

# 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

A proposito di Tribunale di Roma, Sezione prima civile, ordinanza 23 settembre 2013, giudice Galterio, Costa e Pavan contro Asl Roma A e Centro Tutela della Donna e del Bambino S. Anna.

Antonio Vallini

## ABSTRACT

Con l'ordinanza richiamata nel sottotitolo il Tribunale di Roma “chiude” di fatto la nota vicenda giudiziaria “Costa-Pavan”, in tema di diagnosi preimpianto e diritto all'accesso alla procreazione assistita da parte di coppie non sterili ma portatrici di gravi malattie ereditarie. Invece di essere fatto oggetto di questione di costituzionalità, l'art.4 della l. 40/2004 viene “disapplicato”, in modo da consentire immediatamente ai ricorrenti, pur capaci di avere figli, di usufruire di un trattamento di fecondazione assistita e, quindi, di una diagnosi e selezione preimpianto, così da superare nel caso specifico la discriminazione rispetto a coppie che, sugli stessi presupposti e per gli stessi fini, avrebbero la possibilità di accedere ad indagini prenatali ed eventualmente all'interruzione volontaria di gravidanza; discriminazione già censurata in una precedente decisione dalla Corte EDU, stimolata da un ricorso “diretto” degli stessi coniugi. L'analisi del provvedimento e dei peculiari percorsi procedurali che ad esso hanno condotto costituisce occasione per un approfondimento dei nessi tra sistema giuridico CEDU e ordinamento interno, nella prospettiva del c.d. “dialogo tra le Corti”. Tale approfondimento si giova, tra l'altro, di una rilettura delle sentenze sull'altrettanto noto caso “Scoppola”, che sembra rivelare una tendenza non pienamente dichiarata della giurisprudenza, persino costituzionale, ad asseverare forme di disapplicazione di norme di legge in esecuzione sostanziale di sentenze CEDU, limitata alle sole ipotesi in cui il giudice interno abbia a decidere del medesimo caso già preso in considerazione a Strasburgo. Una tendenza che potrebbe costituire un plausibile “compromesso” – nel caso specifico (connotato da profili problematici peculiari), ma anche più in generale – tra l'esigenza di mantener ferme la “separazione” tra potere giudiziario e legislativo nonché le logiche del principio di legalità, e l'opportunità di concedere al giudice italiano spazi di interazione diretta con quello sovranazionale, senza che tale interazione abbia ad incidere sulla dimensione “generale ed astratta” dell'ordinamento.

## SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Motivi nazionali e sovranazionali di irragionevolezza e le virtualità dell'interpretazione adeguatrice. – 3. Le aporie dell'interpretazione adeguatrice e la pronuncia della Corte EDU. – 4. Dal ricorso omissio medio alla CEDU alla disapplicazione del giudice italiano. – 5. Disvelati scenari impliciti nella più recente giurisprudenza costituzionale? – 6. Implicazioni e prospettive.

## 1.

**Introduzione.**

Con l'ordinanza in esame<sup>1</sup> il Tribunale di Roma chiude, nei fatti, la "pratica" ormai conosciuta anche ai media per il cognome dei ricorrenti (Costa e Pavan). Trattasi di due coniugi portatori di fibrosi cistica (già manifestatasi in una prima figlia e, successivamente, motivo di un'interruzione volontaria di gravidanza), noti per aver "denunciato" alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il divieto italiano di accesso alla procreazione assistita (PMA) opposto a coppie non sterili ma portatrici di gravi malattie ereditarie, perciò desiderose di ricorrere alla diagnosi genetica preimpianto (PGD) al fine di selezionare i soli embrioni sani, così da prevenire la trasmissione della patologia al nato e le correlate ripercussioni negative per la salute psico-fisica della donna<sup>2</sup>.

Ottenuta ragione a Strasburgo in via definitiva (Camera CEDU, II sezione, Costa e Pavan c. Italia, 28 agosto 2012)<sup>3</sup>, i medesimi soggetti pretendevano la pronta soddisfazione del sancito diritto ad usufruire delle prestazioni sanitarie in questione, agendo ex art. 700 c.p.c. contro le strutture sanitarie, che opponevano il mancato adeguamento della legge 40/2004 da parte del legislatore (il periculum in mora veniva rapportato all'età non giovane dell'aspirante madre: il dato anagrafico molto incide sulle aspettative di risultato e sulle prospettive di rischio di una fecondazione assistita). La pretesa viene considerata valida dal Tribunale di Roma, che "neutralizza" il divieto, accoglie il ricorso e intima ai convenuti di adempiere<sup>4</sup>.

Più nello specifico, il giudice civile:

1. ripropone una consolidata interpretazione adeguatrice, secondo la quale la diagnosi preimpianto e il mancato trasferimento in utero degli embrioni rifiutati dalla donna perché malati, lungi dal configurare fattispecie delittuose, corrispondono piuttosto ad un diritto al consenso informato e all'autodeterminazione in ambito sanitario, espressamente riconosciuto dagli artt 6 e 14, co.5, della stessa legge 40/2004 a favore di coloro che abbiano accesso alla PMA;

2. per il resto, disapplica per contrasto con la CEDU l'art.4, co.1, della l. 40/2004 («il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico»). Tale norma, infatti, impedisce in ogni caso l'accesso alla PMA a coppie non affette da sterilità o infertilità, fossero pure portatrici di gravi malattie trasmissibili.

## 2.

**Motivi nazionali e sovranazionali di irragionevolezza e le virtualità dell'interpretazione adeguatrice.**

La destinazione era tendenzialmente segnata, almeno rispetto al caso concreto.

Nella citata pronuncia "Costa e Pavan", la Corte EDU aveva appunto dichiarato che gli effetti che le norme della legge 40/2004 producevano in quel caso si ponevano in irrimediabile

<sup>1</sup> Per un commento alla quale v. già 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 [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

<sup>2</sup> Per una comprensione dei profili "tecnici" della diagnosi preimpianto (e sulle differenze rispetto alla c.d. "diagnosi prenatale") si può consultare FORABOSCO, *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, in *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI-FERRANDO-MAZZONI-RODOTÀ-ZATTI, 2, Milano, 2011, 1468 ss.

<sup>3</sup> In *Dir. pen. cont.*, con nota di VERRI, *Corte EDU e legge 40/2004: contrario all'art. 8 Cedu il divieto, per una coppia fertile portatrice sana di fibrosi cistica, di accedere alla diagnosi pre-impianto degli embrioni (ma il Governo fa ricorso alla Grande Chambre)*, 29 novembre 2012. La decisione è divenuta definitiva a seguito del rigetto in via preliminare del ricorso del Governo italiano alla Gran Camera CEDU, in data 11 febbraio 2013. Cfr. VALLINI, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal Governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2013.

<sup>4</sup> Quanto all'esecuzione dell'obbligo, il Tribunale ritiene che la Asl di Roma ben abbia la possibilità tecnica di provvedere a PGD vuoi direttamente, vuoi avvalendosi di centri specializzati già esistenti nella Capitale, ai quali, tra l'altro, già si era affidata in un precedente caso la ASL di Cagliari.

contrasto con l'art. 8 CEDU<sup>5</sup>. Principalmente si evidenziava la sproporzione di una ingerenza statale rispetto alla fondamentale libertà di autodeterminarsi in ambito familiare e riproduttivo (riconducibile all'art.8 CEDU), che si risolveva in un impedimento a ricorrere a una PGD e selezione preimpianto in presenza dei medesimi presupposti, ed esattamente per gli stessi scopi, che invece consentono l'attuazione di accertamenti diagnostici prenatali (cioè sul feto, attraverso il corpo della madre) ed eventualmente una interruzione volontaria di gravidanza ai sensi della legge n.194 del 22 maggio 1978. E' per vero insensato rispetto a qualsivoglia progetto di tutela, anche quello che abbia particolarmente a cuore le sorti del concepito, sacrificare la libertà di avere figli (sani) imponendo alla madre l'opzione sanitaria più gravosa per il suo benessere e la sua salute, senza con ciò meglio garantire supposti diritti del nascituro, comunque suscettibile di essere soppresso (in una fase più avanzata di sviluppo)<sup>6</sup>.

Facciamo un passo indietro, nel tempo ed entro i confini del nostro ordinamento. Un simile vizio di irragionevolezza era denunciato da buona parte della dottrina prima, durante e dopo il controverso iter di approvazione della l. 40/2004, prendendo appunto come elemento di comparazione la legge 194/78 (tra l'altro, lo si ricordi, normativa "costituzionalmente vincolata"<sup>7</sup>); e questa volta chiamando in causa, in primis, gli artt.3 e 32 Cost. (appunto principio di ragionevolezza/uguaglianza, in rapporto al diritto alla salute della madre, in vista del quale l'ordinamento consente l'interruzione di gravidanza, ma non consentirebbe, invece, diagnosi e selezione preimpianto)<sup>8</sup>. Le stesse valutazioni avevano sollecitato altra parte della dottrina<sup>9</sup> a proporre un'interpretazione costituzionalmente orientata, diretta a negare che, dalla legge 40/2004, davvero emergesse un divieto di diagnosi e selezione preimpianto.

Interpretazione parallelamente ed efficacemente sviluppata da giudici di merito (per lo più aditi ex art.700 c.p.c.)<sup>10</sup> e nel tempo corroborata prima da un intervento del TAR<sup>11</sup> che dichiarava illegittime le "linee guida" ministeriali del 2004 nel passaggio in cui ammettevano solo accertamenti "osservazionali" (non "genetici") sull'embrione (fonte comunque disapplicabile, e non riprodotta nelle linee guida del 2008); poi, ancor più, dalla nota sentenza 1° aprile

<sup>5</sup> Per un'analisi della decisione si rinvia a 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 telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2012, 18 settembre 2012; 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*, *ibidem*, n. 1/2013, 22 marzo 2013. Il pure invocato contrasto con l'art. 14 CEDU (principio di non discriminazione) veniva considerato inconfigurabile con motivazione probabilmente sommaria (v.infra, nt. 24). Nondimeno, i contenuti dell'art. 8 CEDU vengono declinati secondo un criterio di "proporzionalità/ragionevolezza" che tiene conto di profili di disparità di trattamento tra fattispecie analoghe, quindi con cadenze similari a quelle caratterizzanti un'argomentazione incentrata sull'art.14 CEDU.

<sup>6</sup> È per chi scrive abbastanza stupefacente lo...stupore di chi ritiene paradossale un simile ragionamento, perché a prenderlo sul serio «una identica normativa vigente in due Stati membri del Consiglio d'Europa potrebbe essere considerata, in un caso, rispettosa di un articolo della CEDU e, nell'altro, con il medesimo articolo contrastante, a seconda delle altre norme vigenti nell'ordinamento dei due Paesi» (VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1/2013, 1° marzo 2013, 7). Parametri di ragionevolezza, proporzione e non discriminazione, centrali anche nel sistema CEDU, per loro stessa natura non forniscono univoche e unitarie indicazioni di dettaglio circa la disciplina di singole materie, bensì sollecitano la strutturazione di un sistema statale coerente al suo interno, quali ne siano i contenuti (ovviamente variabili da ordinamento a ordinamento).

<sup>7</sup> Corte cost., sentt. n. 26 del 10 febbraio 1981 (con riferimento al solo art.6 l. 194/78) e n. 35 del 10 febbraio 1997 (con riferimento, nella sostanza, all'intera legge), entrambe reperibili in [www.giurcost.org/decisioni](http://www.giurcost.org/decisioni).

<sup>8</sup> Tra i tanti, nella dottrina penalistica: CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 417; RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 679 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 510 ss. Ritiene sostanzialmente irragionevole l'intera disciplina della procreazione assistita: FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, 344. Nel senso, invece, della ragionevolezza tanto del divieto in sé, quanto della differenziazione di disciplina rispetto alla l.194/78, ad es. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico* ed EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, entrambi *ibidem*, rispettivamente 333 e 364 s. Cfr. altresì EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in A.A.V.V., *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, 204.

<sup>9</sup> Nella diversità degli accenti: SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, 98 ss.; PALMERINI, *La legge sulla procreazione assistita al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Famiglia*, 2004, 975 ss.; VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 199 ss.; VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Leggi penali complementari*, a cura di PADOVANI, Milano, 2007, 657 ss.

<sup>10</sup> Trib. Cagliari, 22 settembre 2007, in *Guida dir.*, 2007, n. 46, 59; Trib. Firenze, 17 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, 2, col.627. Cfr. D'AMICO, *Il divieto di diagnosi "preimpianto" tra Corte costituzionale e giudici comuni: sul problema della sentenza di Cagliari*, in *Bioetica*, 2007, 147 ss. Successivamente, traendo spunto dalla sentenza n.151 del 2009 della Corte costituzionale, v. ad es. Trib. Bologna, 29 giugno 2009, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); Trib. Salerno, 9- 13 gennaio 2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 476, note SEGNI, *Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili – un nuovo problema* e LA ROSA, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*. Più recentemente, argomentando anche dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo "Costa e Pavan contro Italia" del 28 agosto 2012: Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, in *Corr. mer.*, 2013, 429, nota VALLINI, *La diagnosi preimpianto è un diritto*.

<sup>11</sup> Sent. 21 gennaio 2008, n. 398.

– 8 maggio 2009, n. 151, della Corte costituzionale, che dichiarava illegittimo l'art.14, co 2, l. 40/2004, nella parte in cui imponeva di produrre un numero di embrioni non superiore a quanto necessario «ad un unico e contemporaneo impianto», e comunque «non superiore a tre» (quando invece le pratiche di diagnosi e selezione preimpianto implicano la fecondazione di un numero significativo di ovuli, dovendosi mettere in conto che una percentuale elevata degli embrioni non risulti adatta all'impianto).

Duplici e costanti il fulcro di queste interpretazioni costituzionalmente orientate, nonostante la variabilità degli accenti<sup>12</sup>. Da un lato, l'art 14, co.5, l. 40/2004 riconosce espressamente un diritto dei richiedenti ad essere informati sullo stato di salute dell'embrione. Dall'altro lato, nessuna norma contiene un espresso divieto di diagnosi e selezione preimpianto, men che mai penalmente sanzionato.

In particolare, quel divieto non può trarsi dall'art.13 l. 40/2004., che i giudici (civili) pronunziatisi sul punto hanno ritenuto genericamente inconferente<sup>13</sup>. Da una visuale prettamente penalistica, si può più precisamente osservare che quel divieto è inapplicabile in quanto riferito, nel suo nucleo essenziale, a condotte di sperimentazione scientifica sull'embrione, che niente c'entrano con pratiche ampiamente comprovate (dunque non "sperimentali")<sup>14</sup>, e rivolte a finalità medico-diagnostiche (dunque non intese a comprovare ipotesi scientifiche), quali appunto le tecniche di diagnosi preimpianto (ancor meno può ritenersi "sperimentazione" la selezione degli embrioni sani e il mancato trasferimento dei residui). Una volta negato che la fattispecie base delineata dall'art.13, 1° comma, sia riferibile al caso che interessa, ne consegue ipso facto l'impossibilità di applicare tutti gli altri precetti di quell'art.13 (anche quando, all'apparenza – e solo all'apparenza – meglio corrispondenti alla fattispecie concreta).

Non la clausola del secondo comma, intesa a consentire la "ricerca clinica o sperimentale" sull'embrione all'unico fine di salvaguardarne la salute, che acquista un senso sistematico solo se letta come "eccezione" al divieto di cui al primo comma, non certo come norma ove si codifica un divieto "implicito", ulteriore e più ampio di quello di cui al primo comma. Non le ipotesi del terzo comma, ove si delineano circostanze aggravanti che, come tali, non possono intervenire laddove non sia applicabile la fattispecie di reato cui accedono e di cui, giocoforza, costituiscono specificazione. Il divieto di selezione preimpianto neppure può trarsi dall'ambigua *lex imperfecta* dell'art 6, co.3, ultima parte («La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma [i richiedenti] fino al momento della fecondazione dell'ovulo»), che – al di là di quali fossero le intenzioni dei redattori della legge – è del tutto inidonea a conculcare il diritto fondamentale della donna a rifiutare l'impianto di embrioni "sgraditi", alla pari di qualsiasi altro trattamento sanitario (ex art.32, 2° co., Cost.).

Quanto alle sorti degli embrioni non selezionati per l'impianto, ove il medico decidesse di crioconservarli troverebbe un viatico in una consolidata interpretazione patrocinata dalla sentenza n.151/2009 della Corte costituzionale, stando alla quale quella pratica è lecita – nonostante il divieto di cui all'art.14, co.1, l. 40/2004 – in quanto priva di più valide alternative, ogni qual volta abbia ad oggetto embrioni soprannumerari rispetto a quelli utilizzabili per un unico impianto (e la possibilità di produrre embrioni in eccesso, se consigliato dalla scienza

<sup>12</sup> Quanto andiamo a scrivere è stato ben più ampiamente tematizzato, di recente, in VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 287 ss.; contributo al quale rimandiamo anche per una ricostruzione più affidabile dei percorsi dell'"interpretazione costituzionalmente orientata", che richiede molte distinzioni e precisazioni e impone richiami dettagliati ad ampia dottrina e giurisprudenza.

<sup>13</sup> Anche di recente, peraltro, si propongono (un po' sbrigative) sussunzioni del caso che qui interessa all'art.13 l. 40/2004. V. ad es. VARI, *op.cit.*, 2.

<sup>14</sup> Ad una ormai "ampia sperimentazione" di quella pratica allude anche il "documento di base sulla diagnosi preimpianto e prenatale pubblicato dal Comitato direttivo per la bioetica (CDBI) del Consiglio d'Europa il 22 novembre 2010", citato nella decisione della Corte EDU sul caso Costa e Pavan.

medica, è stata appunto sancita dalla stessa sentenza n. 151/2009)<sup>15</sup>. Se, invece, il sanitario decidesse di lasciar estinguere l'embrione malato e non impiantato, nessuno a nostro modesto avviso potrebbe contestargli il reato di embrionicidio "mediante omissione" – di cui all'art.14, co.1, l. 40/2004, nel combinato disposto con l'art.40, cpv., c.p. – non essendo evincibile da alcuna norma un "obbligo di impedimento della morte dell'embrione" gravante sul medico o su chiunque altro<sup>16</sup>.

Quel che invece l'interpretazione costituzionalmente orientata non può eludere è il limite all'accesso, di cui all'art. 4, co.1, l. 40/2004 (a dispetto di un singolare intervento del Tribunale di Salerno, che fingendo d'operare in via meramente interpretativa ha, in realtà, disapplicato tout court la norma di legge)<sup>17</sup>. Disposizione chiarissima, restia ad adattamenti ermeneutici, che ammette alle pratiche di procreazione assistita soltanto coppie affette da problemi di sterilità o fertilità. Non tutte le coppie portatrici di anomalie genetiche, la cui trasmissione potrebbe essere prevenuta grazie alla diagnosi preimpianto, sono però sterili o infertili<sup>18</sup>.

Si tratta di un ostacolo al più ridimensionabile, potendosi estendere la nozione di "infertilità" a tutti i casi in cui la coppia, pur riuscendo a concepire, ha difficoltà rilevanti ad avere «figli vivi e vitali a causa di aborti ripetuti, di problemi genetici o malattie infettive»<sup>19</sup>. È bene altresì ricordare che le linee guida del 2008 – con disposizione di dubbia legittimità, nella misura in cui deroga ad una univoca disposizione di legge – consentono l'accesso alla PMA nel caso in cui l'uomo, essendo portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili, non potrebbe aver figli senza al contempo mettere gravemente a rischio la salute del partner. Il divieto, infine – per usare un po' di cinico realismo – è agevolmente aggirabile nei fatti, dato che la legge 40/2004 attribuisce rilievo anche alla c.d. sterilità "idiopatica", cioè non dipendente da causa accertabile, bensì evidenziata da un dato numero di rapporti sessuali non protetti e privi di esito, che solo gli stessi richiedenti possono "autocertificare", con una dichiarazione la cui attendibilità non è obiettivamente falsificabile<sup>20</sup>.

In quel limite, tuttavia, si imbattono coppie o poco propense a ricorrere ad escamotages, o, comunque, la cui fertilità sia testimoniata "al di là d'ogni ragionevole dubbio" da numerose, e recenti, gravidanze portate a termine (magari per far nascere bambini destinati di lì a poco a morire).

<sup>15</sup> Avallano questa interpretazione, ad es., DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n.40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 960 s.; EUSEBI, *Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 860 ss.. Pur apprezzandone la ragionevolezza, manifestiamo qualche perplessità in VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., 243 ss., ritenendo meritevole di considerazione (anche se non accoglibile né nell'ispirazione, né negli esiti) la ben diversa lettura di D'AGOSTINO, *Sentenza da interpretare nel rispetto dei principi bioetici*, in [www.avvenire.it](http://www.avvenire.it), 3 aprile 2009, stando al quale il divieto categorico dell'art.14, 1° co., l. 40/2004 funge ancora da limite alla praticabilità di tecniche di PMA con sovrapproduzione embrionaria. La Consulta, dal canto suo, tanto è convinta che l'ostacolo si possa e si debba aggirare in via interpretativa, che non solo non ha coinvolto i divieti di crioconservazione nella pronuncia di incostituzionalità, ritenendo superfluo un intervento in tal senso, ma ha dichiarato inammissibili ulteriori questioni di costituzionalità ad esso specificamente dedicate: cfr. Corte cost., ordinanza n. 97 del 17 marzo 2010. Nonostante autorevoli voci in senso contrario (BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 564, e poi MANETTI, *La sentenza sulla PMA, o del legislatore che volle farsi medico*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 28 maggio 2009), riteniamo non s'addica a gran parte dei casi di diagnosi e selezione preimpianto la clausola eccezionale di liceità della crioconservazione di cui al comma 3 dell'art.14, che opera 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 della Corte costituzionale (in virtù delle quali detto trasferimento può successivamente essere effettuato solo se ciò non comporti un pregiudizio per la salute della donna), la disposizione continua a valorizzare un ostacolo al trasferimento inizialmente *imprevedibile*: tale non è quello già messo in conto da coppie portatrici di malattie ereditarie che chiedono l'accesso alla PMA allo specifico scopo di una selezione preimpianto.

<sup>16</sup> Ribadiamo questa lettura in VALLINI, *La diagnosi preimpianto*, cit., 435 s, doverosamente confrontandoci con le importanti obiezioni di chi, invece, ritiene che il medico abbia un obbligo di garanzia rispetto all'embrione non impiantato, con tutto quel che ne consegue: EUSEBI, *Problemi aperti*, cit., 862.

<sup>17</sup> Tribunale Salerno, 9-13 gennaio 2010, cit. Critici D'AMICO, *La decisione n. 151 del 2009 della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*, a cura di BALDINI e SOLDANO, Firenze, 2011, 138; DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Il governo del corpo*, cit., 2, 1576; FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2011, 519.

<sup>18</sup> Sul punto di recente DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2013, pp. 8 ss.

<sup>19</sup> FLAMIGNI-MORI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Milano, 2005, 60

<sup>20</sup> Così già FLAMIGNI-MORI, *op.cit.*, 54.



## 3.

## Le aporie dell'interpretazione adeguatrice e la pronuncia della Corte EDU.

Tanto premesso, il bilancio che possiamo compiere riguardo all'interpretazione adeguatrice non è, a ben vedere, del tutto soddisfacente. Essa, per vero, escludendo che dall'art.13 possa trarsi un qualsivoglia divieto di PGD, ed affermando altresì sancito nell'art 14, co. 5, un diritto generale dei richiedenti ad accertamenti diagnostici sull'embrione in vitro, porta a negare che nei confronti di chiunque valga quel supposto divieto, mentre afferma che chiunque, purché abbia accesso alla procreazione assistita, gode di quel diritto, così come del diritto a rifiutare l'impianto di uno o più embrioni. Si tratta, dunque, di una lettura che pecca sia per eccesso, sia per difetto, rispetto allo scopo, idealmente perseguito, di un pieno coordinamento con la legge 194/78.

Per eccesso, in quanto riconosce il diritto alla diagnosi e selezione preimpianto anche a categorie di soggetti che non avrebbero possibilità di ricorrere alla interruzione volontaria di gravidanza ex art.4 l.194/78, perché non animati dall'esigenza di prevenire malattie nel concepito e, con ciò, un pregiudizio potenziale per la salute psico-fisica della madre (fermi restando, peraltro, taluni divieti di rilevanza deontologica, che privano il medico della facoltà di corrispondere a qualsivoglia desiderio della coppia)<sup>21</sup>.

Per difetto, perché in via meramente interpretativa non si riesce ad estendere quel diritto a coppie portatrici di malattie trasmissibili e però capaci di avere figli per vie naturali; alle quali, dunque, l'accesso alla PMA è inibito a priori dall'art.4 l. 40/2004, mentre è loro concessa, in linea di principio, l'opzione dell'interruzione di gravidanza, secondo le procedure stabilite dalla legge n.194/1978.

Peccati per eccesso e per difetto che – è bene dirlo – non rendono tale lettura costituzionalmente incompatibile. Essa continua ad apparire, nonostante tutto, quella costituzionalmente (più) adeguata. A prescindere dalla questione generale dell'inesistenza di obblighi costituzionali di incriminazione, ovviamente nel caso specifico non consta un dovere costituzionale di elevare a reato la diagnosi e selezione preimpianto, fosse pure soltanto in rapporto ad alcune applicazioni; né si può supporre che esigenze di uguaglianza impongano di tutelare penalmente, nella stessa misura, e con le stesse modalità, le aspettative di vita del feto in utero e dell'embrione in vitro (giacché dalla Costituzione non emergono indicazioni chiare sullo status giuridico di queste entità, e men che mai si ricava l'attestazione di una loro pari dignità)<sup>22</sup>. Di talché, non è costituzionalmente incompatibile l'estensione degli spazi di praticabilità di diagnosi e selezione preimpianto a situazioni non contemplate dalla l.194/78. Per altro verso, sebbene la lettura qui patrocinata non riesca ad allargare a tutti coloro che ne avrebbero diritto, ma soltanto ad alcuni, la facoltà di accedere a diagnosi e selezione preimpianto, l'esito ermeneutico è comunque migliore di un generalizzato divieto penale avente ad oggetto quelle pratiche, atto a negare a chiunque quel diritto (oltretutto con lo strumento della minaccia penale).

Piuttosto, la solo parziale efficacia adeguatrice della accennata esegesi della legge 40/2004 rende particolarmente impellente un superamento, per altre vie, di quella residua limitazione all'accesso, la cui correzione rimane al di fuori della portata dell'interprete.

È in questo scenario che interviene la Corte EDU con la decisione sul caso "Costa e Pavan". Nel sancire l'incompatibilità con la Convenzione del più volte richiamato vizio di ragionevolezza/sproporzione, viene offerto ulteriore conforto all'interpretazione costituzionalmente orientata (di cui la giurisprudenza immediatamente ha approfittato)<sup>23</sup>, pur trattandosi di un orientamento di "diritto vivente" in realtà non considerato dai giudici di Strasburgo<sup>24</sup>. Quella interpretazione, infatti, può adesso vantare uno statuto di adeguatezza all'art. 8 CEDU come interpretato dalla Corte EDU, dunque all'art. 117 Cost., secondo il modello elaborato nella

<sup>21</sup> Approfondiamo questo aspetto in VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., 307 ss.

<sup>22</sup> Anche in tema di "statuto giuridico dell'embrione" siamo indotti a rinviare a VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., 173 ss., e agli autori *ivi* richiamati.

<sup>23</sup> V. Tribunale di Cagliari, 9 novembre 2012, cit.

<sup>24</sup> Tanto che, nella decisione "Costa e Pavan", si rigetta superficialmente la doglianza dei ricorrenti ex art.14 CEDU, fondata sulla disparità di trattamento tra coppie che possono e non possono accedere alla PGD, erroneamente asserendo che nella legge 40/2004 sarebbe contenuto un divieto di PGD rivolto genericamente a tutte le coppie (così tralasciando di considerare l'interpretazione "costituzionalmente adeguata" fortemente consolidata nella prassi). V. al riguardo, criticamente, NARDOCCI, *op.cit.*, 8 ss.

giurisprudenza della Corte costituzionale a partire dalle sentenze n.348 e 349 del 22 ottobre 2007<sup>25</sup> (v.infra). Sotto altro profilo, la censura contenuta nella sentenza europea si allarga necessariamente a comprendere quello specifico impedimento all'accesso rivolto a coppie fertili, non superabile in via interpretativa. Così offrendo un autorevole spunto al giudice romano per la successiva disapplicazione dell'art.4 l. 40/2004 nei confronti degli stessi Costa e Pavan.

Un esito, ribadiamo, apprezzabile nelle sue implicazioni sostanziali e contingenti, perché è difficile dubitare che, in quella vicenda specifica (e sulla vicenda specifica si concentra, per vocazione istituzionale, l'attenzione sia della Corte EDU, sia del Tribunale di Roma), si materializzasse marcatamente il denunciato vizio di irragionevolezza, versando gli interessati in una condizione, e provenendo da un'esperienza, che al di là d'ogni ragionevole dubbio li avrebbe legittimati a ricorrere (di nuovo) all'aborto in caso di trasmissione dell'anomalia genetica al feto (con conseguente, immaginabile turbamento psichico di una madre già gravemente provata)<sup>26</sup>.

Se, tuttavia, proviamo a spostare l'attenzione dalla destinazione all'itinerario attraverso il quale a quella destinazione si è pervenuti, la questione si complica più di un po'.

## 4.

### Dal ricorso *omisso medio* alla CEDU alla disapplicazione del giudice italiano.

I coniugi Costa e Pavan hanno scelto, dunque, di ricorrere in prima istanza e direttamente alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, principalmente allo scopo di superare uno specifico ostacolo normativo refrattario a correzioni ermeneutiche, frapposto alla loro legittima aspirazione di ricorrere a tecniche di procreazione assistita e, quindi, alla diagnosi preimpianto. Una discreta scommessa: la Corte, ex art.35, co.1, CEDU, avrebbe potuto rispedire al mittente le doglianze, evidenziando come i ricorrenti, lungi dall'aver esaurito percorsi giurisdizionali interni – ivi compresi quelli orientati in direzione del Palazzo della Consulta<sup>27</sup> – neppure avessero provato ad adire un giudice italiano; così come avrebbe potuto intendere le già citate decisioni del Tribunale di Salerno quale indizio di una possibile “giustiziabilità” nell'ordinamento nazionale della lamentata lesione di diritti fondamentali. Sennonché, la Camera della Corte EDU – riconosciuta la natura occasionale, contingente e provvisoria del provvedimento campano, dunque la sua inattitudine a fungere da precedente significativo – ritiene la norma di legge così univoca da rendere obiettivamente impraticabili tutele domestiche. Su tali presupposti si ritiene legittimata ad entrare nel merito, accogliendo il ricorso, nei termini e con le motivazioni cui già si è accennato<sup>28</sup>.

Appunto, lo riconosce la Corte EDU, e merita ribadirlo: l'art.4, co.1, l. 40/2004 è disposizione dal tenore letterale ben poco sfumato, che dunque non si presta ad un adattamento in via interpretativa. E se non si presta ad un adattamento a Costituzione ex ante – rendendo perciò inimmaginabile, per i giudici di Strasburgo, una tutela giurisdizionale interna – non si vede come essa possa cedere, ex post, ad una interpretazione “convenzionalmente conforme” da parte del giudice ordinario. Se così è, cauta e realistica aspirazione dei ricorrenti poteva essere non già di bypassare tout court la Corte costituzionale, bensì, al più, di giungervi successivamente

<sup>25</sup> In [www.giurcost.org/decisioni](http://www.giurcost.org/decisioni), con numerosi richiami a commenti dottrinali *on line*.

<sup>26</sup> Si veda come la Corte CEDU, nei §§65 e 66 della decisione “Costa e Pavan c. Italia”, valorizza questi aspetti peculiari della vicenda personale specifica: «per tutelare il loro diritto a mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia di cui sono portatori sani, l'unica possibilità offerta ai ricorrenti è iniziare una gravidanza secondo natura e procedere a interruzioni mediche della gravidanza qualora l'esame prenatale dovesse rivelare che il feto è malato. Nello specifico, i ricorrenti hanno già proceduto una volta all'interruzione medica di gravidanza per tale motivo, nel mese di febbraio del 2010. Pertanto, la Corte non può non tenere conto, da un lato, dello stato di angoscia della ricorrente, la quale, nell'impossibilità di procedere ad una diagnosi preimpianto, avrebbe come unica prospettiva di maternità quella legata alla possibilità che il figlio sia affetto dalla malattia in questione, e, dall'altro, della sofferenza derivante dalla scelta dolorosa di procedere, all'occorrenza, ad un aborto terapeutico».

<sup>27</sup> Già in alcuni precedenti, però, l'accesso alla Corte costituzionale italiana era stato ritenuto non assimilabile ad un ricorso interno, stante appunto l'impossibilità per il cittadino italiano di adire direttamente e personalmente il giudice delle leggi: v. ad es. Brozicek c. Italia, 19 dicembre 1989, § 34; Cofferati c. Italia, 24 febbraio 2009, § 48.

<sup>28</sup> Sul punto, inoltre, asserisce la Corte EDU (Costa e Pavan, cit., §37) «che, in mancanza di uno specifico rimedio interno, spetta al Governo dimostrare, appoggiandosi sulla giurisprudenza interna, lo sviluppo, la disponibilità, la portata e l'applicazione della via di ricorso da esso invocata (si vedano, *mutatis mutandis*, Melnītis c. Lettonia, n. 30779/05, § 50, 28 febbraio 2012 e McFarlane c. Irlanda [GC], n. 31333/06, §§ 115-127, 10 settembre 2010). Inoltre, il Governo non può invocare l'esistenza di un mezzo d'impugnazione interno in assenza di una giurisprudenza interna che dimostri l'effettività di quest'ultimo nella pratica e nel diritto, tanto meno quando tale giurisprudenza promani da un organo giudiziario di primo grado (Lutz c. Francia (n. 1) (n. 48215/99, § 20, 26 marzo 2002)».

dopo aver preconstituito le condizioni per rendere l'esito del giudizio di costituzionalità, (anche) ex art.117 Cost., tendenzialmente vincolato<sup>29</sup>.

Per vero – è cosa nota – la Corte EDU non è istituzione dello stesso ordinamento giuridico in cui si confrontano il legislatore ed i giudici interni. Essa non dichiara “l’illegittimità” della norma e (ovviamente) non la espunge dall’ordinamento interno, semmai fa sorgere per lo Stato un obbligo di successiva eliminazione di quella disposizione se ritenuta in contrasto con la Convenzione EDU<sup>30</sup>. Obbligo della cui esecuzione si fa garante la Corte costituzionale, la quale, a partire dalle citate sentenze “gemelle” del 2007, ha ripetutamente precisato come al giudice ordinario non sia consentito disapplicare la disposizione censurata, ma solo interpretarla in termini “convenzionalmente adeguati”, sinché possibile. Altrimenti, quel giudice dovrà investire la Corte costituzionale della questione di legittimità per contrasto con l’art.117 Cost., rispetto al quale le norme della Convenzione, per come interpretate dalla Corte EDU<sup>31</sup>, acquistano il ruolo di norma interposta (sicché, quando la lettura dei giudici di Strasburgo è particolarmente precisa e puntuale, si riferisce al caso specifico o ad altro assolutamente corrispondente, e non è in contraddizione con direttive costituzionali interne, la Corte costituzionale tendenzialmente si auto-vincola ad invertere il dictum sovranazionale)<sup>32</sup>. A voler ricorrere a un armamentario concettuale più usuale per il penalista, potremmo quasi affermare che, nell’impostazione della Corte costituzionale, le norme promananti dal sistema giuridico imbastito sulla Convenzione EDU, e implementato dalla giurisprudenza europea, s’atteggiano alla stregua di regole integratrici dell’elemento normativo contenuto nell’art.117 Cost. (il concetto di “obbligo internazionale”). Quell’elemento, dunque, adegua l’estensione della disposizione al mutare di quelle norme integratrici; però rimane l’art.117 Cost., non la norma richiamata, il precetto col quale si confronta la disposizione di legge ordinaria nell’ordinamento interno. Sicché, in conclusione, tutto si riduce a un comune contrasto tra norma di legge e norma costituzionale, la cui composizione è giocoforza di competenza esclusiva della

<sup>29</sup> Difficilmente, d'altronde, la Corte costituzionale avrebbe potuto ritenere la norma desumibile dalle fonti CEDU “incompatibile” coi, o “dissonante” dai, principi fondamentali della nostra Costituzione, posto che l’argomentazione della Corte EDU postula una libertà ad avere figli, e un principio (sostanzialmente) di ragionevolezza, che assumono pieno valore anche alla luce della nostra Carta fondamentale e della giurisprudenza del nostro Giudice delle Leggi (cfr. artt.2, 29, 30, 31 Cost.). L’art.32 Cost. offre, addirittura, un argomento in più (il diritto alla salute non trova invece specifica tutela nel sistema CEDU: BESTAGNO, *Art. 2*, in BARTOLE-DE SENA-ZAGREBELSKI, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2012, 47). Pur evidenziando la criticità di questa soluzione, vaticinava una applicazione “diretta” del dictum della Corte europea nel caso “Costa e Pavan” da parte dei giudici domestici: NARDOCCI, *op.cit.*, 12 s.

<sup>30</sup> «La sentenza della Corte esplica la sua efficacia obbligatoria nell’ambito dell’ordinamento internazionale. Essa, dunque, è vincolante per lo stato, in quanto soggetto di quest’ordinamento. Per forza propria, la sentenza non ha efficacia vincolante negli ordinamenti statali: non pone, cioè, obblighi di diritto interno. Ciò non vuol dire [...] che l’obbligo contenuto nell’art.46 par.1 non raggiunga gli organi dello stato responsabile, in quanto facenti parte dello stato-soggetto dell’ordinamento internazionale»: PIRRONE, *L’obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, Milano, 2004, 80 ss. (corsivi nostri).

<sup>31</sup> Riguardo al controverso “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 stimolanti le riflessioni di LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), spec. 34 ss., 50 ss.. L’aspetto problematico è costituito dalla sostanziale introduzione nel nostro ordinamento, per questa via, di una “giurisprudenza-fonte” (sul punto cfr. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 101 s.). Preoccupazioni, rispetto allo specifico settore del processo penale, vengono manifestate da 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.; GAETA, *Dell’interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2012, pp. 13 ss.. Più “rassicuranti” le considerazioni di MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 151 ss.; VIGANÒ, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, a cura di CORSO e ZANETTI, Roma, 2010, 636 ss.. Dal punto di vista “internazionalistico” v. PIRRONE, *L’obbligo di conformarsi*, 87 ss.; dalla visuale del magistrato, cfr. infine CONTI, *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, 202 ss.

<sup>32</sup> V. altresì, da es., le più recenti sentenze della Corte costituzionale n.39 del 27 febbraio 2009, n. 311 del 26 novembre 2009, n.317 del 4 dicembre 2009, n.80 del 11 marzo 2011, tutte reperibili in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), con rimandi a dottrina *on line*.



Corte costituzionale<sup>33</sup>.

Senonché, il Tribunale di Roma sembra discostarsi dalle autorevoli indicazioni della Consulta (pur asserendo di volerle, in realtà, attuare), procedendo dichiaratamente a disapplicare l'art.4 della legge 40/2004, senza neppure tentare di presentare la propria soluzione sub specie di interpretazione convenzionalmente conforme, magari facendo appello alla dottrina più audace al riguardo<sup>34</sup>; o valorizzando profili del caso concreto che avrebbero, forse, reso sufficiente allo scopo l'interpretazione estensiva del concetto di infertilità, di cui già si è detto supra.

## 5.

### Disvelati scenari impliciti nella più recente giurisprudenza costituzionale?

Ricorda il Tribunale di Roma che le sentenze della Corte EDU, quando colgono in una specifica norma, generale e astratta, il motivo di inadeguatezza dell'ordinamento interno rispetto alla Convenzione, impongono in ogni caso allo Stato interessato il superamento di quella norma, anche quando condannano soltanto ad un risarcimento, come appunto nella decisione "Costa e Pavan". In tal senso depongono, effettivamente, accreditate istanze di diritto interno e internazionale<sup>35</sup>.

Il Tribunale intende quell'obbligo come condiviso da tutti gli organi dello Stato, ivi compresi i giudici, e in specie i giudici che trattano dello stesso caso deciso a Strasburgo, che dunque avrebbero il potere/dovere di disapplicare la disposizione che ostacola la concreta soddisfazione del diritto vantato dal ricorrente e riconosciuto valido dalla Corte EDU.

L'argomento della partecipazione dei giudici all'adempimento del dovere di attuazione delle decisioni della Corte di Strasburgo ex art.46 CEDU è ricorrente e, in linea di principio, condivisibile. Tuttavia, il doveroso contributo in tal senso 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"

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 348/2007, non descrive, forse, un fenomeno del tutto rapportabile ai nessi (dinamici) tra elemento normativo della fattispecie incriminatrice e norma diversa da quella penale che ne determina l'estensione, quando scrive, ad esempio: «la struttura della norma costituzionale, rispetto alla quale è stata sollevata la presente questione, si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere [...]»? E ancora: «si deve riconoscere che il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa [...]. Nel caso specifico [...] il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato». Di "rinvio mobile" alla norma interposta parla la sent. 349/2007 della Corte costituzionale. L'asserita impossibilità di far operare quale parametro interposto la norma CEDU incompatibile con altre disposizioni costituzionali, non ci pare definisca (più di tanto) un profilo così peculiare da rendere improprio il paragone con struttura e funzione dell'elemento "normativo". Semplicemente, una norma in contrasto con la Costituzione non vincola gli organi di uno Stato che sulla Costituzione si struttura, quindi non rientra nel novero di quelle cui fa rinvio il concetto di "obbligo" nel contesto dell'art.117 Cost.

<sup>34</sup> VIGANÒ, *Il giudice penale*, cit., 657, che intende alla stregua di una plausibile "interpretazione conforme *praeter legem*" la "restrizione" in via ermeneutica della «portata di una disposizione legislativa, attraverso in particolare l'introduzione di una eccezione non espressamente prevista alla sua portata applicativa. Questo procedimento ermeneutico – definito "riduzione teleologica" dalla teoria generale del diritto di matrice germanica – costituisce a ben guardare il rovescio del procedimento analogico, muovendo dalla constatazione di una lacuna legislativa consistente per l'appunto nella omessa previsione di un'eccezione al raggio applicativo di una norma, in omaggio alla *ratio* stessa della norma o, ancora una volta, ai principi generali dell'ordinamento». Orbene: la circostanza di essere affetti da anomalie genetiche trasmissibili – di versare, perciò, in una situazione che potrebbe altrimenti legittimare l'interruzione volontaria di gravidanza – potrebbe, in quest'ottica, considerarsi "eccezione non espressamente prevista" al divieto di accesso alla PMA rivolto a coppie fertili? Propendiamo per una risposta comunque negativa, perché dalla indiscutibile necessità di un coordinamento tra l. 40/2004 e legge 194/78 non discende, tuttavia, una norma "mancante ma necessaria" tanto univoca da poter operare nei termini di una circoscritta e ben definita "eccezione" alla "regola". Sul punto più ampiamente *infra*, nel testo.

<sup>35</sup> In dottrina v., tra gli altri, PIRRONE, sub art.46, in BARTOLE-DE SENA-ZAGREBELSKI, *Commentario breve*, cit., 748 ss.; *amplius* (ma non aggiornato a successivi sviluppi) ID., *L'obbligo di conformarsi*, cit., spec. 216 ss., 249 ss.; TEGA, *L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" CEDU: accordi e disaccordi*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di MANES e ZAGREBELSKY, Milano, 2011, 226 ss.

simili equilibri<sup>36</sup>. Orbene: 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?<sup>37</sup> Fa differenza, al proposito, la circostanza che il giudice sia chiamato a decidere esattamente del medesimo caso motivo di condanna a Strasburgo, ovvero di altre fattispecie in varia guisa “analoghe”?

Il Tribunale di Roma non vuole però atteggiarsi a pioniere né essere tacciato di audacia. I suoi sforzi son tutti volti a dimostrare la corrispondenza sostanziale tra la soluzione adottata e l'impostazione della Corte costituzionale. Una conclusione controintuitiva, che pretende una certa abilità sofisticata. In questa prospettiva il Tribunale offre un duplice (almeno) ordine di argomentazioni.

In alcuni passaggi prova ad accreditare l'idea che la Corte costituzionale, già nelle “sentenze gemelle” del 2007, avrebbe inteso limitare il proprio potere esclusivo di sindacato «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», di talché, quando «la regola ricavabile dalla sentenza CEDU sia sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi, senza margini di ambiguità, a quella interna riconosciuta contraria alla Convenzione» (come nella decisione Costa e Pavan) ben potrebbe il giudice comune «dar seguito alle decisioni di condanna del giudice europeo .... senza necessità di sollevare l'ulteriore pregiudiziale di costituzionalità».

Una simile ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale appare tendenziosa, e poco perspicua.

Tendenziosa, giacché nelle “sentenze gemelle” e nelle altre successive, come attesta la più diffusa interpretazione, si fa riferimento sì ad una verifica di conformità della fonte europea con la Costituzione italiana (essendo la prima comunque “subordinata” alla seconda), non già però quale scopo essenziale o presupposto, bensì quale possibile (e per vero assai ipotetico) sviluppo di un giudizio di costituzionalità che deve essere comunque instaurato ogni qual volta la norma interna non possa essere adattata in via interpretativa a quella promanante dal sistema CEDU<sup>38</sup>. Il potere di applicazione diretto della norma CEDU da parte del giudice mediante disapplicazione della disposizione interna contrastante è, in effetti, a più riprese categoricamente escluso<sup>39</sup>.

Una lettura, inoltre, poco perspicua, perché non si comprende bene se la ripartizione tra

<sup>36</sup> In tal senso, ad es., PIRRONE, *L'obbligo*, cit., 234 ss.; LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali*, cit., 50, ove *en passant* si qualifica come “ovvia” la «autorità di giudicato delle pronunce di condanna emesse dalla Corte di Strasburgo nei confronti del nostro paese, che implica l'obbligo di tutti gli organi pubblici nazionali, giudici e Corte costituzionale compresi, di dare esecuzione a quelle pronunce apprestando, ciascuno nell'esercizio delle proprie competenze, le necessarie misure individuali e generali per rimediare alla violazione e per prevenire il ripetersi di analoghe violazioni (art. 46 Cedu)» (corsi nostri). RUGGERI, *Spunti di riflessione*, cit., valorizza invece il ruolo del giudice domestico chiamato ad “eseguire” la decisione definitiva della Corte europea, argomentano appunto suggestivamente *ex art.46 CEDU*, quale norma che contribuisce a “ridisegnare” le attribuzioni degli organi giurisdizionali nazionali.

<sup>37</sup> Senonché, è noto, secondo la Corte costituzionale (v. ad es. sent. 348/2007), la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo «è configurabile come un trattato internazionale multilaterale [...] da cui derivano “obblighi” per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri». Di recente, argomenta ampiamente a favore della tesi della “limitazione di sovranità”, appunto al fine di enfatizzare il ruolo del giudice domestico nella implementazione del sistema CEDU, fino alla possibilità di disapplicazione: CONTI, *La Convenzione Europea*, cit., spec.126 ss. Dubita dell'impostazione della Corte costituzionale (argomentando dai nessi tra ordinamento Ue e ordinamento CEDU, nonostante la chiara smentita di Corte cost. n.80/2011) VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE. Euroscetticismo, euroentusiasmi e tutela dei diritti fondamentali, oggi*, in questa *Rivista*, 2, 2012, 167 ss. In tema, altresì, SOTIS, *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto comunitario*, in *La Convenzione europea*, a cura di MANES e ZAGREBELSKY, cit., 109 ss.

<sup>38</sup> Sulla struttura e le dinamiche, per vero non chiarissime, di questo doppio livello di rilevanza della norma CEDU – parametro del giudizio di costituzionalità della legge, ma oggetto a sua volta di un giudizio di compatibilità costituzionale – v., ad es., PENASA, *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348 – 349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>39</sup> V. in particolare quanto si legge nella sentenza della 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 soprannazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti». Viepiù *tranchant*: «ogni argomentazione atta ad introdurre nella pratica, anche in modo indiretto, una sorta di “adattamento automatico”, sul modello dell'art. 10, primo comma, Cost., si pone comunque in contrasto con il sistema delineato dalla Costituzione italiana [...] e più volte ribadito da questa Corte, secondo cui l'effetto previsto nella citata norma costituzionale non riguarda le norme pattizie».

casi in cui il giudice potrebbe disapplicare, e casi invece di competenza esclusiva della Corte costituzionale, corrisponda alla distinzione tra indicazioni CEDU “autoapplicative” (cioè capaci di indicare in termini univoci la soluzione del caso concreto) ovvero bisognose di precisazioni e adattamento (perché ad es. di mero principio, o riferite a casi “soltanto” analoghi)<sup>40</sup>, ovvero alla distinzione tra norme di fonte CEDU che suscitino o non suscitino dubbi di compatibilità con la nostra Carta fondamentale; o, ancora, in qualche modo risenta di entrambe<sup>41</sup>. Né è chiaro in che misura tale proposta dovrebbe valere per quei processi ove non si discuta del medesimo caso oggetto del giudizio della Corte EDU, bensì di situazioni corrispondenti, o analoghe (peraltro su questo profilo il giudice del ricorso “Costa e Pavan” non era, ovviamente, tenuto a pronunciarsi). Sta di fatto che, nel procedere oltre, il Tribunale – per accreditare il proprio potere di disapplicazione, e il mancato onere di ricorrere alla Corte costituzionale – valorizza soprattutto la chiara assenza di ogni possibile contraddizione tra la “regola” sancita dalla Corte EDU e la nostra Costituzione. Quel divieto, invero, risulta incongruo anche se parametrato a indicazioni della nostra Carta fondamentale (come da tempo sostenuto dalla dottrina cui si è fatto riferimento supra); sul punto, la decisione trae altresì conferma dalla sentenza della Corte cost. n.151/2009, che fonda la dichiarazione di incostituzionalità dell’art.14 l. 40/2004 sulla necessità di “ripetere”, in materia di procreazione medicalmente assistita, quel medesimo bilanciamento tra prerogative del concepito e salute della madre già sviluppato nella disciplina della interruzione volontaria di gravidanza.

Il secondo ordine di argomentazioni merita maggiore considerazione. Si sostiene, in sostanza, che quando il procedimento affidato alle cure del giudice italiano costituisca la prosecuzione ideale del medesimo procedimento esauritosi in sede europea – per corrispondenza di oggetto e di parti ricorrenti, le quali chiedono la soddisfazione effettiva della pretesa accolta in sede sovranazionale – la decisione della Corte EDU varrebbe, ex art.46 CEDU, alla stregua di un vero e proprio giudicato formale cui il giudice italiano sarebbe tenuto a dare sostanziale “esecuzione”. Per questo, in simili ipotesi, si potrebbe procedere anche a disapplicazione – se necessario allo scopo – a differenza del caso in cui si discuta di situazioni in varia guisa interessate da decisioni della Corte EDU, ma che non sono state, esse stesse, oggetto di un’apposita pronuncia europea.

A un primo sguardo, per la verità, anche questa proposta distinzione – che pure vanta autorevoli sostegni in dottrina<sup>42</sup> – appare poco compatibile con le sentenze gemelle della Corte costituzionale. In esse si trovano affermazioni che sembrano contraddire la raffigurazione del giudice italiano quale “organo di esecuzione”, per così dire, della sentenza europea. Secondo la sentenza della Corte cost. n.348 del 2007, ad esempio, «non si può parlare [...] di una compe-

<sup>40</sup> Un interessante spunto in tal senso in PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir.pen.proc.*, 2011, 659 s.. Il profilo della “estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo” quale presupposto decisivo di una sua possibile diretta applicazione (in sede giurisdizionale) a favore del soggetto personalmente interessato da quella sentenza, era già valorizzato, ad es., dalla (complessivamente ben poco perspicua) Sentenza della Cassazione sul caso Scoppola, riguardo alla quale *v.infra*, nel testo.

<sup>41</sup> In tal senso l’interpretazione che della decisione propone RUGGERI, *Spunti di riflessione*, cit.: «una volta, infatti, che da essa [dalla decisione della Corte Edu] si ricavi – come nella specie – una regola “sufficientemente precisa ed incondizionata”, che si dimostri idonea a prendere subito il posto della disciplina legislativa incompatibile con la Convenzione, se ne ha che della prima può (e deve) farsi immediata applicazione in vece della seconda. Di contro, aggiunge il Tribunale, la rimessione degli atti alla Consulta si giustificerebbe, “pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa”, laddove si evidenzi un contrasto tra quest’ultima e i principi supremi dell’ordinamento costituzionale». Anche questo Autore, peraltro, dopo aver denunciato l’affrettata equiparazione di trattamento che così ragionando viene a instaurarsi tra fonti CEDU e fonti UE, nota una (ulteriore) contraddizione nell’argomentare del Tribunale: «non si capisce perché mai la Corte stessa debba essere chiamata in campo unicamente nel caso che si dubiti della osservanza dei principi suddetti da parte delle norme convenzionali, ove si ammetta – in forza della direttiva d’azione al riguardo impartita dalla Consulta ai giudici comuni a partire dal 2007 – che la CEDU è fonte “subcostituzionale”, come tale in tutto e per tutto soggetta all’osservanza di qualsivoglia norma costituzionale [...]. Il punto è che, sospettando la incompatibilità tra la Convenzione e la Carta costituzionale – siano, o no, in ballo norme di questa espressive di principi fondamentali –, il giudice non potrebbe, a stare all’orientamento della Consulta ormai affermatosi, sottrarsi all’obbligo di rimettere gli atti alla Consulta stessa. Se, di contro, si reputa [...] che un problema di incompatibilità tra le Carte suddette non si ponga, l’unico accertamento cui parrebbe doversi far luogo è quello relativo all’attitudine della norma convenzionale ad essere portata ad immediata applicazione».

<sup>42</sup> RUGGERI, *Spunti di riflessione*, cit.: «Il giudice nazionale è [...] 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. Ora, se il giudice comune, al quale si fa richiesta di portare ad effetto il giudicato convenzionale, dovesse a questo fine rivolgersi ad altro giudice (foss’anche quello costituzionale...), non sarebbe più appropriato discorrere di una “esecuzione” del giudicato stesso e la vicenda tornerebbe innaturalmente a riaprirsi, contraddicendo lo stesso giudizio emesso a Strasburgo che, per il solo fatto di essersi avuto, attesta l’esaurimento dei rimedi processuali di diritto interno. Resta ovviamente salvo il caso che il giudice sospetti la violazione da parte della Convenzione, per come fattasi “diritto vivente”, nei riguardi della Costituzione; ciò che potrebbe portare a sollevare una questione di costituzionalità della norma convenzionale, per il tramite della legge che vi dà esecuzione, non già però della norma interna che si assuma incompatibile con la disciplina convenzionale. Questo non era però il caso [...]».

tenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia»<sup>43</sup> (corsivi nostri). D'altra parte, a più riprese la Consulta ribadisce che dalla adesione alla Convenzione Europea non scaturisce un ordinamento più globale nel quale si integra quello italiano (con relativi organi giudiziari), per cui tra i giudici italiani e la Corte di Strasburgo non operano sinergie nel contesto di un medesimo procedimento (come invece parrebbe presupporre l'argomento del Tribunale di Roma). Ancora, in taluni passaggi espressamente si nega il potere di disapplicazione in ogni caso, cioè anche nell'ipotesi in cui «è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza». Anche in questa evenienza, per vero, l'eventuale giudicato sovranazionale si rivolge «allo Stato membro legislatore e da questo pretend[e] un determinato comportamento», mentre «nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente» (sent. 349/2007). D'altra parte, la sentenza n.348 del 2007 dichiaratamente sconfessa una precedente decisione delle Sezioni Unite civili (23 dicembre 2005 n.28507), stando alla quale, invece, «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». Esattamente la stessa decisione di legittimità che viene richiamata dal Tribunale di Roma a supporto delle proprie tesi, sicché, in questo passaggio, l'ordinanza “tradisce” in modo piuttosto evidente l'adesione ad un orientamento contrastante con quelle decisioni di costituzionalità. Di non molto mutano i termini della questione per il fatto che più recente arresto della Cassazione, egualmente citato dal Tribunale di Roma, cercando anch'esso sostegno in una interpretazione vaga e strumentale delle pronunce costituzionali “gemelle” del 2007, abbia ripreso quel precedente di legittimità, ribadendo «l'immediata rilevanza nel nostro ordinamento delle norme della [...] Convenzione (art.6) e [...] l'obbligo per il giudice dello Stato di applicare direttamente la norma pattizia (Cass., S.U., n.28507/05), anche quando essa non sia conforme al diritto interno, alla sola condizione che la sua interpretazione superi il doveroso controllo *secundum constitutionem*»; stabilendo, in particolare, che «la decisione definitiva ha nell'ambito interno, e in relazione al procedimento, valore assimilabile al giudicato formale, ovvero vale solo per il procedimento in corso ed, in quanto tale, ha ovvia ricaduta sulla situazione che in simile ipotesi il giudice è chiamato ad affrontare, in quanto presupposto logico-giuridico delle relative problematiche che quel giudice è chiamato a risolvere». Di altro non si tratta se non del tenace perpetuarsi di un orientamento – ormai dovrebbe essere chiaro – in realtà contrastante con quanto sancito dalla Consulta nel 2007.

L'argomentazione del Tribunale di Roma si fa invece più seducente quando opera un fugace – ma denso di implicazioni – richiamo ad altro e più recente arresto della stessa Corte costituzionale: il n. 210 del 3 luglio 2013<sup>44</sup>. In esso, a guardar bene, si legge effettivamente di una «radicale differenza tra coloro che, una volta esauriti i ricorsi interni, si sono rivolti al sistema di giustizia della CEDU e coloro che, al contrario, non si sono avvalsi di tale facoltà». I primi potrebbero avere soddisfazione delle proprie istanze nei termini riconosciuti dalla Corte EDU da parte dello stesso giudice ordinario; i secondi, pur vertendo in condizioni analoghe, dovrebbero richiedere l'intervento della Corte costituzionale. Vi è di più: la medesima sentenza n. 210/2013 pare implicitamente condividere (nella misura in cui la richiama e la presuppone, senza muoverle obiezioni) la soluzione offerta in precedenza dalla Cassazione in un caso del primo genere – il celeberrimo affare “Scoppola” – rispetto al quale si è verificato qualcosa di un po' vago, certo, ma che molto assomiglia ad una disapplicazione di norma censurata in sede europea, a tutto vantaggio del medesimo soggetto che aveva promosso il ricorso

<sup>43</sup> Si sofferma su questo passaggio, tra gli altri, PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, rilevando (criticamente) come esso sia appunto volto a negare ogni relazione gerarchica tra corte EDU e giudici italiani, e a rendere il legislatore interlocutore privilegiato della Corte europea.

<sup>44</sup> vedila in *Dir. pen. cont.*, con nota di ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, 1 ottobre 2013.

presso la Corte EDU.

Si ricorderà che il sig. Scoppola, per un assai complicato avvicendamento di norme dai riflessi sostanziali ma qualificate e ritenute processuali (o comunque sedicenti interpretative di norme processuali)<sup>45</sup> – relative, in particolare, alla determinazione della pena in caso di adesione al giudizio abbreviato da parte di imputati per reati che comportano l'ergastolo – si era visto condannare alla pena perpetua, sebbene, tra quelle norme, ve fossero altre che avrebbero piuttosto determinato l'applicazione di trent'anni di reclusione<sup>46</sup>. Scoppola ricorre alla Corte EDU che gli dà ragione (Gran Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia), ritenendo codificato nell'art. 7 della Convenzione il principio di retroattività della norma sostanziale più favorevole<sup>47</sup> (e ritenendo che quelle norme, in realtà, non fossero né processuali, né interpretative, bensì sostanziali)<sup>48</sup>. Dopodiché, l'interessato ricorre per la revisione del giudicato presso la Corte di Cassazione, che senza porsi altri problemi tutta si concentra sull'individuazione dello strumento processuale più opportuno per corrispondere a tale pretesa e rideterminare la pena nella misura, appunto, di trent'anni (cogliendolo nell'art. 625 bis c.p.p.)<sup>49</sup>. Ora, è vero che, rispetto al ricorrente Scoppola, la motivazione offerta dal giudice di legittimità non allude espressamente a una disapplicazione. Di fatto però, se si discute di come superare il giudicato, è perché implicitamente si sta “neutralizzando”, e non in via interpretativa, l'efficacia della norma interna, ancora applicabile nella fattispecie, su cui s'era fondata la condanna all'ergastolo. Tanto è vero che la stessa Corte di Cassazione (a Sezioni Unite), successivamente investita di ricorsi promossi da soggetti che avevano vissuto vicende processuali analoghe a quella di Scoppola, ma non avevano avanzato istanze presso la Corte EDU, afferma espressamente la vigenza, l'applicabilità al passato (in quanto norma formalmente di interpretazione autentica) e la non emendabilità in via ermeneutica di quella disposizione censurata a Strasburgo, avvertendo

<sup>45</sup> Sulle implicazioni di dettaglio di quell'avvicendamento cfr. da ultimo CARLIZZI, *La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del “caso Scoppola” e dei casi analoghi*, in questa *Rivista*, 02, 2013, 27 ss.

<sup>46</sup> Scoppola consumava reati puniti, in quel momento, con la pena dell'ergastolo e l'isolamento diurno (art. 72 c.p.), e allora preclusivi del ricorso al giudizio abbreviato (stante la sentenza n.176/1991 della Corte costituzionale). Durante la fase delle indagini preliminari, l'art.442 c.p.p. veniva modificato con legge n. 479 del 16 dicembre 1999 (c.d. “legge Carotti”), in modo da consentire il rito abbreviato anche per reati astrattamente punibili con l'ergastolo, con conseguente possibilità, in caso di condanna, di sostituire la pena perpetua con trent'anni di reclusione. Su questi nuovi presupposti, il g.u.p. ammetteva l'imputato a giudizio abbreviato e, appunto, lo condannava a 30 anni di reclusione. Sennonché, esattamente lo stesso giorno della condanna – il 24 novembre 2000 – entrava in vigore la disposizione di interpretazione autentica dell'art.7 d.l. n. 341 del 24 novembre 2000 (poi convertito con l. n. 4 del 19 gennaio 2001), stando alla quale lo “sconto” di pena stabilito dall'art.442, 2° comma, come modificato dalla legge 479/1999, di cui già s'era giovato Scoppola, non doveva intendersi riferito all'ergastolo con l'isolamento diurno: questa pena andava piuttosto sostituita con l'ergastolo *tout court*. Il pubblico ministero promuoveva allora un'impugnazione di fronte alla Corte d'Assise d'Appello, che riformava la sentenza in data 10 gennaio 2002 e condannava all'ergastolo; decisione divenuta poi definitiva a seguito del rigetto del ricorso di Scoppola di fronte alla Corte di Cassazione, con sentenza depositata il 20 gennaio 2003. Alla base di tutte queste decisioni, e in specie delle ultime, vi è la ferma convinzione che dette disposizioni avessero natura processuale e fossero, dunque, sottoposte al regime del *tempus regit actum*, non già alla regola della irretroattività della norma sfavorevole e della retroattività della norma favorevole.

<sup>47</sup> In tema, ampiamente, da distinte prospettive: MANES, sub art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 284 ss.; MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in MANES-ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., 426 ss.; SOTIS, *Le “regole dell'incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, 69 ss.; VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 217 ss.

<sup>48</sup> Sulla vicenda, e sulle implicazioni della decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. GAMBARDELLA, *Il “caso Scoppola”: per la Corte Europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass.pen.*, 2010, 2020 ss. Per una considerazione dei profili della sentenza europea “Scoppola” maggiormente correlati al rispetto della clausola del giusto processo (art.6 CEDU) cfr. piuttosto GALGANI, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo. Tempus regit actum?*, Torino, 2012, 187 ss.

<sup>49</sup> Cass., sez. V, 11 febbraio 2010 n. 16507, Scoppola. Sulla (problematica) decisione v. ad es. MUSIO, *Il «Caso Scoppola» dalla Corte europea alla Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.* 2011, 214 ss.; PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 397 ss., con interessanti considerazioni critiche.



perciò la necessità di sollecitare un intervento della Corte costituzionale<sup>50</sup>; la quale, dal canto suo, non rinvia gli atti al mittente sollecitando soluzioni di carattere ermeneutico<sup>51</sup>, o invitando a ben usare categorie generali in tema di efficacia della norma nel tempo – che pure avrebbero potuto essere usate, semplicemente disconoscendo la natura interpretativa (e, dunque, retroattiva) della disposizione sfavorevole<sup>52</sup> – bensì interviene accertando un contrasto con l'art.117 Cost. e 7 CEDU. Insomma, delle due l'una: o la norma su cui s'era fondata la condanna all'ergastolo di Scoppola poteva rimodularsi in via interpretativa, o essere considerata recessiva, rispetto ad altre più favorevoli, in applicazione di criteri di diritto penale intertemporale, e allora quella stessa interpretazione, o limitata estensione nel tempo, ben avrebbe potuto argomentarsi anche con riguardo a casi corrispondenti a quello di Scoppola, senza necessità di procedere a dichiarazione di incostituzionalità; se, invece, la Cassazione prima, la Corte costituzionale poi, per “risolvere” questi ultimi casi hanno avvertito il bisogno di una dichiarazione di incostituzionalità, è perché la norma non si prestava (dal loro punto di vista) a correzioni esegetiche, né ad essere circoscritta nella sua estensione cronologica. Se così è, l'elusione della portata di quella disposizione a favore del sig. Scoppola non può che essere avvenuta in ragione di una sostanziale disapplicazione (per quanto particolarmente sollecitata dalla circostanza che, nella sentenza europea che si andava ad “eseguire”, puntualmente si indicava nella rideterminazione della pena l'oggetto dell'obbligazione gravante sullo Stato italiano).

Quel che intendiamo dire è che, sia pure “tra parentesi”, il Tribunale dà uno spunto per focalizzare uno sviluppo nella giurisprudenza costituzionale di non poco momento, forse non ancora del tutto colto e tematizzato nelle sue implicazioni (e, vien da aggiungere, per le sue potenzialità “eversive” rispetto al confortante assetto proposto dalle sentt. 348 e 349 del 2007), e che a conti fatti costituisce l'accoglimento di (o la resa di fronte a) una similare propensione della Cassazione<sup>53</sup>. Il giudice di legittimità, per vero, nonostante l'ossequio di principio

<sup>50</sup> Cass. pen., Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, in *Dir. pen. cont.*, con nota redazionale di VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, 12 settembre 2012. Così ricostruisce contenuti e senso delle ordinanze di rimessione la Corte costituzionale nella sentenza 210/2013 (corsivi nostri): «Il giudice a quo ritiene che non vi siano spazi per un'interpretazione conforme alla CEDU delle disposizioni suddette, dalla cui applicazione è derivata e tuttora deriva la violazione del diritto fondamentale del condannato all'applicazione della norma più favorevole [...] Tale conclusione si imporrebbe alla stregua della espressa qualificazione come “interpretazione autentica”, contenuta nel titolo del Capo III del decreto-legge n. 341 del 2000, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 4 del 2001, del tenore dell'art. 7 del citato decreto-legge e del contenuto della relativa Relazione governativa [...]. La legge interpretativa, in quanto materialmente successiva nel tempo a quella interpretata, con cui si salda dando luogo ad un precetto normativo unitario, avrebbe efficacia retroattiva in deroga al principio di irretroattività della legge in generale, fissato dall'art. 11 delle preleggi. La disciplina di natura transitoria di cui all'art. 8 del decreto-legge n. 341 del 2000 [...] confermerebbe l'efficacia retroattiva attribuita dal legislatore all'art. 7 citato. L'impossibilità di una interpretazione della normativa interna conforme all'art. 7 della CEDU ha indotto la Corte di cassazione a ritenere non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della CEDU, degli artt. 7 e 8 del decreto-legge n. 341 del 2000, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 4 del 2001, nella parte in cui tali disposizioni interne operano retroattivamente [...]. Ne conseguirebbe che il giudice ordinario, non potendo disapplicare la legge formalmente interpretativa, potrebbe solo sottoporla all'esame della Corte costituzionale».

<sup>51</sup> Quale quella proposta, in rapporto al citato art.7, da 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*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2012, 22 s.. Se fosse stata possibile una soluzione interpretativa, si imponeva l'ordinanza di inammissibilità da parte della Corte costituzionale: così ROMEO, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità in executivis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2012, p. 3. O.DI GIOVINE (*Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in questa *Rivista*, 1, 2013, p. 170), tra gli altri, legge (criticamente) la proposta di Viganò come diretta, in realtà, a sollecitare una sostanziale “disapplicazione” della norma censurata in sede europea in casi “coincidenti” con quello specificamente oggetto della sentenza della Corte EDU. In effetti, la dottrina spesso paventa che asserite “interpretazioni conformi” nascondano, in realtà, atti di “normazione mascherata”, volti a – e idonei a – eludere la competenza della Corte costituzionale: v. ad es. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.*, cit., 5, e dottrina *ivi* citata; MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 56 ss.

<sup>52</sup> Ben coglie (e tematizza) questo “scarto” tra la sentenza europea (che disconosce la natura “interpretativa” dell'art.7 del d.l. 341/2000, così negandogli portata retroattiva) e, invece, la lettura delle Sezioni Unite della Cassazione (che espongono al giudizio della Corte costituzionale la disposizione di interpretazione autentica, ritenendosi vincolate a considerarla tale e, dunque, a farla operare retroattivamente): GAMBARDILLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza “Scoppola”*, in *Cass. pen.*, 2012, 3992 ss.

<sup>53</sup> Si sta forse avverando, con il caso “Costa e Pavan”, la “profezia” di RUGGERI (*La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la convenzione europea dei diritti umani ... avverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2011, 13): «Non ho taciuto, in più occasioni, il mio dissenso rispetto a punti centrali dell'indirizzo della giurisprudenza costituzionale sulla Convenzione; convergo, tuttavia, che il percorso che essa va facendo appare segnato da progressivi aggiustamenti del tiro che parrebbero prefigurare un complessivo sviluppo e un finale approdo meritevoli di considerazione. Ciò che, poi, in una non disprezzabile misura si deve, oltre che ad una innegabile sensibilità riscontrabile in seno alla Consulta, specie per la estrazione culturale di alcuni suoi componenti, nei riguardi del diritto in genere di origine esterna (internazionale e sovranazionale), ad una vistosa, crescente pressione esercitata da una coraggiosa ed intraprendente magistratura comune, che mostra di avere ormai tra i propri ranghi una nutrita schiera di operatori dotati di spiccata apertura verso il diritto europeo».

alle direttive del Giudice delle leggi<sup>54</sup>, ha nel tempo quasi clandestinamente (cioè evitando troppo conturbanti “tematizzazioni”) preservato il “fuoco sacro” di un potere/dovere del giudice italiano di applicare “direttamente” il giudicato sovranazionale al di là di ogni ostacolo eventualmente ravvisabile nella legislazione interna, non in generale, ma essenzialmente nei confronti dello stesso ricorrente che quel giudicato, a lui favorevole, abbia ottenuto al cospetto della Corte EDU<sup>55</sup>. Un potere/dovere sinora esercitato specialmente per correggere deviazioni dai principi del giusto processo<sup>56</sup> (in sentenze pure richiamate, ad adiuvandum, nell’ordinanza in commento<sup>57</sup>), secondo una logica in certa qual misura ancora espressiva di “interpretazioni convenzionalmente conformi” (sia pure attraverso lo “scardinamento” della vigente disciplina del giudicato, per via di audaci analogie)<sup>58</sup>, ma che nel caso Scoppola si manifesta ben più univocamente, per quanto non espressamente, nei termini di una disapplicazione di una norma sostanziale<sup>59</sup>.

## 6. Implicazioni e prospettive.

Se dovesse far scuola questa espressa disapplicazione di una norma interna, funzionale alla esecuzione di un giudicato della Corte EDU rispetto al medesimo caso e al medesimo ricorrente, allora verrebbe a modularsi, nella sostanza, un sistema giuridico integrato a duplice dimensione, nazionale ed europea, nel cui contesto la giurisdizione appare rimessa a diverso titolo tanto alla Corte EDU quanto ai giudici italiani, questi ultimi comunque in posizione servente e non più subordinati soltanto alla legge<sup>60</sup>. Una costruzione che sembra davvero prefigurare una limitazione di sovranità, capace di aprire spazi ad una considerazione dell’art.11 Cost. quale veicolo di “metabolizzazione” delle fonti CEDU nel nostro sistema, con effetti deflagranti rispetto ad assetti faticosamente raggiunti. La Corte costituzionale sinora, lo si è già ricordato, è tetragona nel negare che la Convenzione EDU e il relativo sistema giuridico assumano rilievo ex art.11 Cost.; forse, però, una simile valutazione dovrebbe costituire più l’esito, che non la premessa, di una più definitiva sistemazione dei rapporti tra fonti, e tra organi di giurisdizione. Rispetto a questo sistemazione, solo occasionalmente, ammesso che lo volesse (ma appunto, dopo la sent. 210/2013, è lecito qualche dubbio), la Corte costituzionale potrebbe frapporre la propria autorevole contrarietà: giacché tecnicamente non vi sarebbero

<sup>54</sup> Sulla pronta ed effettiva applicazione, da parte della giurisprudenza, del “decalogo” evincibile dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale del 2007 v. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali*, cit., 28 ss.

<sup>55</sup> VIGANÒ, *Figli di un dio minore?*, cit., 14.

<sup>56</sup> Si prenda ad esempio Cass., Sez. I, n.171 del 18 gennaio 2011, che a sua volta si riallaccia alla precedente e pure celebre sentenza sul caso “Dorigo” (Cass., sez.I, 1 dicembre 2006 n. 2800) – nella quale si sancisce la facoltà, anzi l’obbligo, per il giudice dell’esecuzione di superare il giudicato nazionale solo ed esclusivamente «in riferimento alla parte che vittoriosamente ebbe ad adire quella istanza di giustizia [la Corte EDU]». Allude (criticamente) ad una avvenuta disapplicazione di norme processuali nel caso “Dorigo”: DE MATTEIS, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso “Dorigo”*, in *Cass.pen.*, 2007, 1453. Ritiene invece che, in quel caso, si sia realizzato un peculiare modello di interpretazione conforme *praeter legem*: VIGANÒ, *Il giudice penale*, 657 s. Come noto, l’obbligo di “superare” il giudicato nazionale in applicazione di una condanna della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo è stato successivamente “codificato” dalla Corte costituzionale, dichiarando incostituzionale l’art. 630 c.p.p. nella parte in cui non contempla un «diverso» caso di revisione, rispetto a quelli regolati, volto specificamente a «consentire la riapertura del processo quando la stessa risulta necessaria per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea» (sentenza 7 aprile 2011, n. 113, pubblicata in *Dir. pen. cont.*; vedi anche, *ivi*, il commento di Leonati, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*.)

<sup>57</sup> Si richiama, in particolare, il c.d. “caso Somogyi” – Cass. pen. 12.7.2006 n.32678 – come sentenza nella quale si sarebbe verificato un «integrale travolgimento dell’autorità della cosa giudicata da cui era coperta la sentenza finale interna senza aver sollevato alcun incidente di costituzionalità ritenendosi il giudice nazionale vincolato anche alla valutazione in concreto svolta da Strasburgo», sicché la Cassazione avrebbe assimilato « in questo caso la sentenza europea ad un vero e proprio ulteriore grado di giudizio, dotato della forza di vincolare il giudice investito dello stesso processo».

<sup>58</sup> In tal senso GAETA, *op. ult. cit.*, 26 ss., che evidenzia come ad es. l’abuso in via analogica del ricorso straordinario, a partire se non altro dal caso “Drassich”, sia «divenuto il congegno smodato dell’interpretazione conforme». Anche VIGANÒ, *Il giudice penale*, cit., 623 s. trattando di quelle decisioni (per una rassegna ragionata delle quali si può consultare APRILE, *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in MANES-ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea*, cit., 509 ss.) parla di una “spregiudicata combinazione” tra «l’interpretazione conforme alla C.E.D.U. della vigente normativa processuale» e la «diretta applicazione delle norme C.E.D.U., in nome dell’esigenza – avvertita come assolutamente prioritaria – di far cessare senza ulteriori dilazioni le violazioni di diritti fondamentali accertate a Strasburgo, nei confronti di singoli individui condannati in via definitiva nell’ordinamento italiano» (ultimo corsivo nostro).

<sup>59</sup> Per quanto anche la dottrina, trattando della decisione “Scoppola”, concentri prevalentemente la propria attenzione sulla discutibile applicazione dell’art.625 bis c.p.p., piuttosto che sul presupposto sostanziale (che a noi pare una disapplicazione) di quell’opzione procedurale (v. ancora, per tutti, GAETA, *op.cit.*, 27 s.).

<sup>60</sup> Sul punto GARGANI, *Verso una “democrazia giudiziaria”? i poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 116.

modi e motivi per adire la Corte costituzionale a fronte di disapplicazioni ripetute nel tempo analogamente a quanto accaduto nel caso “Costa e Pavan”, a meno di non ipotizzare un “conflitto di attribuzioni” tra Corte costituzionale (che nega al giudice il potere di disapplicazione e si riserva il potere di dichiarare l’illegittimità) e giudice ordinario (che invece disapplica), sollevato presso se medesima dalla stessa Corte.

A fronte di simili scenari, ci limitiamo qui ad alcune considerazioni problematiche: talune perplesse, altre sorrette da una maggiore persuasione.

Le perplessità riguardano l’implicazione principale di una eventuale generalizzazione di quanto accaduto nel caso Costa e Pavan; vale a dire l’esautorazione della Corte costituzionale dal proprio ruolo istituzionale, quale deriva dal combinarsi di una lettura restrittiva ed elastica, da parte della Corte EDU, del vincolo del previo esaurimento delle tutele interne, con la successiva autolegittimazione del giudice interno a disapplicare la disposizione che ostacola, nel medesimo caso, l’attuazione del giudicato sovranazionale. Per vero, nell’ordinamento italiano, a fronte di una norma di legge in insanabile contrasto con principi e diritti fondamentali, che non si presta a reinterpretazioni costituzionalmente orientate, l’organo istituzionalmente deputato a intervenire è soltanto la Corte costituzionale (fatto salva, ovviamente, la possibilità di intervento dello stesso legislatore). Sennonché, nella vicenda che qui si commenta l’impossibilità di interpretazioni correttive è stata ritenuta prima dalla Corte EDU motivo sufficiente a legittimare il ricorso diretto in sede europea, senza necessità di esperire percorsi giurisdizionali interni che avrebbero potuto coinvolgere il Giudice delle leggi<sup>61</sup>; è stata considerata poi dal giudice italiano, una volta esaurita la procedura sovranazionale, quale presupposto per operare una disapplicazione in nome dell’art.46 CEDU, ancora una volta senza interpellare la Corte costituzionale ex art.117 Cost.. La competenza della Consulta è stata dunque elusa per ben due volte, ed esattamente riguardo a una fattispecie che a quella competenza rimandava “per vocazione”. Si è sperimentata, tra il giudice ordinario e la Corte europea, una interlocuzione diretta e conclusiva, che in prospettiva potrebbe proporsi quale alternativa funzionale alla sollecitazione di un giudizio di costituzionalità. Una buona occasione per strategie di forum-shopping attente soltanto alla maggiore probabilità di ottenere il risultato sperato, da misurarsi in rapporto a precedenti ed eventualmente discordanti orientamenti, su temi analoghi, della Corte EDU ovvero della Corte costituzionale.<sup>62</sup>

È compatibile, questo scenario, con il monopolio affidato dalla Costituzione alla Corte costituzionale in tema di giudizio sulla costituzionalità delle leggi?

Si potrebbero ridimensionare le perplessità, sostenendo, in primo luogo, che quella possibilità di forum-shopping suona meno sconveniente – anche se certo bisognosa di tematizzazione – se diversamente intesa quale ulteriore forma di manifestazione (procedurale) della garanzia di “massima intensità di tutela”, come noto accreditata dalla stessa Corte costituzionale (sia pure in una diversa prospettiva)<sup>63</sup>; la quale appunto spinge a una opzione tra orientamenti costituzionali interni e tendenze applicative della Corte EDU, così da assicurare al diritto la migliore salvaguardia disponibile. Merita poi evidenziare come, comunque, resti intatta la prerogativa della Corte costituzionale di incidere sulla disposizione nella sua portata generale ed astratta (e, più nello specifico, il compito alquanto delicato di tramutare in disposizione generale e astratta un orientamento giurisprudenziale della Corte EDU<sup>64</sup>). Né la Corte EDU, né il giudice ordinario godono di analogo potere – questo è sicuro – sicché ricorrere a loro aggirando la Corte costituzionale può al più portare ad un provvedimento giurisdizionale, privo di valore normativo, che non mette in discussione la vigenza astratta della disposizione. Il salto

<sup>61</sup> Un cenno al rischio che questa applicazione “flessibile” dell’art.35, 1° co., CEDU da parte della Corte europea possa condurre a «un progressivo esautoramento della Corte costituzionale dall’esercizio della sua funzione più tipica», con uno «spostamento verso la Corte di Strasburgo del ruolo di garante della protezione dei diritti fondamentali», in NARDOCCI, *op.cit.*, 4 s. Ancor più critico VARI, *op.cit.*, 5 s.

<sup>62</sup> Tratta alla stregua di una lecita e fisiologica strategia la scelta dei coniugi Costa e Pavan di ricorrere direttamente in sede europea, piuttosto che tentare la strada della Corte costituzionale, Malfatti, *op.cit.*, 2. L’autrice, peraltro, considera normale che la Corte EDU abbia ritenuto soddisfatto il requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni, posto che quel requisito si riferisce ad una possibilità di tutela effettiva (v. anche *supra*, nt.27 e 28). Nel caso di specie l’effettività della tutela si correlava inevitabilmente alla tempestività del riconoscimento del diritto (al riguardo v. *infra*, nel testo).

<sup>63</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 349/2007, cit.; sent. n. 311/2009, cit.; sent. n. 317/2009, cit.. Trae da questa “garanzia” l’evidenza di una sostanziale parioridazione, dal punto di vista dell’ordinamento interno, tra sistema di tutela dei diritti di fonte costituzionale ovvero convenzionale: RUGGERI, *Costituzione e CEDU: alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 7.

<sup>64</sup> Alla delicatezza di questo “passaggio”, e dunque alla necessità che esso sia governato dalla Corte costituzionale, è dedicato il saggio di DI GIOVINE, *op.cit.*, spec. 170, 180.

di qualità – o, se vogliamo prendere in prestito efficace metafora, il “volo di Icaro” del giudice ansioso di evadere troppo rapidamente dal “labirinto delle fonti”<sup>65</sup> – piuttosto si avrebbe ove si consentisse ai giudici ordinari di disapplicare anche in casi analoghi a quello oggetto di giudizio presso la Corte EDU.

Se così fosse, nelle sue concrete dinamiche l'ordinamento assumerebbe i tratti marcati di un sistema a sindacato diffuso, con sostanziale (e, forse, anche formale) sovversione del sistema accentrato che, per quanto opinabile, è senz'altro quello prescelto dai costituenti<sup>66</sup>. Niente tuttavia al momento lascia presagire simili sviluppi; di certo il giudice che volesse sostenerli non troverebbe, questa volta, avallo neppure implicito nell'ultima giurisprudenza della Corte costituzionale.

Se, poi, approfondiamo d'un poco le peculiarità del *thema decidendum* nel caso Costa e Pavan, riusciamo forse a cogliere aspetti che inducono ulteriormente a sfumare quelle perplessità.

Si rammenti: il motivo di irragionevolezza denunciato dai ricorrenti, riconosciuto da larga parte della dottrina (specialmente rispetto agli artt.3 e 32 Cost.), condiviso infine dalla Corte EDU, consiste precisamente in un difetto di coordinamento rispetto alla fattispecie concreta tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella dell'interruzione volontaria di gravidanza. Il diritto dei coniugi Costa e Pavan è stato conculcato non perché esista – si badi – una libertà assoluta e generalizzata di ricorrere alla PMA e alla diagnosi preimpianto (un “diritto ad avere un figlio sano”<sup>67</sup>), ma perché quelle due persone, in ragione della peculiarità della loro situazione ed esperienza (anche soggettive), avrebbero avuto con ogni probabilità accesso all'aborto una volta instaurata la gravidanza e diagnosticata la patologia nel feto; sicché risultava assurdo, e crudele, negar loro diagnosi e selezione preimpianto. Disapplicando la norma della legge '40, dunque, il giudice del caso concreto scioglie precisamente quel nodo di irragionevolezza, e approda esattamente alla destinazione indicata dalla Corte EDU, cioè ad ammettere alla diagnosi preimpianto quella coppia che avrebbe potuto, altrimenti, ricorrere alle prestazioni garantite dalla legge 194/78<sup>68</sup>.

Se invece, seguendo un iter all'apparenza più “ortodosso”, fosse stata investita la Corte costituzionale ex ante ai sensi degli artt.3 e 32 Cost., ex post (rispetto al giudizio europeo) anche ai sensi degli artt.117 Cost. e 8 CEDU, avrebbe potuto quell'organo – che si pronunzia non in relazione a casi specifici<sup>69</sup>, bensì in via “generale ed astratta” – pervenire ad una destinazione altrettanto soddisfacente, rispetto alle specificità del motivo di irragionevolezza, e altrettanto corrispondente a quanto prefigurato nella sentenza europea? Avrebbe avuto a disposizione, la Corte costituzionale, gli strumenti tecnici per intervenire sulla legge 40/2004 in modo da coordinarla, nella sua portata generale, con la legge 194/78, così da permettere l'accesso alla procreazione assistita e alla diagnosi preimpianto a tutte, e solo, le coppie che altrimenti potrebbero ricorrere alla diagnosi prenatale e all'interruzione di gravidanza (e dunque anche a Costa e Pavan)?

<sup>65</sup> MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 34 ss.

<sup>66</sup> E con l'ulteriore inconveniente che questo sostanziale “controllo di convenzionalità diffuso” avrebbe ad oggetto «non già norme relativamente precise e dettagliate (come sono, di regola, regolamenti e direttive comunitarie dotate di efficacia diretta), bensì norme-principio aperte a bilanciamenti ampiamente discrezionali, che ciascun giudice di merito sarebbe a quel punto facoltizzato ad operare. Con tutte le intuibili conseguenze in termini di imprevedibilità della decisione giudiziale, che inevitabilmente ne deriverebbero» (così già VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007; il quale peraltro, più di recente, e proprio in rapporto alla decisione “Scoppola”, sollecita a ridimensionare il significato puramente “casistico” delle applicazioni ed interpretazioni della Corte EDU: VIGANÒ, *Figli di un Dio minore?*, cit., 9 ss.).

<sup>67</sup> Pure ipotizzato da CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di CELOTTO-ZANON, Milano, 2004, 29; Trib. Salerno, ord. 9 gennaio 2010, cit.. Critico sul punto, da ultimo, SCHUSTER, *La procreazione selettiva*, in *Il governo del corpo*, 2, cit., 1414. La Camera CEDU, nella citata decisione “Costa e Pavan”, §§ 53 ss., allude effettivamente ad un “diritto ad avere un figlio sano”, ma inteso più precisamente come declinazione di una libertà a non subire intromissione indebite (perché irragionevoli) nelle proprie scelte procreative, libertà espressiva, a sua volta, di un più ampio diritto alla vita privata e familiare, rilevante ex art.8 CEDU

<sup>68</sup> Sugli inconvenienti che si materializzano generalizzando la portata delle motivazioni della Corte EDU strettamente correlate alle specificità del caso “Costa e Pavan” v. Malfatti, *op.cit.*, 3 s.

<sup>69</sup> Se non, ovviamente, per quanto concerne il tema della “rilevanza” della questione nel giudizio *a quo*. Ritiene che questo aspetto riduca le differenze di impostazione tra Corte costituzionale e Corte EDU: V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES-ZAGREBELSKY, *La Convenzione*, cit., 73.



Ci sia consentito qualche dubbio<sup>70</sup>. Vediamo le possibili alternative.

Dichiarando tout court incostituzionale l'art. 4, co.1, l. 40/2004 (e norme ad esso coordinate), la Corte peccherebbe per eccesso, spalancando l'accesso alla PMA anche a soggetti non sterili ma neppure portatori di anomalie genetiche la cui trasmissione sia intercettabile con la PGD, e comunque in casi ove non è in discussione la salute psico-fisica della donna, così modificando in modo radicale l'orientamento del legislatore circa il diritto di accesso alla fecondazione assistita ben oltre i limiti del "costituzionalmente necessario". Sarebbe tuttavia arduo per la Corte operare una soddisfacente manipolazione della norma, ad es. dichiarandola incostituzionale nella parte in cui non permette l'accesso alla fecondazione in vitro a coloro che, pur non essendo infertili o sterili, versano nelle situazioni legittimanti l'interruzione di gravidanza ex art.4 l.194/78. Quelle situazioni legittimanti, infatti, rilevano non come tali, ma per come emergono e si focalizzano nel contesto di una specifica procedura (art.5 l.194/78); la quale procedura – non le condizioni di per sé – si atteggia a preconditione di legittimità dell'atto abortivo<sup>71</sup>. In sostanza, quel tipo di manipolazione della norma non creerebbe affatto il coordinamento tra discipline imposto dal principio di ragionevolezza, ex art.3 e 32 Cost., e proporzione ex art.8 CEDU (con la mediazione dell'art.117 Cost.), bensì produrrebbe due norme distinte, due differenti sistemi di accesso alla PMA (e PGD) e all'interruzione di gravidanza, il primo appoggiato all'esistenza di presupposti sostanziali, il secondo, invece, di carattere procedimentale. Una differenziazione volendo anche plausibile, per ragioni che non stiamo qui a considerare, ma che non appare certo "costituzionalmente imposta" e resta dunque estranea alle competenze della Corte costituzionale, alla pari di qualsiasi altra espressione di discrezionalità politico-legislativa. Né, infine, la Consulta potrebbe facilmente estendere tout court le regole procedurali stabilite dalla l.194/78 anche ai casi in cui venga richiesta la procreazione assistita per scopi analoghi a quelli di cui all'art. 4 l.194/78 (magari intervenendo, a tal fine, sulla stessa legge 194/78, piuttosto che sulla legge 40/2004, senza alterarne le implicazioni "costituzionalmente vincolate"). Quella procedura, invero, si modella sulla fisionomia di una situazione personale (uno stato di gravidanza già avviato) ben differente da quella in cui versa chi ancora non ha concepito e intende farlo "in provetta", talché una trasposizione automatica, senza adattamenti, appare francamente impraticabile. Eventuali adattamenti richiederebbero, nondimeno, un esercizio di discrezionalità che ancora una volta resta estraneo alle competenze della Corte costituzionale<sup>72</sup>. Si consideri, oltretutto, che le funzioni amministrative considerate nella legge 194/78 trovano completamento caratteristico ed essenziale in correlati reati a tutela di funzioni<sup>73</sup>, cioè sono supportate da precise opzioni politico-criminali che certo non potrebbero essere riprodotte, o "mimate", dalla Corte costituzionale in altro ambito, per quanto simile, stante il particolare rigore della riserva di legge in materia penale.

Per farla breve: quando il tertium comparationis che rivela l'irragionevolezza di una denegata facoltà è costituito da una disciplina che attribuisce ad analoga facoltà lo statuto di diritto subordinatamente all'espletamento di procedure utili a garantire un bilanciamento in concreto con altri beni e interessi, il superamento di quel profilo di irragionevolezza è essenzialmente alla portata di chi può modulare in astratto una corrispondente procedura (e un simile bilanciamento), tenendo attentamente conto non solo dei motivi di affinità tra quei casi, ma anche degli inevitabili profili di diversità. La competenza elettiva è, in sostanza, del legislatore.

<sup>70</sup> Accenna analoghi dubbi NARDOCCI, *op.cit.*, 13 s., che però giustamente ricorda come la Corte costituzionale, ove investita della questione, potrebbe se non altro rivolgere un autorevole monito al legislatore, sollecitandolo a un ragionevole coordinamento tra regolamentazione della procreazione assistita e della interruzione volontaria di gravidanza.

<sup>71</sup> È cosa nota che si tratti di procedura che non comporta un effettivo accertamento delle precondizioni – assai soggettive – di legittimità dell'interruzione di gravidanza (già PADOVANI, *Procreazione (diritto penale)*, *Enc.dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 976). Nondimeno, è procedura (in ipotesi) funzionale a favorire meditazioni e ripensamenti, e ad individuare possibili soluzioni alternative per la donna, più orientate nei termini della "maternità responsabile", che non già della interruzione di gravidanza. Dunque non è procedura irrilevante o superflua, di mera attestazione "notarile" di una scelta della donna che si suppone decisiva nella sua configurazione iniziale.

<sup>72</sup> Egualmente evidenzia l'impossibilità che il "coordinamento" tra le due discipline, e il sotteso, distinto "bilanciamento di interessi", possa essere adeguatamente compiuto per via giurisprudenziale (fosse pure attraverso la giurisprudenza CEDU): MALFATTI, *op.cit.*, 4 ss.. Deve rammentarsi che in dottrina, anche in quella più segnatamente di ispirazione "laica", è diffusa la convinzione che debbano porsi limiti alla praticabilità della diagnosi e selezione preimpianto (e, prima ancora, all'accesso alla PMA), in rapporto ad es. alle patologie rilevanti. Anche per questo un intervento del legislatore è ineludibile, e la via dell'interpretazione adeguatrice "caso per caso" si fa apprezzare esclusivamente come il minor male *rebus sic stantibus* (cioè nell'inerzia del legislatore): cfr. ad es. FERRANDO, *La riscrittura*, cit., 520; LA ROSA, *Diagnosi preimpianto*, cit., 489 ss.. Più in generale, sui limiti "possibili" di accesso alla PMA (e, più in generale, sugli spazi plausibili, assai limitati, di criminalizzare modalità di concepimento): VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., 38 ss.

<sup>73</sup> PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 118 s.



L'inerzia colpevole e conclamata di quest'ultimo nell'esercitare un potere/dovere di cui, in tali situazioni, ha il tendenziale monopolio, impedisce quindi ogni altra soddisfazione del diritto<sup>74</sup>. V'è da chiedersi quanto quest'esito sia compatibile con l'art.46 CEDU – nel caso in cui quel diritto sia stato “consacrato” da una decisione della Corte EDU – e più in generale con l'obbligo di garantire una tutela effettiva, che si fa viepiù pregnante nelle situazioni in cui le circostanze impongano un superamento tempestivo dell'ostacolo normativo, perché il trascorrere del tempo rischia di cristallizzare il danno in modo irreparabile (come accade rispetto ad una richiesta di PMA, cioè di un trattamento sempre meno promettente, quanto più avanzata si fa l'età della donna: e forte è la sensazione che proprio la consapevolezza di questa emergenza temporale, nel caso Costa e Pavan, abbia “sottotraccia” indotto prima la Corte EDU a non pretendere un previo “passaggio” dei ricorrenti di fronte alla Corte costituzionale, poi il Tribunale di Roma a trovare il modo di imporre immediatamente il trattamento alla ASL competente, senza attardarsi per le tortuose vie della questione di costituzionalità<sup>75</sup>).

Se si ritiene che quell'inerzia legislativa non sia compatibile con la CEDU, c'è da domandarsi se la Convenzione medesima non solleciti rimedi di carattere casistico e, dunque, giurisdizionale, essendo appunto i giudici espressione di quello Stato che, nel suo complesso, è obbligato ad eseguire il giudicato europeo<sup>76</sup>; essendo altresì, più nello specifico, anche dal punto di vista dell'ordinamento interno, proprio la magistratura “custode” dei diritti fondamentali dell'individuo contro violazioni da parte di organi pubblici. Non assume, forse, i tratti di una violazione di quel genere – sia pure perpetrata “mediante omissione” – l'inottemperanza pervicace del legislatore ad uno specifico, puntuale obbligo di salvaguardia di un diritto fondamentale, esplicitato e consolidato in sede europea<sup>77</sup>. Se la risposta ha da essere affermativa, l'intervento suppletivo più opportuno – o, comunque, meno inopportuno – pare effettivamente quello di un giudice del caso concreto, non della norma. Solo il primo, infatti, è in grado di far emergere e di soppesare tutte le peculiarità della vicenda specifica sottoposta a giudizio, così da poter almeno simulare, idealmente, l'esito della procedura che funge da tertium comparationis, e che è appunto concepita per focalizzare le specificità di vicende singolari. Solo il

<sup>74</sup> Rispetto al caso Costa e Pavan, il Governo, nella sua “Relazione al Parlamento per l'anno 2012 – L'esecuzione delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nei confronti dello Stato italiano”, resa ai sensi della legge 9 gennaio 2006, n.12 (in [www.governo.it](http://www.governo.it)), ritiene di aver adeguatamente dato seguito alla condanna vuoi in ragione della già citata decisione “convenzionalmente orientata” del Tribunale di Cagliari, 14 novembre 2012, vuoi per aver pagato il dovuto indennizzo e le spese legali ai ricorrenti; solo marginalmente ci si pone «il delicato problema di analizzare se in futuro sarà sufficiente un'interpretazione convenzionalmente orientata, piuttosto che un apposito intervento normativo».

<sup>75</sup> Rileva una incompatibilità quasi “intrinseca” tra istituti processuali concepiti per l'urgenza – come quello di cui all'art.700 c.p.c. – e il percorso della necessaria sottoposizione al giudizio di costituzionalità di norme contrastanti con la CEDU: CONTI, *op.cit.*, 175 ss.

<sup>76</sup> Si badi a quanto precisa PIRRONE, *L'obbligo*, cit., 237 ss.: «La circostanza che il singolo organo dello stato non debba, per dare attuazione agli obblighi internazionali, contravvenire al diritto interno, non dipende da una (improporzionabile) prevalenza di questo diritto su quello internazionale, bensì dalla circostanza che, avendo lo stato-apparato la totalità dei poteri (in quanto ente sovrano), al suo interno ci sarà sempre un organo che, nell'esercizio e nel rispetto dei poteri ad esso attribuiti dall'ordinamento interno, potrà dare attuazione all'obbligo internazionale». Ergo, la ripartizione di competenze si misura (e si giustifica) in funzione anche della effettività dell'adempimento all'obbligo scaturente dall'art.46 CEDU? In questo quadro, «per dare attuazione agli obblighi internazionali gli organi dello stato, primi fra tutti quelli del potere giudiziario [...], devono utilizzare tutte le possibilità offerte dall'ordinamento statale, essi, cioè, devono fare il massimo possibile consentito da quest'ordinamento» (*ibidem*, 239). La sentenza del Tribunale di Roma lascia intendere quanto labile possa essere, in questo scenario, la distinzione tra “massimo possibile” e “oltre il possibile”. Rileva sotto altro profilo PINELLI, *op.cit.*: «in presenza di persistenti inadempimenti legislativi agli obblighi richiesti dalla Corte europea [...] davvero basterebbe limitarsi a rilevare l'assenza di un rapporto gerarchico della Corte europea rispetto ai giudici comuni? La scelta dei mezzi per conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea, rilasciata agli Stati membri dall'art. 46 CEDU, si riferisce evidentemente al *quomodo*, non all'*an* dell'obbligo». L'autorevole costituzionalista si riferisce, per la precisione, all'ipotesi di un inadempimento dello Stato consistente nella mancata introduzione nel sistema di una disposizione che consenta la soddisfazione di un diritto riconosciuto dalla Corte EDU; un caso, dunque, cui la Corte costituzionale non può porre rimedio perché non può giudicare di omissioni legislative (se non quando – e anche in quest'ipotesi discutibilmente – la norma da introdurre abbia un tenore costituzionalmente imposto). In simili evenienze, per vero, i giudici che si conformano alle sentenze della Corte di Strasburgo costituiscono l'unico strumento residuo – e, dunque, quello necessario e fisiologico – per far sì che lo Stato italiano ottemperi all'obbligo di conformarsi imposto dall'art. 46 CEDU. Ora, nel caso Costa-Pavan – e più in generale tutte le volte in cui la normativa di raffronto nel quadro di un giudizio di irragionevole discriminazione solleciti la valorizzazione di un diritto condizionata a procedure e presupposti – a conti fatti si denuncia una omissione del legislatore (cioè la mancata predisposizione di una regolamentazione orientata al bilanciamento di beni). Conviene sull'opportunità della scelta della Cassazione (sentenza n. 2800/07) di dichiarare, rispetto al noto caso “Dorigo”, la sopravvenuta ineseguibilità del giudicato di condanna «anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo a instaurare il nuovo processo» (dopo che l'interessato aveva scontato la pena detentiva per molti anni dalla decisione definitiva della CEDU a lui favorevole, e dopo l'intervento di diverse sollecitazioni e censure da parte dell'Assemblea parlamentare e del Comitato dei Ministri per l'inerzia dello Stato italiano): CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.2/2011, 28 giugno 2011, 2.

<sup>77</sup> Uno spunto in tal senso in VIGANÒ, *Il giudice penale*, cit., 676 ss, che peraltro predilige, a tal fine, il controllo di costituzionalità accentrato nella Corte, piuttosto che il controllo giurisdizionale di carattere diffuso.

primo, per altro verso, esprimendosi mediante atti giurisdizionali senza produrre norme valide erga omnes, evita di usurpare spazi di discrezionalità politico-legislativa e di farvi inopinatamente penetrare gli esiti di un bilanciamento normativo e valutativo (e di una interpretazione) inscindibilmente connessi alle specificità del caso concreto, preservando così un riparto di competenze che risponde ad esigenze profonde del nostro sistema costituzionale, oltre che, più in generale, ad una opportuna distinzione tra «attività legislativa» e «attività giurisdizionale», tra «legge» e «interpretazione che ne danno i giudici»<sup>78</sup>.

\*\*\*

Chi dice che a volte è bene dimenticare la rotta, per ricordarsi il mare, fa poesia. Il diritto è prosaico e attribuisce invece decisiva importanza alle rotte – ai percorsi legalmente conformi, alle procedure costituzionalmente adeguate – perché orienta chi solca acque in cui affiorano troppi scogli. Itinerari approssimativi o improvvisati potranno pure condurre a destinazione, ma con costi collaterali che, a volte, sfiorano il naufragio.

Neanche è vero, però, che quel che conta è il viaggio, non la destinazione. In un sistema personalista – dove i diritti fondamentali della persona (concreta e reale) contano sempre più delle istituzioni, le istituzioni sono intese a servizio della persona, e la dignità umana è inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost.<sup>79</sup> – nessun percorso può dirsi valido se non è idoneo ad approdare effettivamente alla salvaguardia di quel diritto. Non possiamo accontentarci di una consacrazione astratta, né di un ristoro approssimativo, o tardivo. Si tratta allora di misurare attentamente la rotta in ragione e della destinazione, e degli scogli, tentando a volte manovre sperimentali e coraggiose, se utili allo scopo, specie in quei luoghi geografici la cui mappatura, diciamocelo, ancora manca di dettaglio.

Come i luoghi in cui confinano ordinamento interno e sistema CEDU, di un confine sempre più cedevole.

<sup>78</sup> «L'effetto di “non applicazione” è la “mossa del cavallo” che permette di gestire incoerenze altrimenti ineliminabili da parte del giudice ordinario. Ma, prima di tutto, è l'abito concettuale attraverso cui, come è stato correttamente detto, “una antinomia reale può essere pensata dalla teoria e quindi risolta dalla prassi”» (SOTIS, *Le “regole dell'incoerenza”*, cit., 36 s., citando a sua volta IRCOVICH). Sull'opportunità che sia il giudice del caso concreto, non la Corte costituzionale, ad “applicare” decisioni della Corte EDU che non si prestano ad essere tradotte in una sicura norma dalla portata generale ed astratta: RUGGERI, *Spunti di riflessione*, cit. (tracciando una suggestiva analogia con il rilievo di una pronuncia additiva di principio della Corte costituzionale). Sull'opportunità, più in generale, che l'interpretazione fornita dalla Corte EDU sia vincolante soltanto «in rapporto alla specifica controversia decisa», non per i giudici di altri casi, per quanto analoghi, e neppure per la Corte costituzionale (differentemente dunque da quanto stabilito dalla stessa Consulta già a partire dalle “sentenze gemelle” del 2007): FERRUA, *op.cit.*, 121 ss.

<sup>79</sup> Su questo atteggiamento della clausola di inviolabilità *ex* art. 2 Cost. della dignità umana e, dunque, dei “diritti umani”, a sollecitare “rimodulazioni” delle forme di esercizio della “sovranità statale”, volte a garantire forme di tutela concreta ed effettiva, opportunamente insiste la già citata Cass. n. 19985/2011.