

CONSIDERAZIONI CRITICHE A PROPOSITO DELLA SENTENZA COSTA ET PAVAN DELLA II SEZIONE DELLA CORTE EDU

1. Il caso sottoposto alla Corte EDU. – 2. La normativa italiana sull'accesso alla procreazione artificiale e sulla diagnosi pre-impianto. – 3. Il contenuto della decisione della Corte EDU. – 4. Alcune considerazioni preliminari sull'efficacia della sentenza. – 5. I dubbi sull'ammissibilità del ricorso: la Corte EDU verso una "super" Corte costituzionale europea ad accesso diretto? – 6. Il margine d'apprezzamento degli Stati e la tecnica di giudizio utilizzata dalla Corte EDU – 7. Il contrasto tra la disciplina della procreazione artificiale e la legge sull'aborto – 8. Sul c.d. diritto ad avere un figlio sano.

1. Il caso sottoposto alla Corte EDU

Ha suscitato grande interesse nell'opinione pubblica la sentenza del 28 agosto 2012 della seconda sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel giudizio proposto contro l'Italia dai signori Costa e Pavan¹.

Si tratta di una coppia che, in quanto portatrice sana di una malattia genetica, pur non essendo sterile, desiderava ricorrere alla procreazione artificiale e per l'occasione sottoporre gli embrioni creati *in vitro* alla diagnosi pre-impianto, e cioè a un'indagine invasiva sulla salute degli stessi, da attuarsi mediante il prelevamento di alcune cellule nei primi momenti di vita,² al fine di scartare quelli ritenuti "non sani".

In ragione del divieto di utilizzare tali pratiche sancito dalla legislazione italiana, la Corte EDU ha condannato l'Italia a pagare ai ricorrenti la somma di quindicimila euro a titolo di risarcimento morale, ravviando nella loro vicenda una lesione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Quest'ultimo, come è noto, garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, consentendo di apportarvi restrizioni, previste per legge, nel caso in cui esse siano necessarie, in una società democratica, "alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".³

2. La normativa italiana sull'accesso alla procreazione artificiale e sulla diagnosi pre-impianto

I ricorrenti avevano lamentato la lesione dell'art. 8 della CEDU in ragione delle previsioni dettate dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" – la c.d. "legge 40" – che, da un lato, vieta alle coppie che non sono sterili di ricorrere alla procreazione artificiale (PMA) e, dall'altro, proibisce la diagnosi pre-impianto.

In particolare l'art. 4 della legge, nel disciplinare le condizioni di accesso alle tecniche di PMA, dispone che il loro utilizzo "è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cau-

¹ *Costa et Pavan c. Italie* (Requête no 54270/10), disponibile sul sito Internet della Corte, all'indirizzo www.echr.coe.int

² Sul punto v. C. CIROTTO, *La diagnosi preimpianto*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi tenutosi a Roma, nella sede dell'Accademia nazionale dei Lincei, il 31 gennaio 2005, a cura di G. RAZZANO, Fasano, 2005, 365 ss., il quale chiarisce che la diagnosi pre-impianto, venendo effettuata nelle prime fasi dello sviluppo dell'embrione, comporta che quest'ultimo, "privato definitivamente del 20% del proprio materiale costitutivo", necessario alla realizzazione dell'analisi, entri "in uno stato di sofferenza che spesso lo porta a morte".

³ Per un quadro di sintesi su tale articolo v. C. GRABENWARTER – K. PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, V ed., München, 2012, 225 ss.

se 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”.

Questa limitazione dell'accesso alle tecniche – permesso soltanto alle coppie affette da problemi di sterilità o infertilità – si spiega in ragione dell'intento, perseguito dal legislatore italiano, di consentire la PMA esclusivamente per supplire alle deficienze della natura, come chiarito sin dall'art. 1 della legge n. 40, che enuncia lo scopo “di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”. La procreazione artificiale non è stata, invece, prevista dal legislatore quale strumento per perseguire finalità diverse, come quella di evitare i rischi, *in rerum natura*, legati alla generazione e alla gravidanza.⁴

Si tratta di un profilo importante che riguarda la coerenza della disciplina. Profilo efficacemente colto anche da quella parte della giurisprudenza italiana, la quale sottolinea come non possa “sostenersi, già sul piano della ragionevolezza, che il metodo (artificiale) della procreazione assistita, il cui fine è solamente quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità ed infertilità umane, possa offrire delle opportunità maggiori del «metodo naturale»”⁵.

Sotto tale profilo i limiti all'accesso alla procreazione medicalmente assistita hanno formato oggetto di (ri)considerazione da parte del Ministro della Salute in occasione dell'adozione, nel 2008, delle nuove Linee guida in materia.⁶ Esse ampliano il novero delle persone legittimate a ricorrere alla PMA, consentendo tale pratica anche a coloro che non sono sterili, purché “in presenza di condizioni in cui – essendo l'uomo portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV od HCV – l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infertilità”.

Non è possibile in questa sede indugiare sul merito di tale previsione⁷, ma va soltanto evidenziato che essa era stata originariamente richiamata dai ricorrenti per eccepire anche una violazione dell'art. 14 della CEDU, fondata sull'assunto che le coppie affette dalle malattie virali sopra ricordate potessero accedere alla diagnosi pre-impianto, a loro proibita. Tale motivo di ricorso era stato in seguito ritirato, come è dato conto nella decisione qui esaminata, in quanto nel processo era emerso che in Italia la diagnosi pre-impianto è interdetta, in realtà, a tutte le coppie.

In effetti, la normativa sull'accesso alla PMA si collega ad altre previsioni della legge n. 40 che stabiliscono il divieto di ricorrere a tale indagine⁸.

Al riguardo va considerato che, diversamente da quanto sostenuto “ad arte” anche su alcuni mezzi di comunicazione di massa, allo stato delle attuali conoscenze scientifiche per curare gli embrioni non esistono ancora terapie geniche. La diagnosi pre-impianto può, dunque, servire esclusivamente a scartare gli embrioni con certe connotazioni genetiche.

È agevole comprendere come l'alternativa che si pone dinanzi a tale esame non sia quella di avere un figlio sano, anziché malato, bensì quella della eventuale eliminazione degli embrioni malati per avere soltanto figli “selezionati” e, dunque, sani.

La diagnosi pre-impianto, oltre che in contrasto con il diritto alla vita dell'embrione e con le norme della legge n. 40 che ad esso danno, sia pure con evidenti limiti, tutela,⁹ appare proibita dalle prescrizioni di cui all'art. 13 di tale legge. Quest'ultimo, coerentemente con la finalità esclusiva della normativa – e cioè quella sopra richiamata di aiutare a risolvere i problemi posti dalla difficoltà della procreazione naturale – esclude che la PMA possa essere utilizzata per altri scopi e prevede il divieto di ogni forma “di selezione a scopo eugenetico degli embrioni” (comma 3, lett. b dell'art. 13).

⁴ Sul punto v. A. LOIODICE, *La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita (ipotesi di riflessione)*, in AA. VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, cit., 322.

⁵ Così il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. III Ter, sent. 23 maggio 2005, n. 4047 in *Guida al diritto*, 2005, n. 26, 59 ss.

⁶ Decreto del Ministro della Salute del giorno 11 aprile 2008.

⁷ Sul punto cfr. le indicazioni contenute nel Parere del Consiglio Superiore di Sanità, sessione XLVI, seduta del 19 luglio 2007, Assemblea generale.

⁸ In proposito v. A. LOIODICE, *La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita*, cit., 331 ss. Per una diversa ricostruzione v. E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i “giochi di parole” divengono decisivi*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 3 del 2012.

⁹ Sul punto sia consentito il rinvio a F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, I, Bari, 2008, 41 ss.

A questo proposito particolarmente pregnante è l'accostamento fatto da Jürgen Habermas fra la diagnosi pre-impianto e "i pericoli evocati dalla metafora di una «eugenetica selettiva» sulla razza umana", dal momento che con tale indagine "l'esistenza o non esistenza viene decisa in base al criterio di un potenziale «essere così» piuttosto che altrimenti"¹⁰.

3. Il contenuto della decisione della Corte EDU

Di fronte alle due richieste dei ricorrenti – la prima sul divieto di ricorrere alla PMA e la seconda sull'impossibilità di effettuare la diagnosi pre-impianto – la Corte incentra la propria decisione su quest'ultima e ritiene sussistere una violazione del sopra citato art. 8 della CEDU in ragione di un'incongruenza che essa ravvisa nel nostro Paese tra le norme sulla procreazione artificiale e quelle sull'aborto.

Vale la pena riportare il filo conduttore del ragionamento seguito dalla Corte, secondo la quale: "force est de constater que le système législatif italien en la matière manque de cohérence. D'une part, il interdit l'implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains ; d'autre part, il autorise ceux-ci d'avorter un fœtus affecté par cette même pathologie"¹¹.

Da tale assenza di coerenza la Corte deduce una violazione del principio di proporzionalità e, conseguentemente, del diritto alla vita privata e familiare garantito dalla CEDU: "*compte tenu de l'incohérence du système législatif italien en matière de D.P.*" (acronimo per diagnosi pre-impianto) "*la Cour estime que l'ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale a été disproportionnée*" con la conseguenza che "*ainsi, l'article 8 de la Convention a été enfreint en l'espèce*"¹².

4. Alcune considerazioni preliminari sull'efficacia della sentenza

La sentenza della sezione della Corte è stata appellata dal Governo italiano davanti alla *Grande Chambre*. Nelle more di tale giudizio occorre, anzitutto, domandarsi quali conseguenze possa spiegare nell'ordinamento italiano la decisione di primo grado.

Va, al riguardo, analizzata la possibilità di fornire della legge n. 40 del 2004 un'interpretazione "convenzionalmente" orientata, e cioè tale da evitare un contrasto tra la stessa e la CEDU, alla luce delle pronunce del giudice di Strasburgo. È nota la consolidata posizione della Corte costituzionale secondo la quale "ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo – non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante – egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale"¹³.

Senonché, a meno di incappare in un'ipotesi di "normazione mascherata"¹⁴ ad opera del giudice – fenomeno denunciato in via generale da autorevole dottrina¹⁵ – la possibilità di fornire della normativa italiana un'interpretazione tale da escludere il contrasto con quanto stabilito dalla Corte europea nella decisione in commento non appare plausibile. Ciò in ragione delle previsioni della legge n. 40 del 2004 che, come già

¹⁰ J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt am Main, 2001, trad. it. *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, a cura di L. CEPPEA, Torino, 2002, 33.

¹¹ §. 64 della decisione.

¹² §. 71 della sentenza.

¹³ Così Corte cost. sent. 7 aprile 2011 n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, 1523 ss., con osservazioni di G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, G. REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*. Tra le tante decisioni v., inoltre, Corte cost. sent. 22 luglio 2011, n. 236, *ibid.*, 3021 ss., con osservazione di C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*.

Sull'interpretazione conforme alla Convenzione v. A. RUGGERI, *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, disponibile su Internet, nel sito *Consulta OnLine*, all'indirizzo www.giurcost.org, 23 s.; F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, disponibile sul sito Internet della Corte costituzionale all'indirizzo www.cortecostituzionale.it, pag. 7 del dattiloscritto.

¹⁴ Così P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, disponibile su Internet in *Diritto penale contemporaneo*, all'indirizzo www.penalecontemporaneo.it

¹⁵ A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 24; Id., *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, nel Forum di Quaderni costituzionali, all'indirizzo www.forumcostituzionale.it

evidenziato, ammettono soltanto le coppie sterili o infertili alla PMA, vietano la selezione degli embrioni e, anche dopo la sent. n. 151 del 2009 della Corte costituzionale,¹⁶ prevedono pur sempre l'obbligo di impiantare gli embrioni artificialmente creati.

Appare inoltre dubbio che la decisione di primo grado della Corte EDU possa costituire il parametro sulla base del quale promuovere, dinanzi al giudice delle leggi, una questione di legittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004 per violazione mediata dell'art. 117 primo comma Cost., sotto il profilo del mancato rispetto degli obblighi internazionali da parte del legislatore. È vero che per instaurare un tale giudizio, secondo lo schema proprio delle c.d. sentenze gemelle,¹⁷ la Corte costituzionale ritiene sufficiente una decisione non definitiva della Corte EDU.¹⁸ In proposito si può citare la recente ordinanza n. 150 del 2012 del giudice delle leggi,¹⁹ concernente il divieto di procreazione artificiale eterologa previsto dalla stessa legge n. 40 del 2004.²⁰ Il relativo giudizio di legittimità costituzionale era stato promosso a seguito di una decisione di primo grado, non definitiva, della Corte EDU (caso *S.H. and Others v. Austria* del 1° aprile 2010).²¹ Successivamente alle ordinanze di rimessione, tale decisione era stata annullata dalla *Grande Chambre* (sentenza del 3 novembre 2011)²² e con l'ordinanza citata la Corte costituzionale si è limitata a restituire gli atti ai giudici *a quibus*, chiedendo loro di rivalutare la questione alla luce della sentenza d'appello della Corte EDU e non avendo nulla "da (ri)dire" sul fatto che il giudizio di costituzionalità era stato attivato senza attendere tale sentenza. In realtà tale posizione del giudice delle leggi non appare convincente, né alla luce dell'art. 44 della CEDU, il quale chiaramente stabilisce che "la sentenza di una Camera diviene definitiva" "quando le parti dichiarano che non richiederanno il rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera" o dopo tre mesi dalla pubblicazione della sentenza "se non è stato richiesto il rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera",²³ né riflettendo sulle conseguenze cui si andrebbe incontro qualora Corte dichiarasse l'illegittimità costituzionale di una normativa interna per violazione mediata dell'art. 117 Cost., facendo leva su una sentenza non definitiva del giudice di Strasburgo, poi cancellata – successivamente alla sentenza di accoglimento della Corte italiana – dalla *Grande Chambre*.

Vale la pena ricordare che anche in Spagna si è posta, di recente, la questione dell'efficacia delle sentenze non definitive della Corte EDU. Una sezione di quest'ultima, infatti, innovando rispetto alla prece-

¹⁶ Corte cost., sent. 1° aprile – 8 maggio 2009, n. 151 in *Giur. cost.*, 2009, 1656 ss. con nota di M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata* e di C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena di difendere"?*. Con tale decisione il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 nella parte in cui prevedeva il tetto massimo di tre embrioni creabili per ogni ciclo di PMA e dell'art. 14, comma 3, della stessa nella parte in cui non prevedeva "che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma", dovesse "essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna". Sulla decisione del giudice delle leggi cfr. A. VALONGO, *Soggettività del concepito e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Diritto e processo*, a cura di A. PALAZZO, Perugia, 2011, 250.

¹⁷ Sentt. 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 3475 ss., 24 ottobre 2007, n. 349, *ibid.*, 3535 ss.

Su tali decisioni v. A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, nel sito Internet dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, all'indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it; ID., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, disponibile su Internet, nel *Forum di Quaderni costituzionali*; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisprudenziale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, nel sito Internet dell'Associazione italiana dei costituzionalisti; S.M. CICONETTI, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, *ibid.*; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, disponibile su Internet, nel sito della *Federalismi.it Rivista di Diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, www.federalismi.it, n. 22/2007; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, disponibile su Internet, nel sito dell'Osservatorio sulle fonti, all'indirizzo www.osservatoriosullefonti.it; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, *ibid.*, 3574 ss.; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 185 ss.; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, 50 ss.; F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il "margine di apprezzamento" statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali.*, in *Giur. cost.*, 2009, 4772 ss.; A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss.

¹⁸ Al riguardo sia consentito il rinvio a F. VARI, *A (ben) cinque anni dalle sentenze gemelle, (appunti su) due problemi ancora irrisolti*, in *Federalismi.it Rivista di Diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 18/2012.

¹⁹ Disponibile sul sito Internet della Corte costituzionale. Su tale decisione v., le riflessioni di A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, nel *Forum di Quaderni costituzionali*.

²⁰ Sulle questioni sottoposte al giudizio della Corte v. i contributi pubblicati nel volume AA.VV., *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Atti del Seminario svoltosi a Roma, il 2 aprile 2012, a cura di F. VARI, Torino, 2012.

²¹ *Application no. 57813/00*, disponibile sul sito Internet della Corte.

²² Anch'essa ovviamente disponibile sul sito della Corte EDU.

²³ La norma prevede anche la possibilità che la decisione della sezione divenga definitiva se "il collegio della Grande Camera respinge una richiesta di rinvio".

dente giurisprudenza, ha ritenuto contrastante con gli artt. 5 e 7 della CEDU la mancata applicazione retroattiva – nella specie a una terrorista dell'ETA – di alcune norme della legislazione spagnola sui benefici carcerari.²⁴ La *Sección de vacaciones* del Tribunale costituzionale spagnolo, adito per far valere nei confronti di altri terroristi dell'ETA la decisione della sezione della Corte EDU, ha rifiutato di farlo in ragione del carattere non ancora definitivo della stessa.²⁵

Comunque, di fronte a eventuali questioni di legittimità costituzionale sollevate sulle norme della legge n. 40 in quanto incompatibili con la CEDU, come interpretata nella decisione *Costa et Pavan* di primo grado, il giudice delle leggi non potrebbe non attendere il giudizio d'appello della *Grande Chambre*, alla stregua di quanto avvenuto anche nel caso sopra ricordato, poi risolto con l'ord. n. 150 del 2012.

5. I dubbi sull'ammissibilità del ricorso: la Corte EDU verso una "super" Corte costituzionale europea ad accesso diretto?

Tanto premesso sull'efficacia della decisione di primo grado, il contenuto della stessa suscita grandi perplessità, anzitutto con riferimento al rispetto delle condizioni di ammissibilità del ricorso presentato dai signori Costa e Pavan davanti alla Corte EDU. Esso è stato, infatti, introdotto a Strasburgo senza esperire alcun grado di giudizio dinanzi ai tribunali italiani.

È noto, invece, che l'esaurimento dei c.d. rimedi interni è condizione di ammissibilità del ricorso al giudice europeo. L'art. 35, §. 1 della CEDU, nel dettare le *Condizioni di ricevibilità* dei ricorsi, stabilisce chiaramente che "la Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva".

Questa norma – che secondo la giurisprudenza della Corte EDU non trova applicazione allorché i rimedi apprestati dall'ordinamento interno non sono effettivi²⁶ – è stata disattesa dalla decisione in esame²⁷ in ragione di due argomenti: da un lato, che esiste solo un solo precedente in cui un Tribunale italiano ha consentito a una coppia nella stessa situazione dei ricorrenti di utilizzare la diagnosi pre-impianto;²⁸ e, dall'altro, che la diagnosi pre-impianto è assolutamente vietata dalla legge italiana.²⁹

Senonché il primo presupposto è in realtà un dato di mero fatto, non avvalorato dai ricorrenti con la presentazione di decisioni di segno contrario rispetto alle loro domande, e oltretutto da considerare alla luce della circostanza che ci sono almeno altri tre ulteriori provvedimenti giudiziari, oltre a quello ricordato nella sentenza qui analizzata, che hanno consentito a una coppia (sia pure infertile) che lo richiedeva il ricorso alla diagnosi pre-impianto: un'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009,³⁰ un'ordinanza Tribunale di Firenze del 17 dicembre 2007;³¹ una sentenza del Tribunale di Cagliari del 22 settembre 2007.³²

Quel che però lascia più perplessi nell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte è il secondo aspetto – intimamente connesso al primo – su cui si fonda la decisione sull'ammissibilità del ricorso, e cioè il fatto che la Corte possa essere direttamente adita in quanto la questione verte su una fattispecie – la diagnosi pre-impianto – assolutamente vietata dalla legge. Tale statuizione, se confermata in appello, finirebbe per incidere sul ruolo della stessa Corte nei confronti degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

Con la sentenza *Costa et Pavan* la Corte EDU si arroga, infatti, la competenza a giudicare direttamente, in ogni caso di contrasto tra una norma interna di rango primario e la Convenzione, consentendo ai

²⁴ III sez. della Corte EDU, sentenza 10 luglio 2012, *Del Rio Prada, c. Espagne* (Requête no 42750/09), disponibile sul sito Internet della Corte.

²⁵ Decisioni del 21 agosto 2012.

²⁶ Un utile richiamo ai precedenti della Corte sul tema è contenuto nella *Guida pratica sulla ricevibilità*, disponibile sul sito Internet della Corte EDU, spec. pag. 16 ss.

²⁷ Cfr. G. PUPPINCK, *Procréation médicalement assistée, Interdiction du diagnostic préimplantatoire : la CEDH censure le législateur italien*, in *Droit de la famille*, 11/2012, 27 ss.

²⁸ Ordinanza del 13 gennaio 2010 del Tribunale di Salerno.

²⁹ §. 38 della decisione.

³⁰ In *Giur. merito*, 2009, 3000 ss.

³¹ Disponibile su Internet, nel sito *Persona e danno*, all'indirizzo www.personaedanno.it

³² In *Foro it.*, 2007, I, 3245.

ricorrenti di “saltare” qualsiasi filtro di giudizio a livello statale, compreso il sindacato di legittimità costituzionale eventualmente previsto nei Paesi membri del Consiglio d’Europa.³³

Nel caso in esame, ad esempio, è evidente che i ricorrenti avrebbero potuto adire, sia pure attraverso il filtro del giudice *a quo*, la Corte costituzionale che oltretutto, per quanto restia a intervenire nella materia in esame, non ha mancato di farlo pesantemente, come già evidenziato, con la nota sent. 151 del 2009, che ha inciso profondamente sulle previsioni della legge n. 40 del 2004.

Nel concedere di scavalcare, senza alcuna conseguenza, il sindacato di legittimità costituzionale presente nei vari Stati – come nel caso di specie in Italia – la Corte EDU finisce per trasformarsi in una sorta di super Corte costituzionale europea ad accesso diretto, che può pronunciarsi su ogni ricorso promosso da chi ne abbia interesse contro le leggi vigenti negli Stati membri.

Il che, oltre non risultare realisticamente praticabile, considerato anche il significativo arretrato che pesa sui lavori della Corte,³⁴ non è soprattutto rispettoso di quanto previsto nei Trattati su cui la Corte fonda la propria legittimazione.

A più riprese, da ultimo in occasione della Dichiarazione finale della conferenza di Brighton del 2012 sul futuro della Corte di Strasburgo,³⁵ si è evidenziato che il ruolo del sistema EDU è sussidiario rispetto alla garanzia dei diritti umani a livello nazionale,³⁶ giacché le autorità nazionali “*are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions*”. Tale presupposto trova anche spazio, ovviamente, nella giurisprudenza della Corte EDU. A titolo esemplificativo si può riportare quanto afferma la *Grande Chambre* nella sentenza *Demopoulos et Autres c. Turquie*: “*les Etats n’ont pas à répondre de leurs actes devant un organisme international avant d’avoir eu la possibilité de redresser la situation dans leur ordre juridique interne*”.³⁷

6. Il margine d’apprezzamento degli Stati e la tecnica di giudizio utilizzata dalla Corte EDU

L’attualità e la concretezza del rischio paventato nel paragrafo precedente sono confermate dal contenuto della decisione commentata e, in particolare, dalla tecnica utilizzata dalla Corte EDU per risolvere il caso ad essa sottoposto.

La sentenza appare inserirsi in un filone, segnalato dalla dottrina, di “rinnovata aggressività caratteristica della nuova stagione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo che sembra curarsi oggi molto meno di un tempo delle peculiarità proprie delle identità nazionali, anche costituzionali, degli Stati membri”,³⁸ conculcandone il margine di apprezzamento.

In una materia tanto delicata come la procreazione artificiale tale margine era stato riconosciuto susistere anche da una recente decisione della *Grande Chambre*, secondo la quale: “*since the use of IVF treatment gave rise then and continues to give rise today to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised by the case*

³³ Per una diversa prospettiva v., invece, E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita*, cit.

³⁴ Sul quale cfr. da ultimo T. JAGLAND, *Secretary General of the Council of Europe, Communication to the Parliamentary Assembly*, 23 gennaio 2012, disponibile sul sito Internet del Consiglio d’Europa, all’indirizzo http://hub.coe.int/web/coe-portal/20120123_ap

³⁵ Disponibile su Internet, nel sito del Consiglio d’Europa, all’indirizzo <http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration/>

³⁶ Sul punto v., tra i molti, le riflessioni di F. BILANCIA, *Con l’obiettivo di assicurare l’effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il “margine di apprezzamento” statale*, cit., 4774; ID., *I diritti fondamentali come conquiste sovra-statali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002, 63 ss.

³⁷ §. 69 della sentenza del 1° marzo 2010 (Requêtes no 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04).

Può essere utile riportare anche un passaggio della decisione della *Grande Chambre* nel caso *A.B.C. v. Ireland* (sentenza del 10 dicembre 2010, Application no. 25579/05, disponibile sul sito Internet della Corte): “*the Court reiterates that under Article 35 § 1 it may only deal with a matter after all domestic remedies have been exhausted. The existence of such remedies must be sufficiently certain not only in theory but also in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness*” (§. 142 della sentenza).

³⁸ O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale*, nel *Forum di Quaderni costituzionali*, 3. V. anche ID., *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Diritto dell’Unione Europea*, 2009, 1 ss.

touch on areas where there is not yet clear common ground amongst the member States, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be a wide one.³⁹

Non sembra possibile sminuire la portata di tali affermazioni facendo leva sul fatto che esse si riferiscono a un giudizio relativo alla procreazione eterologa, mentre il caso *Costa et Pavan* riguarda la procreazione omologa. Tale obiezione cozza tanto contro il tenore letterale, di carattere generale, del passaggio sopra ricordato, quanto con le considerazioni espresse dalla stessa *Grande Chambre*, nel 2010, allorquando, sia pure in riferimento a una questione sull'aborto in Irlanda, ha affermato che: "*of central importance is the finding ... that the question of when the right to life begins came within the States' margin of appreciation because there was no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, so that it was impossible to answer the question whether the unborn was a person to be protected for the purposes of Article 2. Since the rights claimed on behalf of the foetus and those of the mother are inextricably interconnected ... the margin of appreciation accorded to a State's protection of the unborn necessarily translates into a margin of appreciation for that State as to how it balances the conflicting rights of the mother*".⁴⁰

Superando, dunque, i limiti imposti dalla garanzia del margine d'apprezzamento, la sentenza *Costa et Pavan* utilizza una tecnica decisoria propria dei Tribunali costituzionali, e cioè un giudizio di ragionevolezza – nella sua esigenza di coerenza tra le varie disposizioni presenti nell'ordinamento⁴¹ – sulla normativa italiana, che esula oltretutto dai poteri propri della Corte stessa.

Quest'ultima è infatti istituzionalmente competente a verificare se un certo comportamento o una certa disciplina si pongano in contrasto con quanto prescritto dalla CEDU e non a valutare la coerenza tra tutte le norme presenti – tanto più in materie così delicate come quelle in esame – in un determinato ordinamento. Nel caso *de quo*, invece, il divieto di diagnosi pre-impianto non è stato considerato *come tale* contrario alla CEDU, ma è stato ritenuto con quest'ultima contrastante soltanto in ragione delle altre norme vigenti nell'ordinamento italiano. Sennonché la posizione assunta dal giudice di Strasburgo nella sentenza *Costa et Pavan* conduce a conseguenze paradossali: 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, con buona pace, tra l'altro, della (garanzia di un minimo di) certezza del diritto in relazione all'interpretazione della Convenzione stessa.

Vale la pena, inoltre, sottolineare che la posizione della Corte EDU, se confermata in appello, fornirebbe un ulteriore argomento, da un lato, per dimostrare come le decisioni della stessa non possano *fisiologicamente* assumere efficacia *erga omnes*, e cioè applicarsi anche nei confronti di Stati che non sono stati parte del giudizio in cui è pronunciata la decisione;⁴² d'altro lato, per rafforzare le critiche rivolte alla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, che consente di ricavare da decisioni della Corte EDU relative a Stati diversi dall'Italia regole di carattere generale, efficaci per il tramite dell'art. 117 Cost. anche per il nostro Paese.⁴³ Se nel giudizio relativo alla "convenzionalità" di una certa disciplina può assumere un ruolo decisivo l'insieme di tutte le altre disposizioni vigenti in un determinato ordinamento, diviene pressoché impossibile richiamare il contenuto di una sentenza relativa a uno Stato per inferirne conseguenze relative

³⁹ §. 97 della sentenza *S.H. and Others v. Austria* del 1° aprile 2010, cit., che prosegue: "*The State's margin in principle extends both to its decision to intervene in the area and, once having intervened, to the detailed rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests*".

⁴⁰ §. 237 della sentenza *A.B. and C. v. Ireland*, cit.

⁴¹ Sul rapporto tra principio di ragionevolezza e coerenza della legislazione v. A. MORRONE, *Corte costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, in AA.VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi svoltosi nei giorni 2-4 ottobre 2006 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", pubblicati nel numero monografico 2006 della Rivista *Nova Iuris Interpretatio in hodierna gentium communione*, a cura di A. CERRI, Tomo II, 239 ss.

⁴² Sull'efficacia *inter partes* delle decisioni della Corte v. M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 186 s.; E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Atti del Seminario di Studi svoltosi presso Palazzo della Consulta, il 6 novembre 2009, Milano, 2010, 189 ss.; F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, cit., pag. 4 del dattiloscritto. Al riguardo cfr., tuttavia, G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 195 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes – V. Zagrebelsky, Milano, 2011, 71 ss.

⁴³ Sul punto si consente il rinvio a F. VARI, *A (ben) cinque anni dalle sentenze gemelle, (appunti su) due problemi ancora irrisolti*, cit., 6.

all'ordinamento di altri Paesi, viste le infinite differenze – dalle sfumature alle regole generali – che connotano le legislazioni degli stessi.

7. Il contrasto tra la disciplina della procreazione artificiale e la legge sull'aborto

Proprio lo iato esistente tra la Corte europea e l'ordinamento italiano è all'origine di un ulteriore vizio della decisione, e cioè l'erronea idea – su cui si fonda il giudice di Strasburgo – che la donna sia, per la normativa vigente in Italia, libera di abortire in caso di malattia del feto.⁴⁴ Al contrario nel nostro Paese, come è noto, l'aborto è consentito soltanto nell'ipotesi in cui sussista un serio pericolo per la salute o la vita della donna.⁴⁵ Nota al riguardo Busnelli che al «*right to choose the abortion*» proprio dell'ordinamento nordamericano “non corrisponde, nel nostro sistema un diritto di abortire”, dal momento l'aborto costituisce esclusivamente “una misura per scongiurare un pericolo per la salute fisica o psichica della donna”.⁴⁶ A questo proposito è significativo ricordare anche il chiaro orientamento della Corte di cassazione, volto ad escludere l'esistenza, nell'ordinamento italiano, di un “principio di eugenesi o di eutanasia prenatale”, da ritenere in contrasto con “i principi di solidarietà” affermati dalla Carta costituzionale.⁴⁷

La sezione della Corte EDU non ha colto che, nella prospettiva dell'ordinamento italiano, diagnosi pre-impianto e aborto costituiscono due fattispecie diverse anche sotto il profilo dei relativi scopi. La prima ha una finalità eugenetica, il secondo, per la normativa vigente in Italia, dovrebbe avere come unico obiettivo invece la tutela della salute o della vita della donna.

8. Sul c.d. diritto ad avere un figlio sano

La verità è che, al di là delle affermazioni contenute in un passaggio della sentenza,⁴⁸ la Corte EDU fonda la propria decisione sull'esistenza di una sorta di diritto a un figlio sano,⁴⁹ che nell'ordinamento italiano sarebbe garantito dalla disciplina sull'aborto, ma negato da quella sulla PMA.

Questa ricostruzione non solo, come evidenziato nel paragrafo precedente, non risponde in realtà all'assetto attuale dell'ordinamento italiano ma – aspetto ancor più grave – si fonda sull'idea che la vita dei malati valga meno di quella dei sani o peggio che esistano *lebensunwerte Leben*, e cioè vite che non vale la pena vivere.

Proprio in tale prospettiva si inserisce il ricorso alla diagnosi pre-impianto. Essa, come sottolineato da Habermas, dà vita a un “controllo premeditato sulla qualità” dell'embrione, con la conseguente “strumen-

⁴⁴ Cfr., in particolare, §§. 60 ss. della decisione.

⁴⁵ V. VIOLINI – A. OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. CARTABIA, Bologna, 2007, 201; A. RUGGERI – A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 346; Cfr., inoltre, A. CARIOLA – S. PAPANDEA, *Riflessioni minime su una legge controversa: l'obbligo di impianto nella disciplina sulla fecondazione assistita*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, cit., 483; A. VALONGO, *Soggettività del concepito e diritti fondamentali*, cit., 242 ss.

⁴⁶ F.D. BUSNELLI, *Giurisprudenza e bioetica*, in ID., *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001.

⁴⁷ Corte di cassazione, sez. III civile, sent. 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, 3327 ss.; sez. III civile, sent. 14 luglio 2006, n. 16123, in *Corr. giur.*, 2006, 1691 ss. Sul punto v. A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, a cura di A. D'ALOIA, Torino, 2005, XXVII. V., inoltre, Corte di cassazione, sez. III civ., sent. 11 maggio 2009, n. 10741, in *Dir. fam. pers.*, 2009, fasc. 3, pt. I, p. 1159 ss. (con nota di G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura “integrata” dell'art. 1 c.c.*) in cui si afferma che “in base alla l. n. 194 del 1978, sull'interruzione volontaria di gravidanza, e in particolare agli artt. 4 e 6 nonché all'art 7, comma 3, che prevedono la possibilità di interrompere la gravidanza nei soli casi in cui la sua prosecuzione o il parto comportino un grave pericolo per la salute o la vita della donna, deve escludersi nel nostro ordinamento il cd. aborto eugenetico”. Su quest'ultima decisione v. A. VALONGO, *Soggettività del concepito e diritti fondamentali*, cit., 239 ss.

⁴⁸ §. 54: “*En effet, dans le cas d'espèce, le D.P.I. n'est pas de nature à exclure d'autres facteurs pouvant compromettre la santé de l'enfant à naître, tels que, par exemple, l'existence d'autres pathologies génétiques ou de complications dérivant de la grossesse ou de l'accouchement, le test en cause visant le diagnostic d'une « maladie génétique spécifique d'une particulière gravité [...] et incurable au moment du diagnostic »*”.

⁴⁹ Sul punto cfr. M. LUCIANI, *Diritti controversi alla Corte di Strasburgo*, apparso su *L'Unità* del 3 settembre 2012, p. 15, il quale parla di una “certa ambiguità” mantenuta dalla sentenza “sull'esistenza o meno del «diritto ad avere un figlio sano»”.

talizzazione di una vita umana – generata con riserva – rispetto alle preferenze e agli orientamenti di valore nutriti da terzi”,⁵⁰ mettendo così a repentaglio anche la garanzia del diritto alla vita⁵¹.

⁵⁰ J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, cit., 33.

Sul tema v. le considerazioni di A. LOIODICE, *La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita*, cit., 330 ss.; L. VIOLINI, *Bioetica e laicità*, in AA.VV., *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, svoltosi a Napoli, nei giorni 26 e 27 ottobre 2007, Padova, 2008, 258.

⁵¹ Sul tema sia consentito il rinvio a F. VARI, *Concepito e procreazione assistita*, cit., 125 ss. Ivi ampia bibliografia.