

7 luglio 2014

## Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L'emersione del “desiderio” di concepire un figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno\*

di Antonio Iannuzzi, Valentina Zambrano

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi Roma Tre; ricercatrice di Diritto internazionale - Università Niccolò Cusano

**Abstract** Il saggio si incentra sulla questione dell'ammissibilità del ricorso alla diagnosi pre-impianto per le coppie non sterili ma affette da patologie geneticamente trasmissibili, a seguito della sentenza Costa e Pavan resa dalla Corte EDU. La decisione rappresenta un'occasione significativa per analizzare lo stato dei rapporti fra diritto internazionale e diritto interno sotto la prospettiva sia dei rapporti fra le Corti, sia della tutela multilivello dei diritti. Emergono diversi elementi peculiari della pronuncia, come la condanna della Repubblica Italiana per incoerenza del sistema legislativo e il mancato esperimento dei ricorsi interni. Il lavoro si sofferma criticamente sul “seguito” della sentenza, dapprima, relativamente alla parità di trattamento fra soggetti ricorrenti e non ricorrenti, nel caso specifico, poi in riferimento alla configurabilità di un diritto o di un “desiderio” di concepire un figlio sano, in attesa della decisione che dovrà essere adottata dalla Corte costituzionale. Having the judgement Costa and Pavan of the European Court of Human Rights as a starting point, this paper is focused on the possibility to allow to couples that are not infertile but are at high risk of transmitting a specific genetic disease to use the preimplantation genetic diagnosis. The judgment gives the opportunity to analyse the relationship between international law and national law from the point of view of the relationship between the Courts and of the multilevel protection of human rights. In fact, the judgment presents some particular aspects, such as the affirmation of responsibility of the Italian Republic for the violation of the ECHR because the Italian legislation lacks consistency or such as the non exhaustion of local remedies. The paper criticizes the internal “following” of the judgment, first of all, in relation to the equal treatment between applicants and non applicants before national court, and, then, in relation to the possibility to elaborate a right or a “desire” to conceive a health son, waiting for the decision of the Constitutional Court.

**Sommario:** 1. *Brevi note introduttive.* – 2. *Il problema dell'adeguamento dell'ordinamento italiano alla CEDU nel caso della sentenza Costa e Pavan.* – 3. *La questione del previo esaurimento dei ricorsi interni tra giudice europeo e giudice costituzionale.* – 4. *Le conseguenze “individuali” della Sentenza*

*Costa e Pavan: l'ordinanza cautelare del Tribunale di Roma che disapplica la legge n. 40. – 5. Le conseguenze “generalì” della sentenza Costa e Pavan: le ordinanze del Tribunale di Roma che sollevano la questione di legittimità costituzionale.*

## **1. Brevi note introduttive**

La sentenza Costa e Pavan sembra destinata ad avere numerosi riflessi nell'ordinamento italiano sia da un punto di vista legislativo sia giurisprudenziale, come dimostrano anche le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale del Tribunale di Roma del 15 gennaio e del 28 febbraio 2014 proprio in relazione alla parte della legge n. 40/2004 concernente la diagnostica pre-impianto.

Sotto l'aspetto legislativo, gli obblighi discendenti dalla CEDU pongono il legislatore italiano di fronte alla necessità di rivedere una normativa (la legge n. 40 appunto) il cui contenuto è già stato variamente “intaccato” o perché censurato dal giudice ordinario e dalla Corte costituzionale, si pensi al divieto di ottenere un numero di embrioni superiori a tre e la necessità di impiantarli tutti<sup>[1]</sup>, o perché oggetto di modifica normativa nella parte in cui limitava alle sole coppie sterili o infertili l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (con la conseguente estensione anche a quelle coppie in cui uno dei partner è portatore di una malattia sessualmente trasmissibile)<sup>[2]</sup>. È notizia recente la decisione della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittima la legge nella parte in cui vieta la fecondazione eterologa<sup>[3]</sup>.

Il richiamo fatto dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Costa e Pavan a rendere più coerente il sistema legislativo nazionale, sembra costituire l'ultimo atto di un percorso giurisprudenziale (nazionale e internazionale) che ha minato l'intero impianto della legge. Detto richiamo investe *in primis* il legislatore che dovrà intervenire per risolvere storture e colmare lacune. Tuttavia, nell'attesa, ancora una volta la Corte costituzionale sarà chiamata ad intervenire in veste di giudice dei diritti.

Accanto a questo profilo ne emerge uno ulteriore che direttamente concerne il rapporto tra giudice europeo e giudice italiano e che, ugualmente, sembra avere riflessi importanti a livello nazionale: il previo esaurimento dei ricorsi interni.

## **2. Il problema dell'adeguamento dell'ordinamento italiano alla CEDU nel caso della sentenza Costa e Pavan**

Le c.d. sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, com'è risaputo, hanno rappresentato la chiave di volta nella costruzione dei rapporti tra ordinamento interno e norme internazionali derivanti da trattati. Dette norme, per il tramite dell'art. 117, co. 1, Cost., divengono norme interposte, ossia parametro di valutazione della legittimità delle leggi ordinarie interne, senza perdere la loro “sottoposizione” alle norme costituzionali.

Ciò vale anche per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui le sentenze del 2007 si riferiscono. Il legislatore nazionale è vincolato, per affermazione dello stesso Giudice delle leggi, non solo al rispetto del contenuto testuale delle suddette norme, ma anche all'interpretazione datane dalla giurisprudenza di Strasburgo, in quanto la Corte europea dei diritti dell'uomo dispone della competenza esclusiva in materia di interpretazione della Convenzione e poiché sugli Stati parti incombe l'obbligo di adeguarsi alle sue sentenze (art. 46 CEDU). Ne discende che in caso di contrasto tra una norma CEDU ed una legge ordinaria interna due sono le vie percorribili: *a)* il giudice che si trovi di fronte al suddetto contrasto deve tentare di dare della norma interna un'interpretazione conforme a CEDU; *b)* qualora ciò non sia possibile, il giudice dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. Spetterà, quindi, alla Corte Costituzionale determinare l'esistenza del contrasto tra la norma interna e la CEDU e, nel caso di risposta affermativa, dichiarare l'incostituzionalità della legislazione nazionale (per violazione dell'art. 117), nella parte in cui essa contrasti con quanto richiesto dal testo convenzionale europeo[4]. Ciò non toglie che il giudice costituzionale possa sindacare la rispondenza alla Costituzione anche della norma europea proprio perché quest'ultima, in quanto fonte interposta, è soggetta alle norme costituzionali.

Nel caso che qui interessa, la Corte europea ha ravvisato una incoerenza del sistema legislativo italiano in materia di diagnosi pre-impianto (d'ora in poi DPI), dovuta alla circostanza per cui le coppie portatrici di malattie genetiche sono costrette a scegliere tra non avere un figlio o *tentare la sorte* salvo ricorrere all'aborto terapeutico qualora venisse ad essere diagnosticata una malattia grave. Più precisamente, la suddetta incoerenza deriva dalla combinazione di due previsioni di legge, l'una che impedisce l'accesso alla DPI alle coppie che non siano infertili o sterili (l. n. 40/2004) e l'altra che permette loro di praticare l'aborto terapeutico in caso di malattia del nascituro (l. n. 194/1978). In tale situazione, l'applicazione del principio del margine di apprezzamento degli Stati, che guida la Corte in particolare nei casi in cui siano in gioco questioni che hanno una spiccata connotazione etico-morale, non è sufficiente a "salvare" lo Stato dalla condanna, poiché risulta violato un altro parametro di giudizio: il principio di proporzionalità nella tutela degli interessi in gioco[5].

Ora, non vi è dubbio che parlare di "*incohérence du système législatif italien en matière de D.P.I.*"[6] significa richiamare l'attenzione delle autorità nazionali su un *vulnus* che non può essere risolto con il semplice risarcimento del danno[7]. Né contro tale argomentazione rileva il fatto che il Tribunale di Strasburgo non abbia indicato delle misure specifiche da adottare, come è ormai prassi invalsa nel caso di violazioni sistematiche o derivanti da problemi "strutturali" del sistema statale[8], ma si sia limitato a riconoscere la violazione del diritto alla vita privata e familiare e a determinare l'ammontare del risarcimento. Infatti, evidenziando l'incoerenza del sistema legislativo italiano la Corte mette in luce l'esistenza di un regime giuridico destinato a provocare delle violazioni sistematiche e generalizzate del diritto alla vita privata e familiare, in quanto ciò che è stato patito dai ricorrenti Costa e Pavan non discendeva dalle circostanze specifiche del caso, ma dall'esistenza di una legislazione nazionale che, in quanto tale, esplica i suoi effetti nei confronti anche di altri individui.

Si può, perciò, affermare che la sentenza qui analizzata si avvicina a quelle che sono state definite "sentenze pilota", vale a dire decisioni adottate nel caso in cui ci sia il pericolo di una serie di violazioni ripetute (derivanti o da una carenza strutturale del sistema o da un particolare regime giuridico) nelle quali sono anche indicate le misure a portata generale (quindi, non riguardanti solo il singolo caso deciso) che lo Stato deve adottare per superare una situazione di infrazione sistematica e adeguare il proprio ordinamento alla CEDU[9]. Infatti, vero è che la Corte non indica nello specifico quali siano gli interventi a carattere generale che lo Stato italiano dovrebbe adottare (come accade, solitamente, nelle sentenze di questo tipo), ma è altrettanto vero che, parlando di incoerenza del *sistema legislativo italiano*, essa lancia un "segnale" chiaro al legislatore nazionale circa la necessità di superare tale incoerenza al fine di rendere detto sistema compatibile con la CEDU (e evitare future condanne per i medesimi motivi).

Si potrebbe, tuttavia, sostenere che, nella presente sentenza, la mancanza di indicazioni esplicite circa le misure interne da adottare non implichi alcun obbligo giuridico a carico dello Stato se non quello del risarcimento del danno che di per sé sarebbe sufficiente a dare esecuzione alla sentenza (e, quindi, ai vincoli discendenti dall'art. 46 CEDU). Ora, tre ordini di motivi militano contro tale impostazione che, appare, eccessivamente formalistica e limitata alla considerazione del solo dato discendente dalla sentenza oggetto del presente lavoro.

In primo luogo, la Corte non lascia dubbi circa le cause dell'incoerenza della legislazione nazionale, da cui origina la violazione dell'art. 8 CEDU: il fatto che “[le système législatif italien] interdit l’implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains ; d’autre part, il autorise ceux-ci d’avorter un fœtus affecté par cette même pathologie”. Sembra, quindi, che il giudice di Strasburgo indichi indirettamente le correzioni necessarie da apportare al sistema al fine di renderlo coerente (ed evitare future condanne).

In secondo luogo, l'obbligo di riparazione non è il solo obbligo discendente dalla partecipazione alla Convenzione europea. Il primo e principale dovere degli Stati parte alla CEDU è quello di garantire il rispetto dei diritti ivi sanciti (così come interpretati dalla Corte di Strasburgo) e di porre termine alle eventuali violazioni[10]. È evidente che nel caso di specie la lesione del diritto alla vita privata e familiare cesserà solo nel momento in cui l'incoerenza del sistema legislativo sarà risolta, non essendo sufficiente a questo fine il mero risarcimento del danno[11]. D'altra parte, il fatto che venga lasciato allo Stato il margine di apprezzamento necessario per determinare i mezzi attraverso cui superare le cause che hanno portato alla violazione della CEDU, non significa lasciare libero lo Stato di non agire per rimuovere le suddette cause[12]. In altri termini, considerando il caso di specie, la Repubblica italiana è libera di scegliere come far venire meno l'incoerenza del sistema legislativo in materia di procreazione medicalmente assistita e di DPI, ma non può lasciare che l'incoerenza persista.

Né è possibile dimenticare quanto la tendenza dell'organo giurisdizionale a dare sempre più rilevanza alla prevenzione della violazione rispetto al risarcimento del danno influisca sull'azione del Comitato dei Ministri, quale organo deputato a controllare che gli Stati parte adempiano alle sentenze della Corte EDU. L'importanza acquisita nella giurisprudenza europea dall'obbligo di eliminare le cause che hanno condotto lo Stato a violare una o più norme CEDU (allo scopo di prevenire trasgressioni future), fa sì che il Comitato dei Ministri tenderà a valutare positivamente quelle misure statali che consentono di raggiungere tale obiettivo e non altre. Si consideri, poi, che in base all'art. 3 del Protocollo 14 alla CEDU, il Comitato può chiedere alla Corte un parere circa la corretta interpretazione da dare alla sentenza nel caso sussistano dubbi interpretativi concernenti l'esecuzione della stessa.

In terzo luogo, viene in rilievo una motivazione di carattere più prettamente politico: l'interesse dello Stato a non essere nuovamente condannato. Non è difficile immaginare che, di fronte ad un ricorso che presenti gli stessi aspetti del caso Costa e Pavan, il giudice europeo condannerà nuovamente l'Italia e, in tale caso, sarà anche più esplicito nell'indicare le misure generali richieste. Ciò significherebbe solo un ritardo nell'adeguamento del sistema italiano alla CEDU nonché un maggiore aggravio per le finanze dello Stato.

A queste tre motivazioni se ne aggiunge una prettamente interna. La Corte costituzionale, affermando la sua competenza a valutare come le norme convenzionali si inseriscono nel sistema costituzionale italiano e a garantire il bilanciamento tra dette norme e quelle costituzionali, ha sottolineato più volte che “la protezione dei diritti fondamentali deve, dunque, essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro”[13]. Lo scopo è quello di “assicurare la «massima espansione delle garanzie» esistenti di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca”[14]. Se ciò è vero per i rapporti intercorrenti tra CEDU e norme costituzionali, deve essere ugualmente vero per la legislazione nazionale, la quale non può essere frazionata in norme tra di loro

non coordinate e che, in quanto tali, recano pregiudizio alla tutela dei diritti individuali. Non vi è dubbio che l'incoerenza ravvisata dalla Corte di Strasburgo nella legislazione italiana in materia di DPI sia figlia di un sistema frazionato e non coordinato.

Il fatto di “preferire” l'aborto terapeutico alla DPI, inoltre, viola quel diritto alla salute della donna che già in altra occasione ha condotto la Corte costituzionale a dichiarare illegittima la legge 40 nella parte in cui vietava la creazione di un numero di embrioni superiore a tre e ne richiedeva l'impianto “unico e contemporaneo” (art. 14, co. 2)[15].

Né, infine, si può ritenere che l'intervento del legislatore possa essere sostituito dalla “buona volontà” del giudice di merito interno. Infatti, anche se si volesse ammettere la legittimità di operazioni consistenti nell'applicazione diretta della sentenza Costa e Pavan e/o nell'adozione di interpretazioni della legge nazionale conformi a costituzione o alla Convenzione europea[16], comunque, si creerebbe una situazione fortemente frammentata e in cui l'individuo sarebbe costretto a ricorrere al giudice per poter esercitare un suo diritto.

Sembra, quindi, che il legislatore nazionale dovrà intervenire sulla normativa in materia di DPI (e, in generale, di procreazione medicalmente assistita) al fine di rimettere ordine ad una legislazione che ormai appare un cumulo di macerie, dato che la giustizia (costituzionale, ordinaria e internazionale) ha demolito l'impianto della legge 40/2004, e al fine di garantire il rispetto della CEDU, evitando così anche una possibile nuova dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge (in questo caso per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. o in relazione ad altro parametro costituzionale). Tale intervento garantirebbe pure un ulteriore risultato: porre un freno alla tendenza a recarsi in altri Paesi dove la legislazione in materia di procreazione medicalmente assistita (e/o di DPI) è meno restrittiva (il c.d. *cross border reproductive care*)[17] il che, tra l'altro, richiede un notevole impegno economico che non tutti sono in grado di affrontare[18], generando una nuova disuguaglianza. D'altra parte, l'azione del legislatore sembra necessaria anche per un'altra ragione di carattere etico-morale ma non certo secondaria: dare una disciplina che garantisca sì i diritti di tante coppie che desiderano essere genitori ma che, al tempo stesso, ponga dei limiti a derive eugenetiche[19], pericolo che, in una situazione di vuoto legislativo (quale sembra ormai profilarsi date le numerose parti della legge 40 dichiarate incostituzionali), è tutt'altro che marginale.

Limitandoci, qui, agli aspetti attinenti alla DPI che, attualmente, è vietata a chi non possa accedere alle tecniche di procreazione assistita[20] e prendendo spunto dalla legislazione degli altri Paesi europei[21], la normativa italiana potrebbe prevedere la possibilità di accesso alla DPI per tutte le coppie che, pur non essendo sterili o infertili o affette da malattie sessualmente trasmissibili, sono affette o portatrici sane di *malattie ereditarie gravi non curabili* al momento in cui si chiede il trattamento sanitario in questione. La DPI, invece, non dovrebbe essere ammessa: *a)* per scopi eugenetici; *b)* per determinare il sesso del bambino, a meno che la grave malattia ereditaria sia legata al sesso; *c)* in caso di malattie che scaturiscono da vari fattori e per le quali i test pre-impianto non danno risultati sufficientemente indicativi.

Un impianto legislativo di questo genere garantirebbe l'equilibrio tra i diritti della coppia e tra il diritto alla salute della donna e i diritti dell'embrione poiché permetterebbe di limitare l'utilizzo di dette diagnosi al solo scopo di evitare la trasmissione di malattie genetiche gravi e non curabili e non estenderlo ad altri fini che nulla hanno a che vedere con la tutela della salute della donna e del nascituro.

### 3. La questione del previo esaurimento dei ricorsi interni tra giudice europeo e giudice costituzionale

La Corte di Strasburgo, nel decidere circa le eccezioni preliminari concernenti la ricevibilità del ricorso, ha escluso la sua incompetenza per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne da parte del ricorrente (come, invece, sostenuto dal governo italiano).

Per il giudice europeo l'esistenza di una legislazione interna che impedisce ai ricorrenti di poter accedere alla DPI e di una giurisprudenza nazionale che solo in casi isolati ha tentato di superare tale limite, sono sufficienti per ritenere che l'obbligo di esaurimento delle vie di ricorso interne non dovesse, nel caso di specie, essere soddisfatto. Né veniva in rilievo il mancato ricorso alla Corte costituzionale poiché, nel nostro ordinamento, questa non può essere adita direttamente dagli individui, i quali possono accedervi solo per il tramite del giudice *a quo*.

Tale decisione si pone in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale ritiene non esigibile l'esperimento dei ricorsi interni qualora questi si rivelino non accessibili o efficaci o conducano ad un diniego di giustizia (come nel caso di procedure giudiziarie eccessivamente lunghe o di una giurisprudenza interna costantemente sfavorevole agli stranieri)[22]. Nel caso di specie, l'esistenza di una legge nazionale che impedisce l'accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla DPI a tutte le coppie che non siano sterili o infertili (o affette da malattie sessualmente trasmissibili) induce la Corte a ritenere che l'esperimento dei ricorsi interni risulti, nella stragrande maggioranza dei casi, inefficace non potendo il giudice decidere in maniera difforme dalla legge. Né, d'altro canto, si poteva chiedere al giudice nazionale di disattendere il divieto posto dalla legge e di modificare in via surrettizia quest'ultima, magari utilizzando lo strumento dell'interpretazione conforme a costituzione sulla base delle linee guida del 2008. Queste ultime, infatti, estendono il ricorso alla diagnosi pre-impianto alle coppie con malattie sessualmente trasmissibili, non perché colpite da tali patologie, ma perché dette malattie le rendono equiparabili a coppie infertili, non potendo avere rapporti con il partner senza mettere in pericolo la salute di quest'ultimo. In tale senso, sono state numerose le critiche rivolte all'ordinanza n. 12474 del Tribunale di Salerno del 9 gennaio 2010, in cui il giudice ordinario ammetteva l'accesso alla DPI di una coppia non rientrante nei limiti sopra indicati ma portatrice di una malattia genetica, fondandosi su di un'"ampia" interpretazione conforme a costituzione della legge n. 40 a seguito della sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale e delle modifiche introdotte dal decreto del Ministero della salute n. 31639 del 2008.

Date tali considerazioni e il contenuto della legislazione interna, la posizione della Corte di Strasburgo circa la ricevibilità del ricorso Costa e Pavan nonostante il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne appare comprensibile[23]. Tuttavia, visto lo scopo della regola sul previo esaurimento dei ricorsi interni ("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"[24]) e la sussidiarietà[25] della Corte di Strasburgo rispetto alle corti nazionali, si ritiene che il giudice europeo avrebbe, per lo meno, dovuto soffermarsi maggiormente ad analizzare alcuni aspetti, certo non secondari, dell'ordinamento interno.

Innanzitutto, essa ha sorvolato che le parti avrebbero potuto ricorrere al giudice ordinario e chiedere che fosse sollevata questione di costituzionalità della legge 40 nella parte di interesse. Vero è che la decisione finale circa il rinvio spetta al giudice *a quo*, quindi tecnicamente non può essere considerata una via di ricorso interna per l'interpretazione che, ad oggi, ne dà la Corte EDU, tuttavia, quest'ultima non avrebbe dovuto trascurare la considerazione che il giudice *a quo* può non procedere al rinvio alla Corte costituzionale solo nel caso in cui la questione sia manifestamente infondata, come difficilmente nel nostro caso si sarebbe verificato.

Inoltre, sorprende un po' la scarsissima rilevanza data dal giudice europeo all'ordinanza del Tribunale salernitano[26], considerato che la giurisprudenza del Tribunale di Strasburgo è costante nel ritenere che, qualora vi sia il dubbio circa l'efficacia del ricorso interno, quest'ultimo deve essere comunque esperito (con conseguente sussistenza dell'obbligo di previo esaurimento). Ora, la suddetta ordinanza, proprio perché favorevole ad una coppia che si trovava in condizioni molto simili ai ricorrenti Costa e Pavan, avrebbe potuto far sorgere dubbi (in senso positivo) circa l'efficacia dei ricorsi interni e la possibilità di avere un esito favorevole ai ricorrenti già in primo grado nell'ordinamento italiano. E questo a maggior ragione se lo si fosse letto in combinato con la possibilità di instaurare il giudizio di costituzionalità. Probabilmente, il giudice di Strasburgo ha ritenuto che le vie di ricorso nazionali rimanessero *manifestamente destinate all'insuccesso* (il che costituisce un altro esimente all'obbligo di esperimento delle vie di tutela interne) in considerazione dell'esistenza di un divieto esplicito previsto dalla legge e del fatto che l'ordinanza salernitana era stata emessa da un giudice di primo grado (quindi, era sovvertibile) ed era "isolata". Se così è, però, meglio avrebbe fatto la Corte europea a richiamare esplicitamente la specifica fattispecie di esimente dell'obbligo e ad analizzarla approfonditamente all'interno del più generale contesto.

Ciò pone in luce, una volta di più, alcuni elementi critici dell'attuale giurisprudenza della Corte in materia di previo esaurimento dei ricorsi interni.

In primo luogo, la frequente mancanza di sufficienti giustificazioni a sostegno della non applicazione della regola in discorso conduce ad una "negazione" del principio di sussidiarietà che disciplina i rapporti tra corti nazionali e Corte EDU.

In secondo luogo, la tendenza a far dipendere l'applicazione della suddetta regola, non solo dall'esistenza di ricorsi interni disponibili, ma anche dalla loro utilità ed efficacia, rischia di essere uno strumento *bon à toute faire* nelle mani della Corte se non viene limitato a casi eccezionali[27]. Tale tendenza, se ulteriormente ampliata, comporta il pericolo che venga configurato un sistema in cui la regola generale non è più la sussidiarietà dell'azione della Corte di Strasburgo, nel caso in cui lo Stato non sia in grado di rimuovere la violazione e risarcire il danno attraverso i suoi propri strumenti interni (così come previsto dalla Convenzione), bensì l'intervento del giudice europeo.

In terzo luogo, sorge la legittima preoccupazione circa l'incidenza che la richiamata impostazione giurisprudenziale può avere sul ruolo della Corte costituzionale. Infatti, se si ammette che l'individuo possa ricorrere al giudice europeo ogniqualvolta vi sia una norma nazionale che, ponendo un divieto, non può essere interpretata dai tribunali dello Stato in senso favorevole al ricorrente, si ammette al tempo stesso l'impossibilità per la Corte costituzionale di intervenire a valutare la legittimità della suddetta norma poiché potrà essere bypassata dal ricorso a Strasburgo.

In un'ottica internazionalista e di tutela dei diritti individuali, uno scenario di questo tipo, pur ponendo i problemi precedentemente visti in materia di sussidiarietà e di "eccezionalità" dell'applicazione del principio del non esaurimento dei ricorsi interni, è giustificabile: non disponendo l'individuo della possibilità di ricorrere direttamente alla Corte costituzionale, è ammissibile che esso sia abilitato a rinviare la questione al giudice europeo pure in assenza dell'intervento del giudice delle leggi[28]. Tuttavia, per tentare di superare gli aspetti problematici poco sopra richiamati si potrebbe ipotizzare, come fatto da alcuni in dottrina, un parziale mutamento della giurisprudenza di Strasburgo in questo ambito[29], nel senso di ritenere assolto l'obbligo dell'esperimento dei ricorsi nazionali solo dopo che l'individuo abbia sollevato la questione di costituzionalità di fronte al giudice *a quo*, nel caso in cui si ritenga esistente un contrasto tra norma nazionale e CEDU (contrasto che potrebbe originare una violazione sistematica)[30]. E questo anche in considerazione dei rilevanti effetti sul piano dell'ordinamento interno discendenti dalle pronunce 348 e 349 della Corte costituzionale italiana. Ovviamente, se la questione non dovesse giungere alla Corte costituzionale per decisione del giudice *a quo*, l'individuo potrebbe ricorrere a Strasburgo.

Al di là di tali possibili evoluzioni future della giurisprudenza europea, un “aiuto”, sebbene sicuramente non decisivo o risolutivo, nel limitare il problema dell’“aggiramento” della Corte costituzionale potrebbe derivare dal Protocollo n. 16 alla CEDU.

Tale Protocollo, adottato il 2 ottobre 2013 ma non ancora in vigore[31] e tendente a favorire il dialogo e la cooperazione tra Corte europea e corti degli Stati, prevede la facoltà per le corti nazionali di ultima istanza di richiedere alla Corte EDU (e nello specifico alla Grande Camera) un parere facoltativo e non vincolante circa questioni di principio inerenti all’interpretazione e all’applicazione dei diritti e delle libertà previste dalla Convenzione[32] che vengano in rilievo nel procedimento pendente di fronte ad esse. Perché le corti nazionali possano “rinviare” la questione a Strasburgo devono non solo essere collocate al vertice del sistema giudiziario del Paese considerato, ma anche essere indicate dallo Stato contraente (al momento della ratifica o adesione al Protocollo) quali corti “abilitate” a richiedere il suddetto parere (art. 10 del Protocollo)[33]. È molto probabile che lo Stato italiano, qualora dovesse ratificare tale Protocollo, indicherà la Corte costituzionale tra i soggetti deputati a chiedere il parere in questione per due ragioni. Innanzitutto, il ruolo che la Corte svolge nella tutela e affermazione dei diritti la pone in una posizione “privilegiata” che dovrebbe indurre il legislatore a includerla tra i giudici dotati della facoltà di chiedere un parere alla Corte EDU. In secondo luogo, notevole influenza avrà in tale senso l’ordinanza n. 207/2013 con la quale la Corte costituzionale ha deciso di attuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea, dichiarando così di ritenersi competente ad agire anche in tale senso.

In considerazione di ciò, chi dovesse ritenersi vittima di una violazione di un diritto riconosciuto dalla CEDU da parte dello Stato italiano a causa di una previsione legislativa potrebbe essere indotto a tentare comunque l’esperienza delle vie di ricorso nazionali per ottenere dalle corti superiori la richiesta di parere al Tribunale di Strasburgo. Infatti, tale parere è sì un atto non vincolante per il giudice nazionale cui si indirizza ma, al tempo stesso, esso enuncia l’interpretazione che, molto probabilmente, la Corte EDU seguirà qualora fosse chiamata a pronunciarsi in materia. Di conseguenza, per lo meno due ragioni portano a ritenere che i tribunali degli Stati se ne discosteranno raramente: *a)* evitare che il ricorso pervenga agli organi CEDU; *b)* favorire la risoluzione “interna” del contenzioso. Tale scenario potrebbe far aumentare le speranze dell’individuo di ottenere soddisfazione direttamente nell’ordinamento nazionale e, quindi, potrebbe rappresentare un incentivo all’esperienza delle vie di ricorso interne, con conseguente tutela (indiretta) del ruolo e delle prerogative della Corte costituzionale. Resta il fatto che, come detto in precedenza, tale possibilità non è certo risolutiva della problematica qui richiamata che potrà essere definitivamente risolta solo attraverso strumenti (e/o modifiche) nazionali.

#### *4. Le conseguenze “individuali” della Sentenza Costa e Pavan: l’ordinanza cautelare del Tribunale di Roma che disapplica la legge n. 40*

Si è posto dapprima il problema del “seguito” individuale della sentenza in commento relativamente alla possibilità concreta e immediata per i coniugi già ricorrenti a Strasburgo di ricorrere alla DPI.

Il Tribunale di Roma, Sez. I Civ., in sede di ricorso ex art. 700 c.p.c., proposto dai coniugi nei confronti della Azienda ASL Roma A e del Centro Tutela della Donna e del Bambino S. Anna, ha deciso di accogliere il ricorso accertando il diritto a 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».

L'ordinanza del 23 settembre 2013 ha provveduto, dunque, a dare *applicazione diretta* alla sentenza di Strasburgo immettendosi, solo apparentemente senza suscitare perplessità, su quel «doppio binario» a cui soggiace una sentenza della Corte EDU. Di «doppio binario» si è parlato in dottrina relativamente alla prassi invalsa, da una parte, di dare immediato riconoscimento giudiziale al ricorrente vittorioso a Strasburgo «a costo di disapplicare la legge italiana» nel caso in cui ricorra ancora la possibilità di adire un giudice interno; dall'altra parte, per tutti gli altri soggetti che versano nelle medesime condizioni rispetto alla stessa legge italiana oggetto del giudizio europeo, nel caso in cui il legislatore non abbia ancora ristabilito la conformità alla Convenzione, appare preclusa al giudice ordinario la disapplicazione della legge, residuando l'unica possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 117, c. 1, Cost. alla Corte costituzionale<sup>[34]</sup>.

Sono rimasti, infatti, isolati i casi di applicazione diretta generalizzata del diritto convenzionale.

L'esile filone giurisprudenziale è stato inaugurato dal Tribunale di Salerno con ordinanza del 9 gennaio 2010, dunque precedente alla Sentenza della Corte EDU, adottata in sede cautelare, che consente una deroga al divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla DPI posto dalla legge n. 40 a carico delle coppie fertili o sterili, nel caso in cui vengano in rilievo richieste avanzate da coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di riscontrate patologie geneticamente trasmissibili. In questi casi, ad avviso del giudice, «solo la procreazione assistita attraverso la diagnosi preimpianto, e quindi l'impianto solo degli embrioni sani, mediante una lettura «costituzionalmente» orientata dell'art. 13 l. cit., consentono di scongiurare simile rischio». A fondamento della decisione vi sarebbero anche il riconoscimento di un vero e proprio «diritto della donna al figlio» sano nonché il diritto riconosciuto ad entrambi i genitori all'autodeterminazione nelle scelte procreative, entrambi emergenti da un'interpretazione estensiva dell'art. 2 Cost.

Successivamente alla definizione del caso Costa e Pavan, il Tribunale di Cagliari il 14 novembre 2012, in sede cautelare, ha accolto il ricorso di coniugi che chiedevano la possibilità 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 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».

In sede di giurisdizione amministrativa si sono segnalati due casi di diretta applicazione della CEDU: dapprima il Consiglio di Stato, Sez. IV, con la sentenza 2 marzo 2010, n. 1220<sup>[35]</sup> e poi il T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, con la sentenza del 18 maggio 2010, n. 11984<sup>[36]</sup>. Entrambe le pronunce, tuttavia, erano fondate sulla tesi della «comunitarizzazione» della CEDU, ossia su un'interpretazione che poi, com'è noto, non ha avuto seguito e che avrebbe fondato l'assunto che le disposizioni della CEDU sarebbero divenute «direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009», secondo cui l'Unione europea aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c. 2) e che afferma che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (c. 3). La tesi della «comunitarizzazione» della CEDU<sup>[37]</sup> è stata confutata con nettezza dalla Corte di giustizia, Grande

Sez., 24 aprile 2012, secondo cui l'art. 6 del Trattato non disciplina i rapporti tra CEDU e ordinamento interno e perciò non determina «le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale», per cui l'art. 6 non vincola alla disapplicazione della norma interna e alla contestuale applicazione della norma convenzionale[38].

Messe da parte queste vicende relative alla giurisdizione amministrativa nei termini ora detti, restano da considerare alcune fibrillazioni dei giudici ordinari che non devono essere sottovalutate perché rappresentano il segnale di una difficoltà, ancora non pienamente emersa, dei giudici di merito ad accettare il modello di rapporti fra diritto interno e CEDU così come tratteggiato a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007.

Se già il citato modello del doppio binario «rappresenta uno slittamento rispetto al modello delle sentenze gemelle» che non sembrava passibile di alcuna eccezione, ammettendo, invece, il vincolo imposto al giudice comune di disapplicazione della legge in esecuzione di una misura individuale accolta dal giudice della Convenzione[39], la pronuncia del Tribunale di Roma, che accoglie le richieste dei coniugi Costa e Pavan, sembra andare ancora un po' oltre.

L'ordinanza del Tribunale di Roma non convince relativamente alla parte motiva, ma neppure in quanto al *decisum*.

Il giudice di Roma sostiene la tesi della diretta applicazione della CEDU fornendo argomenti non convincenti ed in alcuni casi proponendo alcune torsioni interpretative a dir poco dubbie, come nella parte in cui cerca erroneamente di ricavare l'obbligo del giudice di dare immediata soddisfazione alle parti, in ottemperanza al giudicato convenzionale, proprio facendo leva sulle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale.

Non appare condivisibile l'argomento per cui, pur se ricorra una mera condanna risarcitoria, sorgerebbe comunque l'obbligo (anche) per il giudice dello Stato di applicare direttamente la decisione resa a Strasburgo, poiché la decisione definitiva della Corte EDU avrebbe, si sostiene appoggiandosi testualmente ad un precedente della Corte di Cassazione, «nell'ambito interno, e in relazione al procedimento, valore assimilabile al giudicato formale, ovvero valevole per il solo procedimento in corso ed, in quanto tale, con ovvia ricaduta sulla situazione che è chiamato ad affrontare, in quanto presupposto logico-giuridico delle relative problematiche che è chiamato a risolvere»[40]. Anche più chiaramente, poi, il giudice sostiene che tale interpretazione sarebbe pienamente in linea con l'interpretazione già adottata nel 2005 dalle Sezioni Unite della stessa Cassazione secondo cui, come più esplicitamente affermato «la natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali a seguito della ratifica dello strumento di diritto internazionale comporta la natura sovraordinata delle norme della Convenzione sancendo l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna con la norma pattizia, dotata di immediata precettività nel caso concreto (Cass. S.U. 23.12.2005 n.28507)».

Il problema è che il principio di diritto a cui il giudice romano si ancora è richiamato più chiaramente solo nella seconda sentenza della Cassazione citata, che però è precedente alle sentenze gemelle.

Il sostegno a questa interpretazione, allora, viene rinvenuto dallo stesso giudice anche in adesione ad una «parte della dottrina», come viene individuata nella sentenza, che interpreta la forza vincolante del giudicato convenzionale, ai sensi dell'art. 46 CEDU, non limitata allo Stato-persona, ma condivisa da tutti i suoi organi, inclusi i giudici, con la conseguenza «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»[41].

L'affermazione denota una notevole sensibilità del giudice ordinario verso i diritti sottesi e,

specialmente, verso la vicenda dei coniugi Costa e Pavan, ma solleva una serie di perplessità.

In primo luogo, se è vero che la tesi del doppio binario accolta dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione consente di superare il dubbio se i giudici interni possano dare attuazione diretta al giudicato formale della Corte EDU *in ogni caso* oppure *limitatamente alla risoluzione della concreta vicenda instauratasi davanti al Tribunale di Strasburgo*, tuttavia è da rilevare che la leale e ordinata collaborazione<sup>[42]</sup> fra Cassazione e giudice costituzionale non necessariamente potrebbe condurre in tempi rapidi alla rimozione della violazione della Convenzione.

Pur comprendendo le ragioni che spingono all'immediata soluzione del caso concreto approdato alla Corte europea, non può non rilevarsi che la sentenza, producendo effetti solo *inter partes*, non può rappresentare una risposta efficace alla condanna nei confronti dello Stato: «il doveroso contributo (...) di ciascun organo dello Stato-apparato deve esaurirsi entro i confini internamente predefiniti delle rispettive e reciproche attribuzioni; nessuna regola o principio consente a quell'obbligazione internazionale di "scardinare" simili equilibri»<sup>[43]</sup>. Resta il problema di come dare eguale garanzia ai diritti dei soggetti che versano in condizioni analoghe a quella delle parti della vicenda processuale che in carenza dell'intervento legislativo sarebbe soddisfatto solo attraverso l'esperienza successivo (o sistematico) di ricorsi giurisdizionali. Fosse anche solo un'ipotesi remota quella che si verrebbe a creare a seguito di ricorsi non esperiti con ragionevole tempestività da soggetti che si trovano nelle analoghe condizioni di altri risultati vincitori davanti alla Corte EDU, non si può correre il rischio di ammettere una garanzia singola, limitata ed occasionale di diritti fondamentali che finirebbe per generare, sia per pure per un arco di tempo circoscritto, una diversa lesione della Costituzione.

In ragione di assicurare il più rapido adeguamento alla condanna della Corte di Strasburgo, neppure convincente è la tesi secondo cui il giudice comune, nel caso in cui non sospetti la violazione della Costituzione da parte di norma CEDU, non potrebbe «in alcun caso» sottoporre la questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale, sia se si trovi a dare esecuzione a norma convenzionale autoapplicativa, sia al cospetto di norma non autoapplicativa, nel qual caso, invece, dovrebbe comportarsi così come è solito fare in presenza di pronunce della Corte costituzionale additive di principio. In questa prospettiva i rapporti fra giudici internazionali e giudici interni vengono ad essere rappresentati come un *continuum*: «Il giudice nazionale è, dunque, il terminale di una vicenda processuale che parte dall'ordine interno, dove si è consumata una violazione della Convenzione, e, dopo il passaggio da Strasburgo, a quest'ultimo torna, per quindi in esso trovare finalmente ricetto». Se il giudice nazionale non portasse ad effetto immediato il giudicato convenzionale, magari sollevando la questione di legittimità costituzionale, non si darebbe esecuzione alla decisione, ma elusione del giudicato<sup>[44]</sup>.

Sembra, però, in considerazione dello stato attuale dell'evoluzione dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale, che solo una decisione di incostituzionalità della Corte costituzionale, chiaramente in assenza di un intervento del legislatore, potrebbe essere considerata idonea ad evitare *una volta per tutte* violazioni sistematiche della CEDU. Ed in effetti, la decisione in commento della Corte di Strasburgo, nel condannare lo Stato al risarcimento del danno, sembra orientata a conseguire il risultato di "muovere" il legislatore o, al più, di sollecitare l'intervento demolitorio della Corte costituzionale. La conclusione potrebbe essere corroborata anche dal fatto che il giudice europeo ha fatto ricorso ad un *modus decidendi* imperniato intorno allo strumento della ragionevolezza: il ricorso al linguaggio, al tono e alle argomentazioni tipico delle Corti costituzionali può veicolare la portata della decisione verso interlocutori ben individuati e individuabili, pur riconoscendo in termini risarcitori la lesione dei diritti dei ricorrenti.

È vero che quella della Corte EDU, al pari della giurisdizione nazionale di merito, è una giurisprudenza "su casi concreti", tuttavia in questo caso l'obiettivo prioritario sembra più generale, o politico se si vuole: vale a dire armonizzare le legislazioni in modo da assicurare standard essenziali di tutela e ridurre

progressivamente i casi di violazioni di un diritto. Come ancora dimostra il singolare ricorso ad uno *strumento sovranazionale della ragionevolezza: in base ad «elementi di diritto comparato»*. Afferma, infatti, la Corte che il rapporto *Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe* della Commissione europea, redatto dal *Joint Research Centre* e pubblicato nel mese di dicembre 2007 (EUR 22764 EN), evidenzia «l'incoerenza dei sistemi che vietano l'accesso alla diagnosi preimpianto e autorizzano l'accesso alla diagnosi prenatale e all'aborto terapeutico per evitare patologie gravi al bambino» (paragrafo 27) e che tale incoerenza, «stando ai dati di diritto comparato in possesso della Corte, riguarda, oltre all'Italia, solo due dei trentadue Stati oggetto di esame: l'Austria e la Svizzera» (paragrafo 70).

Tornando all'ordinanza del Tribunale di Roma, è ancora da dire che solo parzialmente può essere assimilata al seguito individuale<sup>[45]</sup> del precedente caso *Scoppola c. Italia* deciso dalla Grande Camera. In quella vicenda, infatti, la sentenza europea imponeva all'Italia in modo chiaro, puntuale ed inequivocabile non solo la condanna pecuniaria per il danno morale e per le spese, ma «all'unanimità» che «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*»<sup>[46]</sup>.

Non sembra una differenza di poco conto: nella sentenza Scoppola "l'addizione" richiesta immediatamente ai giudici italiani è esplicitamente indicata, così come non è avvenuto nella sentenza Costa e Pavan. Nel primo caso, con certezza, l'eventuale diniego avrebbe comportato la violazione del giudicato formale, nel secondo caso, invece, sarebbe stata forse più opportuna una immediata rimessione della questione di legittimità costituzionale al giudice delle leggi.

Nel caso in esame, l'efficacia immediata data alla decisione dei giudici di Strasburgo poteva probabilmente essere intesa come circoscritta all'aspetto risarcitorio a carico dello Stato, in ragione della violazione patita dalle parti del diritto riconosciuto dalla Convenzione, rimettendo, sempre in mancanza dell'intervento legislativo, alla Corte costituzionale l'obbligo di adeguare *una volta per tutte e per tutti* l'ordinamento italiano a quello internazionale. In questo senso, nel caso del provvedimento del Tribunale romano a seguito della decisione Costa e Pavan, non si giustifica il mancato esperimento da parte del giudice del tentativo di individuare comunque una interpretazione conforme a Costituzione, anche se come si vedrà non sarebbe stata rinvenibile, ma che avrebbe dato un impulso nella direzione del promovimento della questione di legittimità costituzionale. O forse il mancato tentativo di trovare un'interpretazione conforme a Costituzione si spiega solo per la volontà di addivenire ad una realizzazione immediata ed urgente del *petitum* scongiurando il "rischio" di un ulteriore ritardo dovuto ai tempi della decisione costituzionale.

Allo stato attuale, in mancanza di stravolgimenti di natura politica e/o giurisprudenziali incidenti sul valore interno della CEDU, questa posizione sembra meglio garantire l'uguaglianza dell'accesso ai diritti fra soggetti che hanno esperito il ricorso alla Corte EDU e "figli di un Dio minore", prendendo in prestito un'efficace immagine suggestivamente evocata<sup>[47]</sup>, vale a dire soggetti che non hanno intrapreso questa via, potendo pervenire alla dichiarazione di incostituzionalità della legge contrastante con la norma convenzionale.

Spingendoci ancora più in là, per le stesse ragioni, si può esprimere un apprezzamento in favore della necessità di instaurare il giudizio costituzionale persino nel caso di domanda giudiziale avanzata dai medesimi soggetti che hanno ottenuto una sentenza favorevole dalla Corte EDU, che però non abbia esplicitato la soluzione immediata da dare al caso concreto, ribaltando la posizione autorevole di chi sostiene che «il giudice cui la parte si rivolge affinché sia data esecuzione alla decisione del giudice europeo non può, a sua volta, rivolgersi alla Consulta, neppure laddove la norma convenzionale gli

appaia priva dell'attitudine ad essere portata ad immediata applicazione»[\[48\]](#).

##### *5. Le conseguenze “generali” della sentenza Costa e Pavan: le ordinanze del Tribunale di Roma che sollevano la questione di legittimità costituzionale*

L'occasione di pronunciarsi in merito agli artt. 1, co. 1, e 2, 4, co. 1, e 13 della legge n. 40/2004 non è tardata, in questo caso, a presentarsi alla Corte costituzionale per merito di due ravvicinate ordinanze di rimessione del Tribunale di Roma.

Nella prima[\[49\]](#) una coppia, con moglie portatrice sana di una malattia genetica ereditata dal padre, la distrofia muscolare Becker che comporta il certificato rischio del 50% di trasmettere la mutazione genetica al figlio, che purtroppo in passato era già stata costretta a procedere ad interruzione medica di gravidanza a causa della scoperta di aspettare un figlio affetto dalla grave patologia, ha presentato ricorso al giudice *ex art. 700 c.p.c.* avverso il diniego del Centro per la Tutela della Salute della Donna e del Bambino S. Anna all'accesso a DPI assunto ai sensi della legge n. 40 e motivato dal fatto che la coppia non era affetta da sterilità o infertilità.

La seconda[\[50\]](#) origina da una coppia in cui la moglie, invece, è portatrice sana eterozigote di una «traslocazione reciproca bilanciata tra il braccio corto di un cromosoma 3 ed il braccio lungo di un cromosoma 5 con punti di rottura rispettivamente in 3p25 5q33», malattia genetica che può provocare rischi riproduttivi che comportano aborti spontanei nel 50% dei concepimenti e diversi rischi di malattie gravi o malformazioni del nascituro. La donna aveva già avuto una prima gravidanza extrauterina esitata in aborto e una seconda gravidanza interrotta al quinto mese a causa di un'alterazione cromosomica del feto. Avverso il rifiuto opposto dallo stesso Centro di cui sopra, la coppia presentava ugualmente ricorso *ex art. 700 c.p.c.*

Vengono in rilievo, come si vede, rischi riproduttivi analoghi a quelli dei coniugi Costa e Pavan, pur se ricorrono patologie genetiche trasmissibili diverse.

I ricorrenti, in tutte e due i casi, chiedono di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in ragione del fatto che sono coppie fertili ma portatrici sane di patologie genetiche trasmissibili, e di avvalersi successivamente della DPI per avere ragguagli sullo stato di salute dell'embrione.

Entrambi i giudici pervengono alla decisione di sollevare la questione di legittimità costituzionale seguendo un percorso argomentativo in larga parte sovrapponibile.

La prima ordinanza si sofferma con più dovizia di argomenti sulle motivazioni che spingono a rimettere la questione di costituzionalità (e di *convenzionalità*) alla Corte costituzionale, partendo correttamente dal tentativo di individuare una interpretazione conforme a Costituzione.

Il ricorso all'interpretazione adeguatrice si rivela però insoddisfacente.

Non appare insuperabile la lettera dell'art. 13 dal quale non può inequivocabilmente trarsi un divieto di DPI, prevedendo piuttosto un divieto di sperimentazione sugli embrioni umani (co. 1), fatta eccezione per la possibilità di effettuare ricerche cliniche e sperimentali sull'embrione finalizzate solo ad

operazioni terapeutiche e diagnostiche dirette alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione (co. 2), con divieto espresso di produrre embrioni umani a fini di ricerca e sperimentazione e di ogni altra forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti [co. 3, lett. a) e b)].

La considerazione del diritto alla salute e dello sviluppo dell'embrione va letta unitamente alla previsione dell'obbligo posto a carico dell'operatore sanitario di informare le parti sullo stato di salute degli embrioni da impiantare (art. 14, co. 5). Correttamente il giudice argomenta che il diritto delle parti ad essere informate fa sorgere la possibilità di dare il loro consenso al trasferimento nell'utero della donna degli embrioni prodotti, di talché «La facoltà di prestare il consenso, che contempla in sé la possibilità del rifiuto, attribuisce alla coppia non solo il diritto alla diagnosi degli embrioni ma altresì il diritto di rifiutare l'impianto degli embrioni malati» (paragrafo 1). La legittimità della DPI trova ancora un appiglio nella sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale nella quale si statuisce che «la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione» (6.1 del Considerato in diritto).

L'interpretazione adeguatrice si rivela, invece, infruttuosa in riferimento agli artt. 1, co. 1 e 2, e 4, co. 1. Si è al cospetto di un limite espresso di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili che non può essere esteso per via interpretativa.

In primo luogo, rileva il giudice, è insuperabile la lettera della legge e il ricorso a «espressioni che rendono palese la volontà di limitare, come il verbo “*circoscrivere*”».

In secondo luogo, la legge non ammette *eccezioni*, che avrebbero reso possibile provare la strada dell'estensione interpretativa, ma *equiparazioni* in favore di soggetti portatori di HIV o di epatiti di tipo HBV o HCV, malattie sessualmente trasmissibili che, facendo sorgere un elevato rischio di contagiare il partner nel corso di rapporti sessuali non protetti, obbligano all'utilizzo di precauzioni che di fatto si traducono in una condizione di infertilità accomunabile ai casi di accertata infertilità maschile severa. La condizione dei soggetti portatori sani di malattie genetiche trasmissibili all'embrione, dunque, non è in analogia con quella dei soggetti portatori di HIV o epatiti perché non impedendo la possibilità di avere rapporti non protetti non è catalogabile estensivamente fra le *cause impeditive alla procreazione, non altrimenti rimuovibili*, ai sensi della delimitazione prescritta dall'art. 4.

Interpretando correttamente il modello generale tratteggiato dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, i giudici non ritengono neanche di poter provvedere alla disapplicazione delle norme nazionali contrastanti con la CEDU, non valorizzando eccessivamente né la sentenza Costa e Pavan né l'art. 6, par. 2, del Trattato di Lisbona che viene letto ormai comunemente come disposizione che si limita a fornire base giuridica all'adesione, peraltro ancora non avvenuta, dell'Unione europea alla CEDU[51]. Di conseguenza, entrambi i giudici sollevano la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, co. 1 e 2, e 4, co. 1 evocando il contrasto con diversi parametri costituzionali, individuati negli artt. 2, 3 e 32 Cost., nonché nell'art. 117, co. 1, Cost. in relazione alla violazione degli artt. 8 e 14 CEDU.

La Corte costituzionale è ora finalmente nelle condizioni di pronunciarsi circa la lamentata incoerenza, lesiva dell'art. 8 CEDU[52], del sistema legislativo italiano che da una parte ammette la possibilità dell'aborto terapeutico nel caso in cui il feto risulti affetto da una patologia grave, mentre dall'altra vieta la DPI alle coppie che presentano un elevato rischio di trasmettere all'embrione una altrettanto seria patologia genetica.

La decisione della Corte costituzionale non sarà di certo meramente riproduttiva della sentenza della Corte EDU.

La valutazione di irragionevolezza per il difetto di coerenza della legislazione nazionale potrebbe, in linea teorica, essere ripensata alla luce di argomenti nazionali che dovrebbero andare nella direzione del

riconoscimento di un'ipotesi di *contraddittorietà estrinseca*, che si verifica allorché l'intervento legislativo si ponga in dissonanza «con le logiche del settore normativo nel quale si iscrive»[\[53\]](#). In questa ipotesi ricorre una *razionalità sistematica*, «per cui ogni intervento legislativo dovrebbe rientrare in una logica di continuità ordinamentale»[\[54\]](#).

E difatti, come ha avuto modo di precisare il giudice delle leggi in occasione della decisione resa sulla questione relativa alle c.d. “pensioni svizzere”, a «differenza della Corte EDU», la Corte costituzionale «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante»[\[55\]](#).

L'incoerenza legislativa interna andrà, dunque, rivaluta anche alla luce del fatto che la Corte ha in taluni casi mostrato di valorizzare preferibilmente parametri costituzionali diversi rispetto a quello fornito dall'art. 117, co. 1, Cost.[\[56\]](#), come soprattutto nella sent. n. 278/2013 nella quale la dichiarazione di incostituzionalità è motivata dall'irragionevole compressione del diritto all'identità personale del figlio garantito dagli artt. 2 e 3 Cost. In questa ipotesi, il riconoscimento del diritto del figlio di accedere alle informazioni sulle proprie origini biologiche ha consentito di sacrificare quello all'anonimato della madre biologica che ha dichiarato di non voler essere indicata nell'atto di nascita così da far perdere le sue tracce al figlio, a seguito, quindi, di un'operazione di bilanciamento tutta fondata sul diritto interno e che non assume la sentenza *Godelli* della Corte EDU a fondamento della declaratoria di incostituzionalità.

Più che quella vertente sulle “pensioni svizzere”, è quest'ultima sentenza che sancisce il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche a rappresentare potenzialmente un precedente maggiormente percorribile in occasione della decisione che dovrà essere resa a seguito delle due ordinanze di rimessione del Tribunale di Roma.

Ora anche la sent. n. 162/2014 perviene alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto di ricorso alla fecondazione eterologa derivante dal combinato disposto dell' art. 4, co. 3, art. 9, co. 1 e 3 e art. 12, co. 1, legge n. 40/2004, in nome di un irragionevole bilanciamento di una pluralità di esigenze costituzionali emergenti dagli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. realizzato dal legislatore. La valorizzazione dei parametri costituzionali conduce all'assorbimento dei motivi di censura formulati in relazione all'art. 117, co. 1,

Per quanto sin qui detto e anche alla luce dei precedenti segnalati, è probabile che una nuova dichiarazione di incostituzionalità rischia di abbattersi sul corpo già fiaccato della legge n. 40[\[57\]](#), rendendo ancora più necessario un nuovo intervento del legislatore[\[58\]](#). Anche perché l'eventuale illegittimità costituzionale potrà sanare la violazione del diritto internazionale già accertata, ma difficilmente risolverà il problema della selezione dei casi in cui sarà consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita e alla DPI. Nel caso della procreazione medicalmente assistita, com'è stato autorevolmente sostenuto, emerge in modo esemplare la tendenza dei nuovi diritti di origine giurisprudenziale a faticare ad accettare limitazioni, per cui ogni restrizione all'accesso alle tecniche artificiali può essere letto come una discriminazione del diritto ad avere un figlio[\[59\]](#).

Uno dei problemi che la Corte costituzionale potrebbe voler decidere di affrontare è quello relativo ad una chiarificazione della natura giuridica delle pretese soggettive sottese alla questione di legittimità costituzionale, anche al fine di scongiurare il rischio di una deriva eugenetica, che invece rappresenta l'argine principale eretto dalla legge n. 40.

Da diverse parti, infatti, è stata rimarcata l'emersione di una sorta di nuovo *diritto ad avere un figlio sano*[\[60\]](#). Non sembra che la descritta fattispecie sia concepibile nei termini di un diritto, neppure a seguito della sentenza della Corte di Strasburgo che, non a caso, avvedutamente non ricorre mai al lemma *diritto*, quanto piuttosto al “più mite” termine *desiderio*.

Di più, la portata sistemica della sentenza della Corte EDU sarebbe piuttosto da ricondurre ad una progressiva puntellatura delle *scelte riproduttive* della coppia, strettamente collegate comunque alla tutela del diritto alla salute della donna, anche in considerazione, in questi termini, del diritto a beneficiare dei progressi scientifici nell'ambito della procreazione medicalmente assistita.

[\[\\*\] Questo scritto è destinato alla pubblicazione in \*Diagnostica genetica preimpianto e diritti umani: 'Costa e Pavan' in prospettiva\*, a cura di G. Palmisano, Quaderni dell'ISGI-CNR, 2014.](#)

Sebbene il presente studio sia il frutto di una comune riflessione, ad Antonio Iannuzzi si devono i paragrafi 4 e 5 e a Valentina Zambrano i paragrafi 1, 2 e 3.

[1] Corte Cost., sent. n. 151/2009.

[2] Decreto del Ministero della salute n. 31639 dell'11 aprile 2008.

[3] Corte cost., sent. n. 162/2014.

[4] È risaputo che la precedente giurisprudenza costituzionale aveva più volte fatto riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (e alla relativa giurisprudenza) quale parametro di interpretazione dei diritti fondamentali contenuti nella Costituzione italiana, pur non riconoscendo a dette norme valore superiore alle leggi ordinarie.

[5] Sul ruolo svolto dal margine di apprezzamento e dal principio di proporzionalità nella sentenza in esame si veda, L. Poli, *La diagnosi genetica pre-impianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, 119 ss., (in particolare, 124-125).

[6] Cfr. *Costa et Pavan c. Italie*, merito, 28 agosto 2012, requête n. 54270/10, par. 71

[7] È stato sottolineato che, dato il particolare carattere etico e morale della questione, “A demand for some consistency may be a valid concern from a European perspective, but national legislation should be suited for complexity of medically assisted reproduction in all its aspects” (cfr. W. Van Hoof, G. Pennings, *Extraterritorial Laws for Cross-Border Reproductive Care: The Issue of Legal Diversity*, in *European Journal of Health Law*, 2012, 187 ss., in particolare 197).

[8] Emblematico, per l'Italia, fu il caso *Sejdovic* concernente le condanne in contumacia. In quell'occasione la Corte ha sottolineato che la violazione dell'art. 6 CEDU discendeva da un problema di sistema dell'ordinamento italiano e, di conseguenza, “...des mesures générales au niveau national s'imposent sans aucun doute dans le cadre de l'exécution du présent arrêt”. E nello specifico la Corte richiedeva allo Stato italiano di “supprimer tout obstacle légal qui pourrait empêcher la réouverture du délai pour interjeter appel ou la tenue d'un nouveau procès pour toute personne condamnée par défaut qui, n'ayant pas été informée de manière effective des poursuites engagées à son encontre, n'a pas renoncé de manière non équivoque à son droit de comparaître à l'audience. [...]L'Etat défendeur doit donc mettre en place au moyen de la réglementation appropriée une nouvelle procédure qui puisse assurer la réalisation effective du droit en question” (cfr. *Sejdovic c. Italie*, merito, 10 novembre 2004, requête n. 56581/00, par. 46-47). Questo caso rientra nella tendenza della Corte a non limitarsi più, come fatto in una prima lunga fase della sua attività, a ravvisare l'esistenza di una violazione della Convenzione e a comminare un risarcimento del danno a favore della vittima. Infatti, nel caso di violazione sistematiche, essa tende ad individuare gli “aggiustamenti” necessari per rendere il sistema nazionale compatibile con gli obblighi discendenti dalla CEDU (e, talvolta, anche ad indicare il termine temporale massimo entro il quale lo Stato deve adeguarsi) il che porta le sue sentenze a non essere più solo delle sentenze di mero accertamento ma a presentare, in tali casi, anche una natura dispositiva. Tale

evoluzione è stata, d'altra parte, attivamente sostenuta (e incoraggiata) sia dal Comitato dei ministri che dagli stessi Governi degli Stati parte alla CEDU (si veda in tale senso la Dichiarazione di Interlaeken del febbraio 2010 nonché la Dichiarazione di Brighton dell'aprile 2012).

[9] È significativo che lo stesso Regolamento della Corte, così come modificato nel febbraio del 2011, disciplini all'art. 61 la procedura della sentenza pilota prevedendo che, nel caso di giudizio che ha caratteristiche tali da essere deciso con sentenza pilota, detto procedimento sarà oggetto di un esame prioritario in base all'art. 41 del Regolamento. La Corte dovrà, quindi, indicare sia la natura del problema strutturale sia le misure che si ritiene debba adottare la parte contraente. Cfr. C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2013, 265-266. Sulle sentenze pilota si veda, tra gli altri, G. Cohen-Jonathan, J-F. Flauss (sous dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005; A. Gardino Carli, *Stati e Corte europea di Strasburgo nei sistemi di protezione dei diritti dell'uomo. Profili processuali*, Milano, 2005; E. Lambert-Abdelgawad, *La Cour européenne au secours du Comité des Ministres pour une meilleure exécution des arrêts "pilote" : en marge de l'arrêt Broniowski*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2005, 203 ss.; L. Surmet, *L'obscur clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote*, in *Revue générale de droit international*, 2007, 863 ss.; L. Garlicki, *Broniowski and After: On the dual Nature of «Pilot Judgments»*, in L. Caflish (ed.), *Liber amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights, Strasbourg Views*, Strasburgo, 2007, 177 ss.; F.M. Palombino, *La «procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2008, 91 ss.; L. Wildhaber, *Pilot Judgments in Cases of Structural or Systematic Problems on the National Level*, in R. Wolfrum, U. Deutsch (eds.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, New York, 2009, 77 ss.

[10] La stessa Corte ha affermato che la sua funzione primaria è di garantire “the respect for human rights, rather than compensate applicants' losses minutely and exhaustively” (cfr. *Goncharova and others and 68 other “privileged pensioners” v. Russia*, merito, 15 ottobre 2009, par. 22).

[11] Come è stato sottolineato, “[...] se lo Stato si limita a versare una somma di denaro al ricorrente i cui diritti sono stati violati, ma non rimuove le cause che la violazione stessa hanno determinato, è ovvio che quest'ultima potrà ripetersi illimitatamente” (C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., 260).

[12] La giurisprudenza della Corte è costante nell'affermare la libertà dello Stato di scegliere i mezzi attraverso cui assolvere gli obblighi discendenti dall'art. 46 della CEDU. Cfr. *inter alia*, *Marckx c. Belgique*, merito, 13 giugno 1979, requête n. 6833/74; *Campbell and Consas v. United Kingdom*, merito, 22 marzo 1983, application n. 7511/76, 7743/76; *Papamichalopoulos and others v. Greece*, merito, 31 ottobre 1995, application n. 14556/89; *Scozzari et Giunta c. Italie*, merito, 13 luglio 2000, requête n. 39221/98, 41963/98; *Iatridis v. Greece*, 19 ottobre 2000, application n. 31107/96.

[13] Cfr. Corte cost., sent. n. 317/2009, par. 7, e sent. n. 264/2012, par. 4.1.

[14] Cfr. Corte cost., sent. n. 202/2013, par. 5, e sent. n. 264/2012, par. 4.1. D'altra parte, ciò era già stato affermato nelle sentt. n. 264/2012, n. 85/2013 e n. 170/2013.

[15] Cfr. Corte cost., sent. n. 151/2009. In tale giudizio la Corte statuì che: “La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso” (*ibid*, par. 6.1.).

[16] Per una critica su tali punti si vedano i paragrafi successivi.

[17] Cfr. A. Piga, *Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo*, in L. Lombardi, S. De Zorzo (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita e le sue tecnologie. Generi, tecnologie e disuguaglianze*, Milano, 2013, 111 ss.

[18] Una particolare rilevanza a questo aspetto e alla discriminazione indiretta ivi sottesa è stata data dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo in una sentenza successiva alla Costa e Pavan e concernente la fecondazione in vitro (cfr. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, 28 novembre 2012, p. 95). Non sfugge la "superficialità" della Corte di Strasburgo nel non considerare tale aspetto (o anche solo farvi cenno) nel momento in cui è stata chiamata a decidere circa la violazione del principio di non discriminazione. In tale senso anche, A. Di Stefano, *Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto*, in *La comunità internazionale*, 2013, 745 ss., in particolare 759-760.

[19] In questo senso sembra muoversi pure la Corte europea dei diritti dell'uomo quando, nella sentenza Costa e Pavan, limita il ricorso alla diagnosi pre-impianto al solo scopo di diagnosticare se l'embrione sia o meno affetto da una specifica e grave malattia genetica ("[...]la Cour constate que le droit invoqué par ceux-ci se limite à la possibilité d'accéder aux techniques de la procréation assistée et ensuite au D.P.I. en vue de procréer un enfant qui ne soit pas affecté par la mucoviscidose, maladie génétique dont ils sont porteurs sains. En effet, dans le cas d'espèce, le D.P.I. n'est pas de nature à exclure d'autres facteurs pouvant compromettre la santé de l'enfant à naître, tels que, par exemple, l'existence d'autres pathologies génétiques ou de complications dérivant de la grossesse ou de l'accouchement, le test en cause visant le diagnostic d'une « maladie génétique spécifique d'une particulière gravité [...] et incurable au moment du diagnostic » [...]"). *Costa et Pavan c. Italie*, cit., parr. 53-54). In tale senso, 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 *Rivistaaic.it*, 2013, 1 ss.

[20] Da questo punto di vista la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non appare corretta poiché nega l'esistenza della violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) sulla base dell'errata convinzione che la diagnosi pre-impianto sia in Italia vietata a tutte le coppie. Se ciò era vero nel momento in cui la legge 40 venne adottata, altrettanto non può dirsi a seguito degli interventi giurisprudenziali e dell'adozione nel 2008 delle linee guide del Ministero della Salute che hanno condotto a riconoscere alle coppie non fertili o sterili o portatrici di una malattia sessualmente trasmissibile il diritto di accedere a tale diagnosi. Sul punto, 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*, cit., 8 ss.; L. Poli, *La diagnosi genetica pre-impianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 126 ss.

[21] Si veda, tra gli altri, L. Balestra, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese*, in AA.VV., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 77 ss.; C. Casonato, T. E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006; F. Bozzi, G. Tassi, *La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Milano, 2011, 81 ss.; A. Piga, *Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo*, cit.

[22] La dottrina concernente la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni è vastissima, a titolo esemplificativo si veda, R. Ago, *La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1938, 181 ss.; T. Meron, *The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies*, in *Baltic Yearbook of International Law*, 1959, 84 ss.; G.

Gaja, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano, 1967; C. Zanghì, *L'esaurimento dei ricorsi interni nella giurisprudenza della Commissione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Notiziario del Centro Internazionale di Studi per la Protezione dei Diritti dell'Uomo*, 1967, 67 ss.; C.F. Amerasinghe, *The Rule of Exhaustion of Domestic Remedies in the Framework of International Systems for Protection of Human Rights*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1968, 257 ss.; J. Guinand, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme*, in *Revue belge de droit international*, 1968, 471 ss.; A.H. Robertson, *The European Convention on Human Rights and the Rule of Exhaustion of Domestic Remedies*, in *Revue de Droit de l'Homme*, 1974, 199 ss.; C.F. Amerasinghe, *The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1976, 726 ss.; A.A. Cançado Trindade, *Origin and Historical Development of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, in *Revue belge de droit international*, 1976, 499 ss.; K. Doering, *Local remedies, Exhaustion of*, in *Enciclopedia of International Law*, 1977, vol. 3, 240; G. Strozzi, *Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale: la funzione del previo esaurimento dei ricorsi interni*, Milano, 1977; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, Cambridge, 1983; M. De Salvia, *Esaurimento delle vie di ricorso interne e ricorsi individuali: la giurisprudenza della Commissione e della Corte dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1988, 33 ss.; A.M. Aronovitz, *Art. 26 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: dal diritto internazionale consuetudinario al sistema europeo dei diritti dell'uomo*, 1994, 515 ss.; C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International law*, Cambridge, 2004; R. Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004; R. Pisillo Mazzeschi, *Il coordinamento tra la nuova condizione di ricevibilità prevista dal Protocollo n. 14 alla Convenzione europea e la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, 601 ss.; S. D'Ascoli, M. K. Scherr, *The Rule of Prior Exhaustion of Local Remedies in the Context of Human Rights Protection*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2007, 117 ss.; G. Thallinger, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in the Context of the Responsibility of International Organizations*, in *Nordic Journal of International Law*, 2008, 401 ss.; P. Dourneau-Josette, *La nécessité d'une redéfinition de la condition d'épuisement des voies de recours internes?*, in C. Picheral (sous dir.), *Charte de droits fondamentaux de l'Union Européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2012, 123 ss.

[23] Critica su tali aspetti B. Randazzo, *La bulimia della Corte dei "desideri" (Corte EDU, Costa e Pavan c. Italia, sent. 28 agosto 2012-11 febbraio 2013)*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2013.

[24] *Selmouni c. France*, merito, Grande Camera, 28 luglio 1999, requête n. 25803, par. 74.

[25] Sul principio di sussidiarietà si veda, tra tutti, A. Giardina, *Responsabilità internazionale, esaurimento dei mezzi interni di ricorso e carattere sussidiario della tutela internazionale dei diritti umani*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, 1019 ss.; A. Di Stefano, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di sussidiarietà: contributo ad una lettura sistematica degli articoli 13 e 35*, Catania, 2009; V. Zagrebelsky, *Sussidiarietà e via interne da esaurire: a proposito dell'adesione della UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L.S. Rossi (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali: carta dei diritti UE e standard internazionali*, Napoli, 2011, 313 ss.

[26] Si ricorda che il Governo italiano aveva richiamato anche l'ordinanza del Tribunale di Cagliari del novembre 2012, ordinanza che, tuttavia, non è stata presa in alcuna considerazione dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

[27] Su tali aspetti e, in particolare, sulle criticità lasciate irrisolte dai Protocolli 15 e 16 alla CEDU si veda, C. Zanghì, *L'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: limiti e*

*contrasti col testo convenzionale*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, Roma, 2013, 821 ss.; Id., *I progetti di Protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in memoria di Maria Rita Saulle* (in corso di stampa).

[28] In tale senso, *Brozicek c. Italie*, merito, 19 dicembre 1989, requête n. 10964/84; *Padovani c. Italie*, merito, 26 febbraio 1993, requête n. 13396/87.

[29] Si ricorda che la Corte di Strasburgo ha sempre escluso che il ricorso alla Corte costituzionale italiana fosse da annoverare nei ricorsi interni da esperire ex art. 35, par. 1 CEDU proprio in considerazione dell'impossibilità per l'individuo di ricorrere direttamente al giudice delle leggi.

[30] Su tale punto, cfr. A. Saccucci, *Accesso ai rimedi costituzionali, previo esaurimento e gestione "sussidiaria" delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, 263 ss. (in particolare, 277-282). L'A. propone anche una diversa soluzione che raggiungerebbe il medesimo risultato di garantire l'intervento della Consulta: la constatazione, da parte della Corte EDU, della violazione dell'art. 13 della Convenzione (diritto ad un ricorso effettivo) per l'impossibilità dell'individuo di accedere direttamente alla Corte costituzionale. In tale caso, lo Stato, per adeguarsi al dettato del giudice europeo, non potrebbe fare altro che riconoscere alle persone fisiche il diritto di accesso diretto al giudice delle leggi.

[31] Il Protocollo entrerà in vigore tre mesi dopo il deposito di dieci strumenti di ratifica.

[32] Il parametro delle *questioni di principio inerenti all'interpretazione e l'applicazione* dei diritti e delle libertà previste nella CEDU è ispirato all'art. 43, par. 2, della CEDU il quale prevede la possibilità per le parti di richiedere che il caso deciso dalla Camera sia rinviato alla Grande Camera. Secondo il rapporto esplicativo relativo al Protocollo n. 11 per questione grave relativa all'interpretazione della Convenzione deve intendersi ogni circostanza per cui un punto importante, sul quale la Corte non si è ancora mai pronunciata, è in gioco o qualora la decisione considerata riveste una particolare importanza per lo sviluppo della giurisprudenza o i futuri casi sottoposti alla Corte. Per quanto concerne, invece, l'applicazione, il medesimo Rapporto afferma che una questione grave relativa all'applicazione si pone ogni qualvolta che la sentenza del giudice di Strasburgo impone una modifica rilevante del diritto nazionale o della pratica amministrativa. Cfr. *Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention. Rapport explicatif*, disponibile su [conventions.coe.int/treaty/fr/reports/html/155.htm](http://conventions.coe.int/treaty/fr/reports/html/155.htm). È appena il caso di notare che la formulazione "grave questione" può essere considerata un sinonimo di "questione di principio".

[33] Lo scopo dell'art. 10 è di evitare che la Corte europea debba determinare se la corte nazionale sia o meno di ultima istanza e di lasciare che sia lo Stato parte, in base alle caratteristiche del proprio sistema giudiziario e alle esigenze di quest'ultimo, a determinare quale siano le corti che possono richiedere l'intervento di Strasburgo.

[34] Di «doppio binario» parlano efficacemente E. Lamarque e F. Viganò, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, 20 ss.

[35] Per un commento si segnala G. Colavitti e C. Pagotto, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in *Rivistaaic.it*, 2010.

[36] Su cui F. R. Feleppa, *L'interpretazione conforme alla CEDU da parte del giudice nazionale ed il tramonto dell'occupazione acquisitiva*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2010, 328 ss.

[37] Per un approfondito quadro teorico si rinvia a U. Villani, *Sull'efficacia della Convenzione europea*

dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano dopo il Trattato di Lisbona, in L. Panella, E. Spatafora (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, II, *Diritti umani*, Torino, 2011, 661 ss.

[38] La decisione è stata commentata con accenti anche critici da A. Ruggeri, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, in *Giurcost.it*, 2012.

[39] Così ancora E. Lamarque, F. Viganò, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, 21.

[40] Cass. civ., Sez. III, Sent. 30 settembre 2011, n. 19985, con commento di E. Malfatti, *L'insindacabilità parlamentare e i diritti dei terzi «offesi», ancora tra Roma e Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2012, 121 ss.

[41] Basti qui il riferimento a P. Pirrone, *Art. 46*, in Aa. VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 748 ss.

[42] E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 132 ss. parla di «fraterna condivisione» delle responsabilità nel controllo della legge e nell'attuazione dei diritti fondamentali fra Corte costituzionale e autorità giudiziaria.

[43] Così 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 *Dirittopenalecontemporaneo.it*, 12. L'A. si chiede conseguentemente se «siamo certi che, in Italia, tra le prerogative di un Tribunale vi sia quella di disapplicare norme di legge? Oppure ciò può accadere solo se funzionale all'implementazione di un sistema – come quello dell'Unione Europea – che comporta una limitazione *ab externo* della sovranità nazionale ed è dunque idoneo a ridisegnare i confini di quelle prerogative istituzionali?»

[44] È la tesi di A. Ruggeri, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *Diritticomparati.it*, 8 ottobre 2013. In senso opposto A. Vallini, *Ardita la rotta*, cit., 10 s.

[45] V. Cass., sez V. 11 febbraio 2010, n. 16507 che ha proceduto a rideterminare la pena inflitta nei modi indicati dalla Corte europea.

[46] Corsivo aggiunto.

[47] F. Viganò, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia. Riflessioni in attesa della decisione delle Sezioni Unite*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 aprile 2012, *passim*.

[48] Così 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 *Diritticomparati.it*, 8 ottobre 2013.

[49] Trib. di Roma, I Sez. Civ., ord. 15 gennaio 2014, n. 69.

[50] Trib. di Roma, I Sez. Civ., ord. 28 febbraio 2014, n. 86.

[51] Conferma di questa impostazione ne è ancora la sentenza n. 210/2013 della Corte costituzionale.

che chiamata a pronunciarsi su un caso assimilabile con tutta evidenza in cui era chiamata a sciogliere il dubbio avanzato dal giudice *a quo*, vale a dire se alla precedente sentenza dovesse darsi comunque applicazione anche nei casi analoghi, senza necessità per gli stessi di una specifica pronuncia della Corte EDU. Il giudice delle leggi ha deciso nel senso dell'instaurazione comunque del giudizio di costituzionalità anche negando diretta applicabilità alle c.d. sentenze pilota, pervenendo alla dichiarazione di illegittimità della legge e con ciò confermando ancora una volta la precedente giurisprudenza.

[52] Sulle conseguenze di un'interpretazione evolutiva dell'art. 8 CEDU vedi ora D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, 182 ss.

[53] Come è stata definita da G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, 182 ss. Sul punto v. anche A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 145 ss.

[54] Come chiarisce F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 15 s.

[55] Corte cost., sent. n. 264/2012. B. Randazzo, *La bulimia della Corte dei “desideri” (Corte EDU, Costa e Pavan c. Italia, sent. 28 agosto 2012-11 febbraio 2013)*, cit., sostiene la «bontà» dell'orientamento inaugurato da questa sentenza nella quale la Corte ha resistito al dissenso giurisprudenziale con il giudice europeo, perché ribadisce il ruolo del giudice nazionale «di custode della Costituzione a salvaguardia dell'ordinamento nel suo complesso e riservando a sé l'ultima parola nel sindacato sulle leggi».

[56] Cfr. E. Lamarque, F. Viganò, *Sulle ricadute*, cit., spec. 28. M. Ruotolo, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il “caso” dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivistaaic.it*, 2013, 7, va ancora oltre sostenendo che il parametro derivante dall'art. 117, co. 1, Cost. dovrebbe intendersi come “residuale”, vale a dire evocabile solo nei casi in cui il vincolo da esso ricavabile non sia comunque ricavabile da altra disposizione costituzionale.

[57] M. D'Amico, *I diritti contesi*, Milano, 2008, 60, definisce il divieto di DPI nei confronti di coniugi portatori di malattie genetiche gravi «uno degli aspetti più barbari della legge n. 40».

[58] Anche perché la legge n. 40 sarebbe ascrivibile alle *leggi costituzionalmente necessarie* specialmente secondo F. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in Aa.Vv., *Procreazione assistita, problemi e prospettive*, Fasano (Br), 2005, 249 ss.

[59] In questo modo M. Cartabia, *In tema di “nuovi” diritti*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, spec. 640.

[60] Tra molti, v. soprattutto A. Celotto, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in A. Celotto, N. Zanon (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, 29, nonché più recentemente B. Randazzo, *La bulimia della Corte*, cit., spec. 3.