere, a tal fine, alla procreazione assistita e alla diagnosi preimpianto»⁷³.

È interessante notare la forza espansiva riconosciuta all'art. 8 Cedu: dal diritto alla procreazione (*Evans*) discende il diritto a diventare genitori genetici (*Dickson*) e ad accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (*SH.*), diritto che, a sua volta, si lega al desiderio di procreare un figlio non affetto da malattie genetiche di cui i genitori siano portatori (*Costa e Pavan*).

Dal punto di vista della certezza dei rapporti tra genitori e figli, per i giudici di Strasburgo il legame tra madre naturale e prole costituisce ormai da tempo "vita familiare" ex art. 8 Cedu per il semplice fatto della nascita, secondo il principio *mater semper certa est*,

⁷¹ La Corte ha affermato – nel caso *Evans* – che il concetto di vita privata «*incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent*», in quanto espressione di «*individual's physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see Pretty, cited above, § 61)*» (punto 7).

⁷² L'opzione comune, di fondo di questi arresti è di inquadrare le questioni attinenti all'accesso alla procreazione assistita nel contesto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8 Cedu, anziché nell'ambito dell'art. 2 della Convenzione, optando, così, per il riconoscimento del principio di autodeterminazione e di scelta in questa delicata materia. Tra i temi di carattere etico, correlati a quelli oggetto di analisi, che meriterebbero un autonomo approfondimento, vi è la tutela del diritto alla vita ex art. 2 Cedu con particolare riguardo alla figura del concepito. Sul punto la Corte di Strasburgo nei casi *X c. Regno Unito*, 1980, *H. c. Norvegia*, 1992, *Vo. C. Francia*, 2004, *Evans c. Regno Unito*, 2006, ha affermato che, in mancanza di un consenso europeo sulla definizione scientifica e giuridica dell'inizio vita, la questione relativa al "quando" inizia la vita e la sua tutela rientra nel margine di apprezzamento degli Stati. Come evidenzia la Corte edu nel caso *Vo c. Francia*, § 84, la stessa Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina non definisce la portata della nozione di "ogni persona" (*everyone*) o di "essere umano" (*human being*), lasciando ai paesi firmatari ampia libertà ermeneutica.

⁷³ Corte edu, *Costa e Pavan c. Italia*, 28.8.2012, § 57 «*le désir des requérants de procréer un enfant qui ne soit pas atteint par la maladie génétique dont ils sont porteurs sains et de recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée et au D.P.I.*».

richiamato sin dal risalente caso *Marckx c. Belgio*⁷⁴, restando salvo il diritto della madre a non esser menzionata nell'atto di nascita. Il legame tra padre naturale e figlio è, invece, qualificabile come “vita familiare” in presenza di canoni di effettività come la coabitazione, l'interessamento del padre al figlio, o l'esistenza di una relazione tra i genitori.

In caso di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, l'art. 8 Cedu offre tutela al legame tra il genitore che ha avuto accesso alle procedure ed il figlio con le stesse concepito, in presenza sia del dato biologico sia dell'effettività del rapporto relazionale.

È, invece, suscettibile di tutela *ex art. 8 Cedu*, a prescindere da qualsivoglia legame genetico, il rapporto di filiazione adottiva, come insegnano i casi *Pini e altri c. Romania*⁷⁵ ed il più recente *Moretti e Benedetti c. Italia*⁷⁶, nonché il legame con il figlio del *partner* dello stesso sesso, nato mediante fecondazione eterologa⁷⁷.

Occorre ricordare anche un recente intervento della seconda sezione della Corte edu che ha visto come protagonista lo Stato italiano, condannato per aver consentito l'allontanamento di un minore dalla coppia di istanti che aveva fatto ricorso all'estero alla procedura di maternità surrogata, vietata in Italia⁷⁸. Lo snodo fondamentale della decisione *Paradiso e Campanelli* consta nell'aver riconosciuto l'esistenza di una “vita familiare” *de facto*, suscettibile di tutela *ex art. 8 Cedu*, a prescindere da qualsivoglia legame genetico tra il minore e la coppia di committenti e, soprattutto, dalla durata della convivenza: rileva soltanto che i coniugi abbiano trascorso con il minore le prime tappe importanti della sua giovane vita. Questo slancio in avanti della sezione è stato in parte ridimensionato dalla *Grande Chambre* che ha ricollocato l'allontanamento del minore, nel caso *sub iudice*, fra le misure incidenti sulla “*private life*” dei coniugi, e non sulla loro “vita familiare”, alla luce di tre fattori coesistenti: l'assenza di qualsiasi legame biologico tra il minore ed i ricorrenti, la breve durata della loro relazione e l'incertezza giuridica dei rispettivi rapporti, a causa della condotta illecita dei due coniugi⁷⁹.

⁷⁴ Corte edu, *Marckx c. Belgio*, 13.6.1979, § 31.

⁷⁵ Corte edu, *Pini e altri c. Romania*, 22.6.2004.

⁷⁶ Corte edu, *Moretti e Benedetti c. Italia*, 27.4.2010.

⁷⁷ In tal senso vd. Corte edu, *X., Y., Z c. Regno Unito*, 22.4.1997, § 37 e, più di recente, Corte edu, *Gas e Dubois c. Francia*, 15.3.2012, § 37.

⁷⁸ Corte edu, sez. II, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27.01.2015, ric. n. 25358/12.

⁷⁹ In data 24 gennaio 2017 la Grande Camera ha parzialmente superato la decisione della sezione nel caso *Paradiso e Campanelli*. La Corte ha escluso l'esistenza di una “vita familiare” tra i ricorrenti ed il bambino per l'assenza di qualsiasi legame biologico, la breve durata della loro coabitazione e l'incertezza dei rispettivi legami da un punto di vista giuridico. La *Grande Chambre* ha comunque ritenuto applicabile l'art. 8 Cedu, poichè la misura censurata costituisce un'ingerenza nella “vita privata” dei ricorrenti, ma ne ha escluso la violazione a causa dell'ampio margine di apprezzamento statale nel riconoscimento giuridico di legami di filiazione, soprattutto quando è in gioco una questione sensibile come la maternità surrogata e per il corretto

Anche se questa decisione della Grande Camera frena la forza espansiva della nozione di “vita familiare”, il fulcro ed attuale punto di arrivo della giurisprudenza di Strasburgo sul tema resta il medesimo: legame genetico e relazione familiare sono due profili distinti, seppur connessi, e la seconda non necessariamente presuppone il primo⁸⁰, né il mero legame genetico è automaticamente suscettibile di tutela convenzionale⁸¹.

1.8. Il giudice della Convenzione dinanzi a temi eticamente controversi: self restraint o Corte interventista?

Nell’ambito delle delicate questioni che saranno approfondite nel proseguo emergerà il crescente ruolo esercitato dalla giurisprudenza di Strasburgo: il diritto di famiglia nasce come un elemento cardine dell’identità nazionale, eppure, oggi costituisce un importante banco di prova per la tutela multilivello offerta dal giudice costituzionale e dalla Corte edu⁸². La giurisprudenza di Strasburgo ha fortemente contribuito a ridefinire il concetto di “relazione familiare”, mediante un’interpretazione evolutiva della Convenzione e degli strumenti di tutela da essa offerti.

Emblematico, in tal senso, il caso *Costa e Pavan c. Italia* caratterizzato da un interventismo, per così dire, “bifronte”, incidente sia sui limiti procedurali della cognizione convenzionale⁸³, sia sul profilo sostanziale dell’individuazione di un nuovo interesse meritevole di tutela. Mentre quest’ultimo aspetto è stato in parte già evidenziato e sarà oggetto di ulteriore approfondimento, merita porre l’attenzione sul primo di tali profili, quello processuale: i giudici della Convenzione ritengono direttamente ricevibile il ricorso della coppia, nonostante il mancato previo esperimento di qualsivoglia strumento interno di tutela.

La residualità del ricorso convenzionale viene posta in secondo piano all’apposito fine di sanzionare l’incoerenza della legislazione italiana in materia di accesso alla diagnosi pre-

bilanciamento di interessi effettuato dalle corti italiane; cfr. GC, Co. Eur. Dir. Uomo, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, § 215: “*The Court accepts that the Italian courts, having assessed that the child would not suffer grave or irreparable harm from the separation, struck a fair balance between the different interests at stake, while remaining within the wide margin of appreciation available to them in the present case*”.

⁸⁰ In tal senso cfr. Corte edu, *Nazarenko c. Russia*, 16.07.2015.

⁸¹ In tal senso Corte edu, *J.R.K. c. Paesi Bassi*, 8.02.1993, in cui la Commissione ha ritenuto insufficiente il mero dato biologico della donazione del gamete maschile per la costituzione di una vita familiare suscettibile di tutela, in mancanza di un legame personale.

⁸² In tal senso cfr. A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra corti europee e corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?* in *Consulta-online*, 29 maggio 2014.

⁸³ In tal senso cfr. C. PINELLI, “*Valutazione sistemica*” versus, cit., pg. 4231, il quale afferma «Non si nega che l’ambizione della Corte europea di raggiungere uno status costituzionale stia da ultimo superando i confini del momento interpretativo per intaccare i limiti della cognizione che le sono assegnati dalla Cedu, compreso il principio di sussidiarietà.. mi riferisco a *Costa e Pavan v. Italy*».

impianto per le coppie fertili, portatrici di malattie genetiche. Non costituisce motivo di irricevibilità il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, ai sensi dell'art. 35 Cedu, in quanto il divieto di diagnosi pre-impianto deriva direttamente dalla legge, rispetto alla quale il sistema italiano non prevede uno strumento di impugnazione da parte dei soggetti lesi. In tal modo i giudici di Strasburgo sembrano, tuttavia, negare rilievo al sistema incidentale del sindacato sulle leggi, vigente nel nostro ordinamento, in una sorta di "vocazione costituzionale" del proprio ruolo⁸⁴.

Tale statuizione processuale, come vedremo, può avere ripercussioni problematiche sul piano dei rapporti tra sistema interno di tutela e sistema convenzionale, tanto più se consideriamo che non rappresenta un *apax*: già in precedenti decisioni⁸⁵ i giudici della Convenzione hanno escluso l'accesso alla Corte costituzionale italiana dal novero dei ricorsi interni effettivi, stante l'impossibilità per il cittadino di adire in via diretta il Giudice delle Leggi.

Questo interventismo procedurale, nel caso *Costa e Pavan*, ha consentito al collegio di entrare nel merito della questione di convenzionalità ed ampliare il novero degli interessi meritevoli di tutela *ex art. 8 Cedu*.

Del pari la *Grande Chambre*, nella vicenda *SH. c. Austria*, ha mostrato un certo attivismo dinanzi alla problematica questione del divieto di donazione di gameti: se per la I sezione l'accesso alla procreazione assistita rientrava "*nell'ambito*" dell'art. 8 Cedu ai limitati fini dell'applicazione del principio di non discriminazione *ex art. 14 Cedu*, la Grande Camera afferma a chiare lettere che si tratta di un diritto direttamente tutelato dal rispetto della vita privata e familiare⁸⁶.

L'evoluzione giurisprudenziale che ha caratterizzato l'art. 8 Cedu ha indubbiamente implementato i modelli di genitorialità e superato lo stesso concetto di famiglia "legittima".

Basti pensare al noto caso *Schalk e Kopf c. Austria*⁸⁷ in cui i giudici di Strasburgo affermano, per la prima volta, che l'unione omosessuale rientra nella nozione di "vita

⁸⁴ Cfr. J.J. VASEL, "El "margin of appreciation" como elemento clave en el Derecho constitucional europeo", in *Revista de Derecho constitucional europeo*, vol. 6, n. 11, 2009, pg. 206, definisce la Corte EDU «Tribunal constitucional europeo». Recentemente su tale aspetto, D. TEGA, *I diritti in crisi: tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁸⁵ Cfr. Corte edu, Brozicek c. Italia, 19 dicembre 1989, § 34; Corte edu, Coffarati c. Italia, 24 febbraio 2009, § 48; GC, Corte edu, Hirsi Jamaa ed altri c. Italia, 23 febbraio 2012.

⁸⁶ GC, Corte edu, SH. e altri c. Austria, § 82: «the Court considers that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life».

⁸⁷ Corte edu, Schalk e Kopf c. Austria, 24 giugno 2010, cfr., *ex multis*, G. REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione "virtuosa" di un diritto*, in *Rivista*

familiare” al pari della coppia uomo-donna⁸⁸; statuizione dalla quale discenderà, nella successiva sentenza *Oliari*, un vero e proprio obbligo positivo, a carico dello Stato, di riconoscimento giuridico quale formazione familiare.

Enuclerare nuove situazioni giuridiche nel tentativo di ricomprenderle “*nell’ambito*” della Convenzione, attraverso un’interpretazione evolutiva molto marcata, è una delle funzioni che la Corte edu esercita con sempre maggior frequenza nella tutela multilivello dei diritti fondamentali.

Tale approccio consente al giudice di Strasburgo di esercitare un incisivo ruolo di stimolo nei confronti degli Stati contraenti verso l’emersione di nuovi interessi suscettibili di tutela. Se è ormai riconosciuto e consolidato l’intento di creare un comune spazio giuridico europeo, a maggior ragione nella garanzia dei diritti fondamentali della persona, come ben dimostra anche l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed il riconoscimento alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati, il vero banco di prova è, tuttavia, rappresentato dalle garanzie di effettività dei diritti “proclamati” sulla carta, quindi, dall’effettività degli strumenti giuridici di tutela.

Muovendo da questa prospettiva, è indubbio che la Corte edu con le sue decisioni svolga un’azione di progressiva armonizzazione a livello europeo, favorendo il processo evolutivo del quadro dei diritti meritevoli di tutela; tuttavia, è altrettanto evidente che la giurisprudenza convenzionale non si occupa più soltanto di garantire standard minimi di tutela ai diritti enunciati nella Convenzione: il cittadino europeo si rivolge ormai direttamente a Strasburgo per ottenere un livello più elevato di garanzie anche dal punto di vista della “qualità” della tutela sostanziale.

Sorge allora spontaneo chiedersi fino a dove possa spingersi questo attivismo in ambiti in cui manca un consenso generalizzato, a livello convenzionale, circa la meritevolezza di certi interessi.

AIC, 2010; M. CASTELLANETA, *Il divieto di matrimonio tra coppie dello stesso sesso non viola la convenzione*, in *Famiglia e minori*, 2010, pg. 86 ss.

⁸⁸ Mentre nella successiva GC, Corte edu, *Vallianatos c. Grecia*, 7 novembre 2013, si precisa che quando uno Stato decide discrezionalmente di introdurre una legislazione che riconosce le unioni civili non può limitarne l’ambito di applicazione alle sole coppie eterosessuali.

Capitolo II

Procreazione medicalmente assistita

Parte Prima

La progressiva demolizione giurisprudenziale della legge n. 40/2004.

2.1. La legge sulla procreazione medicalmente assistita ed il tentativo di svolgere un ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco.

Il progresso tecnico-scientifico ha stimolato l'emersione di nuovi interessi dei quali possono essere titolari i singoli, come individui, o nelle formazioni sociali nelle quali si esplica la loro personalità, prima fra tutte la "famiglia". L'avanzare della scienza medica ha consentito di intervenire sul fenomeno naturale della procreazione non soltanto in senso negativo, con metodi anticoncezionali ed abortivi, ma anche in direzione positiva, mediante tecniche finalizzate al concepimento. Tale inarrestabile processo, mentre accresce il potere dell'uomo di incidere su fenomeni naturali, contestualmente determina l'indefettibile necessità di porre degli argini e stabilire le condizioni atte ad indirizzare detto potere al benessere della persona umana e all'affermazione dei suoi valori.

L'incontro tra diritto e tecnologie biomediche ha portato alla nascita di nuove posizioni soggettive, quali la libertà procreativa, il diritto di conoscere le proprie origini genetiche ed ha, altresì, stimolato l'emersione di nuove caratteristiche in diritti "consolidati"⁸⁹, creando inevitabilmente anche nuove situazioni di potenziale conflitto.

La delicata materia della procreazione medicalmente assistita si colloca al centro di queste molteplici sollecitazioni, al crocevia tra scienza e diritto: da un lato, racchiude quel complesso di strumenti medico-chirurgici volti a favorire la soluzione di problemi riproduttivi e, dall'altro, rientra nel più ampio ambito di disciplina del cd. biodiritto⁹⁰, ovvero quell'area delle scienze giuridiche che studia le problematiche inerenti alla tutela

⁸⁹ Si pensi al diritto alla salute ed al passaggio da una tutela della dimensione meramente fisica ad una garanzia estesa anche ai profili psichici.

⁹⁰ Sono molteplici le definizioni elaborate in dottrina: dallo studio sistematico dei principi giuridici che orientano la condotta umana individuale e collettiva nell'area delle scienze della vita, cfr. P. SINGER, *Etica pratica*, Napoli, 1989; settore del diritto che studia i problemi concernenti la tutela della vita fisica ed, in particolare, le implicazioni giuridiche delle scienze biomediche, cfr. S. LEONE, S. PRIVITERA, (a cura di), *Dizionario di bioetica*, Palermo, 1994; o ancora, diritto relativo a fenomeni della vita organica del corpo, della generazione, dello sviluppo, della maturità, della vecchiaia, della salute, della malattia e della morte, cfr. U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Milano, 1998. Infine, *ex multiis*, sui collegamenti tra morale, diritto e politica in prospettiva bioetica, cfr. P. ZATTI, *Dal consenso alla regola: il giurista in bioetica*, in *Rass. Dir. Priv.*, 1994, pg. 523 ss.

della vita umana e le implicazioni giuridiche derivanti dall'evoluzione delle scienze mediche. Il biodiritto è chiamato a qualificare giuridicamente, ad organizzare ed, infine, a regolare fattispecie neppure immaginabili fino a qualche anno addietro, create dallo sviluppo della scienza e delle tecnologie ad essa applicate.

Il settore della procreazione medicalmente assistita sarà oggetto di un'ampia disamina nel seguente capitolo, proprio perché costituisce un'importante cartina di tornasole per l'analisi dei rapporti tra discrezionalità politica, sindacato di ragionevolezza (giuridica e scientifica) ed operazioni di bilanciamento della Corte Costituzionale, profili che si collocano al centro della presente attività di indagine.

Nella disciplina legislativa e nell'evoluzione giurisprudenziale dell'inizio vita, emergono gli istituti classici del confronto tra diritto e politica: il bilanciamento tra diritti e libertà, i limiti all'esercizio degli stessi, lo scrutinio di ragionevolezza sulle scelte operate dal legislatore.

Di regola, quando la Corte costituzionale si trova di fronte a questioni particolarmente sensibili nel dibattito politico, il giudizio viene declinato nei termini della “non manifesta irragionevolezza” della opzione legislativa, ditalché, per sancire l'illegittimità della legge, la Corte richiede che essa sia “manifestamente irragionevole o arbitraria”⁹¹. In questi casi il sindacato costituzionale si concretizza in una forma di scrutinio “minimale”, cioè di controllo che la posizione costituzionale coinvolta non sia compromessa nel suo nucleo essenziale.

Nella giurisprudenza in tema di fecondazione assistita, invece, la Corte si discosta da siffatta “impostazione prudenziale”, sino ad arrivare, nella sentenza n. 162/2014, a sindacare con uno *strict scrutiny* l'esercizio della discrezionalità del legislatore.

Occorre, tuttavia, procedere con ordine, cercando di inquadrare la disciplina legislativa nella quale si sono inseriti i molteplici interventi del Giudice delle Leggi e della Corte edu, in un crescente attivismo interno e convenzionale.

Le procedure mediche di assistenza al concepimento sono state praticate per molti anni in Italia in assenza di una specifica disciplina legislativa, sulla base di una “*soft law*”

⁹¹ A titolo esemplificativo si può ricordare Corte cost., n. 249/2010 che respinse la questione di costituzionalità del reato cosiddetto di “clandestinità”. Ivi il Giudice delle Leggi circoscrive l'ambito del giudizio di ragionevolezza sulla discrezionalità legislativa «solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie»; poi muove delle possibili censure alle scelte operate dal legislatore che ha introdotto una tale forma di reato e, infine, conclude che «simili valutazioni attengono, tuttavia, all'opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria: piano di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità».

caratterizzata prevalentemente dall'autoregolamentazione dei codici deontologici⁹². La legge n. 40/2004⁹³ che reca “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, fu approvata a seguito di un acceso dibattito politico, dalle forti connotazioni ideologiche, dopo un lungo *iter* parlamentare e con notevole ritardo rispetto ad altri Paesi europei⁹⁴.

Questa legge interviene in un ambito materiale caratterizzato da un ampio tessuto di principi e valori di rango costituzionale: dalla libertà di autodeterminazione rispetto alla procreazione, comprensiva della libertà di accesso ai mezzi resi disponibili dal progresso scientifico per il superamento di casi problematici, alla tutela della salute psichica e fisica della donna, fino a ricomprendere la garanzia della dignità umana e delle aspettative di vita del concepito, nonché la libertà della ricerca e della scienza.

L'apertura del legislatore del 2004 alle nuove tecniche procreative è stata, tuttavia, prudente e limitata, tanto che la dottrina ha espresso note di forte criticità⁹⁵ rispetto ad una legislazione che appariva connotata in senso fortemente repressivo e sanzionatorio, quasi a voler disincentivare l'impiego di tali procedure.

Tra le opzioni politiche qualificanti la legge n. 40 vi è quella di riconoscere, in apertura, al concepito una piena protezione giuridica, anticipando, così, il momento a partire dal quale la persona umana è suscettibile di tutela⁹⁶.

⁹² Cfr. in tal senso A. COSSIRI, *La demolizione giurisprudenziale della legge 40/2004*, in *La fecondazione vietata*, a cura di A. COSSIRI, G. DI COSIMO, pg. 32 ss. Oltre ai codici deontologici, a disciplinare la materia prima della legge n. 40/2004 vi erano anche ordinanze, circolari e decreti del Ministero della Salute: con una circolare del primo marzo 1985, l'allora Ministro della Salute Costante Degan vietò alle strutture pubbliche l'espletamento di pratiche di tipo eterologo, consentite da quel momento solo nelle strutture private. La Circolare è stata definita sul punto «incompleta e frettolosa nelle sue valutazioni» da S. MINERVINI, *La procreazione medicalmente assistita*, Halley, Matelica, 2007, pg. 63. È stato rilevato, inoltre, che il divieto imposto alle strutture pubbliche aveva «l'effetto di lasciare campo aperto [...] alle strutture private, mosse – per definizione – dal solo fine di lucro», in tal senso G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giu. Mer.*, 2009, XII, pg. 3002.

⁹³ In dottrina hanno analizzato la legge n. 40/2004, *ex multiis*, U. SALANITRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, sub artt. 1 – 18, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Della famiglia, vol. IV, Utet, Torino, 2010, 509-631; F. D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge n. 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, I, pg. 459 ss.; I. CORTI, *La procreazione assistita*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. FERRANDO, Bologna, 2007, III, pg. 491 ss.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007, pg. 151 ss.; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004; M. MANETTI, *Profili di legittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. Dir.*, 2004, pg. 453 ss. Di «matrice ideologica» della legge n. 40 parla già R. BIN, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'ALOIA, Giappichelli, Torino, 2005, pg. 22.

⁹⁴ Cfr. in tal senso *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, a cura di C. CASONATO, E. FROSINI, Giappichelli, 2006.

⁹⁵ Esprimono criticità rispetto alla legge n. 40/2004: M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, *op. cit.*, pg. 453 ss. e P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 3/2004, pg. 523 ss.

⁹⁶ Può essere utile, in tale prospettiva, guardare alle tesi e ai timori espressi in quegli stessi anni da J. HABERMAS nel suo noto saggio su *Die Zukunft der menschlichen Natur, Auf dem Weg zu einer liberalen*

Pur prevedendo una vasta gamma di divieti a tutela del nascituro e ponendo al centro delle proprie scelte regolatorie la garanzia delle sue aspettative di vita⁹⁷, la legge n. 40/2004 omette di darne una specifica definizione.

Sottesa a tale opzione è la probabile difficoltà di individuare il momento a partire dal quale si può parlare di essere umano, anche se *in fieri*, suscettibile di tutela. La nascita, infatti, non costituisce più un evento istantaneo, assume i connotati di un processo in divenire, dai contorni sfumati ed il legislatore, nell'esercizio di una scelta di discrezionalità politica, è chiamato a stabilire il *discrimen* tra ciò che costituisce "vita" e ciò che vita ancora non è⁹⁸.

Dal punto di vista della coerenza "interna" tra soluzioni concretamente adottate e premesse poste, l'art. 1 della legge n. 40/2004 richiama l'obiettivo di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», mentre le disposizioni successive pongono delle rilevanti restrizioni in ordine all'impiego delle tecniche di assistenza alla procreazione, al punto che, in dottrina, si è parlato di «procreazione giuridicamente ostacolata»⁹⁹. Sono stati, inoltre, sollevati dubbi di coerenza "esterna" tra il bilanciamento di interessi sotteso alla legge n. 40 ed il contemperamento previsto nella legge n. 194/1978¹⁰⁰, incentrato, quest'ultimo, sulla prevalenza della libertà di autodeterminazione e del diritto alla salute psico-fisica della donna rispetto alle aspettative di vita del concepito.

Una scelta fondamentale del legislatore del 2004 è stata l'introduzione, all'art. 4, comma 3, di un espresso ed assoluto divieto di ricorrere alla fecondazione "eterologa", circoscrivendo, così, le tecniche ammesse, soltanto a quelle di tipo "omologo", caratterizzate dall'impiego del materiale genetico della stessa coppia interessata.

Eugenik?, Frankfurt am Main, 2001, trad. it. *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, a cura di L. CEPPA, Torino, 2002.

⁹⁷ In tal senso anche A. COSSIRI, *La demolizione giurisprudenziale della legge 40/2004*, in *La fecondazione vietata, op.cit.*, pg. 33 e G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico religioso*, *ivi*, pg. 13 ss.

⁹⁸ Anche Tar Lazio, sez. III-quater, sent. 21.1.2008, n. 398, metterà in evidenza in modo significativo che la definizione di embrione non può competere ad un'autorità amministrativa né essere disciplinata da un regolamento, ma appartiene, in quanto espressione di una scelta di discrezionalità politica, al legislatore.

⁹⁹ Cfr. C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, in E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento: Università di Trento. Dipartimento di scienze giuridiche, 2005, pg. 13-40.

¹⁰⁰ In dottrina evidenziano tale vizio di irragionevolezza in relazione alla legge n. 194/1978, *ex multis*, S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, pg. 417 ss.; L. RISCATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pg. 679 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pg. 510 ss. Ritene sostanzialmente irragionevole l'intera disciplina della procreazione assistita: G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, pg. 344 ss.

Sono posti, inoltre, dei limiti soggettivi di accesso alla procreazione medicalmente assistita, risultando ammesse soltanto le «coppie maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»¹⁰¹, con esclusione, quindi, dei singoli, delle coppie dello stesso sesso, dei minori e di tutti coloro che abbiano superato l'età potenzialmente fertile (espressione oscura, non specificata dal legislatore, neppure in base a parametri medico-scientifici). Dal punto di vista oggettivo, le condizioni di accesso alla PMA consistono nella «sterilità o infertilità inspiegate, documentate da atto medico»¹⁰² o derivanti da «causa accertata e documentata da atto medico» (ex art. 4 comma 1), purché sia «accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione»¹⁰³.

Il ricorso a tali tecniche¹⁰⁴ è stato successivamente esteso dalle linee guida del 2008 anche alle coppie in cui l'uomo sia affetto da malattia sessualmente trasmissibile, come il virus HIV, o l'epatite, mentre è rimasto in vita per lungo tempo, fino al recente intervento caducatorio del Giudice delle Leggi¹⁰⁵, il divieto di accesso alla PMA per le coppie, né sterili né infertili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili¹⁰⁶.

Il capo IV della legge n. 40/2004 è, invece, dedicato alla tutela dell'embrione e prevede, a tale scopo, una molteplicità di divieti assoluti: quello di sperimentazione, anche in riferimento agli embrioni soprannumerari non destinabili all'impianto, nonché il divieto di produzione di embrioni a fini di ricerca, di selezione eugenetica, di clonazione, di produzione di ibridi con specie diverse. Tali fattispecie integrano un reato, a norma dell'art. 13 della legge n. 40, ed implicano la sospensione dall'esercizio della professione

¹⁰¹ A norma dell'art. 5, legge n. 40/2004.

¹⁰² I concetti di "sterilità" e di "infertilità" sovente vengono confusi e sovrapposti, probabilmente in ragione di una contaminazione con la lingua inglese che si riferisce alla sterilità con il termine *infertility*; tuttavia la "sterilità" consiste nella incapacità di iniziare, o di fare iniziare una gravidanza, dopo una serie di rapporti non protetti eseguiti per un periodo di tempo che cambia in rapporto all'età, in particolare a quella della donna (si definisce "secondaria" la sterilità di una coppia che in precedenza è riuscita a concepire); l'"infertilità" è invece la condizione della donna o della coppia che, pur essendo in grado di concepire, non riesce a dare alla luce figli vivi e capaci di sopravvivere (classico sintomo di infertilità sono i ripetuti aborti).

¹⁰³ Merita, tuttavia, rilevare che la prescrizione di cui al comma 1, art. 4, legge n. 40/2004 è facilmente aggirabile grazie all'attribuzione di particolare rilievo, nella stessa legge, alla situazione di "sterilità idiopatica", ovvero dipendente da causa non accertabile ma resa evidente dalla reiterazione di rapporti sessuali non protetti e privi di esito, che gli stessi richiedenti autocertificano con una dichiarazione dall'attendibilità difficilmente verificabile; cfr. in tal senso anche A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della corte edu in tema di diagnosi preimpianto*, in *Penale contemporaneo*, n. 2/2014, pg. 255.

¹⁰⁴ Le linee guida del 2004, adottate con d.m. 22 luglio 2004, hanno optato per un'interpretazione estensiva, consentendo l'accesso alla PMA anche nei casi di ipofertilità e di assenza di concepimento dopo 12-24 mesi di tentativi, previa attestazione dello specialista.

¹⁰⁵ Corte Cost., n. 96/2015.

¹⁰⁶ In tal senso cfr. anche A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della corte edu in tema di diagnosi preimpianto*, op.cit., pg. 255.

sanitaria. Sono penalmente sanzionati¹⁰⁷ anche i divieti di crioconservazione e soppressione di embrioni, il divieto di produrre un numero di embrioni superiore a tre (quest'ultimo giudicato illegittimo dalla Corte Costituzionale nel 2009), nonché il divieto di riduzione di embrioni in gravidanze plurime.

Esaminate le scelte fondamentali sottese alla legge n. 40, occorre volgere l'attenzione anche alla prospettiva comparata e guardare alla legislazione europea vigente in materia, più volte richiamata dal giudice di Strasburgo e dalla Corte Costituzionale, in quel processo demolitorio¹⁰⁸ che ha progressivamente interessato i punti più qualificanti della disciplina italiana.

2.2. Uno sguardo agli ordinamenti europei in materia di procreazione assistita: l'isolamento del contesto italiano e il fallimento della vicenda referendaria.

La disciplina giuridica di questo settore è stata anche in Europa al centro di un ampio dibattito e di accese riflessioni che esulano dal mero dato giuridico, per aprirsi ad interrogativi di carattere etico, talvolta filosofico, a tematiche complesse quali lo statuto dell'embrione, l'irripetibilità della persona, il "diritto" alla procreazione. Tale dibattito ha portato ad esiti diversi, soprattutto per quanto attiene al potere di intervento statale, così come diverso è stato l'approccio dei legislatori europei nel disciplinare la materia. In alcuni ordinamenti, come quello francese, si procede ad una revisione periodica della disciplina legislativa, alla luce delle acquisizioni scientifiche e dei dati esperienziali acquisiti, in altri, invece, la difficoltà di legiferare sul tema porta al mantenimento delle soluzioni giuridiche individuate, o ad una regolamentazione in via non legislativa. Nonostante l'eterogeneità che contraddistingue il panorama europeo¹⁰⁹, la legge n. 40/2004 si colloca in una

¹⁰⁷ A norma dell'art. 14, legge n. 40/2004.

¹⁰⁸ Per un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema cfr. anche G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla fecondazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2011, pg. 517 ss. e A. CIERVO, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2008, pg. 3669 ss. Nel complesso, a partire dall'entrata in vigore della legge n. 40/2004 fino al 2015, si contano almeno 6 rinvii alla Corte Costituzionale che si è pronunciata ben 4 volte con decisioni di incostituzionalità, mentre i giudici di merito sono intervenuti ben 31 volte in ordine all'applicazione dei divieti prescritti dalla legge. Tra gli interventi dei giudici comuni, su cui cfr. paragrafo n. 2.4., si ricordano la sentenza del Tribunale di Cagliari del 24 settembre 2007 che disapplicò le Linee Guida applicative della legge 40/2004, ammettendo, così, la diagnosi pre-impianto e, nello stesso senso, l'ordinanza del Tribunale di Firenze del 19 dicembre 2007. Si vedano poi la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, n. 398 del 21 gennaio 2008, che ha definitivamente annullato le Linee Guida governative nella parte in cui limitavano l'indagine sull'embrione al mero tipo osservazionale; ancora, senza pretesa di completezza, le ordinanze del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009, del Tribunale di Salerno del 9 gennaio 2010 e del luglio 2010, in cui viene ordinato l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e l'esecuzione della diagnosi pre-impianto a coppie non sterili in senso tecnico, portatrici di malattie genetiche.

¹⁰⁹ Per una ricognizione del panorama legislativo europeo in materia cfr. L. BALESTRA, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese*, in *La fecondazione assistita*.

posizione di complessivo isolamento in una prospettiva di diritto comparato¹¹⁰: gran parte delle disposizioni di maggior momento, quali il divieto di accesso alla procreazione eterologa e alla diagnosi genetica pre-impianto, nonché il divieto assoluto di sperimentazione sull'embrione faticano a trovare eguali nella normativa di altri Paesi culturalmente e giuridicamente vicini al nostro¹¹¹.

Per evidenti esigenze di “economia del lavoro”, sarà possibile verificare l'attuale assetto regolativo soltanto di alcuni Paesi europei, selezionati secondo due diversi parametri: il criterio “storico-culturale” che avvicina alcuni Stati all'Italia sotto il profilo delle tradizioni storiche, culturali e, nondimeno, giuridiche (es. Spagna, Francia e Germania) ed il parametro della “giurisprudenza convenzionale” che consentirà di esaminare la legislazione di quei Paesi più volte convenuti a Strasburgo (i.e. Regno Unito ed Austria).

Nel variegato panorama europeo in materia di procreazione assistita si possono distinguere discipline fondate su un modello più permissivo (Spagna e Gran Bretagna), da quelle che si ispirano ad un paradigma relativamente più chiuso (Germania, Francia ed Austria); in ordine alla tecnica normativa, ci sono Paesi in cui la fonte legislativa tende ad assorbire e regolare ogni aspetto (Francia, Austria e Spagna), altri in cui la legge rinvia a decisioni *case-by-case* adottate da un'autorità indipendente (Gran Bretagna), altri ancora nei quali una normativa, pur consistente, lascia un discreto margine di decisione alla giurisprudenza (Germania).

Il legislatore francese è intervenuto ben dieci anni prima di quello italiano in materia di procreazione assistita¹¹² ed ha individuato tra i requisiti oggettivi per l'accesso, non soltanto l'esistenza di problemi di sterilità o infertilità accertata della coppia, ma anche l'obiettivo di impedire la trasmissione al nascituro di patologie genetiche di cui uno o entrambi i genitori siano portatori.

Similmente alla disciplina nostrana, il ricorso a tali procedure è consentito soltanto alle coppie di sesso opposto, entrambe viventi, in età procreativa, coniugate, legate in un *Pacs*

Riflessioni di otto grandi giuristi, Milano, 2005, pg. 77 ss.; C. CASONATO, T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006.

¹¹⁰ In tal senso cfr. anche C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, *op. cit.*

¹¹¹ Basti pensare che la quasi totalità di tali Stati, come vedremo, consente l'accesso alle tecniche riproduttive non soltanto in ragione della sterilità della coppia, ma anche nell'evenienza in cui vi sia la probabilità di trasmettere al nascituro malattie provocate da alterazioni cromosomiche o dei geni.

¹¹² Legge n. 94-654, 29 luglio 1994, *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et audiagnostic prénatal*, così come modificata dalla legge n. 2004-800, 6 agosto 2004 *sur la bioéthique* e, successivamente, dalla legge n. 2011- 814, 7 luglio 2011 che ha autorizzato la ratifica della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e della biomedicina firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997.

o coppie di fatto¹¹³, mentre è precluso, come in Italia, l'accesso alle donne *single* e ai *partners* di coppia omosessuale.

La *Loi de Bioéthique* ammette la diagnosi pre-impianto a titolo eccezionale, quando sussiste «la forte probabilità della nascita di un figlio affetto da una malattia genetica di particolare gravità, considerata incurabile al momento della diagnosi». Per quanto attiene alle tecniche di procreazione ammesse, la Francia rientra fra gli ordinamenti, per così dire, più “liberali” che consentono, oltre alla PMA omologa, anche il ricorso alla donazione di gameti¹¹⁴, sia *in vivo* che *in vitro*, sia maschili che femminili, con l'unico limite del divieto di ricorrere alla “doppia donazione” (ovvero alla donazione di entrambi i gameti) e alla maternità surrogata che, come in Italia, costituisce un illecito penale.

Un elemento di rilevante differenziazione rispetto al sistema italiano è l'espressa previsione del cd. “dono dell'embrione”, concepito mediante la procreazione assistita, previo assenso della coppia non interessata al suo impianto. Merita rilevare, a tal riguardo, che il Comitato Nazionale di Bioetica, con parere del 18 novembre 2005, aveva auspicato l'introduzione anche in Italia della cd. “adozione per la nascita” degli embrioni soprannumerari, crioconservati e dichiarati in “stato di abbandono”, soluzione, tuttavia, mai accolta dal legislatore nazionale.

In Germania, invece, non è stata introdotta una apposita legge volta a disciplinare le tecniche di procreazione assistita: il perno della regolamentazione in materia è contenuto nella cd. “*Embryonen schutzgesetz*”¹¹⁵, legge penale complementare, nonché nel codice civile tedesco, nella Legge fondamentale e nelle linee guida del 2006.

Il ricorso alla procreazione assistita era originariamente consentito, come in Italia, soltanto per finalità di tipo procreativo, per ovviare a problemi di sterilità o infertilità della coppia¹¹⁶, fino a quando, su impulso della Corte costituzionale tedesca¹¹⁷, è stata introdotta una disposizione¹¹⁸ che, pur mantenendo un generale divieto di diagnosi genetica pre-impianto, consente eccezionalmente di sottoporre embrioni concepiti *in vitro* a tale pratica, quando esiste un alto rischio di trasmissione di gravi malattie o malformazioni ereditarie,

¹¹³ La legge n. 2011-814 ha soppresso l'esigenza di vita comune per almeno due anni.

¹¹⁴ Merita rilevare che anche Svezia, Norvegia e Danimarca consentono il ricorso alla procreazione assistita di tipo eterologo.

¹¹⁵ *German Embryo Protection Act, Embryonenschutzgesetz – EschG*, 13 Dicembre 1990, la Legge per la tutela dell'embrione.

¹¹⁶ Mentre non era ammesso per impedire la trasmissione di patologie genetiche.

¹¹⁷ Cfr. BGH, 6/7/2010, 5 StR 386/09, in www.hrr-strafrecht.de.

¹¹⁸ Con legge 21 novembre 2011, la c.d. Legge sulla diagnosi genetica preimpianto (DGP) (*Präimplantationsdiagnostikgesetz*), è stato introdotto il nuovo art. 3a ESchG.

di un aborto spontaneo o di una morte uterina del feto, previo consenso di un'apposita commissione etica¹¹⁹.

Per quanto concerne i profili soggettivi, l'ordinamento tedesco pone dei limiti particolarmente restrittivi, consentendo l'accesso alla PMA soltanto alle coppie eterosessuali, coniugate, con uno specifico limite di età per le donne, fissato a 40 anni. Nel caso di coppia non coniugata, legata da convivenza stabile, l'accesso è subordinato ad una previa consulenza con un'apposita commissione istituita dall'Ordine dei medici, mentre, come in Francia ed in Italia, è preclusa ogni possibilità di accesso ai singoli e alle coppie omosessuali.

Tra le tecniche di procreazione assistita ammesse figurano la fecondazione omologa e l'eterologa, *in vivo* ed *in vitro*, ad eccezione della donazione di gameti femminili (cd. ovodonazione), che è sanzionata penalmente insieme alla maternità surrogata.

Un profilo di particolare rilievo che non ha eguali rispetto agli altri sistemi esaminati è la specifica garanzia apprestata dall'ordinamento tedesco al diritto del nato da eterologa di conoscere le proprie origini: colui che è stato concepito mediante donazione di gameti maschili può, infatti, avere accesso alle informazioni relative all'identità del donatore.

Tra gli Stati che adottano una regolamentazione, per così dire, "liberale" della materia figura la Spagna¹²⁰, ove l'accesso alla PMA è consentito non soltanto alle coppie eterosessuali, sposate o conviventi, ma anche alle donne *single* maggiorenni, dotate di capacità di agire ed in buono stato di salute psico-fisica. Il ricorso a tali tecniche è ammesso per ovviare a eventuali problemi riproduttivi o per evitare la trasmissione di patologie genetiche¹²¹ ed è consentita sia la procreazione assistita di tipo omologo, sia la donazione di gameti, maschili e femminili, con l'espressa previsione della garanzia dell'anonimato; mentre è vietata, anche in Spagna, la surrogazione di maternità.

Un ordinamento giuridico che non può essere trascurato dalla presente analisi è quello austriaco, poiché interessato da due significative decisioni della Corte dei diritti umani in

¹¹⁹ Il Governo tedesco ha recentemente emanato il regolamento attuativo della legge sulla diagnosi genetica preimpianto, entrato in vigore il 1° febbraio 2014 (*Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik*). Il regolamento si occupa di definire le procedure da rispettare, disciplinare il rilascio delle autorizzazioni ai centri specializzati, compresa la qualifica dei medici abilitati a lavorarvi e la durata delle autorizzazioni stesse, la composizione ed il funzionamento della commissione etica interdisciplinare e la gestione della documentazione.

¹²⁰ La disciplina è attualmente contenuta nella legge n. 14/2006 che racchiude la normativa in materia di PMA, contenuta nella legge n. 35/1988, e la disciplina in materia di donazione e utilizzazione di embrioni e feti umani, cellule, tessuti o organi, contenuta nella legge n. 42/1988.

¹²¹ Il sistema spagnolo consente la diagnosi genetica pre-impianto, *ex art.* 12, legge n. 14/2006, qualora siano soddisfatte una serie di condizioni riguardanti la natura della malattia che deve essere «grave», di «manifestazione precoce» e «incurabile alla luce delle attuali conoscenze scientifiche».

materia di donazione di gameti che esamineremo nel proseguo. La legge austriaca¹²² ammette l'accesso a tecniche riproduttive artificiali solo in costanza di matrimonio o di una relazione di convivenza analoga al matrimonio (*Lebensgefährten*), qualora ogni altro possibile e ragionevole trattamento fallisca o non abbia ragionevole possibilità di successo. È consentita la fecondazione omologa e la donazione di gameti maschili soltanto ai fini della fecondazione *in vivo* (mentre è esclusa per quella *in vitro*) ed è sempre vietata la donazione di gameti femminili. Nei limitati casi in cui è ammessa la procreazione eterologa è prevista la garanzia dell'anonimato anche se, dal compimento dei 14 anni, il minore può chiedere di prendere visione dei dati relativi al donatore. Come nell'ordinamento italiano sono vietate le pratiche della maternità surrogata, della donazione di embrioni, nonché la diagnosi pre-impianto e l'attività di ricerca scientifica sugli embrioni.

Da ultimo, un ordinamento lontano dalle tradizioni giuridiche e culturali del sistema italiano, ma al centro di significativi interventi a Strasburgo¹²³, è quello del Regno Unito: lo *Human Fertilisation Act* del 30 ottobre del 1990, aggiornato nel 2008¹²⁴, consente l'accesso alle tecniche di procreazione assistita sia allo scopo di superare problemi procreativi sia al fine di evitare la trasmissione di patologie genetiche.

Il profilo più significativo di questa disciplina consta nella mancata previsione di limiti soggettivi per l'accesso alla PMA: ad essa possono ricorrere le coppie, sposate o conviventi, sia eterosessuali sia omosessuali, nonché il soggetto *single*. Sono ammesse le tecniche di procreazione di tipo omologo ed eterologo, con donazione di gamete maschile e femminile, nonché la diagnosi pre-impianto e, come in Francia, la donazione di embrioni non impiegati da una coppia nel proprio ciclo di procreazione artificiale. Contrariamente a quanto accade nel generale contesto normativo europeo, nel sistema britannico è, infine, tollerata la pratica della maternità surrogata.

Svolto questo breve *excursus* sulla legislazione europea vigente in materia di procreazione assistita, occorre volgere nuovamente lo sguardo alla disciplina normativa interna per constatare il divario sussistente. In tutti i Paesi esaminati è consentito il ricorso alla donazione di gameti quantomeno maschili, in Italia, invece, vigeva, fino all'intervento della Consulta del 2014, un rigoroso ed assoluto divieto di accesso a qualsiasi pratica di tipo eterologo; la stessa diagnosi genetica pre-impianto è ammessa in ognuno degli Stati

¹²² *Fortpflanzungsmedizingesetz*, Legge n. 275, 7 Luglio 1992, "Legge federale di introduzione di norme di riproduzione assistita, nonché di riforma del codice civile, della legge sul matrimonio e della norma di giurisdizione".

¹²³ Si pensi ai casi *Dickson c. Regno Unito*, 4.12.2007 e *Evans c. Regno Unito*, 10.04.2007.

¹²⁴ Con lo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008.

esaminati, salvo l’Austria, mentre l’Italia ha dovuto attendere l’intervento costituzionale additivo del 2015 per rimettersi al passo con il contesto europeo.

Dal punto di vista cronologico, nell’analisi degli itinerari giurisprudenziali che hanno interessato la legge n. 40/2004, il primo intervento della Corte costituzionale italiana ha riguardato il giudizio di ammissibilità sulle richieste referendarie del 2005. Come noto, infatti, a distanza di pochi mesi dalla sua entrata in vigore, la legge n. 40 è stata oggetto di cinque quesiti referendari e, come altrettanto noto, la vicenda si è conclusa con il mancato raggiungimento del *quorum* di validità, avendo partecipato alla consultazione soltanto il 25,9% degli aventi diritto. Con la sentenza n. 45/2005 la Corte dichiarava inammissibile il quesito avente ad oggetto l’abrogazione dell’intera legge, perché qualificata come “costituzionalmente necessaria”¹²⁵: primo intervento legislativo organico in una materia che «coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quantomeno un bilanciamento tra di loro che assicuri un livello minimo di tutela legislativa». In tale pronuncia¹²⁶, tuttavia, la Corte non indicava il contenuto essenziale ed indefettibile ai fini del bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, né spiegava perché il vuoto legislativo, eventualmente prodotto dalla abrogazione integrale, avrebbe creato una situazione di maggior incostituzionalità rispetto alla disciplina vigente. La Corte dichiarava, invece, ammissibili, con le sentenze n. 46, 47, 48, 49/2005¹²⁷, i restanti quattro quesiti concernenti profili specifici della legislazione, su alcuni dei quali sarà puntualmente chiamata ad intervenire in sede di giudizio in via incidentale (i.e. il divieto di ricerca sugli embrioni a fini di sperimentazione terapeutica, il divieto di revoca del consenso all’impianto dopo la fecondazione, la norma che prescrive la produzione del numero di embrioni necessario ad un unico impianto e non superiore a tre ed, infine, il divieto di

¹²⁵ Corte Cost., n. 45/2005, punto 6, in *Giur. Cost.*, 2005, pg. 337 ss., con nota di G. MONACO, *Il referendum per l’abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle “leggi costituzionalmente necessarie”*, *ivi*.

¹²⁶ Tale decisione è stata oggetto di critiche in punto motivazionale da parte di autorevole dottrina: in tal senso cfr. E. LAMARQUE, *Referendum sulla procreazione assistita: l’inammissibilità del quesito totale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2005, pg. 382; anche A. RUGGERI, *Tutela minima di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, in M. FORTINO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, Giappichelli, 2005.

¹²⁷ In riferimento alla complessiva vicenda referendaria sulla legge n. 40/2004 cfr. M. AINIS, *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005; A. RUGGERI, *Tutela minima di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, *op. cit.*; A. PUGIOTTO, *Fuga dal referendum: “Comitati del no” e Governo a Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 marzo 2005; S. PENASA, *L’ondivaga categoria delle leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 aprile 2005; A. DI BLASI, *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 3/2004; V. SATTA, *Scoprire definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d’insieme alle sentenze sul referendum del 2005*, in *www.amministrazioneincammino.it.*, 23.07.2007.

donazione di gameti¹²⁸). Secondo il Giudice delle Leggi nessuno dei quattro quesiti aveva ad oggetto disposizioni costituzionalmente necessarie, o indefettibili secondo il diritto internazionale: si trattava di norme rientranti nell'ampia discrezionalità legislativa, l'abrogazione delle quali non avrebbe determinato il venir meno di una tutela costituzionalmente imposta.

Alla luce di tali pronunce, considerata l'ampiezza e la centralità dei singoli quesiti ammessi¹²⁹ rispetto all'intero assetto legislativo, è rimasta aperta la questione dell'individuazione dei profili qualificanti e costituzionalmente indefettibili della legge n. 40, ciò che ha fatto strada ai successivi interventi giurisprudenziali demolitori¹³⁰.

2.3. Cade il primo divieto della legge n. 40: una importante decisione della Corte costituzionale forse non così tranchant come potrebbe apparire prima facie.

Il primo consistente intervento giurisprudenziale, da taluni qualificato come "riscrittura" della legge n. 40/2004, si concretizza nella sentenza n. 151 del 2009¹³¹, con la quale la Corte adotta un dispositivo di accoglimento parziale della questione relativa all'art. 14, comma 2¹³², là dove stabilisce l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e fissa un numero di embrioni non superiore a tre, ed un dispositivo additivo in riferimento all'art. 14, comma 3¹³³, aggiungendo il principio secondo il quale il trasferimento degli embrioni,

¹²⁸ Con decisione n. 49 del 2005, la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile il quesito avente ad oggetto il divieto di donazione di gameti (art. 4, comma 3) e le relative sanzioni (art. 9, comma 1 e art. 12, comma 1 e 8). Secondo la Consulta l'abrogazione di tali disposizioni non avrebbe fatto venir meno «un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario»; inoltre, il quesito risultava omogeneo e non contraddittorio, avendo ad oggetto tutte e soltanto quelle disposizioni concernenti la procreazione con gameti esterni alla coppia. Da ultimo, il quesito non aveva carattere propositivo, si configurava come meramente caducatorio, poiché diretto a rimuovere un divieto previsto *ex lege*.

¹²⁹ In tal senso cfr. D. TEGA, *Referendum sulla procreazione assistita: del giudizio di ammissibilità per valori*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2005, pg. 385 ss.

¹³⁰ Gli interventi demolitori della Consulta, secondo parte della dottrina, avrebbero smantellato lo stesso "intento precauzionale" della legge n. 40/2004, in tal senso cfr. L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa*, op. cit., pg. 5 ss.

¹³¹ Corte cost., n. 151/2009, tra i molteplici commenti alla sentenza cfr. in particolare M. D'AMICO- I. PELLIZZONE, *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte Costituzionale*, Milano, 2012, pg. 128 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. Cost.*, 2009, pg. 1688 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena difendere"?*, ivi, pg. 1696 ss.; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *ConsultaOnline*; G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, pg. 521-533; R. VILLANI, *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina l.n.40/2004*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, pg. 495 ss.

¹³² L'art. 14, comma 2, legge n. 40/2004, oggetto della declaratoria di incostituzionalità, stabiliva: «Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'art. 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre».

¹³³ L'art. 14, comma 3, legge n. 40/2004, oggetto della declaratoria di incostituzionalità, stabiliva: «Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore

in precedenza sospeso, deve essere realizzato il prima possibile ma «senza pregiudizio della salute della donna»¹³⁴.

Le questioni di legittimità costituzionale¹³⁵, sollevate dal TAR Lazio e dal Tribunale di Firenze, erano particolarmente delicate perché, da un lato, si ponevano all'incrocio tra scienza e diritto e, dall'altro, rischiavano di condurre la Corte nel vivo dell'agone politico, essendo la procreazione medicalmente assistita un tema oggetto di acceso dibattito tra le forze politiche e nella stessa società civile.

Senza trincerarsi in una declaratoria di inammissibilità¹³⁶, la Corte “decide di decidere” entrando nel merito delle questioni sollevate: censura un vizio di irragionevolezza della legge n. 40, là dove appresta una tutela assolutizzante al solo embrione e sacrifica tutti gli altri diritti in gioco mediante la previsione di un divieto assoluto. L'eccessiva rigidità del limite, posto in via legislativa, al numero di embrioni impiantabili si scontrerebbe¹³⁷, nel ragionamento dei giudici costituzionali, con lo scopo procreativo sotteso alla legge, farebbe aumentare i rischi di pregiudizio per il diritto alla salute della donna (a causa della possibile insorgenza di patologie collegate alla reiterazione dei cicli di stimolazione ovarica¹³⁸) e si porrebbe in contrasto con il principio di eguaglianza (un eguale trattamento sarebbe applicato a casi diversi), nonché con il principio della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita.

relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile».

¹³⁴ Con la successiva ordinanza, Corte cost., 12 marzo 2010, n. 97 si precisa che, dalla sentenza n. 151/2009, deriva la possibilità di produrre più di tre embrioni e di crioconservarli.

¹³⁵ La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata con sentenza emessa il 21 gennaio 2008 dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio e con ordinanze del 12 luglio e del 26 agosto 2008 del Tribunale ordinario di Firenze, rispettivamente iscritte ai nn. 159, 323 e 382 del registro ordinanze 2008 e pubblicate nelle Gazz. Uff. nn. 22, 44 e 50, I serie speciale, dell'anno 2008, nel procedimento amministrativo promosso dalla Warm (*World Association Reproductive Medicine*), contro il Ministero della Salute, e nel procedimento civile instaurato da C.M. e R.G. avverso il Centro di procreazione assistita Demetra s.r.l. Oltre alle disposizioni poi dichiarate incostituzionali, i giudici *a quibus* avevano sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 14, comma 1 (là dove vieta la crioconservazione e la soppressione di embrioni) e all'art. 14, comma 4 (divieto di riduzione embrionaria per gravidanze plurime), questioni dichiarate inammissibili per difetto di motivazione sulla rilevanza nel giudizio *a quo*; anche in riferimento all'art. 6, comma 3 (sulla non revocabilità del consenso informato) è stata dichiarata l'inammissibilità sempre per difetto di motivazione sulla rilevanza.

¹³⁶ Come avvenuto con l'ordinanza n. 369/2006 avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale del divieto di diagnosi pre-impianto.

¹³⁷ In dottrina era stata denunciata da tempo l'incostituzionalità della disposizione che imponeva al medico di utilizzare una pratica non ottimale e contraria alla deontologia ed all'etica medica, cfr. R. BIN, G. BRUNELLI A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Atti dei seminari “preventivi” ferraresi Amicus curiae, 18 aprile 2008, Torino, 2008.

¹³⁸ Mediante la previsione di un numero massimo di ovociti fecondabili pari a tre e vietando la crioconservazione degli embrioni non impiantati si verificavano, nella prassi, due possibili difficoltà: gli embrioni creati (al massimo tre) risultavano spesso insufficienti a determinare una gravidanza nelle donne in età più matura, o con una ridotta capacità di assicurare l'attecchimento in utero, al contrario, nelle donne più giovani vi era il rischio di provocare gravidanze trigemellari.

L'interrogativo che si pone dinanzi all'interprete è se, con un intervento di tal fatta, la Corte abbia sostituito una propria scelta discrezionale a quella politica del legislatore, o viceversa, il sindacato di costituzionalità si sia mantenuto entro gli argini posti a carico del "controllore".

Consapevole del labile confine tra discrezionalità politica e controllo di ragionevolezza, la Consulta evidenzia, in motivazione, il principio di fondo della legge n. 40/2004 (art. 1), secondo cui le tecniche riproduttive non devono creare un numero di embrioni superiore a quello «strettamente necessario» allo scopo procreativo e procede, consequenzialmente, a sostituire al preciso limite numerico, previsto dalla legge, un'indicazione teleologico-finalistica¹³⁹ in linea con la *ratio legis*¹⁴⁰.

La Corte non ha, inoltre, sindacato la scelta¹⁴¹, posta a fondamento della legge n. 40, di riconoscere al concepito la qualifica di "soggetto di diritto", al pari di tutti gli altri soggetti coinvolti nella procreazione assistita (*ex art. 1, legge n. 40/2004*), limitandosi, piuttosto, a censurare l'irragionevolezza del bilanciamento legislativo tra i valori confliggenti in gioco. A seguito della pronuncia resta impregiudicata anche la questione dell'ammissibilità della diagnosi pre-impianto¹⁴², rientrando nell'ambito delle scelte politiche del legislatore: considerata la delicatezza degli interessi coinvolti, la legittimità di tale pratica non sembra poter trovare fondamento soltanto su argomentazioni ermeneutiche *a contrario*¹⁴³.

¹³⁹ Analoga a quella prevista nella legislazione austriaca: cfr. art. 10, Legge n. 275 del 7 luglio 1992, in virtù del quale il numero di embrioni da fecondare ed impiantare in utero deve essere quello «sufficiente in base all'esperienza ed alle più recenti conoscenze medico-scientifiche a dare inizio nell'arco di un ciclo ad una riproduzione assistita».

¹⁴⁰ In definitiva, la Corte mantiene saldo il principio cardine della legge n. 40 della strumentalità delle tecniche rispetto allo scopo riproduttivo, senza sostituirsi al legislatore nel dettare il numero di embrioni da produrre: il protocollo illegittimo non viene, infatti, sostituito da un altro più gradito alla Corte.

¹⁴¹ In tal senso cfr. M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, *op.cit.*, pg. 1690 ss.

¹⁴² In tal senso anche L. VIOLINI, *Note minime ad una decisione problematica. Il punto di vista dei giuristi*, in *I diritti delle coppie infertili*, a cura di I. PELLIZZONE, Milano, 2010, pg. 191 ss. e anche S. LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto*, *op.cit.* Secondo D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2/2010, la Corte sembra aver operato «"col cesello" piuttosto che con "la scure"». Per M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2009, «la Corte colpisce unicamente la pretesa del legislatore di farsi medico o scienziato». In senso contrario cfr. M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in *I diritti delle coppie infertili*, *op.cit.*, pg. 214 ss., e G. FERRANDO, *Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, I, 2013, pg. 20 ss., la quale evidenzia che la sentenza della Corte «nel momento in cui autorizza la produzione del numero di embrioni ritenuto dai medici appropriato al caso singolo, schiude la porta alla possibilità di fare diagnosi preimpianto».

¹⁴³ Per tal via non appare suscettibile di applicazione la diagnosi e selezione pre-impianto ai casi rientranti nella clausola eccezionale di liceità della crioconservazione, di cui al comma 3 dell'art.14, che opera soltanto quando il trasferimento «non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna». Anche dopo la modifica introdotta con la sentenza n. 151/2009, la disposizione continua a riferirsi ad un ostacolo all'impianto inizialmente "imprevedibile" e tale non appare il rischio, già preventivato, da coppie portatrici di malattie genetiche che chiedono l'accesso alla pma allo specifico scopo di una selezione pre-impianto: la Corte evita, così, di invadere un campo appartenente alla sfera di

In questa stessa ottica di *self restraint* può essere inquadrata anche la scelta della Consulta di prendere le distanze dalla soluzione di accoglimento manipolativo, prospettata dal Tribunale di Firenze¹⁴⁴, in riferimento all'art. 14, comma 3, prediligendo la soluzione meno *tranchant* di un'additiva di principio¹⁴⁵.

Così facendo, la Corte sembra aver operato con una certa cautela nell'ambito di questioni eticamente controverse, ponendo, altresì, l'accento sull'opportunità di distinguere tra discrezionalità legislativa e discrezionalità medica¹⁴⁶. Quest'ultima, concretizzandosi nella scelta del mezzo tecnico più idoneo al raggiungimento dello scopo terapeutico, non dovrebbe invadere la sfera di discrezionalità riservata al legislatore, consistente, invece, nella determinazione degli obiettivi e fini da perseguire con la fonte legislativa (i.e. lo scopo procreativo e la tutela della salute della madre e del feto). Al medico spetta la determinazione del *quantum*, in ordine al principio di «stretta necessità» del trattamento rispetto al fine procreativo, determinazione che non viene più stabilita *erga omnes* per legge, ma demandata all'autonoma valutazione dello specialista, chiamato a decidere la migliore e più adeguata pratica per la singola fattispecie concreta¹⁴⁷.

discrezionalità del legislatore. In tal senso cfr. anche F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pg. 564, e poi M. MANETTI, *La sentenza sulla PMA, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2009.

¹⁴⁴ Soluzione che avrebbe dato luogo ad una normativa di risulta del seguente tenore: "Per grave e documentata causa relativa allo stato di salute della donna è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi".

¹⁴⁵ Con la quale viene dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna»: a ben vedere questa deroga al divieto generale di crioconservazione, previsto dal comma 1, art. 14, si inserisce in modo coerente nel tessuto legislativo, quale soluzione consequenziale, alla luce della disposizione generale dell'art. 6, comma 4, che consente al medico di non procedere al trattamento di PMA richiesto «per motivi di ordine medico-sanitario».

¹⁴⁶ In tal senso anche A. GAMBINO e A. NICOLUSSI, *Alcuni rilievi sulle interpretazioni della sentenza della Corte costituzionale sulla legge 40/2004*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 Maggio 2009.

¹⁴⁷ La delimitazione tra discrezionalità medica e legislativa emerge chiaramente nelle parole della Corte: la disposizione censurata è illegittima, poiché non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione *case by case* del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto. In tal senso anche G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 maggio 2009. Afferma G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *La nuova giurisprudenza commentata*, n. 2/2009: «Al ruolo del medico, sminuito dalla legge che ne faceva un esecutore di ricette preconfezionate dal legislatore, viene ora restituita dignità». Già con Corte cost., n. 338, 14 novembre 2003, in *Giur. Cost.*, 2003, 6, e n. 282, 26 giugno 2002 in *Dir. e giust.*, n. 29/2002, pg. 31, la Corte costituzionale aveva affermato il principio secondo cui, in materia di pratica terapeutica, la discrezionalità legislativa deve essere subordinata alle acquisizioni scientifiche e sperimentali, in continua evoluzione.

Come anticipato¹⁴⁸, la decisione si colloca nel solco di quella giurisprudenza costituzionale “pionieristica” che attribuisce un ruolo centrale alla scienza, intesa come limite alla discrezionalità del legislatore, in funzione della salvaguardia dei diritti costituzionali alla salute della donna e alla vita dell’embrione.

Questo “primato” della scienza è, tuttavia, circoscritto alle modalità dell’intervento terapeutico: la Corte non sembra mettere in discussione il potere del legislatore di stabilire i principi ispiratori e la scelta di fondo che sorregge l’intero impianto della legge n. 40, ovvero il riconoscimento dei diritti di tutti i soggetti coinvolti dalla procreazione, aventi pari dignità. In nessuna parte della sentenza si legge ciò che fu scritto nella decisione n. 27 del 1975, pure invocata dal Tribunale di Firenze¹⁴⁹, secondo cui l’embrione «persona deve ancora diventare» e, dunque, non esiste equivalenza tra i suoi diritti e quelli di chi persona è già.

Non sembra un caso che questo precedente neppure sia richiamato: la Corte costituzionale non stabilisce il primato della salute della donna sul diritto alla vita dell’embrione, non determina un bilanciamento “a senso unico”, gerarchicamente preordinato. Ciò che il Giudice delle Leggi censura è l’assolutezza della tutela garantita all’embrione nel momento in cui è inserito nel corpo della donna: in tal caso, il suo diritto di svilupparsi e nascere entra in relazione e, talvolta, in conflitto con il diritto alla salute di colei che lo riceve, circostanza della quale non è possibile non tener conto, se non a costo di trattare il corpo femminile come un mero “contenitore”.

La rideterminazione del bilanciamento operata dalla Corte sembra, pertanto, in linea con la *ratio legis* espressa nell’art. 1 della legge n. 40, là dove accanto alla soluzione dei problemi riproduttivi pone l’obiettivo di assicurare «i diritti di tutti i soggetti coinvolti», compresa la donna che accoglie l’embrione.

Guardando al margine di “creatività” dell’intervento caducatorio, il Giudice delle Leggi sembra aver agito nell’ambito delle sue prerogative costituzionali: censura la legge nella parte in cui, prevedendo un bilanciamento irragionevole, viola un diritto costituzionalmente garantito, ristabilendo un equilibrio proporzionato tra i valori in gioco, senza indulgere in valutazioni di natura politica sull’uso del potere discrezionale del legislatore.

¹⁴⁸ Cfr. Cap. I, parag. n. 1.4.

¹⁴⁹ Tribunale di Firenze, ord. 12 luglio 2008, n. 323.

A corroborare l'atteggiamento di *self restraint* della Consulta, la scelta di non dichiarare l'illegittimità consequenziale del divieto generale di crioconservazione¹⁵⁰: la declaratoria d'illegittimità dell'art. 14, commi 2 e 3 determina una deroga a tale divieto ogniqualvolta gli embrioni non vengano impiantati per una scelta medica volta alla tutela della salute della donna, nondimeno, il riconoscimento di una deroga non fa venire meno la validità del principio generale "derogato"¹⁵¹.

Il punto di svolta in cui la Consulta entra, invece, in modo incisivo, attraverso il controllo di ragionevolezza, nel merito delle scelte operate dal legislatore, è, come vedremo, rappresentato dalla sentenza n. 162/2014 e dalla successiva decisione n. 96/2015¹⁵².

Da ultimo, occorre segnalare un equivoco in cui la Corte sembra incorrere nella motivazione della sentenza¹⁵³, là dove afferma¹⁵⁴ che la stessa legge n. 40, consentendo di produrre ben tre embrioni, anziché uno soltanto, accetterebbe il rischio che qualcuno di essi non si sviluppasse fino alla nascita, apprestando, così, una tutela relativa per il concepito¹⁵⁵. Tale argomentazione, tuttavia, sembra provare troppo: il limite dei tre embrioni, nella *ratio legis*, era stato introdotto proprio per dare ad ognuno la possibilità di crescere e svilupparsi, non per apprestare loro una tutela affievolita. La legge prescrive che tutti gli embrioni creati vengano impiantati, mettendoli, così, tutti nelle condizioni di poter sopravvivere nel grembo materno, se poi ciò non accade, non è per via della disciplina legislativa, ma a causa delle leggi di natura che dominano anche la procreazione naturale. Non si vede, quindi, dove sia la tutela relativa dell'embrione nella disposizione legislativa invocata dalla Corte a sostegno delle proprie argomentazioni. Più correttamente, per

¹⁵⁰ Ovvero dell'art. 14, co. 1, legge n. 40/2004.

¹⁵¹ La declaratoria di illegittimità consequenziale del generale divieto di crioconservazione, invocata dal Tribunale di Firenze, avrebbe rappresentato, questa sì, una scelta arbitraria e discrezionale, esorbitante le prerogative del giudice costituzionale, scelta evitata dalla Corte, ben conscia della differenza sussistente tra una mera deroga e la caducazione del principio generale suscettibile di essere derogato.

¹⁵² Diversamente A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista Aic*, n. 3/2015, pg. 7 ss. che individua il momento di svolta nella sentenza n. 151/2009.

¹⁵³ In tal senso cfr. C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena difendere"?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2009, pg. 1697 ss.

¹⁵⁴ Corte cost., n. 151/2009, punto 6.1: «Va premesso che la legge in esame rivela – come sottolineato da alcuni dei rimettenti – un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione».

¹⁵⁵ Nel ragionamento dei giudici della Consulta il fatto che, dei tre embrioni impiantati, alcuni possano andare perduti è da imputarsi ad una tutela relativa dell'embrione, apprestata dalla legge, oggetto di bilanciamento con le esigenze procreative di chi accede alle pratiche della fecondazione assistita.

dimostrare l'opzione del legislatore favorevole ad una tutela non assoluta del concepito, si sarebbe potuto invocare lo stesso art. 1, legge n. 40/2004 là dove, tra gli obiettivi perseguiti, individua quello di favorire la soluzione di problemi riproduttivi, assicurando, al contempo, i diritti di *tutti* i soggetti coinvolti, del concepito come della madre, in una necessaria ed indefettibile limitazione biunivoca che sia la meno restrittiva possibile per i valori coinvolti nel loro fare "sistema"¹⁵⁶.

2.4. Il caso *Costa e Pavan contro Italia e l'interventismo "bifronte" della Corte edu.*

La stessa dibattuta questione della diagnosi pre-impianto¹⁵⁷ offre una visione privilegiata di indagine sul canone di ragionevolezza, impiegato sia dal giudice costituzionale sia dalla Corte edu, sotto il profilo specifico della coerenza sistematica dell'ordinamento nazionale¹⁵⁸.

La sentenza *Costa e Pavan c. Italia*¹⁵⁹, come vedremo, interviene sul tema, censurando la legge n. 40/2004 nella parte in cui vieta il ricorso alla procreazione medicalmente assistita ed alla diagnosi pre-impianto alle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Cosicché nella PMA il sacrificio degli embrioni possa essere il più limitato possibile in rapporto ad una concreta aspettativa di gravidanza.

¹⁵⁷ La diagnosi genetica pre-impianto consiste in una indagine genetica che, mediante la tecnica del prelievo di una o più cellule dell'embrione prima dell'impianto in utero, consente di accertare il suo stato di salute e se l'embrione sia portatore o meno di determinate malattie. Sulla definizione di diagnosi pre-impianto cfr. R. PAVONE, *La convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2010, pg. 99; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011, pg. 179; A. GUGLIELMINO, S. CHAMAYOU, *Diagnosi preimpianto: tra tutela della salute e procreazione responsabile. Il punto di vista dei medici*, in *I diritti delle coppie infertili*, a cura di M. D'AMICO, I. PELLIZZONE, Milano, 2010, pg. 235. Svolge una analisi delle fattispecie cliniche nelle quali è consentito l'accesso a tale tecnica S. LA ROSA, *La diagnosi preimpianto: un problema aperto*, in *Fam. e dir.*, 2011, pg. 839. Per una analisi dei profili tecnici della diagnosi pre-impianto e delle differenze rispetto alla c.d. "diagnosi prenatale" si può consultare A. FORABOSCO, *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI- G. FERRANDO-C. M. MAZZONI-S. RODOTÀ-P. ZATTI, Milano, 2011, pg. 1468 ss.

¹⁵⁸ Ovvero un giudizio di coerenza tra le scelte sottese alla legge n. 194/1978 e quelle previste nella legge n. 40/2004.

¹⁵⁹ Corte edu, II Sezione, *Costa e Pavan c. Italia*, 28.08.2012, con nota di C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013; E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012. Avverso questa decisione, il 22 novembre 2012, il Governo italiano aveva proposto domanda di rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera, ai sensi dell'art. 43 Cedu, ma l'11 febbraio 2013 la *Grande Chambre* ha rigettato la richiesta e la sentenza è divenuta definitiva, a norma dell'art. 44, c. 3, lettera c, Cedu.

¹⁶⁰ Il caso da cui ha avuto origine il ricorso a Strasburgo riguarda una coppia di coniugi italiani che, nel 2010, si rivolge alla Corte edu lamentando l'impossibilità di ricorrere, in quanto coppia fertile, alla pma ed alla diagnosi pre-impianto. I ricorrenti ritengono che detta limitazione sia lesiva del loro interesse a procreare un figlio non affetto dalla fibrosi cistica, malattia di cui la coppia ha scoperto di essere portatrice sana a seguito della nascita di una prima figlia affetta dalla malattia, e che ha determinato una successiva interruzione volontaria di gravidanza, cui la Sig. ra Costa si era sottoposta dopo una diagnosi prenatale che le aveva indicato la presenza della patologia nel nuovo concepito.

Per poter correttamente inquadrare la decisione convenzionale, è opportuno ricostruire lo stato dell'arte, normativo e giurisprudenziale, in materia di diagnosi pre-impianto nell'ordinamento giuridico nazionale. Dal punto di vista temporale, la prima questione posta dinanzi ai giudici di merito in riferimento alla legge n. 40/2004 è stata proprio quella relativa all'ammissibilità di tale indagine genetica, con specifico riguardo alle coppie che potevano accedere alla procreazione assistita.

Guardando al dato normativo, l'art. 13 della legge n. 40/2004 non prevede, *expressis verbis*, un divieto assoluto di procedere a tale *screening* genetico, stabilisce, piuttosto, un divieto di ricerca e sperimentazione clinica sull'embrione¹⁶¹. Quello della diagnosi pre-impianto appare un emblematico esempio di quel "silenzio significativo" di cui si discorreva nel precedente capitolo: il legislatore non prevede un espresso divieto, ma neppure riconosce un diritto di ricorrere a tale indagine genetica, lasciando, così, i soggetti bisognosi di tutela nell'incertezza normativa, oltretutto in balia della risoluzione casistica delle vicende problematiche.

Sono state le linee guida ministeriali del 2004 a proibire «ogni diagnosi pre-impianto con finalità eugenetica» ed a prescrivere che «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'art.14, co. 5, dovrà essere di tipo osservazionale».

La Corte costituzionale, con ordinanza n. 369/2006¹⁶², decide inizialmente di non intervenire sul tema¹⁶³: la questione sollevata dal giudice di Cagliari viene dichiarata

¹⁶¹ Evidenzia la sussistenza di una considerevole ambiguità interna alla normativa G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, XI, 2009, pg. 521 ss. Ritiene, invece, che dalla mancanza di disposizioni espresse su tale aspetto nella legge n. 40 si possa desumere un divieto alla diagnosi genetica pre-impianto S. LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto: un problema aperto*, in *Fam. e dir.*, op. cit.

¹⁶² Il divieto di diagnosi pre-impianto era stato inizialmente ritenuto legittimo da Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004 (che aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del divieto), in *Fam. e dir.*, 2004, pg. 372, con note di G. FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati* e M. DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte fondate le questioni di legittimità costituzionale*; cfr. anche M. D'AMICO, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? In margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004*, in A. CELOTTO – N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004; A. DI MARTINO, *Procreazione assistita: il Tribunale di Catania non sollecita l'intervento della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 24.06.2004; T. E. FROSINI, *Stupisce il mancato ricorso alla Consulta*, in *Guida al diritto*, n. 23/2004, pg. 56 ss.; M. OLIVETTI, *Decisione coerente, ma gli interessi vanno bilanciati*, in *Guida al diritto*, n. 23/2004, pg. 58 ss.; E. CAGGIA, *Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (brevi riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della L. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Giur. It.*, III, 2004, pg. 2093 ss. Si veda, inoltre, in senso fortemente critico E. GIACOBBE, *Tre "banalità" e una verità: brevi osservazioni su una prima applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Gius. Civ.*, X, 2004, pg. 2459 ss. Il Tribunale di Catania riteneva legittimo il divieto poiché la diagnosi pre-impianto sarebbe caratterizzata da un giudizio selettivo sugli embrioni, integrando, così, il divieto di cui all'art. 13, co. 3, lettera d, legge n. 40/2004. La richiesta dei ricorrenti di selezionare gli embrioni e trasferire solo quelli sani era, inoltre, considerata incompatibile con il divieto di crioconservare e sopprimere embrioni (art. 14 c. 1) e con l'obbligo di procedere ad un unico e contemporaneo impianto degli stessi (art. 14 c. 2). Successivamente T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, 9 e 23 maggio 2005 decc., rispettivamente, nn. 3452 e 4047, a commento si veda

“manifestamente inammissibile” per l’insufficiente motivazione sottesa all’ordinanza di rimessione. Il giudice *a quo* aveva sostenuto l’illegittimità costituzionale di una sola specifica disposizione, l’art. 13, nella parte in cui stabiliva il divieto di sottoporre l’embrione, prima dell’impianto, a diagnosi per l’accertamento di eventuali patologie, divieto che, secondo la stessa ordinanza, sarebbe stato desumibile anche da altri articoli della legge, questi non impugnati, nonché dall’interpretazione dell’intero testo legislativo. L’impressione è che la Corte costituzionale si sia rifugiata in un sostanziale *non liquet*¹⁶⁴, lasciando impregiudicata nel merito la questione della diagnosi pre-impianto “in attesa di tempi più consoni”, ovvero fino alla decisiva svolta della sentenza n. 96/2015, complice, ad un tempo, l’elusività del dettato legislativo che non prevede un divieto espresso a tale pratica¹⁶⁵.

La pronuncia di inammissibilità della Corte viene, per così dire, superata da tre interventi “pionieristici” del Tribunale di Cagliari¹⁶⁶, nel settembre 2007, del Tribunale di Firenze¹⁶⁷,

A. CIERVO, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giur. Cost.*, IV, 2008, pg. 3669 ss. Infine, il Tribunale di Cagliari, dubitando della legittimità costituzionale del divieto di accesso alla diagnosi pre-impianto per le coppie che avevano fatto ricorso alla PMA, con ordinanza del 16 luglio 2005, n. 574, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 13, comma 2, legge n. 40/2004, per contrasto con gli art. 2, 3 e 32 Cost. e disposto la trasmissione alla Corte Costituzionale degli atti relativi al caso di due coniugi, portatori sani di beta-talassemia cui era stata negata l’analisi pre-impianto. La questione si è conclusa, appunto, con l’ordinanza di manifesta inammissibilità n. 369/2006.

¹⁶³ Corte Cost. 9 novembre 2006, n. 369, in *Fam. Dir.*, 2007, pg. 545 con note di A. FIGONE, *La Corte Costituzionale interviene in tema di diagnosi preimpianto sull’embrione*, *ivi*; SANTUOSSO, *Un ricorso contraddittorio spinge la Corte a dichiarare l’inammissibilità*, in *Fam. e dir.*, 2006, pg. 49; A. CELOTTO, *La Corte Costituzionale “decide di non decidere” sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. Cost.*, 2006, pg. 3846 ss.; sulla pronuncia cfr. anche C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell’interpretazione del diritto alla vita*, in *Giur. Cost.*, 2006, pg. 3849 ss. che evidenzia come, con questa decisione, «artatamente cercato appigli processuali per non decidere nel merito la questione»; M. D’AMICO, *Il giudice costituzionale e l’alibi del processo*, *ibid.*, pg. 3859 ss.; S. DELLA BELLA, *La Consulta non si pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale dell’art. 13, l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, pg. 4; A. MORSIANO, *A buon intenditor poche parole*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*; A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all’illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 novembre 2006; L. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Giur. It.*, 2007, I, pg. 347 ss.

¹⁶⁴ A mettere in evidenza che la pronuncia in esame sia stata una decisione “sofferta”, come dimostra il rifiuto del giudice relatore, A. Finocchiaro, di redigerne il testo (redatto dal giudice R. Vaccarella) cfr. A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all’illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, *op. cit.*; A. CIERVO, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore*, *op.cit.*, pg. 3707 ss.

¹⁶⁵ In tal senso cfr. anche G. REPETTO, “*Non di sola Cedu..*” *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2013, pg. 136 ss.

¹⁶⁶ Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Fam. Dir.* 2007, pg. 148, con nota di M. DOGLIOTTI, *Diagnosi preimpianto, accertamento dello stato di salute dell’embrione e diritti della persona*, *ivi*. Il Tribunale di Cagliari mette, altresì, in luce il collegamento tra la diagnosi pre-impianto e il consenso informato al trattamento sanitario, nel senso che «negare l’ammissibilità della diagnosi-impianto, anche quando sia stata richiesta ai sensi dell’art. 14 della legge, significherebbe, dunque, rendere impossibile una adeguata informazione sul trattamento sanitario da eseguirsi, indispensabile, invece, sia nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, consentendo ai futuri genitori di prepararsi psicologicamente ad

nel dicembre 2007 ed, infine, del Tar Lazio¹⁶⁸, nel gennaio 2008 che, mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata¹⁶⁹ degli art. 13 e 14 della legge n. 40/2004, riconoscono la legittimità della diagnosi pre-impianto in talune specifiche circostanze.

Il Tribunale di Cagliari ammette alla pratica una coppia sterile portatrice di malattie genetiche, sul presupposto che tale indagine, ben distinta dalla ricerca clinica e sperimentale sull'embrione, non sia vietata dalla legge n. 40 che, al contrario, consente espressamente ai genitori di informarsi sullo stato di salute dell'embrione. Questa lettura costituzionalmente orientata si fonda sulla distinzione netta tra l'ambito applicativo dell'art. 13 e quello proprio dell'art. 14 della legge n. 40: i divieti contenuti nel primo interesserebbero soltanto la ricerca e la sperimentazione, mentre l'indagine pre-impianto, avendo finalità conoscitiva, rientrerebbe nell'ambito applicativo dell'art. 14¹⁷⁰.

Nello stesso senso il Tribunale di Firenze disapplica, *ex art.* 5, l. 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato E, le linee guida ministeriali del 2004, perché contenenti una limitazione non prevista dalla legge.

Interviene, infine, il Tar Lazio a dichiarare l'illegittimità delle stesse linee guida per eccesso di potere, nella parte in cui consentono indagini sullo stato di salute degli embrioni creati *in vitro* esclusivamente per fini "osservazionali"¹⁷¹.

affrontare eventuali problemi di salute del nascituro, sia in funzione della tutela della salute gestazionale della donna».

¹⁶⁷ Trib. Firenze, 19 dicembre 2007, in *Fam. Dir.* 2008, pg. 723 ss., con nota di E. ASTEGGIANO, *Evoluzione delle problematiche relative all'analisi preimpianto dell'embrione e nuove linee guida ministeriali*, *ivi*; G. BALDINI, *Procreazione assistita: l'ordine degli interessi tutelati è uno solo*, *Note a margine della cd. Ordinanza Mariani adottata in tema di fecondazione assistita e diagnosi genetica pre impianto*, in *Rass. Dir. Civ.*, III, 2008.

¹⁶⁸ Tar Lazio, Sez. III, 21 gennaio 2008 n. 398, in *Foro.it*, 2008, III, pg. 207 ss. Successivamente cfr. anche Tribunale di Bologna, ord. 29 giugno 2009, in *Giur. It.*, 2010, pg. 295 ss.

¹⁶⁹ In dottrina avevano proposto una interpretazione costituzionalmente orientata, volta ad escludere che dalla legge n. 40/2004 emergesse un divieto di diagnosi pre-impianto, F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, *op.cit.*, pg. 98 ss.; E. PALMERINI, *La legge sulla procreazione assistita al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Famiglia*, 2004, pg. 975 ss.; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, pg. 199 ss.; A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Leggi penali complementari*, 2007, pg. 657 ss.

¹⁷⁰ Secondo il Tribunale di Cagliari nell'art. 13 il bilanciamento tra l'interesse allo sviluppo della ricerca scientifica e l'aspettativa di vita dell'embrione si conclude con una tutela assoluta del secondo interesse rispetto al primo, mediante la previsione di un divieto di ricerca e sperimentazione, fatte salve quelle attività dirette alla tutela e allo sviluppo dell'embrione stesso. Nell'art. 14, invece, il bilanciamento tra la tutela dell'embrione ed il diritto alla salute della donna, assumerebbe una diversa connotazione: nel prevedere il diritto dei genitori di essere informati sullo stato di salute degli embrioni, la disposizione legittimerebbe l'uso della diagnosi pre-impianto, unico strumento in grado di dare informazioni su tale stato.

¹⁷¹ Lo stesso Tribunale ha sollevato, in tale occasione, le questioni di legittimità costituzionale accolte con la sentenza n. 151/2009, esaminata in precedenza. Le nuove Linee guida ministeriali dell'11 aprile 2008, decreto Min. salute, 11 aprile 2008, G.U. 30.04.2008, n. 101, mantengono il divieto di diagnosi pre-impianto con finalità eugenetica, ma eliminano il riferimento alle indagini con finalità di tipo esclusivamente "osservazionale". Per un commento si rinvia a M. DOGLIOTTI, *Procreazione assistita: le Linee Guida del 2008*, in *Fam. e dir.*, 2008, pg. 749.

L'interpretazione adeguatrice della legge n. 40 accolta dai giudici di merito¹⁷², seppur mossa da nobili esigenze di tutela sostanziale, rischia, tuttavia, di peccare a sua volta "per eccesso", giungendo a riconoscere un generalizzato diritto di ricorrere alla diagnosi pre-impianto a tutte le coppie aventi accesso alla PMA, compresi quei soggetti che potrebbero non avere i requisiti per ricorrere, in un secondo momento, all'interruzione di gravidanza¹⁷³.

La decisione *Costa e Pavan* si inserisce in questo contesto giurisprudenziale mostrando, a sua volta, un certo interventismo, per così dire, "bifronte", incidente sia su un profilo procedurale, sia sulla tutela sostanziale offerta ad un nuovo interesse meritevole.

Il profilo procedurale investe frontalmente la sussidiarietà della tutela convenzionale¹⁷⁴: i ricorrenti, come noto, avevano adito direttamente Strasburgo senza il previo esperimento di alcuno dei rimedi interni, ciononostante la Corte edu aveva respinto l'eccezione di irricevibilità, sollevata dal Governo italiano (art. 35 § 1 Cedu), sul presupposto che la previsione legislativa di un divieto assoluto di diagnosi pre-impianto avrebbe impedito ai ricorrenti di ottenere la misura richiesta dinanzi ad un giudice nazionale (in assenza di rimedi interni idonei a rimuovere il divieto legislativo). La stessa ordinanza del Tribunale di Salerno¹⁷⁵, intervenuta ad autorizzare, per la prima volta in Italia, l'accesso alla diagnosi pre-impianto ad una coppia fertile portatrice di malattia genetica, non darebbe prova di un "rimedio interno effettivo", perché circoscritta ad un caso isolato.

¹⁷² Dopo la sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale sono intervenuti sulla legittimità della diagnosi pre-impianto anche Trib. Bologna, Sez. I, ord. 29.06.2009, con nota di G. CASABURI, *I restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giurisprudenza di merito*, XII, 2009, pg. 3002 ss. e Trib. Cagliari, ord. 9.11.2012, con nota di A. VERRI, *Il Tribunale di Cagliari riconosce per la prima volta il "diritto" di accesso alla diagnosi preimpianto ad una coppia talassemica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, e A. VALLINI, *La diagnosi preimpianto è un diritto*, in *Il Corriere del Merito*, 2013, pg. 429 ss. Il Tribunale di Bologna, richiamando la sentenza costituzionale n. 151 del 2009, ha ordinato in via d'urgenza la produzione di un numero minimo di sei embrioni e la diagnosi pre-impianto dei medesimi, nonché il trasferimento di quelli non affetti dalla patologia diagnosticata alla coppia infertile, con crioconservazione degli altri. Anche il Tribunale di Cagliari ha riconosciuto il diritto di effettuare la diagnosi pre-impianto e di trasferire in utero i soli embrioni sani della coppia infertile.

¹⁷³ Ad esempio perché non animati dall'esigenza di prevenire malattie del feto ed un pregiudizio per la salute psichica o fisica della madre.

¹⁷⁴ Considerato che la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni ha lo scopo di «*ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou redresser les violations alléguées contre eux avant que ces allégations ne soient soumises aux organes de la Convention*» (cfr. GC, Corte edu, 28 luglio 1999, Selmouni c. France, requête n. 25803, par. 74), l'esito procedurale cui giunge la Corte edu in questa decisione appare problematico.

¹⁷⁵ Trib. Salerno, ord. n. 12474/2009, depositata il 9 gennaio 2010, in *Fam. e dir.*, 2010, pg. 476 ss. con nota di M. SEGNI, *Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili - un nuovo problema*, *ivi*; S. LA ROSA, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*, *ivi*. In tal sede il Tribunale di Salerno aveva considerato irragionevole non assicurare alla madre il diritto di sapere se l'embrione era malato tramite diagnosi pre-impianto, mentre le era riconosciuto il diritto di abortire il feto malato. Pertanto, ordinava al direttore sanitario resistente di eseguire la diagnosi pre-impianto sull'embrione creato *in vitro* onde verificare se fosse affetto da atrofia muscolare.

La sentenza apre, da un punto di vista procedurale, un possibile fronte di tensione¹⁷⁶ tra Corte edu e Giudice delle Leggi: affermando che i ricorrenti non avevano a disposizione strumenti processuali interni per far valere la violazione di un diritto convenzionale derivante da una legge irragionevole, i giudici di Strasburgo sembrano negare l'effettività del sistema di giustizia costituzionale italiano¹⁷⁷.

Anche se i singoli non possono adire direttamente il Giudice delle Leggi, hanno comunque la possibilità di rivolgersi all'autorità giurisdizionale e sollevare l'eccezione di incostituzionalità, sulla quale il giudice comune dovrà decidere motivando (*ex art. 24, l. n. 87/1953*)¹⁷⁸.

Consentendo, invece, all'individuo di ricorrere direttamente a Strasburgo, ogniqualvolta una norma di legge dello Stato ponga un divieto apparentemente non suscettibile di interpretazione conforme alla Cedu¹⁷⁹, si corre il rischio di legittimare una "pregiudiziale di convenzionalità" che consente di bypassare qualsiasi filtro di giudizio a livello nazionale, compreso il giudizio di legittimità costituzionale.

Dal punto di vista della "qualità" della tutela sostanziale, i giudici di Strasburgo estendono la portata dell'art. 8 Cedu anche al «desiderio di procreare un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui i genitori sono portatori, utilizzando a tal fine le tecniche di procreazione assistita e successivamente la diagnosi genetica pre-impianto».

La Corte non adduce un'argomentazione puntuale a sostegno dell'interpretazione evolutiva della Convenzione: si limita ad affermare che un simile desiderio è espressione della vita

¹⁷⁶ Come affermato anche da B. RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei "desideri"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 maggio 2013.

¹⁷⁷ Nella stessa memoria del Governo italiano per il rinvio dinanzi alla Grande Camera della decisione *Costa e Pavan*, si lamenta che la Corte di Strasburgo avrebbe deciso senza considerare che «*il existe en Italie la possibilité de faire recours à la Cour constitutionnelle qui a le pouvoir d'annuler les dispositions législatives, entre autres pour des raisons d'incohérence*». Merita, altresì, rilevare che, rispetto all'ordinanza interlocutoria del 2006, la Corte costituzionale difficilmente si sarebbe trincerata in un ulteriore *non liquet*, poiché l'ordinamento giuridico italiano si era evoluto, la giurisprudenza aveva riconosciuto la legittimità della diagnosi pre-impianto per le coppie sterili o infertili e la stessa Corte costituzionale, con sentenza 151/2009, aveva sanzionato l'irragionevole bilanciamento tra diritto alla salute della madre e tutela del concepito previsto dalla legge n. 40.

¹⁷⁸ Evidenzia questo aspetto anche C. PINELLI, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. General Assesments*, in G. REPETTO (a cura di), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Antwerp-Cambridge-Portland, 2013, pg. 250 ss. Secondo tale schema i coniugi Costa e Pavan avrebbero preventivamente potuto adire il giudice ordinario e sollevare l'eccezione di illegittimità costituzionale in riferimento al divieto, questo si espresse, di accedere alla pma per le coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili.

¹⁷⁹ In tema di interpretazione conforme alla Cedu (ma anche di interpretazione conforme alla Costituzione e al diritto comunitario), si v. il volume a cura di M. D'AMICO e B. RANDAZZO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009. V. inoltre A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *I quaderni europei*, 2010, n. 19, pg. 19 ss. Sugli effetti delle sentenze della Corte europea nell'ordinamento italiano, v. B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana: avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Collana dei Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2006, pg. 295 ss.

privata e familiare dei ricorrenti alla luce di una nozione ampia di tale concetto¹⁸⁰, senza indicare le ragioni che, nell'ambito di una materia eticamente sensibile, l'hanno portata a "creare"¹⁸¹ un "nuovo diritto", privo di espresso riscontro nella Convenzione.

Dinanzi all'interprete si pone l'interrogativo se, ogniqualvolta sia in gioco il riconoscimento di valori sui quali non vi è ancora un consenso generalizzato nei singoli Stati contraenti (come spesso accade nell'ambito di temi eticamente sensibili), i giudici della Convenzione possano enucleare nuove posizioni giuridiche meritevoli di tutela o, viceversa, tale compito sia riservato agli organi politici nazionali, per il loro «diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro paesi»¹⁸². È ancora valida l'originaria concezione che riserva a Strasburgo il compito di garantire lo standard minimo di protezione, cioè il nucleo essenziale dei diritti fondamentali, riconosciuto dal consesso europeo, nella consapevolezza che, invece, laddove manchi un riconoscimento univoco di certi interessi ed il conflitto all'interno della società sia profondo, dovrebbero intervenire le autorità nazionali a rappresentare la specificità culturale, giuridica e sociale di quell'ordinamento?¹⁸³

La delimitazione dell'attivismo di Strasburgo nell'ambito della estensione "qualitativa" della tutela convenzionale è uno degli aspetti più significativi di questa indagine sul quale si appunteranno le considerazioni conclusive.

¹⁸⁰ Cfr. Corte edu, II sez., Costa e Pavan c. Italia, 28.08.2012, § 55, ove la Corte edu riassume la propria giurisprudenza sull'art. 8 Cedu: «*La Cour rappelle ensuite que la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 est une notion large qui englobe, entre autres, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables (Niemiets c. Allemagne [...] 1992), le droit au « développement personnel » (Bensaïd c. Royaume-Uni, [...] 2001), ou encore le droit à l'autodétermination (Pretty c. Royaume-Uni, [...] 2002). Des facteurs tels que l'identification, l'orientation et la vie sexuelles relèvent également de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (Dudgeon c. Royaume-Uni [...] 1981, et Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni [...] 1997), de même que le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent (Evans c. Royaume-Uni [...] 2007 et A, B et C c. Irlande [...] 2010 et R.R. c. Pologne [...] 2011)»; fino a ricomprendere esplicitamente nella portata applicativa dell'art. 8 Cedu il diritto «*de voir respecter leur décision de devenir parents génétiques*» (Dickson c. Royaume-Uni [...] 2007, e «*à l'application de l'article en question en matière d'accès aux techniques hétérologues de procréation artificielle à des fins de fécondation in vitro (S.H. et autres c. Autriche [...] 2011)».**

¹⁸¹ Sulla funzione creativa della Corte edu cfr. V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Foro.it*, n. 5/2012, pg. 7 ss.: «Anche se l'argomentazione svolta dalla Corte nella motivazione delle sue sentenze tende (o pretende) di dimostrare che essa "trova" il diritto, piuttosto che "crearlo", non c'è dubbio che si è in presenza di un esempio chiaro della funzione creativa della interpretazione giudiziale, con richiamo alla dinamica della produzione del diritto da parte dei giudici di *common law*».

¹⁸² In tal senso cfr. C. TRIPODINA, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa e Pavan vs Italia)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2013, pg. 939 ss.

¹⁸³ In tal senso cfr. M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali*, in *I diritti in azione, op.cit.*, pg. 65 ss.: «Alle corti europee il compito di tutelare i diritti fondamentali, più che di riconoscerne di nuovi, o addirittura di crearne».

Procedendo nel merito, i giudici riscontrano la violazione dell'art. 8 Cedu a causa di un'incoerenza¹⁸⁴ nel sistema legislativo italiano che non consente la diagnosi pre-impianto per verificare se l'embrione sia malato, ma autorizza a procedere ad una successiva interruzione di gravidanza qualora il feto sia colpito dalla medesima patologia di cui i genitori sono portatori: il divieto di diagnosi pre-impianto costituisce una misura sproporzionata di ingerenza nella vita privata e familiare dei ricorrenti.

Il Governo aveva invocato, a giustificazione dell'ingerenza, la tutela della salute del "bambino" e della donna, nonché la libertà di coscienza delle professioni mediche e la necessità di evitare derive eugenetiche¹⁸⁵. La Corte denuncia, invece, l'incompatibilità tra gli interessi enunciati e la stessa disciplina nazionale che consente l'aborto terapeutico: il Governo non ha spiegato come la tutela di tali esigenze si possa conciliare con l'interruzione di gravidanza; ne discende un consistente aggravio dell'onere probatorio posto a carico dello Stato convenuto.

La violazione convenzionale si fonda, pertanto, su un ragionamento "trilaterale" in cui gioca un ruolo fondamentale la disciplina nazionale in materia di interruzione di gravidanza: il *vulnus* all'art. 8 Cedu deriva esclusivamente dall'incoerenza interna al sistema legislativo italiano.

Attraverso questo ragionamento la Corte edu estende il proprio sindacato a valutazioni di ragionevolezza e coerenza sistematica del diritto statale, in un "impeto costituzionale" del proprio ruolo: utilizza una tecnica di giudizio propria dei tribunali costituzionali, operando sostanzialmente da giudice della ragionevolezza legislativa.

A tal proposito occorre, tuttavia, considerare che nell'ordinamento italiano l'interruzione di gravidanza non è mai consentita direttamente per abortire un feto malato, ma solo ed esclusivamente per tutelare la salute fisica e psichica della donna che lo porta in grembo¹⁸⁶.

La stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 27 del 1975, ci ricorda che è la «realità e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire la gestazione»

¹⁸⁴ Ad evidenziare l'incoerenza dei sistemi giuridici che vietano l'accesso alla diagnosi pre-impianto, ma autorizzano l'accesso alla diagnosi prenatale e all'eventuale aborto terapeutico in caso di patologie genetiche gravi del feto, è intervenuto il rapporto "*Preimplantation genetic diagnosis in Euope*" redatto dal Joint Research Centre della Commissione europea, pubblicato nel dicembre 2007.

¹⁸⁵ Ammonisce sui possibili rischi di derive eugenetiche connessi alla diagnosi preimpianto J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, op. cit., Frankfurt am Main, 2001.

¹⁸⁶ L'aborto del feto affetto da malattia deve sempre fondarsi sul previo accertamento dei riflessi patologici sulla salute della madre. Nota a tal proposito F. D. BUSNELLI, *Giurisprudenza e bioetica*, in *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, che al «*right to choose the abortion*», proprio dell'ordinamento nordamericano, «non corrisponde, nel nostro sistema un diritto di abortire», dal momento l'aborto costituisce esclusivamente «una misura per scongiurare un pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

l'unica giustificazione, costituzionalmente legittima, della relativizzazione della tutela del concepito.

La Corte edu in questa pronuncia ha, invece, verificato la coerenza tra disciplina legislativa della procreazione assistita e disciplina dell'interruzione di gravidanza, sotto il profilo di un asserito diritto di scelta di procreare un figlio non affetto dalla patologia di cui la coppia è portatrice.

Per risultare coerente alla *ratio* della legislazione italiana e agli indirizzi costituzionali espressi in materia, la Corte edu avrebbe probabilmente dovuto incardinare le sue argomentazioni sul diritto alla salute della donna¹⁸⁷, nel contemperamento con la tutela del concepito; così facendo, avrebbe, altresì, evitato di estendere *ad nutum* la nozione di "vita familiare" ad un bisogno non espressamente tutelato dalla Convenzione.

Un ultimo aspetto da evidenziare concerne la declaratoria di manifesta infondatezza della censura relativa all'art. 14 Cedu. In questo caso la Corte, basandosi sui soli profili adottati dal Governo, imposta il proprio ragionamento sul presupposto che la legge italiana vieti in maniera assoluta la diagnosi pre-impianto a qualsiasi categoria di soggetti, quando, al contrario, la giurisprudenza nazionale in precedenza citata aveva ormai ammesso le coppie sterili o infertili alla procedura¹⁸⁸.

Potevano, quindi, sussistere dei margini per valutare un'eventuale discriminazione irragionevole, derivante dal divieto di accesso alla PMA ed alla diagnosi pre-impianto in danno delle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispetto alle coppie sterili o infertili, in via giurisprudenziale ammesse a tale pratica.

2.5. L'immediata risposta del giudice nazionale alla coppia vittoriosa a Strasburgo: diretta esecuzione della Cedu e mancata rimessione della questione di legittimità costituzionale.

A seguito della condanna a Strasburgo¹⁸⁹ il Tribunale di Roma, con un'ordinanza del settembre 2013¹⁹⁰, autorizza la stessa coppia ricorrente davanti alla Corte edu ad utilizzare

¹⁸⁷ In tal senso cfr. anche C. TRIPODINA, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa e Pavan vs Italia)*, cit., pg. 931 ss.

¹⁸⁸ Se tali coppie possono accedere alla diagnosi pre-impianto per conoscere lo stato di salute dell'embrione, ci si chiede perché lo stesso interesse non possa essere invocato dalla coppia fertile portatrice di malattie genetiche, in considerazione della piena consapevolezza del proprio *status* genetico.

¹⁸⁹ Successivamente alla definizione del caso *Costa e Pavan*, anche il Tribunale di Cagliari, il 9 novembre 2012, in sede cautelare, ha accolto il ricorso di due coniugi fertili che chiedevano di accedere alla procreazione medicalmente assistita, in attuazione proprio del principio sancito dalla Corte EDU, motivando il provvedimento con espresso riferimento alla normativa sovranazionale, come interpretata dai giudici di Strasburgo, in riferimento alla quale «Nella fattispecie in esame si deve ritenere certamente possibile una interpretazione adeguatrice della norma interna, in quanto le norme della Convenzione, nel significato

la diagnosi genetica pre-impianto, per verificare se l’embrione sia affetto dalla medesima malattia di cui la coppia è portatrice sana. Il Tribunale, in sede di ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, decide di riconoscere ai coniugi il diritto di sottoporsi a procreazione medicalmente assistita, «con trasferimento in utero della signora Rosetta Costa (...), previo esame clinico e diagnostico degli embrioni creati tramite fecondazione in vitro, solo degli embrioni sani o portatori sani rispetto alla patologia da cui sono affette le parti, mediante le metodologie previste dalla scienza medica e con crioconservazione degli embrioni malati sino all’esito della tutela di merito».

Il giudice capitolino ritiene che la diagnosi pre-impianto trovi fondamento nel diritto al consenso informato e all’autodeterminazione in ambito sanitario, espressamente riconosciuti¹⁹¹ dalla legge n. 40/2004 a coloro che hanno accesso alla pma e, al contempo, procede a disapplicare il divieto previsto dall’art. 4, legge n. 40/2004, al fine di dare diretta esecuzione al giudicato convenzionale.

Le ricadute del caso *Costa e Pavan* nell’ambito delle dinamiche della nostra forma di Stato sono rilevanti: tale vicenda è emblematica della possibile sovrapposizione tra esecuzione del giudicato convenzionale, *ex art. 46 Cedu*, e disapplicazione del diritto interno¹⁹². Il Tribunale di Roma giunge, infatti, a disapplicare il divieto di accesso alla PMA, previsto dall’art. 4 della legge n. 40 del 2004, sulla base dell’applicazione diretta dei principi affermati nella sentenza *Costa e Pavan c. Italia*.

Secondo il Tribunale capitolino, il giudice comune è chiamato a dar seguito alle decisioni di condanna della Corte Edu, senza necessità di sollevare l’ulteriore pregiudiziale di costituzionalità, «ogni qualvolta la regola ricavabile dalla sentenza Cedu sia sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi, senza margini di ambiguità, a quella interna riconosciuta contraria alla convenzione, laddove la rimessione alla Corte costituzionale dovrà essere limitata alle sole questioni che pur in presenza di una regola Cedu autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest’ultima e i principî

attribuito dalla Corte di Strasburgo (...) appaiono conformi alla nostra Carta, nella lettura offerta anche dalla (...) sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009, laddove ha esaminato il bilanciamento tra gli interessi contrapposti».

¹⁹⁰ Trib. Roma, sezione I civile, ord. 23 settembre 2013, giudice Galterio, *Costa e Pavan* contro Asl Roma A e Centro Tutela della Donna e del Bambino S. Anna, con commento di A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della Cedu e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Tribunale di Roma, I Sez. civ., che dà seguito a Corte edu Costa e Pavan*, in *ConsultaOnline*, 8 ottobre 2013; A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? la disapplicazione della legge 40/2004 “in esecuzione” di un giudicato della corte edu in tema di diagnosi preimpianto*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2014.

¹⁹¹ Riconosciuti dagli artt. 6 e 14, co.5 della legge n. 40/2004.

¹⁹² Come affermato anche in A. CARDONE, *Corte edu, giudici comuni e disapplicazione della legge: spunti per la comprensione delle trasformazioni della forma di stato*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell’uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016, pg. 11.

supremi dell'ordinamento costituzionale». Questa trasposizione della regola *self-executing* dall'ordinamento dell'U.E. al sistema Cedu è priva di fondamento giuridico e mostra il fraintendimento in cui incorre il giudice di merito con la equiparazione dei due sistemi giuridici, ad oggi non assimilabili.

Tale impostazione¹⁹³ si pone, altresì, in contrasto con il consolidato orientamento che riserva alla Consulta il giudizio sulla compatibilità della norma convenzionale, come interpretata a Strasburgo, con l'intero assetto costituzionale (non con i soli principi supremi) e costituisce un elemento di frizione rispetto all'impianto inaugurato con le «sentenze gemelle»¹⁹⁴.

Secondo il Tribunale capitolino, le decisioni della Corte edu che accertano una violazione convenzionale da parte di una disposizione legislativa generale e astratta impongono, in ogni caso, allo Stato convenuto il superamento di quella norma, anche quando la condanna è limitata al solo risarcimento, come nel caso *Costa e Pavan*. L'obbligo di esecuzione del giudicato convenzionale gravante sullo Stato ricadrebbe su tutti gli organi dello Stato-apparato, compresi i giudici, in special modo quelli competenti a decidere il caso definito a Strasburgo, con il conseguente potere di disapplicare la norma interna convenzionalmente incompatibile.

Questo ulteriore argomento della partecipazione dei giudici all'adempimento dell'obbligo di esecuzione delle decisioni di Strasburgo, *ex art. 46 Cedu*, è condivisibile fin tanto che rispetta i confini, internamente definiti, per le rispettive attribuzioni tra poteri dello Stato, non potendo giungere a scardinare il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge.

¹⁹³ Dalle affermazioni del Tribunale non risulta neppure chiaro se la ripartizione "autoreferenziale" tra casi in cui il giudice comune può disapplicare la legge interna e casi riservati alla Corte Costituzionale sia fondata sulla distinzione tra regole Cedu "autoapplicative" o, piuttosto, sulla distinzione tra norme Cedu che suscitano dubbi di compatibilità a Costituzione, o, ancora, su entrambi i criteri.

¹⁹⁴ Secondo l'orientamento invalso a partire dal 2007, come noto, la Cedu è fonte subcostituzionale e, da tale premessa, discende la sua soggezione all'intero assetto costituzionale; in tal senso cfr. anche A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della Cedu e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. Di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, *op.cit.*, 8 ottobre 2013. Il potere di applicazione diretta della Cedu da parte del giudice comune, mediante disapplicazione della norma interna incompatibile, è ripetutamente escluso nella giurisprudenza costituzionale, cfr. in particolare quanto si legge in Corte cost., n. 348/2007: le fonti CEDU (per come interpretate dalla Corte EDU), «sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto», ancora: «La Convenzione EDU [...] non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti».

Orbene, l'art. 4 della legge n. 40/2004 è disposizione chiara, insuscettibile di adattamenti ermeneutici¹⁹⁵ ed ammette alla procreazione assistita soltanto coppie affette da problemi di sterilità o infertilità. Come noto, se una legge è contraria a Costituzione ed il contrasto non può essere superato in via ermeneutica a causa del dato testuale, l'unica via esperibile è l'incidente di costituzionalità, altrimenti il giudice finirebbe per violare l'obbligo di soggezione alla legge, sostituendo la propria decisione a quella dell'organo legislativo, minando in radice il fondamentale principio della separazione dei poteri.

Il mancato ricorso all'incidente di costituzionalità nel caso di specie ha, inoltre, privato tutte le coppie che si fossero trovate in una situazione analoga a quella dei ricorrenti, della possibilità di ottenere una declaratoria di incostituzionalità con efficacia *erga omnes*, suscettibile di riconoscere loro il diritto di accesso alla procreazione medicalmente assistita¹⁹⁶.

Per giustificare il proprio potere di disapplicazione, il Tribunale di Roma invoca un ulteriore ordine di argomentazioni: quando il giudizio interno corrisponde, per oggetto e parti ricorrenti, al procedimento esauritosi in sede europea, a norma dell'art. 46 Cedu, la decisione convenzionale rilevarebbe alla stregua di un «giudicato formale» cui il giudice dovrebbe dare esecuzione, anche a costo di disapplicare la disposizione nazionale incompatibile¹⁹⁷.

A tal fine, il Tribunale ricorda la sentenza n. 210 del 2013 nella quale la Corte Costituzionale richiama, senza sollevare obiezioni, la soluzione prospettata dalla Cassazione nel celebre caso *Scoppola*¹⁹⁸, da taluni qualificata come disapplicazione della norma interna incompatibile.

Occorre, tuttavia, considerare che l'ordinanza del Tribunale di Roma è solo parzialmente assimilabile al “seguito interno” del precedente *Scoppola*: in quella vicenda, infatti, la

¹⁹⁵ La lettera della legge n. 40 sembra, infatti, impedire la via dell'interpretazione conforme a Costituzione: là dove consente l'accesso alle sole coppie sterili o infertili, non si può dire che essa vada interpretata come se dicesse “fertili”, perché così prescrive la Costituzione.

¹⁹⁶ Il mancato ricorso al sistema incidentale di costituzionalità da parte del Tribunale di Roma desta maggiori perplessità se raffrontato all'altra precedente pronuncia del Tribunale di Salerno che, a sua volta, aveva omesso di sollevare la questione dinanzi alla Corte. Detto Tribunale aveva ritenuto esperibile la via dell'interpretazione conforme a Costituzione della legge n. 40, nel senso di consentire l'accesso alla pma ed alla diagnosi pre-impianto anche alle coppie fertili, allorché «il diritto a procreare e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti verrebbero irrimediabilmente lesi da un'interpretazione delle norme in esame che impedisse il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie a causa di patologie geneticamente trasmissibili».

¹⁹⁷ Il giudice capitolino richiama, in tal senso, un precedente delle S.S. U. U. Cass., n. 28507/2005 (cfr. Sezioni Unite civili, sentenza n. 28507 del 23 dicembre 2005) che, nell'affermare la natura immediatamente precettiva e sovraordinata delle norme convenzionali, sanciva l'obbligo per il giudice di disapplicazione della norma interna incompatibile.

¹⁹⁸ GC, Corte edu, *Scoppola* c. Italia, 17 settembre 2009.

sentenza convenzionale imponeva all'Italia in modo chiaro, puntuale ed inequivocabile, non soltanto la condanna pecuniaria, ma «all'unanimità», «Considerate le circostanze particolari della causa e la necessità urgente di porre fine alla violazione degli articoli 6 e 7 della Convenzione, (la Corte ritiene dunque) *che sia lo Stato convenuto a dover assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente sia sostituita con una pena conforme ai principi enunciati nella presente sentenza*, ossia una pena non superiore a quella della reclusione di anni trenta».

Se nella decisione *Scoppola* la Corte edu richiede immediatamente ed esplicitamente la sostituzione della pena in favore del ricorrente, nel caso *Costa e Pavan*, invece, si limita a condannare lo Stato ad un'equa riparazione, senza prevedere misure individuali o generali da ottemperare.

La diversa portata dei dispositivi pronunciati a Strasburgo porta, quindi, a distinguere il “seguito” delle due vicende: nel primo caso, con certezza, l'eventuale diniego avrebbe comportato la violazione del giudicato convenzionale, nel secondo, invece, sarebbe stata probabilmente più opportuna, per esigenze di certezza del diritto, l'immediata rimessione della questione al Giudice delle Leggi¹⁹⁹.

In conclusione, nella vicenda *Costa e Pavan*, la competenza della Consulta sembra essere stata elusa per ben due volte: la prima, quando la Corte Edu ha ritenuto immediatamente ricevibile il ricorso, pur in mancanza del previo esperimento di percorsi giurisdizionali interni che avrebbero potuto coinvolgere il Giudice delle Leggi; la seconda, quando il tribunale capitolino ha disapplicato la norma interna, in nome dell'art. 46 Cedu, bypassando il giudizio di legittimità costituzionale.

2.6. Il divieto di accesso alla diagnosi pre-impianto giunge infine al vaglio della Consulta: un'ulteriore declaratoria di incostituzionalità della legge n. 40.

La decisione “ardita” del giudice capitolino è superata da due ordinanze dello stesso Tribunale²⁰⁰, in diversa composizione monocratica, con le quali viene sollevata questione di legittimità costituzionale sulla norma in precedenza disapplicata, sollecitando, così, l'intervento “di chiusura” del Giudice delle Leggi²⁰¹.

¹⁹⁹ Occorre, inoltre, considerare che la Corte di Cassazione, adita dal Sig. Scoppola dopo la vittoria a Strasburgo, non aveva in motivazione fatto alcun riferimento espresso ad una disapplicazione di legge, concentrandosi, piuttosto, sull'individuazione dello strumento processuale più opportuno per rideterminare la pena nella misura, appunto, di trent'anni, come richiesto a Strasburgo (strumento individuato nell'art. 625 *bis* c.p.p.).

²⁰⁰ Tribunale di Roma, sez. I, ord. 14 gennaio 2014, n. 69 e ord. 5 marzo 2014, n. 86.

²⁰¹ Si tratta della sentenza, Corte cost., n. 96/2015. In dottrina, tra i molti commenti, vedi A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere*

Il Tribunale di Roma²⁰², adito da due coppie che si trovavano nella medesima condizione dei Signori Costa e Pavan ma non avevano ottenuto un giudicato convenzionale favorevole, decide di discostarsi da quell'impostazione che aveva condotto il Tribunale di Salerno, prima, ed il Tribunale di Roma, poi, ad una diretta disapplicazione della legge n. 40, riconducendo la relativa questione nell'alveo del giudizio di legittimità costituzionale. La sentenza di accoglimento n. 96 del 2015 è, cronologicamente, il terzo intervento demolitorio della Consulta sulla legge n. 40/2004 e, rispetto alla precedente decisione sul divieto di eterologa, appare ancor più significativa dal punto di vista dei rapporti tra i due sistemi di garanzia, in quanto vede l'influente peso della precedente condanna dello Stato italiano nella vicenda *Costa e Pavan*. È incontestabile la funzione di stimolo, espletata dal giudice convenzionale, rispetto alla decisione della Consulta di entrare nel merito di una questione che, nel 2006, si era chiusa con una declaratoria di inammissibilità. Anche in

all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 giugno 2015, il quale esprime note di profonda criticità, evidenziando «una sorta di fertile sonno della ragione, che genera leggi»; cfr. anche A. D'ALOIDA, *L'ex 40*, in *Confronti costituzionali*, 23 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 *Consultaonline*, n. 2/2015, pg. 533 ss., la quale esprime accenti critici sulla «stringatezza» della parte motiva della decisione, in controtendenza rispetto a quelle pronunce che hanno, invece, risolto questioni relative ai diritti fondamentali della persona strettamente connesse ad interventi già posti in essere dalla Corte di Strasburgo, prima fra tutte la sent. n. 49/2015. Gli stessi profili di criticità sono segnalati anche da A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, n. 3/2015, pg. 13 ss., laddove si afferma che «la Consulta non coglie, o forse - ed è sintomatico - lascia volutamente cadere, questa "preziosa occasione" di chiarire il da farsi "nei casi analoghi in cui si richiede applicazione della stessa normativa censurata a Strasburgo"». In senso opposto cfr. S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 luglio 2015, il quale parla di un «effetto stabilizzatore» della sentenza n. 96/2015 che consentirebbe di superare le perplessità sorte alla luce di interpretazioni conformi a Costituzione che si erano spinte oltre il tenore letterale della prescrizione da parte dei giudici comuni. Cfr. anche G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale)*, in *www.diritticomparati.it*, 11.6.2015; cfr. anche I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Confronti costituzionali*, 4 novembre 2015; M. P. IADICCIO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2015, pg. 797-805, la quale evidenzia che le precisazioni della Consulta sul divieto di applicazione diretta della Cedu e sulla non riconducibilità della Cedu all'art. 11 Cost. non sarebbero state necessarie, visto che il parametro convenzionale non è stato utilizzato dalla stessa Corte: tali precisazioni risuonerebbero, piuttosto, come un «ammonimento ai giudici comuni» a non percorrere la strada della diretta applicazione della Cedu. Diversamente cfr. A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. Cost.*, n. 3/2015, pg. 805-813 che vede nella sentenza un'ulteriore conferma alla teoria del «doppio binario», secondo la quale nel caso dei ricorrenti vittoriosi a Strasburgo sarebbe configurabile un obbligo di esecuzione, ex 46 Cedu, del giudicato convenzionale in grado di portare alla non applicazione del diritto interno contrastante, mentre, per tutti gli altri casi, vige un divieto di disapplicazione.

²⁰² La vicenda ha origine da due ricorsi, ex art. 700 c.p.c., presentati al Tribunale di Roma da due coppie di coniugi fertili che condividevano una analoga storia clinica: entrambe avevano fatto ricorso in precedenza ad interruzione di gravidanza, poiché almeno uno dei componenti della coppia era risultato portatore sano di grave patologia genetica trasmessa al feto. Entrambe le coppie chiedevano di aver accesso alla PMA e diagnosi pre-impianto, onde evitare il rischio di reiterare tale situazione.

questa vicenda, tuttavia, i parametri che portano all'accoglimento sono soltanto interni e la sentenza convenzionale viene citata *incidenter tantum*, significativamente tra parentesi, senza essere impiegata, come ben avrebbe potuto, per corroborare le argomentazioni a sostegno dell'incoerenza "esterna" della legge n. 40.

In questa pronuncia si riscontra quella tendenza, già manifestata nelle sentenze n.n. 278/2013 e 162/2014, a centralizzare il vaglio di legittimità della legislazione nazionale sulla base dei soli parametri costituzionali "interni in senso stretto", con conseguente assorbimento del motivo *ex art. 117*, comma 1, Cost.

Occorre, altresì, considerare l'incidenza della sopravvenuta sentenza costituzionale n. 49 del 2015 che ha espresso un orientamento fortemente innovativo e di chiusura rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo: la teoria del "diritto convenzionale consolidato", ivi enunciata, avrebbe meritato un chiarimento ed una specificazione in riferimento al caso *Costa e Pavan*²⁰³.

Stupisce, inoltre, il silenzio prestato dalla Corte costituzionale in ordine all'annosa questione dell'esecuzione del giudicato convenzionale rispetto ai ricorrenti "vittoriosi" a Strasburgo, mediante disapplicazione della norma interna incompatibile²⁰⁴, aspetto questo meritevole di chiarimento alla luce dell'altalenante giurisprudenza pregressa. Come evidenziato, già con la sentenza n. 210/2013, riguardante il seguito interno dell'*affaire* Scoppola, il Giudice delle Leggi aveva sostanzialmente taciuto sul punto, occupandosi, piuttosto, della necessità di sollevare l'incidente di costituzionalità in riferimento ai casi "omologhi". La sentenza n. 96/2015 poteva costituire l'occasione per chiarire in profondità la questione, non ancora dipanata, degli effetti delle pronunce convenzionali di condanna nel procedimento nazionale fra le stesse parti ricorrenti, e superare, in tal modo, l'incertezza circa la portata dell'obbligo previsto *ex art. 46* Cedu rispetto al giudice nazionale²⁰⁵.

Guardando al merito della questione, essa viene accolta in riferimento a due parametri assorbenti, gli art. 3 e 32 Cost.: il divieto assoluto di accesso alla PMA con diagnosi pre-

²⁰³ La decisione Corte cost., n. 49/2015, con il suo innovativo orientamento, avrebbe potuto spingere la Corte ad individuare, nella sentenza *Costa e Pavan*, un esempio di giurisprudenza convenzionale non "consolidata", corroborando, così, i principi di diritto enunciati nella sentenza n. 49 e giustificando l'assorbimento del parametro *ex art. 117*, comma 1, Cost.

²⁰⁴ Nella sentenza n. 96/2015 la Corte non si esprime, neppure *incidenter tantum*, sul precedente del Tribunale di Roma che aveva dato diretta soddisfazione ai coniugi Pavan, limitandosi a dichiarare la correttezza del percorso procedurale seguito dal giudice *a quo* che, dinanzi a due casi "omologhi", ha sollevato la questione di costituzionalità, non potendo direttamente applicare le norme Cedu in luogo di quelle nazionali.

²⁰⁵ In tal senso cfr. anche 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 *Consultaonline*, n. 2/2015, pg. 533.

impianto, per le coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili è affetto da irragionevolezza, in quanto foriero di una «palese antinomia normativa» nell'ordinamento giuridico nazionale che «consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, 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 - (...) quando, dalle ormai normali indagini prenatali, siano, accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

Le disposizioni censurate determinano anche una lesione al diritto alla salute della donna, dal momento che le impediscono, pur essendo scientificamente possibile, di acquisire prima un'informazione che le permetterebbe di evitare una successiva decisione (l'interruzione di gravidanza) per la sua salute ben più pregiudizievole, senza che tale *vulnus* sia giustificato, in termini di bilanciamento, dalla esigenza di tutela del nascituro, comunque esposto al rischio di un aborto. Sussiste, pertanto, un irragionevole contemperamento tra diritto alla salute della donna e tutela del concepito che si riflette in termini di violazione del primo degli interessi in gioco.

Al centro della pronuncia si colloca un'interpretazione evolutiva del diritto alla salute, letto in stretta connessione con la libertà di ricerca scientifica ed inteso come diritto di accesso alla miglior scienza medica per acquisire prima informazioni che possono evitare successive scelte terapeutiche pregiudizievoli per la salute.

Si può, inoltre, riscontrare un elevato margine di “creatività” nel ragionamento dell'organo di giustizia costituzionale là dove, a partire da questa interpretazione evolutiva, la Corte enuclea una nuova posizione soggettiva, il diritto di ricorrere alla PMA e alla diagnosi pre-impianto per le coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti «ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b, legge 194/1978» e accertate da «apposite strutture pubbliche».

Il quesito che si pone dinanzi all'interprete è se la soluzione additiva introdotta dalla Corte sia l'unica costituzionalmente percorribile, quindi, “a rime obbligate”.

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate²⁰⁶, la Corte precisa i termini per l'accesso alla procreazione assistita delle coppie fertili, individuando, quale *tertium comparationis*, l'art. 6, comma 1, lettera b della legge n. 194/1978. La peculiarità di tale impostazione consta nel fatto che è la stessa Corte costituzionale ad individuare il

²⁰⁶ Ovvero degli art. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40/2004.

termine di raffronto, discostandosi da quello prospettato dal giudice *a quo*²⁰⁷, e scegliendo una via costituzionalmente non obbligata. Basti pensare che anche l'art. 4 della legge n. 194/1978, là dove ammette l'aborto nei primi 90 giorni di gravidanza, per la previsione di anomalie e malformazioni del feto che creino un «pericolo serio per la salute della donna», avrebbe potuto costituire il *tertium comparationis* nella fattispecie considerata. Per certi aspetti il richiamo all'art. 4 della legge n. 194/1978 avrebbe garantito maggior coerenza: in primo luogo, perché tale disposizione regola l'aborto in una fase iniziale della gravidanza, più vicina al momento in cui è svolta la diagnosi pre-impianto; in secondo luogo, come nel caso delle coppie fertili che si accingono ad intraprendere una gravidanza, ma non sono ancora certe di avere trasmesso la patologia all'embrione, l'art. 4 si riferisce alla «previsione» di anomalie e malformazioni e non richiede il loro «accertamento».

Mediante il ricorso all'art. 6, anziché all'art. 4, della legge n. 194/1978, la Corte costituzionale ha potuto porre un argine più incisivo all'accesso delle coppie fertili alla procreazione assistita, sconfinando, tuttavia, in uno spazio di discrezionalità riservato al legislatore.

La Corte richiede, inoltre, *expressis verbis*, che siano «apposite strutture pubbliche» ad accertare i requisiti di accesso delle coppie fertili, decidendo, così, discrezionalmente di non richiamare l'art. 8 della legge n. 194/1978²⁰⁸ e di interrompere quel «parallelismo» instaurato in ordine alla «gravità» della patologia.

In definitiva, la Corte pone due condizioni di liceità per l'accesso delle coppie fertili alla procreazione assistita e alla diagnosi pre-impianto²⁰⁹: il margine di creatività dell'operazione additiva appare elevato, in un crescendo significativo rispetto al precedente del 2009, mediante l'introduzione di contenuti non costituzionalmente imposti, rientranti nell'esercizio della discrezionalità politica del legislatore²¹⁰.

²⁰⁷ Relativo alle malattie virali dell'uomo sessualmente trasmissibili, di cui alle Linee Guida del 2008.

²⁰⁸ L'art. 8, legge n. 194/1978 individua una serie di strutture abilitate a svolgere l'aborto: dopo i primi 90 giorni, si tratta di strutture di vario tipo, definibili come pubbliche; prima di questo termine, oltre alle strutture pubbliche l'aborto può essere effettuato in «case di cura autorizzate dalla regione, fornite di requisiti igienico-sanitari e di adeguati servizi ostetrico-ginecologici».

²⁰⁹ Ovvero, la malattia del genitore deve essere verificata e comportare il pericolo di «rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro», rispondenti ai «criteri normativi di gravità» già stabiliti dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978 e la patologia deve essere «adeguatamente accertata, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata».

²¹⁰ Inoltre, assumendo come parametro di riferimento il *vulnus* all'art. 32 Cost., come si può escludere che altre situazioni siano meritevoli di analoga tutela? Pensiamo alle donne che presentano un maggiore rischio di produrre embrioni malformati a causa dell'età, oppure soggette a particolari rischi ambientali: come negare la sussistenza di un pericolo per la loro salute psichica o fisica derivante dal divieto di accesso alla PMA e alla diagnosi pre-impianto? In tal senso cfr. anche E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, op.cit., pg. 536.

Il giudice costituzionale censura un'omissione legislativa (i.e. il mancato riconoscimento alle coppie fertili, portatrici di gravi malattie genetiche, del diritto di accedere alla PMA e alla diagnosi pre-impianto) e riconosce a tali categorie di soggetti un diritto non contemplato nell'*intentio legislatoris*, fissandone le condizioni di esercizio.

La pronuncia pone, quindi, almeno due profili problematici: la Corte non può “aggiungere” contenuti normativi, sostituendosi al legislatore, quando manchino le “rime obbligate”, perché il suo ruolo nella forma di governo non lo consente, se non a costo di invadere quella sfera di discrezionalità riservata al potere politico. *In secundiis*, con un'operazione additiva dagli ampi margini di creatività, la Corte sembra superare la finalità originaria della legge n. 40, quella di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1), consentendo il ricorso a tali tecniche anche a coppie che quei problemi riproduttivi non hanno²¹¹.

A corroborare questo “attivismo” costituzionale si aggiunge, sul finire della parte motiva, la previsione di un monito al legislatore “rafforzato” sotto il profilo contenutistico e procedurale. La Corte non si limita a riproporre la tradizionale clausola di un adeguato bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti, ma specifica i profili che dovranno essere oggetto del futuro intervento legislativo: l'indicazione «delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA», «delle correlative procedure di accertamento» e «di forme di autorizzazione e controllo delle strutture abilitate ad effettuare» la diagnosi. Dal punto di vista procedurale vale il richiamo al diritto comparato, ovvero alle prassi normative adottate a livello europeo e si sollecita un riesame periodico delle patologie che possono consentire l'accesso alla PMA, sulla base dell'evoluzione tecnico-scientifica.

Accostando il monito alla immediata declaratoria di illegittimità costituzionale, l'ammonimento inascoltato è destinato a convertirsi in una delega di bilanciamento rivolta, *in primis*, ai medici e alle strutture sanitarie competenti e, in caso di conflitto, al potere giudiziario. Si tratta di una delega di non lieve momento, considerati i molteplici aspetti rientranti nella discrezionalità del legislatore, tra i quali la sorte degli embrioni affetti da malattie genetiche e non impiantati a tutela della salute della donna, oltreché la previsione delle patologie e delle relative modalità di accertamento.

²¹¹ La legge n. 40, da disciplina dettata per superare problemi di sterilità o infertilità, è divenuta una normativa tesa a offrire uno strumento tecnico per superare il rischio di trasmissione di malattie genetiche.

Parte seconda

La donazione di gameti.

2.7. La legislazione nazionale e le diverse soluzioni adottate negli ordinamenti europei in tema di fecondazione “eterologa”.

Un altro ambito materiale in cui il sindacato costituzionale di ragionevolezza ed il bilanciamento fra valori costituzionali determinano considerevoli spunti di riflessione ed altrettanti profili di problematicità è quello della donazione di gameti.

Si tratta, come noto, di una tecnica di assistenza al concepimento, consistente nell’impiego di materiale genetico umano proveniente da soggetti estranei alla coppia di richiedenti attraverso, appunto, la donazione di gameti²¹².

Abbiamo visto che l’accesso alla procreazione artificiale come strumento di realizzazione del proprio progetto genitoriale ha contribuito a rendere ancora più complessa la realtà che il diritto e, nella specie, il legislatore si trova ad affrontare: il progresso delle tecnologie riproduttive ha fatto venire meno il binomio “sessualità-riproduzione”, consentendo non soltanto una «sessualità senza procreazione» (mediante, ad es., la diffusione della contraccezione) ma anche una «riproduzione senza sessualità»²¹³.

La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in special modo, determina problemi ulteriori rispetto alla fecondazione di tipo omologo, inerenti allo *status* genitoriale ed allo *status filiationis*, quindi, alla moltiplicazione dei soggetti parentali ed al contemperamento dei rispettivi diritti fondamentali coinvolti.

Nella giurisprudenza costituzionale e convenzionale intervenuta in materia emergerà, da un lato, l’attualità della tecnica del bilanciamento fra valori, quale risposta privilegiata per la composizione dei conflitti, nonché la centralità del sindacato costituzionale di ragionevolezza sul bilanciamento medesimo; dall’altro, il ruolo “definitorio” del fattore tecnologico per l’individuazione di nuovi interessi meritevoli di tutela e, nella giurisprudenza convenzionale, per la delimitazione del margine di discrezionalità statale.

L’ambito della donazione di gameti assume particolare rilievo anche per la connotazione specifica che caratterizza il legame di reciprocità inversa tra margine di apprezzamento e teoria del *consensus*, una connotazione che sembra risentire in modo decisivo della

²¹² Il termine “eterologa” risulta impreciso alla luce del linguaggio tecnico scientifico in cui l’espressione è usata per indicare la fecondazione tra specie diverse.

²¹³ cfr. P. ZATTI, «Natura» e «cultura» nella procreazione artificiale, in G. FERRANDO, *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, pg. 177.

complessità sociale, etica e scientifica di tale settore: non a caso, come vedremo, gli esiti applicativi di detto legame nella giurisprudenza convenzionale risulteranno ondivaghi e difficilmente prevedibili.

La legge n. 40/2004, contrariamente a quanto osservato per la diagnosi pre-impianto, prevedeva (prima dell'intervento costituzionale caducatorio dell'aprile 2014) un espresso ed assoluto divieto di accesso alla donazione di gameti (*ex art. 4, comma 3*), quale elemento qualificante della normativa medesima. Dai lavori preparatori si evince che la *ratio* del suddetto divieto consisteva principalmente nella esigenza di non ledere l'integrità psico-sociale²¹⁴ del futuro nato e tutelare la sua identità, esigenze che sarebbero state messe a repentaglio dalla frammentazione delle figure parentali e dalla scissione tra genitorialità genetica e sociale.

Il divieto era assistito da una sanzione pecuniaria²¹⁵ posta a carico dei soli operatori sanitari (non della coppia richiedente) che, oltre ad essere particolarmente gravosa²¹⁶, andava a colpire, d'improvviso, pratiche da tempo attuate in Italia presso centri privati, nel rispetto di circolari e codici di autoregolamentazione²¹⁷.

Nonostante il divieto, il legislatore decideva di disciplinare comunque gli effetti giuridici derivanti dal ricorso alla donazione di gameti in uno Stato estero, in violazione della prescrizione nazionale. L'art. 9 della legge *de quo* regola, infatti, lo *status* del nato da

²¹⁴ Autorevole dottrina evidenzia come tale turbamento dell'integrità psichica del minore non sia affatto dimostrata, cfr. M. D'AMICO, *Sull'Incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa fra principi costituzionali ed europei*, in *Procreazione assistita e tutela della persona*, a cura di A. BARENGHI, Cedam, 2011, pg. 119, la quale fa riferimento alla relazione di minoranza della XII commissione permanente (sanità e igiene), comunicata alla Presidenza del Senato il 15 settembre 2003, dal Sen. Del Pennino. Nella relazione è richiamata l'audizione dell'esperto, Prof. Canestrari il quale nega che le scienze psico-pedagogiche abbiano dimostrato che la frattura fra genitorialità genetica e sociale sia idonea a ledere lo sviluppo psichico del nascituro.

²¹⁵ Da 300.000 a 600.000 euro.

²¹⁶ Al punto che alcuni autori, in dottrina, gli hanno riconosciuto una "sostanza" penale, come ricorda A. VALLINI, in *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Riv. Dir. Pen. Proc.*, 2014, pg. 832; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Il governo del corpo*, II, *op. cit.* nota 155, pg. 1588. In particolare, S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, 418, parla di «frode delle etichette» e di «seme del diritto penale introdotto nel corpo del diritto amministrativo».

²¹⁷ Cfr. a tal riguardo: Circolare Degan del 10 ottobre 1985 "Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale"; Circolare Donat Cattin n. 19 del 27 aprile 1987: "Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale"; Circolare De Lorenzo del 10 aprile 1992 n. 17: "Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuto e di midollo osseo"; Ordinanza Bindi del 5 marzo 1997: "Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani"; Ordinanza Bindi del 4 giugno 1997, "Proroga dell'efficacia dell'ordinanza ministeriale 5 marzo 1997 concernente il divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani", con cui si fa divieto assoluto di remunerazione diretta o indiretta, immediata o differita, in denaro o in qualsiasi altra forma, per la cessione di gameti, embrioni o, comunque, di altro materiale genetico. Come detto anche il codice deontologico medico disciplinava le modalità di donazione.

eterologa, in una sorta di legittimazione *ex post* della fattispecie concreta, prevedendo i divieti di disconoscimento della paternità, di impugnazione del riconoscimento e dell'anonimato della madre²¹⁸, mentre specifica che il donatore di gameti non acquista alcuna relazione parentale con il nato, nè risulta titolare di diritti o obblighi nei suoi confronti²¹⁹. L'obiettivo perseguito dalla disposizione è assicurare la certezza dello stato giuridico del nato, onde evitare che condotte vietate, perpetrate da altri, possano pregiudicare il superiore interesse del minore²²⁰. Non sembra, quindi, affetta da irragionevolezza la scelta di regolare le conseguenze della procreazione eterologa praticata all'estero: si tratta di una opzione legislativa sorretta dall'interesse alla tutela del minore e dall'esigenza di governare un fenomeno diffuso nella società. Del resto, già con la sentenza n. 347 del 1998, la prima ad intervenire in materia di fecondazione assistita eterologa, la Corte costituzionale aveva riconosciuto come costituzionalmente necessaria una disciplina che assicurasse lo *status* del nato da procreazione assistita²²¹.

Il divieto assoluto di accesso alla donazione di gameti, introdotto nel 2004 dal legislatore italiano, si colloca nel panorama europeo in una posizione di sostanziale isolamento: come evidenzierà la Corte ed in nel caso *SH. e altri c. Austria*, nel 2010 soltanto Italia, Lituania e Turchia, nell'ambito del Consiglio d'Europa, vietano *in toto* la donazione dei gameti, mentre nella maggioranza degli Stati detta tecnica è ammessa, seppur con una diversa regolamentazione giuridica.

Una breve disamina delle opzioni accolte nelle legislazioni di alcuni Paesi europei, storicamente e giuridicamente più vicini al nostro, è utile per verificare l'eventuale sussistenza di un "consenso", idoneo a limitare il margine di discrezionalità degli Stati nell'ambito di una pratica dalle profonde ripercussioni etiche.

A tal riguardo si può ricordare la scelta dell'ordinamento giuridico francese²²² di consentire la donazione di gameti esclusivamente alla "coppia", composta da un uomo e una donna,

²¹⁸ Nello specifico l'art. 9, legge n. 40/2004 prevede che in caso di ricorso a tecniche di procreazione di tipo eterologo, in violazione dell'art. 4, comma 3, il coniuge o convivente, il cui consenso è ricavabile da atti concludenti, non può esercitare l'azione di disconoscimento di paternità *ex art.* 235, c. 1, n. 1 e 2 c.c., né l'impugnazione del riconoscimento *ex art.* 263 c.c.

²¹⁹ *Ex art.* 9, comma 3, legge n. 40/2004.

²²⁰ La regola secondo cui il bambino, nato da eterologa, è figlio di colui che ha dato il consenso all'inseminazione era già stata posta a livello giurisprudenziale, in Italia, dalla Corte di Cassazione, Cass., 16 marzo 1999, n. 2315.

²²¹ Corte Cost., 26 settembre 1998, n. 347, in tema di disconoscimento di paternità del figlio, nato da fecondazione eterologa, da parte di colui che aveva prestato il consenso alla donazione: mancando una norma in materia che regolasse la procreazione eterologa, era compito del giudice individuare «un punto di equilibrio tra gli interessi in gioco..».

²²² Le cd. leggi di bioetica adottate nel 1994 sono tre: legge n. 94-548 del 1° luglio 1994, relativa al trattamento dei dati nominativi avente come finalità la ricerca nel settore della salute e la modifica della legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978 relativa all'informatica, agli schedari e alle libertà; legge n. 94-563 del 29 luglio

sposata, legata in un *Pacs*, o convivente di fatto, affetta da sterilità o infertilità, ovvero portatrice di gravi patologie trasmissibili. Il legislatore ha, quindi, escluso dall'accesso a tale pratica sia i *singles* che le coppie omosessuali, optando per una disciplina più restrittiva rispetto a quella sull'adozione, consentita ad entrambe tali categorie di soggetti dopo il riconoscimento alle coppie dello stesso sesso del diritto di contrarre matrimonio²²³. Nel sistema francese è espressamente esclusa la cd. "doppia fecondazione eterologa"²²⁴, con donazione di gameti sia femminili che maschili, sull'ammissibilità della quale in Italia, a seguito dell'intervento caducatorio della Consulta, è rimasto un alone di incertezza.

Nell'ambito della donazione di gameti²²⁵ vige una concezione rigorosa del principio dell'anonimato del donatore²²⁶: il nato non può conoscerne l'identità né i "dati non identificativi" (informazioni concernenti la sua storia medica o genetica); soltanto i medici, in caso di necessità terapeutica, possono avere accesso alle informazioni sanitarie non identificative.

Il tratto distintivo del sistema francese è, infine, l'istituto della "donazione" dell'embrione, concepito nel ciclo di procreazione assistita di una coppia "donante"²²⁷.

I soggetti da cui hanno origine gli embrioni crioconservati sono chiamati, annualmente, a manifestare le loro intenzioni concernenti il progetto genitoriale e, se esprimono una rinuncia, possono scegliere tra diverse opzioni, quali la donazione ad altre coppie, la destinazione alla ricerca scientifica o la loro distruzione. Si indulge su questo aspetto per mettere in evidenza che, di tutte le opzioni offerte dall'ordinamento francese alla coppia di genitori, nemmeno una è ammessa nel sistema italiano, risultando, ad oggi, vietate sia la donazione sia l'impiego per finalità di ricerca sia la soppressione.

1994 relativa alla protezione del corpo umano; legge n. 94-564 relativa alla donazione ed all'utilizzo degli elementi e dei prodotti del corpo umano, all'assistenza medica, alla procreazione ed alla diagnosi prenatale. Tali atti sono stati in parte modificati con Legge n. 2004-800 del 6 agosto 2004 e, successivamente, con legge n. 2011-814 del 7 luglio 2011 che ha autorizzato la ratifica della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e della biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997.

²²³ Riconosciuto con legge n. 2013-404 del 17 maggio 2013.

²²⁴ Il sistema francese, inoltre, circoscrive la donazione di gameti da uno stesso soggetto entro il limite delle dieci nascite.

²²⁵ Per quanto attiene alla donazione di gameti femminili, analogamente a quanto accade in Italia, per il diritto francese è madre del bambino colei che partorisce (*ex* articolo 325, comma 2, Codice civile francese) e la maternità surrogata integra un illecito penale (punito con una pena detentiva fino a tre anni ed una multa fino a 45.000 euro, secondo il codice penale francese).

²²⁶ Il Consiglio di Stato ha recentemente confermato l'approccio del Parlamento francese, in un parere che nega l'incompatibilità del principio dell'anonimato dei donatori di gameti con l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani, Conseil d'Etat, avis n. 362981, du 13 juin 2013.

²²⁷ Il codice di sanità pubblica prevede che, nell'ambito delle tecniche di procreazione assistita, i membri della coppia possano consentire, tramite scrittura privata, la fecondazione di un certo numero di embrioni da trasferire in utero mentre i restanti, il cui sviluppo sia soddisfacente, sono crioconservati, senza alcun limite numerico.

In Germania, l'*Embryonenschutzgesetz* (ESchG)²²⁸ ha optato per una disciplina più restrittiva delle tecniche in esame: sanziona penalmente non soltanto la pratica dell'affitto d'utero²²⁹, come accade in Francia ed in Italia, ma anche il medico che proceda alla c.d. "ovodonazione", sul presupposto che la maternità condivisa e la conseguente ambiguità dell'identità materna possano compromettere lo sviluppo della personalità del bambino.

Il legislatore tedesco²³⁰ consente soltanto la donazione di gameti maschili²³¹, vieta la ricerca e la creazione di embrioni soprannumerari²³²: analogamente a quanto era previsto nella legge n. 40/2004 (prima del ricordato intervento costituzionale del 2009), nel sistema tedesco vige ancora il divieto di trasferire più di tre embrioni nell'ambito di uno stesso ciclo e di fecondare più ovuli rispetto a quanti possano essere trasferiti²³³.

Una particolarità che contraddistingue tale ordinamento, nel variegato panorama europeo, consta nell'esclusione di donazioni di gameti maschili anonime, al fine di assicurare la più ampia tutela del diritto del nato a conoscere le proprie origini genetiche.

Tra gli ordinamenti che testimoniano una notevole apertura in tema di fecondazione eterologa, si collocano la Spagna ed il Regno Unito, Paesi in cui l'accesso alla donazione

²²⁸ L'*Embryonenschutzgesetz*, Legge per la tutela dell'embrione, legge penale complementare, del dicembre 1990, è entrata in vigore il 1° gennaio 1991. La materia è disciplinata in parte anche nelle Linee guida del 17 febbraio 2006, formulate dal Consiglio scientifico dell'Ordine nazionale dei medici, che hanno per i medici carattere vincolante.

²²⁹ La legge sanziona penalmente soltanto il medico per la sua prestazione che consenta la c.d. maternità surrogata e non la madre "in affitto" o i "committenti".

²³⁰ Ai sensi dell'art. 8, comma 1, ESchG, viene considerata esistente la vita umana dell'embrione fin dalla fusione dei patrimoni genetici contenuti nello spermatozoo e nella cellula uovo. L'art. 8 ESchG definisce il termine "embrione" come segue: «Ai sensi della presente legge, con il termine 'embrione' si intende l'ovulo umano fecondato e vitale fin dal momento della cariogamia, ed inoltre ogni cellula totipotente che, in presenza delle condizioni necessarie, sia in grado di dividersi e di svilupparsi per dare origine ad un individuo».

²³¹ Previo consenso del donatore e della donna interessata ex art. 4, comma 1, n° 1 e 2, ESchG. La fecondazione eterologa ha un ruolo sussidiario nel sistema tedesco: può essere applicata solo se risulta medicalmente indicata e se viene spiegato, dal punto di vista medico, perché non si possa procedere con la fecondazione omologa. Circa il profilo civilistico, il BGB (art. 1591) considera "madre" la donna che "ha partorito il figlio", quindi la madre biologica (anche se non coincidente con la madre genetica): anche in caso di maternità surrogata alla madre genetica, in quanto donatrice, non è riconosciuto alcuno *status* giuridico in relazione al bambino. Per quanto attiene al vincolo di filiazione padre-figlio, il codice civile tedesco prevede che l'uomo coniugato con la madre biologica al momento della nascita del bambino sia il padre dello stesso, a prescindere dal legame genetico. In mancanza di matrimonio, invece, il rapporto di filiazione con il "padre sociale" si può stabilire per riconoscimento, ovvero per azione, o accertamento giudiziale. In riferimento ad una coppia non sposata, il padre "sociale" non può – in mancanza di paternità genetica – essere costretto al riconoscimento: per questo motivo le Linee guida dei medici condizionano tale pratica alla previa dichiarazione di riconoscimento della paternità giuridica. In presenza di un consenso preventivo della coppia alla fecondazione eterologa, il disconoscimento della paternità da parte di entrambi i componenti viene escluso e solo il figlio sarà legittimato all'impugnazione della paternità del padre giuridico, ad esempio per istaurare un rapporto di filiazione con il donatore del seme.

²³² Oltre al divieto di fecondazione *post mortem*, sancito nell'art. 4, comma 1, n° 3 ESchG.

²³³ Come in Francia, invece, la donazione di gameti da uno stesso soggetto non può dare luogo a più di dieci gravidanze.

di gameti è consentito non soltanto alla coppia eterosessuale, sposata o convivente, ma anche alla donna *single*²³⁴.

Nel Regno Unito, la prima legge sulla procreazione assistita e sulla ricerca embrionale, lo *Human Fertilisation and Embryology Act*²³⁵, introdotta ben quattordici anni prima che in Italia²³⁶, già sanciva espressamente la legittimità della donazione di gameti a titolo gratuito²³⁷ ed istituiva un'apposita *Authority*²³⁸ con il compito di monitorare l'utilizzo di tali pratiche ed emanare istruzioni (*directions*), vincolanti per le cliniche coinvolte. Dal 2008²³⁹ anche i componenti di una coppia omosessuale, legati in una *civil partnership*²⁴⁰,

²³⁴ La disciplina britannica non stabilisce alcuna restrizione all'accesso a tale tecnica: possono farvi ricorso le coppie sposate, i *civil partners*, le coppie di fatto etero ed omosessuali e, come detto, anche il *single*.

²³⁵ Dal punto di vista civilistico, in caso di ovodonazione, come in Francia, l'*Act* del 1990 e quello del 2008 stabiliscono che, incondizionatamente, la madre del bambino sia la donna che partorisce, a prescindere dal legame genetico. In caso di coniugio, il marito della donna sottoposta a trattamento sarà il padre legale, a meno che egli non abbia rifiutato il proprio consenso al trattamento. Il compagno o la compagna della donna che si sottopone alla fecondazione eterologa deve dare il proprio consenso a diventare, rispettivamente il padre, o il "secondo genitore legale" (*second legal parent*) del nascituro. Pertanto, il bambino nato da eterologa non avrà un padre legale in caso di madre *single* o il cui marito o *civil partner* non abbia acconsentito alla pratica.

²³⁶ Merita ricordare che il 25 luglio 1978, in provincia di Manchester, nasceva Louise Brown, la prima bambina nata mediante procreazione assistita di tipo omologo, da un embrione creato "in provetta" dai medici Patrick Steptoe e Robert Edwards. La procedura non era illecita, ma il caso fu sentito come rivoluzionario e suscitò fortissime polemiche nell'opinione pubblica. Nel 1982 fu convocata una apposita commissione allo scopo di valutare gli orientamenti in tema di nuove tecnologie disponibili per la procreazione assistita e per la ricerca sugli embrioni. La commissione, presieduta da Lady Warnock, ha riunito esponenti e studiosi delle principali correnti di pensiero religioso, etico, laico, del mondo della medicina e le raccomandazioni da essa avanzate hanno costituito il fondamento dello *Human Fertilisation and Embryology Act*.

²³⁷ La donazione di gameti dietro pagamento di un corrispettivo è sanzionata penalmente. Anche l'ovodonazione non può essere retribuita, tuttavia, è possibile ottenere il rimborso delle spese (ad esempio le spese di trasporto) ed un'ulteriore agevolazione: la possibilità di entrare nelle cc.dd. *eggsharing schemes*, sistemi per la condivisione degli ovuli. La donna che desidera sottoporsi ad un trattamento di fecondazione *in vitro* può donare metà degli ovuli ottenuti durante il ciclo di trattamento, per ottenere in cambio uno sconto sul costo del trattamento medesimo (schema creato per far fronte alla carenza di ovuli donati).

²³⁸ La *Human Fertilisation and Embryology Authority* è composta da undici membri, la maggioranza dei quali devono essere individui non coinvolti nella scienza o nelle cliniche di procreazione assistita, ed è organizzata in molteplici sub-comitati (*Sub-Committees*), ognuno dei quali si occupa di un tema specifico. L'*Authority* è incaricata della concessione di autorizzazioni relative ai trattamenti di procreazione assistita ed alle ricerche su embrioni, gestisce il *HFEA Register*, la più grande banca dati al mondo sui trattamenti di fertilità regolati per legge. L'*Authority* svolge un ruolo di informazione sui trattamenti e sulla ricerca embrionale e fornisce consulenze ai ministeri competenti sui più recenti sviluppi nella procreazione assistita e nella ricerca.

²³⁹ Si tratta dello *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* che ha apportato modifiche alla normativa vigente e stabilito che la donazione gameti maschili provenienti da uno stesso soggetto può essere utilizzata per il trattamento di "un massimo di dieci famiglie", termine meno restrittivo di quello francese e tedesco delle dieci "nascite".

²⁴⁰ Ai sensi dell'*Act* del 1990, la compagna omosessuale, legata alla donna sottoposta al trattamento da una *civil partnership*, non poteva diventare genitore del bambino sin dalla nascita: doveva necessariamente richiedere un *parental responsibility order* oppure divenire il secondo genitore del bambino tramite adozione.

possono essere riconosciuti come genitori del bambino nato per mezzo di gameti donati, equiparando, così, la posizione del *civil partner* a quella del coniuge²⁴¹.

Anche nell'ordinamento britannico è previsto l'istituto della donazione dell'embrione, con la peculiarità, rispetto al panorama giuridico europeo, che la coppia donatrice può imporre talune condizioni relativamente all'uso dell'embrione medesimo²⁴². Il sistema inglese, sulla scia della disciplina tedesca, ha, inoltre, superato l'anonimato della donazione²⁴³: dall'aprile 2005, i bambini nati grazie all'eterologa che ne facciano richiesta all'*Authority*, una volta compiuti i 18 anni di età²⁴⁴, possono accedere alle informazioni identificative sul donatore²⁴⁵.

In Spagna²⁴⁶, invece, la legge attualmente in vigore in materia di riproduzione assistita²⁴⁷ prevede la donazione anonima dei gameti²⁴⁸: i nati da eterologa hanno il diritto di ottenere esclusivamente informazioni non identificative²⁴⁹.

²⁴¹ L'*Act* del 2008 ha introdotto anche un trattamento equipollente tra coppie di fatto, etero ed omosessuali, consentendo loro di acquisire la genitorialità per mezzo dei *parental orders*, ordinanze giurisdizionali in precedenza riservate alle sole coppie sposate.

²⁴² Ad esempio prevedendo che sia donato solamente ad una donna coniugata, o legata in una *civil partnership*, oppure in una coppia di fatto. Un'altra particolarità del sistema britannico è il fatto che la maternità surrogata rappresenta una "pratica tollerata", non integra un reato, anche se l'accordo stesso non ha valore legale. Come sancito dallo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, la coppia committente non può citare in giudizio la madre surrogata se essa rifiuta di consegnare il bambino e, parimenti, la madre surrogata non può citare in giudizio la coppia committente per non aver versato i pagamenti concordati, o per non volere il bambino in seguito alla nascita. Per l'ordinamento britannico, madre è colei che partorisce, quindi, la madre "surrogata" è sempre la madre legale del bambino, a prescindere dal legame genetico, ed ha dunque il diritto di tenerlo con sé fintanto che non venga eseguito un *parental order* o non venga avviata la procedura di adozione da parte della committente. La coppia che desidera ottenere la genitorialità del bambino dovrà, pertanto, richiedere un *parental order*, ai sensi dello *Human Fertilisation and Embryology Act*, entro sei mesi dalla nascita, oppure avviare una pratica di adozione. L'emissione del provvedimento estingue in via permanente il rapporto di maternità giuridica della madre surrogata e rende gli individui committenti i genitori legali del bambino; inoltre, si ha automaticamente una nuova emissione del certificato di nascita nel quale sono indicati come genitori legali gli individui richiedenti (il bambino potrà, al compimento della maggiore età e in seguito a *counselling*, aver accesso al suo certificato di nascita originale). In seguito allo *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, come abbiamo visto, i *parental orders* possono essere emessi anche per le coppie non sposate (*civil partners* e coppie conviventi). Per ottenere un *parental order*, almeno uno dei richiedenti deve avere un legame genetico con il bambino e la Corte deve accertare che non sia stato effettuato alcun pagamento in denaro o almeno che questo pagamento non ecceda il *quantum* delle spese ragionevolmente sostenute nel corso della gravidanza. Tuttavia, nella prassi, la concessione di un *parental order* non è ostacolata dal riscontrato versamento alla madre surrogata anche di cifre consistenti.

²⁴³ Nelle *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations* del 2004.

²⁴⁴ Prima dell'aprile 2005, invece, le donazioni potevano essere anonime ed i bambini nati da eterologa, al compimento dei 16 anni, potevano chiedere all'*Authority* soltanto informazioni non-identificanti.

²⁴⁵ In questo caso, la *Authority* ha l'obbligo giuridico di notificare ai donatori la richiesta di informazione.

²⁴⁶ Si precisa, inoltre, che in Spagna, come nel Regno Unito, i contratti di *gestación por sustitución*, pur non determinando alcuna sanzione amministrativa o penale, sono affetti da nullità assoluta. Analogamente a quanto accade in Italia, anche in Spagna si presentano con una certa frequenza problemi correlati all'iscrizione all'anagrafe di figli di coppie spagnole, nati all'estero da madri surrogate. Un caso ha avuto particolare rilievo nell'ordinamento spagnolo, giungendo fino alla *Sala civil del Tribunal supremo*: due uomini spagnoli coniugati, avevano visto respingere la loro richiesta di iscrizione nei registri civili di due gemelli, nati in California per mezzo del c.d. "utero in affitto". La coppia aveva fatto ricorso avverso il

Questa breve disamina dei profili cardine di alcune legislazioni in ambito europeo, lungi dal fornire un quadro esaustivo del complesso assetto in materia di donazione di gameti, evidenzia una tendenziale eterogeneità delle regole di dettaglio, ma anche una convergenza rispetto a tre scelte di fondo: si consente, in via generale, la donazione di gameti maschili e l'accesso alla PMA in presenza di malattie genetiche, inoltre, la regola dell'anonimato del donatore, inizialmente prevista nella maggioranza dei Paesi europei, è progressivamente attenuata, se non addirittura superata (i.e. Germania e Regno Unito).

2.8. L'iniziale attivismo del giudice della Convenzione attraverso un'interpretazione restrittiva del principio di non discriminazione ex art. 14 Cedu .

Ai fini della presente indagine assume particolare rilievo, nel variegato panorama europeo, l'ordinamento giuridico austriaco²⁵⁰ sia per la peculiare opzione legislativa prescelta sia per il sindacato svolto dalla Corte di Strasburgo²⁵¹.

diniego dinanzi alla Direzione Generale dei Registri e del Notariato che, con *resolución* del 18 febbraio 2009, aveva accolto la loro istanza, in forza del principio dell'interesse superiore del minore. La *resolución* è stata oggetto di ricorso da parte del pubblico ministero, le cui ragioni sono state accolte in primo grado, in appello ed, infine, in cassazione, con sentenza del 6 febbraio 2014 (n. ric. 245/2012) della Sala civile del Tribunale supremo. I giudici hanno escluso che la filiazione dei due uomini potesse risultare iscritta nel Registro civile per violazione di una regola di "ordine pubblico internazionale spagnolo", ovvero l'art. 10 LPA che vieta la maternità surrogata. Questa decisione del Tribunale supremo spagnolo è in linea con l'orientamento assunto, in materia di surrogazione di maternità, dalla Suprema Corte di Cassazione italiana, mentre mostra profili di frizione rispetto all'orientamento espresso dalla seconda sezione della Corte edu nel problematico caso *Paradiso e Campanelli contro Italia* (cfr. Co. eur. dir. uomo, sez. II, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12), a commento del quale sia consentito un rinvio al mio C. MASCIOTTA, *L'allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione della vita familiare*, in *Rivista AIC*, 27 novembre 2015. Come ivi auspicato, l'orientamento della seconda sezione è stato parzialmente superato dalla decisione della Grande Camera del 24 gennaio 2017, sul medesimo caso *Paradiso e Campanelli*, cfr., GC, Co. Eur. Dir. Uomo, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*. In tal sede è stata esclusa l'esistenza di una "vita familiare" tra i ricorrenti e il minore, nato in Russia da maternità surrogata, considerata l'assenza di qualsiasi legame genetico, la breve durata della coabitazione e l'incertezza giuridica della relazione affettiva intercorsa. Con questa pronuncia la Corte edu sembra nuovamente allinearsi agli orientamenti espressi dalla Corte di Cassazione italiana in ambito di maternità surrogata, annullando il "salto in avanti" compiuto dalla sezione (cfr. Corte di Cassazione, sez. I Civile, sentenza n. 24001/14).

²⁴⁷ Si tratta della legge n. 14/2006, per certi aspetti integrata dalla legge 3 luglio 2007, n. 14 in materia di ricerca biomedica. La legge n. 14/2006 garantisce l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita a tutte le donne maggiorenni, con piena capacità di agire, purché abbiano prestato per scritto il loro consenso informato, ed a prescindere dal loro stato civile e dal loro orientamento sessuale (art. 6, comma 1). Se la donna è coniugata occorre anche il consenso del marito (a meno che la coppia non sia separata, legalmente o di fatto, art. 6, comma 3) e vige la presunzione di filiazione matrimoniale, in virtù della quale il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio.

²⁴⁸ In dottrina si è osservato che molti cittadini britannici che vogliono ricorrere alla procreazione eterologa si recano in Spagna per evitare l'identificazione del donatore raggiunta la maggiore età dei concepiti. Cfr. In tal senso E. FARNÓS AMORÓS, *European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting* (Roma, 27-30 de junio, 2010), in *InDret*, luglio 2010, pg. 10.

²⁴⁹ Ex art. 5, comma 5, legge n. 14/2006, soltanto in circostanze straordinarie che comportino un pericolo certo per la vita o la salute del figlio, o quando previsto da norme processuali penali, potrà rivelarsi l'identità dei donatori, purché sia indispensabile per evitare il pericolo o per conseguire un fine legittimo.

²⁵⁰ Merita rilevare, tra le righe, che la soluzione austriaca coincide con quella presente in un altro ordinamento europeo, in Svezia, come evidenziato da E. DOLCINI, *Strasburgo – Firenze – Roma: il divieto di*

La *Fortpflanzungsmedizingesetz*²⁵² sancisce il generale divieto di ovodonazione e lo specifico divieto di donazione di gameti maschili per la fecondazione *in vitro*, consentendo la sola fecondazione *in vivo* di gameti maschili esterni alla coppia²⁵³.

La Corte di Strasburgo è intervenuta per ben due volte sulla disciplina austriaca, nel noto caso *SH. ed altri c. Austria*, con due decisioni, della I sezione e della *Grande Chambre*, dagli esiti diametralmente opposti.

La vicenda, come noto, riguardava due coppie di coniugi²⁵⁴ che censuravano, per asserita violazione degli art. 8 e 14 Cedu, il divieto di ricorrere alla donazione di ovociti e gameti maschili in pratiche di fecondazione *in vitro*, uniche tecniche attraverso le quali avrebbero potuto concepire un figlio.

La pronuncia della I Sezione²⁵⁵ testimonia una profonda apertura verso tematiche considerate un tempo estranee al proprio sindacato e si inserisce in quella giurisprudenza

fecondazione eterologa si avvia al capolinea?, *op. cit.*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 21 ottobre 2010, § 3.

²⁵¹ Sui numerosi casi recenti affrontati dalla Corte EDU riguardanti la tutela di posizioni giuridiche soggettive in ambito procreativo cfr. in dottrina T. MURPHY, G. Ó CUINN, *Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, vol. 10, n. 4/2010, pg. 601 ss.

²⁵² Si tratta della legge n. 275/1992.

²⁵³ Ai sensi del paragrafo 3(1) della suddetta legge, solo i gameti dei coniugi o delle persone che vivono una relazione simile al matrimonio (*Lebensgefährten*) possono essere usati agli effetti della procreazione medicalmente assistita. In circostanze eccezionali, il gamete maschile di un terzo può essere usato per un'inseminazione artificiale *in vivo* (paragrafo 3(2)), mentre la fecondazione eterologa *in vitro* è vietata. Ai sensi del paragrafo 3(3), i gameti femminili possono essere usati solo nelle donne da cui provengono: in tal modo la donazione di ovuli è sempre vietata. Il Codice civile austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), nel regolare le questioni relative alla genitorialità riconosce, al pari delle altre legislazioni europee, come madre colei che dà alla luce il bambino, ed in caso di procreazione artificiale con donazione di gameti maschili, padre è colui che ha acconsentito al trattamento, coniuge o convivente, restando il donatore privo di qualsivoglia legame giuridico con il nato.

²⁵⁴ La prima ricorrente soffriva di sterilità alle tube di Falloppio (*eileiterbedingter Sterilität*) e suo marito, il secondo ricorrente, era sterile; la terza ricorrente soffriva di agonadismo (*Gonadendysgenese*), ovvero non produceva assolutamente ovuli, quindi risultava completamente sterile, mentre suo marito, il quarto ricorrente, al contrario del secondo ricorrente, poteva produrre sperma idoneo alla procreazione. Il 4 maggio 1998 la prima e la terza ricorrente presentavano un ricorso (*Individualantrag*) alla Corte Costituzionale (*Verfassungsgerichtshof*) per un giudizio di costituzionalità sul paragrafo 3(1) e sul paragrafo 3(2) della legge sulla procreazione artificiale (*Fortpflanzungsmedizingesetz*). Il 14 ottobre 1999 la Corte Costituzionale decideva sul ricorso ritenendo le disposizioni impugnate in linea con l'articolo 8 Cedu e con il principio di uguaglianza riconosciuto dalla Costituzione federale e dalla Cedu: il legislatore non aveva oltrepassato il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri nello stabilire la possibilità dei metodi di fecondazione omologa quale regola e la donazione di sperma quale eccezione.

²⁵⁵ Corte edu, I sezione, *SH. e altri v. Austria*, 1 aprile 2010, n. 57813/00. A commento cfr. M. PACINI, *Procreazione assistita e non discriminazione nella CEDU*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2011, pg. 39-46; A. DIURNI, *La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea*, in *Famiglia, persone, successioni*, n. 6/2011, pg. 409-415; A. OSTI, *Il caso S.H. e altri c. Austria in tema di procreazione medicalmente assistita*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, pg. 13-27; F. CERRI, *Corte europea e fecondazione eterologa: mater semper certa est? Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 aprile 2010*, in *Europa e diritto privato*, n. 4/2010, pg. 1219-1230; B. LIBERALI, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n.11/2010, pt. 2, pg. 556-564; U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*, in *Famiglia e diritto*, n. 11/2010, pg. 981-991; L. VIOLINI,

convenzionale che ricostruisce la “vita privata e familiare” in un’accezione ampia, quale *broad concept*. Tale nozione, originariamente circoscritta al diritto di stabilire relazioni con altri essere umani, allo sviluppo della personalità e all’autodeterminazione, progressivamente ricomprende il diritto a veder tutelate le scelte concernenti la sfera procreativa, quindi, il rispetto della decisione di avere o non avere un figlio («*the right to respect for the decisions both to have and not to have a child*»²⁵⁶) e di diventare genitore genetico²⁵⁷. Nel caso *SH*, la I Sezione giunge ad includere nell’ambito applicativo dell’art. 8 Cedu il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di fecondazione assistita a tale scopo.

Lo sviluppo tecnologico che contraddistingue il contesto procreativo determina una progressiva espansione degli interessi considerati concretamente meritevoli di tutela nel sistema di giustizia convenzionale.

Accertata l’applicabilità dell’art. 8 Cedu, in combinato disposto con l’art. 14 Cedu, i giudici di Strasburgo passano in rassegna le ragioni adottate dal Governo austriaco a sostegno dei divieti censurati, per verificare se la differenza di trattamento sia concretamente discriminatoria, priva di una “giustificazione oggettiva e ragionevole”, poiché non persegue uno scopo legittimo o, pur perseguendolo, non sussiste proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo medesimo.

Nella parte iniziale della motivazione la Corte afferma a chiare lettere che la fecondazione *in vitro* determina delicate questioni etiche e morali, sulle quali manca una posizione comune dei Paesi membri della Convenzione, pertanto, «il margine di discrezionalità concesso allo Stato convenuto deve essere ampio»²⁵⁸ e si estende alla decisione se intervenire in materia, nonché alla normativa di dettaglio, volta a contemperare gli interessi pubblici e privati in gioco.

Una volta riconosciuto, in premessa, l’ampio margine di apprezzamento circa l’*an* ed il *quommodo* dell’intervento, sarebbe stata consequenziale, nel ragionamento della Corte, l’opzione per un sindacato di non manifesta irragionevolezza sull’ingerenza statale: una “blanda” valutazione circa l’esistenza di un qualche fine legittimo perseguito dallo Stato e sulla proporzionalità della misura, nel senso della non evidente mancanza di qualsiasi nesso tra i mezzi prescelti e lo scopo perseguito; come vedremo, invece, le argomentazioni della sezione porteranno a ben altra conclusione.

Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2010, pg. 632-636.

²⁵⁶ Caso *Evans c. Regno Unito*, GC, ricorso n° 6339/05, § 71, ECHR 2007-IV.

²⁵⁷ Caso *Dickson c. Regno Unito [GC]*, ricorso n° 44362/04, § 66, ECHR 2007-XIII.

²⁵⁸ Corte edu, I sezione, *SH. e altri v. Austria*, 1 aprile 2010, n. 57813/00, § 69.

In riferimento al divieto di donazione di ovuli, secondo i giudici, la natura moralmente, socialmente ed eticamente sensibile dei profili in gioco e le remore della società civile in ordine alle possibilità offerte dalla medicina riproduttiva non sono di per sé sufficienti a giustificare un divieto assoluto in materia²⁵⁹. La Corte evidenzia che non esiste alcun obbligo generale per uno Stato di introdurre una legislazione che consenta il ricorso alla procreazione artificiale, nondimeno, quando una decisione legislativa in tal senso sia assunta, la disciplina giuridica deve prevedere un coerente e ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti²⁶⁰.

La discrezionalità del legislatore è, quindi, ampia nel decidere *se* disciplinare *ex novo* la materia, ma, una volta deciso di regolarla, il margine di apprezzamento si restringe ed il sindacato della Corte sulla proporzionalità delle misure statali diviene penetrante: il divieto di accesso a tecniche procreative per essere proporzionato, secondo i giudici di Strasburgo, dovrebbe costituire *l'unico modo per prevenire efficacemente i gravi rischi denunciati*.

Si riscontra uno slittamento metodologico nella argomentazione giuridica della Corte: dall'ampio margine di apprezzamento statale, proclamato *ab initio*, con la conseguente opzione per la tecnica della non manifesta irragionevolezza delle scelte legislative, si passa ad uno *strict scrutiny* sulle stesse.

Per i giudici di Strasburgo esiste una sproporzione tra mezzi impiegati e scopi perseguiti, poiché il divieto di ricorrere alla fecondazione eterologa non costituisce *l'unico*, "*il solo mezzo*" a disposizione del legislatore, per realizzare le finalità perseguite e prevenire le gravi ripercussioni temute.

A tal proposito occorre soffermarsi su un profilo cui è stato fatto cenno nel capitolo introduttivo: la tecnica dello *strict scrutiny*, impiegata dalla I Sezione sul tema della donazione di gameti, sarà ripresa dalla nostra Corte costituzionale proprio nella sentenza caducatoria relativa al divieto di eterologa. Entrambe le Corti giungono ad affermare che la preclusione integrale di tali pratiche riproduttive sarebbe legittima e giustificata solo se fosse l'unico strumento o, comunque, il mezzo meno invasivo per conseguire lo scopo prefissato dal legislatore. L'impiego della medesima tecnica di giudizio indica una certa

²⁵⁹ Nella difesa del governo austriaco erano, altresì, evocate preoccupazioni in ordine all'impiego della donazione di ovuli per realizzare una selezione eugenetica e rischi di sfruttamento della donna, nonché l'esigenza di impedire parentele atipiche.

²⁶⁰ Cfr. Corte edu, I sezione, SH. e altri v. Austria, 1 aprile 2010, § 74: «*The Court would emphasise that there is no obligation on a State to enact legislation of the kind and to allow artificial protection...*...*however, once the decision has been taken to allow artificial procreation and notwithstanding the wide margin of appreciation afforded to the contracting states, the legal framework devised for this purpose must be shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention*».

“convergenza metodologica” tra le due Corti, ma una convergenza *sui generis* se consideriamo che il giudice costituzionale si allinea all’*iter* logico-argomentativo di una sezione semplice, poi superato dalla decisione definitiva della Grande Camera.

Proseguendo nella valutazione dei rischi adottati dal Governo austriaco²⁶¹, i giudici di Strasburgo superano il pericolo di «*unusual relationships*», derivanti dalla donazione di ovuli femminili, mediante il richiamo all’istituto dell’adozione, pacificamente ammesso nel patrimonio giuridico degli Stati europei, tipico esempio di una genitorialità slegata dal dato genetico. Non sussisterebbero, quindi, «ostacoli insormontabili a includere relazioni familiari che derivino da un uso positivo delle tecniche di procreazione artificiale in argomento nel quadro generale del diritto di famiglia e di altri settori del diritto collegati». In altri termini, esistendo già ipotesi di “parentele atipiche” nell’ordinamento, non è possibile sostenere che il fine di prevenire l’insorgenza di tali fattispecie possa assurgere a giustificazione del divieto di procreazione eterologa.

Questo richiamo all’istituto dell’adozione sarà ripreso dalla Corte costituzionale italiana, con la stessa funzione di implementare la *ratio decidendi* della declaratoria di incostituzionalità del divieto di donazione di gameti.

Se, da un lato, adozione e procreazione eterologa perseguono il comune obiettivo di realizzare il desiderio di genitorialità di una coppia, un profilo che generalmente distingue i due istituti è l’esigenza solidaristica, sottesa all’adozione, finalizzata a garantire una genitorialità sociale a bambini, già nati, che si trovino in uno stato di abbandono.

La parziale diversità di obiettivi, a fondamento dei due istituti, rende problematica, dal punto di vista giuridico, un’estensione in via ermeneutica della deroga al principio *mater semper certa est*. Inoltre, la conclusione che non sussistano limiti insormontabili all’inclusione di relazioni atipiche, sorte dalla donazione di gameti, nell’ambito del diritto di famiglia esprime il definitivo tramonto dell’ampio margine di apprezzamento statale, enunciato in premessa.

La definizione delle situazioni giuridiche meritevoli di tutela nell’ambito del diritto di famiglia non sembra più costituire una prerogativa esclusiva del legislatore nazionale,

²⁶¹ Avuto riguardo al rischio di sfruttamento della donna, paventato dal Governo austriaco, la Corte evidenzia che è un pericolo insito in ogni procedura artificiale, non soltanto nella donazione di gameti, ed è superabile attraverso una disciplina dei procedimenti e delle misure di garanzia contro eventuali abusi, quali il divieto di remunerazione già previsto dal legislatore austriaco. I pericoli per la salute della donna che si sottopone alla donazione sono gli stessi in cui incorre la donna in caso di fecondazione omologa *in vitro*, pratica questa, al contrario, ammessa. Tra gli altri rischi il Governo ricorda la scissione tra maternità genetica e biologica, idonea a turbare lo sviluppo della personalità del bambino e cagionare problemi nella scoperta della propria identità.

patrimonio giuridico e culturale di un determinato contesto sociale, risultando suscettibile di implementazione da parte della giurisprudenza convenzionale.

Si rivela fallace anche l'ulteriore argomento addotto dal Governo austriaco: il legittimo interesse del nato a essere informato sulla propria discendenza, a tutela del diritto a stabilire la propria identità e formare la propria personalità²⁶², argomento che, come vedremo, sarà ripreso anche dall'Avvocatura dello Stato italiano dinanzi alla Consulta. Il diritto ad avere informazioni circa la propria origine, secondo i giudici di Strasburgo, non è assoluto, come già statuito nel precedente *Odièvre*²⁶³: spetta al legislatore austriaco trovare un corretto bilanciamento tra l'interesse all'anonimato dei donatori ed il legittimo interesse del nato a conoscere le proprie origini²⁶⁴.

Del pari, la Corte ritiene irragionevole la disparità di trattamento derivante dal divieto di fecondazione *in vitro* con donazione di gameti maschili²⁶⁵: le molteplici ragioni addotte dal Governo²⁶⁶, dall'ampia diffusione e facilità di esercizio della pratica *in vivo*, all'incontrollabilità di un eventuale divieto, non sono suscettibili di limitare una sfera così intima della persona e della sua esistenza, come il desiderio di avere un figlio.

In conclusione, per i giudici di Strasburgo²⁶⁷ il Governo austriaco non avrebbe addotto motivi ragionevoli ed oggettivi a giustificazione della diversità di trattamento prevista per le coppie di ricorrenti: si configura, così, un consistente aggravio dell'onere probatorio posto a carico dello Stato convenuto, di dubbia compatibilità rispetto all'ampio margine di apprezzamento proclamato *ab initio*²⁶⁸.

²⁶² Si veda il caso *Jäggi c. Svizzera*, 13.07.2006, ricorso n° 58757/00, § 25, ECHR, e il caso *Odièvre c. Francia* [GC], 13.02.2003, ricorso n° 42326/98, § 29, ECHR.

²⁶³ GC, Corte edu, *Odièvre c. Francia*, 13.02.2003, ricorso n° 42326/98, ECHR.

²⁶⁴ Cfr. Corte edu, I sezione, *SH. e altri v. Austria*, 1 aprile 2010, n. 57813/00., § 84.

²⁶⁵ Divieto che aveva colpito in concreto il primo e secondo ricorrente.

²⁶⁶ I motivi addotti dal Governo, quali il rischio di selezione eugenetica e l'interesse del nato a conoscere la propria discendenza, caratterizzerebbero la generale pratica della donazione di gameti maschili che, tuttavia, è consentita allo scopo di una fecondazione *in vivo*.

²⁶⁷ Va dato atto che, nella decisione, due sono le opinioni dissenzienti: la prima, parziale, relativa solo al caso della donazione di sperma, la seconda interamente dissenziente. In entrambi i casi, la diversa soluzione dipende dalla valorizzazione, più o meno intensa, del margine di apprezzamento dei singoli Stati, in un settore delicato come quello della procreazione medicalmente assistita.

²⁶⁸ È interessante rilevare che, nel riconoscere la violazione degli art. 14 e 8 Cedu, la I Sezione assume una posizione opposta a quella della Corte costituzionale austriaca, intervenuta sui medesimi casi più di dieci anni prima, nel 1999. La Corte austriaca aveva, infatti, escluso la violazione delle norme convenzionali e del principio costituzionale di eguaglianza, proprio a causa dell'ampio margine di apprezzamento degli Stati in materia di procreazione assistita, impiegando la tecnica decisoria del *consensus* per escludere uno *strict scrutiny* sulla legislazione interna: la Corte costituzionale rinveniva nei divieti censurati un bilanciamento "non irragionevole" dei contrapposti interessi in gioco.

La sentenza della I Sezione ha avuto importanti riflessi sull'ordinamento giuridico italiano: i Tribunali di Firenze, Catania e Milano²⁶⁹ ne hanno desunto elementi utili per sostenere il potenziale contrasto fra il divieto, sancito dall'art. 4, comma 3, legge n. 40 del 2004, e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, in riferimento agli artt. 8 e 14 Cedu. L'ordinanza del Tribunale di Firenze, la prima ad intervenire, è interamente incardinata sulla decisione convenzionale, quindi, sulla violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.; i giudici di Catania e Milano, invece, evidenziano profili di incostituzionalità in riferimento a numerosi parametri "interni in senso stretto" (art. 2, 3, 29, 31, 32 Cost.), invocando la decisione convenzionale soltanto a supporto delle proprie argomentazioni²⁷⁰.

2.9. *La Grande Chambre fa un passo avanti ed uno indietro.*

A seguito della richiesta di riesame del Governo austriaco, nelle more del giudizio costituzionale italiano ormai instaurato, la *Grande Chambre* interviene²⁷¹, superando la

²⁶⁹ Trib. Firenze, ord. 13 settembre 2010; Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010; Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011. Merita ricordare che la questione di legittimità costituzionale relativa al divieto di procreazione assistita eterologa era già stata affrontata dal Tribunale di Milano, I sez. civ., ord. 23 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, che confermava la precedente ordinanza del 7 aprile 2009 del Tribunale di Milano, I sez. civ., nel senso della manifesta infondatezza. A commento di Trib. Firenze, ord. 13 settembre 2010, pubblicata in *Guida al diritto*, 2010, fascicolo 42, pg. 64 ss., cfr. G. M. SALERNO, *I principi enucleati dai giudici di Strasburgo non sembrano adattabili al 'caso' italiano*, in *Guida al diritto*, 2010, fasc. 42, pg. 73; G. CASABURI, *Legge 40: ultimo atto? Il divieto di p.m.a. alla Consulta. Nota a Tribunale Firenze, 13 settembre 2010*, in *Il Corriere di merito*, n. 1/2011, pg. 36-41; a commento di Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010, in *Guida al diritto*, 2010, fasc. 44, pg. 65 ss., cfr. nota di G. M. SALERNO, *Fecondazione eterologa: dubbi di legittimità sulle sanzioni alle strutture che la praticano*, in *Guida al diritto*, 2010, fascicolo 44, pg. 65 e ss.; Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011, in *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, op.cit.*, pg. 214 ss.

²⁷⁰ La sentenza della I sezione viene quindi richiamata da tutti e tre i giudici rimettenti i quali ritengono il divieto assoluto di ricorrere alla donazione di gameti, previsto nella legge n. 40, in contrasto con gli artt. 8 e 14 Cedu, come interpretati da detta pronuncia. Occorre, peraltro, segnalare una decisione di segno opposto di un altro giudice comune che ha ritenuto di non sollevare la medesima questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che la pronuncia della I Sezione fosse rivolta esclusivamente all'ordinamento austriaco e non potesse dispiegare alcun effetto in quello italiano, cfr. Tribunale di Salerno, ord. 20 ottobre 2010.

²⁷¹ GC, Corte edu, SH. c. Austria, 3 novembre 2011. A commento della decisione cfr. C. NARDOCCI, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 febbraio 2012; B. LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. Time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, in *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte Costituzionale*, a cura di M. D'AMICO, B. LIBERALI, FrancoAngeli, Milano, 2012; K. D. BRUDY, *Recent Developments: S.H. v. Austria: European Court of Human Rights Holds That the Right to Family Life and Sexism Trump Governmental Limitations on Artificial Procreation*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n. 19/2011, pg. 691 ss.; E. DOLCINI, *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviando la questione alla Corte Costituzionale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1/2011, pg. 40 ss.; L. VIOLINI, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2010, pg. 632-638; C. DI COSTANZO, *Ancora sul margine di apprezzamento: frontiera costituzionale o crinale giuridicamente indefinibile? Nota a sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, ricorso n. 57813 del 2000, S. H. e altri vs Austria, 2011*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 dicembre 2011. Si veda anche l'opinione dissenziente alla decisione della *Grande Chambre* resa dai giudici Tulkens, Hirvela, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria.

precedente pronuncia della sezione: i divieti stabiliti dalla legge austriaca sono compatibili con il sistema convenzionale, non è stato superato il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato in materia, pertanto, è esclusa la violazione dell'art. 8 Cedu.

La Grande Camera si allontana dalla precedente decisione fin dall'impostazione iniziale dell'*iter* argomentativo, scegliendo di esaminare le censure dei ricorrenti non più sotto il profilo discriminatorio, bensì inquadrando la questione prima di tutto nell'ambito applicativo dell'art. 8 Cedu. La Corte conferma, così, il proprio consolidato orientamento²⁷² che colloca l'art. 14 Cedu ed il divieto di discriminazione, ivi previsto, tra i parametri non suscettibili di applicazione autonoma, necessariamente collegati alle libertà sancite nella prima parte della Convenzione; pertanto, una volta accertata la compatibilità della disciplina con l'art. 8 Cedu, la censura relativa all'art. 14 Cedu diviene priva di fondamento giuridico autonomo.

Dopo avere fatto riferimento ai diversi contenuti che il concetto di vita privata è venuto ad assumere nel tempo, la *Grande Chambre* riconosce una inedita dimensione della genitorialità: il diritto di utilizzare le tecniche di procreazione medicalmente assistita al fine di concepire un figlio non rientra semplicemente “*nell'ambito*” applicativo dell'art. 8 Cedu, come affermato dalla sezione, ma è una diretta espressione della vita privata e familiare²⁷³.

Emerge, così, in tutta la sua portata, “l'attitudine qualificante” del fattore tecnologico rispetto alla determinazione degli interessi soggettivi giuridicamente meritevoli di protezione: allo sviluppo delle conoscenze scientifiche e delle applicazioni tecnologiche nel settore procreativo corrisponde, in parallelo, il progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione dell'articolo 8 Cedu.

Il diritto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita assume, nell'ottica della Corte, una natura funzionale: il suo riconoscimento è finalizzato ad assicurare l'effettivo esercizio del diritto alla procreazione, del quale diviene condizione di effettività²⁷⁴.

²⁷² R. BIN, *Art. 14, Divieto di discriminazione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, pg. 409.

²⁷³ GC, Corte edu, SH. c. Austria, 3 novembre 2011, § 82: «*The right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life*». Nella pronuncia della prima sezione, SH. e altri v. Austria, § 60: «*The Court therefore considers that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that end comes within the ambit of Article 8, as such a choice is clearly an expression of private and family life*». Cfr. anche Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, § 66, e Evans v. The United Kingdom, [GC], no. 6339/05, § 71.

²⁷⁴ In tal senso cfr. anche 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 *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 aprile 2013.

A questo attivismo ermeneutico, fa da contraltare un atteggiamento di *self restraint* in ordine alla valutazione della necessità dell'ingerenza statale: i giudici escludono la violazione dell'art. 8 Cedu poiché sussiste un ampio spazio di discrezionalità legislativa non sindacabile.

Tale dispositivo si fonda, principalmente, su tre argomentazioni: una “comparatistico-consensuale”, là dove si afferma che il potere del legislatore di apporre limiti a una certa libertà è tanto più ampio quanto meno univoco e generalizzato è il riconoscimento di quella libertà negli ordinamenti delle parti contraenti. Nonostante vi sia una “convergenza”, nel panorama legislativo europeo, verso il riconoscimento della donazione di gameti²⁷⁵, permane, secondo i giudici di Strasburgo, un quadro complessivo dinamico ed instabile, tale da escludere la sussistenza di un consenso sufficientemente adeguato a restringere il margine di discrezionalità statale²⁷⁶. La relazione di reciprocità inversa tra margine di apprezzamento²⁷⁷ e teoria del *consensus*²⁷⁸ assume, in questo caso, una connotazione peculiare che sembra risentire della speciale complessità etica e scientifica della questione. Dal punto di vista “quantitativo”, infatti, la maggioranza dei Paesi contraenti già consentiva la donazione di gameti, eppure, per i giudici di Strasburgo non sussiste un consenso adeguato a limitare la discrezionalità statale. La Corte sembra abbandonare un accertamento di tipo quantitativo²⁷⁹ ma, al contempo, non appare chiaro quale sia il grado

²⁷⁵ La donazione di ovuli risulta vietata espressamente da 8 paesi su 47; la donazione di gameti maschili è, invece, vietata solo in 4 paesi su 47.

²⁷⁶ Sull'impostazione assunta dalla Corte edu cfr. le divergenti ricostruzioni da un lato di C. GRABENWARTER- B. KRAUSKOPF, *Sh and others vs. Austria: a larger margin of appreciation in complex fields of law*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2012, pg. 155-158 e A. OSTI, *La sentenza Sh e altri c. Austria: un passo “indietro” per riaffermare la legittimazione della Corte europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, pg. 155 ss.; dall'altro, B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012.

²⁷⁷ Sottolinea il «ruolo cruciale nell'interpretazione della Convenzione» svolto dalla dottrina del margine di apprezzamento B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte Europea dei Diritti: un nuovo processo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, pg. 30, che evidenzia come «L'ampiezza del margine di apprezzamento [...] varia a seconda dei diritti, del contesto e del livello di omogeneità degli ordinamenti. Così, ad esempio, con riguardo al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), la giurisprudenza europea ha precisato che per determinare l'ampiezza del margine di apprezzamento riservato allo Stato in un determinato caso occorre considerare una molteplicità di fattori». Ricostruisce la giurisprudenza convenzionale in ordine al margine di apprezzamento P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, pg. 149, che definisce il margine di apprezzamento quale tecnica di giudizio, al pari «del bilanciamento di valori o della ragionevolezza/proporzionalità nei giudizi della Corte costituzionale italiana». Si veda, inoltre, 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*, Giappichelli, Torino, 2003, pg. 65 ss.

²⁷⁸ Sul ruolo centrale del *consensus* tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, quale ragione giustificatrice per la concessione o la restrizione del margine di apprezzamento cfr. P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, op. cit., pg. 158.

²⁷⁹ Sembrano adottare il medesimo approccio i casi X, Y, Z e Evans contro Regno Unito, cfr. in tal senso anche S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della*

di convergenza tra normative nazionali, idoneo a distinguere un *consensus* strutturale da un mero «*common trend in the legislation of Contracting states*»²⁸⁰ e ciò mina la coerenza argomentativa della pronuncia.

In precedenti decisioni in materie altrettanto sensibili, la Corte edu aveva adottato un criterio più elastico per affermare l'esistenza di un *consensus* idoneo a limitare l'apprezzamento statale: basti pensare al famoso caso *Goodwin c. Regno Unito*²⁸¹ o al meno conosciuto *Mazurek v. France*²⁸², in cui la Corte riconosce l'esistenza di una «*distinct tendency in favour of eradicating discrimination against adulterine children*», una mera tendenza nelle legislazioni degli Stati ma idonea ad incidere sulla decisione finale del giudice.

La seconda ragione posta a fondamento del dispositivo è il cd. “*time factor*”: l'opzione legislativa austriaca deve essere valutata alla luce delle caratteristiche culturali e delle conoscenze mediche sussistenti al tempo in cui la Corte austriaca salvava la disciplina dalla scure dell'incostituzionalità, ponendo le premesse per il ricorso alla Corte edu. Questa distonia temporale stride, tuttavia, con l'orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo che definisce la Convenzione come uno strumento vivente, da interpretare ed applicare alla luce del contesto contingente.

Tale argomentazione mostra anche profili di contraddittorietà, per così dire, “interna” rispetto ad altri passaggi della pronuncia: se, in un primo momento, la Grande Camera sottolinea le importanti ripercussioni del progresso scientifico rispetto alle proprie valutazioni del caso, successivamente, invece, adotta come parametro di riferimento la situazione sociale e scientifica risalente a ben dieci anni prima²⁸³. I giudici di Strasburgo affermano espressamente «*From the material at the Court's disposal, it appears that since the Constitutional Court's decision in the present case many developments in medical science have taken place to which a number of Contracting States have responded in their*

recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza, in *Forum di Quaderni costituzionali*, op. cit., pg. 10.

²⁸⁰ Sul concetto di «*common trends*» cfr. J. GERARDS, *Pluralism, “Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”*, in *European Law Journal*, op. cit., pg. 109.

²⁸¹ Corte Edu, *Goodwin v. UK*, ivi si afferma: «*the Court accordingly attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexual*» (§ 85), a commento cfr. A. MORAWA, *The ‘Common European Approach’, ‘International Trends’, and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on Goodwin and I v. the United Kingdom*, in *German Law Journal*, n. 3/2002.

²⁸² Corte edu, *Mazurek v. France*, 1 febbraio 2000, sul trattamento dei figli nati al di fuori del matrimonio.

²⁸³ La Corte edu sembra, quindi, dichiarare la compatibilità dei divieti austriaci rispetto alla Cedu non in senso assoluto, ma in stretta correlazione al momento storico in cui la disciplina è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale austriaca.

legislation. Such changes might therefore have repercussions on the Court's assessment of the facts»²⁸⁴, ma tale affermazione resta lettera morta²⁸⁵: circoscrivendo il proprio sindacato alla situazione esistente dieci anni addietro, la portata della pronuncia risulta confinata temporalmente ed il giudizio convenzionale sembra perdere consistenza pratica ed attualità.

Interviene, infine, un'argomentazione "etico-scientifica", in forza della quale il margine di discrezionalità statale è tanto più ampio quanto più la materia regolata è caratterizzata da «sensitive moral and ethical issues»²⁸⁶ e, al contempo, da un «background of fast-moving medical and scientific developments»²⁸⁷. Dinanzi a temi etici, soggetti alla mutevolezza della scienza, spetta alle autorità nazionali²⁸⁸ svolgere un «fair balance» tra gli interessi pubblici e privati coinvolti, poiché si trovano in una «better position» in ordine alla valutazione delle condizioni che giustificano l'intensità e le modalità delle misure di ingerenza, per la maggior vicinanza al contesto sociale e culturale in cui esse operano.

Lo sviluppo scientifico in ambito procreativo, per i giudici di Strasburgo, non contribuisce soltanto ad ampliare gli interessi suscettibili di rientrare nell'ambito dell'articolo 8 Cedu, ma svolge anche un'incisiva "funzione definitoria" rispetto al margine di apprezzamento degli Stati: quanto più è ampia e costante l'evoluzione scientifico-tecnologica di una certa disciplina, tanto più il margine di discrezionalità tende ad espandersi in un rapporto di "corrispondenza biunivoca".

Appare con chiarezza il differente approccio fatto proprio dalla I sezione e dalla *Grande Chambre* dinanzi al medesimo *thema decidendum*: se, nel primo caso, la sezione valuta in modo penetrante il bilanciamento di interessi compiuto a livello nazionale, concludendo

²⁸⁴ Cfr. GC, SH c. Austria, § 84: «it is not [...] to consider whether the prohibition of sperm and ova donation at issue would or would not be justified today under the Convention...[...].» «The issue [...] to decide is whether these prohibitions were justified at the time they were considered by the Austrian Constitutional Court».

²⁸⁵ Si veda, a tal riguardo, la *dissenting opinion* dei giudici Tulkens, Hirvela, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria, per i quali: «We find it artificial for the Court to confine its examination to the situation as it existed when the Constitutional Court gave judgment in 1999 and in the context at the time, thus deliberately depriving a Grand Chamber judgment, delivered at the end of 2011, of any real substance».

²⁸⁶ Il fattore etico e morale assume un ruolo decisivo all'interno dell'assessment svolto dalla Corte anche in GC, Corte edu, Dickson c. Regno Unito, ove si afferma: «the authorities' direct knowledge of their society and its needs means that they are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest».

²⁸⁷ Cfr. anche Evans c. Regno Unito, § 59. Lo sottolinea anche 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*, op.cit., pg. 11 ss.

²⁸⁸ In SH. e altri c. Austria la Grande Camera afferma che «by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the "exact content of the requirements of morals" in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them..», di conseguenza, «the Court's task is not to substitute itself for the competent national authorities in determining the most appropriate policy for regulating matters of artificial procreation» (§ 92).

per l'incompatibilità convenzionale, nel secondo, invece, il “*wide margine of appreciation*” costituisce un effettivo limite al sindacato della Corte circa il contemperamento svolto dal legislatore austriaco.

2.10. *La restituzione degli atti ai giudici a quibus in seguito alla sentenza della Grande Camera: la Corte Costituzionale apre le porte a Strasburgo?*

A seguito della pronuncia della *Grande Chambre*, la Corte Costituzionale, con una decisione interlocutoria²⁸⁹, restituisce gli atti ai giudici rimettenti²⁹⁰ per un riesame della questione alla luce dello *ius superveniens*, di origine pretoria e convenzionale.

Il mutato orientamento della Grande Camera supera la precedente decisione in punto di violazione della Convenzione da parte della disciplina austriaca, incide sul significato delle norme convenzionali invocate quale parametro interposto e rappresenta «un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta»²⁹¹.

Due le motivazioni addotte dalla Consulta a sostegno della restituzione degli atti: tale decisione è una conseguenza ineluttabile dell'efficacia riconosciuta alle sentenze di Strasburgo nell'interpretazione delle norme Cedu ed è, altresì, diretta a salvaguardare il principio di incidentalità costituzionale, «spettando anzitutto ai rimettenti accertare, alla

²⁸⁹ Corte Cost., ord. n. 150/2012 di restituzione degli atti. Tra i numerosi commenti dell'ordinanza si ricorda A. RUGGERI, *La Corte Costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte Cost. n. 150/2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione assistita*, in *Consultaonline*, 2012; R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l’ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in *Consultaonline*, 2013; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 luglio 2012; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012, secondo la quale «la scelta “di metodo” della nostra Corte costituzionale (restituire gli atti) potrebbe spingere i giudici...[.] a marcare l’“armonia” delle leggi con la Convenzione, e dunque a “scolorire” le questioni relative alla compatibilità delle medesime leggi con la Costituzione»; G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU “superveniens”: i rischi dell’iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012, pg. 2069 ss.

²⁹⁰ Per una ricostruzione dell'istituto si veda A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Giuffrè, Milano, 1965; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, in part. pg. 76 ss.; successivamente, si veda A. MORELLI, *Lo ius superveniens come tecnica di selezione delle questioni di legittimità costituzionale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, pg. 583 ss.

²⁹¹ La censura relativa alla violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., secondo il giudice costituzionale, era stata proposta “in via preliminare” rispetto alle altre e la sentenza della I sezione era stata, altresì, richiamata da tutti i giudici *a quibus* per corroborare la violazione degli altri parametri costituzionali. Nello specifico, i Tribunali di Catania e Milano «non solo hanno proposto la questione di legittimità costituzionale riferita all'art. 117, primo comma, Cost. in linea preliminare rispetto alle altre pure sollevate, ma hanno altresì ripetutamente richiamato la suindicata sentenza della Prima Sezione della Corte di Strasburgo, allo scopo di trarne argomenti a conforto delle censure proposte in relazione agli ulteriori parametri costituzionali», mentre il giudice di Firenze ha sollevato la questione con riferimento esclusivo all'art. 117, comma 1, Cost.

luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo, se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto».

Dal punto di vista procedurale, tale restituzione ricorda l'orientamento già da tempo accolto dal Giudice delle Leggi in riferimento alle sentenze interpretative della Corte di Giustizia²⁹² quando, nelle more del giudizio di costituzionalità, intervenga una pronuncia che, alla stregua dello *ius superveniens*, condizioni i limiti entro cui la norma interna possa conservare efficacia ed essere applicata nell'ordinamento nazionale. È, tuttavia, la *prima volta* che la restituzione degli atti trova fondamento nella sopravvenuta giurisprudenza di Strasburgo. Si tratta di un'innovativa, quanto problematica assimilazione tra decisioni delle due Corti che, secondo l'insegnamento costante dello stesso Giudice delle Leggi, producono differenti effetti nell'ordinamento nazionale²⁹³.

La decisione presenta ulteriori aspetti problematici di carattere processuale: le questioni sollevate in riferimento a norme diverse dall'art. 117, comma 1, Cost. potevano essere esaminate a prescindere dal *revirement* convenzionale²⁹⁴, poggiando la loro non manifesta infondatezza su basi autonome ed autosufficienti²⁹⁵.

L'ordinanza prevede, al contrario, un "anomalo" assorbimento dei parametri costituzionali diversi dall'art. 117, comma 1, Cost., "anomalo" in quanto la tecnica processuale dell'assorbimento è sempre stata impiegata dal giudice costituzionale nell'ambito di

²⁹² Cfr. in tal senso Corte cost., ord. n. 179/2011, ord. n. 268/2005 e nn. 125/2004, n. 62/2003, n. 255/1999.

²⁹³ La Corte costituzionale italiana ha da lungo tempo riconosciuto, fin dalla sentenza n. 389/1989, che le decisioni interpretative della Corte di Giustizia hanno «la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate». Evidenzia questo aspetto E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, op. cit.

²⁹⁴ I Tribunali di Catania e di Milano avevano, infatti, individuato gli artt. 3 e 32 Cost. come parametri di giudizio del tutto autonomi, senza fare alcun cenno alla sentenza della I sezione, mentre rispetto alle altre norme costituzionali invocate, il richiamo al precedente della sezione è servito *ad adiuvandum*, al solo scopo di corroborare una certa interpretazione dei principi costituzionali. Diversamente, il Tribunale ordinario di Firenze aveva sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. e sviluppato le censure inerenti all'art. 3 Cost. *per relationem* rispetto alle considerazioni svolte in ordine al primo parametro.

²⁹⁵ La Corte, infatti, omette di motivare sui profili di incostituzionalità diversi dall'art. 117, comma 1, Cost., formulati con riferimento ad autonomi parametri costituzionali, pur avendo la questione un proprio rilievo a prescindere dal parametro convenzionale invocato. In dottrina cfr. G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente Cedu "superveniens": i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, op.cit., pg. 2072 parla di «incomprensibile accantonamento delle censure di incostituzionalità fondate su parametri diversi rispetto alla violazione dell'art. 117 Cost.»; R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in *Consultaonline*, 2013, parla di «denegata giustizia». *Contra* S. AGOSTA, *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, in *Consulta OnLine*, 23 luglio 2012, il quale ritiene che la decisione della Corte costituzionale nel senso della restituzione degli atti è ritenuta pressoché scontata. L'A. afferma che la Corte avrebbe avuto «gioco obiettivamente facile nel disporre (...) la restituzione degli atti ai giudici a quibus», in quanto la diversa interpretazione fornita dalla Grande camera avrebbe inciso "inevitabilmente" sul significato delle norme convenzionali.

decisioni di accoglimento²⁹⁶, mai, a quanto consta, in pronunce di inammissibilità, di rigetto, o di restituzione degli atti al giudice *a quo*²⁹⁷.

La questione di convenzionalità in questa decisione viene prospettata come prioritaria e pregiudiziale²⁹⁸ rispetto alla questione di costituzionalità “in senso stretto”: sembra sussistere una sorta di “gerarchia” nell’ordine di trattazione dei parametri invocati dai rimettenti.

Questo orientamento risulta, peraltro, diametralmente opposto a quello inaugurato con la sentenza n. 278/2013 (perpetrato con le sentenze n.n. 162/2014 e 96/2015) che tende a centralizzare il vaglio di legittimità della legislazione nazionale sulla base dei soli parametri costituzionali “interni in senso stretto”²⁹⁹, nonché con il «predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu» riconosciuto nella successiva sentenza n. 49/2015³⁰⁰.

Alla luce di tali osservazioni, l’ordinanza n. 150/2012 e la “priorità logica della questione di convenzionalità” sembrano rappresentare un *apax*, un mero espediente impiegato dalla Consulta per prendere tempo prima di entrare nel merito di una questione sensibile³⁰¹, nella probabile speranza che la stessa non fosse neppure riproposta³⁰².

²⁹⁶ Come noto, si ricorre all’assorbimento quando una norma è dichiarata incostituzionale per violazione di un certo parametro e, per ragioni di economia processuale, si ritiene superfluo, ai fini della caducazione, esaminare la questione anche rispetto agli altri parametri invocati. Sul tema v. L. D’ANDREA, *Prime note in tema di assorbimento nei giudizi di costituzionalità*, in A. RUGGERI – G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, pg. 79 ss.

²⁹⁷ Sussiste, pertanto, un’anomalia in ordine all’utilizzo della tecnica rispetto al tipo di decisione adottata. Come ci ricorda G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente Cedu “supervenienti”: i rischi dell’iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. Cost.*, II, 2012, pg. 2072: l’unico caso in cui, in passato, i due effetti della restituzione degli atti per *ius superveniens* e dell’assorbimento dei motivi ulteriori si sono combinati è stato a seguito del mutamento dell’art. 117, commi 2 e ss. Cost., a seguito della l. cost. n. 3 del 2001, in relazione al riparto di competenze tra Stato e Regioni. Cfr. in tal senso Corte cost., ord. n.n. 13, 72, 386 del 2002.

²⁹⁸ Parla di «questione prioritaria di convenzionalità», A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, *op.cit.*, pg. 3. Critico rispetto a tale impostazione anche R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l’ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, *op.cit.*

²⁹⁹ Con conseguente assorbimento del motivo *ex art.* 117, comma 1, Cost.

³⁰⁰ Ci si chiede, infatti, come possa la logica della priorità convenzionale convivere con l’orientamento secondo cui «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, [...] è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU», cfr. Corte Cost., n. 49/2015, § 4.

³⁰¹ In tal senso cfr. A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, *op.cit.*, che afferma «Palese è l’obiettivo avuto di mira dalla pronuncia qui annotata “a prima lettura”, che è di guadagnare tempo, con la non recondita speranza che le questioni di costituzionalità originariamente proposte sulla legge 40 non siano quindi nuovamente portate al giudizio della Consulta».

³⁰² Considerati i profili di criticità della decisione, sorge spontaneo chiedersi quale sarebbe stata la tecnica decisionale più coerente rispetto ai canoni consolidati della giurisprudenza costituzionale. La Corte ben avrebbe potuto esaminare nel merito la questione rispetto ai parametri “interni” e, in caso di accoglimento,

Guardando, infine, ai possibili effetti della decisione della *Grande Chambre* rispetto all'ordinamento italiano, il mutato orientamento convenzionale non sembra automaticamente escludere la "non manifesta infondatezza" della questione di legittimità costituzionale del divieto interno. Innanzitutto, la disciplina austriaca e quella italiana non sono perfettamente sovrapponibili, data la maggior restrittività della seconda³⁰³; occorre, inoltre, considerare gli altri due fattori qualificanti la pronuncia convenzionale: l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto allo Stato ed il cd. *time factor*. In ordine al primo aspetto, i giudici di Strasburgo escludono la violazione dell'art. 8 Cedu in nome dell'ampio margine di apprezzamento spettante alle autorità nazionali in materia, riservando, così, alle stesse l'eventuale valutazione delle opzioni legislative alla luce del quadro costituzionale interno.

Quanto al secondo aspetto, la declaratoria di compatibilità alla Cedu si riferisce al tempo in cui la normativa è stata censurata dinanzi alla Corte costituzionale austriaca (1999), avuto riguardo allo stadio di evoluzione scientifica dell'epoca, mentre la questione relativa all'art. 4, comma 3, legge n. 40/2004 è sollevata dinanzi alla Consulta nel 2010, momento in cui lo stato della scienza è necessariamente più avanzato.

Con riguardo, infine, ai parametri costituzionali "interni in senso stretto", invocati dai giudici di Firenze, Catania e Milano (gli art. n.n. 2, 3, 29, 31, 32 Cost.), le supposte censure mantengono una propria autonomia rispetto al *novum* della Grande Camera: il mutamento giurisprudenziale non sembra incidere sulla non manifesta infondatezza delle relative questioni.

Era, quindi, auspicabile³⁰⁴, oltretutto prevedibile che i giudici *a quibus* riproponessero le censure già sollevate e rimaste senza risposta alcuna con l'ordinanza in oggetto.

dichiarare assorbito il profilo dell'art. 117, comma 1, Cost., viceversa, in caso di rigetto, la Corte avrebbe potuto restituire gli atti ai giudici *a quibus* per un riesame della questione, alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost. In tal senso cfr. anche I. PELLIZZONE, *Sentenza della corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, pg. 4 ss.

³⁰³ Si ricorda che la Grande Camera aveva escluso l'incompatibilità convenzionale anche perché il legislatore austriaco, ammettendo almeno una tecnica di fecondazione eterologa, quella *in vivo*, è giunto ad un bilanciamento in una certa misura adeguato rispetto agli interessi in conflitto: tali ragioni non sono, tuttavia, estensibili *de plano* ad una legislazione, come la nostra, che vieta qualsiasi pratica eterologa; cfr. GC, SH c. Austria, § 114: «Il fatto che il legislatore austriaco, nell'emanazione della legge sulla procreazione artificiale che sanciva la decisione di non consentire la donazione di sperma o di ovuli per la fecondazione *in vitro*, non vietava al contempo la donazione di sperma per la fecondazione *in vivo* – una tecnica tollerata da lungo tempo e comunemente accettata dalla società – è un elemento importante nel bilanciamento dei rispettivi interessi [...] *Dimostra piuttosto l'approccio attento e cauto del legislatore austriaco nel tentare di conciliare le realtà sociali con la sua posizione di principio in materia*».

³⁰⁴ E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte (a margine dell'ord. n. 150/2012)*, *op.cit.*, prospetta, anche se non auspica, l'ipotesi opposta, nel senso che i giudici si

2.11. La svolta interventista del Giudice delle Leggi sul divieto di eterologa.

Non stupisce che siano stati gli stessi giudici rimettenti³⁰⁵ a chiedere alla Corte costituzionale di pronunciarsi nuovamente sulla questione del divieto di donazione di gameti³⁰⁶. Diversamente dal passato, tuttavia, i giudici decidono di non riporre affidamento sugli argomenti provenienti da Strasburgo: il Tribunale di Milano è l'unico a mantenere la censura relativa al parametro convenzionale³⁰⁷, mentre i Tribunali di Firenze e Catania propongono la *quaestio legitimitatis* in riferimento ai soli parametri "interni in senso stretto"³⁰⁸.

Con la sentenza n. 162/2014³⁰⁹ la Corte costituzionale interviene con un dispositivo ablativo³¹⁰ dalle dirompenti implicazioni che colpisce una delle norme più qualificanti dell'intera legge, dieci anni dopo la sua entrata in vigore.

accontentino della risposta avuta dalla Corte di Strasburgo, non riproponendo la questione di costituzionalità del divieto di fecondazione eterologa contenuto nella legge 40/2004.

³⁰⁵ Si tratta di Trib. Milano, Sez. I civ., dep. il 9 aprile 2013, pres. Bichi; Trib. Firenze, dep. il 29 marzo 2013, giudice Paparo; Trib. Catania, Sez. I civ., dep. il 13 aprile 2013, pres. Morgia.

³⁰⁶ In dottrina cfr. E. MALFATTI, *Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla Corte costituzionale (ord. N. 150/2012) ed esigenze del "seguito" alle pronunce di Strasburgo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 aprile 2013.

³⁰⁷ I criteri enunciati a Strasburgo, secondo il Tribunale di Milano, costituiscono «ineludibile criterio interpretativo per il Giudice delle Leggi nazionali al fine di sindacare la corrispondenza della norma impugnata ai valori fondamentali della persona convenzionalmente tutelati, come richiamati nella carta costituzionale italiana».

³⁰⁸ Il Tribunale di Firenze si limita ad evidenziare l'irragionevolezza del divieto rispetto all'obiettivo di risolvere problemi procreativi (*ex art. 1, comma 1, legge n. 40*); mentre il Tribunale di Catania mette in luce la violazione del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, ritenendo illegittimo il divieto di cura di una patologia, quale la sterilità o infertilità, in assenza di contrari interessi costituzionali meritevoli di tutela.

³⁰⁹ Corte cost., n. 162/2014 sulla quale cfr. A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, *op.cit.*; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte Cost., sent. n. 162/2014)* in *Consultaonline Studi*, 13 giugno 2014; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Rivista AIC*, luglio 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 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 diritti del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 giugno 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 giugno 2014; V. BALDINI, *Diritto alla Genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in *Diritti Fondamentali*, 2014; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 2014; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 162/2014*, in *Foro it.*, 2014, I, pg. 2324; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; C. CRISTIANO, E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto: ovverosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n. 4/2014, pg. 1290 ss.; C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte Costituzionale*, in *Europa e Diritto Privato*, n. 3/2014, pg. 1117 ss.; C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2014, pg. 2593 ss.; L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n. 3/2014, pg. 1005 ss.; E. LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione*

Nonostante il precedente *non liquet*, il Giudice delle Leggi dimostra in questa decisione un forte attivismo, censurando in modo netto le scelte discrezionali del legislatore³¹¹.

Ciò che, tuttavia, stupisce della pronuncia è che la Corte abbia “deciso di decidere” invertendo l’ordine di esame dei parametri da lei stessa prescelto con l’ordinanza n. 150/2012, senza motivare sul punto: la precedente restituzione degli atti in forza del parametro “assorbente” dell’art. 117, comma 1, Cost., lasciava presagire una pur minima considerazione della decisione di Strasburgo, anche soltanto per motivare il successivo assorbimento di quel medesimo motivo di censura³¹².

Dal punto di vista della “qualità” della tutela, la Consulta sembra rivendicare la portata maggiormente garantista dei parametri costituzionali interni e, consequenzialmente, del proprio sindacato, nel probabile tentativo di riacquistare centralità nella tutela dei diritti fondamentali³¹³, dopo che la vicenda *Costa e Pavan* aveva messo a dura prova l’assetto tracciato dalle «sentenze gemelle» e l’incidentalità del sistema di giustizia costituzionale. Quella pronuncia (risalente all’agosto 2012) ed il suo “seguito interno” avevano, infatti, saldato un nesso diretto tra Corte edu e giudici comuni, circoscrivendo la funzione di chiusura del giudice costituzionale nella garanzia dei diritti fondamentali.

eterologa e la legittimità dell’intervento punitivo in materie eticamente sensibili, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3/2014, pg. 2827 ss.; L. RISICATO, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, pg. 1473 ss.; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2014.

³¹⁰ Sull’illegittimità costituzionale del divieto di eterologa si era già espressa da tempo autorevole dottrina, *ex multis*, S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Riv. Dir. Pen. Proc.*, 2004, pg. 418 ss.; E. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita “eterologa” in attesa di giudizio*, in *Riv. Dir. Pen. proc.*, 2011, pg. 353 ss.; L. RISICATO, *Lo Statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2005, pg. 680 ss.; A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Leggi penali complementari*, 2007, pg. 587 ss.

³¹¹ Uno stimolo verso soluzioni di maggior compromesso poteva venire dalla stessa Grande Camera che, nel valutare la disciplina austriaca, aveva arrestato il proprio giudizio dinanzi ad un insindacabile margine di discrezionalità statale in materia. Del resto, la fecondazione eterologa rappresenta una questione umana, sociale, etica e richiede di stabilire se l’aspirazione all’allargamento della famiglia consenta di superare uno dei limiti che, fino a poco tempo fa, la natura sembrava aver posto inesorabilmente all’uomo: su questo tema mutano le conoscenze scientifiche ma anche le convinzioni radicate nella società e, in uno Stato di diritto, è *in primis* l’organo legislativo a registrare tali mutamenti.

³¹² In definitiva, considerato il precedente “assorbimento anomalo” dei parametri costituzionali e l’opposto esito della sentenza in commento, si può constatare un uso “ondivago” della Cedu nel discorso costituzionale ed il conseguente ritardo con il quale la Consulta giunge ad una decisione nel merito che probabilmente poteva essere presa ben due anni prima. Di uso «altalenante» parla A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull’eterologa*, *op.cit.*, pg. 3.

³¹³ In tal senso cfr. L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa*, *op.cit.*, la quale parla di una «sentenza di sistema, che riassetta equilibri, ribadisce poteri e riporta al centro un organo, la Corte...», pg. 3; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte Cost., sent. n. 162/2014)* in *Consultaonline Studi*, 13 giugno 2014.

Il silenzio prestato rispetto al precedente della *Grande Chambre* si può allora spiegare con la scelta della Corte di rivendicare il proprio ruolo nel sistema multilivello di tutela, nei confronti di una giurisprudenza convenzionale sempre più “pervasiva”³¹⁴.

Guardando al dato cronologico, non sembra un caso che l’ordinanza di restituzione n. 150/2012 sia anteriore a *Costa e Pavan* (di maggio la prima e di agosto la seconda), mentre la sentenza in oggetto sia di due anni successiva: la Corte muta progressivamente il proprio orientamento in ordine all’influenza interna della giurisprudenza di Strasburgo, fino ad arrivare al noto coronamento del “predominio assiologico” della Costituzione sulla Cedu e alla vincolatività del solo diritto convenzionale “consolidato” (sent. n. 49/2015).

Dal punto di vista delle tecniche di giudizio impiegate, con questa pronuncia la Corte sembra spingersi oltre la precedente decisione del 2009³¹⁵: in tal sede i giudici avevano cercato di reperire nella *ratio legis* il fondamento delle proprie argomentazioni, ritenendo che fosse la legge stessa a configurare per l’embrione una tutela “relativa”³¹⁶, con l’evidente intento di ancorare il ragionamento giuridico alle finalità perseguite dal legislatore.

Nella sentenza in oggetto, invece, si registra una considerevole restrizione degli spazi di intervento legislativo e, per certi aspetti, un superamento delle finalità perseguite dal *conditor iuris*: uno dei profili più significativi della pronuncia è l’intensità del controllo costituzionale di ragionevolezza rispetto al bilanciamento effettuato dal legislatore.

La Corte dichiara apertamente, nella parte iniziale della motivazione, di dover verificare se il divieto censurato possa trovare una legittima *ratio* giustificativa nella tutela di valori uguali o prevalenti, alla luce del parametro del “*non irragionevole bilanciamento*”. Si tratta del “*rational basis test*”, secondo la tradizione anglosassone, un test blando sulla legislazione, in ossequio ad un *self restraint* dei giudici rispetto a scelte dalla forte connotazione politica, riservate all’organo legislativo. In base a tale parametro *soft*, la Corte dovrebbe limitarsi a verificare se la scelta operata dal legislatore (i.e. il divieto

³¹⁴ Tra gli interventi più “pervasivi” dei giudici di Strasburgo possono essere ricordati, oltre al caso *Costa e Pavan c. Italia*, la sentenza di condanna sul caso *Torregiani e altri c. Italia*, II Sezione, concernente il sovraffollamento carcerario e la violazione dell’art. 3 Cedu, cui è seguita la sentenza Corte cost., n. 279/2013, in *Giur. Cost.*, 2013; la decisione sul caso *Godelli c. Italia*; la sentenza *Cusan e Fazzo c. Italia*, II Sezione, 7 gennaio 2014 che condanna lo Stato italiano per il mancato riconoscimento della possibilità di affiancare al cognome paterno anche quello materno; infine, sono significative a tal riguardo le numerose decisioni di Strasburgo di condanna dello Stato italiano per violazione del principio della ragionevole durata del processo *ex art. 6 Cedu*.

³¹⁵ Il riferimento è a Corte cost., n. 151/2009.

³¹⁶ Là dove consente la produzione di ben tre embrioni, anziché uno, accettando così il pericolo che qualcuno non giunga fino alla nascita.

assoluto) sia stata determinata da un motivo non irragionevole³¹⁷: lo standard proclamato, tuttavia, non è quello in concreto applicato.

Si passa da un test blando e minimale di ragionevolezza ad uno *strict scrutiny* sul bilanciamento legislativo: la Corte valuta se la misura stabilita «sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto tra più misure appropriate, prescrive quella *meno restrittiva* dei diritti a confronto..».

In modo ancor più stringente la Corte ritiene di dover verificare «*se l'assolutezza che connota il divieto sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame*»³¹⁸.

Non si richiede più che la misura prescelta «*non sia irragionevole*», occorre che sia l'*unico* mezzo a disposizione per tutelare interessi di pari rango: risulta, quindi, evidente lo slittamento metodologico nelle argomentazioni della Corte.

Secondo costante giurisprudenza costituzionale, in ambiti caratterizzati da ampia discrezionalità politica, il controllo di ragionevolezza consiste nel verificare se «il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il *sacrificio* o la compressione di uno di essi *in misura eccessiva* e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale»³¹⁹. Non si esclude, quindi, il sacrificio di uno dei valori in gioco, laddove sussista un'esigenza di tutela di un contrapposto interesse costituzionale, individuato come particolarmente cogente nelle finalità perseguite dal *conditor iuris*.

La discrezionalità legislativa può assumere connotati e peso diverso a seconda dell'oggetto del legiferare: come afferma la Consulta nella premessa delle proprie argomentazioni³²⁰, dinanzi a temi dalle forti implicazioni etiche e sociali, tale discrezionalità è ampia ed il controllo di ragionevolezza del giudice costituzionale si restringe con forza eguale e contraria, dovendosi limitare a verificare che l'opzione legislativa sia fondata su una motivazione non irragionevole, ovvero sulla tutela prevalente e non arbitraria di uno o più valori di rango costituzionale.

Il ragionamento della Corte procede, come abbiamo visto, verso esiti molto differenti da quelli proclamati *ab initio*: l'ampiezza e fundamentalità dei diritti coinvolti (i.e. la libertà

³¹⁷ In senso conforme cfr. L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa*, op.cit., pg. 8.

³¹⁸ Cfr. Corte cost., n. 162/2014, punto 8.

³¹⁹ Corte cost., n. 1130/1988.

³²⁰ Cfr. Corte cost., n. 162/2014, punto 5: «quando “le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali *l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze*, nel rispetto della dignità della persona umana, *appartiene primariamente alla valutazione del legislatore*” (sentenza n. 347 del 1998), [...] resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un *non irragionevole bilanciamento* di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano».

di autodeterminazione in ambito familiare ed il diritto alla salute) porta con sé uno scrutinio pervasivo, a maglie strette, ben diverso dal canone del “non irragionevole bilanciamento” individuato inizialmente.

La sentenza in oggetto, a prescindere dal risultato sostanziale cui è giunta, presenta profili di problematicità dal punto di vista della coerenza e del rigore metodologico: si passa da un piano all’altro del giudizio di ragionevolezza sul bilanciamento legislativo, da un *rational basis test* ad uno *strict scrutiny*, privando, così, la tecnica di giudizio impiegata di quella stessa “razionalità” e “controllabilità” che si prefigge di garantire. Se non viene praticato con rigore il giudizio di ragionevolezza rischia di sfociare in indebite valutazioni di tipo politico, sostituendo ad una scelta legislativa arbitraria, un arbitrio altrettanto pericoloso dello stesso Giudice delle Leggi, posto in essere fuori dai circuiti della legittimazione politico-rappresentativa³²¹.

La sentenza censura nel merito il divieto assoluto di accesso alle tecniche di tipo eterologo, perché in contrasto con l’esigenza di tutelare due interessi costituzionalmente rilevanti: «la scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli», a sua volta «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi»³²², nonché il diritto alla salute psichica oltreché fisica della coppia.

A contrapporsi ai predetti beni, nel ragionamento dei giudici costituzionali³²³, quale «ultimo baluardo»³²⁴ suscettibile di lesione in caso di caducazione del divieto, rimane soltanto l’interesse del figlio a conoscere la propria identità genetica³²⁵.

La Corte non sembra, tuttavia, definire l’esatta «topografia del conflitto»³²⁶ fra tutti gli interessi concorrenti³²⁷: viene posto sotto silenzio il rischio di un pregiudizio esistenziale

³²¹ Considerazioni in parte affini sono svolte da A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, pg. 3 ss.

³²² Riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.

³²³ La Consulta considera fallaci le considerazioni relative ai rischi di “commercializzazione” di gameti, di strumentalizzazione del corpo femminile, o di finalità eugenetiche, per fronteggiare i quali è sufficiente vietare (come la legge n. 40 già vieta) le singole condotte portatrici di un intrinseco disvalore, e non il ricorso ad una tecnica, l’eterologa, che non necessariamente contempla tali condotte. Già la prima Sezione della Corte edu aveva ammonito che questi “pendii scivolosi” sono suscettibili di essere governati attraverso apposite prescrizioni legislative, in parte già vigenti. La Corte costituzionale esclude, inoltre, che il divieto di accesso alla PMA eterologa sia posto a tutela della salute della donna richiedente o della donatrice, considerato che tale pratica non comporta rischi superiori all’omologa o eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica: argomenti di tal sorta erano stati espressi, in dottrina, da I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 10/2013.

³²⁴ Espressione impiegata da S. AGOSTA, *L’anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, pg. 10.

³²⁵ In dottrina affermano che la fecondazione eterologa può compromettere l’identità personale e il libero sviluppo della personalità del nato: E. BILOTTI, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, Relazione al Convegno “Quale diritto per i figli dell’eterologa”, svoltosi presso la Camera dei Deputati il 3 giugno 2014; L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto*, in *La procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi tenuto presso l’Accademia dei Lincei il 31 gennaio, Fasano, 2005.

alla salute psichica del nato, derivante dalla dissociazione tra genitorialità genetica e sociale³²⁸, nonché l'eventuale necessità di ricorrere al donatore, per motivi sanitari, a tutela della sua salute fisica, oltreché psichica.

La Corte costituzionale riconosce non soltanto l'esistenza (come già la Corte edu), bensì la "natura fondamentale" della libertà procreativa, da esercitare anche mediante l'ausilio della medicina riproduttiva³²⁹: la procreazione fa parte della sfera più intima e privata della persona, ambito di realizzazione della personalità del singolo nelle sue relazioni umane, suscettibile, quindi, di limitazioni solo se rigorosamente disciplinate.

La qualificazione della libertà procreativa come libertà "fondamentale" pone, tuttavia, degli interrogativi dal punto di vista costituzionale, poiché risulta condizionata da un limite oggettivo, il progresso della scienza e della tecnica, e circoscritta a determinate categorie di soggetti³³⁰ (limite soggettivo). Se di libertà fondamentale si tratta, come giustificare il perdurante divieto di accesso per i singoli o le coppie dello stesso sesso?³³¹

³²⁶ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, pg. 62 ss.

³²⁷ Nel configurare i termini del bilanciamento si considerano, inoltre, soltanto le esigenze di tutela "del nato", mentre è omessa qualsiasi valutazione in ordine alla tutela degli interessi degli embrioni prodotti appositamente per la fecondazione eterologa, uno solo dei quali giungerà alla nascita. L'interesse alla tutela degli embrioni nel proseguire il loro processo vitale, pur non ergendosi a valore inviolabile, rappresenta comunque una posizione che la Corte stessa ha riconosciuto, in passato, degna di considerazione: meritava, pertanto, di essere quantomeno enunciato tra i profili rilevanti per il sindacato sul ragionevole bilanciamento legislativo. Tra le ragioni da sempre invocate a sostegno del divieto, la Corte scarta, inoltre, *a priori*, senza argomentare sul punto, il pericolo di selezione eugenetica degli embrioni: «la considerazione che il divieto è stato censurato nella parte in cui impedisce il ricorso a detta tecnica nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia, che è causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, deve escludere, in radice, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici» (punto 9 Considerato in diritto). Si tratta di un'argomentazione apodittica, funzionale a limitare il novero degli interessi suscettibili di bilanciamento.

³²⁸ In tal senso in dottrina cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, I, 4° ed., Padova, 2011, pg. 63 ss.; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40. Commentario*, Torino, 2004, pg. 74; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004, pg. 68; G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa, viola il diritto costituzionale alla salute?*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, pg. 10 ss.

³²⁹ Suggestiva l'immagine del gioco delle "scatole cinesi", suggerita da S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, op.cit.*, pg. 8 ss., ove l'Autore afferma che «il diritto di procreare dei figli sembra dal giudice delle leggi racchiuso nel più capiente diritto di costruire una famiglia il quale, a sua volta, non può che rimandare al più ampio diritto di autodeterminarsi nella scelta esistenziale di vita privata e familiare: così concentricamente tracciati, questi diritti verrebbero, infine, complessivamente cinti dal maggiore diritto alla salute».

³³⁰ In tal senso è illuminante lo scritto di A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, *op.cit.*, pg. 4.

³³¹ A tal proposito è significativo ricordare l'intervento della Corte costituzionale austriaca, nel dicembre 2013, che ha dichiarato incostituzionale la normativa in materia di procreazione assistita, nella parte in cui non consentiva ad una coppia di donne omosessuali, unite in una *partnership* registrata, di accedere alle tecniche di fecondazione di tipo eterologo. Ai sensi della legge austriaca, infatti, l'accesso alla procreazione assistita è consentito solo alle coppie eterosessuali coniugate o conviventi. Senza successo la coppia aveva pertanto adito il Tribunale e la Corte di appello di Wels, fino ad arrivare alla Corte Suprema di Cassazione che aveva sollevato la questione di costituzionalità. La Corte austriaca ha ritenuto che limitare l'accesso alla

La sentenza n. 162/2014 segnala, inoltre, un «evidente elemento di irrazionalità», un vizio di incoerenza interna della legge, là dove proclama il fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti da sterilità ed infertilità ma, in concreto, impedisce di accedere alle tecniche di procreazione assistita proprio alle coppie affette dalle più gravi patologie³³², con conseguente violazione del loro diritto alla salute³³³.

La Corte qualifica l'irrimediabile e assoluta sterilità come una «patologia produttiva di disabilità», collocando, così, la fecondazione assistita nell'alveo del più vasto *genus* dei «rimedi terapeutici»³³⁴.

È significativo il cammino percorso dalla Consulta nel solco dell'estensione dell'ambito applicativo del diritto alla salute: se nel 2009 questo concetto restava ancorato alla nozione di integrità psico-fisica “della donna”, nel 2014 assume i contorni di un diritto “della coppia”, alla salute psichica (oltreché fisica), comprendente, dal punto di vista qualitativo, anche il bisogno di genitorialità.

Viene, invece, dedicato uno spazio circoscritto al giudizio di discriminazione irragionevole fondata su “condizioni personali”, tra coppie sterili che possono utilmente accedere alla omologa e quelle che potrebbero utilmente ricorrere soltanto alla eterologa. La Corte si limita a constatare che le ipotesi oggetto di comparazione, «pur diverse, sono ragionevolmente analoghe», senza ulteriori precisazioni sul punto. Al contrario, questo rilievo discriminatorio avrebbe potuto rappresentare il perno della parte motiva, mediante

procreazione assistita sulla base dell'orientamento sessuale rappresentasse un'inammissibile ingerenza nella vita familiare di cui all'art. 8 Cedu ed una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 7 della Costituzione, cfr. G. 16/2013 u.a. La porosità del discorso argomentativo nella giurisprudenza costituzionale delle Corti a livello europeo porta inevitabilmente a chiedersi se anche il nostro Giudice delle Leggi, sulla scia dell'omologa Corte austriaca, si pronuncerà, in un futuro prossimo, sul perdurante divieto di accesso alla PMA eterologa per le coppie omosessuali di fatto o legate da un'unione civile. A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 76/2016 è probabile che una siffatta *questio legitimitatis* sia presto portata al vaglio della Consulta ed, in tale evenienza, i nostri giudici costituzionali non potranno sottrarsi al confronto con il livello di tutela sostanziale offerto dall'omologa Corte austriaca.

³³² Come ben evidenzia C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.it, 17 giugno 2014, per accedere alla PMA occorre «essere sterili sì ma non troppo».

³³³ Il richiamo ad un diritto “della coppia”, criticato in dottrina, appare, invece, in linea con l'impostazione del legislatore che consente l'accesso alla procreazione assistita alle sole coppie e non ai singoli e, soprattutto, si riferisce a quei problemi riproduttivi qualificabili come “di coppia” perché incidenti sulla salute psichica e “sul benessere relazionale dei singoli membri” della coppia, anche nelle loro relazioni reciproche. Inoltre, indicando nella “coppia”, non nel singolo, il referente del diritto alla salute, la Corte sembra opportunamente premunirsi contro l'eventuale obiezione di chi sostenesse che, nel caso in cui il destinatario del trattamento artificiale fosse il *partner* sano, il soggetto malato non sarebbe biologicamente interessato dal trattamento, potendosi avanzare dubbi circa il suo carattere terapeutico.

³³⁴ Da non sottacere, tuttavia, che se la PMA eterologa è volta a tutelare la salute psico-fisica della coppia affetta da sterilità o infertilità assoluta e rientra nell'alveo dei trattamenti terapeutici, allora, lo Stato non dovrebbe soltanto astenersi dal vietarla ma dovrebbe assicurarne l'accesso con interventi positivi: da ciò i dubbi circa la legittimità di una eventuale limitazione dell'erogazione delle prestazioni da parte dei soli centri privati o dell'eventuale decisione regionale (come avvenuto in Lombardia) di non coprirne neppure parzialmente i costi.

un'analitica verifica dei profili di assimilabilità (situazioni di infertilità o sterilità suscettibili di essere superate solo con la PMA) e differenziazione (soltanto la PMA omologa assicura un legame genetico con entrambi i genitori) delle fattispecie diversamente disciplinate dal legislatore³³⁵.

La sentenza si sofferma, piuttosto, sul ruolo della scienza medica in rapporto alla discrezionalità del legislatore. Dopo aver ribadito le argomentazioni già espresse nelle sentenze n.n. 282/2002 e 151/2009³³⁶, la Corte aggiunge un ulteriore tassello nella ricostruzione del *discrimen* tra discrezionalità scientifica e legislativa: occorre tener conto che «la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo [il diritto alla salute] vanno accertate

³³⁵ Nell'ulteriore argomento della discriminazione economica è possibile scorgere un velato monito della Consulta al legislatore: una volta caducato il divieto, questa tecnica di procreazione dovrà svilupparsi sul territorio nazionale in modo tale che le coppie meno abbienti possano accedervi. Come garantire il necessario accesso alla procreazione eterologa dei soggetti meno facoltosi se non ricomprendendo tale pratica nei livelli essenziali di assistenza (LEA)? In tal senso cfr. anche M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, op. cit., pg. 30. Proprio a tal riguardo il Ministro della salute, all'indomani della sentenza n. 162/2014, dichiarava di voler adottare un decreto legge che consentisse il rapido accesso alla PMA eterologa, mediante il suo inserimento nei Lea. Al fine di predisporre l'atto normativo, il Ministro della Salute convocava un "gruppo di lavoro" ("tavolo tecnico") formato da specialisti del settore. A seguito degli incontri dell'8, del 15 e del 21 luglio, è stata elaborata la bozza del decreto-legge recante «Disposizioni urgenti in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo», illustrata dallo stesso Ministro alla Commissione XII Affari Sociali della Camera dei Deputati il 29 luglio scorso. Il seguito della vicenda è fin troppo noto: il progetto di decreto, presentato l'8 agosto 2014 in Consiglio dei Ministri, non ha ottenuto il favore del Presidente del Consiglio il quale, ritenendo opportuno un intervento delle forze parlamentari in una materia tanto sensibile, escludeva qualsiasi attività regionale in mancanza di un previo apposito intervento legislativo. La risposta delle Regioni non si è fatta attendere: la Regione Toscana, il 28 luglio 2014, ha adottato una delibera volta a regolare tutti i dettagli medici e clinici della PMA eterologa non ancora disciplinata ed a garantire la gratuità del trattamento. A seguire, la Conferenza delle Regioni e Province autonome, prendendo a modello la delibera toscana, ha adottato un Documento di indirizzo, contenente indicazioni operative cliniche omogenee al fine di consentire l'accesso a tale tecnica su tutto il territorio nazionale, in via transitoria, in attesa dell'intervento del Parlamento. La Conferenza medesima ha adottato una successiva delibera che stabilisce una "tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa" e considera tale pratica come un LEA anche se non è stato ancora formalizzato il suo inserimento nel DPCM. In tale documento si prende, tuttavia, atto che la Regione Lombardia ha imboccato una diversa via: fintanto che non si provvederà alla suddetta formalizzazione, le prestazioni rimarranno a carico dei richiedenti anche se rese da strutture di altre Regioni. Le vicende a seguire rafforzano l'eterogeneità del sistema sanitario regionale: un cospicuo gruppo di Regioni non ha recepito il Documento d'indirizzo della Conferenza, altre invece lo hanno recepito pedissequamente: non a caso, in dottrina, si è parlato nuovamente di rischio di "turismo procreativo" questa volta a livello interregionale.

³³⁶ Corte cost., n. 162/2014, punto 7: «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati». In tal senso cfr. anche i precedenti: Corte cost., n.n. 282/2002, n. 338/2003, n. 151/2009, n. 8/2011, n. 274/2014. In dottrina cfr. A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, op.cit., pg. 27, secondo il quale «il confronto scienza-diritto non è (...) di tipo sostitutivo, l'una dimensione ha bisogno dell'altra e non ha senso immaginare rapporti di radicale esclusione».

alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango»³³⁷.

Si riconosce, consequenzialmente, uno spazio riservato alla valutazione della scienza, in riferimento all'adeguatezza medico-scientifica delle pratiche terapeutiche le quali possono e devono essere successivamente valutate dal legislatore, in relazione alla loro compatibilità con interessi di rango costituzionale³³⁸. Le valutazioni medico-scientifiche, avvalorate dalle istituzioni competenti, svolgono, quindi, un ruolo determinante nella definizione preventiva degli interessi in gioco, orientando il legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità. Ne discende un'opzione legislativa delimitata non soltanto dalla ragionevolezza giuridica del bilanciamento fra valori ma, ancor prima, dalla "ragionevolezza scientifica".

Così operando la giurisprudenza costituzionale non sembra riconoscere un "primato" della scienza sul diritto, piuttosto ammonisce il legislatore a non incorrere nel vizio di eccesso di potere, decidendo in modo autoreferenziale e prescindendo dalle evidenze acquisite³³⁹.

Occorre, infine, soffermarsi sulle argomentazioni addotte dall'Avvocatura Generale dello Stato a sostegno degli incolmabili "vuoti normativi" discendenti dalla caducazione del divieto di eterologa e sulla risposta della Consulta che, di contro, non ravvisa alcun pericolo in tal senso, «data la presenza di più norme che già disciplinano molti dei profili pregnanti che scaturiscono dalla PMA eterologa».

Si potrebbe dire «molti dei profili pregnanti», ma non tutti³⁴⁰.

Il problema del "vuoto normativo" sembra avere una propria consistenza, risultando molteplici e di rilievo i profili ancora da disciplinare nell'interesse delle parti coinvolte: *in*

³³⁷ Corte cost., n. 162/2014. In dottrina cfr., *ex plurimiis*, R. BIN, *Giudizio "in astratto" e delega di bilanciamento "in concreto"*, in *Giur. Cost.* 1991, pg. 3574 ss., secondo il quale la debolezza costitutiva della legge n. 40 consta nell'impostazione metodologica fortemente stringente e restrittiva in una materia dalle notevoli implicazioni medico-scientifiche che richiederebbe, invece, una disciplina duttile, capace di adattarsi alle esigenze del caso e di consentire "deleghe di bilanciamento in concreto" nei confronti della figura del medico, con il consenso informato dell'interessato.

³³⁸ In tal senso cfr. anche S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, *op.cit.*, pg. 7 ss.

³³⁹ In tal senso cfr. A. D'ALLOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, *op.cit.*, pg. 20 ss.

³⁴⁰ Partendo dall'assunto che la PMA eterologa sia una *species* del *genus* procreazione medicalmente assistita, la Consulta ritiene le regole previste per la fecondazione omologa estensibili anche alla donazione di gameti: assunto problematico se sol si pensa che quest'ultima implica necessariamente l'apporto genetico di un soggetto terzo, esterno alla coppia, gli interessi del quale, sotto il profilo giuridico, non possono essere posti sotto silenzio.

primis, la questione della tutela del diritto del nato a conoscere le proprie origini³⁴¹ e l'ascendenza genetica, valore fondamentale, di rilievo costituzionale³⁴².

Il problema dell'anonimato o meno del donatore incide anche sul fondamentale principio del consenso informato: l'elemento volontaristico dei genitori e del donatore medesimo può mutare radicalmente dinanzi alla eventualità che il nato possa accedere ai suoi dati identificativi. Il contemperamento tra anonimato e conoscenza delle proprie origini è affrontato ma non risolto nella pronuncia costituzionale: dapprima, la Corte afferma che, pur in assenza di una specifica normativa, la relativa disciplina sia desumibile, mediante i normali strumenti ermeneutici, dalla disciplina generale sulla donazione dei tessuti e delle cellule umane che stabilisce la regola dell'anonimato.

Tale interpretazione estensiva, tuttavia, non dà peso alle specificità che connotano la tecnica eterologa e neppure considera che il legislatore, nella sua ampia discrezionalità³⁴³, potrebbe prediligere una diversa opzione, come abbiamo visto accadere, dal confronto con il diritto comparato, nell'eterogenea regolamentazione vigente nel contesto europeo (si pensi all'ampiezza del diritto del nato a conoscere le proprie origini in Germania e Regno Unito ed alla differente opzione che caratterizza l'ordinamento spagnolo³⁴⁴).

³⁴¹ Dal punto di vista comparatistico si ricorda che in alcuni ordinamenti, quali ad es. la Svizzera, il diritto di accesso ai propri dati genetici è costituzionalmente previsto, cfr. art. 119, comma 2, lettera g, Costituzione federale svizzera.

³⁴² Valore riconosciuto dalla stessa Corte in un recente intervento, cfr. Corte cost., ord. n. 7/2012 «la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse medesimo del minore, che si traduce nell'esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e segnatamente alla affermazione di un rapporto giuridico veridico».

³⁴³ Basti pensare che alla luce del contesto europeo si possono distinguere almeno quattro diverse alternative: l'anonimato parziale (facoltà di accedere ai dati clinici del donatore per ragioni di salute del nato, su richiesta di appositi organismi); la piena verità e conoscenza a favore del nato da eterologa; un doppio binario che consenta al donatore e a chi riceve i gameti di scegliere tra anonimato e trasparenza; infine, l'accesso ai dati clinici del donatore e l'ulteriore facoltà di revocare l'iniziale scelta dell'anonimato previo eventuale interpello.

³⁴⁴ Come anticipato, l'art 5, legge n. 42/1988 stabilisce che la donazione è anonima e «I figli nati hanno il diritto, in proprio o attraverso i loro rappresentanti legali, di ottenere informazioni generali sui donatori che non includano la loro identità. Uguale diritto spetta alle recettrici dei gameti e dei pre-embrioni. Solo eccezionalmente, in circostanze straordinarie che comportino un pericolo certo per la vita o la salute del figlio o quando sia previsto da norme processuali penali, potrà rivelarsi l'identità dei donatori, purché tale rivelazione sia indispensabile per evitare il pericolo o per conseguire il fine legittimo perseguito». Il dato comparato ci segnala, inoltre, un significativo mutamento legislativo nei Paesi europei che, intervenendo in tema di eterologa, hanno inizialmente previsto l'anonimato e, successivamente, lo hanno eliminato o notevolmente contemperato (i.e. Regno Unito e Germania). Cfr. sul punto il parere del Comitato nazionale per la bioetica, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, 25 novembre 2011, consultabile in www.governo.it/bioetica/pareri: a livello europeo hanno modificato indirizzo Austria, Germania, Svizzera, Olanda, Norvegia, Gran Bretagna, Svezia, Finlandia, Nuovo Galles del Sud.

Con un passaggio ulteriore, tutt'altro che univoco, la Corte sembra, poi, abbandonare l'idea dell'anonimato, richiamando la diversa disciplina prevista per il diritto del figlio adottivo di conoscere le proprie origini e l'identità dei genitori naturali³⁴⁵.

La Consulta ritiene che il contemperamento tra anonimato del donatore e diritto del nato da eterologa sia desumibile dall'art. 28, l. n. 184/1983, come integrato dalla Corte stessa con la sentenza n. 278/2013.

Come in precedenza segnalato, procreazione eterologa e adozione non sono perfettamente sovrapponibili sotto il profilo finalistico-teleologico³⁴⁶, pertanto, l'applicazione estensiva alla donazione di gameti della disciplina precisata dalla Consulta nel 2013 (in riferimento alla reversibilità del segreto in caso di adozione), senza un previo intervento legislativo *ad hoc*³⁴⁷, può cagionare profili problematici.

Inoltre, dagli ambigui richiami svolti dalla Corte (prima alla disciplina sulla donazione di cellule umane e, poi, all'adozione), non risulta chiaro se ed entro quali limiti sia tutelato l'anonimato del donatore e, di contro, se e quando debba prevalere l'interesse del nato.

Tra gli ulteriori "vuoti normativi" che discendono dalla caducazione del divieto e richiedono una sintesi fra diversi valori in gioco, modulabile in funzione di specifiche opzioni di politica legislativa, si ricordano: la mancanza di regole precise a garanzia del diritto del nato a conoscere i dati non identificativi dei genitori biologici, a tutela della sua salute fisica; una regolazione specifica del destino degli embrioni soprannumerari, l'eventuale ammissibilità della loro "donazione", nonché della pratica della cd. "doppia eterologa" (esclusa ad esempio in Francia); la qualificazione del titolo della donazione di gameti e le modalità di un eventuale rimborso spese; la previsione di un adeguato stanziamento finanziario per l'attuazione della pratica eterologa; infine, la disciplina delle banche del seme (con riguardo, ad esempio alla facoltà di reiterare la donazione da parte del medesimo soggetto, quindi, al problema di stabilire come determinare il numero delle donazioni ammesse per uno stesso soggetto, o il tipo di esami cui sottoporre il materiale

³⁴⁵ Si instaura così un parallelismo tra procreazione eterologa ed adozione che rievoca le argomentazioni della I sezione Corte edu (cfr. Corte Edu, Prima Sezione, S.H. e altri c. Austria, 1 aprile 2010, § 84), addotte a sostegno dell'esistenza di relazioni familiari "atipiche", slegate dal dato biologico tra genitori e figli.

³⁴⁶ L'adozione mira a tutelare sia il desiderio di genitorialità della coppia sia gli interessi di un soggetto che persona già è e, generalmente, si trova in una situazione di abbandono. In caso di adozione, quindi, l'ordinamento consente la creazione di una famiglia slegata dal dato biologico anche allo scopo di garantire il superiore interesse del minore ed il superamento dello stato che lo affligge, in un'ottica solidaristica, cfr. sul punto Cap. II, Parte I, paragrafo n. 2.8, pg. 82. In tal senso anche F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, pg. 360 ss.

³⁴⁷ In ragione delle peculiarità della fecondazione eterologa sembra necessario un bilanciamento specifico tra interesse all'anonimato del donatore e diritto del nato da eterologa a conoscere le proprie origini e, di conseguenza, la caducazione del divieto determina sotto questo profilo un vuoto normativo, suscettibile di essere colmato solo dall'organo legislativo.

donato), regole relative alla tenuta dei registri³⁴⁸, alle modalità di accesso agli stessi e che garantiscano una completa tracciabilità donatore-nato e viceversa³⁴⁹.

Consapevole della possibile fondatezza dell'eccezione statale, per scongiurare quello che potremmo definire un "*horror vacui*", il timore di vuoti normativi, la Corte ha, quindi, premura di delineare i contorni della "disciplina di risulta", passando in rassegna quelle disposizioni della legge n. 40/2004 che, regolando alcuni profili connessi alla PMA in generale, risulterebbero applicabili anche alla fecondazione eterologa a tutela degli interessi giuridici del nato³⁵⁰.

Dietro al problema dei "vuoti normativi" e alla puntuale ricostruzione della disciplina applicabile, probabilmente si cela ciò che realmente impaurisce i giudici della Consulta: il rischio di compiere scelte di opportunità politica, riconducibili unicamente alla discrezionalità del legislatore ordinario, quindi, la violazione dell'art. 28, legge n. 87 del 1953³⁵¹.

La tensione dei giudici costituzionali nel realizzare questa attività di supplenza emerge dall'espresso richiamo ad un precedente che ha sollevato non poche censure e, al contempo, segnato un nuovo attivismo costituzionale: la sentenza n. 1/2014 che ha escluso l'esistenza delle cosiddette "zone d'ombra" dell'ordinamento, sottratte al sindacato di legittimità costituzionale.

In definitiva la decisione in oggetto, al pari della richiamata sentenza n. 1/2014 e della successiva pronuncia n. 49/2015, può essere salutata come una "sentenza di sistema"³⁵² che ridefinisce i rapporti di equilibrio tra poteri dello Stato e riporta al centro una Corte costituzionale ormai distante da quella concezione, voluta dai padri costituenti, di istituzione "neutra", lontana dall'agone politico e connotata da un naturale *self restraint*.

³⁴⁸ Preme rilevare che l'art. 1, comma 298, legge 23 dicembre 2014, n. 190 (Legge di stabilità 2015) ha istituito il "Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo" presso l'Istituto Superiore di Sanità.

³⁴⁹ Da ultimo, dinanzi alla caducazione del divieto di accesso all'eterologa, sorge anche il problema di prevedere più stringenti limiti all'eugenetica: è compito del legislatore stabilire se ed a quali condizioni sia legittimo che il donatore o la coppia di riceventi disponga del destino dei "propri" gameti.

³⁵⁰ Tale operazione è di dubbia utilità se, come la Corte stessa ci ricorda, il proprio «potere di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne», poiché spetta alla «saggezza del legislatore» intervenire tempestivamente. In tal senso cfr. Corte cost., n.n. 59/1958 e n. 113/2011.

³⁵¹ Non è un caso che la Corte costituzionale, in apertura delle motivazioni, abbia premura di affermare che «l'eccezione [di inammissibilità per invasione della sfera di discrezionalità del legislatore] evidenzia l'inestricabile correlazione esistente tra profili concernenti l'ammissibilità ed il merito delle questioni».

³⁵² In tal senso, cfr. L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa*, op. cit., pg. 3.

Con questa pronuncia il Giudice delle Leggi incide su uno dei tratti più qualificanti della legge n. 40, svolge un ruolo di “supplenza”³⁵³ dinanzi all’inerzia del legislatore, da tempo sordo rispetto alle mutevoli istanze della società civile, ed individua i fini da prediligere attraverso lo strumento legislativo. Nell’*intentio legislatoris* il divieto di ricorrere all’eterologa rappresentava una scelta politica qualificante, ovvero consentire l’impiego di tecniche di assistenza al concepimento con il preciso limite della certezza del patrimonio genetico, a tutela dell’identità e del diritto a conoscere le proprie origini del nato. A divenire qualificante e predominante nell’argomentare della Corte è, invece, la libertà procreativa, “libertà fondamentale e incoercibile”, qualificazione che determina, come conseguenza metodologica essenziale, lo slittamento da un controllo blando di ragionevolezza ad uno *strict scrutiny* e la consequenziale caducazione del divieto legislativo.

2.12. Il più recente esempio di allineamento tra Corti: una convergenza funzionale al self restraint.

Da ultimo, la legge n. 40/2004 è stata interessata da due ulteriori interventi, uno costituzionale³⁵⁴, l’altro convenzionale, sul medesimo *thema decidendum*: la legittimità del divieto assoluto di ricerca clinica e sperimentale sull’embrione previsto dalla legislazione italiana³⁵⁵. In prima battuta sono i giudici di Strasburgo ad esser investiti del ricorso della signora Parrillo mentre, in pendenza del giudizio convenzionale, il Tribunale di Firenze decide di sollevare questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto lo stesso divieto.

Nel caso *Parrillo*³⁵⁶ la Grande Camera è, per la prima volta, chiamata a valutare la compatibilità del divieto di sperimentazione sugli embrioni con gli artt. 8 Cedu e 1 del

³⁵³ Cfr. L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa*, op. cit., pg. 10 ss., secondo la quale nella sentenza mancherebbe lo spazio per l’opera del legislatore visto che sarebbe la Corte Costituzionale a determinare, oltreché i diritti da tutelare, anche i fini della legislazione.

³⁵⁴ Corte Cost., n. 84/2016.

³⁵⁵ L’art. 13, legge n. 40/2004, stabilisce il divieto di qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione è consentita per finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate, volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell’embrione stesso e qualora non siano disponibili metodologie alternative. L’art. 14, legge n. 40/2004, al comma 1, vieta, a sua volta, la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194. Si ricorda che prima della introduzione della legge n. 40/2004 era possibile sia la produzione di embrioni soprannumerari e la loro crioconservazione sia la donazione sia, infine, la possibilità di utilizzarli per un progetto procreativo anche a seguito del decesso di uno dei *partner* (c.d. procreazione *post mortem*), sussistendo il consenso del deceduto.

³⁵⁶ GC, Corte edu, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia, ric. n. 46470/11. La vicenda riguardava la Sig.ra Parrillo che, nel 2002 aveva fatto ricorso alla PMA omologa insieme al compagno, venuto a mancare l’anno successivo (12 dicembre 2003) a seguito di un attentato in Iraq. La Sig.ra decideva di donare i suoi cinque embrioni alla ricerca scientifica ma il centro medico si opponeva, invocando l’art. 13, legge n. 40/2004, nel

Protocollo addizionale. Rispetto alla questione di costituzionalità, successivamente sollevata dal Tribunale di Firenze, sussiste un'identità di oggetto, ma anche profili di significativa differenziazione per quanto attiene alle norme parametro di riferimento e, soprattutto, al diverso ruolo istituzionale delle Corti adite³⁵⁷.

La sentenza della Grande Camera, prima di valutare il merito della questione, si sofferma sulla tenuta del modello di giustizia costituzionale italiano ed è foriera di rilevanti spunti di riflessione, in special modo per il profilo concernente il rapporto fra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte edu.

Assume particolare rilievo l'eccezione di irricevibilità sollevata dal Governo italiano³⁵⁸, come nel precedente caso *Costa e Pavan*, per mancato esperimento dei rimedi interni³⁵⁹: la ricorrente avrebbe dovuto adire il giudice nazionale poiché, a seguito delle «sentenze gemelle», questi ha l'obbligo di interpretazione conforme a Convenzione e, in caso di incompatibilità sul piano ermeneutico, l'ulteriore obbligo di sollevare la questione di costituzionalità in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., come integrato dalle pertinenti norme convenzionali.

frattempo entrato in vigore. La Sig.ra decideva così di adire direttamente i giudici di Strasburgo, invocando la violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1 alla Cedu e degli art. 8 e 10 Cedu. Con una prima decisione, la II Sezione, il 28 maggio 2011, riteneva di non poter decidere in ordine alla violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1 e dell'art. 8 Cedu, in considerazione dell'importanza e dell'urgenza della questione sollevata; rispetto alla censura dell'art. 10 Cedu, invece, la Sezione negava la legittimazione della ricorrente per una incompatibilità *ratione personae*, non potendo assumere la qualità di vittima rispetto a tale motivo: del diritto alla ricerca scientifica sarebbero titolari gli operatori del settore (scienziati e ricercatori) e solo indirettamente la donna. La controversia è stata, quindi, decisa dalla Grande Camera in riferimento alla dedotta violazione degli art. 1 Protocollo n. 1 e art. 8 Cedu.

³⁵⁷ Cfr. in tal senso anche V. ZAGREBELSKY, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, n. 3/2015, pg. 609.

³⁵⁸ Si sofferma utilmente sull'analisi di tale eccezione di irricevibilità per mancato esaurimento dei rimedi interni B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le "sentenze gemelle" (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, n. 3/2015, pg. 617-624.

³⁵⁹ In linea con la giurisprudenza convenzionale elaborata sin dal caso *Brozicek c. Italia* (ric. n. 10964/84, 19 dicembre 1989, § 34), secondo i giudici della Convenzione, dinanzi ad una violazione discendente dalla legge, il ricorso alla Corte costituzionale italiana non può essere considerato un rimedio accessibile *ex art. 35*, par. 1, Cedu, in quanto non disponibile: nel sistema di giustizia costituzionale italiano non è, infatti, previsto il ricorso diretto del singolo. In tal senso cfr. anche GC, Corte Edu, Immobiliare Saffi c. Italia, 28 luglio 1999, ric. n. 22774/93, § 42; CGIL e Cofferati c. Italia, 24 febbraio 2009, ric. n. 46967/07, § 48; M.C. e altri c. Italia, 3 settembre 2013, ric. n. 5376/11, § 47. In dottrina, *ex multis*, C. PITEA, *Art. 35 – Condizioni di ricevibilità*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012, pg. 655 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, 2013; G. RAIMONDI, *Reflections on the Rule of Prior Exhaustion of Domestic Remedies in the Jurisprudence of The European Court of Human Rights*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2010, pg. 161 ss. Evidenzia che il principio del previo esaurimento dei rimedi interni ha subito una profonda trasformazione, nel senso che sono sempre più frequenti le pronunce in cui la Corte edu decide questioni non originate dall'esaurimento di tutti i gradi di giudizio, M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 settembre 2015.

In questa decisione la Corte edu svolge un passo ulteriore rispetto all'orientamento espresso in *Costa e Pavan*: indulge in un esame approfondito ed esprime un giudizio sull'applicazione sostanziale del sistema introdotto proprio con le «sentenze gemelle».

L'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione e alla giurisprudenza di Strasburgo non sarebbe seguito in concreto dai giudici italiani, in particolar modo nell'ambito della procreazione assistita. Lo dimostrerebbe il fatto che il Tribunale di Firenze abbia sollevato questione di costituzionalità sullo stesso *thema decidendum* senza invocare il parametro convenzionale e la circostanza che la maggior parte delle decisioni della Corte costituzionale³⁶⁰ e dei tribunali nazionali in materia³⁶¹ non faccia alcun riferimento al sistema Cedu³⁶².

Viene, infine, ricordato il recente restrittivo orientamento costituzionale che circoscrive l'obbligo dei giudici di conformarsi alla sola giurisprudenza convenzionale "*bien établie*"³⁶³ o contenuta in un "*arret pilote*": da tali considerazioni la Corte edu desume che il sistema delle "gemelle" non costituisce una "svolta", ovvero un rimedio interno effettivo ed accessibile, in grado di supplire alla mancanza di un ricorso diretto alla Corte costituzionale.

Emergono da queste riflessioni i punti nodali di perdurante conflittualità nell'attuale assetto dei rapporti tra le due Corti: il sistema incidentale di costituzionalità considerato un rimedio interno "non effettivo" a Strasburgo e la chiusura dei giudici costituzionali rispetto alla giurisprudenza convenzionale, due aspetti ineluttabilmente connessi sui quali si appunteranno le considerazioni conclusive del presente lavoro.

Una soluzione *de iure condendo*, idonea a valorizzare il ruolo sussidiario della tutela convenzionale in un'ottica di coordinamento tra i due sistemi di giustizia, potrebbe consistere nel "recupero costruttivo" dello schema delle "gemelle": dinanzi ad un

³⁶⁰ La Corte edu evidenzia il significativo silenzio prestato dalla Consulta rispetto ai parametri convenzionali nella sent. n. 162/2014 e, potremmo aggiungere, anche nella sentenza n. 96/2015, non richiamata a Strasburgo ma paradigmatica (in tale pronuncia, "seguito interno" di *Costa e Pavan*, la declaratoria di incostituzionalità si fonda, lo ricordiamo, sui soli art. 3 e 32 Cost., restando assorbiti i profili di diritto convenzionale).

³⁶¹ Viene richiamata analiticamente dal Governo prima e dalla Corte edu, poi, la giurisprudenza italiana in tema di PMA (i.e. Corte cost., ordd. nn. 369/2006 e 97/2010; sent. n. 151/2009); sussiste, tuttavia, qualche omissione, ad es. Tar Lazio, III, 21 gennaio 2008, n. 398.

³⁶² Nell'ambito della procreazione assistita sarebbero soltanto due le pronunce in cui i giudici nazionali avrebbero preso in considerazione la Convenzione: l'ordinanza del Tribunale di Cagliari del 9 novembre 2012 e l'ordinanza del Tribunale di Roma del 15 gennaio 2014, richiamate da Corte edu, *Parrillo c. Italia*, § 96. È inevitabile leggere nelle argomentazioni della Corte un invito, indirizzato sia ai giudici comuni sia al Giudice delle Leggi, a seguire in modo coerente il modello introdotto nel 2007.

³⁶³ Il riferimento è ovviamente a Corte Cost., n. 49/2015. Tale sentenza ha inevitabilmente determinato una forte battuta d'arresto nei rapporti inter-ordinamentali: la notevole restrizione della portata dell'obbligo di interpretazione conforme che ne è derivata costituisce il *punctum crucis* nell'attuale assetto dei rapporti tra giurisprudenza costituzionale e convenzionale.

potenziale *vulnus* convenzionale, derivante dalla legislazione interna, si potrebbe configurare un *obbligo* per il singolo interessato di adire, in prima battuta, il giudice nazionale ed eccepire il relativo contrasto, pena l'irricevibilità del ricorso a Strasburgo; un conseguente *obbligo* per il giudice comune di esperire il tentativo di interpretazione conforme a Convenzione e, in caso di esito negativo, di sollevare la questione dinanzi alla Corte costituzionale per incompatibilità con il sistema Cedu. Soltanto se il giudice comune rigettasse l'eccezione senza aver esperito il tentativo di interpretazione adeguatrice, o senza motivare sul punto, si potrebbe configurare il *diritto* della parte di rivolgersi direttamente a Strasburgo, per mancato o non corretto adempimento dell'obbligo di interpretazione conforme gravante sul giudice comune.

La soluzione prospettata potrebbe costituire una regola generale, suscettibile di essere derogata ogniqualvolta, dinanzi a casi di particolare urgenza, la tutela di valori fondamentali (i.e. il rispetto della vita umana o della integrità personale) lo richieda³⁶⁴.

Tale orientamento potrebbe assicurare maggior certezza nell'applicazione del diritto, salvaguardando il ruolo sussidiario della tutela convenzionale nelle ipotesi in cui la lesione della Cedu tragga origine dalla legge, senza pregiudicare il funzionamento del sistema incidentale di giustizia costituzionale, anzi corroborandolo, a condizione, però, che l'orientamento di netta chiusura della sentenza n. 49/2015 sia superato in un'ottica di maggior dialogo.

Una significativa apertura verso la soluzione prospettata sembra provenire dalle argomentazioni addotte, nell'opinione concordante, dai giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolau, e Dedov. Tale minoranza riconosce espressamente e per la prima volta che la giurisprudenza convenzionale "tradizionale" secondo la quale, in assenza di un ricorso diretto alla Corte costituzionale italiana, il sistema incidentale non può costituire un rimedio interno effettivo, potrebbe essere superata proprio grazie al sistema delle «sentenze gemelle»³⁶⁵. Anche i giudici di minoranza, tuttavia, osservano che la sentenza n. 49/2015 ha circoscritto in modo rilevante l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza

³⁶⁴ Pensiamo alle tragiche vicende che connotano gli sbarchi di persone sulle coste di tutta Europa: si tratta di fattispecie in cui un intervento immediato è indispensabile per la garanzia di diritti fondamentali della persona e l'*iter* sopradescritto non potrebbe essere seguito utilmente, se non a costo di pregiudicare la tutela di quegli stessi diritti che il giudice è chiamato a garantire.

³⁶⁵ Secondo la minoranza, i giudici comuni dopo le «sentenze gemelle» hanno un'«*alternative au sens strict*» (*tertium non datur*): interpretare la disposizione interna in modo conforme alla Cedu, come interpretata a Strasburgo, o sollevare la questione di costituzionalità/convenzionalità.

convenzionale ed il rigetto dell'eccezione governativa avrebbe dovuto incentrarsi proprio su questa "involuzione" della giurisprudenza costituzionale³⁶⁶.

Quanto al merito³⁶⁷ della questione, i giudici di Strasburgo sono per la prima volta chiamati a decidere se l'interesse della ricorrente a donare alla ricerca scientifica gli embrioni, creati *in vitro*, sia suscettibile di rientrare nel rispetto della sua "vita privata"³⁶⁸.

Ai fini dell'applicabilità dell'art. 8 Cedu, la Corte ritiene decisivo il legame esistente tra la persona sottoposta alla procedura di fecondazione e gli embrioni con la stessa prodotti i quali rappresentano «*un elemento fondamentale del patrimonio genetico e dell'identità biologica di quella persona*»³⁶⁹.

Seppur velatamente, la decisione in oggetto ci dice qualcosa in più sullo statuto giuridico dell'embrione rispetto alla giurisprudenza convenzionale pregressa. Per quanto i giudici escludano, come vedremo, l'equiparazione dell'embrione ad un "bene", ex art. 1 Protocollo addizionale, al contempo, qualificandolo come un aspetto costitutivo dell'identità del

³⁶⁶ Sorge l'interrogativo se, in mancanza di tale problematico intervento costituzionale, la maggioranza del consesso avrebbe accolto l'eccezione di irricevibilità per mancato esperimento dei rimedi interni.

³⁶⁷ Si ricorda che la Corte edu rigetta anche l'eccezione di irricevibilità proposta dal Governo italiano circa la mancanza, in capo alla ricorrente, del requisito di "vittima", in quanto questa avrebbe potuto procedere, nel lasso di tempo di latenza dell'entrata in vigore della legge n. 40, a donare i propri embrioni alla ricerca scientifica, non incontrando in tal caso alcuna preclusione legislativa. La Corte mette in evidenza che il fatto stesso della vigenza della suddetta normativa costituisce un'ingerenza nei confronti della ricorrente, tale da consentire la configurazione dello *status* di vittima e, accogliendo le obiezioni di controparte, afferma che nel lasso di tempo intercorso tra la morte del marito e l'entrata in vigore della legge, questa non avrebbe potuto procedere ad una lucida decisione al riguardo.

³⁶⁸ Nell'analizzare l'applicabilità della Convenzione al caso di specie, la Corte edu segue le argomentazioni adottate dal Governo italiano, ma sembra cadere in due equivoci: *in primis*, afferma che la sentenza n. 162/2014 «dovrebbe adesso permettere l'adozione per la nascita». Orbene, la Corte costituzionale italiana non ha riconosciuto tale istituto né avrebbe avuto la legittimazione per farlo, trattandosi di una questione rientrante nell'alveo delle opzioni politiche riservate al legislatore. *In secundis*, dalla affermazione del nostro giudice costituzionale che ha ricondotto il diritto di diventare genitori e costituire una famiglia con figli alla libertà di autodeterminazione nella vita privata e familiare, la Corte edu ha dedotto che l'ordinamento italiano attribuisce importanza alla libertà di scelta delle parti in ordine al destino degli embrioni non impiantati. Tuttavia, riconoscere il diritto alla genitorialità è cosa ben diversa dall'ammettere l'esistenza di un diritto di decidere *ad nutum* del destino degli embrioni prodotti ma non destinati alla procreazione, cfr. GC, Corte edu, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia, ric. n. 46470/11, § 157.

³⁶⁹ A tal riguardo, parzialmente differente, come vedremo, è la concezione espressa da Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, secondo la quale «[l]'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico». L'elemento del potenziale di vita insito nell'embrione umano è posto in evidenza anche dalla Corte di giustizia nella sentenza *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks* (C-364/13, sentenza 18-12-2014), su rinvio pregiudiziale da parte della High Court britannica. Ivi i giudici di Lussemburgo, riprendendo e ridimensionando le argomentazioni espresse nella precedente sentenza *Brüstle c. GreenPeace eV* (causa C-34/10, sentenza 18-10-2011, in Racc. 2011 I-09821), chiariscono che non può considerarsi "embrione umano", ai sensi della direttiva sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche (Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998), un organismo idoneo a svilupparsi in essere umano (mentre nel caso *Brüstle*, i giudici di Lussemburgo avevano fornito una definizione "a maglie larghe", estendendo i confini dell'embrione umano fino a ricomprendervi «qualunque ovulo non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi»). In entrambe le sentenze della Corte di Lussemburgo l'embrione non è mai considerato un mero accumulo organico.

genitore, sembrano individuare una sorta di *tertium genus*, a metà strada tra bene patrimoniale e soggetto di diritto, quasi una “pertinenza biologica” del genitore, priva di un’identità autonoma.

Da siffatto legame i giudici desumono l’applicabilità dell’art. 8 Cedu: la possibilità per la ricorrente di compiere «una scelta consapevole e meditata sul destino dei *suoi* embrioni concerne un aspetto intimo della sua vita personale» e rientra nell’esercizio della sua libertà di autodeterminazione.

Il divieto di donare alla ricerca gli embrioni non destinati all’impianto³⁷⁰ costituisce, quindi, un’ingerenza nel diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata: un’ingerenza che ha base legale e persegue lo scopo legittimo di tutela del “potenziale di vita dell’embrione” (invocato dal Governo), a sua volta rientrante nel fine di protezione della morale e dei diritti “altrui”³⁷¹.

Passando a valutare la «necessità» della misura, diviene dirimente la delimitazione del margine di discrezionalità statale: per i giudici di Strasburgo il margine è particolarmente ampio, perché la scelta di donare gli embrioni alla ricerca non rientra nel “nucleo duro” dei diritti fondamentali tutelati dall’art. 8 Cedu, non riguardando un aspetto particolarmente importante dell’esistenza e dell’identità della ricorrente.

Emergono profili di dubbia coerenza nel percorso argomentativo che ha guidato la Corte dal riconoscimento dell’applicabilità dell’art. 8 Cedu al rigetto del ricorso per presunta violazione dello stesso parametro. Delle due l’una: o il diritto «di esercitare una scelta consapevole e meditata sul destino dei suoi embrioni concerne un aspetto intimo della vita personale (della ricorrente, §159)», o tale diritto «non riguarda un aspetto particolarmente importante della sua esistenza ed identità» («*it does not concern a particularly important aspect of the applicant’s existence and identity*» §174).

Sorge spontaneo chiedersi quale sia il nucleo forte ed irriducibile dell’art. 8 Cedu e come possa un aspetto così intimo della persona, «*elemento costitutivo della sua identità biologica*», ad un tempo non avere rilievo per la sua esistenza e identità.

Per corroborare l’ampio margine di apprezzamento statale in materia, i giudici di Strasburgo ricordano, inoltre, che è in gioco una delicata questione morale ed etica sulla

³⁷⁰ Previsto ex art. 13, legge n. 40/2004.

³⁷¹ I giudici tengono, tuttavia, a precisare, con una certa ambiguità, di non aver preso posizione sulla circostanza se il termine “altrui” si possa estendere agli embrioni: sorge allora spontaneo chiedersi quali siano i diritti “altrui” che entrano in gioco e chi siano gli “altri” titolari? In tal senso cfr. opinione dissenziente del giudice Sajò che chiede «*Who are these others?*», e, in dottrina, cfr. V. ZAGREBELSKY, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, *op.cit.*, pg. 611.

quale ancora non sussiste un “*consensus*” convenzionale³⁷²: l’Italia non è l’unico Stato che vieta la donazione di embrioni alla ricerca, si collocano al suo fianco anche Germania, Austria, e Slovacchia. Riemerge l’uso “ondivago” della tecnica del *consensus*: anche in questa vicenda, come nel caso austriaco sulla fecondazione eterologa, la Grande Camera esclude un consenso strutturale idoneo a limitare la discrezionalità statale pur sussistendo, dal punto di vista quantitativo, una maggioranza di Stati che già ammetteva la pratica in contestazione.

Sul finire della parte motiva, dinanzi alle censure della Signora Parrillo in ordine alle contraddizioni della legislazione italiana³⁷³, la Corte risponde di non poter valutare “in astratto” la coerenza della legge: i profili lamentati non pregiudicherebbero in modo diretto e concreto il diritto della ricorrente all’autodeterminazione riguardo ai suoi embrioni. Emerge, in tal sede, un profilo di frizione rispetto alla precedente condanna nel caso *Costa e Pavan*, al centro della quale vi era proprio la constatazione di un’incoerenza sistematica nella legislazione italiana³⁷⁴.

Da ultimo, se il compito della Corte non è esaminare “in astratto” la normativa nazionale, allora perché indulgere sull’esame dell’*iter* parlamentare che ha preceduto l’approvazione della legge n. 40³⁷⁵, anziché soffermarsi sulle circostanze concrete della vicenda? Gli embrioni della Signora Parrillo, certamente in astratto portatori di un potenziale di vita, nel caso concreto non avrebbero potuto svilupparsi in vita umana, come attestato da apposita relazione peritale (presentata in udienza e non contestata dal Governo), a causa della loro “anzianità” (prodotti nel 2002, quindi, ben tredici anni prima) e per la mancanza di accertamenti diagnostici al momento della loro creazione.

³⁷² GC, Corte edu, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia, ric. n. 46470/11, § 177: «Certamente alcuni Stati membri hanno adottato un approccio permissivo in questo campo: diciassette dei quaranta Stati membri sui quali la Corte possiede informazioni permettono la ricerca sulle linee cellulari embrionali umane. In alcuni altri Stati la materia non è regolamentata, ma le pratiche pertinenti sono permissive. Alcuni Stati tuttavia (Andorra, Lettonia, Croazia e Malta) hanno promulgato una legislazione che proibisce espressamente qualsiasi ricerca sulle cellule embrionali. Altri permettono questo tipo di ricerca soltanto a condizioni ben precise, che richiedono per esempio che il fine sia la tutela della vita dell’embrione o che la ricerca utilizzi cellule importate dall’estero (è il caso della Slovacchia, della Germania, dell’Austria e dell’Italia)».

³⁷³ La normativa italiana, secondo la ricorrente, mostra profili di incoerenza perché si prefigge l’obiettivo di tutelare l’embrione ma, al contempo, consente l’aborto terapeutico e l’utilizzo, per finalità di ricerca, di linee cellulari ottenute da embrioni distrutti all’estero.

³⁷⁴ Del pari, è difficile sostenere che questa ingerenza nell’autodeterminazione della Signora Parrillo sia meno “concreta” dell’ingerenza nel “desiderio di procreare un figlio sano”.

³⁷⁵ I giudici di Strasburgo si soffermano, infatti, sulla completezza del dibattito parlamentare che ha caratterizzato i lavori preparatori della legge n. 40, per verificare se il legislatore abbia tenuto conto di tutti gli interessi in gioco, dello Stato e delle persone direttamente interessate. Suscita, tuttavia, qualche perplessità tale profilo argomentativo, poiché il compito della Corte edu dovrebbe essere circoscritto al riconoscimento di un *vulnus* convenzionale derivante dall’applicazione *in concreto* della legge nazionale, a prescindere dalle argomentazioni espresse nella discussione parlamentare; tanto più che quello stesso ampio dibattito parlamentare sulla legge n. 40/2004 non ha impedito alla medesima Corte di constatare, in precedenti occasioni, la violazione della Convenzione (i.e. nel caso *Costa e Pavan*).

Alla luce delle molteplici argomentazioni addotte, la Corte dichiara che lo Stato italiano non ha ecceduto il proprio margine di discrezionalità ed il divieto di ricerca sugli embrioni è un'ingerenza «necessaria in una società democratica».

Per quanto attiene, infine, al secondo motivo di censura, il ricorso è rigettato in forza della considerazione assorbente che gli embrioni non possano essere ricondotti al rango di “beni”, o “cose” (*«human embryos cannot be reduced to “possessions” within the meaning of that provision»*): l'art. 1 del Protocollo n. 1, alla luce della portata economica e patrimoniale che lo contraddistingue, non si applica alla fattispecie esaminata.

In tal sede la Corte dichiara espressamente di volersi astenere dal definire l'embrione umano ma, come constatato, il suo *status* è, in parte, già stato tracciato: si è parlato di «elemento costitutivo del patrimonio genetico e dell'identità biologica» della donna, quindi, di un'entità priva di una consistenza autonoma, il destino della quale può essere soggetto alla scelta di chi è già persona.

A tal riguardo, è utile ricordare il diverso orientamento espresso dalla nostra Corte costituzionale, nella sentenza n. 229/2015, più garantista in riferimento allo *status* dell'embrione: «quale che sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, [l'embrione] *non è certamente riducibile a mero materiale biologico*»³⁷⁶, è un'entità che ha in sé il principio della vita e la cui dignità rientra espressamente nella tutela prevista dall'art. 2 Cost.

Se è vero che entrambe le Corti si astengono dal dire quando ha inizio la vita umana, concordando che la questione sia riservata alla discrezionalità del legislatore, la nostra Corte, lungi dal definire l'embrione come un elemento fondamentale del patrimonio genetico e dell'identità altrui, ci dice che quel “potenziale di vita” ha una propria “dignità”, suscettibile di tutela autonoma e di rango costituzionale.

Da ultimo, il Giudice delle Leggi interviene sullo stesso *thema decidendum* affrontato a Strasburgo con la sentenza n. 84/2016. Nelle more del giudizio convenzionale sul caso *Parrillo*, il Tribunale di Firenze³⁷⁷ aveva, infatti, sollevato questione di legittimità

³⁷⁶ Corte Cost., 11 novembre 2015, n. 229, intervenuta in ambito penale, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3 e 4, legge n. 40/2004 (sul reato di selezione degli embrioni) in esclusiva correlazione con l'esito della sentenza n. 96/2015 ed ha, invece, escluso la fondatezza della questione di legittimità relativa all'art. 14, commi 1 e 6 sul reato di soppressione di embrioni.

³⁷⁷ I ricorrenti erano una coppia di coniugi che, sottopostisi a diversi cicli di PMA presso il centro di riproduzione Demetra S.r.l., avanzavano, nell'ambito di un procedimento *ex art. 700 c.p.c.*, due formali istanze al Tribunale fiorentino: ordinare al centro la consegna di nove embrioni prodotti *in vitro* e crioconservati – per consentire loro di destinarli alla ricerca scientifica –, di cui cinque risultavano affetti da esostosi, mentre i restanti quattro non erano sottoponibili a biopsia per ragioni tecniche; nonché dichiarare la validità del rifiuto della donna di procedere al trasferimento in utero di tali embrioni. Con ordinanza n. 166

costituzionale avente ad oggetto lo stesso divieto di sperimentazione sugli embrioni, insieme alla disposizione che prescrive l'irrevocabilità del consenso al trattamento una volta fecondato l'ovulo³⁷⁸.

La questione relativa al consenso, esaminata per prima, viene dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza. La ricorrente in un primo momento aveva dichiarato di non volersi sottoporre all'impianto in utero dell'unico embrione non affetto da patologie, ma aveva successivamente accettato di portare a termine il trattamento: la questione della revoca era, pertanto, divenuta priva di qualsivoglia attualità nell'ambito del giudizio principale³⁷⁹.

Per quanto attiene al divieto di ricerca sugli embrioni soprannumerari, la Corte rileva che la questione «rimanda al conflitto, gravido di implicazioni etiche oltretutto giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto».

È significativo constatare come su questo aspetto la Corte costituzionale svolga molteplici richiami a Strasburgo e alla precedente decisione sul caso *Parrillo*, pur non essendo stato invocato dal Tribunale fiorentino il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost.

Come spiegare allora quei precedenti in cui il riferimento alla giurisprudenza convenzionale è passato sotto silenzio nonostante l'espressa censura del relativo parametro (sentenze n.n. 162/2014 e 96/2015)?

Nella pronuncia in oggetto è probabile che l'argomentare della Consulta abbia particolarmente a cuore la decisione *Parrillo* perché il *self restraint* dei giudici della Convenzione è perfettamente in linea con le valutazioni di opportunità costituzionale che porteranno alla declaratoria di inammissibilità della questione³⁸⁰.

del 7 dicembre 2012 il Tribunale di Firenze, disponendo la sospensione del procedimento cautelare in corso, accoglieva la richiesta dei ricorrenti, sottoponendo le questioni al vaglio della Corte costituzionale.

³⁷⁸ Come noto, il Presidente della Corte costituzionale, il 19 marzo 2014, rinviava la discussione della questione di costituzionalità in attesa della decisione sul caso *Parrillo*, anche se il giudice fiorentino non aveva fatto alcun riferimento alla Cedu e all'art. 117 Cost. (i parametri invocati erano tutti "interni in senso stretto") ed i ricorrenti nei due giudizi erano diversi, pertanto, non si poneva un problema di esecuzione del giudicato convenzionale nel procedimento interno fra le stesse parti.

³⁷⁹ Leggendo l'ordinanza di rimessione del giudice fiorentino emerge, tuttavia, una sorta di equivoco in cui la Consulta sembra essere incorsa: nel giudizio di merito, i ricorrenti avevano chiesto «di accertare la piena validità ed efficacia della revoca del consenso al trasferimento in utero degli embrioni soprannumerari malati o non biopsiabili» (cfr. Trib. Firenze, ord. n. 166/2012 § 3), non la legittimità del rifiuto, inizialmente opposto e poi revocato, al trasferimento dell'unico embrione sano. Questa ricostruzione della "rilevanza" ha consentito alla Corte di non entrare, per la seconda volta, nel merito della questione della revocabilità del consenso al trattamento, già dichiarata manifestamente inammissibile per irrilevanza nella sentenza n. 151/2009. In tal senso cfr. anche 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 *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

³⁸⁰ Si rileva un ulteriore equivoco in cui sembra incorrere la Corte costituzionale in riferimento alla decisione convenzionale, là dove ritiene che i giudici di Strasburgo abbiano escluso la violazione dell'art. 8 della

Il riferimento ampio e puntuale al caso *Parrillo* ed a profili di diritto comparato, nonché la dettagliata ricostruzione del dibattito dottrinario sul tema della ricerca embrionale sembrano dimostrare quanto sia stato difficile per i giudici costituzionali “decidere di non decidere”, stretti fra la declaratoria di incostituzionalità ed il rispetto della discrezionalità del legislatore³⁸¹.

Dinanzi al divieto di sperimentazione, la Corte mette in evidenza i due fondamentali valori in gioco: «la dignità dell’embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita [...], valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell’art. 2 Cost.»³⁸² e non suscettibile di affievolimento per il solo fatto che sia affetto da malformazione genetica³⁸³, nel contemperamento con la libertà di ricerca scientifica. Dinanzi a questa «scelta tragica» dalle considerevoli ripercussioni etiche, priva di soluzioni uniformi nella legislazione europea, la Corte costituzionale recupera un principio “smarrito” nella giurisprudenza esaminata in precedenza: il rispetto della discrezionalità legislativa.

La Corte si astiene da qualsiasi sindacato di ragionevolezza³⁸⁴ sul bilanciamento effettuato dal *conditor iuris* tra la dignità dell’embrione e la libertà della ricerca scientifica, sindacato

CEDU «sul rilievo che il diritto, invocato dalla ricorrente, di donare gli embrioni (da lei prodotti) alla ricerca scientifica *non trova copertura in quella disposizione*, in quanto non riguarda un aspetto particolarmente importante dell’esistenza e della identità della ricorrente medesima». Come anticipato, invece, i giudici di Strasburgo avevano affermato a chiare lettere che il diritto della signora Parrillo di decidere il destino degli embrioni prodotti era inquadrabile nell’art. 8 della Convenzione (§ 149 ss., 159), concludendo, poi, per la compatibilità convenzionale a causa dell’ampio margine di apprezzamento spettante allo Stato italiano.

³⁸¹ Definisce “pilatesca” la sentenza in oggetto, poiché fonda la declaratoria di inammissibilità sulla contrapposizione degli orientamenti manifestati dagli studiosi in materia, A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico- teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi.it*, 11 maggio 2016, pg. 26. La Consulta, in effetti, ricostruisce analiticamente i *pro* ed i *contro* enunciati dalla dottrina e nelle sedi scientifiche sull’utilizzo di embrioni soprannumerari a scopi di ricerca. È interessante notare il rilievo dato alla posizione di chi sostiene il “principio di precauzione” in forza del quale, dinanzi alla possibilità che l’embrione sia ben più che mero materiale biologico, lo scienziato dovrebbe decidere di seguire percorsi alternativi, ovvero di “fare altro” rispetto alla sperimentazione sull’embrione. Da una diversa angolazione si potrebbe, però, sostenere che, una volta accertata scientificamente l’impossibilità di impiegare gli embrioni per fini riproduttivi, sarebbe lo stesso principio di precauzione a condurre verso soluzioni alternative alla morte certa dell’embrione crioconservato *ad infinitum*. Una soluzione alternativa potrebbe essere la ricerca che, dinanzi al costo comunque ineluttabile del potenziale di vita dell’embrione, costituirebbe il sacrificio minore dei valori costituzionali in gioco, in un’ottica di *fair balancing*. Da ultimo, si evidenzia che, se in questa fattispecie il principio di precauzione è stato espressamente analizzato dalla Corte e collocato tra i motivi contrari alla sperimentazione, viceversa, nella questione relativa al divieto di eterologa, tale principio non sembra aver avuto lo stesso peso nel giudizio di ragionevolezza sul bilanciamento legislativo, dinanzi alla possibilità di arrecare pregiudizio alla salute psichica del nato e, specialmente, al diritto di conoscere le proprie origini.

³⁸² Il filo conduttore che collega Lussemburgo, Strasburgo e Roma sembra essere il riconoscimento di un’esigenza di tutela dell’embrione in quanto “portatore di un potenziale di vita”. Cfr. in particolare C. Giustizia, *Brustle c. Greenpeace*, 18 ottobre 2011; poi causa C-364/13, 18 dicembre 2014, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patent, Design and Trade Marks*.

³⁸³ Rileva la Corte costituzionale che nella stessa esigenza di tutela dell’embrione consta la *ratio* della norma penale incriminatrice della condotta di soppressione anche di embrioni ammalati non impiantabili (art. 14, commi 1 e 6, legge n. 40/2004).

³⁸⁴ Sottolinea l’evoluzione della funzione svolta dal principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, in dottrina, L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della*

che, al contrario, dinanzi a questioni altrettanto sensibili (nelle sentenze n.n. 162/2014 e 96/2015) ha rivendicato con forza e pervasività.

Il legislatore torna ad essere l'«interprete della volontà della collettività, chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»³⁸⁵.

Quella prevista dalla norma impugnata è «una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte».

Prescindendo dalla condivisione o meno della soluzione cui è giunta la Consulta, ciò che l'interprete è chiamato a segnalare è l'incoerenza argomentativa e metodologica che connota questa decisione rispetto ai precedenti interventi in materia.

La Corte non esplicita quali siano i «profili assiologici» che rendono la questione impenetrabile e, viceversa, fin dove si estenda quell'esigenza imprescindibile, evocata nella sentenza n. 162/2014, di assicurare che il sindacato di costituzionalità copra «nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico, *non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso*»³⁸⁶. Resta aperto l'interrogativo su quale sia il *discrimen* tra declaratoria di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa e declaratoria di incostituzionalità per «vulnus insanabile cui la Corte è tenuta a porre rimedio», dinanzi a questioni eticamente sensibili.

Il Giudice delle Leggi esclude, altresì, nel caso di specie, un proprio intervento additivo che stabilisca un diverso bilanciamento tra i valori confliggenti in direzione di una maggior apertura alla ricerca scientifica, poiché mancano le cd. “rime obbligate”.

costituzionale?, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, pg. 164, secondo il quale «il sindacato di ragionevolezza non è più strettamente collegato al solo principio costituzionale di eguaglianza, sancito dall'art. 3, primo comma, della Costituzione. Vengono in rilievo, per esempio, le più varie necessità di bilanciamento e di valutazione della legittimità costituzionale dei limiti legislativamente imposti ai più vari diritti fondamentali»; nonché G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, *ivi*, pg. 180 ss., il quale mette in luce la ragionevolezza/eguaglianza – collegata, sebbene solo formalmente, allo schema trilaterale – e gli aspetti della ragionevolezza/razionalità e della ragionevolezza/giustizia, legati a valutazioni sul contenuto o sulla forma della norma. Tra gli Autori che esaltano l'emancipazione del giudizio di ragionevolezza dal modello ternario, si veda C. ROSSANO, *Ragionevolezza e fattispecie di eguaglianza*, *ivi*, pg. 171 ss.; nonché A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, pg. 118 ss., secondo il quale le «forme atipiche» del giudizio fondato sull'art. 3, primo comma, della Costituzione, frequentemente rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale, «confermano come il sindacato di ragionevolezza, lungi dall'identificarsi con il giudizio ternario di eguaglianza, ha una propria autonomia e concettuale e pratica».

³⁸⁵ Si recupera, quindi, nell'argomentare della Consulta, il rispetto per la discrezionalità legislativa, risultato recessivo sia nel caso della fecondazione eterologa sia nella vicenda dell'accesso alla PMA delle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche.

³⁸⁶ Affermazione espressa prima in Corte cost., n. 1/2014 e poi in Corte cost., n. 162/2014.

Tra le soluzioni riservate alla impenetrabile discrezionalità del legislatore la Corte individua la scelta degli embrioni da impiegare a fini di sperimentazione (se soltanto quelli affetti da malattia e da quali malattie, o anche quelli scientificamente “non biopsabili”), nonché la previsione delle specifiche finalità della ricerca; l’eventualità e la determinazione della durata di un previo periodo di crioconservazione; l’opportunità o meno di un successivo interpello della coppia, o della donna, per confermare la volontà di destinare l’embrione alla sperimentazione; infine, le cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui: tutte opzioni ineccepibilmente rimesse alla valutazione del legislatore in mancanza di una via costituzionalmente obbligata.

L’interrogativo che sorge, tuttavia, è se tali opzioni appartengano alla insindacabile discrezionalità dell’organo politico più di quanto non sia riservata al legislatore la questione del temperamento tra anonimato del donatore e diritto del nato da eterologa a conoscere le proprie origini.

Si ricorda, inoltre, che nella sentenza n. 96/2015 l’accesso delle coppie fertili alla PMA ed alla diagnosi pre-impianto è stato riconosciuto dai giudici costituzionali, nonostante l’indefettibile necessità di un successivo intervento, riservato al legislatore, volto all’individuazione delle patologie che potessero giustificare tale accesso, delle relative procedure di accertamento, nonché di forme di autorizzazione e controllo dei centri abilitati. In conclusione, non si comprende dalle argomentazioni della Corte perché, nel caso della donazione di gameti e, ancor più, nella vicenda delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche, l’esistenza di profili riservati ad apposita disciplina legislativa non abbia impedito la caducazione dei divieti censurati e l’addizione di nuove posizioni soggettive di vantaggio mentre, nella fattispecie *de quo*, abbia precluso alla Corte qualsiasi sindacato di ragionevolezza sul bilanciamento legislativo.

Questa decisione sembra corroborare la tesi, sostenuta nelle precedenti pagine, che la giurisprudenza costituzionale in materia di procreazione assistita sia caratterizzata da profili di incertezza metodologica e da un elevato grado di discrezionalità rispetto allo strumento decisorio di volta in volta ritenuto più appropriato (decisione di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, o additiva di principio)³⁸⁷.

Una conclusiva annotazione riguarda lo spazio del futuro intervento del legislatore nell’ambito della ricerca scientifica: se l’embrione, come ci dicono i giudici della Consulta,

³⁸⁷ Alla luce della giurisprudenza costituzionale esaminata resta, infatti, aperto l’interrogativo su quale sia il *discrimen* tra questione etica ad elevata discrezionalità legislativa, sottratta allo scrutinio costituzionale e questione altrettanto sensibile, suscettibile non solo di giudizio di ragionevolezza, ma anche di uno *strict scrutiny*.

è titolare di dignità costituzionale *ex art. 2 Cost.*, e, soprattutto, la sua tutela non è suscettibile di affievolimento per il solo fatto dell'affezione da malformazione genetica, allora il margine di discrezionalità dell'organo politico appare notevolmente circoscritto. Per consentire la ricerca senza violare la dignità di cui l'embrione, anche se malato, è portatore, la via obbligata per il legislatore sembra essere quella di tracciare un nuovo *discrimen* tra "embrione", la cui tutela non è suscettibile di affievolimento ai fini della sperimentazione, ed entità ancora priva di potenzialità di vita autonoma, sacrificabile ai fini della ricerca. Operazione che trova, se vogliamo, un "precedente" nella stessa legge sull'interruzione volontaria di gravidanza e che porterebbe ad enucleare un'apposita definizione di "embrione", valida esclusivamente quale limite alla ricerca scientifica, diversa dalla nozione accolta dal legislatore del 1978 nel contemperamento con le libertà fondamentali della madre.

Capitolo III

La tutela giuridica delle unioni tra persone dello stesso sesso.

3.1. Il “silenzio eloquente” protratto dal legislatore italiano e la scure delle due Corti, costituzionale e convenzionale.

Dalla giurisprudenza esaminata in tema di procreazione assistita emerge la progressiva evoluzione che ha caratterizzato la nozione di “famiglia” dal punto di vista giuridico, sulla scia di un incisivo mutamento del dato sociale: si assiste ad un sostanziale ripensamento del trinomio matrimonio, famiglia, filiazione, per accogliere legami slegati dal dato genetico e dal modello classico della generazione in costanza di coniugio.

La procreazione non costituisce più l'unico e ontologico obiettivo del matrimonio: il rapporto coniugale può abbracciare una pluralità di fini³⁸⁸, primo fra tutti la realizzazione di una comunione materiale e spirituale di vita, di affetti e l'assunzione di una responsabilità reciproca. Al contempo, il matrimonio è divenuto elemento accidentale della famiglia, la nascita della quale appare ormai determinata dall'*affectio* tra i membri della coppia e da un'eventuale procreazione, naturale o artificiale, a prescindere dal vincolo coniugale.

Si è profondamente persuasi della veridicità delle parole di Rhenstein: «*il diritto di famiglia è un diritto in movimento*» più di ogni altro settore del diritto privato e «*non ha ancora raggiunto un nuovo punto di stabilità*»³⁸⁹.

Il progressivo riconoscimento di nuove realtà familiari in Italia ha avuto inizio, come noto, con la riforma legislativa del 1975, là dove si è dato rilievo alla convivenza tra genitori ai fini del recepimento di un nuovo modello sociale di famiglia che non trova più la sua unica fonte nell'istituto coniugale, per giungere, infine, alla equiparazione giuridica dei figli, dentro e fuori dal matrimonio³⁹⁰.

Al concetto di famiglia “tradizionale” come «società naturale fondata sul matrimonio», oggetto della specifica garanzia costituzionale di cui all'art. 29 Cost., si aggiungono, pertanto, nuove realtà familiari, suscettibili di rientrare in quelle «formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo», tutelate dall'art. 2 Cost., tra le quali, come abbiamo

³⁸⁸ In tal senso cfr. anche G. FERRANDO, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Politica del Diritto*, n. 3/2014, pg. 360 ss.

³⁸⁹ M. RHEINSTEIN, *The Family and the Law*, in CHLOROS A.G., RHEINSTEIN M., GLENDON M.A. (eds), *Persons and the Family*, Vol. IV, International Encyclopedia of Comparative Law, 2007, I-18.

³⁹⁰ Con la nota legge 10 dicembre 2012, n. 219 “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”, GU Serie Generale n. 293 del 17-12-2012, entrata in vigore il 1° gennaio 2013.

visto, sono ormai ricomprese quelle formazioni familiari figlie delle nuove tecniche riproduttive. Nel caso della procreazione assistita, infatti, il rapporto di filiazione, a prescindere dalla origine genetica, nasce dalla responsabilità assunta dalla coppia mediante l'espressa e libera volontà di diventare genitori: il consenso alla fecondazione determina l'assunzione di responsabilità e sostituisce quello che nella procreazione naturale è l'atto di riconoscimento³⁹¹.

In questa vasta gamma di relazioni familiari si riscontra un ambito particolarmente emblematico di quel "silenzio eloquente" perpetrato per lungo tempo dal legislatore italiano su tematiche sensibili: il silenzio prestato dall'organo legislativo rispetto alla questione della tutela giuridica delle coppie omoaffettive³⁹².

È noto che soltanto il 20 maggio 2016, in Italia, è stata introdotta la prima legge³⁹³ volta a regolare giuridicamente le "unioni civili" tra persone dello stesso sesso: si tratta di una "legge costituzionalmente e convenzionalmente necessaria", perché attuativa del "diritto fondamentale a vivere liberamente una vita di coppia" riconosciuto dal giudice costituzionale, prima, e dai giudici di Strasburgo, poi, nei termini del rispetto della vita familiare.

Prima di detta data il nostro ordinamento giuridico era privo di una disciplina idonea a riconoscere diritti e sancire obblighi tra persone dello stesso sesso legate da un'*affectio* stabile.

Come vedremo, nell'ambito della tutela delle unioni omosessuali si riscontra una particolare tendenza nel rapporto tra poteri dello Stato: dinanzi a questioni che dividono il sentire sociale e dovrebbero rappresentare il luogo di elezione della politica, il Parlamento tende a "ratificare" ciò che le Corti decidono.

Gli interventi del giudice costituzionale e convenzionale a tutela delle coppie omoaffettive hanno corroborato l'idea che le riforme del diritto di famiglia hanno ormai ineluttabilmente

³⁹¹ In questa stessa prospettiva, manca l'assunzione di responsabilità nella filiazione da parte del donatore di gameti ed è per questo che tale figura è caratterizzata da una posizione di assoluta irresponsabilità nei confronti del nato, non potendo acquisire alcuna relazione giuridica parentale con il medesimo, né far valere diritti o essere titolare di obbligo alcuno, *ex art. 9, c. 3, legge n. 40/2004*. Si assiste, così, ad un'evoluzione del diritto di famiglia verso una concezione della genitorialità che si fonda sull'elemento affettivo e della responsabilità, sempre più sganciata dal dato biologico.

³⁹² La letteratura sul tema è copiosa, tra i lavori monografici più recenti, M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna 2007; F. BILOTTA (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario, comparato*, Mimesis edizioni, Milano-Udine 2008; M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Mimesis edizioni, Milano-Udine, 2010.

³⁹³ Legge 20 maggio 2016, n. 76 sulla "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", GU n. 118 del 21-5-2016, entrata in vigore il 5 giugno 2016.

inizio nelle aule dei tribunali³⁹⁴: il giudice assume un ruolo fondamentale nella estensione delle situazioni meritevoli di tutela giuridica in ambito familiare.

Un incisivo stimolo ad intervenire per il Parlamento italiano è venuto proprio da quella “morsa a tenaglia” tra Corte costituzionale e Corte edu, volta al riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali: il giudice dei diritti umani³⁹⁵, nonostante il *self restraint* dimostrato circa il profilo dell’estensione a tali coppie dell’istituto matrimoniale, non ha esitato, nel noto caso *Oliari*, a condannare l’Italia per l’inerzia del legislatore nel regolamentare tali unioni.

La “concorrenza”³⁹⁶ tra le due Corti, in questo ambito, ha indubbiamente favorito una convergenza verso uno standard di garanzia più elevato, nel segno di un generale rafforzamento della protezione dei diritti fondamentali.

Corte costituzionale e Corte edu sono pervenute a conclusioni analoghe³⁹⁷ dal punto di vista della tutela sostanziale, anche se ciascuna per la propria strada e con elementi di specificità che affronteremo.

Il diritto di famiglia, tradizionalmente considerato un “grimaldello” della sovranità nazionale, è stato fortemente inciso dalla giurisprudenza di Strasburgo: la Corte dei diritti umani ha progressivamente ampliato le maglie dell’art. 8 Cedu, ricomprendendo nella nozione di “vita familiare” non soltanto la coppia legata dal vincolo coniugale, ma anche

³⁹⁴ Cfr. in tal senso S. NINATTI e L. VIOLINI, *Nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 aprile 2012; in tal senso anche K. BOELE-WOELKI, (ed.), *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerp, Intersentia, 2009, pg. 405-406. In particolare l’A. sottolinea come «*the Courts often decide that the legislature should take action because the current law violates international obligations or because it does not provide answers to new developments in society. This can be demonstrated in the field of the recognition of same-sex relationships (...) The Courts paved the way for legal reform and, as a result, in the last twenty years or so more and more national legislatures have adopted legislation which is aimed at providing a legal status for same-sex couples*».

³⁹⁵ Mette in evidenza che il diritto di famiglia, un tempo riservato al legislatore nazionale, risente oggi dell’influsso di ordinamenti esterni S. NINATTI, *Ai confini dell’identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino, 2012; V. SCALISI, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, in *Rivista di diritto civile*, 2013, pg. 7 ss.; S. PATTI, *Il principio famiglia e il diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, Milano, 2011, pg. 71 ss.; M. G. CUBEDDU, *La dimensione europea della famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, cit., pg. 8 ss.; A. GORGONI, *Famiglie e matrimonio: profili evolutivi nel diritto europeo*, in *Persona e mercato*, 2013, pg. 241 ss.

³⁹⁶ Tra i numerosi contributi sul tema, cfr. B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010; S. ASPREA, *La famiglia di fatto*, Milano, 2009; B. ANTOCI, *Famiglie e convivenze*, Catania, 2013; B. PEZZINI, *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008; F. BILOTTA, *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato, op.cit.*, Milano-Udine, 2008. A. RUGGERI, *Il diritto al matrimonio e l’idea costituzionale di “famiglia”*, in *Nuove autonomie*, 2012, pg. 1 ss.

³⁹⁷ In tal senso cfr. anche F. DONATI, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte edu e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di G. Tesaurò*, 2014, pg. 209.

relazioni affettive di fatto, dapprima eterosessuali *more uxorio*, connotate da caratteri di stabilità (desumibili dall'esistenza di figli o dalla durata della convivenza) e, successivamente, anche le unioni omoaffettive che mostrassero gli stessi elementi distintivi. La giurisprudenza convenzionale ha indubbiamente stimolato il progressivo superamento della endiadi matrimonio-vita familiare, in linea con la stessa Carta dei diritti U.e. là dove, all'art. 9, distingue il diritto di sposarsi dal diritto di formare una famiglia, posizioni non coincidenti e suscettibili di autonoma garanzia.

La Corte costituzionale, a sua volta, pur affermando che l'art. 29 Cost. riconosce il diritto al matrimonio soltanto alla coppia uomo-donna, ha evidenziato che anche l'unione omosessuale rientra tra le formazioni sociali riconosciute e garantite dall'art. 2 Cost., fermo restando che «spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni»³⁹⁸. Il Giudice delle Leggi è poi tornato sul tema con la sentenza n. 170 del 2014, concernente il “divorzio automatico” a seguito della rettificazione di sesso di uno dei coniugi: se nel 2010 si invitava velatamente il legislatore, nell'ambito di una pronuncia di rigetto, a disciplinare i rapporti familiari tra unioni omoaffettive, nel 2014 i giudici della Consulta vanno oltre, adottando un dispositivo di accoglimento additivo che aggiunge un tassello importante nel processo evolutivo del paradigma familiare. In questo caso la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della disciplina censurata, nella parte in cui non prevede l'accesso ad una qualche forma di “convivenza registrata” in caso di sopravvenuto cambiamento di sesso di uno dei coniugi, principio che vincolerà il legislatore nella futura attività normativa ma, al contempo, dovrà orientare i giudici nel decidere il caso concreto, in attesa di una disciplina legislativa della materia³⁹⁹. Il problematico “seguito” della sentenza, come vedremo, contribuisce a creare nell'ordinamento interno un'ulteriore frammentazione del paradigma familiare tradizionale⁴⁰⁰, tanto che autorevole dottrina non esita a parlare di una «famiglia in frantumi»⁴⁰¹.

³⁹⁸ Cfr. Corte cost., n. 138/2010 e i contributi contenuti in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. PEZZINI – A. LORENZETTI, Napoli, 2011. Ivi emergono prospettive divergenti: una parte della dottrina ritiene che la Corte costituzionale abbia riconosciuto l'assenza di ostacoli all'introduzione del matrimonio omosessuale da parte del legislatore ordinario, altra parte invece sostiene che sia la Costituzione ad imporre il modello eterosessuale per accedere al matrimonio.

³⁹⁹ Sulla efficacia delle sentenze additive di principio cfr. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, pg. 403; E. CHELI – F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, pg. 155 ss.

⁴⁰⁰ Cfr. F. DONATI, *La famiglia nella legalità costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, pg. 7 ss. Cfr. anche A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del*

Prima di esaminare questi significativi interventi del giudice costituzionale e della Corte edu, è opportuna una breve disamina del dato costituzionale posto a tutela della cd. “famiglia tradizionale”.

Il diritto di costituire una famiglia trova fondamento nella clausola generale dell’art. 2 Cost. ed, ancor più esplicitamente, nell’art. 29 Cost. che, come noto, «riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul *matrimonio*».

In Assemblea Costituente il dibattito sull’istituto matrimoniale fu molto acceso⁴⁰² a causa delle divergenti impostazioni culturali ed ideologiche esistenti: si fronteggiavano, da un lato, i fautori del principio dell’indissolubilità e, dall’altro, coloro che sostenevano la concezione del matrimonio come atto fondato sul consenso e sulla perdurante *affectio*. Nei rapporti interni fra coniugi c’era chi sosteneva l’importanza del principio gerarchico, a garanzia dell’unità familiare⁴⁰³, e chi, invece, proclamava il principio di eguaglianza a fondamento dell’istituto matrimoniale.

La soluzione scelta dai Costituenti è stata di compromesso: scomparso ogni riferimento all’indissolubilità del matrimonio⁴⁰⁴, si decideva di lasciare al legislatore l’eventuale disciplina dello scioglimento del vincolo; proclamata l’eguaglianza morale e giuridica fra coniugi nell’art. 29 Cost., si riconosceva al *conditor iuris* il potere di introdurre dei limiti a tutela dell’unità familiare.

Ma cosa si intese dire con la formula «famiglia come società naturale»?

L’espressione, proposta dall’On. Togliatti⁴⁰⁵, frutto di un «accordo preciso»⁴⁰⁶, era diretta ad evidenziare la preesistenza della famiglia rispetto allo Stato.

2014), in *Consultaonline*, 13 giugno 2014: l’Autore parla, a tal proposito, delle unioni dei coniugi caratterizzate da una sopravvenuta rettifica di sesso come di «una speciale (o specialissima) formazione sociale che potremmo chiamare “quasi familiare” (o “familiare” minus quam perfecta».

⁴⁰¹ F. D. BUSNELLI, *Prefazione* al volume *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell’Unione Europea*, a cura di D. AMRAM – A. ANGELO, Padova, Cedam, 2011, pg. 9.

⁴⁰² Cfr. in tal senso F. DONATI, *La famiglia nella legalità costituzionale*, op. cit., pg. 8.

⁴⁰³ Tra questi anche una delle menti più illuminate, lo stesso Pietro Calamandrei che, in Assemblea Costituente, sollevò obiezioni al riconoscimento dell’eguaglianza, affermando che «la disuguaglianza giuridica dei coniugi nella famiglia è un’esigenza di quella unità della famiglia, di questa società che, per poter vivere, ha bisogno di essere rappresentata e diretta da un sola persona». Che cosa avverrebbe «di queste norme del codice, che riassumono la sapienza e l’esperienza dei secoli (...) se accettassimo in pieno l’assoluta parificazione dei diritti dei coniugi? Evidentemente queste norme verrebbero meno. Crollerebbero i cardini della famiglia», cfr. P. CALAMANDREI, *Atti dell’Assemblea Costituente. Commissione per la Costituzione*, II, Relazioni e proposte, pg. 2981.

⁴⁰⁴ Il riferimento all’indissolubilità del matrimonio era contenuto nel Progetto di Costituzione della Commissione dei 75: l’art. 24 del Progetto di Costituzione, presentato alla Presidenza dell’Assemblea Costituente il 31 gennaio 1947, disponeva che «Il matrimonio è basato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. La legge ne regola la condizione al fine di garantire l’indissolubilità del matrimonio e l’unità della famiglia».

⁴⁰⁵ In accordo con gli On. Iotti e Corsanego, cfr. Assemblea Costituente, I Sottocommissione, 5 novembre 1946.

In antitesi al passato fascista, l'intento dei Costituenti era quello di garantire l'autonomia originaria della famiglia fondata sul matrimonio e circoscrivere, così, i poteri del legislatore⁴⁰⁷ in punto di regolazione giuridica⁴⁰⁸; per questo il dibattito in Assemblea Costituente non toccò affatto il paradigma eterosessuale del matrimonio.

L'espressione "società naturale"⁴⁰⁹, per la maggior parte dei Costituenti, non assumeva un significato giusnaturalistico, intendeva, piuttosto, riferirsi ad un bisogno primario, relazionale della persona ed individuare, così, nella famiglia la prima formazione sociale, il primo degli ordinamenti giuridici autonomi e preesistenti ai pubblici poteri, aperto all'evoluzione ed al dinamismo della società⁴¹⁰.

Come la stessa Corte costituzionale riconosce, nella sentenza n. 138/2010, «con tale espressione, come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere»⁴¹¹, in modo da limitare la competenza legislativa rispetto all'originaria autonomia dell'istituto familiare⁴¹².

"Naturale"⁴¹³ in quanto appartiene ai bisogni umani fondamentali, legati alla socialità dell'uomo, alla sua affettività e al suo bisogno di riservatezza.

⁴⁰⁶ In tal senso cfr. A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010.

⁴⁰⁷ C. MORTATI, *Ass. Costituente*, CII, 23 aprile 1947.

⁴⁰⁸ Come afferma anche P. VERONESI, *Matrimonio omosessuale, ovvero: "è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose"*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, *op.cit.*, pg. 414.

⁴⁰⁹ Merita ricordare che nei lavori della Costituente Piero Calamandrei osservò una contraddizione tra la formula "società naturale" e "fondata sul matrimonio": rappresenterebbe una sorta di ingenuità l'accostamento di una società naturale che richiama il diritto naturale al fondamento matrimoniale, istituto di diritto positivo. P. CALAMANDREI, *Ass. Costituente*, CII, seduta del 23 aprile 1947.

⁴¹⁰ Evidenzia il carattere contraddittorio di questa disposizione R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium juris*, 2000, pg. 1068 ss.

⁴¹¹ Corte cost., n. 138/2010, punto 9.

⁴¹² Come è ben dimostrato da P. VERONESI, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, pg. 579-583. Per una ricostruzione analitica dei lavori in Assemblea Costituente sul punto vedi ora V. CAPORRELLA, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'art. 29 e il dibattito della Costituente*, in www.storicamente.org, all'interno del dossier «Fare e disfare famiglia».

⁴¹³ In dottrina sono state molteplici le ricostruzioni interpretative dell'art. 29 Cost., due in particolare si sono contrapposte: la lettura, da tempo avanzata da giuristi di orientamento cattolico, giusnaturalistica di tale disposizione, che evidenzia il carattere pregiudiziale della famiglia (società "naturale") intesa come formazione sociale immutabile, monogamica, eterosessuale, potenzialmente aperta alla procreazione, secondo le tradizioni culturali e la coscienza comune. In tal senso cfr., tra gli altri, C. GRASSETTI, *voce Famiglia (diritto privato)*, in *Nss.D.I.*, VII, 1961, pg. 50 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, pg. 333 e G. LOMBARDI, *La famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Iustitia*, 1965, pg. 3 ss. L'altra lettura, invece, si fonda su un'interpretazione di tipo storicistico dell'art. 29 Cost. secondo la quale l'aggettivo "naturale" si riferirebbe al carattere primario, essenziale di tale formazione sociale per l'uomo, inteso come essere "sociale" e relazionale. In questa diversa prospettiva la nozione di famiglia è destinata a mutare con l'evoluzione della società, assumendo connotati continuamente mutevoli. L'art. 29 Cost. sarebbe una disposizione "neutrale", contenente un rinvio alla concezione di famiglia caratterizzante un dato momento storico, nella disponibilità del legislatore: in tal senso cfr. F. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv.dir.civ.*, 1963, I, pg. 223 ss., P. BARCELLONA, *voce Famiglia (dir.civ.)*, in *Enc.dir.*, XVI, 1967, pg. 780 ss., S. RODOTÀ, *La*

Alla “famiglia tradizionale”⁴¹⁴, fondata sul paradigma eterosessuale del matrimonio, primo esempio di «formazione sociale» di cui l’art. 2 Cost. garantisce e riconosce l’esistenza, si affiancheranno progressivamente, come vedremo, anche le unioni di fatto, etero ed omosessuali, prive di fondamento matrimoniale, grazie all’attivismo ermeneutico della giurisprudenza costituzionale e convenzionale.

La disciplina giuridica della famiglia ha subito profonde trasformazioni nel tempo e questo flusso evolutivo non sembra arrestarsi: è oggi in discussione, se non già superata, nelle aule parlamentari di molti Stati, la stessa affermazione di Jemolo secondo cui «l’unico presupposto veramente costante del matrimonio sta nella diversità di sesso tra le persone che contraggono il vincolo»⁴¹⁵.

Se l’esigenza di tutelare la persona che decide di creare una stabile e duratura relazione con un altro soggetto, a prescindere dal sesso, è stimata giuridicamente meritevole proprio in forza del “diritto fondamentale a costituire una famiglia”, l’istituto del matrimonio rappresenta oggi una delle possibili modalità di tutela dei diritti fondamentali dell’individuo nell’ambito della formazione familiare (alternativa a *Pacs* e *civil partnership*).

Come dimostra il diritto comparato, nel panorama europeo è rimessa alla piena discrezionalità del legislatore la scelta della soluzione più adeguata a disciplinare relazioni familiari tra persone dello stesso o di diverso sesso, nel rispetto dell’inderogabile divieto di discriminazioni irragionevoli: su quarantasette Paesi membri del Consiglio d’Europa, ad oggi, ventiquattro hanno già adottato una specifica legislazione che riconosce

riforma del diritto di famiglia alla prova, Principi ispiratori e ipotesi sistematiche, in *Pol. dir.*, 1975, pg. 677 che definisce quello familiare un “non modello”, nonché, più di recente, tra i costituzionalisti, A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010 e P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, *op. cit.*, pg. 577 ss. Secondo una posizione intermedia rispetto alle precedenti si riconosce la storicità e mutevolezza della nozione costituzionale di famiglia, ma si afferma l’esistenza di un “nucleo duro” della stessa, di cui il legislatore ordinario non potrebbe liberamente disporre, consistente nella diversità di sesso tra i coniugi: cfr., tra gli altri, F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, spec. pg. 520 ss., A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, pg. 751 ss., V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, pg. 101 ss. e F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, pg. 275 ss.

⁴¹⁴ A proposito del modello costituzionale di famiglia e della sua evoluzione cfr., fra gli altri, C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951, pg. 553 ss.; M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, su art. 29-31 Cost., Bologna-Roma, 1976, pg. 1 ss.; R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989; G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell’ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, I, pg. 481 ss.; A. MORRONE, *sub art. 2*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. SESTA, I, Giuffrè, Milano 2009, pg. 34 ss.; M. SESTA, *sub art. 29, 30, 31 Cost.*, in *Codice della famiglia*, *op.cit.*; M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2010.

⁴¹⁵ Come ci ricorda F. D. BUSNELLI, *Prefazione al Volume La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell’Unione europea*, a cura di D. AMRAM-A. ANGELO, Padova, Cedam, 2011, pg. 9 ss.

giuridicamente l'unione omosessuale come un matrimonio civile⁴¹⁶, o come una forma di unione civile, o come unione registrata⁴¹⁷.

La prospettiva comparata assume particolare rilievo anche in questo ambito poiché, come vedremo, influisce sul giudizio di Strasburgo in ordine alla violazione del diritto convenzionale, costantemente parametrato al “*consensus*” normativo raggiunto tra gli Stati.

3.2. La Consulta interpreta evolutivamente l'art. 2 Cost. ma resta ancorata ad un'interpretazione “originalista” dell'art. 29 Cost.

Nell'ambito della “questione matrimoniale” fra persone dello stesso sesso riemerge il “filo rosso” della presente analisi: il contrastato rapporto tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale di fronte a questioni sensibili, il fisiologico attivismo dei giudici dinanzi all'inerzia del legislatore e le ripercussioni di questi temi sulla coerenza metodologica degli arresti giurisprudenziali.

A differenza di quanto osservato nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, le decisioni della Corte costituzionale e del giudice di Strasburgo in tema di riconoscimento di coppie omoaffettive si collocano prima dell'intervento del legislatore, prima che questi, assumendosene la responsabilità politica, abbia individuato il necessario bilanciamento tra i differenti valori costituzionali coinvolti⁴¹⁸. Si tratta di una considerazione di non secondario momento che ha inciso sulle tecniche di giudizio impiegate: l'attivismo delle due Corti, in questo ambito, si muove sul piano dell'interpretazione e non attraverso il sindacato di ragionevolezza.

⁴¹⁶ Di recente la Francia, con legge n. 2013-404 del 17 maggio 2013, ha introdotto la facoltà per le coppie dello stesso sesso di contrarre il matrimonio. Ciò ha, inoltre, comportato l'apertura dell'adozione (sia congiunta sia da parte di uno dei coniugi del figlio dell'altro) a queste stesse coppie, in quanto per adottare è necessario essere coniugati.

⁴¹⁷ Ben otto Stati quali Belgio, Francia, Islanda, Olanda, Norvegia, Portogallo, Spagna e Svezia contemplano il matrimonio tra persone dello stesso sesso, mentre dodici Stati (Andorra, Austria, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Germania, Irlanda, Liechtenstein, Lussemburgo, Ungheria, Slovenia, Svizzera) disciplinano comunque le unioni civili come forme di riconoscimento della coppia diverse dal matrimonio.

⁴¹⁸ Cfr. in tal senso R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, pg. 1367 il quale ricorda gli interventi “anticipatori” della Corte in materia di interruzione volontaria della gravidanza e della legge sui transessuali, affermando che ben diversa sarebbe potuta essere la posizione della Consulta nel caso di specie qualora, al pari delle corti spagnola o portoghese, fosse stata chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità di una legge che avesse previsto il matrimonio per le coppie omosessuali.

Il Giudice delle Leggi interviene per primo sul tema del matrimonio omosessuale⁴¹⁹ con la sentenza n. 138/2010⁴²⁰: oggetto della questione è quel “diritto vivente” che esclude le persone dello stesso sesso dall’istituto matrimoniale⁴²¹.

Analogamente a quanto osservato per la diagnosi pre-impianto, il nostro ordinamento giuridico non contempla un divieto espresso di accesso al matrimonio per le coppie omosessuali, ma la Corte costituzionale, in linea con la prospettiva dei giudici rimettenti, ritiene che «l’intera disciplina dell’istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi», ed esclude, così, una declaratoria di manifesta inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice⁴²².

⁴¹⁹ La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata, dapprima, dal Tribunale di Venezia in sede di ricorso contro il rifiuto opposto dall’ufficiale di stato civile alle pubblicazioni di matrimonio richieste da due uomini, con l’ordinanza del 3 aprile 2009 (registro ordinanze della Corte costituzionale n. 177/2009, pubblicata in Gazz. uff. 1/7/2009, n. 26); successivamente interviene l’ordinanza del 9 luglio 2009 della Corte d’Appello di Trento, in sede di reclamo contro il decreto del Tribunale che aveva respinto il ricorso contro il rifiuto di pubblicazioni (reg. ord. 248/2009, pubblicata in Gazz. uff. 14/10/2009, n. 41).

⁴²⁰ A commento di Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, cfr., tra gli altri, F. CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 maggio 2010; P. A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quaderni costituzionali*, n.2/2010, pg. 361 ss.; E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Rivista AIC*, 2.07.2010; M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all’interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 aprile 2010; L. D’ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio “nun s’ha da fare”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 aprile 2010; F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, pg. 1369; I. MASSA PINTO-C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio” ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in www.dircost.unito.it; A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, n. 3/2010, pg. 2715 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010; R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, pg. 1367, Id., *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Rivista AIC*, 2.07.2010; C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il “non s’ha da fare” dell’art. 29 ed il “si può fare” dell’art. 2 della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010 e S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un’opinione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 aprile 2010.

⁴²¹ Nello specifico la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis c.c. «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso». Per un’ampia trattazione “preventiva” dei molteplici profili costituzionali coinvolti dalla questione di costituzionalità si vedano gli atti del seminario di Ferrara “Amicus curiae” del 26 febbraio 2010, raccolti nel volume R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010.

⁴²² Saluta con favore il mancato ricorso all’interpretazione conforme nel caso di specie R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, *op.cit.*, secondo il quale «La questione di costituzionalità relativa alla esclusione dal matrimonio per le persone dello stesso sesso poneva, come detto, ad oggetto un diritto vivente e comunque una normativa tutt’altro che chiara, tale da sconsigliare, in una materia tanto delicata, il ricorso all’interpretazione conforme, la quale avrebbe con ogni probabilità dato luogo, almeno in una prima fase, a soluzioni contrapposte da parte delle differenti autorità giudiziarie». Nello

La Corte costituzionale adotta un dispositivo “composito”, di inammissibilità per quanto attiene agli art. 2 e 117, comma 1, Cost. e di infondatezza, invece, per ciò che concerne gli art. 3 e 29 Cost.

Questa tecnica decisionale non è “neutra”: consente alla Corte di prendere una posizione incisiva e «non scontata»⁴²³ sul tema del matrimonio omosessuale e sul necessario riconoscimento giuridico delle coppie omoaffettive.

La decisione di inammissibilità ha ad oggetto una questione “creata” dalla Consulta⁴²⁴ per verificare la compatibilità con l’art. 2 Cost. della mancanza di una disciplina legislativa che regoli la coppia omosessuale e tuteli il suo diritto ad una vita familiare.

Detta “creazione” serve alla Corte per introdurre importanti affermazioni di principio: l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, rientra tra le formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost., «cui spetta il *diritto fondamentale* di vivere liberamente una condizione *di coppia*, ottenendone, nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

Tale affermazione, se non sembra lasciare dubbi circa l’*an* del riconoscimento alla coppia omosessuale del diritto al rispetto della propria vita familiare, può suscitare perplessità là dove accosta all’esistenza di un *diritto fondamentale* un atteggiamento blando nei riguardi del legislatore, affinché intervenga “nei suoi tempi” a riconoscere e rendere fruibile la posizione soggettiva enucleata. Emerge una prima discrasia nel percorso argomentativo: l’assoluta discrezionalità nei tempi di intervento mal si attaglia con la inviolabilità dei diritti tutelati dall’art. 2 Cost., poiché rischia di tradursi in un rinvio *ad libitum* della loro garanzia.

La Corte esclude, comunque, la sussistenza di margini per un proprio intervento additivo, in mancanza delle “rime obbligate” di crisafulliana memoria, e conclude per l’inammissibilità della questione *ex art. 2 Cost.*: l’estensione dell’istituto matrimoniale alle coppie omoaffettive non è l’unica via percorribile per garantire loro un riconoscimento giuridico, come dimostra anche il dato comparato e l’eterogeneità delle soluzioni adottate nel panorama europeo, invocate dalla Corte a sostegno del *decisum*.

stesso senso v. R. PINARDI, *Matrimonio, coppie omosessuali, principio di uguaglianza: per una lettura contestualizzata dell’art. 29, comma 1, Cost.*, in *La “società naturale”, op.cit.*, pg. 299; A. PUGIOTTO, *L’altra faccia dell’eguaglianza (e dell’amore)*, *ivi*, pg. 307; P. VERONESI, *Matrimonio omosessuale ovvero: “è sorprendente per quanto tempo si può negare l’evidenza, di fronte a certe cose”, ivi*, pg. 411.

⁴²³ R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”, op.cit.*

⁴²⁴ R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011, pg. 5 ss.

I giudici costituzionali riservano, quindi, al legislatore la scelta del *quando* e del *quommodo* in ordine al riconoscimento delle unioni omosessuali, senza per il momento escludere dalle opzioni esperibili la possibilità di estendere loro l'istituto matrimoniale⁴²⁵.

Tale affermazione viene, tuttavia, smentita nel successivo *iter* argomentativo concernente l'infondatezza della questione *ex art. 29 e 3 Cost.*, ove viene ridimensionata in modo incisivo la discrezionalità legislativa in precedenza proclamata.

Per verificare la ragionevolezza dell'esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio, la Corte prende le mosse dall'art. 29 Cost. e non dalla disciplina generale dell'art. 3 Cost., ritenendo pregiudiziale la definizione dell'*istituto* nell'ordinamento costituzionale e prediligendo un criterio di specialità rispetto al più generale principio di dignità umana e di uguaglianza.

Dapprima la Corte riconosce che i concetti di famiglia e di matrimonio hanno la duttilità propria dei principi costituzionali e la nozione di matrimonio *ex art. 29 Cost.* non è "cristallizzata" all'epoca dell'entrata in vigore della Carta⁴²⁶; tuttavia, nel proseguo dell'*iter* argomentativo, la Corte riconduce tale nozione a quel nucleo essenziale desumibile dalla volontà originaria dei Costituenti.

Il matrimonio *ex art. 29 Cost.* non può ricomprendere le unioni di persone dello stesso sesso in quanto l'omosessualità, pur conosciuta dai Costituenti, fu estranea al dibattito svoltosi in Assemblea e la questione del matrimonio omosessuale rimase fuori dall'immaginario degli estensori della Carta.

Dopo aver evidenziato la duttilità dei principi costituzionali, in un'apparente inclinazione favorevole ad un'interpretazione evolutiva, i giudici pongono immediatamente un limite invalicabile a tale apertura: il limite dell'interpretazione "originalista"⁴²⁷, non potendo l'attività ermeneutica incidere «sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da

⁴²⁵ In tal senso cfr. anche R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, *op.cit.*, pg. 3 ss. e A. RUGGERI, *"Famiglie" omosessuali*, *op.cit.*, pg. 8, parla di «una disciplina costituzionalmente obbligatoria ma non a contenuto costituzionalmente vincolato».

⁴²⁶ Dovendo essere interpretata «tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi».

⁴²⁷ Sull'uso dell'argomento "originalista" nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di diritti fondamentali cfr. C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007, in *Quaderni del "gruppo di Pisa"*, Torino, Giappichelli, 2008 e in *Archivio di diritto e storia costituzionali*, sezione Frammenti di un Dizionario per il Giurista, consultabile in www.dircost.unito.it.

includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»⁴²⁸.

La Corte Costituzionale non esita ad individuare il perno dell'art. 29 Cost., il nucleo qualificante dell'istituto matrimoniale - il cui mutamento porterebbe ad una trasformazione, tale da non potersi più parlare di "matrimonio" ai sensi dell'art. 29 Cost. - nel paradigma eterosessuale, nella differenza di sesso dei coniugi, ed è per questo che, come vedremo, le unioni omosessuali non saranno considerate «omogenee» al matrimonio. Dal punto di vista delle tecniche di giudizio, la Consulta individua nel criterio ermeneutico dell'*original intent*⁴²⁹ dei Costituenti il limite oltre il quale il canone dell'interpretazione evolutiva non può spingersi.

La posizione assunta non è neutra: l'interpretazione "originalista" consente di individuare il nucleo dell'art. 29 Cost. in ciò che i Costituenti avevano in mente quando scrissero la norma, nucleo originale che non può essere inciso né dall'interprete né dal legislatore ordinario, nonostante l'asserita duttilità dei principi costituzionali.

«Questo *significato* del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione *creativa*» che finirebbe con l'attribuire al principio costituzionale un significato nemmeno preso in considerazione al momento della sua formulazione⁴³⁰.

⁴²⁸ Si soffermano sul punto I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, op.cit., pg. 6 ss.

⁴²⁹ Per una visione complessiva del problema nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, cfr. F. GIUFFRÈ – I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, in particolare L. PESOLE, *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, ivi, pg. 140 ss. e G. GALIPÒ, *Convivenze di fatto ed original intent del Costituente nella giurisprudenza costituzionale*, ivi, pg. 343 ss.

⁴³⁰ A sostegno della *voluntas* del Costituente, la Corte richiama anche il principio di eguaglianza morale e giuridica fra "coniugi" (ex art. 29, c. 2, Cost.) da intendersi in riferimento alla specifica posizione della donna nel coniugio. Occorre, tuttavia, rilevare che dinanzi ad una terminologia neutra ("coniugi"), come quella prevista in Costituzione, il dato letterale non osta ad un'interpretazione evolutiva tesa a garantire il principio di pari dignità all'interno della coppia, etero come omosessuale. In tal senso anche R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, op.cit., pg. 8 ss.; M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, op.cit.; B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, op.cit., pg. 18; C. FUSARO, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, R. BIN, G. BRUNELLI A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), Torino, 2010, pg. 169; P. VERONESI, *Matrimonio omosessuale ovvero: "è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose"*, op.cit., pg. 418. In senso favorevole all'affermazione della Corte v. invece F. ANGELINI, *I "compromessi sposi": la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in *Rivista AIC*, 2.07.2010.

La “creatività” dell’operazione ermeneutica non viene parametrata al disposto letterale impiegato dai Costituenti, bensì al significato desunto dalla loro intenzione originaria⁴³¹, ricostruita secondo il criterio storico della concezione di matrimonio prevista dal codice civile del 1942. Tale impostazione metodologica, tuttavia, pone dei problemi di compatibilità rispetto alle caratteristiche proprie dell’interpretazione evolutiva, idonea a proporre «significati già racchiusi o, comunque sia, *proponibili* per i testi costituzionali, prescegliendo quei significati i quali, *pur inimmaginabili al tempo della enunciazione dei testi*, si presentano come *possibilità future* rispetto al tempo in cui fu enunciato il testo, ma presenti al tempo dell’applicazione»⁴³².

Dal punto di vista della teoria generale, l’interpretazione secondo la *voluntas* storica del legislatore costituisce un criterio ermeneutico sussidiario nell’interpretazione del testo, onde evitare una cristallizzazione del diritto al momento della sua approvazione e consentire una lettura evolutiva, soprattutto nei settori più sensibili ai mutamenti della società civile.

Dinanzi ad un testo costituzionale il discorso è solo parzialmente diverso⁴³³: l’interpretazione originalista⁴³⁴ può risultare maggiormente giustificata dal fatto che la Costituzione nasce “per durare nel tempo”, ma questo stesso motivo dovrebbe spingere

⁴³¹ Ben diverso è stato l’esito cui è giunto, in una coeva decisione, il Tribunale costituzionale portoghese sul medesimo *thema decidendum*: «sebbene possa ritenersi che il matrimonio postulato dalla Costituzione, tenendo conto della realtà sociale e del contesto giuridico in cui è stata prodotta, fosse il matrimonio tra due persone di sesso diverso, può comunque concludersi con certezza che essa non contiene alcuna opzione che impedisca lo sviluppo dell’istituzione (...) attribuendo al legislatore (...) l’onere di mantenere la necessaria connessione tra il diritto e la realtà sociale e che la nozione di matrimonio è un concetto aperto, che ammette, non solo diverse conformazioni da parte del legislatore, ma anche diverse concezioni politiche, etiche o sociali, essendo affidato al legislatore ordinario il compito di cogliere e di trasfondere nell’ordinamento giuridico, in ogni momento storico, ciò che, in quel determinato momento, corrisponde alle concezioni dominanti». Cfr. Tribunal Constitucional de Portugal, 8 aprile 2010, n. 121/2010, in *Foro it.*, 2010, IV, pg. 272 ss., con osservazioni di P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*.

⁴³² F. MODUGNO, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, pg. 217.

⁴³³ In tal senso cfr. R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, *op.cit.*, pg. 5 ss. Anche C. PINELLI, *La nota del consiglio episcopale permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, in *Rivista AIC*, maggio 2007, rileva che «in presenza di mutamenti così drastici delle forme di convivenza come quelli che possiamo oggi registrare, un esclusivo ancoraggio dell’interprete all’intento dei Costituenti porterebbe a relegare nella sfera del giuridicamente irrilevante ogni forma di convivenza diversa dalla famiglia legittima. In tal caso, non solo sarebbero compromessi i diritti inviolabili dei conviventi di fatto e la loro pari dignità sociale, ma la realtà si vendicherebbe in un modo o nell’altro della pretesa di ignorarla, con la creazione di un circuito informale di rapporti sociali che farebbe cadere in desuetudine un intero capitolo del nostro diritto costituzionale. Pochissimi, credo, vorrebbero incamminarsi consapevolmente su una strada così disastrosa per la nostra convivenza».

⁴³⁴ Nell’ambito della tutela dei diritti fondamentali, la contrapposizione tra realisti e originalisti si ricollega alla diversa interpretazione dell’art. 2 Cost., come contenente un catalogo di diritti “aperto” oppure “chiuso” e ad una concezione “espansiva o totalizzante” oppure “recessiva o tollerante” della Costituzione, la quale ultima presuppone l’esistenza di uno “spazio residuo” che dovrà essere riempito da norme integrative non predeterminate da quelle esistenti e lasciate alla libera scelta democratica.

verso letture evolutive, soprattutto nell'ambito dei diritti e delle libertà, considerata anche la complessità del procedimento di revisione costituzionale.

Il criterio dell'*original intent*, nell'ambito della tutela dei diritti, è generalmente impiegato nella giurisprudenza costituzionale come criterio ausiliario, integrativo, tale da riconoscere al legislatore la libera scelta su tutto ciò che non si sia ritenuto di inserire nel testo costituzionale.

In tale prospettiva, la Corte ricorre all'argomento originalista non per imporre la volontà dei Costituenti, bensì per tracciare un perimetro oltre il quale l'organo rappresentativo può procedere liberamente per dar seguito alle istanze della società civile: ciò che la Costituzione non ha scritto non è vietato né imposto ma rimesso alla rappresentanza politica⁴³⁵.

Nella sentenza in esame, invece, l'impostazione assunta dal giudice costituzionale è diametralmente opposta: il fatto che la condizione omosessuale fosse conosciuta nel periodo in cui si svolse il dibattito in Assemblea e, tuttavia, non presa in considerazione, sarebbe motivo idoneo e sufficiente ad escludere che l'art. 29 Cost. *consenta* il matrimonio omosessuale.

La Corte adduce un ulteriore argomento a sostegno del paradigma eterosessuale: «la (potenziale) finalità procreativa del matrimonio», profilo che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale e ad escludere l'omogeneità fra le due fattispecie⁴³⁶.

Tale assunto, tuttavia, determina ulteriori profili problematici considerato che, nel nostro ordinamento giuridico, la finalità procreativa non è più considerata un elemento indefettibile di validità dell'istituto coniugale⁴³⁷: a titolo esemplificativo si può addurre il matrimonio fra persone sterili, o, ancora, fra il soggetto che abbia rettificato il proprio sesso e persona di genere diverso solo anagraficamente, tutti matrimoni che non hanno “potenzialmente” finalità procreativa, eppure sono validi ed efficaci⁴³⁸.

⁴³⁵ Si tratta della «concezione recessiva, tollerante o temperata di Costituzione» come affermano I. MASSA PINTO e C. TRIPODINA, *Sul come per la corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio» ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010, op.cit.*, pg. 8.

⁴³⁶ Corte cost., n. 138/2010: «Non è casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale» (Considerato in diritto, punto 9).

⁴³⁷ A corroborare la debolezza dell'argomento procreativo si può ricordare la stessa giurisprudenza costituzionale, Corte cost., n. 161/1985 che ha ritenuto arbitrario attribuire «alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza stessa di tale matrimonio».

⁴³⁸ A dimostrazione del carattere non ontologico del fine procreativo si può ricordare che la stessa impotenza, in passato causa di nullità del matrimonio, oggi non lo è più, salvo che sia oggetto di errore.

La stessa giurisprudenza di Strasburgo ha riconosciuto che l'incapacità per una coppia di concepire o di allevare un figlio non può di per sé privarla dell'accesso al matrimonio, scindendo tale diritto da quello di formare una famiglia⁴³⁹.

Il paradigma eterosessuale, strenuamente difeso attraverso lo strumento ermeneutico, e la «(potenziale) finalità procreativa» consentono alla Corte di escludere perentoriamente l'omogeneità tra unioni omosessuali e matrimonio.

Constatata l'incomparabilità, è gioco facile respingere la violazione del principio di eguaglianza sotto il profilo dell'irragionevole discriminazione e dichiarare infondata la censura relativa all'art. 3 Cost. La strategia argomentativa incentrata sulla disomogeneità presenta per la Corte un indubbio vantaggio: escludendo la comparabilità tra le fattispecie, i giudici costituzionali non devono neppure ricercare un interesse pubblico preminente⁴⁴⁰, idoneo a giustificare – in misura proporzionata e necessaria – la deroga all'eguaglianza di trattamento.

Sul finire della parte motiva, la Corte riserva a se stessa un eventuale intervento a tutela di «specifiche situazioni», quando «sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale» mediante il giudizio di ragionevolezza: con questa contrapposizione (i.e. tra coppia “coniugata” e coppia “omosessuale”) i giudici confermano l'orientamento di fondo che esclude un'omogeneità *strutturale* tra le due fattispecie⁴⁴¹.

Nel rivendicare un proprio intervento la Corte, tuttavia, non indica i parametri da seguire allo scopo di verificare la ragionevolezza del diverso trattamento tra unioni omosessuali e coppie coniugate⁴⁴²: la logica potrebbe essere quella del trattamento differenziato come regola, quindi, la non estensibilità alle coppie omosessuali dei diritti e doveri dei coniugi, con conseguente onere di giustificare l'eventuale estensione o, al contrario, l'impostazione

⁴³⁹ Cfr. Corte edu, Christine Goodwin c. Regno Unito, 11 luglio 2002, ric. n. 28957/95, § 98; come ribadito nel successivo caso *Schalk e Kopf c. Austria*.

⁴⁴⁰ Operazione non facile secondo la ricognizione infruttuosa compiuta da B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, op. cit., pg. 17-18, secondo la quale «gli argomenti che vengono più frequentemente addotti per negare il matrimonio same sex risultano tutti superabili: non costituzionalmente fondati, non proporzionati, inconfidenti».

⁴⁴¹ Il trattamento giuridico delle unioni omosessuali sembra così assimilato a quello delle convivenze *more uxorio* (in tema, cfr. Corte Cost., n. 559/1989, in *Foro it.*, 1990, I, pg. 1465 e Corte cost., n. 404/1988, in *Foro it.*, 1988, I, pg. 2515) ma, a nostro avviso, nel giudizio di ragionevolezza si dovrà tener conto dell'irriducibile differenza tra queste due fattispecie: le persone dello stesso sesso, diversamente dai conviventi di fatto eterosessuali, non hanno la facoltà di scegliere la rinuncia al regime matrimoniale, semplicemente, esse giuridicamente non possono accedervi.

⁴⁴² In tal senso cfr. anche R. ROMBOLI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di cassazione*, in *Il Foro italiano*, 2012, pg. 2754.

che richiede di giustificare la discriminazione in termini di stretta ragionevolezza e proporzionalità.

La giurisprudenza di Strasburgo⁴⁴³, come vedremo, è orientata verso il secondo approccio: tende ad individuare un preciso onere probatorio a carico dell'organo politico in ordine alla sussistenza di stringenti motivi che giustificano un trattamento differenziato⁴⁴⁴.

Da ultimo, la Corte analizza la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., per supposto contrasto con obblighi internazionali (i.e. la Cedu) ed «eurounitari»⁴⁴⁵ (i.e. la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.).

L'art. 12 Cedu⁴⁴⁶ ed, ancor più esplicitamente, l'art. 9 Carta dei diritti dell'U.E., *non vietano né impongono* l'estensione dell'istituto matrimoniale⁴⁴⁷ alle coppie dello stesso sesso, lasciando al legislatore nazionale un'ampia discrezionalità in materia, pertanto, la relativa questione è dichiarata inammissibile.

La Corte costituzionale in questa pronuncia sembra, tuttavia, affermare qualcosa di più stringente rispetto ai parametri sovranazionali, poiché fornisce un'interpretazione dell'art. 29 Cost. tale da *escludere*, in via ermeneutica e legislativa, l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali a Costituzione invariata⁴⁴⁸.

In definitiva, dinanzi ad una questione sensibile come il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, la Corte costituzionale “non ha deciso di non decidere”,

⁴⁴³ Al pari del Tribunale costituzionale tedesco: il riferimento è alla pronuncia del 21 luglio 2010 (BVerfG 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07) che ha ritenuto incostituzionale un trattamento fiscale di favore per le coppie sposate rispetto a quelle omosessuali registrate, rilevando come il diverso trattamento deve fondarsi su motivazioni particolari e non solamente sulla base del compito dello Stato di tutela e difesa del matrimonio.

⁴⁴⁴ In tal senso cfr. Corte edu, 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria, ove si afferma che le differenze di trattamento debbono sempre essere giustificate sulla base di ragioni particolarmente “*imperieuses*”, come sottolinea in dottrina anche R. ROMBOLI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di cassazione*, op. cit.

⁴⁴⁵ Per usare un termine caro a A. RUGGERI, “*Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo corte cost. n. 138 del 2010?*”, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, pg. 6.

⁴⁴⁶ Si ricorda che la Corte costituzionale dichiara l'inammissibilità della questione con riferimento all'art. 117, 1° co., Cost., (art. 12 e 14 Cedu) in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva “non costituzionalmente obbligata”. Tra i parametri invocati anche gli artt. 7 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (diritto a sposarsi ed a costituire una famiglia), 21 (diritto a non essere discriminati) della Carta dei diritti fondamentali dell'U.e.

⁴⁴⁷ Così come si legge anche nelle spiegazioni elaborate sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che aveva redatto la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.

⁴⁴⁸ In questo senso, secondo R. Romboli la Corte costituzionale sembra aver detto “troppo”, cfr. R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, op.cit. Sussiste, quindi, un profilo di frizione tra la lettura restrittiva data alla disposizione costituzionale dalla Consulta e gli art. 9 Carta U.e. e 12 Cedu che non impongono al legislatore di prevedere il matrimonio omosessuale, ma neppure lo escludono. Segnala l'incompatibilità L. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore*, op. cit., pg. 3-4. L'ipotesi acquista maggior spessore all'indomani della sentenza della Corte edu, Schalk e Kopf c. Austria, 24 giugno 2010.

trincerandosi, come avrebbe potuto, dietro ad una pronuncia di mera inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa⁴⁴⁹.

L'attivismo della Consulta consta nell'aver individuato nella differenza di sesso dei nubendi il nucleo irriducibile del matrimonio *ex art. 29 Cost.*, suscettibile di essere modificato soltanto attraverso il procedimento di revisione costituzionale, non nelle forme ordinarie.

Tale interventismo appare ancor più manifesto alla luce del *quid pluris*, fornito dal giudice costituzionale, rispetto a quanto richiesto dai giudici rimettenti: interrogato sulla questione "se" i principi costituzionali *impongano* il riconoscimento del matrimonio omosessuale, risponde anche sul "se" detti principi *consentano o escludano* il riconoscimento⁴⁵⁰.

Nei rapporti tra organo politico e giustizia costituzionale, la decisione in esame sembra limitare la discrezionalità del legislatore con la scure non del giudizio di ragionevolezza, bensì dell'interpretazione originalista che impone, ai fini dell'eventuale previsione del matrimonio *same sex*, un'imprescindibile revisione del dettato costituzionale⁴⁵¹.

Il Giudice delle Leggi indirizza la discrezionalità del legislatore ordinario verso una sorta di «doppio binario»⁴⁵²: dovrà garantire il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso, nel rispetto del paradigma esclusivamente eterosessuale del matrimonio *ex art. 29 Cost.*

3.3. La decisione Schalk estende la nozione di "vita familiare" ma prevale il margine di apprezzamento statale sulla questione matrimoniale.

⁴⁴⁹ In tal senso anche R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011, *op.cit.*, pg. 3 ss.

⁴⁵⁰ Come sottolineato da R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, *op.cit.*, l'oggetto della questione esaminata dalla Corte non è una legge che introduce la possibilità di matrimonio omosessuale ma una disciplina interpretata nel senso di escluderlo e questa differenza incide fortemente sul tipo di giudizio cui la Corte è chiamata.

⁴⁵¹ In tal senso cfr. R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare*, *op.cit.*, E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione delle competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del tribunale costituzionale portoghese*, *op.cit.*, nonché, F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, *op.cit.*, pg. 1372. *Contra*, in dottrina, cfr., tra i tanti, V. ANGIOLINI, *Sulle coppie gay l'Alta Corte non chiude*, in *l'Unità* del 16 aprile 2010; M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. e dir.*, 2010, pg. 663 ss.; B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010; *ID.*, *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in B. PEZZINI - A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011, pg. 95 ss.; G. FERRANDO, *La "via legislativa" al matrimonio same-sex*, *ivi*, pg. 31 ss.

⁴⁵² Come autorevolmente afferma A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010.

A distanza di pochi mesi dall'intervento costituzionale il dibattito sul matrimonio omosessuale si arricchisce di un ulteriore tassello giudiziario: anche la Corte edu viene investita per la prima volta della questione nel noto caso *Schalk e Kopf v. Austria*⁴⁵³.

Due cittadini austriaci avevano visto respinta la loro richiesta di matrimonio dalle autorità nazionali⁴⁵⁴ a causa della previsione, nel codice civile austriaco⁴⁵⁵, del solo matrimonio tra soggetti di sesso diverso. Ricorrono, pertanto, a Strasburgo lamentando la discriminazione derivante dall'impossibilità di sposarsi o di vivere una relazione riconosciuta dalla legge, in violazione degli art. 12, 8 e 14 Cedu⁴⁵⁶. I ricorrenti insistono per l'accoglimento delle loro istanze anche a seguito dell'entrata in vigore, il 1 gennaio 2010, dell'*Eingetragene Partnerschafts-Gesetz*⁴⁵⁷, la legge che riconosce le unioni registrate tra coppie omosessuali, attribuendo loro uno *status* in larga parte affine al matrimonio⁴⁵⁸.

Il primo profilo di rilievo della pronuncia consta nell'interpretazione evolutiva ed "euro-orientata" dell'art. 12 Cedu. I giudici di Strasburgo riconoscono che i termini "uomo" e "donna" previsti dalla disposizione, interpretati letteralmente e sistematicamente in base alle altre norme convenzionali, esprimono la volontà degli estensori, nel 1950, di riferirsi al solo matrimonio eterosessuale⁴⁵⁹. La medesima disposizione, tuttavia, - ed è qui che il discorso della Corte si discosta dall'approccio del nostro giudice costituzionale - può essere interpretata oggi alla luce dell'art. 9 Carta di Nizza e dell'evoluzione sociale, nel senso di non escludere una soluzione diversa⁴⁶⁰ quale il matrimonio omosessuale, pur non riconoscendo alcun obbligo in capo agli Stati in ordine alla sua previsione.

⁴⁵³ Corte edu, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04, a commento cfr. C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, pg. 639 ss.; G. REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione "virtuosa" di un diritto*, in *Rivista AIC*, 2010.

⁴⁵⁴ Anche la Corte costituzionale austriaca era stata chiamata nel 2003 a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 44 c.c., ma ha escluso la violazione delle norme costituzionali in tema di uguaglianza e degli artt. 8 e 12 della Cedu.

⁴⁵⁵ Art. 44 codice civile austriaco.

⁴⁵⁶ I ricorrenti avevano, altresì, denunciato la violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1 alla Cedu a causa dello svantaggio fiscale derivante dal fatto di non esser sposati. Quest'ultima censura è stata ritenuta infondata perché non sufficientemente documentata.

⁴⁵⁷ In BGBl., I, Nr. 135/2009.

⁴⁵⁸ Permangono alcune differenze in ordine agli uffici competenti al riconoscimento delle unioni, alla disciplina del cognome e, in particolar modo, ai diritti parentali: le coppie omosessuali registrate non possono procedere all'adozione di minori né alle tecniche di fecondazione assistita.

⁴⁵⁹ Corte edu, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04, § 55 «*The choice of wording in Article 12 must thus be regarded as deliberate. Moreover, regard must be had to the historical context in which the Convention was adopted. In the 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex*».

⁴⁶⁰ Corte edu, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04, § 61 «*the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint*».

Il tenore letterale della disposizione convenzionale è inequivocabile (a differenza del nostro art. 29 Cost.)⁴⁶¹ e, al contempo, anche l'*intentio* degli estensori è ben chiara, ma ciò non impedisce un'interpretazione evolutiva della Convenzione⁴⁶², fondata sulle indicazioni promananti dal diritto dell'U.E., con particolare riguardo all'art. 9 Carta dei diritti U.E. che, in modo significativo, omette ogni riferimento alla titolarità del diritto di sposarsi in capo all'uomo e alla donna.

L'attivismo dei giudici di Strasburgo si arresta, però, dinanzi alla declaratoria di incompatibilità convenzionale⁴⁶³: all'interpretazione evolutiva della Cedu fa da contraltare l'ampio margine di apprezzamento statale in ordine all'obbligo di riconoscimento giuridico del matrimonio *same sex*. Non sussiste ancora un "consenso generale" sulla materia⁴⁶⁴ ed il matrimonio è un istituto profondamente «radicato nei caratteri culturali propri delle diverse società», pertanto, spetta alle autorità nazionali rispondere ai relativi bisogni della società in questo ambito.

L'art. 12 Cedu, secondo questa lettura "orientata in modo conforme alla Carta U.E.", rimette alle legislazioni nazionali la scelta sull'introduzione o meno del matrimonio tra persone dello stesso sesso, *consente* ma *non obbliga* gli Stati ad estendere l'istituto, pertanto, la legislazione austriaca costituisce una legittima espressione del margine d'apprezzamento statale in materia.

Procedendo nella valutazione dell'asserito *vulnus* all'art. 8 Cedu, emerge un ulteriore perno della decisione: i giudici di Strasburgo, in rottura con quanto statuito nella giurisprudenza pregressa⁴⁶⁵, per la prima volta affermano che la relazione sentimentale

⁴⁶¹ Oltre alla portata letterale dell'art. 12 Cedu, molto più esplicita di quella di cui all'art. 29 Cost., occorre considerare che alla Cedu, come trattato internazionale, si applicano i canoni interpretativi della Convenzione di Vienna, particolarmente rispettosi del significato letterale e, in subordine, della volontà degli autori del trattato.

⁴⁶² La Corte europea ribadisce, inoltre, ciò che già ha detto nel caso *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 22985/93, 11 luglio 2002, ovvero che il diritto fondamentale al matrimonio non è subordinato alla capacità di procreare, ma aggiunge che da tale affermazione non deriva alcuna conclusione con riguardo alla questione del matrimonio omosessuale (*Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, § 56: «...the Court has already held that the inability of any couple to conceive or parent a child cannot be regarded as per se removing the right to marry (...). However, this finding does not allow any conclusion regarding the issue of same-sex marriage»). Vediamo il diverso approccio della Corte costituzionale italiana e della Corte edu rispetto all'argomento della finalità procreativa: elemento "potenzialmente" identificativo del coniugio per la prima, irrilevante *ex se* per la seconda.

⁴⁶³ Il dispositivo di non violazione dell'art. 12 Cedu è adottato all'unanimità, con una sola opinione concorrente.

⁴⁶⁴ La Corte edu osserva che soltanto sei Stati aderenti su 47 garantiscono l'accesso al matrimonio per le coppie dello stesso sesso, ovvero, Belgio, Paesi Bassi, Norvegia, Portogallo, Spagna e Svezia, mentre tredici Stati hanno previsto forme di registrazione di tali unioni ed il riconoscimento di diritti e doveri.

⁴⁶⁵ Cfr. i casi *Karner c. Austria*, 24.7.2003, n. ric. 40016/98 e *Mata Estevez c. Spagna*, 21.12.1999, n. ric. 33290/96. Sul punto, peraltro, si era già pronunciata la Commissione edu, 9.10.1989, C. e L. M. c. Regno Unito, n. ric. 14753/89; in dottrina cfr. P. JOHNSON, *An essentially private manifestation of human personality*, in *Human Rights L.R.*, 2010, pg. 67 ss.

stabile tra due individui dello stesso sesso rientra a pieno titolo nel concetto di “vita familiare”. Si tratta di un ulteriore progresso nella “qualità” della tutela offerta a Strasburgo che rafforza il carattere inclusivo della nozione di “vita familiare” *ex art. 8 Cedu*.

L’evoluzione sociale ed il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali da parte di un crescente numero di Stati e del diritto derivato dell’Unione⁴⁶⁶, spingono la Corte verso un’interpretazione evolutiva della Convenzione ed un *revirement* della precedente giurisprudenza che le inquadrava nel solo ambito della “vita privata”⁴⁶⁷.

Ritenuto applicabile l’articolo 8 Cedu alla fattispecie, i giudici valutano se vi sia stata una discriminazione, basata sull’orientamento sessuale, del diritto al rispetto della vita familiare dei ricorrenti da parte delle autorità austriache.

All’attivismo ermeneutico si accompagna nuovamente il limite dell’ampio margine di apprezzamento statale: la riscontrata evoluzione verso il riconoscimento giuridico di tali unioni negli Stati aderenti alla Convenzione non è ancora espressione di un *common ground* tale da limitare la discrezionalità nazionale.

Il *consensus* in questa pronuncia non è impiegato come argomento *ad adiuvandum*, rappresenta piuttosto il perno della decisione di merito: la Corte esclude, infatti, la violazione convenzionale, in riferimento al periodo precedente l’entrata in vigore della legge sulle unioni omosessuali⁴⁶⁸ poiché, pur sussistendo un «*emergente* consenso» rispetto al riconoscimento giuridico di tali coppie, esso non assurge a «*radicato* consenso generale» caratterizzante la maggioranza degli Stati contraenti.

È importante il diverso impiego dei termini qualificanti il *consensus*: “emergente” di fronte ad una tendenza evolutiva, “radicato”, invece, quando sussiste una convergenza strutturale. Dinanzi ad una mera tendenza, ovvero ad un numero di Stati anche consistente ma non ancora idoneo a rappresentare la maggioranza, i giudici di Strasburgo riconoscono un ampio margine di discrezionalità statale nella scelta del “quando” e “come” intervenire.

⁴⁶⁶ Diversi Stati hanno dato riconoscimento a tali coppie fuori dall’ambito matrimoniale e anche il diritto derivato dell’U.E. tende a ricondurle nell’alveo della “famiglia”.

⁴⁶⁷ Cfr. in dottrina F. CRISAFULLI, *Same-Sex Couples’s Rights (Other than the Right to Marry) Before the ECtHR*, in *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (a cura di), Heidelberg, 2014, pg. 408 ss., spec. pg. 417-418.

⁴⁶⁸ Profilo fortemente criticato nell’opinione dissenziente dei giudici Rozakis, Spielmann, Jebens secondo i quali, dopo aver esteso la nozione di vita familiare a tali coppie, la Corte avrebbe dovuto censurare il vuoto legislativo precedente al *Registered Partnership Act* poiché «*by deciding that there has been no violation, the Court at the same time endorses the legal vacuum at stake, without imposing on the respondent State any positive obligation to provide a satisfactory framework, offering the applicants, at least to a certain extent, the protection any family should enjoy*».

Il peculiare impiego di questa tecnica assurge a tratto distintivo della decisione: il *consensus* assume due diverse gradazioni, una meno stringente per l'individuazione "qualitativa" dell'interesse suscettibile di tutela convenzionale, una rigidamente "quantitativa" in ordine all'esistenza della violazione. L'emergere di una mera *tendenza* verso standard di tutela uniformi a livello europeo consente l'estensione delle situazioni soggettive suscettibili di rientrare *nell'ambito applicativo* della Convenzione, ma la mancanza di una *convergenza strutturale*, ovvero di un orientamento legislativo comune alla maggioranza degli Stati, legittima la riesplorazione del margine di discrezionalità nazionale in ordine alla misura di ingerenza.

Nel capitolo conclusivo, analizzando i progressi che potrebbero assistere i sistemi di tutela costituzionale e convenzionale dinanzi a questioni sensibili, ci soffermeremo su questo "doppio binario" quale via utilmente percorribile al fine di individuare, nella Corte Edu, il centro motore per il mutamento di tradizioni e, progressivamente, dell'assetto normativo dei singoli Stati.

Guardando alla tutela sostanziale offerta dalle due Corti, è interessante notare la convergenza di contenuti tra la decisione costituzionale e la pronuncia *Schalk* circa il riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive: dagli art. 2 Cost. e 8 Cedu entrambe desumono la necessità di offrire tutela giuridica a tali coppie, spettando al legislatore nazionale, nella sua piena discrezionalità, individuare i tempi⁴⁶⁹, i modi e le forme di riconoscimento⁴⁷⁰.

Per quanto attiene, invece, alla questione matrimoniale, dalle due pronunce emerge una diversa concezione dell'istituto: se la Corte costituzionale ne individua il nucleo essenziale e imm modificabile nella eterosessualità, la Corte edu supera l'intangibilità di tale paradigma là dove afferma che la Cedu *consente* agli Stati il riconoscimento del matrimonio omosessuale⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Non a caso la Corte edu, chiamata a verificare se l'Austria avrebbe dovuto introdurre uno strumento di tutela delle unioni omoaffettive alternativo al matrimonio, prima del 2010, esclude la violazione dell'art. 8 Cedu in nome di «un margine di discrezionalità nella scelta del momento dell'introduzione delle modifiche legislative».

⁴⁷⁰ Un ulteriore profilo di avvicinamento delle due decisioni è la constatazione della eterogeneità del panorama giuridico europeo in materia di riconoscimento delle *same-sex couples*: la soluzione dell'unione civile riservata alle sole coppie omosessuali, con diritti e doveri sostanzialmente identici a quelli scaturenti dal matrimonio, è stata adottata da Germania, Regno Unito, Svizzera, Finlandia, e Svezia. Altri Paesi hanno optato per una nuova forma di unione civile, aperta anche alle coppie omosessuali, alla quale sono stati estesi solo parte dei diritti e dei doveri tipici del matrimonio. Infine, un terzo gruppo di paesi come Belgio, Olanda, Spagna, Portogallo, Norvegia e Svezia, ha scelto di estendere l'istituto del matrimonio civile anche alle coppie omosessuali oltre a prevedere, quale forma di riconoscimento alternativa, l'unione civile.

⁴⁷¹ In tal senso anche L. PALADINI, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, in *Diritto comparato ed europeo*, n. 1/2011, pg. 144.

Prevalgono gli aspetti di differenziazione anche nell'approccio ermeneutico assunto dalle due Corti: per i giudici di Strasburgo l'interpretazione evolutiva della Carta è perfettamente legittima e prevale sul disposto letterale, nonché sull'interpretazione sistematica ed originalista dell'art. 12 Cedu; per la Corte costituzionale, invece, l'interpretazione evolutiva è preclusa dall'*intentio* originaria dei Costituenti e dalla «forza della tradizione»⁴⁷². Se entrambe le Corti partono dal significato “storico” che il matrimonio aveva al tempo dell'entrata in vigore delle Carte fondamentali (1948 e 1950), l'esito cui giungono è in parte diverso: l'interpretazione convenzionale arriva là dove la Corte costituzionale si è arrestata.

3.4. *L'incertezza del panorama giurisprudenziale italiano e l'ulteriore “monito costituzionale”.*

Dopo l'intervento della Consulta, giurisprudenza nazionale e prassi amministrative elaborarono strategie differenti in ordine alla questione dei matrimoni *same sex*, con particolare riguardo alla trascrivibilità in Italia di matrimoni contratti all'estero da cittadini italiani.

Sul terreno della giurisprudenza di legittimità, la Suprema Corte di Cassazione⁴⁷³, nel marzo 2012, giunge per la prima volta ad affermare che il matrimonio omosessuale celebrato fuori dal confine nazionale non è né inesistente né invalido, ma è semplicemente inidoneo a produrre qualsivoglia effetto giuridico in Italia come atto di matrimonio, almeno fino a quando il legislatore non lo disciplinerà nelle forme ritenute più opportune, rimarcando, così, come spetti all'organo parlamentare colmare il vuoto di tutela esistente.

L'aspetto più qualificante della pronuncia consta negli effetti che la Corte di Cassazione riconduce ai due precedenti arresti, costituzionale e convenzionale, ripercorsi analiticamente e riletti secondo un'interpretazione *sui generis*.

⁴⁷² In tal senso cfr. I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio” ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010, op. cit.*

⁴⁷³ Corte Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Foro it.*, 2012, I, pg. 2727, ha ribadito che i componenti della coppia omosessuale sono «titolari del diritto alla ‘vita familiare’». Tra i primi commenti alla sentenza: M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione*, in *Rivista AIC*, 28 marzo 2012; E. FALLETTI, *Quattro rondini fanno primavera?*, in *europeanrights.eu*; G. FINOCCHIARO, *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Guida al dir.*, n. 14/2012, pg. 35; S.A.R. GALLUZZO, *La Cassazione va in pressing sul legislatore per introdurre regole in favore delle unioni gay*, in *Guida al dir.*, n. 14/2012, pg. 35; L. LORELLO, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, in *Rivista AIC*, 8 maggio 2012; I. MASSA PINTO, *“Fiat matrimonio”*, in *Rivista AIC*, 4 aprile 2012; A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 aprile 2012; M. WINKLER, *I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Cassazione*, in *Int'l Lis*, 2012, pg. 7.

Alla luce della sentenza n. 138/2010 il diritto al matrimonio omosessuale non trova fondamento in Costituzione ma il suo riconoscimento e la sua garanzia sarebbero rimessi alla «libera scelta del Parlamento». La Corte di Cassazione propone, così, la sua lettura della decisione costituzionale e dei margini di manovra concessi al legislatore: il paradigma eterosessuale sarebbe radicato nella normazione primaria, non a livello costituzionale, pertanto, lo stesso legislatore ordinario ben potrebbe estendere il matrimonio alle unioni omoaffettive.

Al contrario la Corte edu, secondo la ricostruzione del giudice di legittimità, avrebbe interpretato l'art. 12 Cedu come inclusivo dello stesso diritto al matrimonio omosessuale, operando una netta distinzione tra “riconoscimento” e “garanzia”: gli art. 12 Cedu e 9 Carta U.e., letti in combinato disposto, “riconoscono” tale diritto ma la sua “garanzia” sarebbe riservata al potere legislativo dei singoli Stati.

Tale *discrimen*, tuttavia, non emerge dalla sentenza *Schalk* né pare avere una qualche utilità pratica⁴⁷⁴ considerato che, in mancanza della “garanzia” di un diritto, il mero riconoscimento formale è destinato a rimanere lettera morta.

La trasposizione di questa distinzione nel diritto interno si traduce, per i giudici della Cassazione, nella caduta del postulato della diversità di sesso dei nubendi quale fondamento minimo indispensabile del matrimonio.

L'interpretazione evolutiva dell'art. 12 Cedu imporrebbe il superamento della propria giurisprudenza pregressa in punto di “inesistenza” del matrimonio omosessuale: «essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire "naturalistico", della stessa "esistenza" del matrimonio»⁴⁷⁵, l'intrascrivibilità del matrimonio *same sex* non dipende più dalla sua inesistenza, ma dalla nuova categoria dell'“inidoneità” a produrre, quale atto di matrimonio, qualsivoglia effetto giuridico nell'ordinamento italiano⁴⁷⁶.

A qualificare la decisione della Corte di Cassazione è, pertanto, una certa “forzatura” sul piano ermeneutico, con particolare riguardo all'impiego dell'interpretazione conforme a Convenzione quale strumento funzionale al passaggio da una categoria all'altra del diritto

⁴⁷⁴ Definisce tale divaricazione una “tesi incongrua”, B. PEZZINI, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012.

⁴⁷⁵ Corte Cass., n. 4184/2012, punto 4.3.

⁴⁷⁶ Parla della nascita di una “teoria della inidoneità” che come un Golem modellato dall'argilla, ricavata “dalle ceneri di un corpo che era già cadavere”, sostituisce adesso “la teoria dell'inesistenza”, A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, op.cit.

civile⁴⁷⁷, dall'inesistenza⁴⁷⁸ all'inidoneità a produrre effetti giuridici. Una soluzione non imposta dalla giurisprudenza convenzionale che, con la sentenza *Schalk*, non ha prescritto il superamento della eterosessualità quale requisito indispensabile per l'esistenza del coniugio, ma, al contrario, ha riservato ai Parlamenti nazionali la decisione se mantenere tale presupposto.

In un caso ancora più recente⁴⁷⁹ la Corte di Cassazione, nel confermare il diniego di pubblicazioni matrimoniali fra persone dello stesso sesso, ha ribadito che l'unione omoaffettiva «può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali». Tale «operazione di omogeneizzazione può essere svolta dal giudice comune e non soltanto dalla Corte costituzionale in quanto tenuto ad un'interpretazione delle norme non solo costituzionalmente orientata ma anche convenzionalmente orientata». Queste decisioni del giudice di legittimità lasciano presagire un impiego sempre più marcato dell'interpretazione conforme a Convenzione ed il rischio di forzature sul piano ermeneutico, rischio che, come vedremo, si concretizzerà nel “seguito” della sentenza n. 170/2014.

Mentre i giudici di merito si allineavano all'orientamento della Cassazione in ordine alla intrascrivibilità del matrimonio *same sex* celebrato all'estero⁴⁸⁰, alcuni Sindaci, al

⁴⁷⁷ Opzione ermeneutica utile? Forse sì. In definitiva, inesistenza ed inidoneità a produrre effetti giuridici sono categorie giuridiche che non si equivalgono: la prima colpisce l'istituto giuridico nella sua interezza, precludendo qualsiasi effetto giuridicamente rilevante, anche soltanto interinale; la seconda, invece, è circoscritta all'atto come “atto di matrimonio”, ma non pregiudica la produzione di effetti giuridici propri di un diverso “istituto giuridico”. In effetti, è la stessa Corte di Cassazione, nella sentenza in oggetto, a riconoscere all'atto una potenziale efficacia giuridica, là dove afferma che, in specifiche situazioni, i componenti della coppia omosessuale possono far valere il diritto ad un trattamento omogeneo a quello garantito dalla legge alla coppia coniugata. Ciò è accaduto nei casi decisi dal Tribunale di Reggio Emilia del 13 febbraio 2012 e dalla prima sezione della Cassazione penale, 19 gennaio 2011, n. 1328. Il Tribunale di Reggio Emilia ha riconosciuto al coniuge uruguayano di un cittadino italiano sposatosi in Spagna, la qualità di “familiare” alla luce della sentenza Corte cost., n. 138/2010 e della normativa europea in materia di libertà di circolazione, nonché la titolarità del diritto al permesso di soggiorno. La Cassazione penale ha ritenuto di dover determinare la nozione di coniuge, ai fini del d.lgs. n. 30/2007, alla luce dell'ordinamento straniero in cui il vincolo matrimoniale è stato contratto (la Spagna), giungendo, così, a qualificare come ‘familiare’, ai fini del diritto di soggiorno, lo straniero che abbia contratto matrimonio in Spagna con un cittadino italiano.

⁴⁷⁸ La teoria dell'inesistenza è stata sostenuta anche da P. SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in *Famiglia e diritto*, 2005, pg. 415 ss. e, in giurisprudenza, corroborata dal noto *obiter dictum* della Cassazione nella sentenza n. 7877 del 2000.

⁴⁷⁹ Corte Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Corr. giur.*, 2015, pg. 773, con nota di G. FERRANDO, *Matrimonio same - sex: Corte di cassazione e giudici di merito a confronto*, *ivi*. Di G. FERRANDO vedi anche *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 10, pg. 952 ss.

⁴⁸⁰ Cfr. Corte d'appello di Milano, 6 novembre 2015, n. 2286 in cui si afferma che l'inidoneità dell'atto a produrre gli effetti giuridici che gli sono propri si caratterizza come una «inefficacia in senso stretto», «non conseguenza di altro vizio, e si propone come reazione dell'ordinamento nei confronti di un negozio di cui si riconosce, in relazione al quadro normativo e giurisprudenziale europeo del quale l'ordinamento stesso fa parte, la intrinseca validità, oltre che la consistenza sociale, ma i cui effetti vitali sono però preclusi nel nostro paese dalla mancata previsione legislativa». Occorre, tuttavia, ricordare che in senso favorevole alla trascrizione si è pronunciato il Tribunale di Grosseto, con sentenza del 3 aprile 2014, in *Rivista di diritto*

contrario, procedevano direttamente alle trascrizioni ed una circolare⁴⁸¹ del Ministro dell'Interno invitava i Prefetti a intervenire per rimuoverne gli effetti.

Il quadro giuridico italiano continuava, pertanto, ad essere incerto e frammentario quando la Corte costituzionale veniva investita di un'ulteriore questione strettamente legata al paradigma eterosessuale del matrimonio.

Le affermazioni di principio contenute nella sentenza n. 138/2010, ribadite in due successive ordinanze⁴⁸², sono richiamate e sviluppate⁴⁸³ nella decisione n. 170/2014⁴⁸⁴, in tema di "divorzio imposto"⁴⁸⁵ a seguito del mutamento di sesso di un membro della coppia

internazionale privato e processuale, 2014, pg. 1007; il provvedimento è stato poi riformato da Corte d'appello di Firenze, 23 settembre 2014, *ivi*, pg. 1010, per errore procedurale, rimettendo gli atti al Tribunale.

⁴⁸¹ Circolare del Ministro dell'Interno del 7 ottobre 2014 indirizzata ai Prefetti della Repubblica secondo la quale «si richiama l'attenzione delle SS.LL (Prefetti) sull'esigenza di garantire che la fondamentale funzione di stato civile, esercitata, in ambito territoriale, dal Sindaco nella veste di Ufficiale di Governo, sia svolta in piena coerenza con le norme attualmente vigenti che regolano la materia. Pertanto, ove risultino adottate "direttive" sindacali in materia di trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero - e nel caso sia stata data loro esecuzione - le SS. LL, rivolgeranno ai Sindaci formale invito al ritiro di tali disposizioni ed alla cancellazione, ove effettuate, delle conseguenti trascrizioni, contestualmente avvertendo che *in caso di inerzia, si procederà al successivo annullamento d'ufficio* degli atti illegittimamente adottati, ai sensi del combinato disposto degli articoli 21 nonies della legge 241 del 1990 e 54, commi 3 e 11, del d.lgs 267/2007». È, infine, utile ricordare che, a seguito dell'annullamento da parte di alcuni Prefetti delle trascrizioni eseguite, alcuni Tribunali amministrativi hanno affermato che i Prefetti hanno agito al di fuori dei poteri loro conferiti dalla legge, essendo riservata all'autorità giudiziaria ogni modifica dei registri dello stato civile (cfr. Tar Lazio, Sez. I-ter, 9 marzo 2015, n. 3907 e n. 3912 e Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 21 maggio 2015, n. 228; da ultimo Tar Lombardia, Sez. III, 29 settembre 2015, n. 2037). L'esito cui sono giunti tali Tribunali, tuttavia, è stato sovvertito dalla recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 26 ottobre 2015, n. 4895, (resa per la riforma della pronuncia del Tar Lazio, 9 marzo 2015, n. 3907), che dichiara legittimo l'annullamento della trascrizione disposta dal Prefetto, in virtù della subordinazione del Sindaco al ministero dell'interno, in riferimento agli atti di stato civile e della natura di «atto radicalmente inefficace» della trascrizione.

⁴⁸² Corte cost., ord. n. 276/2010 e ord. n. 4/2011.

⁴⁸³ In tal senso cfr. M. D'AMICO, *Famiglia e "famiglie" tra principi costituzionali italiani e europei*, in *Genius*, n. 2/2015; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Consultaonline*, 2014, parla di «sentenze sorelle».

⁴⁸⁴ Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, pg. 553, con nota di PALMERI - VENUTI, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014 n. 170 in materia di divorzio del transessuale*. Tra i primi commenti, cfr. anche L. BALESTRA, *Sugli effetti della rettificazione dell'attribuzione di sesso sul matrimonio preesistente*, in *Giustizia Civile commentata*, 2014; I. PEZZINI, *A prima lettura (la sentenza 170/214 sul divorzio imposto)*, in *www.articolo29.it*; A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consultaonline*; D. FIORATO e D. FERRARI, *La Consulta davanti alla nozione giuridica di matrimonio: il formarsi di un giudicato costituzionale? (osservazioni a prima lettura della sentenza 170/2014)*, in *La nuova Giustizia civile*, n. 3/2014, pg. 117 ss.; F. SAITTO, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, pg. 2706 ss.; F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul cd. "divorzio imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014; A. SCHUSTER, *Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2014; A. SCHUSTER - A. LORENZETTI, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, pg. 12.

⁴⁸⁵ Con la sentenza n. 170 del 2014, la Corte Costituzionale decide la questione, sollevata dalla Corte di Cassazione, avente ad oggetto gli artt. 2 e 4 della l. n. 164/1982, nella parte in cui prevedono che la sentenza di rettificazione di attribuzione del sesso determina l'automatico scioglimento del matrimonio, per asserita

coniugata⁴⁸⁶. Questo intervento costituzionale mostra maggior incisività rispetto alla pronuncia del 2010, poiché afferma a chiare lettere ciò che in precedenza già emergeva ma era stato revocato in dubbio da una parte della dottrina: a Costituzione invariata il legislatore ordinario non può introdurre il matrimonio omosessuale.

La Corte statuisce espressamente che il modello eterosessuale del matrimonio è l'unico tutelato dall'art. 29 Cost.⁴⁸⁷ ed invia un monito al legislatore, questa volta cogente, affinché provveda ad un diverso bilanciamento tra interesse statale e diritti della coppia coniugata divenuta dello stesso sesso, consentendo a questa il passaggio ad una condizione giuridica «*alternativa e diversa dal matrimonio*». La Corte esclude a chiare lettere l'esistenza di «*un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio*».

La tecnica decisionale che porta il Giudice delle Leggi alla declaratoria di incostituzionalità è il giudizio di ragionevolezza sul bilanciamento dei valori in gioco: l'interesse dello Stato a conservare il modello eterosessuale del matrimonio e l'interesse della coppia a mantenere il preesistente rapporto giuridico.

Secondo i giudici della Consulta le disposizioni censurate prevedono un assetto sproporzionato, “a senso unico”, poiché tutelano in via esclusiva soltanto il primo degli interessi coinvolti. La Corte ne dichiara, pertanto, l'illegittimità costituzionale «nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettifica, che determina lo scioglimento automatico del matrimonio, consenta in ogni caso, se entrambi i coniugi lo richiedono, di mantenere un rapporto di coppia giuridicamente disciplinato con un'altra forma di convivenza registrata che tuteli diritti e doveri della coppia con le modalità stabilite dal legislatore».

violazione degli art. 2, 3, 24 e 29 Cost., oltre agli artt. 10, comma 1 e 117 Cost., in relazione agli artt. 8 e 12 della Cedu.

⁴⁸⁶ Per una generale ed esaustiva descrizione delle varie tappe affrontate da tale vicenda – prima dell'intervento della sentenza n. 170/2014 – si rinvia (per tutti) ad A. LORENZETTI, *Diritti “in transito”*. *La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano 2013, pg. 105 ss. e a M. BALBONI - M. GATTUSO, *Famiglie e identità di genere: “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, in *Genius*, n. 1/2014, pg. 6 ss.

⁴⁸⁷ Corte cost., n. 170/2014, punto 5.1.: «la situazione [...] di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio – che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale ..». E ancora, al 5.2 «Il parametro costituzionale di riferimento per una corretta valutazione della peculiare fattispecie in esame – in relazione ai prospettati quesiti sulla legittimità della disciplina [...] non è dunque quello dell'art. 29 Cost. invocato in via principale dallo stesso collegio rimettente, poiché, come già sottolineato da questa Corte, la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che “stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso” (sentenza n. 138 del 2010)». In dottrina concordano, *ex multis*, F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. “divorzio imposto”, cit.*; P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 luglio 2014.

È interessante notare il percorso tracciato dalla Consulta a partire dalla declaratoria di inammissibilità del 2010 per giungere a questa additiva di principio⁴⁸⁸ quattro anni dopo: se nella sentenza n. 138/2010 si era riservata un controllo di ragionevolezza circa la necessità di un trattamento omogeneo tra coppia coniugata e coppia omosessuale «in relazione ad ipotesi particolari», nella sentenza n. 170/2014 la Corte si riaggancia a tale statuizione inquadrando la fattispecie proprio nell'ambito di quelle «situazioni particolari»⁴⁸⁹. Ciò che, tuttavia, sorprende, nel proseguo dell'*iter* argomentativo, è che la declaratoria di incostituzionalità si fonda non, come preannunciato, sull'irragionevole trattamento discriminatorio, bensì su uno sproporzionato bilanciamento tra interessi contrapposti, statale e individuale. Anche in questa decisione sussiste uno slittamento metodologico⁴⁹⁰ nella parte motiva: dal richiamo iniziale al canone dell'uguaglianza “in senso forte”, quale divieto di discriminazioni irragionevoli, ad un vaglio più blando di proporzionalità e coerenza del bilanciamento legislativo tra diversi interessi in gioco. La differenza non sembra di poco conto: se fosse stata constatata una discriminazione, dunque, la violazione del diritto all'uguaglianza soggettiva, l'effetto demolitorio *tout court* sarebbe stato conseguenza pressoché indefettibile; spostando, invece, l'argomentazione su un bilanciamento legislativo sproporzionato, l'effetto caducatorio sfuma e la norma impugnata può continuare ad essere applicata. È la stessa Corte, infatti, a qualificare la disposizione sullo scioglimento automatico come costituzionalmente necessaria, là dove afferma che l'introduzione di un divorzio a domanda «*equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.*»⁴⁹¹. Il cuore della decisione consta, ancora una volta, nel cogente ancoraggio ad

⁴⁸⁸ Le additive di principio affidano ai giudici comuni «caso per caso, quando è possibile», il compito «di reperire nell'ordinamento la regola del caso concreto» cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, pg. 403. Si ricorda, peraltro, che tale tipologia decisoria è stata impiegata anche in un'altra fattispecie “sensibile”: nella sentenza Corte cost., n. 278/2013 in tema di anonimato della madre biologica in caso di adozione.

⁴⁸⁹ Cfr. Corte Cost., n. 170/2014, § 5.6.

⁴⁹⁰ La motivazione della sentenza mostra, inoltre, delle oscillazioni che ne pregiudicano la linearità e coerenza argomentativa là dove la Corte, in parte, evidenzia la specificità del caso concreto ed in parte, invece, lo inquadra nell'alveo della più generale questione del matrimonio *same sex*, già affrontata con la sentenza n. 138/2010. Lo evidenzia anche R. ROMBOLI, *La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore*, in *Genius*, n. 1/2015, pg. 121.

⁴⁹¹ In definitiva, dinanzi all'accertato *vulnus* dell'art. 2 Cost. ed alla potenziale violazione dell'art. 29 Cost. (derivante da una sentenza sostitutiva del divorzio “imposto” con quello “a domanda”), la Corte predilige il primo, statuendo espressamente, nello stesso dispositivo, che la sentenza di rettifica provoca comunque lo scioglimento del matrimonio. Si legge nel dispositivo: «Dichiara l'illegittimità costituzionale degli art. 2 e 4 l. 164/1982, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, *che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio*, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un

un'interpretazione originalista dell'istituto matrimoniale che preclude il ricorso ad una manipolativa-sostitutiva e rende evanescente anche il principio destinato ad orientare i giudici nella risoluzione di fattispecie analoghe. La sentenza non dichiara incostituzionale lo scioglimento automatico del matrimonio, al contrario imposto dallo stesso paradigma eterosessuale *ex art. 29 Cost.*: ciò che contrasta con il dettato costituzionale è l'omissione assoluta di una disciplina organica alternativa per le coppie che versino in tale peculiare situazione⁴⁹². Di fatto il paradigma eterosessuale è configurato come un valore non suscettibile di bilanciamento, neppure in via transitoria (in attesa dell'intervento del legislatore), nonostante la ragione dell'incostituzionalità, individuata in motivazione, consti proprio nella «tutela esclusiva» accordata all'interesse statale «alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio».

L'incoerenza dell'argomentazione costituzionale si ripercuote inevitabilmente sul “seguito” della pronuncia: il principio “aggiunto” dalla Corte è così ambiguo da risultare di dubbia utilità per il giudice rimettente⁴⁹³ che, in ogni caso, opterebbe per una via non conforme a Costituzione. Accogliere il ricorso, consentendo alla coppia di rimanere sposata⁴⁹⁴, contraddirebbe l'art. 29 Cost. come interpretato dalla Consulta in motivazione⁴⁹⁵; viceversa, rigettandolo⁴⁹⁶, si lascerebbe la coppia in una condizione di assoluta incertezza giuridica, altrettanto stigmatizzata dalla Corte per contrasto con l'art. 2 Cost.

In attesa di un intervento organico del legislatore, l'unica via per ricondurre a coerenza dispositivo e motivazione della pronuncia costituzionale poteva essere lo scioglimento automatico del matrimonio, salva l'eventuale prosecuzione della convivenza e la

rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, *con le modalità da statuirsi dal legislatore*», corsivi aggiunti.

⁴⁹² Lo evidenzia anche R. ROMBOLI, *La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore, op.cit.*, pg. 122.

⁴⁹³ A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia, op. cit.*, segnala che «diversamente da ciò che accade in presenza di altre additive di principio, nell'odierna vicenda è fuori discussione che il principio somministrato dalla Corte non si presta ad essere per l'istante tradotto in regole... sussidiariamente prodotte dal giudice comune».

⁴⁹⁴ In tal senso cfr. B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. n. 170/2014 sul divorzio imposto), op. cit.*, la quale ritiene che, non essendo ipotizzabile la diretta conversione del matrimonio in una convivenza registrata da parte dei giudici, il matrimonio non sarà sciolto fin tanto che il legislatore non consentirà detta conversione, risultando così il matrimonio sottoposto ad una “condizione risolutiva”.

⁴⁹⁵ La Corte costituzionale afferma espressamente che non è «configurabile un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio» ma, soprattutto, ha perentoriamente escluso la possibilità di una «*reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.».

⁴⁹⁶ Sul presupposto che l'incostituzionalità abbia colpito una omissione legislativa *ex se* e non le disposizioni censurate.

rimessione al giudice comune della tutela di specifici diritti mediante singole azioni di accertamento.

Dinanzi ad un principio di diritto così evanescente, la Corte di Cassazione⁴⁹⁷, nel giudizio *a quo*, ritiene, invece, che l'unica soluzione "a rime obbligate" sia negare lo scioglimento del vincolo coniugale, non essendo ancora intervenuto il legislatore a garantire un riconoscimento giuridico "alternativo" a tale peculiare situazione. Il Supremo Consesso decide di colmare la lacuna legislativa conservando in capo ai ricorrenti, ormai divenuti dello stesso sesso, diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale, fino a quando il legislatore non interverrà a regolare la convivenza registrata. La Corte "crea" un istituto mai conosciuto prima, il cd. "matrimonio a tempo", per garantire una tutela sostanziale ai ricorrenti ma, al contempo, sembra contravvenire ai dettami del Giudice delle Leggi⁴⁹⁸ che espressamente aveva escluso tale via, «*poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.*».

La Corte di Cassazione ha, quindi, adottato una soluzione di dubbia compatibilità con il giudicato costituzionale⁴⁹⁹, superando quegli stessi limiti alla funzione interpretativa fissati sin dalla sentenza n. 138/2010 a proposito dell'art. 29 Cost., il significato del quale «non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura

⁴⁹⁷ Corte Cass., I Sezione civile, n. 8097, 21 aprile 2015, ha consentito alle parti di conservare lo statuto dei diritti e dei doveri «propri del modello matrimoniale» fino a quando il legislatore non provveda alla regolamentazione indicata dalla sentenza della Corte costituzionale. Questa soluzione cui è giunta in concreto la Corte di Cassazione era stata preconizzata in punto di diritto da alcuni contributi dottrinari, in particolare cfr. B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15 giugno 2015, ed auspicata «con il cuore» ma non «con la mente» da R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, in *Consulta online*, Studi e commenti, 2014, pg. 6.

⁴⁹⁸ In dottrina parla dell'arresto della Corte di Cassazione in senso di «palese discontinuità con l'indirizzo del giudice costituzionale» al punto da apparire «un confronto/scontro» tra i due giudici V. BALDINI, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il Giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?*, in *Diritti fondamentali*, 2015, pg. 1; C. GUARINI, *Tra "divorzio imposto" e "matrimonio a tempo": osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I sezione civile*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, pg. 29 parla della sentenza della Cassazione come di un "giudicato infedele" rispetto alla pronuncia costituzionale. Tra gli altri commenti in dottrina cfr. gli autorevoli contributi in *Genius*, n. 1/2015 di B. PEZZINI, *Oltre il "caso Bernaroli": tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio*; P. VERONESI, *Per una discussione sulla sentenza n. 8097/2015*; G. P. Dolso, *Un matrimonio a tempo per il "transessuale tardivo": considerazioni sul "seguito" della sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale*; G. PARODI, *Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il séguito nel giudizio a quo della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*; R. ROMBOLI, *La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore*; A. RUGGERI, *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*.

⁴⁹⁹ In tal senso A. RUGGERI, *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *Genius*, n. 1/2015, *op. cit.*, pg. 127, parla di uno «scollamento vistoso tra gli indirizzi delle due Corti».

del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione *creativa*»⁵⁰⁰.

La Suprema Corte sembra discostarsi, in un crescendo significativo, dall'interpretazione originalista accolta dalla Consulta: se nel 2012⁵⁰¹ dava una lettura *sui generis* della sentenza n. 138/2010, nel senso che la Corte costituzionale avrebbe inteso l'art. 29 Cost. come "permissivo", tale da lasciare al legislatore la scelta se introdurre o meno il matrimonio omosessuale, nel 2015 non esita essa stessa a "creare" una fattispecie concreta di matrimonio *same sex*, definitivamente superando quell'interpretazione originalista e giungendo ad un risultato escluso dal Giudice delle Leggi⁵⁰².

3.5. *Il caso Oliari e l'incisiva condanna del legislatore italiano per inosservanza dei moniti costituzionali.*

Sulla scia inaugurata dalla sentenza *Schalk* l'assetto convenzionale di tutela procede verso il progressivo rafforzamento dei diritti delle coppie omoaffettive: in *Vallianatos v. Grecia*⁵⁰³ la Corte censura il carattere discriminatorio di una legislazione che consente l'accesso all'istituto dell'unione civile registrata soltanto alle unioni tra persone di sesso diverso e, ad un tempo, riconosce che la convivenza non costituisce più un requisito imprescindibile per la tutela convenzionale delle unioni omo ed eterosessuali, purché sussista un rapporto di intimità familiare stabile.

Restava, però, aperto il dubbio, non secondario, lasciato dalla sentenza *Schalk*: laddove l'Austria non avesse *medio tempore* legiferato per riconoscere le unioni omosessuali, la Corte sarebbe giunta ad un dispositivo di condanna?

La successiva decisione *Oliari v. Italia*⁵⁰⁴ potrebbe far propendere verso una risposta positiva, là dove sanziona in modo incisivo lo Stato italiano proprio per non aver legiferato in tema di unioni omoaffettive.

⁵⁰⁰ Lo evidenzia anche A. SPADARO, *Matrimonio "fra gay", op. cit.*, pg. 360.

⁵⁰¹ Corte Cass., 15 marzo 2012, n. 4184.

⁵⁰² Come già constatato, infatti, la Corte costituzionale nella sentenza n. 170/2014 ha escluso l'esistenza di un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio e, soprattutto, ha affermato che, nel caso di specie, il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso si sarebbe posto in contrasto con l'art. 29 Cost.

⁵⁰³ Corte edu, 7 novembre 2013, *Vallianatos v. Grecia*, ric. 29381/09 e 32684/09, § 73.

⁵⁰⁴ A commento della pronuncia Corte edu, *Oliari* e altri c. Italia, 21 luglio 2015, ricorsi n. 18766/11 e 36030/11, si veda E. CRIVELLI, *Oliari e altri c. Italia: la Corte di Strasburgo condanna l'immobilità del legislatore italiano nel riconoscimento delle unioni omosessuali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2015, pg. 1036 ss.; A. CESERANI, *Il caso «Oliari» avanti la Corte di Strasburgo e la condizione delle coppie «same-sex» in Italia: brevi riflessioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3/2015, pg. 785-802; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il diritto al rispetto della vita familiare per le coppie formate da persone dello stesso sesso nella decisione del 21 luglio 2015 della corte europea dei diritti dell'uomo nel caso «Oliari and others v. Italy»*, *ivi*, pg. 803-814; C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte*

Tre coppie di persone dello stesso sesso⁵⁰⁵ censurano la legislazione italiana perché non consente loro l'accesso al matrimonio⁵⁰⁶ o ad una forma di unione civile, in tal modo realizzando una discriminazione per orientamento sessuale (art. 8, 14, 12 Cedu).

I giudici di Strasburgo riconoscono la violazione del diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti mentre, in linea con il precedente *Schalk*, rigettano la censura relativa all'art. 12 Cedu.

In riferimento al matrimonio *same sex* la Corte ribadisce quanto già affermato: il sistema convenzionale non impone agli Stati il riconoscimento del diritto al matrimonio alle coppie omosessuali, ogni opzione in tal senso rientra nella discrezionalità nazionale⁵⁰⁷.

Nonostante l'evoluzione normativa⁵⁰⁸ intervenuta dopo *Schalk e Kopf*, in forza della quale ben undici (non più sei) Stati aderenti hanno riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso, non è ancora possibile riscontrare un consenso consolidato tale da imporre uno standard minimo uniforme di tutela nel diritto al matrimonio omosessuale. Lo *European consensus* non è ancora sufficiente per superare la precedente lettura dell'art. 12 Cedu.

Il punto focale, più innovativo della decisione *Oliari* non riguarda il matrimonio, bensì il più generale riconoscimento giuridico delle coppie omoaffettive e l'asserita violazione del loro diritto al rispetto della vita familiare.

Questa pronuncia sembra andare oltre quanto affermato nel caso *Schalk*: dalla considerazione, ivi già espressa, che le unioni omosessuali, al pari di quelle eterosessuali,

europa dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.

⁵⁰⁵ Ogni coppia aveva richiesto la pubblicazione di matrimonio e aveva ottenuto il diniego dell'ufficio competente. I Sig. Oliari e A. avevano impugnato il provvedimento dinanzi al Tribunale di Trento che aveva respinto il ricorso e, successivamente, dinanzi alla Corte di Appello di Trento. Detta autorità giudiziaria aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale, poi decisa con la nota sentenza, Corte cost., n. 138/2010. L'altra coppia di ricorrenti non aveva, invece, impugnato il diniego, in quanto tale rimedio, dopo la sentenza costituzionale, non poteva essere considerato effettivo. Infine, i Sig.ri Cippo e Zacheo, avevano impugnato il rigetto soltanto dinanzi al Tribunale di Milano e, rigettata in tal sede la loro pretesa, non avevano proposto reclamo dinanzi alla Corte di appello.

⁵⁰⁶ È utile ricordare che il Tribunale di Grosseto, con sentenza del 3 aprile 2014 (su cui cfr. nota 481), ha per la prima volta dichiarato illegittimo il diniego di trascrizione del matrimonio omosessuale contratto all'estero e ha ordinato alla competente autorità di procedere alla trascrizione. La Corte di Appello fiorentina ha, tuttavia, annullato la sentenza per errore procedurale e rimesso la causa al giudice di prime cure. Infine, con decisione del 26 febbraio 2015, il Tribunale di Grosseto ha riaffermato la legittimità della trascrizione, poiché il rifiuto alla trascrizione del matrimonio estero si risolverebbe in una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, secondo una lettura convenzionalmente orientata delle norme.

⁵⁰⁷ La Corte edu dichiara manifestamente infondate le doglianze relative all'art. 12 Cedu singolarmente e all'art. 12 Cedu in combinato disposto con l'art. 14 Cedu.

⁵⁰⁸ Da notare che la parte iniziale della motivazione dedica ampio spazio al diritto comparato ed alle soluzioni adottate in Europa ed oltreoceano: particolarmente significativo è l'ampio riferimento (§ 65) alla pronuncia della Corte suprema statunitense, pubblicata solo un mese prima della sentenza *Oliari*, che ha riconosciuto alle coppie dello stesso sesso il diritto fondamentale di accesso al matrimonio in tutti gli Stati (*Obergefell e altri c. Hodges*, 26 giugno 2015, su cui v. C. BOLOGNA, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015, pg. 768).

hanno la stessa capacità di instaurare relazioni stabili, consegue in questo caso la necessità di un loro riconoscimento giuridico⁵⁰⁹.

Se in *Schalk* la Corte non aveva espressamente previsto un obbligo positivo di riconoscimento a carico dello Stato, essendo intervenuto il legislatore austriaco *in medias res*, in questa fattispecie i giudici fissano una più ampia dimensione normativa dell'art. 8 Cedu, comprensiva di due accezioni: non soltanto quella negativa, quale divieto di ingerenze arbitrarie a carico dei pubblici poteri, ma anche quella positiva, centrale nel caso di specie, consistente nell'imposizione di *positive obligations* a garanzia dei diritti convenzionali⁵¹⁰.

L'affermazione a chiare lettere di un obbligo positivo di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali è ciò che distingue *Oliari* dal precedente *Schalk*, come emerge anche dall'impiego, nella parte motiva della decisione, della tecnica del *distinguishing*⁵¹¹: dalla dimensione familiare della coppia *same sex* (nei casi *Schalk e Vallianatos*) la Corte fa discendere la necessità di garantire un preciso *status* familiare con i rispettivi diritti e doveri (in *Oliari*).

Per accertare la violazione di questi obblighi positivi *ex art. 8 Cedu*⁵¹², i giudici della Convenzione offrono una “fotografia”, uno spaccato del sistema sociale, normativo e giurisprudenziale italiano in tema di unioni omoaffettive⁵¹³: in mancanza di un quadro

⁵⁰⁹ Corte edu, *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, ricorsi n. 18766/11 e 36030/11, § 165: «La Corte ribadisce di aver già ritenuto che le coppie omosessuali abbiano la stessa capacità delle coppie eterosessuali di instaurare relazioni stabili e che si trovino in una situazione significativamente simile a una coppia eterosessuale per quanto riguarda l'esigenza di riconoscimento giuridico e di tutela della loro relazione (si vedano *Schalk e Kopf*, § 99, e *Vallianatos*, §§ 78 e 81, entrambe sopra citate). Ne consegue che la Corte ha già riconosciuto che le coppie omosessuali necessitano di riconoscimento giuridico e tutela della loro relazione».

⁵¹⁰ L'assunto secondo il quale l'art. 8 Cedu comprende anche «obblighi positivi», finalizzati a rendere effettivo il diritto al rispetto della vita familiare, è stato teorizzato per la prima volta nella decisione 23 luglio 1968, *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium*, n. 2126/64, in www.echr.coe.int ma sviluppato compiutamente a partire dal caso *Marckx v. Belgium*, GC, Corte edu, 13 giugno 1979, ric. n. 6833/74.; *Malone c. Regno Unito*, ricorso n. 8691/79, 2 agosto 1984; *Norris c. Irlanda*, ricorso n. 10581/83, 26 ottobre 1988; *X e Y c. Paesi Bassi*, ricorso n. 8978/80, 26 marzo 1985; *Johnston e altri c. Irlanda*, ricorso n. 9697/82, 18 dicembre 1986; *Cossey c. Regno Unito*, ricorso n. 11716/85, 27 settembre 1990; *Mikuli c. Croazia*, ricorso n. 53176/99, 7 febbraio 2002; *Christine Goodwin c. Regno Unito [GC]*, ricorso n. 22985/93, 11 luglio 2002; *A., B. e C. c. Irlanda [GC]*, ricorso n. 25579/05, 16 dicembre 2010.

⁵¹¹ I giudici di Strasburgo evidenziano che l'Austria aveva già adottato una legge quando la Corte era in procinto di decidere, di converso, in Italia, ancora nel 2015 mancava qualsiasi forma di riconoscimento: «*In the present case the applicants still today have no opportunity to enter into a civil union or registered partnership (in the absence of marriage) in Italy*», Corte edu, *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, § 164.

⁵¹² Peraltro, l'opinione concorrente dei giudici Mahoney, Tsotsoria e Vehabovic si discosta da questa lettura degli obblighi positivi scaturenti dall'art. 8, par. 1 Cedu e specifica che «*the “fundamental right” thereby recognised to obtain juridical recognition of the relevant rights and duties attaching to a same-sex union is one deriving, not from any positive obligation enshrined in the Convention, but from the wording of article 2 of the Italian Constitution*».

⁵¹³ La trascrizione delle unioni omosessuali nei registri comunali è episodica ed ha valore meramente simbolico (non incide sullo stato civile della persona e non conferisce diritti); del pari, i contratti di

legislativo generale, gran parte delle loro istanze sono rimesse alla determinazione dell'autorità giudiziaria che decide caso per caso, discrezionalmente⁵¹⁴, lasciando tali coppie in uno stato di incertezza e di carente tutela⁵¹⁵. La Corte edu mette in evidenza le criticità e l'inadeguatezza del ruolo di supplenza espletato dai giudici a garanzia del diritto alla vita familiare e l'indefettibile necessità di un intervento organico del legislatore.

Tra i fattori considerati rilevanti nella valutazione degli obblighi *ex art. 8 Cedu*, la Corte individua anche il conflitto sussistente in Italia tra la «realità sociale», di prevalente accettazione delle coppie omosessuali che vivono apertamente la loro relazione, e la legislazione che, al contrario, non prevede alcun riconoscimento formale. La sentenza *Oliari* dimostra che, quando sono in gioco le *positive obligations* derivanti dall'art. 8 Cedu, aumentano gli indici sintomatici idonei ad incidere sul margine di apprezzamento statale: il “consenso interno” alla popolazione italiana si aggiunge a quello che, secondo la consueta indagine di diritto comparato, è il generale *consensus* normativo raggiunto tra gli Stati del Consiglio d'Europa⁵¹⁶. Occorrerà, quindi, valutare la “realità sociale”, il grado di

convivenza non rispondono ad alcune esigenze fondamentali della coppia stabile (reciproca assistenza materiale e morale, diritti successori) e prescrivono un requisito, la convivenza, che non necessariamente connota le unioni affettive durature (cfr. § 169, Corte edu, *Oliari* e altri c. Italia, 21 luglio 2015).

⁵¹⁴ Come ammesso dallo stesso Governo italiano: «la tutela delle unioni omosessuali è stata maggiormente accettata da alcuni organi piuttosto che da altri». La Corte edu ha anche osservato che lo stesso Governo esercita costantemente il diritto di opporsi alle richieste delle coppie omosessuali, «dimostrando pertanto scarso sostegno alle conclusioni che invoca» e richiama l'impugnazione proposta avverso il provvedimento del Tribunale di Grosseto del 3 aprile 2014, con il quale, accertata l'illegittimità del rifiuto della trascrizione di matrimonio omosessuale contratto all'estero, veniva ordinato all'ufficiale di stato civile di provvedervi (decreto riformato, su ricorso del Ministero dell'Interno, per errore procedurale dalla Corte d'appello di Firenze, con decreto del 23 settembre 2014 che ha rimesso gli atti al tribunale di primo grado, su cui cfr. note 481 e 507). La Corte edu cita anche il provvedimento di riconoscimento della efficacia del matrimonio celebrato all'estero ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno in Italia, adottato il 13 febbraio 2012 dal Tribunale di Reggio Emilia con ordinanza.

⁵¹⁵ La Corte edu evidenzia la strutturale inefficienza del sistema di giustizia in Italia ai § 171, 172, Corte edu, *Oliari* e altri c. Italia: «Come indicato dall'ARCD, la legge prevede esplicitamente il riconoscimento del *partner* omosessuale in circostanze molto limitate [...] Ne consegue che anche le più normali “esigenze” che sorgono nel contesto di una coppia omosessuale debbono essere determinate per via giudiziaria, nelle incerte circostanze sopra citate. La Corte ritiene che la necessità di ricorrere ripetutamente ai tribunali interni per sollecitare parità di trattamento in relazione a ciascuno dei molteplici aspetti che riguardano i diritti e i doveri di una coppia, specialmente in un sistema giudiziario operato come quello italiano, costituisca già un ostacolo non irrilevante agli sforzi dei ricorrenti volti a ottenere il rispetto della propria vita privata e familiare. Ciò è ulteriormente aggravato dallo stato di incertezza. Da quanto sopra consegue che la tutela attualmente disponibile non solo è carente nel contenuto, nella misura in cui non provvede alle esigenze fondamentali di una coppia che ha una relazione stabile, ma non è neanche sufficientemente stabile - dipende dalla convivenza, nonché dall'atteggiamento dei giudici (o a volte degli organi amministrativi) nel contesto di un paese che non è vincolato dal sistema del precedente giudiziario [...]».

⁵¹⁶ Sono 24 su 47 gli Stati membri del Consiglio d'Europa che, alla data della decisione, hanno previsto un riconoscimento giuridico per le unioni omoaffettive; nel 2010, invece, al tempo di *Schalk e Kopf*, la proporzione era di 19 Stati su 47. Da una breve analisi comparativa delle legislazioni degli Stati contraenti emerge che attualmente il matrimonio per le coppie dello stesso sesso è riconosciuto da 11 Stati (Belgio, Danimarca, Francia, Islanda, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Spagna e Svezia); a questi Stati si aggiungeranno a breve anche Finlandia e Irlanda (le cui rispettive normative sul matrimonio di coppie dello stesso sesso sono state adottate nel 2015, ma entreranno in vigore soltanto nel 2017). Una convergenza più ampia si registra a proposito dell'estensione dell'unione civile alle coppie del

accettazione del fenomeno anche alla luce di dati statistici e del dibattito culturale, sociale, politico e giurisprudenziale, nonché l'eventuale discrasia tra società civile e legislazione⁵¹⁷. Tale orientamento sembra destinato ad incidere anche sulla questione del matrimonio omosessuale: il futuro raggiungimento di un «*common ground*», di un consenso normativo strutturale negli ordinamenti giuridici degli Stati aderenti, potrebbe non risultare di per sé sufficiente ad estendere le *positive obligations* in tema di riconoscimento del matrimonio *same sex*. Con ogni probabilità, una volta raggiunto un orientamento legislativo uniforme nella maggioranza degli Stati, la Corte tenderà a valorizzare l'ulteriore parametro del "consenso interno" alla società civile per mantenere ampio il margine di apprezzamento statale, dando particolare risalto alla circostanza, già affermata in *Schalk*, che il matrimonio è un istituto profondamente radicato nelle tradizioni culturali e sociali delle singole comunità nazionali.

Sul contenuto degli obblighi positivi, *ex art. 8 Cedu*, per i giudici di Strasburgo incide anche l'equilibrio esistente tra interessi individuali e della collettività: non è sufficiente il mero richiamo alla delicatezza dei temi etici e religiosi coinvolti, lo Stato ha l'*onere* di indicare le *esigenze specifiche* perseguite per la comunità di riferimento.

Emerge in tal sede la carenza argomentativa del Governo italiano: la sua difesa si fondava esclusivamente (in una evidente eco del caso *Schalk*) sulla rivendicazione di un ampio margine di discrezionalità nella scelta dei tempi e dei modi della futura disciplina giuridica, senza indicare lo specifico interesse pubblico perseguito.

Se nella vicenda austriaca era stato riconosciuto un ampio margine di apprezzamento statale poiché una legislazione in materia era stata comunque introdotta, al contrario, il caso italiano «concerne unicamente l'esigenza generale di riconoscimento giuridico e la tutela fondamentale dei ricorrenti in quanto coppie omosessuali», dunque, l'*an* di un

medesimo sesso: ben 19 Stati membri del Consiglio d'Europa (Andorra, Austria, Belgio, Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Liechtenstein, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Regno Unito, Repubblica Ceca, Slovenia, Spagna, Svizzera e Ungheria) prevedono l'istituto dell'unione civile per le coppie formate da individui del medesimo sesso. Infine, occorre ricordare che il 23 dicembre 2015 la Grecia, per conformarsi alla sentenza emessa dalla Grande Camera nel citato caso *Vallianatos*, ha modificato la propria legge in tema di unioni civili registrate, estendendone l'applicazione anche alle coppie del medesimo sesso. Al contrario, le coppie omosessuali incontrano difficoltà in Stati come Russia e Turchia, ove ancora oggi non esiste una legislazione per combattere la discriminazione per motivi di orientamento sessuale (cfr. sul punto Commissione europea, *Turkey Report 2015 EU Enlargement Strategy*, adottato il 10 novembre 2015, pg. 66; ILGA-Europe, *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe*, 2014, pg. 140 e 167).

⁵¹⁷ Da ciò, la considerazione che inquadrare una questione di compatibilità convenzionale in termini di ingerenza arbitraria, piuttosto che di inadempimento di obblighi positivi, incide considerevolmente sull'onere probatorio posto a carico dei ricorrenti, inevitabilmente più gravoso nella seconda fattispecie.

intervento organico che riconosca i “*core rights*” di tali unioni: in tal senso si restringe ulteriormente il margine di apprezzamento⁵¹⁸.

La parte motiva della pronuncia si conclude con una condanna incisiva⁵¹⁹ del legislatore italiano per aver disatteso, nell’arco di trent’anni, le istanze della popolazione⁵²⁰ e, soprattutto, i moniti della Corte costituzionale che ha «segnatamente e ripetutamente sollecitato il riconoscimento giuridico dei pertinenti diritti e doveri delle unioni omosessuali»⁵²¹. Lo Stato ha, quindi, ecceduto il proprio margine di discrezionalità e violato l’obbligo positivo, posto dall’art. 8 Cedu, di garantire un riconoscimento giuridico a tali unioni⁵²².

Ad un’attenta lettura della pronuncia il dispositivo di condanna, adottato all’unanimità, sembra ruotare attorno all’inosservanza delle sentenze costituzionali e del monito inviato dal Presidente della Corte⁵²³, rimasti “lettera morta” a causa dell’immobilismo legislativo ultratrentennale.

La decisione, pertanto, si appunta su un aspetto significativo della nostra forma di governo, ovvero lo stato dei rapporti tra potere legislativo e Giudice delle Leggi, e si conclude con

⁵¹⁸ Cfr. Corte edu, Oliari e altri c. Italia, § 177: «A tale proposito la Corte ha già ritenuto che gli Stati godano di un certo margine di discrezionalità per quanto riguarda l’esatto status conferito da mezzi di riconoscimento alternativi e i diritti e gli obblighi conferiti da tale unione o da un’unione registrata (si veda Schalk e Kopf, sopra citata, §§ 108-09). In realtà il caso di specie concerne unicamente *l’esigenza generale di riconoscimento giuridico* e la tutela fondamentale dei ricorrenti in quanto coppie omosessuali. La Corte considera questi ultimi aspetti dell’esistenza e dell’identità dell’individuo cui si dovrebbe applicare il margine pertinente». Occorre, inoltre, considerare che il consenso europeo sulla necessità di regolamentare le coppie omosessuali è cresciuto in modo rilevante dal 2010: nel luglio 2015 la maggioranza di Stati del Consiglio d’Europa (24 su 47) ha legiferato a favore di tale riconoscimento.

⁵¹⁹ Cfr., Corte edu, Oliari e altri c. Italia, § 184: «Benché la Corte sia consapevole delle importanti differenze giuridiche e fattuali tra la causa Broniowski e il caso di specie, essa ritiene tuttavia che nel caso di specie il legislatore, intenzionalmente o per mancanza della necessaria determinazione, abbia disatteso le ripetute esortazioni dei supremi tribunali italiani. Invero, lo stesso presidente della Corte costituzionale nella relazione annuale della Corte si è rammaricato della mancata risposta da parte del legislatore alla pronuncia della Corte costituzionale relativa alla causa dei primi due ricorrenti (si veda il paragrafo 43 supra). La Corte ritiene che questa ripetuta inosservanza da parte del legislatore delle pronunce della Corte costituzionale o delle raccomandazioni in esse contenute relative alla coerenza con la Costituzione per un significativo periodo di tempo, indebolisca potenzialmente le responsabilità della magistratura e nel caso di specie abbia lasciato gli interessati in una situazione di incertezza giuridica di cui si deve tener conto».

⁵²⁰ La Corte edu afferma che, alla luce dei dati statistici di cui dispone, l’introduzione di una disciplina delle unioni omosessuali rispecchia i sentimenti della maggioranza della popolazione italiana: cfr., Corte edu, Oliari e altri c. Italia § 181: «Le statistiche presentate indicano che vi è nella popolazione italiana una diffusa accettazione delle coppie omosessuali, nonché un diffuso sostegno al loro riconoscimento e alla loro tutela [...]».

⁵²¹ Cfr. Corte edu, Oliari e altri c. Italia, § 180, ove viene richiamata la sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010.

⁵²² La scelta della Corte di non analizzare la censura relativa al principio di non-discriminazione è stata criticata da una parte della dottrina che l’ha giudicata come un arretramento rispetto alla recente giurisprudenza in tema di orientamento sessuale, in tal senso cfr. P. JOHNSON, *Ground-breaking Judgment of the European Court of Human Rights in Oliari and Others v. Italy: Same-sex Couples in Italy Must Have Access to Civil Unions/Registered Partnerships*, 21 luglio 2015, in <http://echrso.blogspot.nl/2015/07/ground-breaking-judgment-of-european.html>.

⁵²³ Non è un caso che la Corte edu richiami espressamente le parole espresse dal Presidente della Corte Costituzionale F. Gallo in occasione della relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale del 2012.

una censura piuttosto stringente: la ripetuta inosservanza delle pronunce costituzionali (*in primis*, della sentenza n. 138/2010) «per un periodo significativo» finisce per indebolire la stessa responsabilità ed autorevolezza dell'organo.

In conclusione, la violazione dell'obbligo positivo di cui all'art. 8 Cedu non assume una consistenza *ex se*, ma in quanto strettamente correlata alle precedenti sollecitazioni giurisprudenziali rimaste inascoltate. Si intende dire che l'obbligo di legiferare, di cui parla la sentenza *Oliari*, non sembra potenzialmente estensibile, come paventato in dottrina, a tutti e ventidue gli Stati che non hanno ancora adottato una disciplina sulle unioni *same-sex*: la condanna è strettamente legata alla situazione italiana, al contesto sociale e all'inosservanza dei moniti dei superiori tribunali nazionali.

L'aspetto decisivo e qualificante della pronuncia è, quindi, l'enfasi con la quale Strasburgo condanna la mancata attuazione dei precedenti arresti giurisprudenziali, configurando una "fattispecie sanzionatoria complessa" di moniti costituzionali inadempiti⁵²⁴.

Tale fattispecie impone una riflessione sull'assenza di strumenti decisori che consentano alla stessa Corte costituzionale di inviare ammonimenti cogenti al legislatore. Ciò vale specialmente in materie eticamente sensibili nelle quali, come osservato, il "silenzio eloquente" è la scelta privilegiata dell'organo politico, dinanzi a questioni che dividono le coscienze individuali ed il comune sentire della società civile. Attendere che sia Strasburgo a condannare lo Stato per inosservanza di decisioni costituzionali non sembra un'opzione utilmente percorribile: esigenze di garanzia dei diritti fondamentali, nonché di efficienza del sistema di giustizia costituzionale potrebbero spingere l'ordinamento alla previsione di rimedi giuridici volti a sanzionare dall'interno l'inerzia del *conditor iuris*⁵²⁵.

3.6. L'attuale disciplina delle "unioni civili": una legge costituzionalmente e convenzionalmente necessaria.

Se è vero che l'affermazione dei diritti delle coppie omosessuali, in Europa, conosce un'evoluzione continua e graduale, iniziata con la depenalizzazione delle relazioni omoaffettive e la successiva previsione di discipline antidiscriminatorie, con la sentenza *Oliari* la Corte edu sembra aver condotto l'Italia verso un'ulteriore "tappa" fondamentale:

⁵²⁴ Questo aspetto viene particolarmente posto in evidenza nelle opinioni concorrenti, ove si afferma che la violazione dell'art. 8 Cedu è dipesa dall'inerzia legislativa, intesa come indebita interferenza nella vita familiare dei ricorrenti, per avere lo Stato italiano violato l'art. 2 della Costituzione ed i moniti costituzionali.

⁵²⁵ Questo profilo sarà approfondito nelle conclusioni, cfr. in particolare Cap. IV, paragrafo n. 4.3.

il riconoscimento giuridico di uno *status* familiare comprensivo di diritti soggettivi ed obblighi reciproci⁵²⁶.

La pressione della giurisprudenza interna e convenzionale, con accenti progressivamente più incisivi, ha “messo in mora” il Parlamento italiano, spingendolo a legiferare.

In definitiva, all’indomani del caso *Oliari*, l’introduzione di una disciplina organica generale delle unioni omosessuali si presentava come “non solo costituzionalmente ma anche convenzionalmente necessaria”: essendo loro precluso l’accesso al matrimonio ed in assenza di altre forme di riconoscimento, alle coppie omoaffettive era imposto di rimanere fuori dalle regole giuridiche, senza che ciò fosse il risultato di una libera scelta.

Il Parlamento italiano, prescindendo dalle criticità⁵²⁷ in ordine alla tecnica legislativa adottata⁵²⁸, sembra aver seguito gli indirizzi tracciati dalla Consulta: la legge n. 76/2016 qualifica l’unione civile⁵²⁹ come «specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione», evidente eco della sentenza n. 138/2010, costituita tra due persone maggiorenni del medesimo sesso, alla presenza di due testimoni, mediante una dichiarazione di fronte all’ufficiale di stato civile.

Tratto qualificante l’opzione legislativa è la decisione di distinguere le unioni civili dal matrimonio e riservare le prime alle sole coppie dello stesso sesso: una soluzione che ha come modello la legislazione tedesca⁵³⁰ ed è perfettamente in linea con l’interpretazione originalista dell’art. 29 Cost. prospettata dalla Consulta.

⁵²⁶ È indubbio che la sentenza *Oliari* abbia posto un obbligo, sul piano internazionale, a carico dello Stato italiano di introdurre in tempi rapidi una regolamentazione giuridica delle unioni stabili tra persone dello stesso sesso.

⁵²⁷ Cfr. le criticità espresse da G. CASABURI, *Nota a Oliari contro Italia*, in *Foro.it*, 2016, IV, pg. 10, il quale pone in evidenza che la prima scelta qualificante è quella di prevedere una legge speciale per la disciplina delle unioni civili e delle convivenze di fatto, anziché «introdurre, dopo l’art. 230 bis c.c., il titolo VI bis (delle unioni civili) e quindi il titolo VI ter (della disciplina della convivenza)».

⁵²⁸ Il testo definitivo consta di un unico articolo, suddiviso in ben 69 commi, di difficile lettura, i primi 35 dedicati alle “unioni civili”, ed i restanti dedicati alla “convivenza di fatto”: tale struttura è dovuta al c.d. maxiemendamento, in cui è confluito, in gran parte, il disegno di legge originario.

⁵²⁹ Non ci soffermeremo in questa sede sulla disciplina delle “convivenze di fatto”, cui possono avere accesso le coppie di maggiorenni, dello stesso o di diverso sesso indistintamente, purché unite stabilmente da “legami affettivi”, nonché da legami di reciproca assistenza materiale e morale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità, adozione, da matrimonio o da un’unione civile. Ci limitiamo brevemente a ricordare che i conviventi di fatto possono stipulare un contratto di convivenza per disciplinare i relativi rapporti patrimoniali; il contratto può essere risolto per accordo delle parti, per recesso unilaterale, o in caso di matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra uno di questi e un’altra persona, oltre che per morte di uno dei contraenti. Il testo del disegno di legge riconosce ai conviventi i diritti relativi all’assistenza nelle carceri e negli ospedali, il potere di rappresentanza, previa designazione, per le decisioni relative alla salute in caso di incapacità di intendere e di volere e per la donazione di organi in caso di morte. Il convivente di fatto può, altresì, essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno e, in caso di morte dell’altro, può succedere nel contratto di locazione. È stato espressamente riconosciuto il diritto al risarcimento del danno qualora la morte del convivente sia stata cagionata da fatto illecito di un terzo. Ai conviventi viene, inoltre, riconosciuta la possibilità di inserimento nelle graduatorie per l’assegnazione di alloggi di edilizia popolare.

⁵³⁰ *Eingetragene Lebenspartnerschaft LPartG*, su cui cfr. V. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Famiglia e diritto*, 2015, pg. 958.

Il nuovo istituto è comunque costruito sul paradigma matrimoniale⁵³¹: la disciplina giuridica applicabile alle unioni civili è individuata mediante ampio rinvio al dettato codicistico sul matrimonio, con il riconoscimento di diritti e obblighi in parte coincidenti⁵³².

La mediazione parlamentare ha, tuttavia, portato per almeno due profili ad una “tutela al ribasso”, frutto di un compromesso solo apparentemente ideologico: chi si era espresso a difesa della “famiglia tradizionale” ha ottenuto l’eliminazione della cd. *stepchild adoption*, nonché la soppressione di ogni riferimento al dovere di fedeltà e all’obbligo di «collaborazione nell’interesse della famiglia», previsti dal codice civile per l’istituto matrimoniale⁵³³.

Se l’esclusione del dovere di fedeltà nell’ambito delle unioni civili potrebbe apparire una vittoria puramente simbolica dei sostenitori della “famiglia tradizionale”, al contrario, dal punto di vista strettamente giuridico, ha dei risvolti significativi e potrebbe condurre a censure di incompatibilità costituzionale. Nell’ambito matrimoniale, infatti, secondo un diritto giurisprudenziale ormai consolidato⁵³⁴, la violazione del dovere di fedeltà può dare luogo al c.d. “illecito endofamiliare”, quindi, ad una responsabilità civile *ex art. 2059 c.c.*; ne discende che il mancato riferimento a quell’obbligo nell’ambito dell’unione civile, lungi dal rappresentare una mera vittoria ideologica, potrebbe essere censurato per profili di irragionevole disparità di trattamento *ex art. 3 Cost.* e cadere sotto la scure di una sentenza manipolativa additiva⁵³⁵.

⁵³¹ Come si evince anche dai decreti attuativi pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale n. 22 del 27 gennaio 2017, ovvero i decreti legislativi nn. 5, 6 e 7 del 19 gennaio 2017, che entreranno in vigore l’11 febbraio 2017. Il D.lgs. n. 5/2017 contiene disposizioni per l’adeguamento delle norme dell’ordinamento dello stato civile alle previsioni della legge n. 76/2016, nonché le modifiche ed integrazioni normative necessarie per il coordinamento con la medesima legge. Il D.lgs. n. 6/2017 introduce modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili. Il D.lgs. n. 7/2017 reca disposizioni per la modifica e il riordino delle norme di diritto internazionale privato in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso.

⁵³² Risulta costruito in base al paradigma matrimoniale il regime giuridico degli impedimenti e della nullità delle unioni civili. Vi è inoltre una parziale equiparazione nei profili economici, patrimoniali, nonché successori (comma 21), così come trova applicazione il regime solidaristico post-matrimoniale (assegno divorzile, pensione di reversibilità, diritto ad una quota del t.f.r.). Fondamentale è, infine, la clausola di equivalenza, prevista dal comma 20, che consente di applicare tutte le disposizioni che si riferiscono al matrimonio o ai coniugi previste in leggi, in atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, con l’unica esclusione delle disposizioni non richiamate del codice civile e della l. n. 184/1983 sulle adozioni. Tale clausola consentirà di applicare alle unioni civili tutte le disposizioni (non solo di rango legislativo) relative ai coniugi, contenute ad esempio nel codice di procedura civile, ma anche quelle in materia di agevolazioni tributarie, edilizia, immigrazione, nonché quelle previdenziali.

⁵³³ Come noto, *ex art. 143, c. 2, c.c.*

⁵³⁴ Cfr. Corte Cass., n. 8862/2012, nonché Corte Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, in *Foro.it.*, 2012, I, pg. 2038; Corte Cass., 8 settembre 2014, n. 18870, id.

⁵³⁵ A ben vedere, i giudici comuni potranno scegliere se optare per una interpretazione estensiva della disciplina matrimoniale, in nome di un’interpretazione conforme a Costituzione, in particolare all’art. 3 Cost.,

La legge n. 76/2016 disciplina anche l'eventuale patologia dell'unione civile, prevedendo una regolamentazione dello scioglimento che, per certi aspetti, rinvia alla legge n. 898/1970, ma è solo parzialmente affine alla disciplina sul matrimonio⁵³⁶: è stato, infatti, soppresso ogni riferimento al regime della separazione legale (consensuale e giudiziale)⁵³⁷. Si tratta di una semplificazione rilevante rispetto all'*iter* di scioglimento del vincolo coniugale: tale elemento differenziale potrebbe suscitare dubbi di costituzionalità in termini di "discriminazione al rovescio" in danno delle coppie eterosessuali coniugate.

Riguardo alla peculiare fattispecie della rettificazione anagrafica di sesso di uno dei coniugi, il legislatore risponde al monito costituzionale, contenuto nella sentenza n. 170/2014, prevedendo l'automatica conversione del matrimonio in unione registrata, ove entrambi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il legame. Tale soluzione si pone in linea con la *ratio decidendi* della sentenza *Hämäläinen c. Finlandia*⁵³⁸, intervenuta su un'analogha questione: ivi la Corte di Strasburgo "assolve" lo Stato convenuto perché, imponendo la conversione del matrimonio in unione registrata in caso di mutamento di sesso di uno dei coniugi, non avrebbe superato il proprio margine di apprezzamento, dando particolare rilievo alla circostanza che le differenze nella disciplina giuridica dei due istituti (matrimonio e unione registrata) risultavano in quel caso di lieve entità.

Nell'ipotesi in cui, invece, sia un componente di una unione civile a ottenere una sentenza di rettificazione di sesso, la legge n. 76/2016 prevede lo scioglimento automatico dell'unione (non più costituita da persone dello stesso sesso): si tratta di una sorta di "scioglimento *ex lege*" con la differenza⁵³⁹, rispetto alla coppia in origine coniugata, che l'unione civile non potrebbe trasformarsi automaticamente in matrimonio ove le parti manifestassero la volontà di mantenere il loro rapporto di *affectio*. Anche questo profilo differenziale tra coppia inizialmente coniugata e unione civile, in caso di rettifica di sesso di uno dei componenti, potrebbe sollevare profili di dubbia costituzionalità in ordine alla

oppure sollevare, come detto, la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la mancata previsione di quel dovere, per un'irragionevole discriminazione tra coppia coniugata ed unione civile, o, infine, escludere l'applicazione di quel "diritto vivente" alle unioni civili, in mancanza di un riferimento legislativo espresso all'"obbligo di fedeltà".

⁵³⁶ Il ddl originario estendeva *tout court* alla unione civile la normativa su separazione e divorzio.

⁵³⁷ La legge stabilisce che quando le parti manifestano, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile, è sufficiente proporre la domanda di scioglimento decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà. La previa manifestazione di volontà ed il decorso del termine di tre mesi non sono, tuttavia, previsti a pena di improponibilità o improcedibilità della domanda. Inoltre, la legge non richiede che la manifestazione di volontà abbia una qualche motivazione, quale l' intollerabilità della convivenza, o il venir meno della comunione spirituale o materiale tra le parti.

⁵³⁸ Cfr. GC, Corte edu, Hamalainen c. Finlandia, 16 luglio 2014: i ricorrenti lamentavano che fosse loro imposta la conversione di diritto del matrimonio in unione registrata in caso di cambiamento di sesso di uno degli sposi.

⁵³⁹ Differenza che è stata oggetto di critiche in ordine alla sua ragionevolezza da M. GATTUSO, *Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: prima guida*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 25 febbraio 2016, par. 4.6.

ragionevolezza del trattamento differenziato, dubbi che, tuttavia, con ogni probabilità, cadrebbero sotto la scure dell'inammissibilità per discrezionalità legislativa, dal momento che la coppia inizialmente legata da unione civile sarebbe comunque libera, a seguito della rettifica, di contrarre il vincolo coniugale.

Sussiste un ultimo profilo da esaminare, quello che ha innestato il più ampio ed acceso dibattito in Parlamento: il profilo concernente l'adozione co-parentale.

Con l'approvazione al Senato⁵⁴⁰, come noto, è stata espunta la disposizione che consentiva l'adozione del figlio naturale del *partner* (c.d. *stepchild adoption*) nell'ambito dell'unione civile⁵⁴¹.

Al di là del merito dell'opzione legislativa, resta il fatto che la perdurante mancanza di una regola giuridica chiara che espressamente consenta o anche soltanto vieti l'adozione co-parentale rappresenta una precisa scelta politica dalle rilevanti conseguenze istituzionali. Il Parlamento ha optato, ancora una volta, per quel "silenzio eloquente" di cui si discorreva all'inizio, quindi, per una delega "in bianco" ai giudici comuni in ordine all'ammissibilità dell'istituto.

Il Tribunale per i minorenni di Roma⁵⁴² è stato il primo giudice a disporre l'adozione della figlia naturale della compagna omosessuale, incardinando il dispositivo sull'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 183 del 1984, fattispecie aperta che consente l'adozione "in casi particolari", non rientranti nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge, al fine di garantire un'adeguata tutela dell'interesse superiore del minore. Lo stesso Tribunale ha

⁵⁴⁰ In data 25 febbraio 2016.

⁵⁴¹ L'adozione co-parentale, dal punto di vista comparato, è già da tempo riconosciuta nel panorama europeo: Regno Unito, Spagna, Francia, Danimarca e Belgio prevedono l'istituto; in Paesi come Germania, Finlandia e Groenlandia, che non consentono l'adozione da parte di coppie dello stesso sesso, viene, tuttavia, consentita l'adozione dei figli naturali e adottivi del *partner*, nell'ipotesi di convivenza registrata con una persona di uguale sesso.

⁵⁴² Tribunale per i minorenni di Roma, con due sentenze, la prima del 30 giugno 2014, confermata anche in grado di appello da Corte d'Appello di Roma, 23 dicembre 2015, *Foro it.*, 2016, I, pg. 699, e la seconda del 22 ottobre 2015. Merita di essere ricordata anche una decisione del 16 ottobre del 2015 della Corte d'Appello di Milano, n. 2543, che per la prima volta ha riconosciuto la validità e ordinato la trascrizione di un provvedimento spagnolo di adozione da parte di una donna italiana nei confronti della figlia della coniuge (sposata e poi divorziata sempre in Spagna), nata con fecondazione eterologa. La Corte d'Appello, sulla base di un diritto vivente ormai costante, ha rigettato la domanda di trascrizione del matrimonio contratto in Spagna e della successiva sentenza di divorzio, mentre ha riconosciuto il provvedimento straniero di adozione piena in nome del superiore interesse del minore che richiede, a detta dei giudici di appello, di garantire il «diritto fondamentale del minore di continuare a godere dell'apporto materiale e affettivo delle due persone che da molti anni si sono assunte la responsabilità genitoriale nel suo interesse». Si ricorda, infine, che nel novembre del 2014 è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dal Tribunale di Bologna, in riferimento agli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui impediscono il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione di un minore, figlio biologico di una donna, in favore della *partner* della stessa a lei unita in matrimonio. Come preannunciato nel comunicato della Corte costituzionale del 24 febbraio 2016, la questione è stata dichiarata inammissibile, poiché «il Tribunale di Bologna ha erroneamente trattato la decisione straniera come un'ipotesi di adozione da parte di cittadini italiani di un minore straniero (cosiddetta adozione internazionale), mentre si trattava del riconoscimento di una sentenza straniera, pronunciata tra stranieri».

affermato che l'art. 44 della suddetta legge è «una porta aperta sui cambiamenti che la nostra società ci propone e ai quali il giudice minorile non può restare indifferente»⁵⁴³.

Dinanzi ai molteplici interventi giurisprudenziali che hanno, di fatto, riconosciuto l'adozione co-parentale nell'ambito di unioni omoaffettive, spettava all'organo rappresentativo della volontà del corpo elettorale prendere una posizione precisa e chiara circa l'ammissibilità o il diniego di un istituto incidente su interessi fondamentali della persona.

La scelta legislativa di non consentire né vietare l'adozione co-parentale⁵⁴⁴ comporta gravi ripercussioni sul fondamentale principio della separazione dei poteri: si delega al potere giudiziario la disciplina generale dell'*an* e del *quommodo* di un istituto che incide su diritti fondamentali, quali il superiore interesse del minore, la libertà di autodeterminazione in ambito familiare ed il diritto alla conservazione di una relazione affettiva stabile. Una delega che si traduce in una tutela parcellizzata, *case by case*, potenzialmente discriminatoria in assenza di una disciplina legislativa minima di riferimento che orienti il giudice nella risoluzione della fattispecie concreta⁵⁴⁵.

La legge n. 76/2016, se interpretata in termini di diniego di accesso all'adozione co-parentale nell'ambito dell'unione civile, potrebbe, altresì, sollevare dubbi di costituzionalità in riferimento al criterio di ragionevolezza della scelta normativa rispetto al "superiore interesse del minore da valutare in concreto". In definitiva, la Corte costituzionale potrebbe censurare, come già in passato ha fatto proprio in ambito familiare⁵⁴⁶, l'automatismo legislativo⁵⁴⁷ che esclude la valutazione in concreto dell'interesse del minore ed il potere del giudice di modulare la regola generale in relazione alle peculiarità della fattispecie (i.e. in relazione all'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto di fatto instaurato con il genitore sociale).

⁵⁴³ Cfr. Trib. Roma, 30 giugno 2014.

⁵⁴⁴ Il comma 20 recita testualmente «Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

⁵⁴⁵ Secondo M. D'AMICO, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in *Federalismi.it*, Editoriale 9 marzo 2016, pg. 10 ss.: «È presumibile che una parola (quasi) definitiva sulla possibilità di ricorrere comunque all'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983 verrà dalla Corte di cassazione».

⁵⁴⁶ Si pensi alla sentenza Corte cost., n. 303/1996, sul divario di età tra adottante e adottato, che in base alla legge non poteva superare in nessun caso il limite dei 40 anni, regola colpita dalla Corte proprio nella parte della inderogabilità del limite; o, ancora, alla sentenza Corte cost., n. 31/2012, dichiarativa dell'illegittimità della disposizione legislativa che prevedeva la perdita automatica della potestà genitoriale per il genitore che avesse commesso il delitto di alterazione di stato, «così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto».

⁵⁴⁷ In tal senso cfr. anche G. BRUNELLI, *Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11.11.2015, pg. 12.

Per dare, infine, una risposta all'annoso problema della trascrivibilità del matrimonio *same sex* contratto all'estero, la legge prevede una delega legislativa per la riforma del diritto internazionale privato (i.e. legge n. 218/1995) ed un preciso criterio direttivo⁵⁴⁸: «l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso *regolata dalle leggi italiane* alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo». Si prevede in tal modo una riqualificazione di tutti i matrimoni omosessuali, contratti fuori dal confine nazionale, come "unioni civili" ai fini del riconoscimento giuridico nell'ordinamento interno⁵⁴⁹; soluzione, peraltro, prescelta anche nell'ordinamento tedesco ed in quello svizzero⁵⁵⁰, che risponde alle pressanti istanze di tutela da tempo emerse nella società civile e filtrate dalla stessa Corte di Cassazione.

Al termine della lunga parabola giurisprudenziale che ha caratterizzato la procreazione assistita e le unioni omosessuali, la legge sulle unioni civili sembra fare un passo avanti ed uno indietro: recepisce l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale e convenzionale sulla legge n. 40, là dove rifugge dalla previsione di divieti assoluti, perentori, frutto di un bilanciamento a "senso unico", ma, al contempo, dinanzi alla questione più divisa, l'adozione co-parentale, opta ancora una volta per una delega "in bianco" al potere giudiziario.

In definitiva, il destino della legge n. 76/2016 sembra lontano da quella progressiva demolizione giurisprudenziale che ha interessato l'impianto generale della legge n. 40/2004; si tratta, tuttavia, di una legge perfettibile su alcuni specifici aspetti, quali appunto la *stepchild adoption* ed il dovere di fedeltà reciproca, dei quali con ogni probabilità Corte costituzionale e Corte edu saranno presto investite.

⁵⁴⁸ Alla suddetta delega legislativa, come preannunciato (cfr. nota 532), è stata data attuazione con il D.lgs. 19 gennaio 2017 n. 7, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 22 del 27 gennaio 2017, che entrerà in vigore l'11 febbraio 2017, recante disposizioni per la modifica e il riordino delle norme di diritto internazionale privato in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso.

⁵⁴⁹ Su cui cfr. ora l'art. 1, d.lgs. n. 7/2017.

⁵⁵⁰ Cfr. l'art. 45 della legge svizzera di diritto internazionale privato (nella formulazione in vigore dal 1° gennaio 2007), ove si stabilisce che un matrimonio celebrato validamente all'estero tra persone dello stesso sesso è riconosciuto in Svizzera come unione registrata (*partenariat enregistré*). In Germania, secondo la giurisprudenza e la maggior parte della dottrina, la norma di diritto internazionale privato concernente le *civil partnerships* tra persone dello stesso sesso è applicabile ai matrimoni esteri per analogia. In dottrina Cfr. D. MARTINY, *Private International Law Aspects of Same-Sex Couples under German Law*, in *Legal Recognition of Same Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*, K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS (eds), pg. 189 ss.

Capitolo IV

Considerazioni conclusive

4.1. Una riflessione sulla tenuta del rapporto fra Corti dinanzi a temi sensibili.

Nelle premesse del presente lavoro sono stati definiti due obiettivi fondamentali: individuare le caratteristiche qualificanti la tutela offerta dai due sistemi di giustizia in ambiti eticamente sensibili e valutare l'andamento dei rapporti fra le rispettive Corti in termini di interazione reciproca o, viceversa, di frizione.

Guardando al rapporto intercorrente tra Giudice delle Leggi e Corte edu nei settori oggetto di analisi, un primo aspetto da segnalare è la loro convergenza nell'individuazione del metodo di produzione legislativa più idoneo, quando sono in gioco questioni dalle incisive implicazioni medico-scientifiche. In tal senso è emblematica la giurisprudenza in tema di procreazione medicalmente assistita: i moniti inviati al legislatore dalla *Grande Chambre*, nel caso *SH.*, e dalla Corte costituzionale, nelle sentenze n.n. 162/2014 e 96/2015, ricordano che occorre un costante monitoraggio dello sviluppo della scienza da parte dell'organo politico.

L'analisi condotta dimostra, inoltre, che l'effetto competitivo tra le due Corti nella tutela dei diritti fondamentali ha un valore positivo innegabile, di stimolo verso un intervento nel merito delle autorità nazionali. Particolarmente significativa, in tal senso, è stata la vicenda delle unioni civili nella quale il percorso di sensibilizzazione, per ottenere una normativa a tutela delle coppie omosessuali, ha trovato nel giudice di Strasburgo un propulsore fondamentale. La giurisprudenza convenzionale può creare un autorevole e progressivo consenso intorno al riconoscimento giuridico di situazioni soggettive di nuovo conio, o irragionevolmente prive di un'adeguata regolamentazione: in Italia, dinanzi all'immobilismo parlamentare protrattosi per anni e stigmatizzato più volte dalla stessa Corte costituzionale, è stata la concorrenza della sentenza *Oliari* ad indurre il legislatore a disciplinare la materia.

Del pari, l'interventismo "bifronte" del giudice di Strasburgo, nel caso *Costa e Pavan*⁵⁵¹, ha indubbiamente avuto un ruolo di stimolo rispetto alla decisione della Consulta di

⁵⁵¹ Come osservato nel Capitolo n. 2, Parte I, si parla di "interventismo bifronte" perché incidente sia sui limiti alla giurisdizione convenzionale sia sulla qualità della tutela sostanziale offerta ad un nuovo interesse giuridico.

intervenire, questa volta nel merito, sulla questione di legittimità costituzionale del divieto di diagnosi pre-impianto, chiusa nel 2006⁵⁵² con un sostanziale *non liquet*.

Strasburgo nasce e costituisce a tutti gli effetti una risorsa, ma occorre verificare se, dinanzi a temi sensibili, anche la Corte costituzionale dimostri di esserne, a sua volta, persuasa.

La risposta dipende, come di consueto, dalla prospettiva adottata: guardare agli interventi giurisprudenziali in un'ottica formalistica, è cosa ben diversa dall'analizzare il grado di tutela sostanziale offerto ai medesimi beni della vita, a Roma ed a Strasburgo.

In una prospettiva puramente formale, ciò che prevale nel discorso costituzionale è un uso "retorico" della giurisprudenza convenzionale, dettato da ragioni di mera opportunità⁵⁵³.

Il *decisum* di Strasburgo viene richiamato, a chiare lettere, soltanto se in linea con le argomentazioni della Consulta volte a riconoscere uno spazio riservato alla discrezionalità del legislatore, come accaduto nell'ambito della ricerca scientifica sugli embrioni (sentenza n. 84/2016)⁵⁵⁴. In caso contrario, laddove entrambi i sistemi di garanzia spingano verso la caducazione della disciplina nazionale, il parametro evocato è sempre e soltanto quello costituzionale "interno in senso stretto", la norma convenzionale interposta ed il parametro dell'art. 117 Cost. sono oggetto di assorbimento ed il richiamo alla giurisprudenza di Strasburgo risulta omissis o posto fra le righe, come accaduto nelle questioni biogiuridiche di inizio-vita.

La prospettiva adottata dalla Consulta è quella della residualità degli obblighi internazionali: un'impostazione che indubbiamente valorizza le specificità dei valori costituzionali, tutela il pluralismo, la portata garantista e la ricchezza ontologica dei diritti garantiti in Costituzione⁵⁵⁵.

Ad inaugurare questa tendenza, nell'ambito di questioni sensibili, è stata la decisione n. 278/2013 che ha accolto il principio di diritto promanante dalla sentenza *Godelli c. Italia*⁵⁵⁶, ma sanzionato la disciplina nazionale sulla base dei soli parametri costituzionali

⁵⁵² Si ricorda Corte cost., ord. n. 369/2006.

⁵⁵³ Secondo A. MORRONE, *Ubi scientia ibi ius, op. cit.*, i richiami a Strasburgo, nella giurisprudenza costituzionale, sono «altalenanti e largamente opinabili».

⁵⁵⁴ La sentenza n. 84/2016 è emblematica in tal senso: il giudice rimettente non aveva invocato il parametro convenzionale, eppure i richiami della Consulta al precedente *Parrillo* sono consistenti perché funzionali a giustificare il proprio *self restraint* e la declaratoria di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa.

⁵⁵⁵ Pensiamo alla vicenda della fecondazione eterologa in cui il modello convenzionale dell'art. 8 Cedu offre tutela ad una dimensione meramente individuale, fondata sul diritto allo sviluppo della personalità, mentre l'art. 32 Cost., nel tutelare il diritto alla salute, ricomprende la sua "doppia anima", ovvero la componente individuale e quella collettiva e sociale.

⁵⁵⁶ Corte edu, II sezione, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012 (ricorso n. 33783/09).

“interni in senso stretto”⁵⁵⁷; ancor più significativa, in tal senso, la sentenza n. 96/2015 nella quale viene citata soltanto tra parentesi la precedente condanna convenzionale, nell’omologo caso *Costa e Pavan*, che per prima aveva segnalato l’incoerenza della legislazione italiana in materia di diagnosi pre-impianto.

Considerata la carenza di richiami alla giurisprudenza di Strasburgo ed il costante assorbimento dei parametri convenzionali, la Corte costituzionale sembra “aver smarrito la via del dialogo”, in linea con gli orientamenti di chiusura espressi nella sentenza n. 49/2015: dal «predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu» alla limitazione dell’obbligo di interpretazione conforme al diritto convenzionale. Sembra di questo avviso anche la *Grande Chambre*, nel caso *Parrillo*, là dove esprime un giudizio negativo sulla tenuta del modello di giustizia costituzionale inaugurato con le «sentenze gemelle»: la maggior parte delle decisioni costituzionali e di merito, nell’ambito della procreazione assistita, resta silente rispetto ai parametri convenzionali e la sentenza n. 49/2015 ha notevolmente circoscritto la portata dell’obbligo di interpretazione conforme alla Cedu ed alla giurisprudenza convenzionale.

Occorre, quindi, domandarsi se sussista un rapporto autenticamente dialogico tra Corti, pur in mancanza di richiami espressi alle rispettive pronunce sullo stesso *thema decidendum*, o ai prodotti normativi ed ai principi di diritto ivi enunciati.

Guardando alla tutela sostanziale offerta dai due sistemi di giustizia, si può constatare un tendenziale allineamento tra Corti nell’individuazione degli interessi giuridicamente meritevoli e nel grado di tutela da apprestare.

Nell’ambito delle unioni omoaffettive, si riscontra una piena convergenza tra giurisprudenza costituzionale e convenzionale in ordine alla indefettibile necessità di garantire loro un riconoscimento giuridico, rispettivamente a norma degli art. 2 Cost. e 8 Cedu.

Rispetto alla questione matrimoniale apparentemente prevalgono i profili di differenziazione in ordine alla concezione dell’istituto e nell’approccio ermeneutico impiegato: a Strasburgo, dato letterale, interpretazione sistematica e originalista dell’art. 12 Cedu non impediscono un’interpretazione evolutiva della disposizione, nel giudizio costituzionale, invece, l’interpretazione evolutiva risulta recessiva rispetto all’*original intent* dei Costituenti. Ciononostante, anche nell’ambito del matrimonio *same sex* Corte

⁵⁵⁷ Nell’ambito del divieto di eterologa, invece, la Corte costituzionale ha, dapprima, disposto la restituzione degli atti in forza della sopravvenuta sentenza della Grande Camera e del parametro assorbente dell’art. 117, comma 1, Cost., successivamente, nella decisione n. 162/2014, ha ommesso qualsiasi richiamo al precedente arresto convenzionale, senza motivare l’assorbimento di quello stesso parametro.

costituzionale e Corte edu giungono ad un risultato sostanziale convergente: come la Costituzione non prevede un diritto fondamentale al matrimonio omosessuale, così, non lo prevede il sistema Cedu. È da escludere, quindi, la sussistenza di un obbligo, costituzionale o convenzionale, a carico del legislatore in ordine al riconoscimento giuridico del matrimonio *same sex*.

Del pari, dinanzi alla questione della diagnosi pre-impianto, Corte costituzionale e Corte edu giungono ad accertare un'incoerenza nel sistema legislativo italiano ed a riconoscere il medesimo diritto alle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche.

Ciò dimostra che tra approccio formale e sostanziale sussiste una certa discrasia: pur in mancanza di richiami espressi alla giurisprudenza eteroprodotta, si riscontra una convergenza nel grado di tutela apprestato. Questa discrasia tra forma e sostanza è indice sintomatico di un assetto dei rispettivi rapporti ancora in cerca di un equilibrio stabile e consolidato.

A minare parzialmente questo equilibrio interviene quella tendenza del giudice di Strasburgo, più volte segnalata, che investe frontalmente il rapporto tra le due Corti. Quando la violazione del sistema Cedu è imputabile ad un atto legislativo nazionale, il ricorso a Strasburgo è, con sempre maggior frequenza, ritenuto ammissibile pur in mancanza del previo esperimento di qualsiasi rimedio interno, sul presupposto che l'ordinamento italiano non contempla uno strumento di impugnazione diretta della legge da parte del singolo ed il sistema incidentale di costituzionalità non costituisce un rimedio interno "effettivo".

Tale impostazione determina un profilo di frizione tra i due sistemi di garanzia: permettendo all'individuo di ricorrere direttamente a Strasburgo ogniqualvolta sussista un'incompatibilità tra norma di legge nazionale e Cedu, i giudici della Convenzione possono giudicare per primi sulla questione ed il ricorrente può bypassare qualsiasi filtro a livello nazionale, compreso il giudizio di legittimità costituzionale. Il rischio di giungere progressivamente ad una "pregiudiziale di convenzionalità" che, ad oggi, nessuna norma del nostro ordinamento legittima (dato il mancato parallelismo tra ordinamento dell'U.e. e sistema Cedu), può aver condizionato l'atteggiamento di formale chiusura della nostra Corte costituzionale ed, in tale prospettiva, si può spiegare anche la scelta degli Stati

contraenti di modificare la Convenzione⁵⁵⁸, introducendo nel suo stesso testo un esplicito riferimento al principio di sussidiarietà ed alla dottrina del margine di apprezzamento.

Dinanzi a temi sensibili che risentono in modo significativo delle caratteristiche socio-culturali dei singoli Stati contraenti, può risultare particolarmente utile recuperare il carattere sussidiario della tutela convenzionale: a tale scopo è prospettabile, come soluzione *de iure condendo*, il “recupero costruttivo” dello schema delle “gemelle”. In caso di potenziale conflitto tra Convenzione e legislazione nazionale, si potrebbe configurare un vero e proprio *obbligo*, a carico dell’individuo interessato, di adire in prima battuta il giudice comune ed eccepire il relativo contrasto, pena l’inammissibilità del ricorso a Strasburgo. Ne consegue l’obbligo per il giudice comune di esperire il tentativo di interpretazione conforme a Convenzione e, laddove l’attività ermeneutica avesse esito negativo, l’ulteriore obbligo di sollevare la questione dinanzi alla Corte costituzionale per incompatibilità convenzionale. Se, invece, il giudice comune rigettasse l’eccezione o non motivasse sul tentativo di interpretazione adeguatrice, si potrebbe allora configurare il *diritto* del singolo di rivolgersi direttamente a Strasburgo, per mancato o non corretto adempimento dell’obbligo di interpretazione conforme a Convenzione.

Come si evince dalla opinione concorrente del caso *Parrillo*⁵⁵⁹, l’orientamento convenzionale restrittivo che nega al sistema incidentale italiano il carattere di rimedio interno effettivo potrebbe essere superato se vi fosse una corretta applicazione del sistema delle «gemelle», del relativo obbligo per i giudici comuni di interpretazione conforme a Convenzione e fossero superati i limiti, posti dalla sentenza n. 49/2015, alla vincolatività del solo *arret pilote* o *bien établie*.

Il recupero delle «gemelle» ed il superamento della giurisprudenza costituzionale più recente e restrittiva dovrebbero, così, ricondurre i giudici di Strasburgo a sanzionare con l’inammissibilità i ricorsi individuali proposti senza il previo esperimento di alcun rimedio nazionale, quindi, privi del carattere della sussidiarietà.

Il prospettato obbligo del singolo di adire, in prima battuta, il giudice comune dovrebbe comunque costituire una regola generale ma non assoluta, suscettibile di essere derogata ogniqualvolta esigenze di particolare urgenza, a garanzia di valori intangibili quali la vita o l’integrità personale, lo richiedano. A titolo esemplificativo, è sufficiente pensare al dramma di coloro che sbarcano ogni giorno sulle coste del Sud d’Italia: una situazione di

⁵⁵⁸ Si tratta, come noto, del Protocollo n. 15, art. 1, che entrerà in vigore una volta firmato e ratificato da tutti gli Stati parte della Convenzione. Alla data del 12.02.2017 gli Stati che ancora non hanno proceduto alla ratifica sono 11, tra questi l’Italia.

⁵⁵⁹ Si tratta dell’opinione concorrente dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolau, e Dedov, su cui cfr. Cap. II, paragrafo 2.12, pg. 100.

emergenza che certo non può attendere i tempi “dilatati” del giudizio costituzionale attivato in via incidentale.

Quale contraltare per superare la discrasia segnalata tra approccio formale e sostanziale, il Giudice delle Leggi, oltre a circoscrivere l’operatività dei limiti posti con la sentenza n. 49/2015, potrebbe richiamare, *expressis verbis*, i principi di diritto ed i prodotti normativi enunciati a Strasburgo in chiave ermeneutica, al fine di corroborare l’interpretazione evolutiva del dettato costituzionale⁵⁶⁰. Questa soluzione, oltre a rendere esplicito ciò che già è, ovvero il ruolo incisivo di stimolo promanante dai giudici della Convenzione nella individuazione di nuovi interessi suscettibili di tutela, costituisce anche il modo più efficace per rafforzare la razionalità delle argomentazioni ed il grado di accettazione delle declaratorie di incostituzionalità in materie eticamente sensibili e socialmente ancora controverse.

4.2. Corte costituzionale e Corte edu tra attivismo e tratti di incoerenza nel *decisum*.

Dalla ricostruzione, nei precedenti capitoli, dello stato dell’arte in materia di procreazione assistita e tutela delle unioni omoaffettive emerge quanto il diritto di famiglia, tradizionalmente emblema della sovranità nazionale, costituisca oggi il banco di prova privilegiato per il confronto tra tutela costituzionale e giurisprudenza convenzionale, al crocevia tra Roma e Strasburgo.

Nelle premesse di questo lavoro si è posto l’interrogativo se, dinanzi a questioni profondamente divisive nella società civile che, come tali, dovrebbero costituire la sede privilegiata della dialettica parlamentare, la Corte costituzionale abbia superato gli argini del *self restraint* e la Corte edu abbia perpetrato quell’atteggiamento interventista che ha caratterizzato la tutela dei diritti “tradizionali” della persona nel sistema Cedu.

Al termine di questa parabola giurisprudenziale si può constatare che anche nell’ambito dei temi sensibili, oggetto di analisi, sussiste quella tendenza del legislatore a rimanere inerte rispetto al riconoscimento giuridico di certe posizioni soggettive ed è centrale il ruolo di supplenza esercitato dalla giurisprudenza, con i conseguenti rischi per la tenuta del principio della separazione dei poteri.

⁵⁶⁰ Le due fonti, Costituzione e Convenzione, si integrano reciprocamente sul piano ermeneutico quando è in gioco la tutela dei diritti fondamentali, dando vita ad una norma idonea a garantire la massimizzazione della tutela del “sistema” di valori in gioco. Ce lo ricorda in molti Suoi scritti A. RUGGERI, secondo il quale interpretazione conforme a Costituzione e interpretazione conforme al diritto internazionale ed eurounitario «si immettono in un circolo unitario e in esso si fondono fino a divenire una sola cosa», cfr. *ex multiis*, A. RUGGERI, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in www.gruppodipisa.it, pg. 6.

La questione della diagnosi pre-impianto ne ha rappresentato un esempio: la legge n. 40/2004 non prevedeva un espresso divieto, né riconosceva il diritto di ricorrere a tale indagine genetica, conferendo, così, ai giudici una delega “in bianco” che ha lasciato i soggetti bisognosi di tutela in balia di una garanzia *case by case*.

Ancor più significativo è stato il silenzio, prestato dal legislatore, rispetto alla questione del riconoscimento giuridico delle coppie omoaffettive e del loro *status* familiare.

Il Parlamento italiano si è dimostrato inerte rispetto all’evoluzione internazionale che ha interessato la tutela dei diritti fondamentali della persona nell’ambito della famiglia e della bioetica.

Dinanzi all’immobilismo dell’organo politico, le istanze della società civile sono fisiologicamente “filtrate” dai giudici: minore è l’intervento del legislatore, maggiore è lo spazio di discrezionalità delle Corti. Del resto, già alla fine degli anni 80’ del secolo scorso, era il fine giurista Federico Mancini ad ammonire sul punto, evidenziando il *judicial activism* della Corte di Giustizia delle Comunità europee in tema di diritti fondamentali⁵⁶¹.

Procreazione assistita e tutela delle coppie omoaffettive scontano, quindi, il ritardo del legislatore a fronte dell’emergere di nuove istanze sociali, sempre più pressanti: in questi due ambiti emerge con particolare nitore la perdita di ruolo della politica e l’aumento esponenziale della funzione “normativa” dei giudici.

Questa tendenza è censurata con forza nella sentenza *Oliari*, là dove si afferma che l’inerzia del legislatore determina, da un lato, uno scollamento, talvolta un conflitto tra realtà sociale e diritto, e, dall’altro, implementa il ruolo di supplenza dei giudici che offrono una tutela *case by case* alla vita familiare, con i conseguenziali rischi di certezza del diritto e discriminazione.

Il carattere “normativo” degli arresti giurisprudenziali è favorito non soltanto dall’immobilismo della politica, ma, ad un tempo, dalla situazione di contesto, ovvero dall’incessante evoluzione scientifica e dal rinnovamento culturale che contraddistingue la società civile nella contingenza.

⁵⁶¹ Come si legge in molti dei Suoi scritti, tra i quali, F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell’uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista trim. di dir. e proc. Civ.*, 1989, pg. 4 ss.; *id.*, *The making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, Volume n. 26, 1989, pg. 595 ss.; *id.*, *Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto europeo*, 1990, pg. 238, *ivi* «quando il legislatore opera con efficacia, l’esecutivo governa, la democrazia avanza, e la grande politica rivendica i suoi diritti, i giudici sono tenuti a farsi indietro».

Il primo fondamentale tratto qualificante la giurisprudenza costituzionale e convenzionale nei settori esaminati non può che essere un significativo “attivismo”⁵⁶²: nell’ambito delle unioni omosessuali, le due Corti hanno assunto un incisivo ruolo di stimolo circa l’*an* dell’intervento legislativo, nella estensione “qualitativa” delle posizioni meritevoli di tutela, attraverso lo strumento ermeneutico evolutivo, ed hanno, altresì, tracciato dei “criteri direttivi” per orientare la successiva opzione legislativa. In questa fattispecie, la “concorrenza” tra Corte costituzionale e Corte edu ha favorito la convergenza verso uno standard di tutela più elevato dei diritti fondamentali della persona nell’ambito della vita familiare.

Il settore delle unioni omoaffettive si contraddistingue per un’ulteriore significativa tendenza nel rapporto tra poteri dello Stato: il Parlamento ha “ratificato” ciò che i giudici avevano deciso nelle aule dei tribunali. La legge n. 76/2016 ha puntualmente seguito le indicazioni tracciate dalla Consulta, qualificando l’unione civile come «specifica formazione sociale ai sensi degli art. 2 e 3 Cost.», riservata alle sole coppie dello stesso sesso, preservando, così, il paradigma eterosessuale del matrimonio. Il legislatore ha, inoltre, risposto alle sollecitazioni del giudice costituzionale, con la previsione dell’automatica conversione del matrimonio in unione registrata, in caso di rettifica di sesso di uno dei coniugi, laddove entrambi lo richiedano: soluzione in linea con l’orientamento espresso anche a Strasburgo nel caso *Hamalainen c. Finlandia*⁵⁶³.

Nell’ambito della procreazione assistita, invece, le decisioni del giudice costituzionale e della Corte dei diritti umani sono state di tipo “demolitorio-creativo”, perché successive all’intervento del legislatore che per primo ha individuato un certo bilanciamento di valori, assumendosene la corrispondente responsabilità politica.

In tale settore, l’interventismo della Corte costituzionale si manifesta attraverso l’impiego di tecniche di giudizio incidenti sulla discrezionalità legislativa, ponendo, così, l’accento su

⁵⁶² Anche nelle tipologie decisorie impiegate si registra un crescente attivismo del giudice costituzionale: nella questione della diagnosi pre-impianto si ha il passaggio da un’iniziale declaratoria di inammissibilità (ord. n. 369/2006), per un vizio del *petitum* che ben avrebbe potuto esser superato avvalendosi dello strumento dell’illegittimità consequenziale (*ex art. 27, legge n. 87/1953*), ad una pronuncia additiva (sent. n. 96/2015), connotata da un alto tasso di creatività normativa. Emblematica anche la parabola giurisprudenziale che ha interessato il divieto di eterologa: dalla decisione processuale di restituzione degli atti per *ius* convenzionale *supervenienti* che lasciava presagire un *self restraint* della Consulta sul tema, ad una declaratoria di incostituzionalità (sent. n. 162/2014) che ha fortemente inciso su una delle scelte più qualificanti della legge n. 40/2004. Nell’ambito del matrimonio omosessuale, invece, si è passati da una declaratoria di inammissibilità connotata da un monito di lieve portata (sentenza n. 138/2010), ad una additiva di principio (sentenza n. 170/2014) che censura in modo stringente un’omissione assoluta del legislatore, pur con tutti i profili problematici evidenziati in precedenza.

⁵⁶³ GC, Corte edu, *Hamalainen c. Finlandia*, 16 luglio 2014.

importanti profili di diritto costituzionale, come il grado di pervasività del sindacato costituzionale di ragionevolezza.

Questo attivismo nell'ambito della procreazione assistita conosce un crescendo significativo: nella sentenza n. 151/2009 la Corte si muove ancora con una certa cautela nell'ambito di questioni eticamente controverse, non mettendo in discussione i principi ispiratori della disciplina legislativa e limitandosi a ristabilire un bilanciamento tra valori in linea con la *ratio legis*⁵⁶⁴. Il punto di svolta si registra a partire dalla sentenza n. 162/2014: ivi la Corte censura in modo incisivo, attraverso uno stringente controllo di ragionevolezza, le scelte operate dal legislatore, in un crescendo che culminerà nella decisione n. 96/2015, additiva caratterizzata da un ampio margine di creatività normativa.

La sentenza n. 162/2014, grazie ad un'interpretazione evolutiva del dato costituzionale, qualifica la libertà di autodeterminazione in ambito riproduttivo come «libertà fondamentale», «incoercibile» e tale qualificazione determina, quale conseguenza metodologica, lo slittamento da un sindacato blando sull'opzione legislativa, proclamato *ab initio* in motivazione, ad un pervasivo *strict scrutiny*.

Dinanzi a temi particolarmente sensibili nel dibattito politico, il giudizio costituzionale sul bilanciamento legislativo viene generalmente declinato come scrutinio blando, di “non manifesta irragionevolezza”, onde evitare di sostituire una scelta legislativa irragionevole con una diversa opzione discrezionale del giudice costituzionale, a sua volta illegittima perché eccedente le proprie prerogative. Con la sentenza n. 162/2014 la Corte sembra discostarsi da tale approccio “prudenziale”, valutando in modo stringente l'esercizio della discrezionalità legislativa: non si richiede che la misura prescelta (i.e. il divieto) “*non sia irragionevole*”, ma occorre che sia l'*unico* mezzo a disposizione per tutelare interessi di pari rango. La stessa decisione di caducare il divieto assoluto di eterologa, nonostante la pluralità di “vuoti normativi” conseguenti, rientranti nella sfera di discrezionalità riservata al *conditor iuris*⁵⁶⁵, è indice sintomatico di un certo interventismo costituzionale.

⁵⁶⁴ Viene, infatti, rispettato il principio cardine della legge n. 40/2004 della strumentalità delle tecniche rispetto allo scopo procreativo; la Corte non si sostituisce al legislatore nel dettare il numero di embrioni da produrre e lascia impregiudicata la questione dell'ammissibilità della diagnosi pre-impianto, senza indulgere, quindi, in opzioni discrezionali di natura politica (come dimostra anche la scelta di non dichiarare l'illegittimità consequenziale del generale divieto di crioconservazione, richiesta, invece, dal Tribunale di Firenze).

⁵⁶⁵ Tra i molteplici ambiti bisognosi di un intervento legislativo a seguito del dispositivo di accoglimento si ricorda: la questione dell'anonimato del donatore, incidente sul fondamentale principio del consenso informato, ed il necessario contemperamento tra anonimato e tutela del diritto alle origini del nato; la previsione di regole a garanzia del diritto del nato a conoscere i dati non identificativi del donatore, a tutela della propria salute fisica; l'eventuale ammissibilità della “doppia eterologa” (ad esempio vietata dal legislatore francese); la qualificazione del titolo della donazione di gameti; il numero delle donazioni ammesse da uno stesso soggetto; per i profili di dettaglio cfr. Cap.II, Parte seconda, paragrafo n. 2.11.

Questo attivismo prosegue con la sentenza n. 96/2015 là dove la Corte “aggiunge” una posizione giuridica meritevole di tutela, il diritto di ricorrere alla PMA ed alla diagnosi pre-impianto per le coppie fertili, portatrici di malattie genetiche, e stabilisce due regole concrete per il suo esercizio⁵⁶⁶. Il margine di creatività dell’operazione additiva è elevato poiché i contenuti aggiunti non rappresentano l’unica via costituzionalmente percorribile, mancando le cd. “rime obbligate”. Non rappresenta un’opzione neutra la scelta dell’art. 6 della legge n. 194/1978⁵⁶⁷ quale termine di raffronto e l’espreso richiamo alle “strutture pubbliche”, anziché a quelle individuate nell’art. 8 della legge medesima: la Corte ha, così, potuto porre un argine più incisivo all’accesso delle coppie fertili alla PMA, con un’operazione additiva che sembra, tuttavia, sconfinare in uno spazio di discrezionalità riservato al legislatore. Il giudice costituzionale in questa fattispecie ha, quindi, demolito e creato norme giuridiche: ha censurato un’omissione legislativa ed aggiunto il diritto mancante, anche se lontano dall’immaginario del legislatore⁵⁶⁸.

Nell’ambito del matrimonio omosessuale, invece, l’attivismo della Corte non si muove sul piano del controllo di ragionevolezza e della creatività normativa, si sviluppa piuttosto dal punto di vista ermeneutico: nella sentenza n. 138/2010 il criterio dell’*original intent* dei Costituenti diviene un limite invalicabile per l’interpretazione evolutiva della Carta e, ad un tempo, per la discrezionalità del legislatore ordinario⁵⁶⁹.

Se nell’ambito della tutela dei diritti di libertà lo strumento interpretativo della *voluntas* originaria del Costituente è generalmente impiegato dalla Corte come ausiliario ed integrativo, per tracciare un confine oltre il quale il legislatore può procedere liberamente (i.e. ciò che la Costituzione espressamente non prevede non risulta né vietato né imposto, ma rimesso all’opzione dell’organo politico rappresentativo), nella sentenza n. 138/2010, al contrario, il fatto che la condizione omosessuale non sia stata presa in considerazione dai Costituenti fa sì che l’art. 29 Cost. neppure *consenta* il matrimonio *same sex*. Interrogata dai giudici rimettenti sul “se” i principi costituzionali *impongano* il riconoscimento del

⁵⁶⁶ Ovvero, la gravità della malattia *ex* art. 6, comma 1, lettera b, legge n. 194/1978 e l’accertamento da parte di «apposite strutture pubbliche».

⁵⁶⁷ Soluzione costituzionalmente non necessaria se pensiamo che anche l’art. 4 della stessa legge avrebbe potuto costituire il *tertium comparationis*, per certi aspetti con la garanzia di una maggiore coerenza. L’art. 4, legge n. 194/1978 disciplina l’interruzione di gravidanza nei primi 90 giorni, fattispecie temporalmente più vicina all’ipotesi della diagnosi pre-impianto rispetto a quella disciplinata *ex* art. 6, legge n. 194/1978.

⁵⁶⁸ Consentendo il ricorso a tali tecniche anche a coppie che problemi riproduttivi non hanno, questo intervento costituzionale ha parzialmente superato la finalità originariamente prevista dalla legge n. 40, consistente nella risoluzione dei problemi di sterilità o infertilità umana.

⁵⁶⁹ Il paradigma eterosessuale, qualificato come il fulcro della norma costituzionale, non è suscettibile di superamento in via di legislazione ordinaria, soltanto un procedimento di revisione costituzionale potrebbe consentire il matrimonio omosessuale.

matrimonio omosessuale, risponde anche all'ulteriore interrogativo "se" *consentano* detto istituto.

In conclusione, dinanzi alla questione "sensibile" del matrimonio tra persone dello stesso sesso, la Corte costituzionale avrebbe potuto limitarsi ad una declaratoria di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa ed, invece, indulge in un dispositivo di infondatezza proprio per circoscrivere il margine di intervento del legislatore ordinario con la scure dell'interpretazione originalista: l'eventuale previsione del matrimonio omosessuale non potrà prescindere dalla revisione del dato costituzionale. Il legislatore ha dinanzi a sé un "doppio binario": dovrà assicurare il riconoscimento giuridico delle coppie omoaffettive senza, al contempo, violare il paradigma esclusivamente eterosessuale del matrimonio.

È stato evidenziato anche l'attivismo della Corte di Cassazione in materia, attraverso il progressivo superamento dell'interpretazione originalista dell'art. 29 Cost.: dapprima, nel 2012, offre un'interpretazione *sui generis* della sentenza n. 138/2010, tale da lasciare al legislatore ordinario la scelta se introdurre o meno il matrimonio omosessuale; successivamente, nel 2015, è la stessa Corte di Cassazione ad aggiungere una peculiare fattispecie di matrimonio *same sex*, in aperto contrasto con i dettami del giudice costituzionale.

Anche la giurisprudenza di Strasburgo negli ambiti esaminati è caratterizzata da un rilevante tasso di creatività, grazie al costante impiego dello strumento dell'interpretazione evolutiva della Convenzione.

Questo criterio ermeneutico ha consentito l'ampliamento delle situazioni giuridiche meritevoli di tutela, ricomprendendo, nell'alveo dell'art. 8 Cedu, posizioni non espressamente previste nella Carta, ben lungi dall'immaginario dei suoi estensori: dal diritto di accesso alle tecniche di procreazione assistita, nel caso *SH. c. Austria*, fino a ricomprendere nella nozione di "vita familiare", intesa quale *broad concept*, il desiderio di procreare un figlio non affetto dalla patologia di cui i genitori sono portatori, in *Costa e Pavan*. Nell'ampliare le maglie di detta disposizione la giurisprudenza convenzionale ha, altresì, stimolato il progressivo superamento dell'endiadi matrimonio-vita familiare, riconducendo nell'ambito dell'art. 8 Cedu anche le unioni di fatto connotate da stabilità, dapprima soltanto eterosessuali, successivamente anche omosessuali, nella loro dimensione orizzontale (*Schalk e Kopf c. Austria*), come in quella verticale⁵⁷⁰ (quale rapporto fra

⁵⁷⁰ Nei precedenti Corte edu, 21.12.1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* (Ric. n. 33290/96, ECHR 1999-IX) e *E.B. c. Francia* ([GC], ric. n. 43546/02, 22.1.2008), la Corte edu aveva affermato l'illegittimità di

coppia omosessuale e prole, in *Gas e Dubois c. Francia*), rilevanti a prescindere dal riconoscimento giuridico formale, in base a parametri di concretezza fattuale.

Un ulteriore indice sintomatico dell'attivismo convenzionale si può riscontrare nella tendenza, già richiamata, a ritenere immediatamente ricevibile il ricorso a Strasburgo, pur in mancanza del previo esperimento di qualsiasi rimedio interno di tutela o, come accaduto in *Costa e Pavan*, nell'impiego di tecniche di giudizio proprie dei tribunali costituzionali, come il sindacato di ragionevolezza e coerenza sistematica sull'ordinamento legislativo nazionale. Pensiamo, infine, all'attivismo che ha connotato il caso *Oliari* là dove i giudici della Convenzione hanno ampliato la "dimensione normativa" dell'art. 8 Cedu: dal divieto di ingerenze statali irragionevoli all'imposizione di *positive obligations*, a carico dello Stato, a garanzia del diritto al rispetto della vita familiare.

Da ultimo, un tratto che accomuna il *judicial activism* delle due Corti è l'efficacia "definitoria", attribuita al fattore scientifico, nella estensione degli interessi meritevoli di tutela: questa attitudine emerge con evidenza nel caso *SH.*, là dove allo sviluppo medico-scientifico nel settore procreativo corrisponde, parallelamente, il progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 8 Cedu. Emblematica, in tal senso, anche la sentenza n. 162/2014 e, ancor più, la decisione n. 96/2015 al centro della quale si colloca un'interpretazione evolutiva del diritto alla salute, inteso come diritto di accesso alla miglior scienza medica per acquisire prima informazioni che possono evitare successive scelte terapeutiche maggiormente pregiudizievoli per la salute.

L'attivismo non è l'unico tratto qualificante la giurisprudenza costituzionale e convenzionale nei settori oggetto di indagine: ad esso si aggiunge un impiego non sempre rigoroso di tecniche di giudizio "tipiche" dei due sistemi di garanzia ed una certa incoerenza metodologico-argomentativa del *decisum*.

Emblematico, in tal senso, è lo slittamento caratterizzante la parte motiva della sentenza n. 162/2014 in cui si passa da un piano all'altro del giudizio di ragionevolezza: dopo aver dichiarato di verificare la legittimità del divieto secondo il parametro del "non irragionevole bilanciamento" (quindi un test blando sulla legislazione), al contrario la Corte applica, nel proseguo della motivazione, uno *strict scrutiny*.

Altre volte la decisione mostra profili di incoerenza rispetto a precedenti interventi costituzionali: basti pensare alla sentenza n. 84/2016 in cui la Corte recupera il principio del rispetto della discrezionalità legislativa, risultato del tutto recessivo nella

discriminare in relazione alla genitorialità il singolo a causa del suo orientamento sessuale, rispettivamente ai fini dell'affido e dell'idoneità ad adottare, ma ancora non vi era stato riconoscimento della omogenitorialità nella dimensione di coppia e quale legame di fatto.

giurisprudenza pregressa (sentenze n.n. 162/2014, 96/2015), e si astiene da qualsiasi sindacato di ragionevolezza sul bilanciamento tra la dignità dell’embrione e la libertà di ricerca scientifica; sindacato che, al contrario, nel caso dell’eterologa, ha rivendicato con forza nei termini di uno *strict scrutiny*. Sussiste un ulteriore profilo di incoerenza rispetto alla precedente sentenza n. 96/2015: se nella vicenda delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche, la presenza di ambiti riservati alla discrezionalità del legislatore non ha impedito la caducazione del divieto e l’aggiunta di un diritto, al contrario, nella sentenza n. 84/2016 la Corte esclude un proprio intervento additivo proprio per la mancanza delle “rime obbligate” su plurime questioni riservate al legislatore (i.e la scelta degli embrioni da impiegare a fini di ricerca e le finalità della ricerca stessa).

Sorge spontaneo chiedersi quale sia il discrimine tra una questione etica, integralmente sottratta al giudizio costituzionale di ragionevolezza per l’elevata discrezionalità riservata al legislatore, ed una questione altrettanto sensibile, eppure suscettibile di tale sindacato anche nelle forme dello *strict scrutiny*.

Si riscontra uno slittamento metodologico anche nella sentenza n. 170/2014⁵⁷¹: grazie al passaggio dal principio di uguaglianza soggettiva “in senso forte”, proclamato *ab initio* in motivazione, ad un controllo più blando sul bilanciamento legislativo tra interesse statale e individuale, sfuma l’effetto demolitorio, cosicché la norma censurata sullo scioglimento automatico potrà continuare ad essere applicata⁵⁷².

L’incoerenza argomentativa del *decisum* si ripercuote, inevitabilmente, sul “seguito” della vicenda dinanzi al giudice rimettente: la Corte di Cassazione, infatti, decide di colmare la lacuna in ordine alla tutela di tali unioni mediante la “creazione” di un istituto *ad hoc*, il matrimonio “a tempo”, atto a conservare lo *status* coniugale fino all’intervento del legislatore. La soluzione creata dal giudice di legittimità, seppur dettata da esigenze di

⁵⁷¹ Dopo aver ricondotto la fattispecie della rettificazione di sesso di uno dei coniugi a quelle «ipotesi particolari» nelle quali occorre verificare la necessità di un trattamento omogeneo tra coniugi e coppia omosessuale, il ragionamento della Corte si sposta di piano, poiché la declaratoria di incostituzionalità non si fonda sul trattamento discriminatorio, bensì su un bilanciamento sproporzionato tra interesse statale e individuale.

⁵⁷² Detta disposizione appare “costituzionalmente necessaria” alla luce delle considerazioni della Corte costituzionale nella stessa sentenza n. 170/2014, là dove afferma che la previsione di un divorzio a domanda «equivarrebbe a render possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, *in contrasto con l’art. 29 Cost.*». Peraltro, in questa pronuncia, lo stringente ancoraggio all’interpretazione originalista dell’art. 29 Cost. ha delle rilevanti ricadute sul piano della coerenza argomentativa: il paradigma eterosessuale del matrimonio non è suscettibile di bilanciamento, neppure in via transitoria, precludendo così una decisione “sostitutiva” del divorzio “imposto” con quello “a domanda”, malgrado la ragione giustificativa del dispositivo di accoglimento sia stata individuata dalla Consulta proprio nella tutela esclusiva apprestata a quel paradigma.

tutela sostanziale, si pone in antitesi con il giudicato costituzionale⁵⁷³ e supera quegli stessi vincoli all'esercizio del potere ermeneutico, tracciati nella sentenza n. 138 rispetto al significato dell'art. 29 Cost.

Nella giurisprudenza convenzionale, invece, si riscontra un impiego talvolta “ondivago” della tecnica del *consensus* normativo, oscillante tra una gradazione strettamente quantitativa ed una mera convergenza di orientamenti normativi, con le conseguenti ripercussioni sulla coerenza del *decisum*. Talvolta è sufficiente una tendenza delle legislazioni nazionali nel riconoscimento di certi interessi, per limitare la discrezionalità statale in ordine alla misura di ingerenza adottata⁵⁷⁴; altre volte, invece, il consenso è inteso in termini di stretto rigore quantitativo (caso *Oliari*), altre ancora (caso *SH.*, *Grande Chambre*), un consenso quantitativamente ineccepibile si trasforma in mera convergenza, inidonea a limitare l'ampio margine di discrezionalità statale.

Nel caso *SH.*, il legame di reciprocità inversa tra margine di apprezzamento e teoria del *consensus* assume una connotazione peculiare che risente della complessità etica e scientifica della questione: la *Grande Chambre* parla di una mera tendenza verso il riconoscimento della donazione di gameti ed esclude la sussistenza di un *consensus* normativo atto a limitare la discrezionalità nazionale, anche se, dal punto di vista quantitativo, un numero di Stati superiore alla maggioranza già consentiva tale pratica. Infine, nel caso *Schalk* il consenso torna ad essere il perno della decisione ed assume due diverse gradazioni: una, meno stringente, per l'individuazione “qualitativa” dell'interesse suscettibile di rientrare nell'ambito Cedu, ed una, strettamente quantitativa⁵⁷⁵, in ordine alla misura dell'ingerenza statale.

L'impiego non univoco di questa tecnica è strettamente correlato alla circostanza che di frequente questioni etiche, o aventi delicate implicazioni morali incidono su rilevanti profili dell'esistenza e dell'identità della persona: si pone, pertanto, un problema di compatibilità e bilanciamento fra due degli “indici sintomatici” del margine di apprezzamento (i.e. la rilevanza esistenziale o identitaria di un certo interesse e le sue implicazioni morali o politiche) che spostano l'asse della discrezionalità statale verso due direzioni opposte.

⁵⁷³ Cfr. Corte cost., n. 138/2010: «poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.».

⁵⁷⁴ In precedenti arresti in materie altrettanto sensibili, la Corte edu aveva adottato un criterio elastico per affermare l'esistenza di un *consensus* idoneo a limitare l'apprezzamento statale: basti pensare al famoso caso *Christine Goodwin c. Regno Unito*.

⁵⁷⁵ In mancanza di un *common ground* in ordine al riconoscimento giuridico di tali unioni nella maggioranza degli Stati aderenti (maggioranza calcolata in modo stringente), la scelta in ordine al “quando” e “come” intervenire resta prerogativa statale.

Tra i profili di incoerenza della giurisprudenza convenzionale si ricorda anche lo slittamento metodologico che ha caratterizzato il caso *SH*. dinanzi alla I Sezione: dopo aver riconosciuto, in premessa, l'ampio margine di apprezzamento statale rispetto alle delicate questioni etiche esaminate, la Corte procede, al contrario, ad uno *strict scrutiny* sulle ragioni addotte dal Governo a giustificazione dell'ingerenza⁵⁷⁶.

Nel giudizio della Grande Camera sul medesimo *thema decidendum* si aggiunge un elemento altrettanto controverso, il cd. "*time factor*": la distonia temporale ad esso conseguente entra in collisione con la concretezza strutturale del giudizio convenzionale e con l'orientamento, ormai consolidato, che individua nella Cedu uno strumento vivente, da interpretare ed applicare alla luce del contesto contingente⁵⁷⁷.

I profili di incoerenza segnalati, nella giurisprudenza delle due Corti, sembrano dimostrare che il ruolo del legislatore non è suscettibile di surrogazione giurisprudenziale nelle materie sensibili esaminate.

All'organo politico spetta, primariamente, il compito di valutare il grado di accettazione dei fenomeni contingenti nell'ambito della società civile, mediante un indefettibile ruolo di mediazione e di primo contemperamento tra i contrapposti valori in gioco. Pensiamo alla necessità di rideterminare i confini tra principi di autonomia ed autodeterminazione, da un lato, e garanzia della dignità umana, dall'altro, alla luce del progresso in ambito procreativo.

Quando entra in gioco la componente scientifica è, inoltre, necessario ricorrere ad una legislazione "sperimentale"⁵⁷⁸, soggetta a verifiche periodiche in ragione delle acquisizioni sopravvenute, come accade ormai da tempo nell'ordinamento francese. La scienza ha un

⁵⁷⁶ Il divieto di accesso all'eterologa, per superare il vaglio di convenzionalità, dovrebbe essere *l'unico, il solo* mezzo a disposizione delle autorità nazionali per realizzare i propri obiettivi ed evitare i rischi paventati.

⁵⁷⁷ Infine, nel caso *Parrillo*, il forte impatto etico e morale della questione si ripercuote sulla coerenza argomentativa del *decisum*: dapprima, si riconosce l'applicabilità dell'art. 8 Cedu poiché il diritto «di esercitare una scelta consapevole e meditata sul destino dei suoi embrioni concerne un aspetto intimo della vita personale» della ricorrente, poi, però, si rigetta il ricorso nel merito, perché quello stesso diritto «non riguarda un aspetto particolarmente importante della sua esistenza ed identità».

⁵⁷⁸ In questa prospettiva la *Grande Chambre*, nel noto caso *SH*., invia un importante monito ai legislatori degli Stati contraenti, affinché procedano a monitorare lo stadio di sviluppo della scienza e delle sue applicazioni tecnologiche in perpetuo divenire: «*The Court considers that this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States (see Christine Goodwin, cited above)*». Riflessione già enunciata dalla Corte Costituzionale austriaca nella vicenda che aveva dato luogo al ricorso a Strasburgo, cfr. Corte Costituzionale austriaca, 4 ottobre 1999: «*This, however, did not mean that these criteria would not be subject to developments which the legislature would have to take into account in the future*», punto 117. Si tratta di un'importante riflessione sul metodo di produzione della legislazione in ambito medico-scientifico, fatta propria anche dalla Corte Costituzionale italiana sia nella sentenza n. 162/2014 sia, specialmente, nella n. 96/2015, là dove la Corte ammonisce il legislatore affinché provveda ad un riesame periodico delle patologie che consentono l'accesso alla PMA, sulla base della costante evoluzione tecnico-scientifica.

ruolo fondamentale nell'ambito delle questioni di inizio vita, può e deve orientare giudici e legislatore nell'esercizio delle rispettive funzioni ma, al contempo, proprio perché freneticamente impegnata alla falsificazione – secondo l'insegnamento popperiano – dei dati acquisiti, deve essere essa stessa orientata da principi giuridici condivisi, di derivazione legislativa: non tutto ciò che è scientificamente possibile è, al contempo, socialmente approvato e giuridicamente ammissibile.

La previsione di una disciplina legislativa minima di riferimento è, inoltre, caratteristica imprescindibile⁵⁷⁹ in ambiti in cui vi sono soggetti in stato di maggior debolezza perché, come l'embrione, fisiologicamente incapaci di far valere le loro ragioni in situazioni di conflittualità, o perché relegati nell'irrilevanza giuridica, come accaduto alle unioni omoaffettive fino alla svolta del giugno 2016.

Organo legislativo e organi giudiziari devono operare all'insegna di una «leale cooperazione»⁵⁸⁰, in vista della massima espansione della tutela dei diritti coinvolti, chiamati, ciascuno per la propria parte, a fare quanto è in loro potere per la risoluzione delle questioni controverse: il primo, astenendosi da opzioni politiche rigide e divieti assoluti, è chiamato ad adottare una legislazione cornice, per principi, un diritto mite, in grado di dare omogeneità al sistema mediante la definizione di valori condivisi⁵⁸¹, senza ad un tempo conferire deleghe “in bianco” al potere giudiziario.

I giudici, a loro volta, chiamati ad applicare una legislazione flessibile, dovrebbero essere destinatari di una delega in concreto e, al contempo, evitare forzature nell'impiego delle regole di giudizio poste a presidio della funzione giurisdizionale.

Forzature nell'utilizzo del canone dell'interpretazione adeguatrice, come abbiamo constatato, possono condurre a manipolazioni dei prodotti, non soltanto legislativi, ma anche di giustizia costituzionale e convenzionale (come accaduto in Cass. n. 4184/2012),

⁵⁷⁹ La necessità di una disciplina legislativa delle esperienze d'inizio vita è ampiamente rilevata in dottrina, *ex multis*, A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5.

⁵⁸⁰ In tal senso si esprime anche A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi.it*, 11 maggio 2016, pg. 13 ss.

⁵⁸¹ Nella dottrina più sensibile parlano di discipline legislative “miti” o “leggere”, tra gli altri, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2004, pg. 524; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, spec. pg. 38 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *op. et loc. ult. cit.*; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *www.confrenticostituzionali.eu*, 17 giugno 2014.

talvolta ad un vero e proprio superamento del giudicato costituzionale (i.e. Cass. n. 8097/2015)⁵⁸².

Quanto al discrimine tra delega in concreto e delega “in bianco” al potere giudiziario, quindi, rispettivamente tra legislazione flessibile e “silenzio eloquente” del legislatore, il confine è labile ma percettibile agli occhi dell’interprete: emblematica, in tal senso, la legge n. 76/2016 che, dinanzi alla questione più divisa nel confronto sociale e politico, ovvero l’adozione co-parentale nell’ambito dell’unione civile, ha optato per la seconda problematica via.

Dinanzi alla “creazione” giurisprudenziale di questo istituto, incidente su molteplici diritti fondamentali della persona, sarebbe spettato all’organo politico, dotato di legittimazione democratica, assumere una decisione chiara in ordine alla sua legittimità; al contrario, il legislatore ha deciso di non consentire né vietare l’adozione co-parentale nell’ambito dell’unione civile, conferendo, così, una delega “in bianco” al potere giudiziario, con conseguenti ripercussioni sul principio della separazione dei poteri⁵⁸³.

4.3. *Strumenti atti ad essere impiegati dinanzi all’inerzia protratta dal legislatore.*

Constatato il ruolo indefettibile del *conditor iuris* a garanzia dei diritti fondamentali della persona e la sua tendenza a rimanere silente, anche per lungo tempo, quando sono in gioco questioni sensibili, si ripropone un problema di non lieve momento, ben noto alla dottrina⁵⁸⁴: l’assenza, nel nostro ordinamento, di un rimedio giuridico atto a sanzionare il legislatore per la mancata attuazione di diritti di rango costituzionale.

La vicenda delle unioni omosessuali stabili è emblematica in tal senso: dalla sentenza n. 138/2010 fino al 5 giugno 2016, per oltre sei anni, il diritto dei membri di tali unioni di vivere liberamente una condizione di coppia ha assunto le “vesti” di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Corte costituzionale, ma “non garantito” dal legislatore,

⁵⁸² Parla di «impugnazioni» ai sensi dell’art. 137 Cost. «abilmente mascherate e sapientemente argomentate» A. RUGGERI, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in www.gruppodipisa.it, pg. 15.

⁵⁸³ Sul punto cfr. Cap. III, paragrafo 3.6.

⁵⁸⁴ La dottrina è copiosa sul punto, cfr. *ex multis*, F. MODUGNO, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. Cost.*, 1988, II, pg. 16 ss; C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, (1970), in *ID.*, *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, pg. 923 ss.; G. PARODI, *Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale*, in *AA.Vv.*, *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, a cura di P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, Torino, 1996, pg. 87 ss; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, III ed., Giappichelli, Torino, 2004; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *AA. Vv.*, *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, pg. 755 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, II Mulino, Bologna, 1988, pg. 298 ss.

nel protrarsi di una situazione di vero e proprio inadempimento costituzionale, censurata dalla stessa Corte di Strasburgo in *Oliari*.

Se è vero che anche l'argomento comparatistico in materia giocava a favore del rispetto della discrezionalità del legislatore, per le molteplici soluzioni appannaggio del potere politico in tale ambito, l'inerzia dell'organo legislativo non poteva consentire un rinvio *ad libitum* della disciplina giuridica di diritti fondamentali.

Nel modello di giustizia costituzionale prefigurato dai Costituenti, come noto, lo schema della caducazione della norma dichiarata incostituzionale⁵⁸⁵ era stato concepito in funzione di norme vigenti e da rimuovere, secondo l'immagine Kelseniana del legislatore "negativo", non con riguardo a norme mancanti e da introdurre. Del resto, al tempo non si poteva prevedere che il principale ostacolo alla garanzia dell'effettività della Costituzione, quindi, dello stesso giudizio di costituzionalità, sarebbe derivato proprio dall'inerzia del Parlamento.

La Corte costituzionale, quale garante dei diritti fondamentali, ha oggi a disposizione un prezioso strumento decisionale parzialmente in grado di ovviare alla stasi del legislatore⁵⁸⁶: la pronuncia "additiva di principio", mediante la quale può desumere dal dettato costituzionale il diritto oggetto della omessa garanzia legislativa e, ove possibile, indicare i principi costituzionali che orientino il giudice comune verso una tutela in forma specifica del diritto medesimo.

La questione, tuttavia, diviene particolarmente complessa ogni volta che, per assicurare una tutela sostanziale, in forma specifica al diritto costituzionale enunciato, sia necessario regolare una pluralità di opzioni normative rientranti nell'insindacabile sfera di discrezionalità del legislatore.

In tal caso sussiste il dovere costituzionale di garantire l'effettività del diritto, ma la norma costituzionale non può, da sola, orientare il giudice comune, poiché il principio enunciato dalla Corte è suscettibile di attuazione soltanto in via legislativa.

Il quesito che si intende porre è se, in tali fattispecie, sia ipotizzabile una responsabilità risarcitoria, a carico dello Stato, per la mancata attuazione in via legislativa di un diritto di rango costituzionale.

⁵⁸⁵ Cfr. art. 136, comma 1, Cost.: «Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione».

⁵⁸⁶ Evidenzia la necessità di superare, in certi casi, le rigidità del modello decisorio di giustizia costituzionale proprio con riguardo ai rapporti tra Giudice delle Leggi e Corte edu, F. DONATI, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di G. Tesaurò*, 2014, pg. 222 ss.

La questione è indubbiamente problematica e meritevole di ulteriori approfondimenti, ma non è del tutto sconosciuta al panorama giurisprudenziale europeo: è noto l'orientamento ormai consolidato della Corte di giustizia, elaborato a partire dal caso *Francovich*⁵⁸⁷, che riconosce una responsabilità dello Stato membro per mancata trasposizione di direttive dell'U.e., in mancanza di effetti diretti, e la conseguente risarcibilità del danno cagionato ai singoli dalla mancata attuazione dell'obbligo sovranazionale.

Così come lo Stato deve adempiere ai vincoli derivanti dal diritto "eurounitario" ed, in mancanza, è tenuto a risarcire i danni causati agli individui dalle violazioni ad esso imputabili⁵⁸⁸, del pari si potrebbe sostenere l'esistenza di un obbligo statale di garantire l'effettività di un diritto costituzionale, quando la norma posta a suo fondamento non sia sufficientemente chiara, precisa ed incondizionata?

In altri termini ci si chiede se, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia configurabile un'eventuale responsabilità risarcitoria a carico dello Stato, per inerzia del legislatore, laddove la piena efficacia della norma costituzionale, posta a presidio di un certo diritto, sia subordinata ad un imprescindibile intervento del legislatore medesimo, necessario per dare attuazione al principio enunciato dalla Corte costituzionale.

Si pone, inevitabilmente, l'ulteriore problema di individuare il soggetto chiamato ad accertare l'eventuale responsabilità statale per mancata attuazione del diritto costituzionale. La risposta dovrebbe propendere verso un soggetto indipendente ed, al contempo, vicino alle istanze delle parti in causa, quindi, il giudice comune, al quale potrebbe essere demandato l'accertamento degli elementi necessari per apprestare una tutela per equivalente monetario, come il nesso di causalità fra la mancata attuazione legislativa e la violazione in concreto del diritto⁵⁸⁹.

Si tratterebbe di una forma di responsabilità statale per "danno ingiusto" cagionato dalla mancata attuazione in forma specifica di un diritto costituzionale, similmente alla fattispecie di responsabilità per inadempimento di obblighi derivanti dal diritto dell'U.e.

A corroborare questa soluzione ben si può ricordare la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. accolta ormai da tempo dai giudici comuni: a partire dalle due «sentenze gemelle» della Corte di Cassazione del 2003⁵⁹⁰, infatti, si riconosce la risarcibilità del

⁵⁸⁷ CG, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich c. Repubblica italiana*.

⁵⁸⁸ Cfr. CG, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich c. Repubblica italiana*, § 37 «da tutto quanto precede risulta che il diritto comunitario impone il principio secondo cui gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili».

⁵⁸⁹ Quindi, il danno ingiusto come conseguenza "immediata e diretta" del mancato intervento legislativo.

⁵⁹⁰ Cass., sez. III civ., sentt. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, a commento della quali cfr. E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2008, 269 ss. Sottolinea, inoltre, che la nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c. sottrae al legislatore l'individuazione delle situazioni

danno non patrimoniale derivante dalla lesione di un diritto di rango costituzionale, anche in assenza del suo riconoscimento in via legislativa.

Gran parte della casistica giurisprudenziale in materia si riferisce ad un'applicazione orizzontale, inerente ai rapporti tra privati, ma non mancano anche ipotesi di operatività nei confronti di pubblici poteri. Nei casi di applicazione verticale la tutela risarcitoria è, tuttavia, accordata soltanto a garanzia di diritti espressamente previsti in Costituzione, come la libertà personale⁵⁹¹, e non in ipotesi in cui l'ancoraggio al dettato costituzionale può presentare profili di particolare problematicità, come accade per i "nuovi diritti" in ambiti eticamente sensibili. Proprio in queste fattispecie è indispensabile l'intervento del Giudice delle Leggi volto a selezionare, tra la molteplicità di interessi emergenti nella società, le posizioni soggettive di rango costituzionale⁵⁹², suscettibili di tutela in forma

soggettive la cui lesione comporta danno risarcibile per affidarla al giudice, G. CRISCENTI, *Il danno non patrimoniale*, II ed., Padova, 2006, 81 ss. A sua volta, F. D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 827 ss. segnala il rischio che nella giurisprudenza si alimenti un processo di *slippery slope* tale da trasformare in diritto fondamentale ogni aspirazione individuale e la conseguente necessità di ricostruire l'argine costituzionale dei diritti inviolabili «con severo rigore». È interessante notare che la possibilità di interpretare l'art. 2059 c.c. alla luce dei diritti costituzionalmente garantiti era stata prospettata in dottrina venti anni prima delle «sentenze gemelle» da G. B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv.Dir.comm.*, 1984, I, 155 ss. e successivamente sostenuta anche da E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

⁵⁹¹ Cfr. Cass., sez. IV pen., 22 gennaio 2004, n. 2050, il noto caso Barillà nel quale la Cassazione penale ha condannato al risarcimento del danno non patrimoniale il Ministero dell'economia e delle finanze per l'errore giudiziario e l'ingiusta detenzione subita da una persona, e conseguente lesione degli art. 2 e 13 Cost. Si ricorda, inoltre, Trib. Genova, 9 maggio 2005, in *Danno e resp.*, 2006, 197, in cui il giudice civile condanna i Ministeri degli interni e della difesa e la Presidenza del Consiglio a risarcire il danno non patrimoniale derivante dalla lesione dei diritti fondamentali di due donne coinvolte nelle aggressioni della polizia durante il G8 di Genova; o, ancora, Trib.Lecce, 18 aprile 2006, in *Danno e resp.*, 2006, 1140, che ritiene risarcibile da parte dell'INPS il danno non patrimoniale subito da una donna lavoratrice per il mancato pagamento dell'indennità di maternità e conseguente violazione degli art. 2, 36, 37 e 38 Cost.; o, ancora, Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2005, n. 1096 che condanna il Ministero dell'istruzione a risarcire il danno non patrimoniale subito da un'insegnante invalida civile, iscritta nelle liste per l'assunzione obbligatoria, per non essere stata chiamata illegittimamente a ricoprire un incarico di supplenza, con conseguente lesione del diritto ad esplicare la propria personalità attraverso il lavoro, *ex art.* 2, 4, 36 Cost.

⁵⁹² Non sono mancati, infatti, casi problematici nei quali si è riconosciuta una responsabilità civile per danno derivante dalla lesione di situazioni qualificate come diritti fondamentali dell'uomo, ma aventi un labile collegamento con il dettato costituzionale: cfr. Giud. Pace Bari, 22 dicembre 2003, che sanziona la lesione della libertà decisionale dell'individuo cagionata dal martellamento di volantini pubblicitari nella casella postale del proprio condominio; Trib. Milano, sez. X civ., 14 settembre 2007 che sanziona le ripercussioni negative sulla vita di una studentessa, durante la preparazione dell'esame di maturità, cagionate da immissioni rumorose provenienti dalla ristrutturazione dell'appartamento di un vicino; Trib. Genova, 23 gennaio 2006 ritiene risarcibile il disagio morale e psichico derivante a un avvocato dal cattivo funzionamento del centralino telefonico del proprio studio per un periodo di quattro mesi; Giud. Pace Catanzaro, 23 novembre 2006 ritiene risarcibile «lo stato di stress, di nervosismo e di preoccupazione» causato dalla «indifferenza e insensibilità» dimostrata dalla Telecom nei confronti delle ripetute richieste di assistenza all'installazione di un modem; le ripercussioni negative sulla qualità della vita di una persona in giovane età derivanti dall'emissione nei suoi confronti di decreti ingiuntivi ingiustificati per importi consistenti, cfr. Trib. Bologna, sez. II civ., 27 gennaio 2005; il patema d'animo sofferto dall'acquirente di un immobile a causa del comportamento del notaio che aveva ommesso di verificare eventuali trascrizioni sull'immobile, poi risultate esistenti, cfr. Trib. Pescara, 27 giugno 2005, n. 1282.

specifica soltanto previo intervento del legislatore ed oggetto di omessa attuazione legislativa.

La via prospettata è frutto di una riflessione ancora *in fieri*, nella consapevolezza che molteplici obiezioni potrebbero essere sollevate, prima fra tutte la consistente limitazione della discrezionalità legislativa in ordine all'*an* dell'intervento.

Tuttavia, ogni volta che la Consulta desume, in via ermeneutica, dal dettato costituzionale l'esistenza di un diritto meritevole di tutela, inevitabilmente pone un limite all'*an* dell'intervento legislativo: la via ipotizzata mira a contemperare l'esigenza di attuazione di un diritto costituzionale con l'insindacabile discrezionalità del legislatore in ordine al *quommodo*, alle modalità della tutela.

L'eventuale condanna per equivalente monetario, seppur non in grado di apprestare una tutela in forma specifica, avrebbe un *quid pluris*, ovvero stimolare il sollecito intervento del legislatore: nell'attuale assetto ordinamentale, molteplici condanne risarcitorie a carico dello Stato potrebbero costituire la spinta più significativa, forse l'unico cogente stimolo ad intervenire, nei confronti di un organo politico oggi più che mai stretto nelle morsa dell'equilibrio di bilancio⁵⁹³.

A titolo esemplificativo, qualora il Giudice delle Leggi riconoscesse il fondamento costituzionale del diritto alla donazione alla ricerca di embrioni crioconservati, non più utilizzabili a scopo procreativo, il principio costituzionale enunciato sarebbe comunque insuscettibile di immediata applicazione da parte dei giudici comuni, essendo riservata all'insindacabile discrezionalità del legislatore la disciplina di dettaglio, volta a regolare l'esercizio (i.e. la scelta se sottoporre alla ricerca solo embrioni malati e, nel caso, da quali malattie affetti, nonché le finalità specifiche della ricerca). Il quesito che resta aperto è se, in questi casi, dinanzi all'inerzia protratta dall'organo politico, i giudici comuni possano accertare una responsabilità statale per mancata attuazione di un diritto di rango costituzionale ed apprestare, *medio tempore*, una tutela risarcitoria per equivalente monetario.

⁵⁹³ Non sfugge l'ulteriore questione dell'azione di rivalsa statale, per danno erariale, derivante dalla condanna a titolo risarcitorio: il dettato costituzionale esclude la rivalsa nei confronti del parlamentare che, ad esempio, abbia votato contro l'approvazione della legge suscettibile di sanare la situazione sulla quale si fonda la condanna. La garanzia prevista *ex art. 68 Cost.* resta a presidio dell'insindacabilità dei voti espressi dal parlamentare nell'esercizio delle sue funzioni. All'ulteriore obiezione secondo la quale, in assenza di rivalsa statale nei confronti del singolo esercente pubbliche funzioni, l'effetto di stimolo verso l'organo politico cadrebbe nel nulla, si può rispondere che, al contrario, le molteplici condanne dei giudici di merito innalzerebbero l'asticella della responsabilità politica dinanzi all'opinione pubblica.

4.4. Tecniche di giudizio volte a garantire la coerenza del *decisum* convenzionale ed il rispetto del margine di apprezzamento statale.

Analizzato il rapporto tra giudici e legislatore in ambito nazionale, l'ulteriore interrogativo cui rispondere concerne il ruolo che la Corte europea dei diritti dell'uomo è chiamata ad assumere in questi settori sensibili.

Il problema focale che, come abbiamo visto, oggi si pone dinanzi a temi che dividono gli Stati parte della Convenzione e, all'interno degli stessi, la società civile, è se una Corte internazionale, creata per garantire il rispetto di diritti specificamente individuati in via convenzionale, possa enucleare nuove posizioni giuridiche ed imporre uno standard di tutela uniforme nel sistema Cedu, quando nessun Paese aderente avrebbe potuto immaginare di essere un giorno "obbligato" a garantire un diritto sconosciuto al momento della ratifica.

La questione della tutela di "nuovi diritti" in settori eticamente sensibili interessa, quindi, da vicino anche il sistema convenzionale, come dimostra quell'impiego "ondivago" della tecnica del *consensus* normativo, ai fini del riconoscimento e della garanzia di posizioni soggettive ben lontane dall'immaginario degli estensori della Carta.

In un sistema di garanzia dei diritti fondamentali, comprendente 47 Stati molto diversi fra loro per cultura, tradizioni, concezioni della vita e delle relazioni familiari, una soluzione per rispettare il margine di apprezzamento statale dinanzi a temi particolarmente divisivi e, al contempo, garantire la coerenza metodologica degli arresti convenzionali⁵⁹⁴, potrebbe consistere in un'articolazione del *consensus* normativo diversificata dal punto di vista "qualitativo" e "quantitativo". Si tratterebbe di due differenti gradazioni del consenso: una flessibile, meno restrittiva, incidente sul piano interpretativo, ed una stringente, calcolata in modo rigidamente quantitativo, per valutare la misura dell'ingerenza statale. In questa prospettiva una mera tendenza normativa, caratterizzante un numero di Paesi contraenti inferiore alla maggioranza, potrebbe consentire l'estensione "qualitativa" delle situazioni suscettibili di rientrare nell'ambito applicativo della Convenzione, attraverso un'interpretazione evolutiva della stessa. Laddove, tuttavia, la *maggioranza* degli Stati non avesse ancora raggiunto un orientamento normativo comune rispetto al riconoscimento di un vero e proprio "diritto soggettivo", il margine di apprezzamento statale in ordine al "*quantum*", alla "necessità" della misura discriminatoria o di ingerenza, resterebbe ampio e la Corte edo dovrebbe astenersi da uno *strict scrutiny*.

⁵⁹⁴ Al fine di evitare quell'impiego "ondivago" del *consensus* di cui si è parlato in precedenza.

Dalla sentenza *Schalk* emerge questo “doppio binario” nell’articolazione del *consensus*: il crescente riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali è sufficiente ad estendere loro la nozione di “vita familiare”, ex art. 8 Cedu, ma la mancanza di un “*radicato* consenso generale”, ovvero di un orientamento legislativo comune alla *maggioranza* degli Stati, legittima la riespansione della discrezionalità nazionale in ordine al “quando” e “come” intervenire.

Questo “doppio binario”, se seguito con coerenza, può rappresentare la nuova frontiera della giurisprudenza convenzionale per la risoluzione di questioni sensibili: l’impiego del “*flexible consensus*”, favorevole ad un’interpretazione inclusiva della norma convenzionale, può costituire un elemento di stimolo per l’evoluzione sociale e la conseguente recezione da parte del decisore politico nazionale, senza al contempo invadere il margine di apprezzamento, né pregiudicare il grado di legittimazione del giudice di Strasburgo dinanzi agli Stati parte della Convenzione.

La via suggerita dovrebbe consentire alla Corte ed ai giudici di assumere al ruolo di centro motore, propulsivo di mutamenti nelle tradizioni e nel comune sentire della società civile, verso una progressiva evoluzione ed armonizzazione del quadro dei diritti meritevoli di tutela nell’ambito di questioni sensibili.

4.5. Verso quale Stato costituzionale muovono le dinamiche ordinamentali?

Una volta constatato che attivismo e parziale incoerenza del *decisum* sono i tratti qualificanti della giurisprudenza costituzionale e convenzionale negli ambiti esaminati, resta da verificare come questi due profili si collocano rispetto alle attuali caratteristiche del nostro Stato costituzionale.

Le vicende giurisprudenziali sulla procreazione assistita e sulla tutela delle coppie omosessuali sembrano perfettamente in linea con la più generale tendenza che ormai da tempo caratterizza la nostra forma di Stato: la costante inerzia dell’organo legislativo ed il ruolo suppletivo dei giudici, di *tutti* i giudici, nell’appagamento di valori che quotidianamente si rinnovano con il mutare delle istanze sociali.

In definitiva, ciò che maggiormente colpisce l’interprete al termine di questa analisi è la circostanza che anche i temi più divisi, oggetto del presente lavoro, rispetto ai quali manca un substrato culturale comune nella società di riferimento e, per tali ragioni, dovrebbero costituire la sede di elezione della politica, della mediazione e dialettica parlamentare, nella pratica giuridica si collocano anch’essi fuori dal circuito democratico rappresentativo, interessati, come sono, da un forte attivismo giurisprudenziale. La giurisdizione diviene

l'unico canale istituzionale in grado di esercitare la funzione di "giustizia costituzionale", quindi, di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, attraverso un'attività che, dinanzi alle carenze ed ai ritardi dell'organo politico, si fa più penetrante ed accentua il proprio carattere "normativo". Il *judicial activism*, posto a garanzia dell'universalità dei diritti fondamentali e del loro appagamento sul piano sostanziale, porta con sé il costo della "giurisdizionalità" della funzione giurisdizionale, stretta nelle morsa di regole di giudizio divenute incompatibili rispetto alle esigenze di flessibilità che connotano la tutela sostanziale.

Si tratta di una patologia della forma di Stato costituzionale o, piuttosto, di una sua fisiologica evoluzione?

I molteplici profili di incoerenza segnalati e la continua ricerca di tecniche di giudizio flessibili, adeguate allo scopo di veicolare decisioni sostanziali che si attagliano alla varietà del reale, costituiscono "indici sintomatici" di uno stato di insofferenza della giurisdizione rispetto alle regole ed ai canoni che tradizionalmente governano il suo esercizio.

Abbiamo constatato l'alto tasso di creatività delle decisioni costituzionali dal punto di vista normativo (sent. n. 96/2015) ed ermeneutico (sent. n. 138/2010 e n. 170/2014), lo slittamento metodologico nelle tecniche di giudizio impiegate, nonché l'uso non sempre univoco del "*consensus*" nella giurisprudenza di Strasburgo; senza sottovalutare anche le "manipolazioni" della Corte di Cassazione rispetto al prodotto normativo della giurisprudenza costituzionale e convenzionale intervenuta su questi temi.

Dall'indagine condotta emerge una trasformazione in senso patologico dello Stato costituzionale dinanzi alle sfide del progresso scientifico e dell'evoluzione sociale: uno Stato in cui la funzione di garanzia dei diritti della persona (la funzione di "giustizia costituzionale") si muove attraverso un'unica sede istituzionale, la giurisdizione, ed è direttamente proporzionale alla capacità delle Corti di "de-giurisdizionalizzare" i canoni che tradizionalmente governano il loro operato.

BIBLIOGRAFIA

Parte generale

E.A. ALKEMA, *The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court*, in P. MAHONEY (eds.), *Protecting human rights: the european perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymans, 2000, 41 ss.

A. BARAK, *La comparazione nel diritto pubblico*, in B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, trad. it. il Mulino, Bologna, 2009.

A. BARAK, *Comparative Law, Originalism and the role of a judge in a Democracy: a reply to justice Scalia*, speech for Fulbright Convention, 29 Gennaio 2006.

P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir.civ.)*, in *Enc.dir.*, XVI, 1967, 780 ss.

P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, Roma 13 e 14 ottobre 1992, pubblicati in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994.

S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.

M. BELL, *Holding back the tide? Cross- Border recognition of same-sex partnership within the European Union*, in *Eur. R. Priv. L.*, 2004, 631 ss.

R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989.

R. BIN, G. BRUNELLI A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010.

R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

T. BOERZEL- T. RIISSE, *Europeanization: the domestic impact of European Union politics*, in *Jorgsen, Pollack, Rosamond, Sage handbook of European Union politics*, London, Sage, 2007, 497 ss.

F. D. BUSNELLI, *Prefazione al volume La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, a cura di D. AMRAM e A. ANGELO, Padova, Cedam, 2011.

P. CALAMANDREI, *Atti dell'Assemblea Costituente. Commissione per la Costituzione, II, Relazioni e proposte*, 2981.

G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (a cura di), *Comparative Law before the Courts*, London, BIICL, 2004.

- R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Corti europee e giudici nazionali, Verona, 25 e 26 settembre 2009.
- L. CAPPuccio, E. LAMARQUE, *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Napoli, 2013.
- A. CARDONE, *Corte edu, giudici comuni e disapplicazione della legge: spunti per la comprensione delle trasformazioni della forma di stato*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016.
- A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012.
- P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2008, 311 ss.
- P. CARROZZA, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A reply*. *EJIL*, 2008.
- M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2009.
- M. CARTABIA, *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il mulino, 2007.
- M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu: il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Atti del Seminario di Ferrara, 9 marzo 2007, Torino, Giappichelli, 2007.
- M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3565 ss.
- E. CHELI – F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2007.
- M. CHIAVARIO, *La corte e la tutela dei diritti umani: di fronte a vecchie e nuove sfide*, relazione al Convegno "Giurisprudenza costituzionale ed evoluzione dell'ordinamento italiano", Palazzo della Consulta, maggio 2006, consultabile in www.cortecostituzionale.it.
- A. CIERVO, *The unbearable lightness of the margin of appreciation: ECHR and "Bio Law"*, in *The constitutional relevance of the ECHR in domestic and European law. An Italian perspective*, a cura di G. REPETTO, 159 ss.
- R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011.
- M.C. CRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, *EJIL*, 2008.

R. DE CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli Stati di "conformarsi alle sentenze definitive della Corte Edu" nella prospettiva italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, n. 3, 829-867.

U. DE SIERVO, *Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati d'Europa. Una introduzione generale*, relazione introduttiva al Convegno su Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa, tenutosi a Bari 29-30 aprile, 2009, consultabile in www.astrid.it.

U. DE SIERVO, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2010.

M. DELMAS, *Ordering pluralism. A conceptual framework for understanding the transnational legal world*, in *Hart Publishing*, Oxford, 2009, 151 ss.

G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Bologna, Il Mulino, 2010.

F. DONATI, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di G. Tesaurò*, 2014, 207 ss.

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, *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, 2003.

M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.

R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2006.

H. T. ENGELHARDT JR., *Manuale di bioetica*, Milano, 1999.

G. F. FERRARI, A. GAMBARO, *The Italian Constitutional Court and comparative Law. A premise*, in *Comp. L. R.*, 2010, 1 ss.

P. FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 2011, 121 ss.

P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 luglio 2012.

F. GALLO, *Rapporti fra Costituzione e Corte EDU*, Bruxelles, 24 maggio 2012, consultabile in www.cortecostituzionale.it.

A. GARAPON, *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1997.

J. GERARDS, *Pluralism, "Deference and the Margin of Appreciation Doctrine"*, in *European Law Journal*, 28 dicembre 2010.

- T. GROPPI, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2011.
- A. GUAZZAROTTI, A. COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2006, n. 3.
- V. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, in *Oxford University Press*, 2010.
- O. KAHN- FREUND, *Common Law and Civil Law- Imaginary and Real obstacles to Assimilation*, in M. CAPPELLETTI, *New perspective for a common law of Europe*, Boston, Sijthoff, 1978, 141 ss.
- E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012.
- E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Giuffrè, Milano, 2010.
- E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte Costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, 2010, n. 7, 955 ss.
- E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, a cura di L. CAPPuccio ed E. LAMARQUE, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 241-302.
- E. LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Istruzioni per l'uso*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano: problematiche attuali e prospettive per il futuro*, a cura di S. SONELLI, Giappichelli, Torino, 2015.
- M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984.
- F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista trim. di dir. e proc. Civ.*, 1989, pg. 4 ss.
- F. MANCINI, *The making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, Volume n. 26, 1989, pg. 595 ss.
- F. MANCINI, *Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto europeo*, 1990, 238 ss.
- V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

- G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.
- F. MODUGNO, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. Cost.*, 1988, II.
- F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008.
- A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consultaonline*, 2015, n. 1, 26 gennaio 2015.
- A. MORELLI, *Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica dell'ordinamento democratico*, in *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. RUGGERI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 401-436.
- A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Milano, Wolters Kluwer, 2016.
- A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2012.
- A. MORRONE, F. PEDRINI, D. TEGA, *Costituzione e norme internazionali pattizie: il valore della Cedu*, in A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2012, 9-16.
- A. MORRONE, *Sui rapporti tra norme della Cedu e ordinamento costituzionale*, in *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, pg. 189-203.
- A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali dal 2007*, Milano, A. Giuffrè, 2008.
- A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.
- C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il foro italiano*, 93 (1970), pt. 5, 153-191.
- S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino, 2012.
- A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001.
- A. PACE, *Problematiche alle libertà costituzionali*, parte generale, Padova, 2003.
- L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997.
- L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994.

- G. PARODI, *Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.Vv., *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, a cura di P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, Torino, 1996.
- G. PARODI, *Le sentenze della Corte Edu come fonte di diritto. La giurisprudenza costituzionale successiva alle sent. n.n. 348 e 349 del 2007*, in *Dir. Pubbl. comparato ed europeo*, 2012, 1743 e *Rass. Forense*, 2012, 53.
- C. PINELLI, *The Constitutional Relevance of the RCHR in Domestic and European Law. General Assessments*, in G. REPETTO (ed.), *The Constitutionl Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Intersentia, Antwerp, 2013.
- C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi ad essa confliggenti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 3518 ss.
- P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004.
- A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Giuffrè, Milano, 1965.
- O. POLLICINO in *Prefazione* a R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Quaderni di biodiritto, Aracne, 2014.
- B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, 2012.
- B. RANDAZZO, *Gli effetti delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, consultabile in www.cortecostituzionale.it.
- B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4.
- B. RANDAZZO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza costituzionale*, consultabile in www.cortecostituzionale.it.
- G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*. Napoli, Jovene, 2011.
- G. REPETTO, *Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, 34 ss.
- M. RHEINSTEIN, *The Family and the Law*, in CHLOROS A.G., RHEINSTEIN M., GLENDON M.A. (eds), *Persons and the Family*, Vol. IV, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 2007, 1-18.
- S. ROMANO, *Nuove pratiche nell'interpretazione dei diritti costituzionali: i metodi comparativi*, in F. VIOLA, *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Il Mulino, Bologna 2012, 205 ss.

- R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice nella società che cambia. Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, Atti del convegno “L’interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele”, Agrigento 17-18 settembre 2010, consultabile in www.csm.it.
- A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.
- A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all’adesione dell’unione alla cedu e all’entrata in vigore del prot. 16)*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 1.
- A. RUGGERI, *La Corte Costituzionale “equilibrata”, tra continuità ed innovazione, sul filo dei rapporti con la corte edu*, in *Consultaonline*, 2011.
- A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, III ed., Giappichelli, Torino, 2004.
- M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, 2011.
- C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009.
- C. SAUNDERS, *Judicial Engagement with Comparative Law*, in GINSBURG, DIXON (a cura di), *Comparative Constitutional Law*, Northampton, Elgar Ed., 2011.
- G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in AA. Vv., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985.
- G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2006.
- A. M. SLAUGHTER, *A global Community of Courts*, in *Harvard Int. l. L. J.*, 2003, 191 ss.
- A. SPERTI, *I giudici costituzionali e la comparazione giuridica*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2006, 185 ss.
- F. SORRENTINO, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, consultabile in www.cortecostituzionale.it.
- D. TEGA, *The constitutional background of the 2007 revolution: the jurisprudence of the constitutional court*, in *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2013, pg. 25 – 36.
- D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012.

D. TEGA, *L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" CEDU: accordi e disaccordi*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, pg. 193-239.

D. TEGA, *La Cedu come rafforzativo del parametro costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, Giappichelli, 2007, pg. 251-257.

G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *DUE*, 2009, 195 ss.

C. TOMUSCHAT, *The effects of the judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court*, in *German Law Journal*, 2010, 526 ss.

C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007, Torino, Giappichelli, 2008.

F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, a cura di P. CORSO, E. ZANETTI, Roma, 2010, 636 ss.

G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.

N. ZANON, *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte Costituzionale italiana*, 2012, Edizioni scientifiche italiane.

Parte speciale

S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2014, n. 2.

M. AINIS, *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005.

F. ANGELINI, *I "compromessi sposi": la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010.

B. ANTOCI, *Famiglie e convivenze*, Catania, 2013.

S. ASPREA, *La famiglia di fatto*, Milano, 2009.

E. ASTEGGIANO, *Evoluzione delle problematiche relative all'analisi preimpianto dell'embrione e nuove linee guida ministeriali*, in *Fam. Dir.*, 2008, 723 ss.

M. BALBONI, M. GATTUSO, *Famiglie e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali*, in *Genius*, 2014, n. 1.

G. BALDINI, *Procreazione assistita "eterologa" e diritti della persona tra principi costituzionali e pronunce della CEDU*, in *Diritti Fondamentali*, 8 maggio 2012.

- G. BALDINI, *Procreazione assistita: l'ordine degli interessi tutelati è uno solo, Note a margine della cd. Ordinanza Mariani adottata in tema di fecondazione assistita e diagnosi genetica pre impianto*, in *Rass. Dir. Civ.*, III, 2008.
- V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in *Diritti Fondamentali*, 2014.
- V. BALDINI, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il Giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?*, in *Diritti Fondamentali*, 27 aprile 2015.
- L. BALESTRA, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 77 ss.
- L. BALESTRA, *Sugli effetti della rettificazione dell'attribuzione di sesso sul matrimonio preesistente*, in *Giustizia Civile commentata*, 2014.
- R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2011, 103 ss.
- M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Comm. Scialoja-Branca, su art. 29-31 Cost.*, Bologna-Roma, 1976.
- M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 30 marzo 2015.
- F. BILOTTA, *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario, comparato*, Mimesis edizioni, Milano-Udine 2008.
- F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2011, n. 2, 899 ss.
- E. BILOTTI, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, Relazione al Convegno "Quale diritto per i figli dell'eterologa", svoltosi presso la Camera dei Deputati il 3 giugno 2014.
- R. BIN, G. BRUNELLI A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Atti dei seminari "preventivi" ferraresi Amicus curiae, 18 aprile 2008, Torino, 2008.
- R. BIN, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'ALOIA, Giappichelli, Torino, 2005.
- R. BIN, *Art. 14, Divieto di discriminazione* in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, 409 ss.
- R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium juris*, 2000, 1068 ss.

- R. BIN, *Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto”*, in *Giur. Cost.*, 1991, 3574 ss.
- F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul cd. “divorzio imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.
- K. BOELE WOELKI, (ed.), *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerp, Intersentia, 2009, 405-406.
- M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Mimesis edizioni, Milano-Udine 2010.
- K. D. BRUDY, *Recent Developments: S.H. v. Austria: European Court of Human Rights Holds That the Right to Family Life and Sexism Trump Governmental Limitations on Artificial Procreation*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2011, n. 19, 691 ss.
- G. BRUNELLI, *Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 novembre 2015.
- G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul cd. “divorzio imposto”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.
- A. BURATTI, *Un delicato bilanciamento. La sentenza 278 della Corte Costituzionale*, consultabile in *www.diritticomparati*, 23 novembre 2013.
- F. D. BUSNELLI, *L’inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 564 ss.
- F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, 520 ss.
- F. D. BUSNELLI, *Giurisprudenza e bioetica*, in *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001.
- E. CAGGIA, *Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (brevi riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della L. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Giur. It.*, III, 2004, 2093 ss.
- F. CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 maggio 2010.
- E. CAMASSA, C. CASONATO, *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Università degli studi di Trento, 2005.
- S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 417 ss.
- G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in *BioLaw Journal*, 2014, n. 2.

- V. CAPORRELLA, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'art. 29 e il dibattito della Costituente*, consultabile in www.storicamente.org.
- P. A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, II, 2010, 361 ss.
- M. CARTABIA, E. CRIVELLI, E. LAMARQUE, D. TEGA, *Country report of the Fundamental Rights Agency of the European Union: "Country thematic study on homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity – 2010 update*, 2010.
- G. CASABURI, *Nota a Oliari contro Italia*, in *Foro.it*, 2016, IV.
- G. CASABURI, *Legge 40: ultimo atto? Il divieto di p.m.a. alla Consulta. Nota a Tribunale Firenze, 13 settembre 2010*, in *Il Corriere di merito*, 2011, n. 1, pg. 36-41.
- G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giu. Mer.*, 2009, XII, 3002 ss.
- M. CASINI, *Tre tribunali italiani, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ed il diritto del concepito all'unitarietà delle figure genitoriali*, in *Med. e mor.*, 2011, 37 ss.
- C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40. Commentario*, Torino, 2004.
- C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 2014.
- C. CASONATO, E. FROSINI, *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, 2006.
- M. CASTELLANETA, *Il divieto di matrimonio tra coppie dello stesso sesso non viola la convenzione*, in *Famiglia e minori*, 2010, 86 ss.
- C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte Costituzionale*, in *Europa e Diritto Privato*, 2014, n. 3, 1117 ss.
- A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 marzo 2004.
- A. CELOTTO, *La Corte Costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3846 ss.
- F. CERRI, *Corte europea e fecondazione eterologa: mater semper certa est? Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 aprile 2010*, in *Europa e diritto privato*, 2010, n. 4, pg. 1219-1230.
- A. CESERANI, *Il caso «Oliari» avanti la Corte di Strasburgo e la condizione delle coppie «same-sex» in italia: brevi riflessioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2015, n. 3, pg. 785-802.

- D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, n. 2.
- 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*, consultabile in *diritti-cedu.unipg.it*, 2014.
- A. CIERVO, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, 2014.
- A. CIERVO, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2008, 3669 ss.
- G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Archivio penale*, 2015, n.1.
- N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Rivista OIDU*, 2015, n. 3.
- C. CONSOLO, *Le Sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato “internet addicted” e pure “veggente”*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, 3166 ss.
- R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Consultaonline, Studi*, 2015, n.1.
- I. CORTI, *Divieto di fecondazione eterologa. Riflessioni critiche*, in *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. COSSIRI, G. DI COSIMO, Aracne, 2013, 138 ss.
- I. CORTI, *La procreazione assistita*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. FERRANDO, Bologna, 2007, III, 491 ss.
- A. COSSIRI, G. DI COSIMO, *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Aracne, 2013.
- A. COSSIRI, *La demolizione giurisprudenziale della legge 40/2004*, in *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. COSSIRI, G. DI COSIMO, Aracne, 2013, 32 ss.
- M. P. COSTANTINI, *La donazione dei gameti nel dibattito giuridico europeo*, in *Procreazione assistita e tutela della persona*, a cura di A. BARENGHI, Cedam, 2011, 51 ss.
- C. DI COSTANZO, *Ancora sul margine di apprezzamento: frontiera costituzionale o criminale giuridicamente indefinibile? Nota a sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, ricorso n. 57813 del 2000, S. H. e altri vs Austria, 2011*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 dicembre 2011.

F. CRISAFULLI, *Same-Sex Couples's Rights (Other than the Right to Marry) Before the ECtHR*, in *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (a cura di), Heidelberg, 2014, 408 ss.

C. CRISTIANO, E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto: ovverosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2014, n. 4, 1290 ss.

E. CRIVELLI, *Oliari e altri c. Italia: la Corte di Strasburgo condanna l'immobilità del legislatore italiano nel riconoscimento delle unioni omosessuali*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, n. 4, 1036 ss.

E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010.

M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 aprile 2010.

L. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio "nun s'ha da fare"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 aprile 2010.

F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 275 ss.

A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in *Confronti costituzionali*, 23 giugno 2015.

A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, Milano, 2011, 15 ss.

M. D'AMICO, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in *Federalismi.it*, Editoriale, 9 marzo 2016.

M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 novembre 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 *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 settembre 2015.

M. D'AMICO, *Famiglia e "famiglie" tra principi costituzionali italiani e europei*, in *Genius*, 2015, n. 2.

G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa fra principi costituzionali ed europei*, in *Diritto e società*, 2012, 304 ss.

M. D'AMICO, I. PELLIZZONE, *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte Costituzionale*, Milano, 2012.

M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in *I diritti delle coppie infertili, Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte Costituzionale*, a cura di M. D'AMICO, I. PELLIZZONE, Milano, 2012, 214 ss.

M. D'AMICO, B. RANDAZZO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009.

L. D'ANDREA, *Prime note in tema di assorbimento nei giudizi di costituzionalità*, in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, 79 ss.

L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2014, n. 3, 1005 ss.

L. D'AVACK, *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviando la questione alla Corte Costituzionale*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2011, 51 ss.

A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, in *Archivio Penale*, 2015, n. 1.

M. DELL'UTRI, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*, in *Giur. Mer.*, 2011, 402 ss.

S. DELLA BELLA, *La Consulta non si pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 4 ss.

P. DE STEFANI, *Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Aspetti penalistici*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2011, 705 ss.

M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione*, in *Rivista AIC*, 28 marzo 2012.

A. DI BLASI, *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, consultabile in costituzionalismo.it, 23 marzo 2005.

G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico religioso*, in *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. COSSIRI, G. DI COSIMO, Aracne, 2013, 13 ss.

G. DI COSIMO, *Dietro la legge*, in *Dalla provetta alla Corte*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, 2008, 88 ss.

G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 maggio 2009.

- A. DI MARTINO, *Procreazione assistita: il Tribunale di Catania non sollecita l'intervento della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 24 giugno 2004.
- A. DIURNI, *La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea*, in *Famiglia, persone, successioni*, 2011, n. 6, pg. 409-415.
- M. DOGLIOTTI, *Procreazione assistita: le Linee Guida del 2008*, in *Fam. e dir.*, 2008, 749 ss.
- M. DOGLIOTTI *Diagnosi preimpianto, accertamento dello stato di salute dell'embrione e diritti della persona*, in *Fam. Dir.*, 2007, 148 ss.
- M. DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte fondate le questioni di legittimità costituzionale*, in *Fam. Dir.*, 2004, 372 ss.
- E. DOLCINI, *Fecondazione eterologa: la parola alla Corte Costituzionale*, in *Il divieto di donazione dei gameti*, a cura di M. D'AMICO, B. LIBERALI, Milano, 2012, 14 ss.
- E. DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita – la legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte Edu e giudice ordinario*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, 2011, 428 ss.
- E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Il governo del corpo*, II, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, pg. 1588 ss.
- E. DOLCINI, *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviando la questione alla Corte Costituzionale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, n. 1, 40 ss.
- E. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita "eterologa".. in attesa di giudizio*, in *Riv. Dir. Pen.proc.*, 2011, 353 ss.
- E. DOLCINI, *Strasburgo – Firenze – Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 21 ottobre, 2010.
- E. DOLCINI, *Laicità, sana laicità e diritto penale*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 2009, 1017 ss.
- E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008.
- G. P. DOLSO, *Un matrimonio a tempo per il "transessuale tardivo": considerazioni sul "seguito" della sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Genius*, 2015, n. 1.
- 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*, Giappichelli, Torino, 2003, 65 ss.
- M. EIJKHOLT, *The Right to Found a Family as a Stillborn Right to procreate?*, in *Medical Law Review*, 2010, n. 18, 142 ss.
- C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951, 553 ss.

- E. FALLETTI, *Quante rondini fanno primavera? Brevi considerazioni a seguito delle recenti decisioni in materia di riconoscimento degli effetti del matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero*, consultabile in *europeanrights.eu.*, 30 aprile 2012.
- E. FALLETTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*, in *Fam. Dir.*, 2008, 221 ss.
- E. FARNÓS AMORÓS, *European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting* (Roma, 27-30 de junio, 2010), in *InDret*, luglio 2010, 10 ss.
- G. FERRANDO, *Matrimonio same - sex: Corte di cassazione e giudici di merito a confronto*, in *Corr. giur.*, 2015, 773 ss.
- G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. Dir.*, 2015, n. 10, 952 ss.
- G. FERRANDO, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Politica del Diritto*, 2014, n. 3.
- G. FERRANDO, *Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2013, 20 ss.
- G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. Dir.*, 2011, 524 ss.
- G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, pg. 521-533.
- G. FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati*, in *Fam. Dir.*, 2004, 372 ss.
- G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, 344 ss.
- G. FINOCCHIARO, *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Guida al dir.*, 2012, n. 14.
- D. FIORATO, D. FERRARI, *La Consulta davanti alla nozione giuridica di matrimonio: il formarsi di un giudicato costituzionale? (osservazioni a prima lettura della sentenza 170/2014)*, in *La nuova Giustizia civile*, 2014, n. 3, 117 ss.
- A. FORABOSCO, *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, 1468 ss.
- E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte Edu e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma Cost. nella sentenza della Corte Costituzionale n. 278 del 2013*, in *Rivista AIC*, dicembre 2013.
- T. E. FROSINI, *Stupisce il mancato ricorso alla Consulta*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 23, 56 ss.

- C. FUSARO, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, R. BIN, G. BRUNELLI A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), Torino, 2010.
- S. A. R. GALLUZZO, *La Cassazione va in pressing sul legislatore per introdurre regole in favore delle unioni gay*, in *Guida al dir.*, 2012, n. 14.
- A. GAMBINO, A. NICOLUSSI, *Alcuni rilievi sulle interpretazioni della sentenza della Corte costituzionale sulla legge 40/2004*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 Maggio 2009.
- M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. Dir.*, 2010, 663 ss.
- E. GIACOBBE, *Tre "banalità" e una verità: brevi osservazioni su una prima applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Gius. Civ.*, X, 2004, 2459 ss.
- G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, I, 481 ss.
- A. GORGONI, *Famiglie e matrimonio: profili evolutivi nel diritto europeo*, in *Persona e mercato*, 2013, 241 ss.
- C. GRABENWARTER, B. KRAUSKOPF, *Sh and others vs. Austria: a larger margin of appreciation in complex fields of law*, in *Quad. cost.*, 2012, 155 ss.
- C. GUARINI, *Tra "divorzio imposto" e "matrimonio a tempo". osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I sezione civile*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2.
- A. GUAZZAROTTI, *Fecondazione eterologa, aborto e diagnosi pre-impianto*, in *La fecondazione vietata, Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. COSSIRI, G. DI COSIMO, Aracne, 2013.
- A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza Cedu*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2013, n. 1.
- A. GUASTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 1996, 208 ss.
- A. GUGLIELMINO, S. CHAMAYOU, *Diagnosi preimpianto: tra tutela della salute e procreazione responsabile. Il punto di vista dei medici*, in *I diritti delle coppie infertili*, a cura di M. D'AMICO, I. PELLIZZONE, Milano, 2010, 235 ss.
- J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt am Main, 2001, trad. it. , *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, a cura di L. CEPPEA, Torino, 2002.
- W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi: Rivista di ermeneutica giuridica*, 2005, pg. 130-131.

- M. P. IADICCIO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2015, n. 3, pg. 797-805.
- A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. Cost.*, 2015, n. 3, pg. 805-813.
- P. JOHNSON, *An essentially private manifestation of human personality*, in *Human Rights L.R.*, 2010, 67 ss.
- S. LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto: un problema aperto*, in *Fam. Dir.*, VIII-IX, 2011.
- E. LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, n. 3, 2827 ss.
- E. LA ROSA, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*, in *Fam. Dir.*, 2010, 476 ss.
- E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.
- E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in *Giur. it.*, 2014, pg. 392-408.
- E. LAMARQUE, *Famiglia e filiazione*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del Convegno di Catania 7-8 giugno 2013*, a cura di F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pg. 591-605.
- E. LAMARQUE, *Art. 30*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, I, Utet, Torino, 2006, pg. 622-639.
- E. LAMARQUE, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, n. 2, pg. 381-384.
- E. LAMARQUE, *I referendum sulla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. Dir.*, 2005, pg. 195-202.
- S. LEONE, S. PRIVITERA, (a cura di), *Dizionario di bioetica*, ISB, Acireale, 1994.
- B. LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. Time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, in *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, a cura di M. D'AMICO, B. LIBERALI, Franco Angeli, Milano, 2012.
- B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 3.

- B. LIBERALI, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *Nuova giur. Civ. comm.* 2010, II, 562 ss.
- G. LOMBARDI, *La famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Iustitia*, 1965, 3 ss.
- L. LORELLO, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, in *Rivista AIC*, 8 maggio 2012.
- A. LORENZETTI, *Diritti "in transito". La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano, 2013.
- V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, in *Rivista AIC*, 2012.
- E. MALFATTI *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) divisibile*, in *Consultaonline*, 2015, n. 2, 533 ss.
- E. MALFATTI, *Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla Corte costituzionale (ord. N. 150/2012) ed esigenze del "seguito" alle pronunce di Strasburgo*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 29 aprile 2013.
- E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012.
- E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 3.
- F. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv.dir.civ.*, 1963.
- V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 13 aprile 2015.
- M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, 2010, n. 1.
- M. MANETTI, *La sentenza sulla pma o del legislatore che volle farsi medico*, consultabile in *costituzionalismo.it*, 2009.
- M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. Cost.*, 2009, 1688 ss.
- M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. Dir.*, 2004, 460 ss.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte speciale, I, 4° ed., Padova, 2011.

- M. R. MARELLA, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, consultabile in *costituzionalismo.it*, 2005, n. 2.
- A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, 2006.
- D. MARTINY, *Private International Law Aspects of Same-Sex Couples under German Law*, in *Legal Recognition of Same Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*, K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS (eds), 2012.
- I. MASSA PINTO, “*Fiat matrimonio*”, in *Rivista AIC*, 4 aprile 2012.
- I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio” ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, consultabile in *www.dircost.unito.it*.
- A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010.
- S. MINERVINI, *La procreazione medicalmente assistita*, Halley, Matelica, 2007.
- F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, 360 ss.
- G. MONACO, *Il referendum per l’abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle “leggi costituzionalmente necessarie”*, in *Giur. Cost.*, 2005.
- V. MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo. Lo “stigma penale” e la presunzione di innocenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, n. 2, 421-432.
- M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna, 2007.
- A. MORAWA, *The ‘Common European Approach’, ‘International Trends’, and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on Goodwin and I v. the United Kingdom*, in *German Law Journal*, 2002, n. 3.
- A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all’illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, novembre 2006.
- A. MORELLI, *Lo ius superveniens come tecnica di selezione delle questioni di legittimità costituzionale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 583 ss.
- M. MORI, *La fecondazione eterologa in uno Stato laico*, in *Dir. Pen. e proc.*, 1999, 513 ss.

- A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 giugno 2014.
- A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 luglio 2012.
- A. MORRONE, E. C. RAFFIOTTA, D. TEGA, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: via giudiziaria o via legislativa per la sua introduzione?* in A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2012, 180 ss.
- A. MORRONE, *sub art. 2*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. SESTA, I, Giuffrè, Milano 2009, 34 ss.
- C. MURGO, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2012, I, 36 ss.
- T. MURPHY, G. Ó CUINN, *Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2010, n. 4, 601 ss.
- C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 settembre 2015.
- C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 1.
- C. NARDOCCI, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 febbraio 2012.
- A. NICOLUSSI, A. RENDA, *Fecondazione eterologa: il pendolo fra corte costituzionale e corte edu (Nota a Corte cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150)*, in *Gazzetta forense*, 2013, n. 4, 79 ss.
- A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 1.
- S. NINATTI, L. VIOLINI, *Nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 aprile 2012.
- M. OLIVETTI, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in *Guida al diritto*, Dossier mensile "Le prospettive della famiglia", marzo 2004, 51 ss.
- M. OLIVETTI, *Decisione coerente, ma gli interessi vanno bilanciati*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 23, 58 ss.
- A. OSTI, *La sentenza Sh e altri c. Austria: un passo "indietro" per riaffermare la legittimazione della Corte europea*, in *Quad. cost.*, 2012, 155 ss.

- A. OSTI, *Il caso S.H. e altri c. Austria in tema di procreazione medicalmente assistita*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, pg. 13-27.
- M. PACINI, *Procreazione assistita e non discriminazione nella CEDU*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 1, pg. 39-46.
- L. PALADIN, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, in *Diritto comparato ed europeo*, 2011, n. 1, 144 ss.
- E. PALMERINI, *La legge sulla procreazione assistita al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Famiglia*, 2004, 975 ss.
- G. PALMERI, M. C. VENUTI, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014 n. 170 in materia di divorzio del transessuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 553 ss.
- G. PARODI, *Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il séguito nel giudizio a quo della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Genius*, 2015, n. 1.
- B. PASTORE, *Il diritto a procreare: natura, titolarità e limiti*, in G. BALDINI, *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004, 161 ss.
- A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 3.
- S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. Dir.*, 2015, 958 ss.
- S. PATTI, *Il principio famiglia e il diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, Milano, 2011, 71 ss.
- R. PAVONE, *La convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2010.
- A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011.
- I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Confronti costituzionali*, 4 novembre 2015.
- I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2012.

S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40". Nota a: Corte costituzionale, n. 96/2015*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, n. 3, pg. 755-758.

S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, n. 6, 16 giugno 2014.

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 della gravidanza*, in *Revista europea de derechos fundamentales*, 2013, n. 21, 235-270.

S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 aprile 2005.

D. PERRONE, *Nota a corte costituzionale n. 138/2010 (g. u. 21/04/2010)* in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010.

B. PEZZINI, *Oltre il "caso Bernaroli": tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio*, in *Genius*, 2015, n. 1.

B. PEZZINI, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012.

B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011.

B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN, G. BRUNELLI A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010.

B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2010, n. 3, pg. 2715 ss.

B. PEZZINI, *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008.

I. PEZZINI, *A prima lettura (la sentenza 170/214 sul divorzio imposto)*, consultabile in www.articolo29.it, 15 giugno 2014.

C. PINELLI, *"Valutazione sistemica" versus "valutazione parcellizzata": un paragone con la Corte di Strasburgo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, n. 6, 4228-4232.

C. PINELLI, *La nota del consiglio episcopale permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, in *Rivista AIC*, maggio 2007.

C. PITEA, *Art. 35 – Condizioni di ricevibilità*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012, 655 ss.

V. POCAR, *Diritto alla salute, diritto a procreare ed accesso alle tecniche di PMA*, in *I diritti Dell'uomo*, 2004, 69 ss.

A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010.

A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010.

A. PUGIOTTO, *Fuga dal referendum: "Comitati del no" e Governo a Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 marzo 2005.

D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 22 giugno 2015.

C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 639 ss.

G. RAIMONDI, *Reflections on the Rule of Prior Exhaustion of Domestic Remedies in the Jurisprudence of The European Court of Human Rights*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2010, 161 ss.

B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le "sentenze gemelle" (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2015, n. 3, 617-624.

B. RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei "desideri". (Corte Edu, Costa e Pavan c. Italia, sent. 28 agosto 2012-11 febbraio 2013)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2013.

B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte Europea dei Diritti: un nuovo processo*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4.

B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. ZANON, *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006, pg. 295 ss.

I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, n. 10.

G. REPETTO *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale)*, in *Diritti comparati*, 11 giugno 2015.

G. REPETTO *“Non di sola Cedu..” La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Diritto pubblico*, 2013, n. 1, 136 ss.

G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU “superveniens”*: i rischi dell’iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale, in *Giur. cost.*, 2012, 2069 ss.

G. REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione “virtuosa” di un diritto*, in *Rivista AIC*, 2010.

U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32 co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 85 ss.

F. RIMOLI, *Bioetica, diritti del nascituro, diritti delle generazioni future*, in R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2001, 340 ss.

L. RISICATO, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1473 ss.

L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 679 ss.

G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 2.

S. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principi ispiratori e ipotesi sistematiche*, in *Pol. dir.*, 1975, 677 ss.

M. ROMANO, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 510 ss.

R. ROMBOLI, *La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell’auspicato intervento del legislatore*, in *Genius*, 2015, n. 1.

R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”*: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice, in *Consultaonline*, 2014.

R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 162/2014*, in *Foro it.*, 2014, I, 2324 ss.

R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l’ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in *Consultaonline*, Studi, 2013.

R. ROMBOLI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo, nell’interpretazione della Corte di cassazione*, in *Il Foro italiano*, 2012, 2754 ss.

R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 3.

R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367 ss.

C. ROSSANO, *Ragionevolezza e fattispecie di eguaglianza»* in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 171 ss.

A. RUGGERI, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in *Gruppodipisa.it.*, 30 settembre 2016.

A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi.it*, 11 maggio 2016.

A. RUGGERI, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in *Diritti Fondamentali*, 2015, n. 2, 27 luglio 2015.

A. RUGGERI, *Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *Genius*, 2015, n. 1.

A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra corti europee e corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?* in *Consultaonline*, 2014.

A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al dialogo con la Corte Edu (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consultaonline*, 13 giugno 2014.

A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *Consultaonline*, 2013.

A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012), Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in *Consultaonline*, 2012.

A. RUGGERI, *Il diritto al matrimonio e l’idea costituzionale di “famiglia”*, in *Nuove autonomie*, 2012.

A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e*

dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita), in *Consultaonline*, Studi, 2012.

A. RUGGERI, "Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo corte cost. n. 138 del 2010?, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4.

A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *I quaderni europei*, 2010, n. 19.

A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 751 ss.

A. RUGGERI, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007.

A. RUGGERI, *Tutela minima di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, in M. FORTINO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, Giappichelli, 2005.

F. SAITTO, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, 2706 ss.

U. SALANITRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, sub artt. 1 – 18*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Della famiglia, vol. IV, Utet, Torino, 2010, 509-631.

U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*, in *Fam. Dir.*, 2010, n. 11, pg. 981-991.

G. M. SALERNO, *I principi enucleati dai giudici di Strasburgo non sembrano adattabili al 'caso' italiano*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 42, 73 ss.

G. M. SALERNO, *Fecondazione eterologa: dubbi di legittimità sulle sanzioni alle strutture che la praticano*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 44, 65 ss.

G. SANTORO PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961.

F. SANTOSUOSSO, *Un ricorso contraddittorio spinge la Corte a dichiarare l'inammissibilità*, in *Fam. Dir.*, 2006, 49 ss.

F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004.

V. SATTA, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sul referendum del 2005*, consultabile in www.amministrazioneincammino.it, 2005.

- V. SCALISI, *“Famiglia” e “famiglie” in Europa*, in *Rivista di diritto civile*, 2013.
- U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Milano, Baldini e Castoldi, 1998.
- F. SCIA, *Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita*, Esi, Napoli, 2012.
- M. SEGNI, *Troppi dubbi sulla procreazione assistita*, in *Fam. Dir.*, 2013, n. 5.
- M. SEGNI, *Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili - un nuovo problema* in *Fam. Dir.*, 2010, 476 ss.
- P. SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in *Fam. Dir.*, 2005, 415 ss.
- A. SCHUSTER, *Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, n. 1.
- A. SCHUSTER, A. LORENZETTI, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014.
- A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 aprile 2012.
- P. SINGER, *Etica pratica*, Napoli, 1989.
- G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte Cost., sent. n. 162/2014)* in *Consultaonline Studi*, 13 giugno 2014.
- G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 dicembre 2015.
- S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 aprile 2010.
- P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, 149 ss.
- D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015, n. 4, 55 ss.
- D. TEGA, *Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili. Intervista a cura di Diletta Tega a Guido Raimondi*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, n. 2, pg. 463-469.

- D. TEGA, *La Corte costituzionale vista da vicino. Intervista a cura di Diletta Tega a Gaetano Silvestri*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, n. 3, pg. 757-765.
- D. TEGA, T. FIDALGO DE FREITAS, *Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples*, in *Same Sex Couples before National and International Jurisdictions*, Berlin, Springer, 2013.
- D. TEGA, *Referendum sulla procreazione assistita: del giudizio di ammissibilità per valori*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, n. 2, 385 ss.
- V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.
- 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 diritti del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 giugno 2014.
- V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 2008, 101 ss.
- C. TRIPODINA, *Il “diritto al figlio” tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. Cost.*, 2014, n. 3, 2593 ss.
- C. TRIPODINA, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa e Pavan vs Italia)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, n. 2, 939 ss.
- C. TRIPODINA *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la “Costituzione che non vale più la pena difendere”?*, in *Giur. Cost.*, 2009, n. 2, 1697 ss.
- C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell’interpretazione del diritto alla vita*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3849 ss.
- C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante “norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 545 ss.
- L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, consultabile in *Consultaonline*, 2009.
- L. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Giur. It.*, 2007, I, 347 ss.
- A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all’aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 giugno 2015.

- A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Riv. Dir. Pen. Proc.*, 2014, 832 ss.
- A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? la disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della corte edu in tema di diagnosi preimpianto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n. 2.
- A. VALLINI, *La diagnosi preimpianto è un diritto*, in *Il Corriere del Merito*, 2013, 429 ss.
- A. VALLINI *Procreazione medicalmente assistita*, in *Leggi penali complementari*, 2007, 657 ss.
- F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 1.
- J.J. VASEL, *El "margin of appreciation" como elemento clave en el Derecho constitucional europeo*, in *Revista de Derecho constitucional europeo*, 2009, n. 11, 206 ss.
- P. VERONESI, *Per una discussione sulla sentenza n. 8097/2015*, in *Genius*, 2015, n. 1.
- P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 luglio 2014.
- P. VERONESI, *Matrimonio omosessuale, ovvero: "è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose"*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), Torino, 2010.
- P. VERONESI, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in *Quad. cost.*, 2008, 579-583.
- P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007.
- P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, n. 3, 523 ss.
- A. VERRI, *Il Tribunale di Cagliari riconosce per la prima volta il "diritto" di accesso alla diagnosi preimpianto ad una coppia talassemica*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2012.
- F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 marzo 2015.
- R. VILLANI, *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina l.n.40/2004*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, 495 ss.
- R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004.

- L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Rivista AIC*, luglio 2014.
- L. VIOLINI, *Note minime ad una decisione problematica. Il punto di vista dei giuristi*, in *I diritti delle coppie infertili*, a cura di I. PELLIZZONE, Milano, 2010, 191 ss.
- L. VIOLINI, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, n. 3, pg. 632-636.
- L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto*, in *La procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi tenuto presso l'Accademia dei Lincei il 31 gennaio, Fasano, 2005.
- C. VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012.
- G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 180 ss.
- V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC*, maggio 2015.
- V. ZAGREBELSKY, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2015, n. 3, 609 ss.
- V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Foro.it*, 2012, n. 5.
- P. ZATTI, *Dal consenso alla regola: il giurista in bioetica*, in *Rass. Dir. Priv.*, 1994, 523 ss.
- P. ZATTI, «Natura» e «cultura» nella procreazione artificiale, in G. FERRANDO, *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989.
- M. WINKLER, *I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Cassazione*, in *Int'l Lis*, 2012.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

Corte cost., 24 novembre 1958, n. 59

Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27

Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161

Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404

Corte cost., 22 dicembre 1988, n. 1130

Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 389

Corte Cost., 20 dicembre 1989, n. 559

Corte cost., 24 luglio 1996, n. 303

Corte Cost., 26 settembre 1998, n. 347

Corte Cost., ord. 23 giugno 1999, n. 255

Cass., 16 marzo 1999, n. 2315

Cass., 9 giugno 2000, n. 7877

Corte Cost., 12 luglio 2000, n. 332

Corte cost., ord. 30 gennaio 2002, n. 13

Corte cost., ord. 19 marzo 2002, n. 72

Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282

Corte cost., ord. 23 luglio 2002, n. 386

Corte cost., 14 marzo 2003, n. 62

Cass., 31 maggio 2003, n. 8827

Cass., 31 maggio 2003, n. 8828

Corte cost., 14 novembre 2003, n. 338

Cass., 22 gennaio 2004, n. 2050

Corte cost., ord. 20 aprile 2004, n. 125

Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004

Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 45

Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 46

Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 49
Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2005, n. 1096
T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, 9 maggio 2005, n. 3452
T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, 23 maggio 2005, n. 4047
Trib. Pescara, 27 giugno 2005, n. 1282
Corte cost., ord. 7 luglio 2005, n. 268
Trib. Cagliari, ord. 16 luglio 2005, n. 574
Cass., SS.UU., 23 dicembre 2005, n. 28507
Corte Cost., 9 novembre 2006, n. 369
Trib. Cagliari, 24 settembre 2007
Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348
Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349
Trib. min. Firenze, 19 dicembre 2007
Tar Lazio, 21 gennaio 2008, n. 159
Tar Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398
Trib. Firenze, ord. 12 luglio 2008, n. 323
Trib. Firenze, ord. 26 agosto 2008, n. 382
Trib. Venezia, ord. 3 aprile 2009, n. 177
Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151
Trib. Bologna, 29 giugno 2009
Corte App. Trento, ord. 9 luglio 2009, n. 248
Trib. Milano, ord. 23 novembre 2009
Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311
Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317
Trib. Salerno, ord. 9 gennaio 2010, n. 12474
Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93
Corte cost., ord. 12 marzo 2010, n. 97

Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138
Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249
Corte cost., ord. 22 luglio 2010, n. 276
Trib. Firenze, ord. 13 settembre 2010
Trib. Salerno, ord. 20 ottobre 2010
Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010
Corte cost., ord. 5 gennaio 2011, n. 4
Corte cost., 12 gennaio 2011, n. 8
Cass. pen., 19 gennaio 2011, n. 1328
Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011
Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113
Corte cost., ord. 8 giugno 2011, n. 179
Cass., SS.UU., 11 luglio 2011, n. 15144
Corte cost., 22 luglio 2011, n. 230
Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236
Cass., 15 settembre 2011, n. 18853
Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303
Corte cost., ord. 12 gennaio 2012, n. 7
Trib. Reggio Emilia, ord. 14 febbraio 2012
Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31
Cass., 15 marzo 2012, n. 4184
Cass., 1 giugno 2012, n. 8862
Corte cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150
Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230
Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012
Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264
Trib. Firenze, ord. 7 dicembre 2012, n. 166

Trib. Firenze, ord. 29 marzo 2013

Trib. Milano, ord. 9 aprile 2013

Trib. Catania, ord. 13 aprile 2013

Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85

Corte cost., 4 luglio 2013, n. 170

Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210

Trib. Roma, ord. 23 settembre 2013

Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278

Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1

Trib. Roma, ord. 14 gennaio 2014, n. 69

Trib. Roma, ord. 28 febbraio 2014

Trib. Roma, ord. 5 marzo 2014, n. 86

Trib. Grosseto, dec. 3 aprile 2014

Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162

Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170

Trib. min. Roma, ord. 30 giugno 2014

Cass., 8 settembre 2014, n. 18870

Corte app. Firenze, dec. 23 settembre 2014

Corte cost., 5 dicembre 2014, n. 274

Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400

Trib. Grosseto, dec. 26 febbraio 2015

Tar Lazio, Sez. I-ter, 9 marzo 2015, n. 3907

Tar Lazio, Sez. I-ter, 9 marzo 2015, n. 3912

Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49

Cass., 21 aprile 2015, n. 8097

Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 21 maggio 2015, n. 228

Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96

Tar Lombardia, Sez. III, 29 settembre 2015, n. 2037

Corte app. Milano, 16 ottobre 2015, n. 2543

Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015, n. 291

Consiglio di Stato, Sez. III, 26 ottobre 2015, n. 4895

Corte app. Milano, 6 novembre 2015, n. 2286

Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229

Corte app. Roma, 23 dicembre 2015

Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE

- Co. eur. dir. uomo, 13 giugno 1979, Marckx c. Belgio
- Co. eur. dir. uomo, 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito
- Co. eur. dir. uomo, 26 marzo 1985, X e Y c. Paesi Bassi
- Co. eur. dir. uomo, 18 dicembre 1986, Johnston e altri c. Irlanda
- Co. eur. dir. uomo, 26 ottobre 1988, Norris c. Irlanda
- Co. eur. dir. uomo, 19 dicembre 1989, Brozicek c. Italia
- Co. eur. dir. uomo, 27 settembre 1990, Cossey c. Regno Unito
- Co. eur. dir. uomo, 8 febbraio 1993, J.R.K. c. Paesi Bassi
- GC, Co. eur. dir. uomo, 22 aprile 1997, X., Y., Z c. Regno Unito
- GC, Co. eur. dir. uomo, 28 luglio 1999, Immobiliare Saffi c. Italia
- GC, Co. eur. dir. uomo, 28 luglio 1999, Selmouni c. France
- Vfgh, 14 ottobre 1999
- Co. eur. dir. uomo, 21 dicembre 1999, Mata Estevez c. Spagna
- Co. eur. dir. uomo, 21 dicembre 1999, Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo
- Co. eur. dir. uomo, 1 febbraio 2000, Mazurek v. France
- Co. eur. dir. uomo, 26 ottobre 2000, Kudla c. Polonia
- Co. eur. dir. uomo, , 7 febbraio 2002, Mikuli c. Croazia
- Co. eur. dir. uomo, 29 aprile 2002, Pretty c. Regno Unito
- GC, Co. eur. dir. uomo, 11 luglio 2002, Christine Goodwin c. Regno Unito
- GC, Co. eur. dir. uomo, 13 febbraio 2003, Odièvre c. Francia
- Co. eur. dir. uomo, 24 luglio 2003, Karner c. Austria
- Co. eur. dir. uomo, 8 luglio 2004, Vo. C. Francia
- Co. eur. dir. uomo, 22 giugno 2004, Pini e altri c. Romania
- Co. eur. dir. uomo, 30 giugno 2005, Bosphorus Hava Jollari Turizm c. Irlanda
- Co. eur. dir. uomo, 13 luglio 2006, Jäggi c. Svizzera
- Co. eur. dir. uomo, 10 aprile 2007, Evans c. Regno Unito

Co. eur. dir. uomo, 4 dicembre 2007, Dickson c. Regno Unito

GC, Co. eur. dir. uomo, 22 gennaio 2008, E.B. c. Francia

Co. eur. dir. uomo, 27 marzo 2008, Sukhovoy c. Russia

Co. eur. dir. uomo, 24 febbraio 2009, Cofferati c. Italia

GC, Co. eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia

Co. eur. dir. uomo, 1 aprile 2010, SH. e altri c. Austria

Trib. Const. de Portugal, 8 aprile 2010, n. 121

Co. eur. dir. uomo, 27 aprile 2010, Moretti e Benedetti c. Italia

Co. eur. dir. uomo, 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria

BVerfG, 21 luglio 2010, n. 5

GC, Co. eur. dir. uomo, 16 dicembre 2010, A., B. e C. c. Irlanda

Co. eur. dir. uomo, 21 febbraio 2011, Aleksandr Makarov c. Russia

Corte di Giustizia, 18 ottobre 2011, Brüstle c. GreenPeace eV

GC, Co. eur. dir. uomo, 3 novembre 2011, SH. e altri c. Austria

GC, Co. eur. dir. uomo, 23 febbraio 2012, Hirsi Jamaa ed altri c. Italia

Co. eur. dir. uomo, 15 marzo 2012, Gas e Dubois c. Francia

Co. eur. dir. uomo, 22 marzo 2012, Kostantin Martin c. Russia

Co. eur. dir. uomo, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia

Co. eur. dir. uomo, 25 settembre 2012, Godelli c. Italia

Co. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torregiani e altri c. Italia

Conseil d'Etat, 13 giugno 2013, n. 362981

GC, Co. eur. dir. uomo, 9 luglio 2013, Vinter e altri c. Regno Unito

Co. eur. dir. uomo, 3 settembre 2013, M.C. e altri c. Italia

GC, Co. eur. dir. uomo, 7 novembre 2013, Vallianatos c. Grecia

Co. eur. dir. uomo, 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo c. Italia

GC, Co. eur. dir. uomo, 16 luglio 2014, Hamalainen c. Finlandia

Corte di giustizia, 18 dicembre 2014, International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks

Co. eur. dir. uomo, 27 gennaio 2015, Paradiso e Campanelli c. Italia

Supreme Court of the United States, 26 giugno 2015, Obergefell e altri c. Hodges

Co. eur. dir. uomo, 16 luglio 2015, Nazarenko c. Russia

Co. eur. dir. uomo, 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia

GC, Co. eur. dir. uomo, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia

GC, Co. Eur. Dir. Uomo, 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c. Italia.