

PREMIO RICERCA «CITTÀ DI FIRENZE»

– 59 –

COLLANA PREMIO RICERCA «CITTÀ DI FIRENZE»

Commissione giudicatrice, anno 2017

Anna Dolfi (Presidente)
Maria Boddi
Andrea Bucelli
Roberto Casalbuoni
Roberto Ferrise
Marcello Garzaniti
Maria Cristina Grisolia
Patrizia Guarnieri
Roberta Lanfredini
Pierandrea Lo Nostro
Giovanni Mari
Alessandro Mariani
Paolo Maria Mariano
Simone Marinai
Rolando Minuti
Paolo Nanni
Giampiero Nigro
Angela Perulli

Costanza Masciotta

**Costituzione e CEDU
nell'evoluzione giurisprudenziale della
sfera familiare**

Firenze University Press
2019

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare / Costanza Masciotta. – Firenze : Firenze University Press, 2019.
(Premio Città di Firenze ; 59)

<http://digital.casalini.it/9788864538235>

ISBN 978-88-6453-822-8 (print)
ISBN 978-88-6453-823-5 (online)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc
Immagine di copertina: *Courtroom of the European Court of Human Rights in Strasbourg*, Adrian Grycuk
(licensed under CC BY-SA 3.0 PL - <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/pl/deed.it>).

L'opera è la naturale prosecuzione della tesi di dottorato dal titolo "La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte EDU alla prova di questioni eticamente controverse", vincitrice del Premio Ricerca Città di Firenze e anche del premio intitolato al Prof. Luigi Arcidiacono, riservato a giovani studiosi italiani o stranieri, autori di un'opera monografica inedita che costituisca un valido e originale contributo nel campo del Diritto costituzionale e pubblico, italiano e comparato-Premio Prof. Luigi Arcidiacono 2017, bandito dall'Università degli studi di Catania.

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice (www.fupress.com).

Consiglio editoriale Firenze University Press

A. Dolfi (Presidente), M. Boddi, A. Bucelli, R. Casalbuoni, M. Garzaniti, M.C. Grisolia, P. Guarnieri, R. Manfredini, A. Lenzi, P. Lo Nostro, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, G. Nigro, A. Perulli, M.C. Torricelli.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

This book is printed on acid-free paper

CC 2019 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy
www.fupress.com
Printed in Italy

*Alla mia famiglia
punto fermo della mia vita
A Leonardo
per l'amore e il sostegno infinito*

Sommario

Introduzione	11
Capitolo 1	
Corte costituzionale e Corte EDU alla prova del fattore scientifico e dell'evoluzione sociale	15
1.1. L'ampio <i>genus</i> dei temi eticamente sensibili e la loro forza "attraattiva"	15
1.2. Delimitazione <i>ratione materiae</i> dell'oggetto della ricerca	18
1.3. Approccio giurisprudenziale come fondamento dell'indagine	22
1.4. Giudizio di legittimità costituzionale e vincoli derivanti dalla Convenzione	24
1.5. Il ruolo del giudice dinanzi all'evoluzione sociale e scientifica: alla ricerca di un "faro" nell'ombra di questioni eticamente sensibili	28
1.6. Tecniche di giudizio impiegate dalla Corte costituzionale: simmetrie ed asimmetrie nel bilanciamento dei diritti e nell'uso della comparazione giuridica	32
1.7. Il "consensus" normativo e l'impiego della Convenzione come <i>living instrument</i> nella giurisprudenza convenzionale	36
Capitolo 2	
La procreazione medicalmente assistita tra Corti e legislatore	41
2.1. La l. n. 40/2004 e il tentativo di svolgere un ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco	41
2.2. Profili di comparazione giuridica e l'isolamento del contesto italiano in materia di procreazione assistita	47
2.3. Cade il primo divieto della l. n. 40/2004: una decisione costituzionale non così <i>tranchant</i> come potrebbe apparire <i>prima facie</i>	51
2.4. Il caso <i>Costa e Pavan contro Italia</i> e l'attivismo "bifronte" della Corte EDU nell'ambito della diagnosi pre-impianto	55
2.5. L'immediata risposta del giudice nazionale alla coppia vittoriosa a Strasburgo: diretta esecuzione della CEDU e mancata rimessione della questione di legittimità costituzionale	63
2.6. Il divieto di accesso alla diagnosi pre-impianto giunge alla Consulta: un'ulteriore declaratoria di incostituzionalità della l. n. 40/2004	65
2.7. La donazione di gameti al vaglio del giudice convenzionale: l'iniziale attivismo della sezione e il passo indietro della <i>Grande Chambre</i>	70

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare	
2.8. La risposta della Consulta sul divieto di eterologa: dall'iniziale restituzione degli atti alla successiva svolta interventista	82
2.9. Il recente allineamento tra Corti nell'ambito della ricerca scientifica sugli embrioni: una questione ancora aperta, tutta da disciplinare	92
2.10. Il silenzio del legislatore sullo <i>status filiationis</i> conseguente alla maternità surrogata e i limiti all'operato dei giudici: la Corte costituzionale indica una via	101
Capitolo 3	
La tutela giuridica delle unioni tra persone dello stesso sesso	109
3.1. Il "silenzio eloquente" protratto dal legislatore e la scure delle due Corti, costituzionale e convenzionale	109
3.2. La Consulta interpreta evolutivamente l'art. 2 Cost. ma resta ancorata ad un'interpretazione "originalista" dell'art. 29 Cost.	115
3.3. La decisione <i>Schalk</i> estende la nozione di "vita familiare" ma prevale il margine di apprezzamento statale sulla questione matrimoniale	123
3.4. L'incertezza del panorama giurisprudenziale italiano e l'ulteriore "monito costituzionale"	127
3.5. Il caso <i>Oliari</i> e l'incisiva condanna del legislatore italiano per inosservanza dei moniti costituzionali	135
3.6. L'attuale disciplina delle "unioni civili": una legge costituzionalmente e convenzionalmente necessaria che lascia aperte alcune rilevanti questioni	140
Considerazioni conclusive	151
Bibliografia	159
Parte generale	159
Parte speciale	165
Ringraziamenti	187

L'opera è la naturale prosecuzione della tesi di dottorato dal titolo "La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte EDU alla prova di questioni eticamente controverse", vincitrice del Premio Ricerca Città di Firenze e anche del premio intitolato al Prof. Luigi Arcidiacono, riservato a giovani studiosi italiani o stranieri, autori di un'opera monografica inedita che costituisca un valido e originale contributo nel campo del Diritto costituzionale e pubblico, italiano e comparato-Premio Prof. Luigi Arcidiacono 2017, bandito dall'Università degli studi di Catania.

Introduzione

Il volume ha ad oggetto l'analisi delle tecniche di giudizio e la qualità della tutela sostanziale offerta dalla Corte costituzionale italiana e dalla Corte EDU nell'ambito di alcune tematiche "eticamente sensibili", perché involgenti il più profondo sentire della persona, in stretta correlazione con la concezione della vita e delle relazioni affettive: questioni rispetto alle quali generalmente manca un *consensus* strutturato nella società civile in ordine alla meritevolezza delle posizioni soggettive coinvolte.

Al centro della indagine vi sono due ambiti particolarmente interessati dal confronto tra giurisprudenza costituzionale e convenzionale: da un lato, la tutela giuridica delle unioni omoaffettive e la dibattuta questione del matrimonio omosessuale, dall'altro, la complessa tematica della procreazione medicalmente assistita.

Questa delimitazione *ratione materiae* può apparire singolare o, addirittura, frutto di una scelta arbitraria.

Il tema della fecondazione assistita evoca la tutela della vita e l'interesse a costituire una famiglia mediante l'ausilio del progresso scientifico, l'ambito delle unioni omosessuali, invece, pone al centro un rapporto di coppia di carattere affettivo, a prescindere dal momento generativo di una nuova vita.

In realtà questi due settori, apparentemente lontani l'uno dall'altro, riescono a comunicare tra loro e offrono importanti spunti di riflessione per il diritto costituzionale sostanziale e procedurale. Dal punto di vista sostanziale, infatti, questi temi ricadono nel complesso ambito dell'"universo familiare" e forniscono indicazioni utili per un ripensamento critico dell'idea "monolitica" di famiglia. La famiglia come istituzione pre-giuridica, fondata esclusivamente sul matrimonio, è ormai in crisi, come dimostreranno i diversi interventi giurisprudenziali in tema di unioni omosessuali e di tutela del progetto genitoriale in caso di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Guardando al profilo procedurale, in entrambi i settori oggetto di indagine è possibile riscontrare un uso "peculiare" di tecniche decisorie e di giudizio tipiche dei due sistemi di garanzia: a seconda degli obiettivi da raggiungere e della forza attraverso la quale comunicare un certo messaggio, la Corte costituzionale utilizza tipologie di sentenze molto diverse fra loro in modo sostanzialmente "fungibile" (i.e. decisioni di inammissibilità, monitorie di rigetto, additive) e lo stesso può dirsi della Corte EDU quando impiega il criterio del *consensus* tra Stati contraenti.

L'analisi delle tecniche di giudizio impiegate a Roma e a Strasburgo in tali ambiti costituisce un terreno fertile anche per l'elaborazione di nuove ipotesi ricostruttive, suscettibili di un'applicazione generalizzata in settori "eticamente sensibili".

A queste due motivazioni fondamentali sottese alla scelta del *thema decidendum* se ne aggiungono altre di non minore importanza: fecondazione assistita e unioni omoaffettive sono, infatti, tematiche particolarmente divisive nell'ambito del sentire sociale, "sensibili", perché suscettibili di alimentare un vivace dibattito giuridico, ma anche sociale, morale, culturale e politico, tale da impegnare la coscienza collettiva oltreché individuale.

Si tratta, inoltre, di questioni accomunate da una rilevante attitudine alla trasversalità, al crocevia tra etica, scienza e diritto, nonché tra diritto e società civile.

Partendo dall'analisi delle tecniche di giudizio impiegate in questi ambiti, sarà possibile individuare i tratti qualificanti della tutela offerta dai due sistemi di garanzia, costituzionale e convenzionale, nonché dai giudici comuni e verificare il tasso di "creatività" delle Corti in rapporto alla sfera di discrezionalità politica riservata al legislatore.

Due sono i quesiti costantemente sottesi all'indagine: ci si chiede se in materie in cui manca un *consensus* convenzionale in ordine alla meritevolezza giuridica di certe posizioni soggettive, i giudici di Strasburgo abbiano perpetrato quell'atteggiamento "interventista" che ha caratterizzato la tutela dei diritti "tradizionali" della persona. Allo stesso tempo come ha agito la Corte costituzionale dinanzi a questioni particolarmente divisive nella società civile: si è mantenuta entro gli argini del *self restraint* che connotano il tradizionale ruolo di "potere neutro" voluto dai Costituenti o, piuttosto, si è mossa verso un'accentuazione del proprio "potere normativo"?

L'indagine porterà anche a riflettere sul generale andamento dei rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU: sussiste una relazione dialogica, di interazione reciproca o, piuttosto, prevalgono i profili di frizione?

Dopo aver analizzato questi aspetti sarà possibile individuare le eventuali carenze nell'attività del legislatore e nella stessa giurisprudenza delle Corti e proporre delle soluzioni innovative in grado di ovviare alle mancanze riscontrate.

Saranno, quindi, individuate nuove tecniche di giudizio suscettibili di applicazione nello specifico ambito dei temi "eticamente sensibili", in grado di fornire una tutela effettiva agli interessi in gioco e, al contempo, ridurre le distanze tra i due fondamentali poteri dello Stato, legislativo e giudiziario.

La presente analisi toccherà, pertanto, tre diversi profili del diritto costituzionale generale: quello della *multilevel protection* offerta dalla Corte costituzionale, dal giudice della Convenzione e dai giudici comuni; la problematica emersione di "nuovi diritti" dinanzi all'evoluzione scientifica e al mutare del sentire sociale; infine, le dinamiche ordinamentali che attualmente intercorrono tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo negli ambiti esaminati. Il rapporto tra giurisprudenza costituzionale e convenzionale dinanzi a temi "sensibili" costituisce, infatti, l'occasione per riflettere anche sui mutati equilibri tra potere legislativo e giudiziario nell'esercizio della funzione di garanzia dei diritti della persona e soffermarsi sugli odierni approdi del nostro Stato costituzionale.

Nelle pagine che seguiranno si individuerà, innanzitutto, il significato dell'espressione "questioni eticamente sensibili": una locuzione utilizzata con frequenza nel dibattito dottrinario e, proprio per questo, bisognosa di una definizione preliminare.

Una volta inquadrata tale nozione si procederà ad indicare le ragioni sottese alla scelta delle unioni omosessuali e della procreazione assistita come oggetto specifico dell'indagine e la metodologia impiegata. Si proseguirà con una sintetica ricostruzione del ruolo assunto dal diritto convenzionale nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, con particolare riguardo ai più recenti sviluppi giurisprudenziali.

Alla delimitazione dell'oggetto e del metodo della ricerca seguirà l'individuazione delle tecniche di giudizio impiegate con maggior frequenza dalle due Corti, costituzionale e convenzionale, dinanzi a questioni "eticamente sensibili": l'analisi di queste tecniche verrà, quindi, approfondita nei capitoli secondo e terzo dedicati, rispettivamente, alla procreazione medicalmente assistita e alla tutela giuridica delle unioni omosessuali.

Il secondo capitolo fornirà un inquadramento generale delle scelte qualificanti la l. n. 40/2004, mettendo in luce il loro complessivo isolamento in un'ottica di diritto comparato e proseguirà con l'analisi delle decisioni costituzionali, convenzionali e dei giudici di merito che hanno interessato gli ambiti della diagnosi pre-impianto, della donazione di gameti, della ricerca scientifica sugli embrioni e, infine, della maternità surrogata.

Il terzo capitolo si soffermerà sugli interventi giurisprudenziali della Corte costituzionale, dei giudici di Strasburgo e della Corte di Cassazione italiana in ordine al riconoscimento del matrimonio *same sex* e alla tutela giuridica delle coppie omoaffettive, per valutare anche la loro incidenza sul contenuto della l. n. 76/2016 relativa alle cd. "unioni civili" e delineare le questioni ancora aperte in questo settore.

Nelle considerazioni conclusive saranno individuati gli odierni approdi nella tutela offerta dalla Corte costituzionale e dalla Corte EDU alle nuove formazioni familiari e le eventuali carenze nel rapporto tra Autorità e Garanzia per giungere, infine, all'elaborazione di soluzioni "procedurali" volte a garantire un rafforzamento della tutela "sostanziale" degli interessi in gioco.

Capitolo 1

Corte costituzionale e Corte EDU alla prova del fattore scientifico e dell'evoluzione sociale

1.1. L'ampio *genus* dei temi eticamente sensibili e la loro forza "attrattiva"

Nonostante i concetti di "etica" ed *ethos* siano stati conosciuti molti secoli addietro, una definizione univoca di "questioni eticamente sensibili" è ancora oggi difficile da formulare.

Esistono, infatti, molteplici posizioni in dottrina volte ad individuare il nucleo fondamentale di questi temi¹: tali concezioni, seppur molto diverse l'una dall'altra, sono accomunate dalla costante ricerca di un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco e dalla consapevolezza che sussiste una certa discrasia tra la definizione giuridica di un istituto e la corretta regolazione della fattispecie concreta.

Una parte degli studiosi tende a circoscrivere le "questioni eticamente sensibili" nell'ambito del complesso rapporto che lega scienza, diritto e persona umana, limitandosi ad indagare le sole fattispecie figlie del progresso scientifico e della sua incidenza sui concetti di "vita" e di "morte".

Le origini dell'*ἠθoς* rievocano, però, un concetto ben diverso e molto più ampio: nell'antica Grecia il termine stava ad indicare ogni comportamento umano che po-

¹ Cfr. P. Borsellino, *Bioetica tra «moralì» e diritto*, Cortina Raffaello, Milano, 2009, nonché le analitiche riflessioni sul ruolo della dignità umana nell'ordinamento costituzionale svolte da G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, «Rivista AIC», 14 marzo 2008 e da M. D'Amico, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, «Forum di Quaderni costituzionali», 5 novembre 2015, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018). La dottrina che si occupa del rapporto fra evoluzione scientifica e diritto è molto ampia: senza pretesa di esaustività si ricordano G. Sorrenti, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, «Osservatorio costituzionale», 2, 2017; C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi (a cura di), *Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi: Forum Biodiritto 2008*, Cedam, Padova, 2009; A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005; L. Violini, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, «Le Regioni», VI, 2002, pp. 1450 e ss., e Id., *Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita*, in A. Celotto, N. Zanon (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Franco Angeli, Milano, 2004, pp. 39 e ss; E. Castorina, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, «Rivista AIC», 4, 2015. Per una compiuta ricostruzione delle vicende concernenti il tema della procreazione medicalmente assistita cfr. da ultimo S. Agosta, G. D'Amico, L. D'Andrea (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.

tesse assumere rilievo morale e l'“etica”, ancora oggi, è una branca della filosofia che indaga le azioni dell'uomo a prescindere dal loro rilievo giuridico o politico.

Trattandosi dello studio della condotta umana e del “bene morale” che essa è chiamata a perseguire, è chiaro che l'oggetto dell'etica è in perpetuo divenire, varia al variare delle epoche e delle società di riferimento: nei poemi omerici il “bene morale” per eccellenza era rappresentato da virtù quali il coraggio e la *pietas* verso gli Dèi, mentre altri autori, vissuti in un contesto sociale ben diverso di tipo prevalentemente contadino, come il grande Esiodo, esaltano la laboriosità e l'operosità come virtù superiori. Aristotele, il primo a coniare il termine “etica”, individua come scopo fondamentale della azione umana la felicità (“eudemonismo”), da raggiungere adeguando il comportamento alle esigenze proprie della natura umana essenzialmente razionale: la felicità consiste nel vivere secondo ragione, privilegiando, quindi, virtù razionali come la sapienza, la scienza, l'intelligenza, la saggezza e dominando gli impulsi più sensibili.

Con il susseguirsi delle epoche e dei contesti sociali l'oggetto di studio dell'etica continua ad essere la condotta umana, ma a mutare è il fine dalla stessa perseguito: autori fondamentali come Hobbes riconducono l'*ethos* ad una concezione pragmatica, nella quale il “bene” ricercato non è altro che la conservazione umana e l'appagamento degli impulsi individuali. Nell'etica Kantiana riemerge, invece, il perenne conflitto tra legge morale universale e passioni individuali che l'autore prova a superare postulando l'esistenza di Dio come sommo bene, nel quale vengono a coincidere virtù e felicità. Se in queste concezioni prevale lo studio del linguaggio soggettivo della morale, nella seconda metà del Novecento l'analisi si sposta verso un'etica cd. “normativa” che afferma la natura prescrittiva e oggettiva della morale e cerca di rispondere a questioni pubbliche, legate alla giustizia o all'accettabilità delle istituzioni politiche da un punto di vista morale².

Nel solco di questo mutamento di prospettiva si riscontra, a partire dagli anni 80' del Novecento, il passaggio graduale dall'etica “teorica” alla cosiddetta etica “applicata” che studia non tanto le questioni teoriche della giustizia distributiva, bensì un insieme di temi che coinvolgono concretamente il riconoscimento di diritti individuali di libertà. Pensiamo alla concezione lungimirante di Dworkin³ che individua il tratto fondamentale dell'etica nella piena salvaguardia del diritto di ciascun individuo a non essere discriminato o limitato nella propria autonomia.

Da questa concezione dell'etica “applicata” si sviluppa quell'orientamento ancora attuale che guarda alla riflessione etica per ottenere soluzioni utili dinanzi ai nuovi problemi morali, frutto delle grandi trasformazioni scientifiche e della tecnologia. È proprio all'interno di questo orientamento che si colloca la “bioetica” come studio

² Ha inaugurato questa fase della nuova “etica normativa” l'opera di J. Rawls, *A theory of justice*, «Harvard University Press», 1971, al centro della quale vi è l'elaborazione della teoria della giustizia, fondata sul principio di salvaguardia della libertà e dell'autonomia di ciascun individuo e sul principio di “differenza” o equità, secondo il quale riconoscimenti e limitazioni possono essere accettati sul piano sociale solo se diretti a migliorare le condizioni dei più svantaggiati e rendere più eque le istituzioni che governano la vita associata.

³ Cfr., in particolare, R. Dworkin, *Law's Empire*, «Harvard University Press», Cambridge, Massachusetts, 1986, pp. 40 e ss.

delle implicazioni morali connesse all'esercizio della pratica medica, alla luce dei nuovi e complessi scenari in cui l'operatore sanitario è chiamato ad operare: pensiamo alla ricerca e alla sperimentazione sull'embrione, alla regolazione delle situazioni di "fine vita", al consenso informato e, dunque, alle nuove frontiere del "nascerre", del "vivere" e del "morire".

La bioetica, tuttavia, è soltanto un tassello nell'ampio *genus* delle "questioni eticamente sensibili" le quali possono toccare diversi settori: dalla "bioetica" alla "etica ambientale", dalla tutela di nuove forme di "identità familiare" alla protezione dei dati personali dinanzi alle nuove tecnologie di comunicazione. La cd. "etica ambientale", per esempio, studia le conseguenze più o meno negative dello sviluppo tecnologico sulle relazioni tra uomo e ambiente naturale ed ha portato all'elaborazione di teorie volte a responsabilizzare le attuali generazioni nei confronti di quelle future, per una gestione razionale delle limitate risorse naturali che il nostro Pianeta offre.

Da non sottacere anche le questioni etiche relative al trattamento degli animali e al modo di rapportarsi con essi dinanzi all'uso di nuove tecniche, anche molto invasive, nell'ambito della produzione industriale del cibo e della sperimentazione farmaceutica.

Del pari, possono essere considerate "eticamente sensibili" tutte quelle tematiche che riflettono il mutare della coscienza sociale, dei costumi e delle tradizioni di una certa compagine sociale: pensiamo all'evoluzione di istituti come il matrimonio, o al progressivo riconoscimento delle unioni affettive omosessuali, così come agli sviluppi della nozione di "famiglia", sempre più slegata dal dato genetico per privilegiare la dimensione "sociale" del legame parentale.

Una volta inquadrata, seppur in termini generali, la vastità del *genus* dei temi "eticamente sensibili" è indispensabile capire che cosa, nell'attualità, li renda particolarmente "attraattivi" nelle aule dei tribunali così come nel dibattito sociale e politico.

La risposta pare risiedere nel *leitmotiv* che connota queste tematiche, ovvero la continua ricerca di una corretta definizione dei "nuovi diritti della personalità" concernenti l'esistenza e la vita di relazione del singolo individuo: dalla concezione dell'"essere umano", di ciò che può considerarsi "vita" e ciò che, invece, rientra nell'accezione di "morte", all'idea di "famiglia", di unione affettiva, di "superiore interesse del minore".

A ben vedere quelli enunciati sono profili che assumono una diversa connotazione a seconda dell'esperienza, del *background* culturale di ogni individuo e del contesto sociale in cui vive: come conciliare, allora, la perenne mutevolezza dell'*ethos* alla costante ricerca di certezza che connota il diritto?

La risposta, come vedremo, è molto complessa e potrebbe risiedere in un nuovo assetto dei rapporti tra operatori del diritto: legislatore, giudici, Corte costituzionale e Corte EDU, ognuno chiamato a fare la propria parte per un sollecito recepimento delle istanze sociali attraverso l'impiego di tecniche di giudizio innovative, utili a tale scopo.

1.2. Delimitazione *ratione materiae* dell'oggetto della ricerca

Una volta inquadrato il vasto *genus* delle questioni eticamente sensibili e la ragione sottesa alla loro "forza attrattiva", non resta che spiegare perché questa indagine sia circoscritta allo studio delle unioni omosessuali e della procreazione medicalmente assistita.

Si tratta di due tematiche che, nell'immaginario collettivo, sembrano avere ben poco in comune: le prime riguardano la tutela di relazioni affettive di coppia, la seconda, invece, concerne il discrimine tra ciò che può essere considerato "essere umano" e ciò che non lo è, con tutte le conseguenze in punto di temperamento tra "vita" e interesse procreativo.

Le unioni fra persone dello stesso sesso, inoltre, sono sempre esistite ed hanno caratterizzato la storia dell'uomo fin dalle sue più antiche origini, mentre le problematiche giuridiche connesse alla fecondazione artificiale sono una diretta conseguenza della più recente evoluzione medico-scientifica.

Perché, allora, circoscrivere l'indagine a settori che poco sembrano avere in comune?

Se è vero che procreazione assistita e tutela delle unioni omoaffettive trovano un comun denominatore nel coinvolgimento di valori essenziali della persona, legati alla concezione della vita e delle relazioni affettive, a ben vedere, analoga considerazione potrebbe essere svolta per l'ambito del "fine vita" o per la protezione di dati sensibili oggetto di circolazione sulla rete, temi che indubbiamente coinvolgono l'essenza più intima della persona umana.

A rendere particolarmente significativa l'analisi della fecondazione artificiale e delle unioni omosessuali sono due fondamentali ragioni, una di carattere sostanziale e l'altra di natura procedurale.

Dal punto di vista sostanziale la delimitazione *ratione materiae* è giustificata dalla nozione dinamica di "vita familiare" che, come vedremo, emerge dalla giurisprudenza costituzionale e convenzionale in questi due settori: una nozione in perpetuo divenire, frutto di un'interpretazione evolutiva dell'art. 8 CEDU e dei conferenti valori costituzionali, dotati di un'intrinseca "forza vivificante".

Questi due temi, seppur apparentemente distanti tra loro, in realtà rientrano in quello che può essere definito l'"universo familiare" e forniscono indicazioni utili per un ripensamento in chiave critica dell'idea di famiglia fondata esclusivamente sul matrimonio: un'idea sostanzialmente in crisi che necessita di nuovi paradigmi assiologici e di nuove qualificazioni giuridiche.

La seconda ragione giustificativa consta, invece, nelle tecniche di giudizio impiegate dalle Corti in questi settori le quali offrono importanti spunti di riflessione per il diritto costituzionale sostanziale e procedurale.

Se nell'ambito della procreazione assistita le decisioni del giudice costituzionale e della Corte EDU sono state di tipo prevalentemente "demolitorio", perché successive all'intervento del legislatore che per primo aveva individuato un certo temperamento di interessi, viceversa, nell'ambito delle unioni omoaffettive le rispettive pronunce si sono collocate prima dell'intervento del legislatore, quindi, prima che questi avesse individuato il bilanciamento tra i diversi valori coinvolti, assumendosene la corrispondente responsabilità politica.

Tale considerazione ha inciso in modo rilevante sulle tecniche di giudizio impiegate: l'attività giurisprudenziale nel primo caso si è mossa attraverso il sindacato di ragionevolezza sul bilanciamento legislativo e nel secondo, invece, sul piano dell'interpretazione.

A ciò si aggiunge che proprio in questi due settori Corte costituzionale e Corte EDU sembrano fare un uso per certi aspetti "disinvolto" di certe tecniche di giudizio: il sindacato di ragionevolezza e l'impiego talvolta "fungibile" di tipologie decisorie molto diverse fra loro (come le decisioni di inammissibilità e di merito) da parte del giudice costituzionale e l'utilizzo non sempre coerente della tecnica del *consensus* normativo a Strasburgo.

L'analisi di questi settori risulta, quindi, particolarmente utile per mettere a fuoco i *pro* e i *contra* delle diverse tecniche di giudizio utilizzate e ipotizzare delle soluzioni innovative, suscettibili di essere impiegate dinanzi alle sfide ancora aperte della contemporaneità (i.e. la ricerca scientifica sugli embrioni, o il riconoscimento delle relazioni parentali sorte da *surrogacy*, o il regime giuridico della *stepchild adoption* nelle unioni omoaffettive).

A tali ragioni giustificative della delimitazione del campo d'indagine se ne aggiungono altre non meno importanti: i temi in oggetto sono, infatti, accomunati da quello che potremmo definire il "silenzio eloquente" del legislatore, ovvero il silenzio prestato rispetto al riconoscimento giuridico di certe posizioni soggettive, "eloquente" perché espressivo di una scelta consapevole dell'organo politico di non regolare quelle situazioni, lasciando consequenzialmente prive di tutela certe categorie di soggetti.

Se nell'ambito della vasta gamma delle libertà fondamentali⁴ un tratto pressoché costante è la presenza di una disciplina legislativa minima, di riferimento, in grado di orientare gli operatori giuridici nella garanzia di una tutela sostanziale, negli ambiti oggetto di analisi, invece, il legislatore omette di dare protezione a certi interessi ed è frequente la sollecitazione dell'organo di giustizia costituzionale, laddove sussista l'esigenza di un intervento *erga omnes* e di un'applicazione uniforme e generalizzata della *regula iuris*, nonché dei giudici di Strasburgo ogniqualvolta le istanze di tutela sostanziale muovano verso i caratteri dell'immediatezza e concretezza qualificanti il giudizio convenzionale.

Questi settori sono, quindi, caratterizzati da un incisivo intervento suppletivo delle due Corti, talvolta mediante l'individuazione "qualitativa" della posizione soggettiva meritevole di garanzia e la sussunzione nell'alveo delle Carte di riferimento, talaltra attraverso l'elaborazione di principi o di vere e proprie regole giuridiche, idonee a rendere operativa nell'ordinamento la situazione soggettiva enucleata.

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

⁴ Pensiamo alla libertà personale, alla libertà di espressione o alle libertà collettive, di riunione e di associazione.

Nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, invece, una legge esiste ormai da tempo, la l. n. 40/2004, prevede regole concrete (come il divieto di accesso all'eterologa), ma tali precetti sono il frutto di un bilanciamento irragionevole che Corte costituzionale e Corte EDU procedono a sanzionare fino a desumere, in certi casi, dai principi costituzionali e dal sistema legislativo conferente, le norme concrete che andranno a sostituire quelle previgenti. Pensiamo alla vicenda dell'accesso delle coppie fertili alla fecondazione assistita: il giudice costituzionale, come vedremo, non si limita a formulare un principio orientativo, ma individua un "nuovo" diritto e aggiunge le regole di dettaglio volte a rendere effettivo l'accesso di tali coppie alla procreazione assistita e alla diagnosi pre-impianto⁵.

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

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

I settori oggetto di analisi sono, inoltre, particolarmente stimolanti per il giurista, poiché riflettono il mutare del sentire sociale e offrono uno spaccato sui limiti del diritto legislativo, nonché sul ruolo non soltanto suppletivo, ma anche di stimolo assunto in concreto dalle Corti per incentivare un intervento organico e generalizzato del legislatore. Sono, quindi, temi che hanno un rilievo centrale nella contingenza⁶ poiché richiedono al livello politico una regolamentazione giuridica che spesso, come in Italia, tarda ad arrivare.

La "crisi della legislazione" in questi settori è imputabile non soltanto alla frammentazione del sistema politico⁷, ma anche al rapido progresso scientifico nel settore procreativo e al continuo mutare del sentire sociale rispetto alle nuove formazioni familiari. Dinanzi all'evoluzione medica il legislatore non riesce, per defi-

⁵ Ovvero il criterio di «gravità» della patologia, enunciato dall'art. 6, comma 1, lettera b, l. 22 maggio 1978, n. 194 «Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza», GU Serie Generale n.140 del 22.05.1978, e il previo accertamento in «strutture pubbliche».

⁶ Come dimostra il *continuum* di interventi sia della Corte costituzionale sia della Corte EDU nei temi in oggetto.

⁷ Sulla generale frammentazione del sistema politico italiano nella contemporaneità la dottrina è sterminata, cfr. in particolare, P. Grossi, *Lo Stato moderno e la sua crisi (A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 1, 2011, pp. 1-22; Id., *Crisi del diritto oggi?*, «Diritto e società», 1, 2011, soprattutto pp. 44 e 45 ove si afferma che dinanzi all'insufficienza della legge il diritto «recupera su altri piani: per esempio valorizzando al massimo il piano dell'interpretazione/applicazione», ovvero il ruolo del diritto giurisprudenziale che l'autore saluta con favore. Note di criticità rispetto al fenomeno in atto sono espresse da M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, «Rivista AIC», 3, 2012, pp. 3 e ss.; N. Lupo, *I gruppi parlamentari nel parlamentarismo maggioritario*, «Democrazia e diritto». 3-4. 2009, pp. 83 e ss.

nizione, a stare al passo a causa della fisiologica lentezza delle modalità di produzione legislativa, mentre la costante evoluzione sociale delle relazioni familiari rende particolarmente difficile reperire un substrato di principi condivisi nell'ambito della tutela delle unioni omoaffettive.

Si tratta, pertanto, di temi in continua evoluzione e caratterizzati da una rilevante attitudine alla interdisciplinarietà, poiché riescono a coinvolgere non soltanto molteplici "branche" delle scienze giuridiche, come il diritto costituzionale, civile o penale, ma anche diverse "discipline" come la medicina, la filosofia e la sociologia.

Tali fattori rendono particolarmente ostica la previsione di una disciplina legislativa relativamente stabile, generale ed astratta e muovono verso una devoluzione al giudice del bilanciamento in concreto degli interessi coinvolti.

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

A tal riguardo, sarà interessante verificare se l'immagine suggerita da Antoine Garapon⁸ del giudice come punto di riferimento e ultimo rifugio per un individuo sempre più smarrito, isolato e sradicato dinanzi alle debolezze, incapacità ed incertezze della politica sia calzante anche nei settori oggetto di indagine.

Il secondo capitolo sarà, quindi, dedicato all'ampia tematica della procreazione assistita e agli interventi della Corte costituzionale, della Corte EDU e dei giudici comuni su una pluralità di questioni che vanno dalla diagnosi genetica pre-impianto, alla fecondazione eterologa, al divieto di ricerca scientifica sugli embrioni.

Se il primo di tali profili ha *ab initio* coinvolto soltanto i rapporti tra Corte EDU e giudici di merito in riferimento alla nota vicenda *Costa e Pavan contro Italia*, la Consulta è poi intervenuta per far cadere il divieto previsto dalla l. n. 40/2004 in materia di accesso alla diagnosi pre-impianto⁹.

Con la sentenza n. 162/2014 il Giudice delle Leggi ha, inoltre, dichiarato l'incostituzionalità del divieto assoluto di donazione di gameti e lo ha fatto a seguito di precedenti interventi di particolare rilievo dei giudici di Strasburgo, concernenti la disciplina della fecondazione eterologa nell'ambito del sistema giuridico austriaco. La I sezione della Corte dei diritti umani e la *Grande Chambre* sono giunte a conclusioni diametralmente opposte nella valutazione del margine di apprezzamento statale in un ambito così delicato come la procreazione medicalmente assistita ma, ciò che più conta, hanno espletato una funzione incisiva di stimolo nei confronti del nostro giudice costituzionale affinché entrasse nel merito di una questione che, due anni prima, aveva chiuso con una pronuncia di mero rito¹⁰.

⁸ A. Garapon, *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1997, pp. 19 e ss.

⁹ Cfr. Corte cost., 5.06.2015, n. 96.

¹⁰ Corte cost., ord. 22.05.2012, n. 150, con note di A. Ruggeri, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, «Consulta OnLine», 2012, <www.giurcost.org>, ultima consultazione 10/2018, di seguito sarà indicato soltanto (10/2018); E. Mal-

Nel terzo capitolo sarà, invece, analizzata la questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, affrontata sia dalla Corte EDU sia dal Giudice delle Leggi, senza tralasciare i risvolti giuridici e istituzionali della “legge sulle unioni civili”¹¹, introdotta in Italia grazie allo stimolo premanente dalla giurisprudenza, seppur con notevole ritardo rispetto al contesto europeo.

Attraverso la ricostruzione dello stato dell'arte in materia di procreazione assistita e tutela delle coppie omosessuali sarà, quindi, possibile valutare “se” e “in quale misura” il diritto di famiglia, tradizionalmente emblema dell'identità nazionale, costituisca oggi un terreno fertile per il confronto fra tutela costituzionale e convenzionale e quale sia l'attuale punto di approdo della “vita familiare” al crocevia tra Roma e Strasburgo.

1.3. Approccio giurisprudenziale come fondamento dell'indagine

L'analisi prende le mosse dallo studio analitico della giurisprudenza nei settori della procreazione medicalmente assistita e delle unioni omosessuali, per giungere a conclusioni di respiro più ampio, concernenti il rapporto tra giudici e legislatore nella contingenza e gli odierni approdi del nostro Stato costituzionale dinanzi alle sfide del progresso scientifico e del rinnovamento culturale.

La scelta della giurisprudenza come punto di partenza dell'indagine è giustificata da molteplici ragioni, prima fra tutte la considerazione che sono proprio i giudici a garantire l'applicazione dei diritti in concreto, quindi, gli unici a poter sopperire all'eventuale inerzia protratta dal legislatore.

Anche nei casi di conflitto più esacerbante al giudice non è, infatti, consentito il privilegio del *non liquet* dinanzi alle plurime domande di giustizia in materia di bio-diritto, o in ambiti comunque involgenti valori fondamentali, legati all'esistenza e alla dignità umana. Di fronte agli *hard cases* è spesso l'interpretazione delle Corti in senso conforme a Costituzione ed alle Carte dei diritti sovranazionali a costituire la chiave di volta per un bilanciamento concreto degli interessi in gioco.

La giurisprudenza con le sue garanzie procedurali¹², quali *in primis* la motivazione, assicura il pieno dispiegamento dei diritti e, nondimeno, costituisce un terreno

fatti, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, «Forum di Quaderni costituzionali», 29 giugno 2012, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); A. Morrone, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, ivi, 19 luglio 2012; V. Magrini, *La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, «Rivista AIC», 3, 2012; I. Pellizzone, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, «Rivista AIC», 3, 2012; R. Romboli, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, «Consulta OnLine», 2013, <www.giurcost.org>, (10/2018).

¹¹ L. 20 maggio 2016, n. 76, «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», GU Serie Generale n. 118 del 21.05.2016.

¹² Sul punto cfr. R. Romboli, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in AA.VV., *Quaderno n. 16 del Seminario per gli studi e le ricerche parlamentari*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 63 e ss. Ivi l'autore evidenzia che la legittimazio-

fertile per sollecitare cambiamenti nelle diverse discipline che incidono sui diritti della persona, come dimostra la riforma della filiazione naturale in Italia e in Francia sotto la spinta della giurisprudenza di Strasburgo.

Pensiamo, inoltre, agli interventi della Corte EDU in tema di vita familiare e unioni omosessuali: l'ampliamento del novero delle situazioni soggettive meritevoli di tutela, ex art. 8 CEDU, ha indubbiamente inciso sulla decisione del Governo italiano di porre in prima linea l'approvazione della "legge sulle unioni civili".

Gli stessi interventi demolitori che progressivamente hanno colpito la l. n. 40/2004, da Strasburgo prima¹³ al giudice costituzionale poi¹⁴, dimostrano quanto può essere incisivo lo stimolo promanante dalla giurisprudenza alla ridefinizione di un corretto bilanciamento degli interessi in gioco in una materia dal profondo impatto etico e sociale.

Le decisioni che approfondiremo, in definitiva, incidono su importanti questioni di diritto costituzionale: dal legame intercorrente tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, quindi, tra Autorità e Garanzia, con particolare riguardo all'assetto dei rapporti tra politica e giustizia costituzionale, alla relazione apparentemente «a distanza»¹⁵ tra la nostra Corte costituzionale e il giudice della Convenzione nella tutela dei diritti fondamentali.

L'analisi giurisprudenziale, come vedremo, è, inoltre, costantemente integrata dal metodo della comparazione giuridica sia in ordine alla disciplina legislativa degli istituti oggetto di analisi (i.e. diagnosi pre-impianto, donazione di gameti, ricerca scientifica sugli embrioni, *same sex marriage* e unioni civili) sia in riferimento alla giurisprudenza sovranazionale conferente.

Resta un ulteriore quesito metodologico cui dare risposta: quali sono le fondamenta teorico-ricostruttive dalle quali muove l'indagine giurisprudenziale?

Come autorevole dottrina insegna¹⁶, le prospettive attraverso le quali guardare alla giurisprudenza sono essenzialmente due: si può partire dalla disamina delle tecniche di giudizio impiegate, per poi verificare i riflessi sul *quantum* di tutela offerto ai diritti coinvolti, o, invece, analizzare i tratti qualificanti della sola tutela sostanziale, attraverso l'esame approfondito degli indirizzi giurisprudenziali di merito.

Se è vero che le tecniche di giudizio rappresentano l'"involucro" selezionato dall'operatore giuridico in funzione servente, per veicolare determinati indirizzi, la premessa metodologica indefettibile di questa indagine è che tecniche di giudizio e contenuti sostanziali della tutela si influenzano e intersecano reciprocamente, dando vita ad un fenomeno giuridico unitario.

ne del giudice non dipende soltanto dalla sua posizione di autonomia ed indipendenza, ma anche dall'obbligo di rispettare le regole procedurali del cd. "giusto processo".

¹³ In tema di diagnosi pre-impianto in Corte EDU, 28.08.2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/10.

¹⁴ In riferimento al divieto di eterologa ed al divieto di accedere alla PMA ed alla diagnosi pre-impianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche, cfr. rispettivamente Corte cost., n. 162/2014 e n. 96/2015.

¹⁵ In tal senso, cfr. L. Violini, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, «Rivista AIC», luglio 2014, pp. 1 e ss.

¹⁶ Cfr. A. Ruggeri, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, «Gruppo di Pisa», p. 3, <<https://www.gruppodipisa.it>>, (10/2018).

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

Occorre, pertanto, guardare alle tecniche di giudizio sia per valutare il *quantum*, la misura della tutela sostanziale offerta ai beni della vita coinvolti sia per verificare lo stato di osservanza o eventuale violazione dei canoni di giudizio posti a presidio della funzione giurisdizionale.

Peraltro, se il dialogo multilivello tra Corte costituzionale e Corti sovranazionali è un tema ampiamente indagato in dottrina dal punto di vista della tutela sostanziale¹⁷, assai meno studiati sono i profili processuali e la loro incidenza sugli assetti del nostro Stato costituzionale.

L'indagine porterà, quindi, a individuare i tratti qualificanti l'interazione tra tecniche di giudizio e tutela sostanziale garantita dai due sistemi di giustizia in questi ambiti "eticamente sensibili".

In tal modo sarà possibile valutare anche il tasso di creatività della giurisprudenza in rapporto alla sfera di discrezionalità politica del legislatore, quindi, verificare se anche questi settori "sensibili" tendano a collocarsi fuori dal circuito politico-rappresentativo, sempre più attratti dal polo della giurisdizione.

Analizzate le carenze e i punti di forza dei sistemi di tutela costituzionale e convenzionale dinanzi a questi temi saranno, infine, formulate due ipotesi ricostruttive fondate su argomentazioni di natura sistematica volte, rispettivamente, l'una a sanzionare l'inerzia del legislatore in ambito nazionale, mantenendo saldo il principio della separazione dei poteri e l'altra a favorire un coerente impiego della tecnica del *consensus* normativo a livello convenzionale, nel rispetto del margine di apprezzamento degli Stati contraenti.

1.4. Giudizio di legittimità costituzionale e vincoli derivanti dalla Convenzione

Prima di analizzare le caratteristiche sostanziali e procedurali della giurisprudenza intervenuta nell'ambito dei temi enunciati è opportuno ricordare quale sia il generale rilievo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento giuridico nazionale.

Con le «sentenze gemelle» nn. 348 e 349 del 2007, come noto, il Giudice delle Leggi ha delineato un chiaro modello di interazione tra i due sistemi di tutela¹⁸: la

¹⁷ Cfr., in tal senso, A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2017.

¹⁸ Molto ampio è il dibattito dottrinario avente ad oggetto le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale: si vedano al riguardo, tra gli altri, G. Tesaro, *Costituzione e norme esterne*, «Il Diritto dell'Unione Europea», 2009, pp. 195 e ss.; R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011, pp. 25 e ss.; M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, «Giur. Cost.», 2007, pp. 3565 e ss.; C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi ad essa confliggenti*, ivi, pp. 3518 e ss.; P. Caretti, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, «Dir. umani e dir. intern.», 2008, pp. 311 e ss.; B. Conforti, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti tra diritto interno e trattati internazionali*, ivi, pp. 581 e ss.; A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, «Forum di Quaderni costituzionali», 2007, <www.forumcostituzionale.it>.

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

Le norme della Convenzione «vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea»¹⁹ e agli organi interni «è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve»²⁰.

Da ciò discende che l'interpretazione resa a Strasburgo incide sulla determinazione del parametro di costituzionalità e dà un contenuto a quegli «obblighi internazionali» richiamati dall'art. 117, comma 1, Cost. nei giudizi in cui le norme CEDU vengano invocate come parametri interposti²¹.

Quale, dunque, il rilievo della Convenzione nel sistema nazionale delle fonti?

Secondo l'impostazione adottata nelle «sentenze gemelle» la norma convenzionale si colloca ad un livello sub-costituzionale nell'ordinamento interno, pertanto, al Giudice delle Leggi è riservato il potere di verificare se tale norma «nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre

(10/2018); cfr. anche i contributi in C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009.

¹⁹ Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348.

²⁰ Corte cost., 16 novembre 2009, n. 311; in dottrina cfr. G. Tesauro, *Costituzione e norme esterne*, cit., pp. 195 e ss. Cfr. in tal senso anche i rilievi di E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, «Corriere Giur.», 7, 2010, pp. 4 e ss.

²¹ Riguardo al «monopolio interpretativo» delle norme CEDU riconosciuto dalla Corte costituzionale alla Corte EDU (e circa l'«autorità di cosa interpretata» attribuibile alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo), sono particolarmente rilevanti le riflessioni di 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 adeguatrici. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009*, Giuffrè, Milano, 2010, spec. pp. 34 e ss., pp. 50 e ss. L'aspetto problematico costituito dalla sostanziale introduzione nel nostro ordinamento, per questa via, di una «giurisprudenza-fonte» è evidenziato da M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 101 e ss. Preoccupazioni, rispetto allo specifico settore del processo penale vengono manifestate da P. Ferrua, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, «Processo penale e giustizia», 2011, pp. 121 e ss. e P. Gaeta, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, «Dir. pen. cont.», 9 luglio 2012, pp. 13 e ss. Più «rassicuranti» le considerazioni di V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, pp. 151 e ss., e F. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. Corso, E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, La Tribuna, Piacenza, 2010, pp. 636 e ss. Dal punto di vista «internazionalistico», cfr. P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 87 e ss.; dalla visuale del magistrato, cfr. infine R. Conti, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il ruolo del giudice*, cit., pp. 202 e ss. Quanto all'obbligo del tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme, cfr., *ex multis*, Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, in tema di trasferimento del personale degli enti locali nei ruoli del personale ATA, in cui il parametro interposto è stato individuato nel diritto al giusto processo, ai sensi dell'art. 6 CEDU. Cfr. anche Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in tema di impugnazioni delle sentenze e dei decreti di condanna da parte degli imputati contumaci, concernente anch'essa il diritto al giusto processo, ai sensi dell'art. 6 CEDU. Cfr. anche Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, in tema di misure di prevenzione, pronunciata ancora una volta in riferimento all'art. 6 CEDU.

norme conferenti della nostra Costituzione»²², ipotesi nella quale la CEDU non sarebbe idonea ad integrare il parametro costituzionale²³.

Quando il giudice comune si trova, quindi, ad applicare una disposizione nazionale della cui compatibilità a Convenzione dubita deve, in primo luogo, esperire il tentativo di interpretazione conforme alla norma CEDU, così come interpretata a Strasburgo e, laddove lo strumento ermeneutico non consentisse di superare il conflitto, il giudice dovrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale sulla disposizione nazionale, invocando come parametro l'art. 117, comma 1, Cost.

Nell'ambito del giudizio costituzionale la Corte si è riservata un potere fondamentale: valutare «come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano»²⁴. «La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza»²⁵. Nell'ambito di tale bilanciamento, secondo la Consulta, occorre tener presente che «il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali»²⁶. Attraverso questa impostazione giurisprudenziale la Corte costituzionale ha, così, cercato di riservare a se stessa un ruolo di chiusura, di garante ultimo dei diritti fondamentali nel sistema multilivello di tutela, rivendicando un «margine di apprezzamento e di adeguamento» che, nel rispetto della «sostanza» della giurisprudenza di Strasburgo, le consenta «di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi»²⁷.

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

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona²⁸ e alla luce del nuovo art. 6 TUE, come noto, è stata riconosciuta la competenza dell'Unione europea nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali e la sua possibile futura adesione al sistema CEDU. Queste modifiche nell'assetto istituzionale dell'Unione hanno indotto la giurisprudenza, soprattutto amministrativa, a ritenere di poter disapplicare la

²² Cfr. Corte cost., 16.11.2009, n. 311, punto 6 Considerato in diritto.

²³ Cfr. in tal senso, *ex multis*, Corte cost., nn. 230, 303, 236 e 113 del 2011, 93 del 2010, 317 e 311 del 2009.

²⁴ Cfr. in tal senso Corte cost., 30.11.2009, n. 317, punto 7 Considerato in diritto.

²⁵ *Ibid.*, punto 7 Considerato in diritto.

²⁶ *Ibid.*, punto 7 Considerato in diritto.

²⁷ Cfr. Corte cost., nn. 230 del 2012, 303 e 236 del 2011, 311 del 2009; in dottrina, cfr. F. Donati, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di G. Tesauero*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 207 e ss.

²⁸ Entrato in vigore l'1.12.2009.

legge interna contrastante con la CEDU in forza di una sua asserita “comunitarizzazione”. Con la sentenza n. 80 del 2011 il Giudice delle Leggi ha respinto tale impostazione e ribadito la perdurante legittimità dell’impianto delle «sentenze gemelle»²⁹: «nessun argomento in favore della disapplicazione può essere tratto innanzitutto perché l’adesione dell’Unione europea alla CEDU non è ancora avvenuta», escludendo, così, a chiare lettere, qualsiasi potere del giudice comune di disapplicare la legge interna in contrasto con la Convenzione.

A distanza di più di dieci anni dalle «sentenze gemelle» qualcosa è cambiato nei rapporti tra diritto interno e sistema convenzionale?

Innanzitutto, lo schema tipico dell’incidentalità del giudizio costituzionale ha risentito di un certo ridimensionamento nell’ambito dei temi oggetto di analisi, complice la stessa giurisprudenza di Strasburgo: come avremo modo di vedere nella vicenda *Costa e Pavan e*, successivamente, nel caso *Parrillo*, la Corte EDU ha dichiarato immediatamente ricevibili i ricorsi, pur in assenza del previo esperimento di qualsiasi rimedio giurisdizionale interno, sul presupposto che gli strumenti nazionali a disposizione del singolo avverso una legge illegittima fossero inefficaci. A ciò si aggiunga che proprio nel seguito interno della vicenda *Costa e Pavan*, il giudice di merito³⁰ ha direttamente disapplicato la disposizione legislativa ritenuta illegittima a Strasburgo³¹, anziché sollevare la relativa questione dinanzi al Giudice delle Leggi.

Nel solco di questa progressiva definizione dei rapporti tra i due sistemi di garanzia si colloca l’ulteriore intervento del giudice costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015³². In tale occasione la Corte afferma il «predominio assiologico» sul

²⁹ In tal senso cfr. anche Corte cost., nn. 303 del 2011, 210 del 2013, 96 del 2015.

³⁰ Cfr. Trib. Roma, ord. 23.09.2013. In senso favorevole all’applicazione diretta della CEDU da parte dei giudici comuni cfr. A. Ruggieri, *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)*, «Diritti comparati», 8.10.2013, <<http://www.diritticomparati.it/>>, (10/2018). In senso contrario v. B. Randazzo, *La bulimia della Corte dei “desideri”*, «Forum di Quaderni costituzionali», 14 maggio 2013, <www.forumcostituzionale.it/>, (10/2018).

³¹ Corte EDU, 28.08.2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/10. Sulla decisione cfr. F. Vari, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, «Rivista AIC», 1, 2013.

³² In dottrina, *ex multis*, cfr. V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, «Rivista AIC», maggio 2015; cfr. anche D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, «Forum di Quaderni costituzionali», 4, 2015, pp. 55 e ss. la quale, da un lato, vede nella sentenza l’affermazione netta di un «predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu» e, dall’altro, segnala l’enfasi con cui sono tracciati i limiti all’efficacia delle sentenze di Strasburgo, giungendo così a «chiedersi cosa rimanga della stagione inaugurata dalle cd. sentenze gemelle nel 2007». Note di netta critica provengono da N. Colacino, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, «Rivista OIDU», 3, 2015, pp. 558 e ss. il quale parla di «atteggiamento fortemente protezionistico assunto dal giudice delle leggi». Fortemente critico anche A. Ruggieri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, «Diritto penale contemporaneo», 2, 2015, in particolare p. 330, ove segnala la presenza di una visione piramidale dei rapporti tra Costituzione e CEDU e rileva il rischio di «un nazionalismo costituzionale esasperato», di un «patriottismo» costituzionale. Ridimensiona, invece, le critiche mosse alla sentenza n. 49, G. Sorrenti, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n.*

piano ermeneutico della Costituzione sulla CEDU, quindi, la prevalenza dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione e sancisce dei "vincoli procedurali" in merito all'annosa questione dell'esecuzione del giudicato di condanna convenzionale. Si chiarisce, infatti, che il giudice comune è tenuto ad eseguire direttamente il principio di diritto enunciato a Strasburgo soltanto quando sia espressione di un "diritto convenzionale consolidato"³³ o sia contenuto in una "sentenza pilota". Non solo, si aggiunge che qualora il giudice comune ritenesse l'interpretazione della Corte EDU vincolante per i suddetti motivi, ma non conforme al dettato costituzionale, dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale sulla legge di ratifica della Convenzione, nella parte in cui consente l'applicazione dei principi elaborati a Strasburgo ritenuti contrari a Costituzione.

Tale decisione sembra ridimensionare notevolmente l'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e la vincolatività delle sentenze convenzionali: un'indagine giurisprudenziale nell'ambito dei temi in oggetto può, quindi, risultare particolarmente utile al fine di verificare se la decisione n. 49/2015 sia soltanto un *apax* rispetto al sistema delineato con le «gemelle» o, viceversa, costituisca una nuova sentenza "di sistema", tale da ridefinire l'assetto delle rispettive funzioni in una sorta di *actio finium regundorum*.

1.5. Il ruolo del giudice dinanzi all'evoluzione sociale e scientifica: alla ricerca di un "faro" nell'ombra di questioni eticamente sensibili

Per secoli i giudici hanno contribuito alla formazione del diritto al fianco del legislatore attraverso lo strumento ermeneutico e le potenzialità da esso offerte ma, come altrettanto noto, potere legislativo e giudiziario partecipano con modalità mol-

49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo, «Forum di Quaderni costituzionali», 7 dicembre 2015, p. 6, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018), evidenziando che con il riferimento al diritto consolidato, la Corte costituzionale non vuol negare rilievo interno a qualsiasi sentenza della Corte EDU, ma solo a quelle decisioni che contengano «bruschi ed immotivati *revirement* rispetto all'orientamento pregresso»: l'onere di verificare la sussistenza di una giurisprudenza europea consolidata va circoscritto a quelle sole ipotesi in cui sembra possibile ravvisare una forte discontinuità tra le sentenze della Corte europea. Cfr. anche R. Conti, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, «Consulta OnLine», 1, 2015, p. 182, <www.giurcost.org>, (10/2018) per il quale la ricostruzione gerarchica dei rapporti fra CEDU e Costituzione «si irradia anche all'ambito delle operazioni interpretative che il giudice comune deve compiere» e, al contempo, dinanzi ad un diritto convenzionale non consolidato, la partita si giocherà «tutta sul versante del giudice comune, al quale viene riservato lo "scettro" attraverso il quale governare le interpretazioni».

³³ In tal senso si è espressa Corte cost., 21.07.2016, n. 200, punto 5 Considerato in diritto: «Ciò equivale a concludere che il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta, libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore, rispetto al rilievo storico-naturalistico del fatto...» e ancora «la tutela convenzionale affronta il principio del *ne bis in idem* con un certo grado di relatività [...] Questa circostanza non indirizza l'interprete, in assenza di una consolidata giurisprudenza europea che lo conforti, verso letture necessariamente orientate nella direzione della più favorevole soluzione per l'imputato, quando un'altra esegesi della disposizione sia comunque collocabile nella cornice dell'*idem factum*».

to diverse alla produzione normativa, perché diverse sono le rispettive forme di responsabilità e legittimazione.

Se il legislatore è chiamato a produrre direttamente diritto grazie al rapporto di rappresentanza che lo lega al corpo elettorale, diversamente, la fonte di legittimazione e i vincoli che il giudice incontra nell'esercizio della sua funzione sono molteplici: dal rispetto della legge e dei metodi interpretativi consentiti, a quella che Alf Ross chiama la «tradizione culturale»³⁴, ovvero i fattori morali, politici, economici, etici, culturali, caratteristici di un paese nel momento in cui il giudice è chiamato ad esercitare l'attività giurisdizionale³⁵.

Sul dato culturale e sociale ha assunto progressivamente un forte impatto l'evoluzione tecnico-scientifica, in forza della quale sono emersi nuovi bisogni e correlati interessi, individuali e di coppia, proprio come dimostra il settore della procreazione medicalmente assistita. L'impiego delle tecnologie in questo campo ha ampliato le possibilità procreative e inciso sulle dinamiche della esistenza stessa, scardinando certezze su ciò che è "vita" e ciò che non lo è ed ha imposto una ridefinizione giuridica delle nozioni di maternità, paternità e filiazione.

Ecco, quindi, che i giudici, Corte costituzionale compresa, volgono sempre più spesso lo sguardo alla scienza come potenziale limite alla discrezionalità del legislatore: una discrezionalità che può, quindi, risultare delimitata non soltanto dalla ragionevolezza giuridica del bilanciamento tra valori, ma anche dalla "ragionevolezza scientifica". Nell'ambito della procreazione assistita è stata la sentenza n. 151 del 2009 ad inaugurare questa giurisprudenza costituzionale "pionieristica" in ordine al rapporto tra *ius* e *scientia*, con la declaratoria di incostituzionalità dell'obbligo legislativo di procedere ad un unico e contemporaneo impianto degli embrioni prodotti artificialmente.

Il progresso scientifico nell'ambito della fecondazione assistita così come l'evoluzione sociale nella percezione delle unioni *same sex* hanno assunto un ruolo fondamentale nella giurisprudenza che ci accingiamo ad esaminare.

È, tuttavia, opportuno chiedersi se scienza e «coscienza sociale»³⁶ siano da sole in grado di risolvere quelle che autorevole dottrina definisce *hard choices*³⁷.

In termini più generali, nei casi di conflitto più esacerbante è possibile individuare un "valore", un "bene della vita" in grado di illuminare la via del giurista nell'ombra di temi dalla forte connotazione sociale e scientifica, oltreché giuridica?

Si potrebbe sostenere che quando interessi costituzionali, etica e scienza si intrecciano nella realtà concreta, il valore di riferimento per l'operatore giuridico, sia

³⁴ Il riferimento è ad A. Ross, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, pp. 131 e ss.

³⁵ In tal senso, cfr. anche R. Romboli, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, Relazione svolta in occasione del Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura su "L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele", Agrigento, 17 e 18 Settembre 2010, <www.appinter.csm.it>, pp. 9 e ss.

³⁶ Sull'evoluzione della coscienza sociale nella giurisprudenza costituzionale in tema di diritto al cognome materno cfr. il recente contributo di N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, «Rivista AIC», 4, 2017, pp. 11 e ss.

³⁷ Come sono definite da O. Pollicino, *Prefazione*, in R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, Aracne, 2014, p. 16.

esso il legislatore, o, come più di frequente accade, il giudice, non possa che essere la dignità della persona umana, comun denominatore e parametro interpretativo fondamentale.

In effetti, la centralità della persona è elemento cardine non soltanto della nostra Costituzione³⁸, ma di ogni Carta dei diritti fondamentali di origine sovranazionale ed è tale da rendere la dignità personale un valore indefettibile, incomprimibile, inviolabile³⁹.

Le criticità sorgono, tuttavia, dinanzi ai casi concreti nei quali occorre declinare tale concetto, capire in che termini si parla di dignità della persona, soprattutto laddove il contro-interesse in gioco sia la vita, l'identità personale o la dignità di un altro individuo e il tessuto normativo risulti carente o, addirittura, lacunoso.

La dignità umana per definizione è un concetto composito, suscettibile di racchiudere diversi significati: dalla dignità come valore intrinseco dell'essere umano come tale⁴⁰, alla dignità come diritto all'autodeterminazione, o, infine, come merito sociale o morale di una persona. Da ciò, l'estrema accortezza con la quale il giudice costituzionale si riferisce a tale canone, impiegandolo talvolta come limite rispetto ad altri diritti costituzionalmente tutelati, talaltra come vincolo alla discrezionalità del legislatore, altre volte ancora come criterio di bilanciamento fra interessi suscet-

³⁸ Cfr., a tal riguardo, gli artt. 3, 32 e 36 Cost., che parlano, rispettivamente, di «dignità sociale», di «rispetto della persona umana» e di «esistenza libera e dignitosa», si veda, infine, l'art. 41 Cost. in cui si afferma che «l'iniziativa economica non può svolgersi in modo da arrecar danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana». Seppur non menzionata in modo frequente, la dignità personale è, comunque, sempre sottesa al dettato costituzionale, perché implicitamente rientrante nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., là dove si fa riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo.

³⁹ Anche se la dignità umana non è menzionata come diritto autonomo nella CEDU o nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 10 dicembre 1948, o nei Patti sui diritti civili e politici e diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite del 1966, purtuttavia è richiamata spesso nella giurisprudenza di Strasburgo e costituisce ormai da tempo un valore immediatamente efficace anche nel sistema CEDU. Basti pensare a Corte EDU, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02; Corte EDU, GC, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, ric. n. 30210/96; Corte EDU, 27 marzo 2008, *Sukhovoy c. Russia*, ric. n. 63955/00; Corte EDU, 12 marzo 2009, *Aleksandr Makarov c. Russia*, ric. n. 15217/07 e, ancor più di recente Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10. Cfr. in particolare Corte EDU, GC, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/09, 130/10, 3896/10, in relazione alla previsione contenuta nell'ordinamento giuridico britannico della pena dell'ergastolo senza possibilità alcuna di ottenere la liberazione condizionale, ritenuta contraria all'art. 3 CEDU: «[...] *the Convention system, the very essence of which, as the Court has often stated, is respect for human dignity*». Nell'ordinamento dell'Unione europea, la mancata previsione della dignità umana come valore meritevole di autonoma tutela è stata colmata in via giurisprudenziale dalla Corte di Giustizia che ha progressivamente riconosciuto il valore della dignità della persona, in stretta connessione con il principio di eguaglianza e non discriminazione, fino al suo pieno riconoscimento formale, con il Titolo I della Carta di Nizza-Strasburgo, dedicato alla dignità umana come valore «inviolabile» e fondamento stesso dei diritti fondamentali.

⁴⁰ R. Dworkin, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Feltrinelli, Milano, 2007, pp. 28 e ss., scinde la dimensione della dignità nell'eguaglianza formale dell'individuo e nel suo diritto di autodeterminarsi sulle scelte attinenti alla propria vita.

tibili di tutela, o come elemento esplicativo di altri diritti fondamentali o, infine, come fonte di nuovi diritti⁴¹.

Come dimostra anche la sentenza concernente il divieto di accesso alla eterologa⁴², dalla giurisprudenza costituzionale non si ricava una nozione univoca di dignità della persona. Tale decisione, infatti, mostra due diverse accezioni: da un lato, la dignità personale intesa come «diritto all'autodeterminazione nelle scelte procreative» e, dall'altro, come «diritto del figlio a conoscere le proprie origini genetiche», vero e proprio “contro-valore” in gioco, quale aspetto della personalità dell'individuo e, quindi, della sua dignità come essere umano. Del pari, dalla recente sentenza n. 272/2017⁴³ concernente lo *status filiationis* in casi di maternità surrogata emerge una concezione complessa di dignità personale, comprensiva del diritto del minore alla conservazione dei legami affettivi di fatto già instaurati e dell'eventuale interesse all'accertamento della propria discendenza biologica, in contrapposizione con la dignità della donna che è sempre e comunque offesa «in modo intollerabile» dalla pratica della surrogazione della maternità⁴⁴.

Emerge, così, quello che, con termine tecnico, si definisce un «conflitto intra-valore»⁴⁵, ovvero fra due o più interessi inerenti al medesimo valore, a dimostrazione di quanto questo concetto di “dignità” sia multiforme e privo di un'univoca connotazione semantica⁴⁶.

Sorge, quindi, spontaneo chiedersi se la chiave risolutiva degli *hard cases* possa esaurirsi nel diritto costituzionale sostanziale, con la definizione di un “super valore” suscettibile di prevalere sugli altri in qualità di comun denominatore, o non occorra, piuttosto, guardare anche agli aspetti procedurali, per un combinato impiego con tecniche di giudizio in grado di assicurare il minor sacrificio degli interessi in gioco.

⁴¹ In tal senso cfr. M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 3123 e ss.

⁴² Cfr. Corte cost., 10.06.2014, n. 162.

⁴³ Cfr. Corte cost., 22.11.2017, n. 272 della quale ci occuperemo analiticamente nel Cap. II, par. 2.10.

⁴⁴ *Ibid.*, nel punto 4.2. del Considerato in diritto si legge: «[...]se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità [...]».

⁴⁵ Sul punto cfr. l'ampia ricostruzione di A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, «Enc. Dir.», Giuffrè, Milano, 2008, vol. II, tomo II, pp. 190 e ss. e *Id.*, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 237 e ss.

⁴⁶ In dottrina per una ricostruzione critica della dignità come concetto univoco cfr. V. Tigano, *De dignitate non disputandum est? La decisione della consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, «Diritto Penale Contemporaneo», 8 maggio 2016, p. 17, il quale afferma che «il ricorso al farraginoso concetto di “dignità” rappresenta tradizionalmente un comodo strumento per mettere a tacere ogni discussione sul bilanciamento degli interessi giuridici in gioco, attraverso la valorizzazione di un bene “superiore” rispetto a cui ogni istanza di tutela contrapposta perderebbe vigore». In precedenza scriveva W. Hassemer, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, «Ars interpretandi: Rivista di ermeneutica giuridica», 2005, pp. 130-131 che impiegando il concetto di dignità umana si utilizzerebbe un argomento «che uccide la discussione».

1.6. Tecniche di giudizio impiegate dalla Corte costituzionale: simmetrie ed asimmetrie nel bilanciamento dei diritti e nell'uso della comparazione giuridica

La tecnica di giudizio che consente il necessario, ragionevole contemperamento tra una pluralità di interessi concorrenti è il bilanciamento dei diritti che, come vedremo, costituisce la chiave di lettura delle decisioni costituzionali nelle materie sensibili oggetto di analisi. Questa tecnica è praticata da tempo dalla Consulta quale strumento privilegiato per l'attuazione di una Costituzione pluralista⁴⁷ che accoglie in sé una molteplicità di diritti, interessi e beni, nessuno affermato in termini assoluti, ciascuno capace di limitare legittimamente la portata dell'altro. Nessun diritto fondamentale può farsi «tiranno»⁴⁸ e risultare protetto in modo esclusivo dalla Costituzione, al contrario, tutti i diritti costituzionali sono soggetti a bilanciamento nel solco di un'integrazione reciproca.

È la medesima individuazione di un diritto che richiede un previo, necessario contemperamento tra valori confliggenti: senza quel bilanciamento, il diritto stesso non potrebbe essere individuato nella sua corretta consistenza⁴⁹.

In questa visione «integrata» rientrano anche i diritti CEDU, per come interpretati e applicati dalla giurisprudenza di Strasburgo, oggetto di contemperamento con gli altri interessi protetti dalla Costituzione⁵⁰.

Il bilanciamento si configura come un'operazione dinamica, espletata *in primis* dal legislatore e, in secondo luogo, dalla Corte costituzionale nei termini di un controllo sull'opzione legislativa secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità: un controllo che non può tollerare il sacrificio integrale di uno dei valori in gioco, di ciascuno dovendo essere preservato il nucleo essenziale.

Il bilanciamento dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale assume un'altra caratteristica imprescindibile: tende alla «massima espansione delle tutele»⁵¹, all'ottimizzazione nella garanzia dei diritti coinvolti; da ciò, una disciplina

⁴⁷ Lo sottolinea anche M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione svolta in occasione della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24 e 26 ottobre 2013, <www.cortecostituzionale.it>, pp. 9 e ss. Cfr. anche R. Bin, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

⁴⁸ Così si esprime Corte cost., 9.05.2013, n. 85, sul «caso Ilva»: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «*tiranno*» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona [...].»

⁴⁹ In tal senso, cfr. R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit., p. 269.

⁵⁰ Cfr. Corte cost., 4.07.2013, n. 170, in particolare punto 4.2. del Considerato in diritto: «La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sent. n. 317 del 2009). Operazioni volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele» (sent. n. 264 del 2012) «che spetta a questa Corte effettuare nello svolgimento del proprio infungibile ruolo».

⁵¹ Come afferma espressamente il giudice costituzionale a partire da Corte cost., 26.11.2009, n. 311.

legislativa che fosse tale da sacrificare un diritto fondamentale, senza ad un tempo determinare un *surplus* di tutela per altri interessi di pari rango, sarebbe per ciò stesso non bilanciata e, quindi, irragionevole.

Se volgiamo lo sguardo alla fecondazione medicalmente assistita possiamo notare che i progressi delle biotecnologie hanno implementato il grado di efficacia delle tecniche di procreazione ma, al contempo, hanno imposto la ricerca di un nuovo bilanciamento⁵² tra i diversi valori coinvolti, quali la libertà di autodeterminazione della persona, il diritto alla creazione di una famiglia, il diritto alla salute, il diritto alla vita del concepito e le esigenze di tutela del nato.

Nell'ambito della donazione di gameti, come vedremo, per risolvere il potenziale conflitto tra «esigenze della procreazione» e tutela del nato da fecondazione eterologa, la Consulta⁵³ impiega la tecnica del bilanciamento per controllare il corretto esercizio della discrezionalità legislativa: la garanzia del nato non ha carattere assoluto e deve essere contemperata con «la libertà di scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia con figli».

Ancora prima, nella pronuncia n. 151 del 2009, la Corte evidenziava come la l. n. 40/2004 fosse preordinata alla tutela delle «esigenze della procreazione» da contemperare con altri valori costituzionali, senza riconoscere ad alcuno di essi una tutela assoluta e imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi⁵⁴. Le sentenze nn. 162/2014 e 151/2009, come vedremo, fondano il dispositivo di accoglimento proprio sul giudizio di ragionevolezza⁵⁵ in ordine al bilanciamento apprestato dal legislatore agli interessi in conflitto.

⁵² In tal senso anche M. P. Costantini, *La donazione dei gameti nel dibattito giuridico europeo*, in A. Barengi (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, Cedam, Padova, 2011, pp. 51 e ss.

⁵³ Cfr. Corte cost., 10.06.2014, n. 162.

⁵⁴ La stessa tecnica era stata impiegata in Corte cost., 24.07.2000, n. 332, concernente la libertà procreativa, sulla quale in dottrina si veda B. Pastore, *Il diritto a procreare: natura, titolarità e limiti*, in G. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 161 e ss. In tale sentenza la Corte dichiarava l'incostituzionalità del requisito dell'assenza di prole, previsto come necessario all'arruolamento nel corpo della Guardia di Finanza e, per la prima volta, riconosceva la libertà procreativa come parte integrante della sfera delle libertà individuali, espressione della libertà di autodeterminarsi nella vita privata e suscettibile di limitazione soltanto in funzione della necessaria tutela di un altro interesse di rilievo costituzionale. Come noto, è ampio il dibattito in dottrina circa la configurabilità della cd. "libertà di procreare" quale autonomo diritto costituzionalmente garantito: alcuni autori la ammettono, riconducendola ai diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost., ex multis, F. Rimoli, *Bioetica, diritti del nascituro, diritti delle generazioni future*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Giappichelli, Torino, 2001, p. 340. Altri autori fanno riferimento alla famiglia come «società naturale» ex art. 29 Cost., ammettendo, così, la filiazione soltanto in ambito matrimoniale o di coppia *more uxorio* e la tutela del diritto a procreare solo in forma omologa, in tal senso cfr. A. Pace, *Problematiche alle libertà costituzionali*, parte generale, Cedam, Padova, 2003, pp. 123 e ss. Altri ancora riscontrano il fondamento della libertà di procreazione nella tutela della maternità ex art. 31 Cost. e del diritto al rispetto della vita privata ricavabile dagli artt. 13, 14, 15 Cost., cfr. in tal senso M. Olivetti, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, «Guida al Diritto», marzo 2004, p. 51.

⁵⁵ Non è certo possibile riportare la sterminata autorevole dottrina in tema di sindacato di ragionevolezza svolto dalla Corte Costituzionale, ma può essere utile partire da L. Paladini, *Ragionevolezza (principio di)*, «Enc. Dir.», Aggiornamento, I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 899 e ss., per poi approfondire la dottrina dei Maestri lì richiamata. In particolare, vedi per tutti P. Barile, *Il principio di ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti della conferenza svolta a Roma, Palazzo della Consulta, 13

Questa stessa tecnica di giudizio ha portato la Corte a dichiarare l'illegittimità costituzionale della disciplina che, in caso di sopravvenuto cambiamento di sesso di uno dei coniugi, imponeva loro il divorzio automatico senza possibilità di accedere ad un'altra forma di convivenza che tutelasse i reciproci diritti ed obblighi⁵⁶. In questo caso l'irragionevolezza colpisce il bilanciamento legislativo tra l'interesse dello Stato a mantenere il paradigma eterosessuale del matrimonio e l'interesse della coppia a conservare la relazione coniugale nonostante la rettifica di sesso di uno dei componenti.

Nella stessa giurisprudenza di Strasburgo ormai non si contano più i casi di bilanciamento sia per l'espressa previsione, nel testo della Convenzione, di limiti ai diritti enunciati (i.e. il limite della «necessità in una società democratica» ex art. 8 CEDU) sia per il ricorso a taluni canoni ermeneutici caratterizzati da incisiva creatività, uno fra tutti l'interpretazione evolutiva della Convenzione che esamineremo nel successivo paragrafo⁵⁷.

La tecnica del bilanciamento accomuna, quindi, la *potestas iudicandi* delle due Corti, costituzionale e convenzionale, ma diverso è il suo esercizio dinanzi alla fattispecie concreta.

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

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

Il controllo di ragionevolezza nel giudizio costituzionale può assumere diverse gradazioni, a seconda della pervasività rispetto all'opzione legislativa. L'"osmosi" fra ordinamenti ha, infatti, progressivamente portato il nostro Giudice delle Leggi a fare propri i diversi canoni di ragionevolezza impiegati dalle Corti supreme nei sistemi di *common law*: dal *rational basis test* allo *strict scrutiny* sul bilanciamento legislativo. Nel primo caso la Corte costituzionale si limita a verificare che il diritto o valore postergato non sia limitato nella sua fondamentale essenza; nella seconda

e 14 ottobre 1992, pubblicati in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994.

⁵⁶ Cfr. Corte cost., 11.06.2014, n. 170, e in dottrina, ex multis, G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul cd. "divorzio imposto"*, «Forum di Quaderni costituzionali», giugno 2014, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018).

⁵⁷ In dottrina, cfr. G. Repetto, *Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. Casseti (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 34 e ss.

fattispecie, invece, per superare il vaglio di costituzionalità l'opzione legislativa deve rappresentare l'unica soluzione esperibile a tutela di un determinato interesse costituzionale e, comunque, il mezzo meno invasivo possibile rispetto al contro-interesse in gioco.

Nonostante il diverso impiego della tecnica del bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale e convenzionale, proprio nella vicenda relativa alla fecondazione eterologa, come vedremo, emerge un'importante simmetria tra il test effettuato dalla Corte costituzionale e l'impostazione assunta dalla I sezione nel caso *SH. c. Austria*.

Tra gli altri profili procedurali che caratterizzano la giurisprudenza costituzionale nei settori oggetto di indagine vi è anche la comparazione giuridica: un canone che avvicina i due sistemi di garanzia dei diritti fondamentali ed è impiegato per corroborare il grado di razionalità delle rispettive argomentazioni.

In certi casi il giudice costituzionale impiega la comparazione giuridica per dimostrare l'ampia discrezionalità del legislatore nei settori esaminati e la mancanza di una soluzione "a rime obbligate".

A titolo esemplificativo, si può ricordare l'intervento in tema di riconoscimento giuridico delle unioni *same sex*: spetta al Parlamento individuare le forme di tutela giuridica più appropriate di tali unioni e a conforto di tale ricostruzione la Corte richiama l'eterogeneità delle discipline normative adottate dai vari Paesi europei⁵⁸. Pur sussistendo la comune necessità di predisporre adeguate garanzie per queste formazioni sociali, manca una soluzione costituzionalmente obbligata e la comparazione giuridica è lo strumento impiegato per dimostrarlo.

Nella diversa vicenda relativa alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche⁵⁹, invece, la Corte impiega tale canone per un diverso scopo: inviare un monito e fornire un indirizzo al legislatore nazionale. In molti sistemi europei la procreazione assistita e la diagnosi pre-impianto per le coppie fertili sono ammesse, dunque, si invita il legislatore a osservare quegli ordinamenti che ormai da tempo consentono tali pratiche⁶⁰.

Il bilanciamento di interessi, il sindacato di ragionevolezza e la comparazione giuridica sono tecniche di giudizio fondamentali nella giurisprudenza costituzionale oggetto di indagine, non resta, quindi, che verificare i canoni decisionali impiegati con maggior frequenza a Strasburgo e la loro declinazione in concreto nei settori in esame.

⁵⁸ Cfr. Corte cost., 14.04.2010, n. 138.

⁵⁹ Cfr. Corte cost., 5.06.2015, n. 96.

⁶⁰ *Ibid.*, in particolare punto 10 del Considerato in diritto: «Anche valorizzando le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa».

1.7. Il “*consensus*” normativo e l'impiego della Convenzione come *living instrument* nella giurisprudenza convenzionale

Un primo criterio decisionale particolarmente caro alla Corte EDU è il “*consensus*” normativo: una tecnica di giudizio che le consente di misurarsi costantemente con il canone della comparazione giuridica⁶¹. Considerata, infatti, la variegata origine dei suoi membri, la Corte ha in sé, nella sua struttura, il “seme” della comparazione e vi dà voce con una giurisprudenza costantemente parametrata al “consenso” riscontrabile presso gli ordinamenti statali in merito alle singole questioni scrutinate.

Ogniquale volta non vi sia un *consensus* normativo, a livello convenzionale, in ordine all'importanza degli interessi in gioco o ai mezzi migliori di protezione, l'ampiezza del margine di apprezzamento statale aumenta ed è per questo che nelle decisioni che esamineremo la Corte EDU svolge sempre una ricognizione delle discipline legislative dei Paesi contraenti, onde verificare quanto il margine di discrezionalità in quella materia sia ampio⁶².

A fianco di tale tecnica di giudizio si inserisce un diverso strumento, costantemente utilizzato a Strasburgo e suscettibile di incidere sul piano ermeneutico, quindi, sul contenuto “sostanziale” della tutela: l'interpretazione evolutiva della Convenzione intesa come *living instrument*.

Per capire come si è sviluppata questa tecnica interpretativa nei settori oggetto di esame, occorre partire dal dato testuale della Convenzione posto a garanzia della persona e delle sue relazioni affettive: se l'art. 8 CEDU tutela il generale diritto al rispetto della vita privata e familiare, l'art. 12 CEDU garantisce il più specifico diritto di sposarsi e di formare una famiglia. In entrambe le fattispecie oggetto di tutela sono i diritti delle persone nell'ambito di relazioni familiari e non la “famiglia” in quanto istituzione autonoma, portatrice di propri interessi. Nonostante questa comune premessa, la portata delle due norme convenzionali è molto diversa: l'art. 12 CEDU copre i profili inerenti alla costituzione della famiglia quale legame giuridicamente e socialmente riconosciuto, quindi, tutela azioni specifiche quali lo sposarsi o il procedere all'adozione. L'art. 8 CEDU, invece, tutela i legami familiari in uno

⁶¹ Sull'importanza della comparazione giuridica per la tutela dei diritti costituzionali si veda S. Romano, *Nuove pratiche nell'interpretazione dei diritti costituzionali: i metodi comparativi*, in F. Viola (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 205 e ss. Sul ricorso alla comparazione giuridica da parte del nostro giudice costituzionale, cfr. anche P. Passaglia, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015*, «Consulta OnLine», 2, 2015, 13 luglio 2015, <www.giurcost.org>, (10/2018). Evidenzia il rilievo della comparazione giuridica al fine dell'appagamento dei diritti A. Ruggeri, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, «Diritti comparati», 28 luglio 2015, <www.diritticomparati.it>, (10/2018).

⁶² Oltre al *consensus*, i giudici di Strasburgo hanno progressivamente elaborato ulteriori “indici sintomatici” idonei ad incidere sul margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati aderenti: laddove sia in gioco un profilo particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità di un individuo il margine sarà ristretto, mentre aumenterà qualora la fattispecie incida su questioni moralmente, eticamente o politicamente sensibili.

stato continuativo e dinamico⁶³, includendo sia relazioni oggetto di riconoscimento giuridico (i.e. rapporto coniugale) sia legami biologici (come il rapporto di filiazione naturale) sia relazioni basate su indici meramente fattuali o sociali (i.e. legami di fatto anche tra persone dello stesso sesso).

L'art. 8 CEDU, all'evidenza, ha una portata applicativa più ampia dell'art. 12 CEDU, estendendosi ben oltre la garanzia della famiglia fondata sul matrimonio, per ricomprendere relazioni *de facto* meritevoli di tutela contro eventuali illegittime interferenze dei pubblici poteri.

Nella giurisprudenza convenzionale l'art. 8 CEDU è da tempo interpretato come un parametro ampio ed inclusivo, idoneo a ricomprendere interessi anche non espressamente menzionati nella Carta: in tal senso basterà ricordare la sentenza *Evans c. Regno Unito*⁶⁴ che ha riconosciuto espressamente il diritto al rispetto della decisione di divenire o *non divenire* genitore, desumibile dall'art. 8 CEDU⁶⁵, in una vicenda concernente l'impianto di un embrione già fecondato in mancanza del consenso unanime dei membri della coppia. Altrettanto significativo il caso *Dickson c. Regno Unito*⁶⁶, nel quale l'interpretazione evolutiva del dato convenzionale ha portato ad estendere la tutela anche al «*right to respect for decision to become genetic parents*»⁶⁷. Se, in tali vicende, il diritto alla genitorialità emerge nella sua dimensione prettamente individuale, nel caso *SH. e altri c. Austria* si riconosce il diritto “della coppia” di concepire un figlio e ricorrere, se necessario, alle tecniche di procreazione assistita come espressione della vita privata e familiare⁶⁸.

⁶³ Come riconosciuto da M. Eijkholt, *The Right to Found a Family as a Stillborn Right to procreate?*, «Medical Law Review», 18, 2010, p. 142: «another quality of Article 8 is that its protection would apply to everyone, unlike Article 12, and not be limited to a selected group of claimants, i.e. only to couples».

⁶⁴ Corte EDU, GC, 10.04.2007, *Evans c. Regno Unito*, ric. 6339/05. La Corte EDU, in tal caso, ha ritenuto legittima la legislazione inglese che ammette la possibilità di non procedere all'impianto in caso di conflitto tra gli interessati.

⁶⁵ In Corte EDU, GC, 10.04.2007, *Evans c. Regno Unito*, § 71 la Corte ha affermato che il concetto di vita privata «*incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent*», in quanto espressione di «*individual's physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see Pretty, cited above, § 61)*».

⁶⁶ Corte EDU, 4.12.2007, *Dickson c. Regno Unito*, ric. n. 44362/04, ove è stata dichiarata l'illegittimità convenzionale del divieto, posto a carico di un detenuto condannato all'ergastolo, di ricorrere alla fecondazione assistita, unica via possibile per concepire in assenza di rapporti diretti con la compagna.

⁶⁷ La vicenda ricorda un analogo caso verificatosi in Italia: cfr. Corte Cass., 30.01.2008, «Foro.it», II, 2008, pp. 272 e ss., che ha annullato il provvedimento del magistrato di sorveglianza dichiaratosi incompetente a decidere sul reclamo avverso la decisione dell'amministrazione penitenziaria con la quale era stata negata al detenuto l'autorizzazione al prelievo di liquido seminale, al fine di consentire alla moglie di accedere alla procreazione medicalmente assistita.

⁶⁸ L'opzione comune di fondo di questi arresti è di inquadrare le questioni attinenti all'accesso alla procreazione assistita nel contesto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU, anziché nell'ambito dell'art. 2 della Convenzione, optando, così, per il riconoscimento del principio di autodeterminazione e di scelta in questa delicata materia. Sulla tutela del diritto alla vita *ex art. 2 CEDU*, con particolare riguardo alla figura del concepito, i giudici di Strasburgo hanno affermato che, in mancanza di un consenso europeo sulla definizione scientifica e giuridica dell'inizio vita, la questione relativa al “quando” essa abbia inizio rientra nel margine di apprezzamento degli Stati, cfr. i casi Comm. EDU, 13.05.1980, *X c. Regno Unito*, ric. n. 8416/79; Corte EDU, GC, 8.07.2004, *Vo. c. Francia*, ric. n. 53924/00; Corte EDU, 10.04.2007, *Evans c. Regno Unito*, cit. Come evidenzia la Corte EDU nel caso *Vo c. Francia*, cit., § 84,

L'interpretazione evolutiva della Convenzione costituisce, altresì, il perno del successivo caso *Costa e Pavan c. Italia*: in tal sede i giudici di Strasburgo ampliano il novero delle posizioni soggettive meritevoli di tutela, ricomprendendovi il «desiderio dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori e di ricorrere, a tal fine, alla procreazione assistita e alla diagnosi preimpianto»⁶⁹.

È interessante notare la forza espansiva riconosciuta all'art. 8 CEDU: dal diritto alla procreazione (*Evans*) discende il diritto di diventare genitore genetico (*Dickson*) e di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (*SH.*), diritto che, a sua volta, si lega al desiderio di procreare un figlio non affetto da patologie di cui i genitori siano portatori (*Costa e Pavan*)⁷⁰.

Un altro paradigmatico esempio di tale forza espansiva è il recente caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*⁷¹, incentrato su una pratica, la maternità surrogata, ancora oggi molto divisiva sia nel contesto convenzionale sia in ambito nazionale.

Tale vicenda ha visto come protagonista lo Stato italiano, condannato dalla seconda sezione della Corte EDU per aver consentito l'allontanamento di un minore dalla coppia di istanti che aveva fatto ricorso all'estero alla procedura di maternità surrogata, vietata in Italia. Lo snodo fondamentale della decisione consta nell'aver riconosciuto l'esistenza di una "vita familiare" *de facto*, suscettibile di tutela ex art. 8 CEDU, a prescindere da qualsivoglia legame genetico tra il minore e la coppia di committenti e, soprattutto, dalla durata della convivenza e dalla sua origine illecita: rileva soltanto che i coniugi abbiano trascorso con il minore le prime tappe importanti della sua giovane vita. Questo slancio in avanti della sezione è stato in parte ridimensionato dalla *Grande Chambre* che ha ricollocato l'allontanamento del minore nel caso *sub iudice* fra le misure incidenti sulla "private life" dei coniugi ed ha escluso l'esistenza di una loro "vita familiare" alla luce di tre fattori coesistenti: l'assenza di qualsiasi legame biologico tra il minore ed entrambi i ricorrenti, la breve

la stessa Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina non definisce la portata della nozione di "ogni persona" («*everyone*») o di "essere umano" («*human being*»), lasciando ai paesi firmatari ampia libertà ermeneutica.

⁶⁹ Corte EDU, 28.8.2012, *Costa e Pavan c. Italia*, cit., § 57: «*le désir des requérants de procréer un enfant qui ne soit pas atteint par la maladie génétique dont ils sont porteurs sains et de recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée et au D.P.I.*».

⁷⁰ Dal punto di vista dei rapporti tra genitori e figli, per i giudici di Strasburgo il legame tra madre naturale e prole costituisce ormai da tempo «vita familiare» ex art. 8 CEDU per il semplice fatto della nascita, secondo il principio *mater semper certa est*, richiamato sin dal risalente caso *Marckx c. Belgio* (cfr. Corte EDU, 13.06.1979, *Marckx c. Belgio*, ric. n. 6833/74, § 31), salvo il diritto della madre a non esser menzionata nell'atto di nascita. Il legame tra padre naturale e figlio è, invece, qualificabile come "vita familiare" soltanto in presenza di canoni di effettività come la coabitazione, l'interessamento del padre al figlio, o l'esistenza di una relazione tra i genitori. È suscettibile di tutela ex art. 8 CEDU, a prescindere da qualsivoglia legame genetico, il rapporto di filiazione adottiva, come insegnano i casi *Pini e altri c. Romania* (cfr. Corte EDU, 22.06.2004, *Pini e altri c. Romania*, ric. nn. 78028/01, 78030/01) ed il più recente *Moretti e Benedetti c. Italia* (cfr. Corte EDU, 27.04.2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ric. n. 16318/07), nonché il legame con il figlio naturale del *partner* dello stesso sesso, nato mediante fecondazione eterologa (in tal senso vd. Corte EDU, 22.04.1997, *X., Y., Z c. Regno Unito*, ric. n. 21830/93, § 37 e Corte EDU, 15.03.2012, *Gas e Dubois c. Francia*, ric. n. 25951/07, § 37).

⁷¹ Corte EDU, 27.01.2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12.

durata della loro relazione e l'incertezza giuridica dei rispettivi rapporti, a causa della condotta illecita dei coniugi⁷².

Anche se questa decisione della Grande Camera ha in parte frenato l'interpretazione evolutiva della nozione di "vita familiare", l'attuale perno della giurisprudenza di Strasburgo sul tema resta il medesimo: legame genetico e relazione familiare sono due profili che, seppur connessi, restano distinti, poiché la seconda non necessariamente presuppone il primo⁷³, né il mero legame genetico è automaticamente suscettibile di tutela convenzionale⁷⁴.

L'ago della bilancia a Strasburgo in tema di "vita familiare" da tempo ormai propende a favore del legame sociale e questa evoluzione ermeneutica sembra irreversibile.

La giurisprudenza convenzionale, oltre ad incidere sui modelli di "genitorialità", ha indubbiamente imposto una riflessione sullo stesso concetto di famiglia "legittima": basti pensare al caso *Schalk e Kopf c. Austria*⁷⁵ in cui per la prima volta si afferma che l'unione omosessuale rientra nella nozione di "vita familiare" al pari della coppia uomo-donna⁷⁶; statuizione dalla quale discenderà, nella successiva sentenza *Oliari*, un vero e proprio obbligo positivo, a carico dello Stato, di riconoscimento giuridico quale formazione familiare.

Enucleare nuove situazioni giuridiche nel tentativo di ricomprenderle "nell'ambito" della Convenzione, attraverso un'interpretazione evolutiva molto marcata è, quindi, una delle funzioni che la Corte EDU esercita con sempre maggior frequenza nella tutela multilivello dei diritti fondamentali.

⁷² Con sentenza del 24 gennaio 2017 la Grande Camera ha parzialmente superato la decisione della sezione nel caso *Paradiso e Campanelli*. La Corte ha escluso l'esistenza di una "vita familiare" tra i ricorrenti ed il bambino per l'assenza di qualsiasi legame biologico, la breve durata della loro coabitazione e l'incertezza dei rispettivi legami da un punto di vista giuridico, ma ha comunque ritenuto applicabile l'art. 8 CEDU nell'accezione della "vita privata" dei ricorrenti. La Grande Camera ha, tuttavia, escluso la violazione convenzionale a causa dell'ampio margine di apprezzamento statale nel riconoscimento giuridico di legami di filiazione, soprattutto quando è in gioco una questione sensibile come la maternità surrogata ed ha constatato il corretto bilanciamento di interessi effettuato dalle Corti italiane; cfr. Corte EDU, GC, 24.01.2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, § 215: «The Court accepts that the Italian courts, having assessed that the child would not suffer grave or irreparable harm from the separation, struck a fair balance between the different interests at stake, while remaining within the wide margin of appreciation available to them in the present case». Sul "cambiamento di rotta" della Grande Camera sia consentito il rinvio a C. Masciotta, *La Grande Chambre pone un freno alla forza espansiva della "vita familiare": uno stop all'attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, «Osservatorio costituzionale», 2, 2017, pp. 9 e ss.

⁷³ In tal senso, cfr. Corte EDU, 16.07.2015, *Nazarenko c. Russia*, ric. n. 39438/13.

⁷⁴ In tal senso, Corte EDU, 8.02.1993, *J.R.M. c. Paesi Bassi*, ric. n. 16944/90, in cui la Commissione ha ritenuto insufficiente il mero dato biologico della donazione del gamete maschile per la costituzione di una vita familiare suscettibile di tutela in mancanza di un legame personale.

⁷⁵ Corte EDU, 24.06.2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04, sulla quale cfr., *ex multis*, G. Repetto, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione "virtuosa" di un diritto*, «Rivista AIC», 2 luglio 2010; M. Castellaneta, *Il divieto di matrimonio tra coppie dello stesso sesso non viola la convenzione*, «Famiglia e minori», 8, 2010, pp. 86 e ss.

⁷⁶ Mentre nella successiva Corte EDU, GC, 7.11.2013, *Vallianatos c. Grecia*, ric. nn. 29381/09, 32684/09, si precisa che quando uno Stato decide discrezionalmente di introdurre una legislazione che riconosce le unioni civili non può limitarne l'ambito di applicazione alle sole coppie eterosessuali.

Se è indubbio che, in tal modo, la Corte svolge un'azione di progressiva "armonizzazione" a livello europeo, favorendo il processo evolutivo dei "nuovi" diritti meritevoli di tutela, tuttavia, è altrettanto evidente che la giurisprudenza convenzionale non si occupa più soltanto di garantire *standard* minimi di tutela alle posizioni giuridiche enunciate nella Convenzione. Sempre più spesso i singoli si rivolgono *direttamente* a Strasburgo per ottenere un livello più elevato di garanzie anche dal punto di vista della "*qualità*" della tutela sostanziale, nel senso dell'individuazione di "nuovi" interessi giuridicamente meritevoli.

Emerge, così, con chiarezza l'importanza di un'indagine combinata fra tecniche di giudizio e contenuti sostanziali della tutela in riferimento ai temi della procreazione medicalmente assistita e delle unioni omosessuali: soltanto attraverso l'analisi integrata e contestuale di questi fattori è possibile capire se sussista effettivamente un "attivismo" giurisprudenziale e fino a dove possa spingersi l'eventuale "creatività" delle Corti in ambiti in cui sembra mancare un consenso generalizzato circa la rilevanza giuridica di certi interessi.

Capitolo 2

La procreazione medicalmente assistita tra Corti e legislatore

2.1. La l. n. 40/2004 e il tentativo di svolgere un ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco

Il progresso medico-scientifico ha stimolato l'emersione di nuovi interessi suscettibili di incidere sulle posizioni soggettive sia dei singoli individui sia delle formazioni sociali nelle quali si esplica la loro personalità, prima fra tutte la "famiglia". La scienza medica è intervenuta sul fenomeno naturale della procreazione non soltanto in senso negativo, con metodi anticoncezionali e abortivi, ma anche in direzione positiva, mediante una pletora di tecniche volte a favorire il concepimento. Tale inarrestabile processo, mentre accresce il potere dell'uomo di incidere su fenomeni naturali, contestualmente determina l'indefettibile necessità di porre degli argini affinché detto potere sia diretto al benessere della persona umana e all'affermazione dei suoi valori.

L'incontro tra diritto e tecnologie biomediche ha portato alla nascita di nuove posizioni giuridiche soggettive quali la libertà procreativa, comprensiva della libertà di accesso ai mezzi resi disponibili dal progresso medico per favorire la procreazione, o il diritto di conoscere le proprie origini genetiche ed ha, altresì, stimolato l'emersione di nuove caratteristiche qualitative in diritti "consolidati"⁷⁷, creando inevitabilmente anche nuove situazioni di potenziale conflitto.

La procreazione medicalmente assistita si colloca, quindi, al centro di queste molteplici sollecitazioni, al crocevia tra scienza e diritto.

Da un punto di vista scientifico tale nozione individua quel complesso di strumenti medico-chirurgici volti a favorire la soluzione di problemi riproduttivi mentre, da un punto di vista giuridico, è una tematica che rientra nel più vasto ambito del cd. biodiritto⁷⁸, ovvero quell'area delle scienze giuridiche che studia le problematiche

⁷⁷ Si pensi al diritto alla salute e al passaggio da una tutela della dimensione meramente fisica ad una garanzia estesa anche ai profili psichici.

⁷⁸ Sono molteplici le definizioni elaborate in dottrina: dallo studio sistematico dei principi giuridici che orientano la condotta umana individuale e collettiva nell'area delle scienze della vita, in tal senso, cfr. P. Singer, *Etica pratica*, Liguori Editore, Napoli, 1988; al settore del diritto che studia i problemi concernenti la tutela della vita fisica e, in particolare, le implicazioni giuridiche delle scienze biomediche (così S. Leone, S. Privitera (a cura di), *Dizionario di bioetica*, Istituto Siciliano di bioetica, Palermo, 1994), o ancora, diritto relativo a fenomeni della vita organica del corpo, della generazione, dello sviluppo, della maturità, della vecchiaia, della salute, della malattia e della morte (cfr. U. Scarpelli, *Bioetica laica*, Bal-

inerenti alla tutela della vita umana e le implicazioni giuridiche derivanti dall'evoluzione delle scienze mediche.

Il biodiritto è, infatti, chiamato a qualificare giuridicamente, ad organizzare e, infine, a regolare fattispecie neppure immaginabili fino a qualche anno addietro, create dallo sviluppo della scienza e delle tecnologie ad essa applicate.

Il presente capitolo è, quindi, dedicato alle problematiche giuridiche concernenti la procreazione medicalmente assistita perché, come vedremo, tale settore costituisce un'importante cartina di tornasole per l'analisi dei rapporti tra discrezionalità politica, sindacato di ragionevolezza (giuridica e scientifica) ed operazioni di bilanciamento delle Corti: tutti profili centrali in questa attività di indagine.

Di fronte a questioni particolarmente sensibili nel dibattito politico, la Corte costituzionale tende a declinare il proprio giudizio nei termini della "non manifesta irragionevolezza" dell'opzione legislativa di talché, per sancire l'illegittimità di una legge, richiede che essa sia manifestamente irragionevole o arbitraria⁷⁹. In questi casi il sindacato costituzionale si concretizza in una forma di scrutinio "minimale", volto ad assicurare che la posizione costituzionale coinvolta non sia compromessa nel suo nucleo essenziale.

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

Per valutare la portata degli interventi giurisprudenziali e, quindi, l'eventuale "attivismo" dei giudici in questa materia è indispensabile un previo inquadramento della disciplina vigente e una definizione delle scelte di maggior momento del legislatore in questo settore.

Le procedure mediche di assistenza al concepimento sono state praticate per molti anni in Italia in assenza di una specifica regolamentazione legislativa, sulla base di una "*soft law*" caratterizzata prevalentemente dall'autoregolamentazione dei codici deontologici⁸⁰.

dini & Castoldi, Milano, 1998). Infine, *ex multis*, sui collegamenti tra morale, diritto e politica in prospettiva bioetica, cfr. P. Zatti, *Dal consenso alla regola: il giurista in bioetica*, «Rass. Dir. Priv.», 1994, pp. 523 e ss.

⁷⁹ A titolo esemplificativo, si può ricordare Corte cost., 8.07.2010, n. 250, che ha respinto la questione di costituzionalità concernente il reato cosiddetto di "clandestinità". In particolare, al punto 10 del Considerato in diritto, il Giudice delle Leggi circoscrive l'ambito del giudizio di ragionevolezza sulla discrezionalità legislativa a «scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie»; poi muove dalle possibili censure alle scelte operate dal legislatore e, infine, conclude che «simili valutazioni attengono, tuttavia, all'opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria: piano di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità».

⁸⁰ Cfr., in tal senso A. Cossiri, *La demolizione giurisprudenziale della legge 40/2004*, in A. Cossiri, G. Di Cosimo (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Aracne, Roma, pp. 32 e ss. Oltre ai codici deontologici, a disciplinare la materia prima della l. n. 40/2004 vi erano anche ordinanze, circolari e decreti del Ministero della Salute: con una circolare del marzo 1985, l'allora Ministro della Salute Costante Degan vietò alle strutture pubbliche l'espletamento di pratiche di tipo eterologo, consentite da quel momento solo nelle strutture private. La circolare è stata definita sul punto «incompleta e frettolosa nelle sue valutazioni» da S. Minervini, *La procreazione medicalmente assistita*, Halley, Matelica, 2007, p. 63. È stato rilevato, inoltre, che il divieto imposto alle strutture pubbliche aveva «l'effetto di lasciare campo aperto [...] alle strutture private, mosse – per definizione – dal

La l. n. 40/2004⁸¹ che reca «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» fu approvata a seguito di un acceso dibattito politico dalle forti connotazioni ideologiche, dopo un lungo *iter* parlamentare e con notevole ritardo rispetto al contesto europeo.

Questa legge interviene in un settore caratterizzato da un ampio tessuto di principi e valori di rilievo costituzionale: dalla libertà di autodeterminazione rispetto alla procreazione, comprensiva della libertà di utilizzare gli strumenti medico-scientifici atti al superamento di casi problematici, alla tutela della salute psichica e fisica della donna, fino a ricomprendere la garanzia della dignità umana e delle aspettative di vita del concepito, nonché la libertà della ricerca e della scienza.

Come evidenziato da più parti in dottrina⁸², l'apertura del legislatore del 2004 alle nuove tecniche procreative è stata, tuttavia, prudente e limitata, quasi a voler disincentivare il loro impiego mediante la previsione di stringenti divieti e di un consistente apparato sanzionatorio.

Tra le opzioni politiche qualificanti la l. n. 40/2004 vi è quella di riconoscere al concepito una piena protezione giuridica anticipando, così, il momento a partire dal quale la persona umana è suscettibile di tutela⁸³.

A questa netta presa di posizione si accompagna, però, un primo elemento di incertezza: la l. n. 40/2004, pur prevedendo una vasta gamma di divieti a tutela del nascituro e ponendo al centro delle proprie scelte regolatorie la garanzia delle sue aspettative di vita⁸⁴, omette di darne una specifica definizione giuridica.

Sottesa a tale opzione è la probabile difficoltà di individuare il momento a partire dal quale si può parlare di “essere umano”, anche se *in fieri*, suscettibile di tutela. Con le nuove tecniche di ausilio alla procreazione, infatti, la nascita non costituisce più un evento istantaneo, ma assume i connotati di un processo in divenire dai con-

solo fine di lucro»: in tal senso, G. Casaburi, *Il restyling giurisprudenziale della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, «Giu. Mer.», 12, 2009, p. 3002.

⁸¹ In dottrina hanno analizzato la l. n. 40/2004, *ex multis*, U. Salanitro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, vol. IV, Utet, Torino, 2010, pp. 509 e ss.; F. D. Busnelli, *Cosa resta della legge n. 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, «Riv. Dir. Civ.», I, 2011, pp. 459 e ss.; I. Corti, *La procreazione assistita*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, Zanichelli, Bologna, III, 2007, pp. 491 e ss.; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 151 e ss.; R. Villani, *La procreazione assistita*, Giappichelli, Torino, 2004; M. Manetti, *Profili di legittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, «Pol. Dir.», 2004, pp. 453 e ss. Di «matrice ideologica» della legge n. 40 parla già R. Bin, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 22.

⁸² Alcuni rilievi critici rispetto alla l. n. 40/2004 sono espressi da M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., pp. 453 e ss. e P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, «Quad. cost.», 3, 2004, pp. 523 e ss.

⁸³ Può essere utile, in tale prospettiva, guardare alle tesi e ai timori espressi in quegli stessi anni da Habermas nel saggio J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur, Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt am Main, 2001, trad. it. L. Ceppa (a cura di), *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002.

⁸⁴ In tal senso anche A. Cossiri, *La demolizione giurisprudenziale della legge 40/2004*, in A. Cossiri, G. Di Cosimo (a cura di), *La fecondazione vietata*, cit., pp. 33 e ss., e G. Di Cosimo, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico religioso*, ivi, pp. 13 e ss.

torni sfumati e ciò acuisce la difficoltà di stabilire il *discrimen* tra ciò che è “vita” e ciò che vita ancora non è⁸⁵.

Dal punto di vista della coerenza “interna” tra premesse poste dal legislatore e soluzioni concretamente adottate, si segnala una certa discrasia tra l'art. 1, l. n. 40/2004 che richiama l'obiettivo di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» e le disposizioni successive che, invece, pongono delle rilevanti restrizioni in ordine all'impiego delle tecniche di assistenza alla procreazione, al punto che in dottrina si è parlato di «procreazione giuridicamente ostacolata»⁸⁶.

Sono stati, inoltre, sollevati dubbi di coerenza “esterna” tra il bilanciamento di interessi sotteso alla l. n. 40/2004 e il contemperamento previsto nella l. n. 194/1978⁸⁷, incentrato quest'ultimo sulla prevalenza della libertà di autodeterminazione e del diritto alla salute psico-fisica della donna rispetto alle aspettative di vita del concepito.

Un'altra opzione qualificante la l. n. 40/2004 nella sua originaria versione è stata la previsione all'art. 4, comma 3, di un espresso e assoluto divieto di ricorrere alla fecondazione cd. “eterologa”, circoscrivendo, così, le tecniche ammesse soltanto a quelle di tipo “omologo”, caratterizzate dall'impiego del materiale genetico della stessa coppia interessata.

Sono, inoltre, previsti degli stringenti limiti soggettivi di accesso alla procreazione medicalmente assistita: l'art. 5, l. n. 40/2004 ammette soltanto le «coppie maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»⁸⁸, con esclusione, quindi, dei singoli, delle coppie dello stesso sesso, dei minori e di tutti coloro che abbiano superato l'indefinita «età potenzialmente fertile»⁸⁹. Dal punto di vista oggettivo, invece, costituiscono infertili condizioni di accesso alla PMA la «sterilità o infertilità inspiegate, documentate da atto medico»⁹⁰ o derivanti da «causa accertata e documentata da atto medico» (*ex art. 4 com-*

⁸⁵ Sul punto, cfr. Tar Lazio, 21.01.2008, n. 398, là dove mette in evidenza che la definizione di embrione non può competere ad un'autorità amministrativa né essere disciplinata da un regolamento, ma appartiene, in quanto espressione di una scelta di discrezionalità politica, al legislatore.

⁸⁶ Cfr. C. Casonato, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, in E. Camassa, C. Casonato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Università di Trento, Dipartimento di scienze giuridiche, 2005, pp. 13 e ss.

⁸⁷ In dottrina evidenziano tale vizio di irragionevolezza in relazione alla l. n. 194/1978, *ex multis*, S. Canestrari, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, «Riv. Dir. Pen. Proc.», 2004, pp. 417 e ss.; L. Risicato, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, «Riv. it. dir. proc. pen.», 2005, pp. 679 e ss.; M. Romano, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, «Riv. it. dir. proc. pen.», 2007, pp. 510 e ss. Ritene sostanzialmente irragionevole l'intera disciplina della procreazione assistita G. Fiandaca, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, «Leg. Pen.», 2005, pp. 344 e ss.

⁸⁸ Cfr. art. 5, l. n. 40/2004.

⁸⁹ Espressione oscura, non specificata dal legislatore, neppure mediante un rinvio a parametri medico-scientifici.

⁹⁰ I concetti di “sterilità” e di “infertilità” sovente vengono confusi e sovrapposti, probabilmente in ragione di una contaminazione con la lingua inglese che si riferisce alla sterilità con il termine *infertility*. Tuttavia, la “sterilità” consiste nell'incapacità di iniziare, o di fare iniziare una gravidanza, dopo una serie di rapporti non protetti eseguiti per un periodo di tempo che cambia in rapporto all'età, in particolare a quella della donna (si definisce “secondaria” la sterilità di una coppia che in precedenza è riuscita a

ma 1), purché sia «accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione»⁹¹.

Le linee guida ministeriali del 2008 hanno successivamente mitigato la portata dei requisiti oggettivi⁹², mentre è rimasto in vita per lungo tempo, fino all'intervento caducatorio del Giudice delle Leggi⁹³, il divieto di accesso alla PMA e alla diagnosi pre-impianto per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili.

Il capo IV della l. n. 40/2004 prevede, infine, una molteplicità di divieti assoluti volti a garantire la più ampia tutela del nascituro: dal divieto di sperimentazione anche in riferimento agli embrioni soprannumerari non destinabili all'impianto, al divieto di selezione eugenetica e di produzione di embrioni a fini di ricerca. Tali condotte integrano diverse fattispecie di reato⁹⁴ insieme agli ulteriori divieti, previsti dall'art. 14 della l. n. 40/2004, di crioconservazione di embrioni, di soppressione, nonché di riduzione in caso di gravidanze plurime⁹⁵.

L'adeguatezza di queste previsioni legislative è stata messa a dura prova fin dalle origini: come noto, infatti, a distanza di pochi mesi dalla sua entrata in vigore, la l. n. 40/2004 è stata oggetto di cinque quesiti referendari, l'esito dei quali è stato negativo a causa del mancato raggiungimento del *quorum* di validità⁹⁶.

A ciò si aggiunga che a partire da tale vicenda la giurisprudenza costituzionale ha assunto un ruolo decisivo in materia: con la sentenza n. 45/2005⁹⁷ la Corte definitiva la l. n. 40/2004 come "costituzionalmente necessaria", primo intervento legisla-

concepire). L'"infertilità" è, invece, la condizione della donna o della coppia che, pur essendo in grado di concepire, non riesce a dare alla luce figli vivi e capaci di sopravvivere (classico sintomo di infertilità sono i ripetuti aborti).

⁹¹ Merita, tuttavia, rilevare che la prescrizione di cui all'art. 4, comma 1, l. n. 40/2004 è facilmente aggirabile grazie all'attribuzione di particolare rilievo, nella stessa legge, alla situazione di "sterilità idiopatica", ovvero dipendente da causa non accertabile ma resa evidente dalla reiterazione di rapporti sessuali non protetti e privi di esito, che gli stessi richiedenti autocertificano con una dichiarazione dall'attendibilità difficilmente verificabile. In tal senso, si veda anche A. Vallini, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, «Diritto Penale contemporaneo», 2, 2014, p. 255.

⁹² Le linee guida del 2008, adottate con d.m. 11 aprile 2008 hanno, infatti, consentito l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita anche nei casi in cui l'uomo sia affetto da malattia sessualmente trasmissibile, come il virus HIV, o l'epatite. Le linee guida del 2004, adottate con d.m. 22 luglio 2004 avevano già consentito l'accesso alla PMA anche nei casi di ipofertilità e di assenza di concepimento dopo 12-24 mesi di tentativi, previa attestazione dello specialista.

⁹³ Corte cost., 5.06.2015, n. 96.

⁹⁴ Tali condotte sono previste dall'art. 13, l. n. 40/2004 insieme agli ulteriori divieti di clonazione e di produzione di ibridi ed implicano anche la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria.

⁹⁵ L'art. 14, l. n. 40/2004 prevedeva anche il divieto di produzione di un numero di embrioni superiore a tre, poi giudicato illegittimo da Corte cost., 8.05.2009, n. 151.

⁹⁶ Alla consultazione referendaria partecipò, infatti, soltanto il 25,9% degli aventi diritto.

⁹⁷ Corte cost., 28.01.2005, n. 45, dichiarava inammissibile il quesito avente ad oggetto l'abrogazione dell'intera l. n. 40/2004. Tale sentenza è stata oggetto di critiche in dottrina: cfr. E. Lamarque, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, «Quad. cost.», 2, 2005, pp. 382 e ss.; A. Ruggeri, *"Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, «Forum di Quaderni costituzionali», 2005, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018), e G. Monaco, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle "leggi costituzionalmente necessarie"*, «Giur. Cost.», 2005, pp. 337 e ss.

tivo organico in una materia che «coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quantomeno un bilanciamento tra di loro che assicuri un livello minimo di tutela legislativa» e, per questo motivo, non suscettibile di abrogazione nella sua interezza. Nella decisione, tuttavia, la Corte non indicava il contenuto essenziale e indefettibile di tale bilanciamento, né spiegava perché il “vuoto” eventualmente prodotto dall'abrogazione integrale della legge avrebbe creato una situazione di maggior incostituzionalità rispetto alla disciplina vigente.

La Corte dichiarava, invece, ammissibili⁹⁸ i restanti quattro quesiti concernenti profili specifici della legislazione, su alcuni dei quali è stata successivamente chiamata ad intervenire in sede di giudizio in via incidentale (i.e. il divieto di ricerca sugli embrioni a fini di sperimentazione terapeutica, il divieto di revoca del consenso all'impianto dopo la fecondazione, la norma che prescrive la produzione del numero di embrioni necessario ad un unico impianto e non superiore a tre e, infine, il divieto di donazione di gameti).

Considerata l'ampiezza e la centralità dei singoli quesiti ammessi⁹⁹ rispetto all'intero assetto legislativo, la questione dell'individuazione dei profili qualificanti e costituzionalmente indefettibili della l. n. 40/2004 è rimasta aperta, ciò che ha fatto strada ai successivi interventi “demolitori” delle Corti nazionali¹⁰⁰ e dei giudici di Strasburgo.

⁹⁸ Con le sentenze nn. 46, 47, 48, 49/2005, la Corte dichiarava ammissibili i singoli quesiti referendari poiché nessuno dei quattro aveva ad oggetto disposizioni costituzionalmente necessarie, o indefettibili secondo il diritto internazionale: si trattava di norme rientranti nell'ampia discrezionalità legislativa, l'abrogazione delle quali non avrebbe determinato il venir meno di una tutela costituzionalmente imposta. Sulla vicenda referendaria relativa alla l. n. 40/2004, cfr. M. Aimis, *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005; A. Ruggeri, “Tutela minima” di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita, cit.; A. Pugiotto, *Fuga dal referendum: “Comitati del no” e Governo a Corte*, «Forum di Quaderni costituzionali», 23 marzo 2005, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); S. Penasa, *L'ondivaga categoria delle leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato”*, «Forum di Quaderni costituzionali», 19 aprile 2005, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); A. Di Blasi, *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, «Costituzionalismo.it», 3, 2004, <www.costituzionalismo.it>, (10/2018); V. Satta, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sul referendum del 2005*, «Amministrazione in cammino», 23.07.2007, <www.amministrazioneincammino.it>, (10/2018).

⁹⁹ In tal senso, cfr. D. Tega, *Referendum sulla procreazione assistita: del giudizio di ammissibilità per valori*, «Quad. cost.», 2, 2005, pp. 385 e ss.

¹⁰⁰ Gli interventi demolitori della Consulta, secondo parte della dottrina, avrebbero smantellato lo stesso “intento precauzionale” della l. n. 40/2004: così L. Violini, *La Corte e l'eterologa*, cit., pp. 5 e ss. Per un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema, si vedano anche G. Ferrando, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla fecondazione assistita*, «Fam. e Dir.», 2011, pp. 517 e ss. e A. Ciervo, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, «Giur. Cost.», 2008, pp. 3669 e ss. Nel complesso, a partire dall'entrata in vigore della l. n. 40/2004 fino al 2018, si contano almeno 10 rinvii alla Corte costituzionale, che si è pronunciata ben 4 volte con decisioni di incostituzionalità. Per gli interventi dei giudici comuni si veda il paragrafo 2.4.

2.2. Profili di comparazione giuridica e l'isolamento del contesto italiano in materia di procreazione assistita

Esaminate le scelte fondamentali sottese alla l. n. 40/2004 occorre volgere l'attenzione anche alla prospettiva comparata per valutare quale sia stato il contemperamento offerto ai diversi valori in gioco.

Questo settore è stato al centro di un ampio dibattito anche nel panorama europeo, con riflessioni che esulano dal mero dato giuridico, per aprirsi ad interrogativi di carattere etico, talvolta filosofico, a tematiche complesse quali lo statuto dell'embrione, l'irripetibilità della persona, il "diritto" alla procreazione. Tale dibattito ha portato ad esiti differenti, soprattutto per quanto attiene al potere di intervento statale, così come diverso è stato l'approccio dei legislatori europei nel disciplinare la materia¹⁰¹. In alcuni ordinamenti, come quello francese, si procede ad una revisione periodica della disciplina legislativa, alla luce delle acquisizioni scientifiche e dei dati esperienziali acquisiti, in altri, invece, la difficoltà di legiferare sul tema porta al mantenimento delle soluzioni giuridiche individuate o ad una regolamentazione sub-legislativa.

In una prospettiva comparata¹⁰² la l. n. 40/2004 si colloca in una posizione di complessivo isolamento rispetto al panorama europeo: le disposizioni di maggior momento, quali il divieto di accesso alla procreazione eterologa e alla diagnosi genetica pre-impianto, nonché il divieto assoluto di sperimentazione sull'embrione faticano a trovare eguali nella normativa di Paesi culturalmente e giuridicamente vicini al nostro¹⁰³.

Per esigenze di "economia del lavoro" l'indagine ha ad oggetto soltanto le scelte fondamentali di alcuni ordinamenti nel contesto europeo, selezionati secondo due diversi parametri: il criterio "storico-culturale" che guarda agli Stati più vicini all'Italia sotto il profilo delle tradizioni storiche, culturali e, nondimeno, giuridiche (i.e. Spagna, Francia e Germania) e il parametro della "giurisprudenza convenzionale" che consente, invece, di esaminare le scelte normative fondamentali di quei Paesi che più volte sono stati convenuti a Strasburgo (i.e. Regno Unito e Austria).

Per quanto concerne la Francia, ad esempio, occorre evidenziare che il legislatore è intervenuto ben dieci anni prima di quello italiano in materia di procreazione

¹⁰¹ Nel variegato panorama europeo in materia di procreazione assistita si possono distinguere discipline fondate su un modello più permissivo (come Spagna e Gran Bretagna), da quelle che si ispirano ad un paradigma relativamente più chiuso (i.e. Germania, Francia ed Austria). In ordine alla tecnica normativa, ci sono Paesi in cui la fonte legislativa tende ad assorbire e regolare ogni aspetto (come Francia, Austria e Spagna): in altri Stati la legge rinvia a decisioni *case-by-case* adottate da un'autorità indipendente (i.e. Gran Bretagna), mentre in altri ancora la normativa lascia un discreto margine di decisione alla giurisprudenza (i.e. Germania).

¹⁰² Per una ricognizione del panorama legislativo europeo in materia, cfr. L. Balestra, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese*, in AA.VV., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Corriere della sera, Milano, 2005, pp. 77 e ss., e C. Casonato, T. E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006.

¹⁰³ Basti pensare che la quasi totalità di tali Stati, come vedremo, consente l'accesso alle tecniche riproduttive non soltanto in ragione della sterilità della coppia, ma anche nell'evenienza in cui vi sia la probabilità di trasmettere al nascituro patologie cagionate da alterazioni cromosomiche o di geni.

assistita¹⁰⁴ ed ha individuato tra i requisiti “oggettivi” per l'accesso, non soltanto l'esistenza di problemi di sterilità o infertilità accertata della coppia, ma anche l'obiettivo di impedire la trasmissione al nascituro di patologie genetiche di cui uno o entrambi i genitori siano portatori¹⁰⁵.

Similmente alla disciplina nostrana, invece, la *Loi de Bioéthique* consente il ricorso alle procedure di assistenza medica al concepimento soltanto alle coppie di sesso opposto, entrambe viventi, in età procreativa, coniugate, legate in un *Pacs* o coppie di fatto¹⁰⁶, mentre preclude l'accesso al *single* e ai *partners* di coppia omosessuale.

Per quanto attiene, invece, alle tecniche di procreazione ammesse la Francia rientra fra gli ordinamenti, per così dire, più “liberali”, poiché consente oltre alla PMA omologa, anche il ricorso alla donazione di gameti¹⁰⁷, sia *in vivo* che *in vitro*, sia maschili che femminili, con gli unici limiti del divieto di ricorrere alla “doppia donazione” (ovvero alla donazione di entrambi i gameti) e alla maternità surrogata¹⁰⁸.

Esiste un'importante differenza rispetto al sistema italiano: l'espressa previsione del cd. “dono dell'embrione” concepito mediante la procreazione assistita, previo assenso della coppia non interessata al suo impianto¹⁰⁹. In Francia, infatti, i soggetti da cui hanno origine gli embrioni crioconservati sono chiamati annualmente a manifestare le loro intenzioni rispetto al progetto genitoriale e, qualora esprimano una rinuncia, potranno scegliere tra diverse opzioni: la donazione degli embrioni ad altre coppie, la loro destinazione alla ricerca scientifica o la distruzione. Si indulge su questo aspetto per mettere in evidenza che di tutte le opzioni offerte dall'ordinamento francese nemmeno una è ammessa nel sistema italiano, risultando ad oggi vietate sia la donazione di embrioni sia l'impiego per finalità di ricerca sia la loro soppressione.

Sulla scia del sistema francese il Comitato Nazionale di Bioetica¹¹⁰ aveva auspicato l'introduzione anche in Italia della cd. “adozione per la nascita” degli embrioni

¹⁰⁴ Loi n. 94-654 du 29 juillet 1994 *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, così come modificata dalla Loi n. 2004-800 du 6 août 2004 *relative à la bioéthique*, e successivamente dalla Loi n. 2011-814 du 7 juillet 2011 *relative à la bioéthique*, che ha autorizzato la ratifica della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e della biomedicina firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997.

¹⁰⁵ La «*Loi relative à la bioéthique*» ammette, infatti, la diagnosi pre-impianto quando sussiste «la forte probabilità della nascita di un figlio affetto da una malattia genetica di particolare gravità, considerata incurabile al momento della diagnosi».

¹⁰⁶ La Loi n. 2011-814 ha soppresso l'esigenza di vita comune per almeno due anni.

¹⁰⁷ Merita rilevare che anche Svezia, Norvegia e Danimarca consentono il ricorso alla procreazione assistita di tipo eterologo.

¹⁰⁸ Pratica che in Francia costituisce un illecito penale proprio come in Italia *ex art. 12, comma 6, l. n. 40/2004* che sanziona la pratica della maternità surrogata con la reclusione da tre mesi a due anni.

¹⁰⁹ L'ordinamento francese prevede che nell'ambito delle tecniche di procreazione assistita i membri della coppia possano consentire, tramite scrittura privata, la fecondazione di un certo numero di embrioni da trasferire in utero, mentre i restanti il cui sviluppo sia soddisfacente sono crioconservati, senza alcun limite numerico.

¹¹⁰ Cfr. documento del Comitato nazionale di bioetica del 18 novembre 2005 sul tema «L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assi-

sopranumerari, crioconservati e dichiarati in “stato di abbandono”: una soluzione che, tuttavia, non è mai stata accolta dal legislatore nazionale.

In Germania, invece, il perno della regolamentazione in materia è contenuto nel cd. «*Embryonenschutzgesetz*»¹¹¹, legge penale complementare a tutela dell’embrione, nonché nel codice civile tedesco e nella Legge fondamentale.

Il ricorso alla procreazione assistita era originariamente consentito, come in Italia, soltanto per ovviare a problemi di sterilità o infertilità della coppia¹¹² fino a quando, su impulso del *Bundesgerichtshof*¹¹³, è stata introdotta una disposizione¹¹⁴ che, pur mantenendo un generale divieto di diagnosi genetica pre-impianto, consente eccezionalmente tale pratica qualora esista un alto rischio di trasmissione di gravi malattie o malformazioni ereditarie, di un aborto spontaneo o di una morte uterina del feto, previo consenso di un’apposita commissione etica¹¹⁵.

Per quanto concerne i profili “soggettivi”, invece, l’ordinamento tedesco prevede ancora dei limiti particolarmente restrittivi, consentendo l’accesso alla PMA soltanto alle coppie eterosessuali, coniugate o conviventi¹¹⁶, mentre esclude i singoli e le coppie omosessuali, proprio come in Francia e in Italia.

Tra le tecniche ammesse figurano la fecondazione omologa e l’eterologa, *in vivo* e *in vitro*, ma limitatamente ai gameti maschili: la donazione di gameti femminili (cd. ovodonazione), infatti, è sanzionata penalmente insieme alla maternità surrogata.

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

Tra gli Stati che adottano una regolamentazione per così dire “liberale” della materia figura, invece, la Spagna¹¹⁷, dove l’accesso alla PMA è consentito non soltanto alle coppie eterosessuali, sposate o conviventi, ma anche alle donne *single* maggiorenni, dotate di capacità di agire e in buono stato di salute psico-fisica. Il ricorso a tali tecniche è ammesso sia per ovviare a eventuali problemi riproduttivi sia

stita» e, successivamente, il documento del 26 ottobre 2007, sul tema «Destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili», consultabili su <bioetica.governo.it>, (10/2018).

¹¹¹ BGBl. I 1990 S. 2746 «*Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG)*».

¹¹² Mentre non era ammesso per impedire la trasmissione di patologie genetiche.

¹¹³ Cfr. BGH 5 StR 386/09 - Urteil vom 6. Juli 2010 (LG Berlin), <www.hrr-strafrecht.de>, (10/2018).

¹¹⁴ Con BGBl. I 2011 S. 2228 «*Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (PräimpG)*», c.d. Legge sulla diagnosi genetica preimpianto, è stato introdotto il nuovo art. 3a ESchG.

¹¹⁵ Il Governo tedesco ha emanato il «*Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik*», regolamento attuativo della legge sulla diagnosi genetica pre-impianto, entrato in vigore il 1° febbraio 2014. Il regolamento si occupa di definire le procedure da rispettare e disciplina il rilascio delle autorizzazioni ai centri specializzati, compresa la qualifica dei medici abilitati a lavorarvi, la durata delle autorizzazioni stesse, la composizione ed il funzionamento della commissione etica interdisciplinare e la gestione della relativa documentazione.

¹¹⁶ Nel caso di coppia non coniugata ma legata da convivenza stabile l’accesso è subordinato ad una previa consulenza medica.

¹¹⁷ La disciplina è attualmente contenuta nella Ley n. 14/2006 «*sobre técnicas de reproducción humana asistida*» che racchiude la normativa in materia di procreazione medicalmente assistita e nella Ley n. 14/2007 «*de investigación biomédica*» sulla ricerca biomedica.

per evitare la trasmissione di patologie genetiche al nascituro¹¹⁸ ed è consentita sia la procreazione di tipo omologo sia la donazione di gameti, maschili e femminili, con l'espressa previsione della garanzia dell'anonimato; resta, invece, vietata anche in Spagna la pratica della surrogazione di maternità¹¹⁹.

Un altro ordinamento giuridico che non può essere trascurato, poiché interessato da due importanti decisioni della Corte europea dei diritti umani in materia di donazione di gameti è, altresì, quello austriaco.

Il «*Fortpflanzungsmedizingesetz*»¹²⁰ presenta alcuni punti di contatto con la regolamentazione italiana: consente l'accesso a tecniche riproduttive artificiali solo alle coppie coniugate o legate da una relazione di convivenza analoga («*Lebensgefährten*»)¹²¹ e vieta le pratiche della maternità surrogata, della donazione di embrioni e l'attività di ricerca scientifica sugli stessi.

La peculiarità di tale ordinamento consta, invece, nelle tecniche ammesse: oltre alla fecondazione omologa è, infatti, consentita anche la donazione di gameti maschili ma soltanto ai fini della fecondazione *in vivo*¹²², mentre è vietata come in Germania la donazione di gameti femminili.

Da ultimo, è interessante osservare le scelte fondamentali del sistema britannico: un ordinamento che è stato al centro di significativi interventi dei giudici di Strasburgo¹²³.

Lo «*Human Fertilisation Act*»¹²⁴ non prevede limiti soggettivi di accesso alla procreazione medicalmente assistita: possono ricorrervi le coppie, sposate o conviventi, sia eterosessuali sia omosessuali, nonché il soggetto *single*. Sono, inoltre, ammesse le tecniche di procreazione di tipo omologo ed eterologo, con donazione di gameti maschili e femminili, nonché la diagnosi pre-impianto e, come in Francia, la donazione di embrioni non impiegati da una coppia nel proprio ciclo di fecondazione artificiale.

Questa disciplina è caratterizzata da una grande apertura verso le tecniche di assistenza al concepimento: lo dimostra la mancanza di limiti soggettivi e oggettivi di accesso, nonché il fatto che sia consentita la ricerca scientifica sugli embrioni e la

¹¹⁸ Il sistema spagnolo consente la diagnosi genetica pre-impianto, *ex art. 12, Ley n. 14/2006*, qualora siano soddisfatte una serie di condizioni riguardanti la natura della malattia che deve essere «grave», di «manifestazione precoce» e «incurabile alla luce delle attuali conoscenze scientifiche».

¹¹⁹ L'art. 10.1., *Ley n. 14/2006* vieta la surrogazione di maternità e stabilisce la nullità del contratto con il quale si pattuisca la gestazione, con o senza corrispettivo, a carico di una donna che rinuncia alla filiazione materna a beneficio del contraente o di un terzo.

¹²⁰ BGBl. I Nr. 275/1992 «*Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)*», emendato nel 2004 e nel 2015.

¹²¹ Il ricorso a tali pratiche è consentito quando ogni altro possibile e ragionevole trattamento procreativo fallisca o non abbia ragionevole possibilità di successo.

¹²² La legge austriaca esclude, infatti, la donazione di gameti maschili per la fecondazione *in vitro*. Nei limitati casi in cui è ammessa la procreazione eterologa è prevista la garanzia dell'anonimato, anche se dal compimento dei 14 anni il minore può chiedere di prendere visione dei dati relativi al donatore.

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

¹²⁴ Lo «*Human Fertilisation and Embryology Act*» fu introdotto il 30 ottobre del 1990 e aggiornato nel 2008. Tale atto consente l'accesso alle tecniche di procreazione assistita sia allo scopo di superare problemi procreativi sia al fine di evitare la trasmissione di patologie genetiche.

pratica della maternità surrogata, al contrario sanzionata anche penalmente in molti Stati dell'U.E.

Da questo breve *excursus* sulla legislazione vigente nel contesto europeo emerge il divario rispetto alla disciplina prevista dalla l. n. 40/2004 nella sua originaria formulazione: in tutti i Paesi esaminati è, infatti, consentita la donazione di gameti quantomeno maschili, in Italia, invece, fino all'intervento della Consulta del 2014, vigeva un rigoroso e assoluto divieto legislativo di accesso a qualsiasi pratica di tipo eterologo; la stessa diagnosi genetica pre-impianto è consentita in ognuno degli Stati esaminati, mentre l'Italia ha dovuto attendere l'intervento del Giudice delle Leggi del 2015 per ammettere il ricorso a tale pratica.

Soltanto le decisioni "demolitorie" della Corte EDU e della Corte costituzionale hanno progressivamente ridotto la distanza che separava la disciplina italiana dal panorama legislativo europeo e lo hanno fatto censurando i cardini stessi della l. n. 40/2004.

2.3. Cade il primo divieto della l. n. 40/2004: una decisione costituzionale non così *tranchant* come potrebbe apparire *prima facie*

Il primo intervento caducatorio della Corte costituzionale¹²⁵ in questa materia, da taluni qualificato come «riscrittura» della l. n. 40/2004¹²⁶, è rappresentato dalla sentenza n. 151 del 2009¹²⁷: una decisione complessa, caratterizzata da un dispositi-

¹²⁵ Corte cost., 8.05.2009, n. 151. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata con decisione del 21 gennaio 2008 dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio e con ordinanze del 12 luglio e del 26 agosto 2008 del Tribunale ordinario di Firenze. Si trattava nel primo caso di un procedimento amministrativo promosso dalla Warm (*World Association Reproductive Medicine*) contro il Ministero della Salute e nel secondo di procedimenti civili instaurati da C.M. e R.G. avverso il Centro di procreazione assistita Demetra s.r.l. Oltre alle disposizioni poi dichiarate incostituzionali, i giudici *a quibus* avevano sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 14, comma 1 (là dove vieta la crioconservazione e la soppressione di embrioni), all'art. 14, comma 4 (divieto di riduzione embrionaria per gravidanze plurime) e all'art. 6, comma 3 (sulla non revocabilità del consenso informato), questioni dichiarate inammissibili per difetto di motivazione sulla rilevanza nel giudizio *a quo*. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR Lazio e dal Tribunale di Firenze erano particolarmente delicate perché, da un lato, si ponevano all'incrocio tra scienza e diritto e, dall'altro, rischiavano di condurre la Corte nel vivo dell'agone politico, essendo la procreazione medicalmente assistita un tema oggetto di acceso dibattito tra le forze politiche e nella stessa società civile.

¹²⁶ G. Ferrando, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, cit., pp. 517 e ss.;

¹²⁷ Corte cost., 8.05.2009, n. 151, tra i molteplici commenti alla sentenza cfr. in particolare M. D'Amico, I. Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte Costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2010, pp. 128 e ss.; M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, «Giur. Cost.», 2009, pp. 1688 e ss.; C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena difendere"?*, ivi, pp. 1696 e ss.; L. Trucco, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, «Giur. It.», 2, 2010, pp. 287 e ss.; G. Ferrando, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 2, 2009, pp. 521 e ss.; R. Villani, *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina l.n.40/2004*, «Nuove Leggi Civ. Comm.», 2009, pp. 495 e ss.

vo di accoglimento parziale¹²⁸ che colpisce l'obbligo legislativo di un unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti *in vitro* ed un dispositivo additivo¹²⁹ in forza del quale il trasferimento degli embrioni, in precedenza sospeso per causa imprevedibile di forza maggiore, deve essere realizzato il prima possibile e - si aggiunge - «senza pregiudizio della salute della donna»¹³⁰.

Anziché trincerarsi in una declaratoria di inammissibilità¹³¹, con questa sentenza la Corte “decide di decidere” entrando nel merito delle questioni sollevate: censura un vizio di irragionevolezza della l. n. 40/2004, nei termini di un'incoerenza *intra legem* tra mezzi e fini perseguiti, là dove appresta una tutela assolutizzante al solo embrione e sacrifica tutti gli altri diritti in gioco. Nel ragionamento dei giudici costituzionali l'eccessiva rigidità del limite, posto in via legislativa, al numero di embrioni impiantabili si scontrerebbe¹³² con lo scopo procreativo sotteso alla legge e farebbe aumentare i rischi di pregiudizio per la salute della donna, costretta alla reiterazione dei cicli di stimolazione ovarica¹³³, con conseguente aumento delle probabilità di insorgenza di patologie. Il divieto legislativo, inoltre, si porrebbe in contrasto con il principio di eguaglianza ogniqualvolta un eguale trattamento fosse applicato a casi diversi e, del pari, con il principio della gradualità e minore invasività delle tecniche di procreazione assistita.

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

Consapevole del labile confine che separa discrezionalità politica e controllo di ragionevolezza, la Consulta richiama più volte in motivazione il principio di fondo della l. n. 40/2004 (*ex art. 1*), secondo il quale le tecniche riproduttive non devono creare un numero di embrioni superiore a quello «strettamente necessario» allo scopo procreativo e procede consequenzialmente a sostituire al preciso limite numerico,

¹²⁸ In riferimento all'art. 14, comma 2, l. n. 40/2004: «Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'art. 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre».

¹²⁹ In riferimento all'art. 14, comma 3, l. n. 40/2004: «Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile».

¹³⁰ Con la successiva ordinanza Corte cost., 8.03.2010, n. 97 si precisa che, dalla sentenza n. 151/2009, deriva la possibilità di produrre più di tre embrioni e di crioconservarli.

¹³¹ Come avvenuto con l'ordinanza Corte cost., 9.11.2006, n. 369 avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale del divieto di diagnosi pre-impianto.

¹³² In dottrina era stata denunciata da tempo l'incostituzionalità della disposizione che imponeva al medico di utilizzare una pratica non ottimale e contraria alla deontologia ed all'etica medica, cfr. R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotta, P. Veronesi (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Giappichelli, Torino, 2008.

¹³³ Mediante la previsione di un numero massimo di ovociti fecondabili pari a tre e vietando la crioconservazione degli embrioni non impiantati si verificavano, nella prassi, due possibili difficoltà: gli embrioni creati (al massimo tre) risultavano spesso insufficienti a determinare una gravidanza nelle donne in età più matura, o con una ridotta capacità di assicurare l'attecchimento in utero, al contrario, nelle donne più giovani vi era il rischio di provocare gravidanze trigemellari.

previsto dalla legge, un'indicazione teleologico-finalistica¹³⁴ in linea con la *ratio legis*¹³⁵.

Per non incorrere in censure di “eccesso di potere” la Corte lascia impregiudicata anche la questione della diagnosi pre-impianto¹³⁶: considerata la delicatezza degli interessi coinvolti, la legittimità di tale pratica non sembra potersi desumere soltanto da argomentazioni ermeneutiche *a contrario*¹³⁷.

In questa stessa ottica di *self restraint*¹³⁸ può essere inquadrata anche la scelta della Corte di prendere le distanze dalla soluzione di accoglimento manipolativo, prospettata dal Tribunale di Firenze¹³⁹, in riferimento all'art. 14, comma 3, prediligendo la soluzione meno *tranchant* di un'additiva di principio¹⁴⁰.

¹³⁴ Analoga a quella prevista nella legislazione austriaca: cfr. art. 10, l. n. 275, 7 luglio 1992, in virtù del quale il numero di embrioni da fecondare ed impiantare in utero deve essere quello «sufficiente in base all'esperienza ed alle più recenti conoscenze medico-scientifiche a dare inizio nell'arco di un ciclo ad una riproduzione assistita».

¹³⁵ In definitiva, la Corte mantiene saldo il principio cardine della l. n. 40/2004 della strumentalità delle tecniche rispetto allo scopo riproduttivo, senza sostituirsi al legislatore nel dettare il numero di embrioni da produrre: il protocollo illegittimo non viene, infatti, sostituito da un altro più gradito alla Corte.

¹³⁶ In tal senso anche L. Violini, *Note minime ad una decisione problematica. Il punto di vista dei giuristi*, in I. Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, cit., pp. 191 e ss. e anche S. La Rosa, *La diagnosi genetica preimpianto*, «Fam. e Dir.», 2011, pp. 839 e ss. Per M. Manetti, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, «Costituzionalismo.it», 1, 2009, «la Corte colpisce unicamente la pretesa del legislatore di farsi medico o scienziato». In senso contrario cfr. M. D'Amico, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in I. Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, cit., pp. 214 e ss., e G. Ferrando, *Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili*, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 1, 2013, pp. 20 e ss. L'Autrice ivi evidenziava che la sentenza della Corte «nel momento in cui autorizza la produzione del numero di embrioni ritenuto dai medici appropriato al caso singolo, schiude la porta alla possibilità di fare diagnosi preimpianto».

¹³⁷ Per tal via non appare suscettibile di applicazione la diagnosi e selezione pre-impianto ai casi rientranti nella clausola eccezionale di liceità della crioconservazione, di cui al comma 3 dell'art. 14, che opera soltanto quando il trasferimento «non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna». Anche dopo la modifica introdotta con la sentenza n. 151/2009, la disposizione continua, infatti, a riferirsi ad un ostacolo all'impianto inizialmente “imprevedibile” e tale non appare il rischio, già preventivato, da coppie portatrici di malattie genetiche che chiedono l'accesso alla PMA allo specifico scopo di una selezione pre-impianto: la Corte evita, così, di invadere un campo appartenente alla sfera di discrezionalità del legislatore. In tal senso cfr. anche F. D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, «Riv. Dir. Civ.», 1, 2004, p. 564.

¹³⁸ La Corte non ha, inoltre, sindacato la scelta posta a fondamento della l. n. 40 di riconoscere al concepito la qualifica di “soggetto di diritto”, al pari di tutti gli altri soggetti coinvolti nella procreazione assistita (ex art. 1, l. n. 40/2004), limitandosi, piuttosto, a censurare l'irragionevolezza del bilanciamento legislativo tra i valori confliggenti in gioco, in tal senso cfr. M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, cit., pp. 1690 e ss.

¹³⁹ Soluzione che avrebbe dato luogo ad una normativa di risulta del seguente tenore: “Per grave e documentata causa relativa allo stato di salute della donna è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi”.

¹⁴⁰ Con la quale viene dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna», Corte cost., 151/2009, cit., punto 6.1. Considerato in diritto. A ben vedere questa deroga al divieto generale di crioconservazione, previsto dal comma 1, art. 14, si inserisce in modo coerente nel tessuto legislativo alla luce della disposizione generale dell'art. 6, comma 4 che consente al medico di non procedere al trattamento di PMA richiesto «per motivi di ordine medico-sanitario».

Così facendo, la Corte sembra aver operato con una certa cautela nell'ambito di questioni eticamente controverse, ponendo, altresì, l'accento sull'opportunità di distinguere tra discrezionalità medica e discrezionalità legislativa¹⁴¹.

Al medico spetta la determinazione del trattamento più adeguato al caso specifico nel rispetto del principio di «stretta necessità» della terapia rispetto al fine procreativo: una determinazione che non viene più stabilita *erga omnes* per legge, ma demandata all'autonoma valutazione dello specialista, chiamato a decidere la migliore e più adeguata pratica per la singola fattispecie concreta¹⁴².

Si tratta di una decisione “pionieristica” nell'ambito dei rapporti tra scienza e diritto, poiché il giudice costituzionale pone dei confini netti all'operato del legislatore: questi non potrà più stabilire in astratto le modalità pratiche dell'intervento terapeutico.

La Corte, tuttavia, non sembra attribuire un “primato” alla scienza sul diritto, poiché non mette in discussione il potere del legislatore di stabilire i principi ispiratori che sorreggono l'intero impianto della l. n. 40/2004, tra i quali il riconoscimento dei diritti di tutti i soggetti coinvolti aventi pari dignità, compresa la donna che accoglie l'embrione¹⁴³.

La Corte costituzionale non afferma il primato della salute della madre sul diritto alla vita dell'embrione, non determina un bilanciamento “a senso unico”, gerarchicamente preordinato: ciò che il Giudice delle Leggi censura è l'assolutezza della tutela garantita all'embrione nel momento in cui è inserito nel corpo della donna¹⁴⁴.

¹⁴¹ In tal senso anche A. M. Gambino, A. Nicolussi, *Alcuni rilievi sulle interpretazioni della sentenza della Corte costituzionale sulla legge 40/2004*, «Forum di Quaderni costituzionali», 22 Maggio 2009, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018).

¹⁴² La delimitazione tra discrezionalità medica e legislativa emerge chiaramente nelle parole della Corte: la disposizione censurata è illegittima, poiché «non riconosce al medico la possibilità di valutare, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, il singolo caso sottoposto a trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare», cfr. Corte Cost., n. 151/2009, cit., punto 6.1. Considerato in diritto. In tal senso anche G. Di Genio, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, «Forum di Quaderni costituzionali», 20 maggio 2009, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018). Afferma G. Ferrando, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, cit., p. 530: «Al ruolo del medico, sminuito dalla legge che ne faceva un esecutore di ricette confezionate dal legislatore, viene ora restituita dignità». Già con Corte cost., 14.11.2003, n. 338, «Giur. Cost.», 6, 2003, e Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, «Dir. e Giust.», 29, 2002, p. 31 la Corte costituzionale aveva affermato il principio secondo cui, in materia di pratica terapeutica, la discrezionalità legislativa deve essere subordinata alle acquisizioni scientifiche e sperimentali, in continua evoluzione.

¹⁴³ In nessuna parte della sentenza si legge ciò che fu scritto nella decisione Corte cost., 18.02.1975, n. 27, pure invocata dal Tribunale di Firenze (cfr. Trib. Firenze, ord. 12 luglio 2008, n. 323) secondo cui l'embrione «persona deve ancora diventare» e, dunque, non esiste equivalenza tra i suoi diritti e quelli di chi persona è già.

¹⁴⁴ Occorre, tuttavia, segnalare un equivoco in cui la Corte sembra incorrere nella motivazione della sentenza proprio là dove afferma: «Va premesso che la legge in esame rivela – come sottolineato da alcuni dei rimettenti – un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela

In definitiva, guardando al margine di “creatività” dell’intervento caducatorio, il Giudice delle Leggi sembra aver agito nell’ambito delle proprie prerogative: censura la legge nella parte in cui prevede un bilanciamento irragionevole e ristabilisce un equilibrio proporzionato tra i valori in gioco, senza indulgere in valutazioni di natura politica sull’uso del potere discrezionale del legislatore¹⁴⁵.

Il punto di svolta in cui la Consulta sembra, invece, svolgere un penetrante controllo di ragionevolezza sulle scelte operate dal legislatore è, come vedremo, rappresentato dalla sentenza n. 162/2014 sulla donazione di gameti e dalla successiva decisione n. 96/2015 concernente la diagnosi pre-impianto¹⁴⁶.

2.4. Il caso *Costa e Pavan contro Italia* e l’attivismo “bifronte” della Corte EDU nell’ambito della diagnosi pre-impianto

Anche la dibattuta questione dello *screening* genetico pre-impianto¹⁴⁷ offre una visione privilegiata di indagine sul canone di ragionevolezza impiegato sia dal giu-

delle esigenze di procreazione», cfr. Corte cost., n. 151/2009, cit., punto 6.1. Considerato in diritto. Tale argomentazione sembra provare troppo: il limite dei tre embrioni, nella *ratio legis*, era stato introdotto proprio per dare ad ognuno la possibilità di crescere e svilupparsi, non per apprestare loro una tutela affievolita, cfr. in tal senso anche C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la “Costituzione che non vale più la pena difendere”?*, cit., pp. 1697 e ss. La l. n. 40/2004 prescrive che tutti gli embrioni creati vengano impiantati, mettendoli, così, tutti nelle condizioni di poter sopravvivere nel grembo materno, se poi ciò non accade, non è per via della disciplina legislativa, ma a causa delle leggi di natura che dominano anche la procreazione naturale. Non si vede, quindi, dove sia la tutela “relativa” dell’embrione nella disposizione legislativa invocata dalla Corte a sostegno delle proprie argomentazioni. Più correttamente, per dimostrare l’opzione del legislatore favorevole ad una tutela non assoluta del concepito, si sarebbe potuto invocare lo stesso art. 1, l. n. 40/2004 là dove, tra gli obiettivi perseguiti, individua quello di favorire la soluzione di problemi riproduttivi, assicurando, al contempo, i diritti di *tutti* i soggetti coinvolti, del concepito come della madre, in una necessaria ed inderogabile limitazione biunivoca che sia la meno restrittiva possibile per i valori coinvolti nel loro fare “sistema”.

¹⁴⁵ A corroborare l’atteggiamento di *self restraint* della Consulta, la scelta di non dichiarare l’illegittimità consequenziale del divieto generale di crioconservazione *ex art.* 14, c. 1, l. n. 40/2004: la declaratoria d’illegittimità dell’art. 14, commi 2 e 3 determina una deroga a tale divieto ogniqualvolta gli embrioni non vengano impiantati per una scelta medica volta alla tutela della salute della donna, nondimeno, il riconoscimento di una deroga non fa venire meno la validità del principio generale “derogato”. Viceversa, la declaratoria di illegittimità consequenziale del generale divieto di crioconservazione avrebbe rappresentato, questa sì, una scelta discrezionale esorbitante le prerogative del giudice costituzionale, scelta evitata dalla Corte, ben conscia della differenza sussistente tra una mera deroga e la caducazione del principio generale suscettibile di essere derogato.

¹⁴⁶ Diversamente A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, «Rivista AIC», 3, 2015, pp. 7 e ss. che individua il momento di “svolta” nella sentenza n. 151/2009.

¹⁴⁷ La diagnosi genetica pre-impianto consiste in un’indagine genetica che, mediante la tecnica del prelievo di una o più cellule dell’embrione prima dell’impianto in utero, consente di accertare se l’embrione sia portatore o meno di determinate malattie. Sulla definizione di diagnosi pre-impianto cfr. R. Pavone, *La convenzione europea sulla biomedicina*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 99; A. Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011, p. 179; A. Guglielmino, S. Chamayou, *Diagnosi preimpianto: tra tutela della salute e procreazione responsabile. Il punto di vista dei medici*, in M. D’Amico, I. Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, cit., p. 235. Svolge una analisi delle fattispecie cliniche nelle quali è consentito l’accesso a tale tecnica S. La Rosa, *La diagnosi preimpianto: un pro-*

dice costituzionale sia dalla Corte EDU, sotto il profilo specifico della coerenza sistematica dell'ordinamento nazionale¹⁴⁸.

Guardando al dato normativo, l'art. 13 della l. n. 40/2004 non prevede, *expressis verbis*, un divieto assoluto di procedere a tale indagine genetica, stabilisce, piuttosto, un divieto di ricerca e sperimentazione clinica sull'embrione¹⁴⁹. Quello della diagnosi pre-impianto appare un emblematico esempio di quel "silenzio eloquente" di cui si discorreva nel precedente capitolo: il legislatore non prevede un espresso divieto, ma neppure riconosce un diritto di ricorrere a tale indagine genetica, lasciando, così, i soggetti bisognosi di tutela nell'incertezza normativa, oltretutto in balia della risoluzione casistica delle vicende problematiche.

Le linee guida ministeriali del 2004 hanno successivamente proibito «ogni diagnosi pre-impianto con finalità eugenetica» e prescritto che «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'art.14, co. 5, dovrà essere di tipo osservazionale».

Dinanzi all'oscurità del dato normativo e all'eterogeneità delle decisioni giudiziarie¹⁵⁰ la stessa Corte costituzionale è stata investita della questione di legittimità

blema aperto, cit., p. 839. Per un'analisi dei profili tecnici della diagnosi pre-impianto e delle differenze rispetto alla c.d. "diagnosi prenatale" si può consultare A. Forabosco, *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1468 e ss.

¹⁴⁸ Ovvero un giudizio di coerenza tra le scelte sottese alla l. n. 194/1978 e quelle previste nella l. n. 40/2004.

¹⁴⁹ Evidenzia la sussistenza di una considerevole ambiguità interna alla normativa G. Ferrando, *Fecundazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, cit., pp. 521 e ss.

¹⁵⁰ Il divieto di diagnosi pre-impianto era stato inizialmente ritenuto legittimo dal Tribunale di Catania che aveva ritenuto manifestamente infondata la relativa questione di legittimità costituzionale. Cfr. Trib. Catania, ord. 3.05.2004, «Fam. e Dir.», 4, 2004, pp. 372 e ss., con note di G. Ferrando, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati*, *ivi*, pp. 383 e ss. e M. Dogliotti, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte fondate le questioni di legittimità costituzionale*, *ivi*, pp. 384 e ss. Cfr. anche M. D'Amico, *Riuscirà una legge in costituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? In margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004*, in A. Celotto, N. Zanon (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Franco Angeli, Milano, 2004, pp. 48 e ss.; A. Di Martino, *Procreazione assistita: il Tribunale di Catania non sollecita l'intervento della Corte costituzionale*, «Rivista AIC», 24.06.2004; T. E. Frosini, *Stupisce il mancato ricorso alla Consulta*, «Guida al Diritto», 23, 2004, pp. 56 e ss.; M. Olivetti, *Decisione coerente, ma gli interessi vanno bilanciati*, *ivi*, pp. 58 e ss.; E. Caggia, *Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (brevi riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della L. 19 febbraio 2004, n. 40)*, «Giur. It.», III, 2004, pp. 2093 e ss. Si veda, inoltre, in senso fortemente critico E. Giacobbe, *Tre "banalità" e una verità: brevi osservazioni su una prima applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, «Gius. Civ.», X, 2004, pp. 2459 e ss. Il Tribunale di Catania aveva considerato la diagnosi pre-impianto come un giudizio selettivo sugli embrioni, quindi, rientrando nel divieto di cui all'art. 13, c. 3, lettera d, l. n. 40/2004. La richiesta dei ricorrenti di selezionare gli embrioni e trasferire solo quelli sani era, inoltre, considerata incompatibile con il divieto di crioconservare e sopprimere embrioni (art. 14, c. 1) e con l'obbligo di procedere ad un unico e contemporaneo impianto degli stessi (art. 14, c. 2). Successivamente, in senso conforme cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III, decisioni del 9 e 23 maggio 2005, rispettivamente, nn. 3452 e 4047, a commento si veda A. Ciervo, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, cit., pp. 3669 e ss. Infine, il Tribunale di Cagliari, dubitando della legittimità costituzionale del divieto di accesso alla diagnosi pre-impianto per le coppie che avevano fatto ricorso alla PMA, con ordinanza del 16 luglio 2005, n. 574 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, l. n. 40/2004, per contrasto con

costituzionale del divieto di accesso alla diagnosi pre-impianto, con particolare riferimento alla situazione delle coppie infertili che avevano già fatto ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Con ordinanza n. 369/2006, tuttavia, la Corte «decide di non decidere»¹⁵¹: la questione sollevata dal giudice di Cagliari viene dichiarata manifestamente inammissibile per l'insufficiente motivazione dell'ordinanza di rimessione¹⁵².

L'impressione è che la Corte costituzionale si sia rifugiata in un sostanziale *non liquet*¹⁵³, lasciando impregiudicata nel merito la questione della diagnosi pre-impianto "in attesa di tempi migliori", complice l'elusività del dettato legislativo che non prevedeva un divieto espresso in materia¹⁵⁴.

La pronuncia di inammissibilità della Corte viene, per così dire, "superata" da tre interventi "pionieristici", rispettivamente del Tribunale di Cagliari¹⁵⁵, nel settembre 2007, del Tribunale di Firenze¹⁵⁶, nel dicembre 2007 e, infine, del Tar Lazio¹⁵⁷,

gli artt. 2, 3 e 32 Cost. e disposto la trasmissione alla Corte Costituzionale degli atti relativi al caso di due coniugi, portatori sani di beta-talassemia cui era stata negata l'analisi pre-impianto. La questione si è conclusa, appunto, con l'ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale n. 369/2006.

¹⁵¹ Corte cost., 9.11.2006, n. 369, «Fam. e Dir.», 6, 2007, pp. 545 e ss. con nota di A. Figone, *La Corte Costituzionale interviene in tema di diagnosi preimpianto sull'embrione*, ivi, pp. 547 e ss.; A. Celotto, *La Corte Costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, «Giur. Cost.», 2006, pp. 3846 e ss.; sulla pronuncia cfr. anche C. Tripodina, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita*, ivi, pp. 3849 e ss. che evidenzia come, con questa decisione, la Corte abbia «artatamente cercato appigli processuali per non decidere nel merito la questione»; M. D'Amico, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, ivi, pp. 3859 e ss.; S. Della Bella, *La Consulta non si pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, «Fam. Pers. Succ.», 4, 2007, pp. 305 e ss.; A. Morelli, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, «Forum di Quaderni costituzionali», 17 novembre 2006, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); L. Trucco, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte Costituzionale*, «Giur. It.», 1, 2007, pp. 347 e ss.

¹⁵² Il giudice *a quo* aveva sostenuto l'illegittimità costituzionale di una sola specifica disposizione, l'art. 13, l. n. 40/2004 nella parte in cui stabiliva il divieto di sottoporre l'embrione, prima dell'impianto, a diagnosi per l'accertamento di eventuali patologie, divieto che, secondo la stessa ordinanza, sarebbe stato desumibile anche da altri articoli della legge, questi non impugnati, nonché dall'interpretazione sistematica dell'intero testo legislativo.

¹⁵³ Evidenziano che la pronuncia in esame è stata una decisione "sofferta", come dimostra il rifiuto del giudice relatore, A. Finocchiaro, di redigerne il testo (poi redatto dal giudice R. Vaccarella) A. Morelli, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, cit., p. 2; A. Ciervo, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore*, cit., pp. 3707 e ss.

¹⁵⁴ In tal senso cfr. anche G. Repetto, *"Non di sola Cedu.." La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, «Dir. Pubbl.», 1, 2013, pp. 136 e ss.

¹⁵⁵ Trib. Cagliari, 24.09.2007, «Fam. e Dir.», 2007, pp. 1141 e ss., con nota di M. Dogliotti, *Diagnosi preimpianto, accertamento dello stato di salute dell'embrione e diritti della persona*, ivi, pp. 1148 e ss. Il Tribunale di Cagliari mette, altresì, in luce il collegamento tra la diagnosi pre-impianto ed il consenso informato al trattamento sanitario, nel senso che «negare l'ammissibilità della diagnosi-impianto, anche quando sia stata richiesta ai sensi dell'art. 14 della legge, significherebbe, dunque, rendere impossibile una adeguata informazione sul trattamento sanitario da eseguirsi, indispensabile, invece, sia nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, consentendo ai futuri genitori di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del nascituro, sia in funzione della tutela della salute gestazionale della donna».

¹⁵⁶ Trib. Firenze, 19.12.2007, «Fam. e Dir.», 7, 2008, pp. 723 e ss., a commento della quale cfr. G. Baldini, *Procreazione assistita: l'ordine degli interessi tutelati è uno solo. Note a margine della cd. ordi-*

nel gennaio 2008 che, mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata¹⁵⁸ degli artt. 13 e 14, l. n. 40/2004, riconoscono la legittimità della diagnosi pre-impianto in talune specifiche circostanze.

Il Tribunale di Cagliari ammette alla pratica una coppia sterile portatrice di malattia genetica, sul presupposto che tale indagine, ben distinta dalla ricerca clinica e sperimentale sull'embrione, non sia vietata dalla l. n. 40/2004 che, al contrario, consente espressamente ai genitori di informarsi sullo stato di salute dell'embrione. Questa lettura costituzionalmente orientata si fonda sulla distinzione netta tra l'ambito applicativo dell'art. 13 e quello proprio dell'art. 14 della l. n. 40/2004: i divieti contenuti nel primo interesserebbero soltanto la ricerca e la sperimentazione, mentre l'indagine pre-impianto, avendo finalità conoscitiva, rientrerebbe nell'ambito applicativo dell'art. 14¹⁵⁹.

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

Interviene, infine, il Tar Lazio a dichiarare l'illegittimità delle stesse linee guida per eccesso di potere, nella parte in cui consentono indagini sullo stato di salute degli embrioni creati *in vitro* esclusivamente per fini "osservazionali"¹⁶⁰.

nanza Mariani adottata in tema di fecondazione assistita e diagnosi genetica pre impianto, «Rass. Dir. Civ.», III, 2008, pp. 829 e ss.

¹⁵⁷ Tar Lazio, Sez. III, 21.01.2008, n. 398, «Foro.it», III, 2008, pp. 207 e ss. Successivamente cfr. anche Trib. Bologna, ord. 29.06.2009, «Giur. It», 2010, pp. 295 e ss.

¹⁵⁸ In dottrina avevano proposto una interpretazione costituzionalmente orientata, volta ad escludere che dalla l. n. 40/2004 emergesse un divieto di diagnosi pre-impianto, F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 98 e ss.; E. Palmerini, *La legge sulla procreazione assistita al primo vaglio giurisprudenziale*, «Famiglia», 2004, pp. 975 e ss.; R. Villani, *La procreazione assistita*, cit., pp. 199 e ss.; A. Vallini, *Procreazione medicalmente assistita*, «Leggi penali complementari», 2007, pp. 657 e ss.

¹⁵⁹ Secondo il Tribunale di Cagliari nell'art. 13, l. n. 40/2004 il bilanciamento tra l'interesse allo sviluppo della ricerca scientifica e l'aspettativa di vita dell'embrione si conclude con una tutela assoluta del secondo interesse rispetto al primo mediante la previsione di un divieto di ricerca e sperimentazione, fatte salve quelle attività dirette alla tutela e allo sviluppo dell'embrione stesso. Nell'art. 14, l. n. 40/2004, invece, il bilanciamento tra la tutela dell'embrione ed il diritto alla salute della donna assume una diversa connotazione secondo il Tribunale: nel prevedere il diritto dei genitori di essere informati sullo stato di salute degli embrioni, la disposizione legittimerebbe l'uso della diagnosi pre-impianto, unico strumento in grado di dare informazioni su tale stato.

¹⁶⁰ Lo stesso Tribunale ha sollevato, in tale occasione, le questioni di legittimità costituzionale accolte con la sentenza Corte cost., n. 151/2009, esaminata in precedenza. Le nuove linee guida ministeriali, d.m. 11 aprile 2008, G.U. 30.04.2008, n. 101, mantengono il divieto di diagnosi pre-impianto con finalità eugenetica, ma eliminano il riferimento alle indagini con finalità di tipo esclusivamente "osservazionale". Per un commento si rinvia a M. Dogliotti, *Procreazione assistita: le Linee Guida del 2008*, «Fam. e Dir.», 2008, pp. 749 e ss. Dopo la sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale sono intervenuti sulla legittimità della diagnosi pre-impianto anche Trib. Bologna, Sez. I, ord. 29.06.2009, con nota di G. Casaburi, *Il restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., pp. 3002 e ss. e Trib. Cagliari, ord. 9.11.2012, con nota di A. Verri, *Il Tribunale di Cagliari riconosce per la prima volta il "diritto" di accesso alla diagnosi preimpianto ad una coppia talassemica*, «Diritto penale contemporaneo», 10 dicembre 2012, <www.penalecontemporaneo.it>, (10/2018) e A. Vallini, *La diagnosi preimpianto è un diritto*, «Corr. merito», 4, 2013, pp. 429 e ss. Il Tribunale di Bologna, richiamando la sentenza costituzionale n. 151 del 2009, ha ordinato in via d'urgenza la produzione di un numero minimo di sei embrioni e la diagnosi pre-impianto dei medesimi, nonché il trasferimento di quelli non affetti dalla patologia diagnosticata alla coppia infertile, con crioconservazione degli altri.

La sentenza *Costa e Pavan c. Italia*¹⁶¹ si inserisce in questo contesto giurisprudenziale mostrando, a sua volta, un certo attivismo della Corte EDU che potremmo definire “bifronte”, poiché incide sia su un aspetto procedurale sia sulla garanzia sostanziale offerta ad un nuovo interesse meritevole.

Il profilo procedurale investe frontalmente la sussidiarietà della tutela convenzionale: i coniugi Pavan, infatti, avevano adito direttamente Strasburgo senza esperire preventivamente alcuno dei rimedi giurisdizionali interni¹⁶². Ciò nonostante la Corte EDU respinge l’eccezione di irricevibilità sollevata dal Governo italiano¹⁶³, sul presupposto che il divieto assoluto di diagnosi pre-impianto sia previsto dalla legge, per la rimozione della quale l’ordinamento italiano non prevede un rimedio interno “effettivo”. Per i giudici di Strasburgo, infatti, anche l’ordinanza del Tribunale di Salerno¹⁶⁴, intervenuta ad autorizzare per la prima volta in Italia l’accesso alla diagnosi pre-impianto ad una coppia fertile portatrice di malattia genetica, non avrebbe dato prova di un rimedio “effettivo”, perché circoscritta ad un caso isolato.

Secondo una parte della dottrina la sentenza *Costa e Pavan* avrebbe aperto un fronte di tensione tra Corte EDU e Giudice delle Leggi¹⁶⁵: escludendo l’esistenza di strumenti processuali interni accessibili ai singoli per far valere la violazione di un diritto convenzionale derivante da una legge irragionevole, i giudici di Strasburgo avrebbero negato l’effettività del sistema di giustizia costituzionale italiano¹⁶⁶. In

Anche il Tribunale di Cagliari ha riconosciuto il diritto di effettuare la diagnosi pre-impianto e di trasferire in utero i soli embrioni sani della coppia infertile.

¹⁶¹ Corte EDU, 28.08.2012, *Costa e Pavan c. Italia*, cit., a commento della quale cfr. 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*, «Rivista AIC», 3, 2012; C. Nardocci, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l’ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, «Rivista AIC», 1, 2013. Il caso da cui ha avuto origine il ricorso a Strasburgo riguarda una coppia di coniugi italiani che, nel 2010, si rivolge alla Corte EDU lamentando l’impossibilità di ricorrere, in quanto coppia fertile, alla PMA ed alla diagnosi pre-impianto. I ricorrenti ritengono che detta limitazione sia lesiva del loro interesse a procreare un figlio non affetto dalla fibrosi cistica. La coppia aveva scoperto di essere portatrice sana della malattia a seguito della nascita di una prima figlia dalla medesima patologia affetta. In una successiva gravidanza, la Sig.ra Costa aveva deciso di ricorrere ad interruzione volontaria di gravidanza dopo che la diagnosi prenatale le aveva indicato la presenza della patologia anche nel nuovo concepito.

¹⁶² Considerato che la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni ha lo scopo di «*ménager aux Etats contractants l’occasion de prévenir ou redresser les violations alléguées contre eux avant que ces allégations ne soient soumises aux organes de la Convention*» (cfr. Corte EDU, GC, 28 luglio 1999, *Selmouni c. France*, ric. n. 25803, § 74), l’esito procedurale cui giunge la Corte EDU in questa decisione presenta profili di problematicità.

¹⁶³ Ex art. 35, § 1 CEDU.

¹⁶⁴ Trib. Salerno, ord. 9.01.2010, n. 12474, «Fam. e Dir.», 5, 2010, pp. 476 e ss. con nota di M. Segni, *Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili - un nuovo problema*, ivi, pp. 476 e ss.; S. La Rosa, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*, ivi, pp. 487 e ss. In tal sede il Tribunale di Salerno aveva considerato irragionevole non assicurare alla madre il diritto di sapere se l’embrione fosse malato tramite diagnosi pre-impianto e riconoscere, invece, il diritto di abortire il feto malato. Pertanto, aveva ordinato al direttore sanitario di eseguire la diagnosi pre-impianto sull’embrione creato *in vitro* onde verificare se fosse affetto da atrofia muscolare.

¹⁶⁵ Come affermato anche da B. Randazzo, *La bulimia della Corte dei “desideri”*, cit., pp. 4 e ss.

¹⁶⁶ Nella stessa memoria del Governo italiano per il rinvio dinanzi alla Grande Camera della decisione *Costa e Pavan*, si lamenta che la Corte di Strasburgo avrebbe deciso senza considerare che «*il existe en*

effetti, lo stesso accesso in via incidentale presuppone che il singolo, pur non potendo adire direttamente il Giudice delle Leggi, abbia comunque la possibilità di rivolgersi all'autorità giurisdizionale e sollevare l'eccezione di incostituzionalità, sulla quale il giudice comune deve decidere motivando (*ex art. 24, l. n. 87/1953*)¹⁶⁷.

Nel caso *Costa e Pavan*, tuttavia, la deroga alla regola del previo esaurimento sembra giustificata dal principio della «massima espansione della tutela dei diritti fondamentali» e, in particolare, dall'esigenza di garantire una tutela effettiva in tempi rapidi: attendere il lungo *iter* della rimessione in via incidentale ed il conseguente giudizio costituzionale, avrebbe potuto irrimediabilmente pregiudicare la libertà procreativa dei coniugi, considerata soprattutto l'età della donna e i limiti soggettivi previsti per l'accesso alla PMA nel nostro ordinamento¹⁶⁸.

Nondimeno è importante che la deroga al previo esaurimento dei rimedi interni si mantenga entro i confini dello «stato di eccezione», giustificata nei soli casi di urgenza nel provvedere ad una tutela immediata ed effettiva di situazioni meritevoli. In caso contrario, consentendo all'individuo di ricorrere direttamente a Strasburgo ogniqualvolta una norma di legge dello Stato ponga un divieto apparentemente non suscettibile di interpretazione conforme alla CEDU¹⁶⁹, si corre il rischio di legittimare una «pregiudiziale di convenzionalità» e bypassare, così, qualsiasi filtro di giudizio a livello nazionale, compreso il controllo di legittimità costituzionale.

Dal punto di vista della «qualità» della tutela, nella sentenza *Costa e Pavan* i giudici di Strasburgo estendono la portata dell'art. 8 CEDU anche al «desiderio di procreare un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui i genitori sono portatori,

Italie la possibilité de faire recours à la Cour constitutionnelle qui a le pouvoir d'annuler les dispositions législatives, entre autres pour des raisons d'incohérence». Merita, altresì, rilevare che, rispetto all'ordinanza interlocutoria del 2006, la Corte costituzionale difficilmente si sarebbe trincerata in un ulteriore *non liquet*, poiché l'ordinamento giuridico italiano si era evoluto, alcuni giudici comuni avevano riconosciuto la legittimità della diagnosi pre-impianto per le coppie sterili o infertili e la stessa Corte costituzionale, con sentenza 151/2009, aveva sanzionato l'irragionevole bilanciamento previsto dalla l. n. 40/2004 tra diritto alla salute della madre e tutela del concepito.

¹⁶⁷ Evidenzia questo aspetto anche C. Pinelli, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. General Assesments*, in G. Repetto (a cura di), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Antwerp-Cambridge-Portland, 2013, pp. 250 e ss. Secondo tale schema i coniugi Costa e Pavan avrebbero preventivamente potuto adire il giudice ordinario e sollevare l'eccezione di illegittimità costituzionale in riferimento al divieto, questo sì espresso, di accedere alla procreazione assistita per le coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili.

¹⁶⁸ Su tale aspetto sia consentito un rinvio a C. Masciotta, *Il ricorso "diretto" a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 CEDU: un possibile "cortocircuito" tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?*, «Osservatorio sulle fonti», 1, 2018, pp. 14 e ss.

¹⁶⁹ In tema di interpretazione conforme alla CEDU (ma anche di interpretazione conforme alla Costituzione ed al diritto comunitario), cfr. il volume M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Giappicchelli, Torino, 2009. Cfr., inoltre, A. Ruggeri, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, «I Quaderni europei», 19, 2010, pp. 19 e ss. Sugli effetti delle sentenze della Corte europea nell'ordinamento italiano, cfr. B. Randazzo, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana: avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2006, pp. 295 e ss.

utilizzando a tal fine le tecniche di procreazione assistita e successivamente la diagnosi genetica pre-impianto»¹⁷⁰.

Dinanzi all'interprete si pone inevitabilmente l'interrogativo se, ogniquale volta siano in gioco valori rispetto ai quali manca ancora un consenso generalizzato nei singoli Stati contraenti, come spesso accade nell'ambito di temi eticamente sensibili, i giudici della Convenzione possano enucleare "nuove" posizioni giuridiche meritevoli di tutela o, viceversa, tale compito debba essere riconosciuto soltanto agli organi politici nazionali, per il «diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro paesi»¹⁷¹. In altri termini, è ancora valida l'originaria concezione che riserva a Strasburgo il compito di garantire lo *standard* minimo di protezione, cioè il nucleo essenziale dei diritti fondamentali riconosciuto dal consesso europeo, nella consapevolezza che laddove, invece, manchi un riconoscimento univoco di certi interessi e il conflitto all'interno della società sia profondo, dovrebbero intervenire le autorità nazionali a rappresentare la specificità culturale, giuridica e sociale di quell'ordinamento¹⁷²?

La risposta non può certamente fondarsi su un singolo caso giurisprudenziale, tuttavia, nella sentenza *Costa e Pavan* assume particolare rilievo il fatto che la Corte abbia creato¹⁷³ un "nuovo" diritto senza addurre un'argomentazione puntuale a sostegno dell'interpretazione evolutiva della Convenzione¹⁷⁴.

Nel merito i giudici di Strasburgo condannano lo Stato italiano per la violazione dell'art. 8 CEDU a causa di un'incoerenza nel sistema legislativo che non consente

¹⁷⁰ Cfr. Corte EDU, 28.08.2012, *Costa e Pavan c. Italia*, cit., § 57.

¹⁷¹ In tal senso cfr. C. Tripodina, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa e Pavan vs Italia)*, «Diritto Pubblico comparato ed europeo», 2, 2013, pp. 939 e ss.

¹⁷² In tal senso cfr. M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione, Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 65 e ss.: «Alle corti europee il compito di tutelare i diritti fondamentali, più che di riconoscerne di nuovi, o addirittura di crearne».

¹⁷³ Sulla funzione creativa della Corte EDU cfr. V. Zagrebelsky, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, «Foro.it», 5, 2012, pp. 7 e ss.: «Anche se l'argomentazione svolta dalla Corte nella motivazione delle sue sentenze tende (o pretende) di dimostrare che essa "trova" il diritto, piuttosto che "crearlo", non c'è dubbio che si è in presenza di un esempio chiaro della funzione creativa della interpretazione giudiziale, con richiamo alla dinamica della produzione del diritto da parte dei giudici di common law».

¹⁷⁴ La Corte EDU si limita ad affermare che un simile "desiderio" è espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti intesa in senso ampio. Cfr. Corte EDU, 28.08.2012, *Costa e Pavan c. Italia*, cit., § 55 ove la Corte riassume la propria giurisprudenza sull'art. 8 CEDU: «*La Cour rappelle ensuite que la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 est une notion large qui englobe, entre autres, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables (Niemiets c. Allemagne [...] 1992), le droit au « développement personnel » (Bensaïd c. Royaume-Uni, [...] 2001), ou encore le droit à l'autodétermination (Pretty c. Royaume-Uni, [...] 2002). Des facteurs tels que l'identification, l'orientation et la vie sexuelles relèvent également de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (Dudgeon c. Royaume-Uni [...] 1981, et Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni [...] 1997), de même que le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent (Evans c. Royaume-Uni [...] 2007 et A, B et C c. Irlande [...] 2010 et R.R. c. Pologne [...] 2011)*»; fino a ricomprendere esplicitamente nella portata applicativa dell'art. 8 CEDU il diritto «*de voir respecter leur décision de devenir parents génétiques*» (*Dickson c. Royaume-Uni [...] 2007, e «à l'application de l'article en question en matière d'accès aux techniques hétérologues de procréation artificielle à des fins de fécondation in vitro (S.H. et autres c. Autriche [...] 2011)*».

la diagnosi pre-impianto per verificare se l'embrione sia malato, ma autorizza a procedere ad una pratica più invasiva come la successiva interruzione di gravidanza, qualora il feto sia colpito dalla medesima patologia di cui i genitori sono portatori¹⁷⁵. La violazione convenzionale si fonda, pertanto, su un ragionamento "trilaterale" in cui gioca un ruolo fondamentale la disciplina nazionale in materia di interruzione di gravidanza¹⁷⁶.

La Corte EDU sembra, così, estendere il proprio sindacato a valutazioni di ragionevolezza e coerenza "esterna" della l. n. 40/2004, in un "impeto costituzionale" del proprio ruolo: utilizza una tecnica di giudizio propria dei tribunali costituzionali, operando sostanzialmente da giudice della ragionevolezza legislativa.

A tal proposito occorre, tuttavia, considerare che il nostro ordinamento consente l'interruzione di gravidanza non per abortire un feto malato, ma solo ed esclusivamente per tutelare la salute fisica e psichica della donna che lo porta in grembo¹⁷⁷; al contrario, in questa decisione la Corte EDU sembra aver valutato la coerenza tra disciplina legislativa della procreazione assistita e disciplina dell'interruzione di gravidanza alla luce del diverso interesse a procreare un figlio non affetto dalla patologia di cui la coppia è portatrice.

Per risultare coerenti alla *ratio* della l. n. 194/1978 e agli indirizzi costituzionali espressi in materia, i giudici di Strasburgo avrebbero probabilmente dovuto incardinare le loro argomentazioni sul diritto alla salute della donna¹⁷⁸, nel contemperamento con la tutela del concepito, evitando, così, di estendere *ad nutum* la nozione di "vita familiare" ad un "bisogno" non espressamente previsto dalla Convenzione¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Il Governo aveva invocato, a giustificazione dell'ingerenza, la tutela della salute del "bambino" e della donna, nonché la libertà di coscienza delle professioni mediche e la necessità di evitare derive eugenetiche. Sui possibili rischi di derive eugenetiche connessi alla diagnosi pre-impianto cfr. J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, cit., pp. 64-65, 73 e ss., 80 e ss.

¹⁷⁶ Avverso questa decisione, il 22 novembre 2012, il Governo italiano aveva proposto domanda di rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera, ai sensi dell'art. 43 CEDU, ma l'11 febbraio 2013 la *Grande Chambre* ha rigettato la richiesta e la sentenza è divenuta definitiva.

¹⁷⁷ L'aborto del feto affetto da malattia deve fondarsi sul previo accertamento dei riflessi patologici sulla salute della madre. Nota a tal proposito F. D. Busnelli, *Giurisprudenza e bioetica*, in Id., *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 129 e ss. che al «*right to choose the abortion*», proprio dell'ordinamento nordamericano, «non corrisponde, nel nostro sistema un diritto di abortire», dal momento che l'aborto costituisce esclusivamente «una misura per scongiurare un pericolo per la salute fisica o psichica della donna». La stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 27 del 1975, ci ricorda che è la «realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire la gestazione» l'unica giustificazione, costituzionalmente legittima, della relativizzazione della tutela del concepito.

¹⁷⁸ In tal senso cfr. anche C. Tripodina, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa e Pavan vs Italia)*, cit., pp. 93 e ss.

¹⁷⁹ Un ultimo aspetto da evidenziare concerne la declaratoria di manifesta infondatezza della censura relativa all'art. 14 CEDU. In questo caso la Corte, basandosi sui soli profili adottati dal Governo, imposta il proprio ragionamento sul presupposto che la legge italiana vieti in maniera assoluta la diagnosi pre-impianto a qualsiasi categoria di soggetti, quando, al contrario, la giurisprudenza nazionale in precedenza citata aveva ormai ammesso le coppie sterili o infertili alla procedura. Potevano, quindi, sussistere dei margini per valutare un'eventuale discriminazione irragionevole, derivante dal divieto di accesso alla PMA ed alla diagnosi pre-impianto in danno delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispetto alle coppie sterili o infertili ammesse in via giurisprudenziale a tale pratica.

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

A seguito della condanna a Strasburgo¹⁸⁰ il Tribunale di Roma¹⁸¹ ha autorizzato i coniugi Pavan ad accedere alla procreazione assistita e alla diagnosi genetica pre-impianto onde verificare se l'embrione fosse affetto dalla malattia di cui la coppia era portatrice¹⁸².

Le ricadute del caso *Costa e Pavan* nell'ambito delle dinamiche della nostra forma di Stato sono rilevanti: tale vicenda è emblematica della possibile sovrapposizione tra esecuzione del giudicato convenzionale *ex art. 46 CEDU* e disapplicazione del diritto interno¹⁸³. Il Tribunale di Roma giunge, infatti, a disapplicare il divieto di accesso alla PMA, previsto dall'art. 4, l. n. 40/2004, al fine di dare diretta attuazione ai principi di diritto affermati nella sentenza *Costa e Pavan c. Italia*.

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

¹⁸⁰ Successivamente alla definizione del caso *Costa e Pavan*, anche il Tribunale di Cagliari, il 9 novembre 2012, in sede cautelare, ha accolto il ricorso di due coniugi fertili che chiedevano di accedere alla procreazione medicalmente assistita, in attuazione proprio del principio sancito dalla Corte EDU. Il Tribunale ha motivato il provvedimento facendo espresso riferimento alla normativa sovranazionale come interpretata dai giudici di Strasburgo: «Nella fattispecie in esame si deve ritenere certamente possibile una interpretazione adeguatrice della norma interna, in quanto le norme della Convenzione, nel significato attribuito dalla Corte di Strasburgo (...) appaiono conformi alla nostra Carta, nella lettura offerta anche dalla (...) sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009, laddove ha esaminato il bilanciamento tra gli interessi contrapposti».

¹⁸¹ Trib. Roma, sezione I civile, ord. 23.09.2013, *Costa e Pavan* contro Asl Roma A e Centro Tutela della Donna e del Bambino S. Anna, con commento di A. Ruggeri, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Tribunale di Roma, I Sez. civ., che dà seguito a Corte EDU Costa e Pavan, «Diritti comparati»*, 8 ottobre 2013, <www.diritticomparati.it>, (10/2018); A. Vallini, *Ardita la rotta o incerta la geografia? la disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, cit., pp. 251 e ss.

¹⁸² Il Tribunale, in sede di ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, decide di riconoscere ai coniugi il diritto di sottoporsi a procreazione medicalmente assistita, «con trasferimento in utero della signora Rosetta Costa (...), previo esame clinico e diagnostico degli embrioni creati tramite fecondazione in vitro, solo degli embrioni sani o portatori sani rispetto alla patologia da cui sono affette le parti, mediante le metodologie previste dalla scienza medica e con crioconservazione degli embrioni malati sino all'esito della tutela di merito». Secondo il giudice capitolino, infatti, la diagnosi pre-impianto trova fondamento nel diritto al consenso informato e all'autodeterminazione in ambito sanitario, espressamente riconosciuti dagli artt. 6 e 14, comma 5, l. n. 40/2004 a coloro che hanno accesso alla PMA.

¹⁸³ Come affermato anche in A. Cardone, *Corte edu, giudici comuni e disapplicazione della legge: spunti per la comprensione delle trasformazioni della forma di stato*, in C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 76 e ss.

quest'ultima e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale». Questa trasposizione della regola *self-executing* dall'ordinamento dell'U.E. al sistema CEDU mostra il fraintendimento in cui incorre il giudice di merito e si pone, altresì, in contrasto con il consolidato orientamento, inaugurato con le «sentenze gemelle»¹⁸⁴, che riserva alla Consulta il giudizio sulla compatibilità della norma convenzionale con l'intero assetto costituzionale e non con i soli principi supremi.

Secondo il Tribunale capitolino, inoltre, l'obbligo di esecuzione del giudicato convenzionale ricadrebbe su tutti gli organi dello Stato-apparato, compresi i giudici, in special modo quelli competenti sul caso definito a Strasburgo, con il conseguente potere di disapplicare la norma interna convenzionalmente incompatibile.

Questo ulteriore argomento della partecipazione dei giudici all'adempimento dell'obbligo di esecuzione delle decisioni convenzionali, *ex art. 46 CEDU*, sembra condivisibile fin tanto che siano rispettati i confini internamente definiti per l'esercizio delle attribuzioni dei diversi poteri dello Stato.

Se una disposizione legislativa è contraria a Costituzione e il contrasto non può essere superato in via ermeneutica a causa del dato testuale, l'unica via esperibile, come noto, è l'incidente di costituzionalità, altrimenti il giudice finirebbe per violare l'obbligo di soggezione alla legge, sostituendo la propria decisione a quella dell'organo politico e minando in radice il fondamentale principio della separazione dei poteri¹⁸⁵.

Il mancato ricorso all'incidente di costituzionalità nel caso dei coniugi Pavan ha, inoltre, privato tutte le coppie in situazione analoga alla loro della possibilità di ottenere una declaratoria di incostituzionalità con efficacia *erga omnes* che riconoscesse il loro diritto di accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi pre-impianto¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Secondo l'orientamento invalso a partire dal 2007, come noto, la CEDU è fonte sub-costituzionale e, da tale premessa, discende la sua soggezione all'intero assetto costituzionale; sul punto cfr. criticamente A. Ruggeri, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo*, cit., § 7. Il potere di applicazione diretta della CEDU da parte del giudice comune, mediante disapplicazione della norma interna incompatibile, è ripetutamente escluso nella giurisprudenza costituzionale, cfr. in particolare quanto si legge in Corte cost., n. 348/2007, cit., punto 3.3. Considerato in diritto: le fonti CEDU (per come interpretate dalla Corte EDU), «sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto», ancora: «La Convenzione EDU [...] non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti».

¹⁸⁵ Orbene, l'art. 4, l. n. 40/2004 era disposizione chiara ed ammetteva alla procreazione assistita soltanto coppie affette da problemi di sterilità o infertilità. La lettera della l. n. 40/2004 sembrava, quindi, impedire la via dell'interpretazione conforme a Costituzione per consentire l'accesso anche alle coppie fertili.

¹⁸⁶ Il mancato ricorso al sistema incidentale di costituzionalità da parte del Tribunale di Roma desta maggiori perplessità se raffrontato all'altra precedente pronuncia del Tribunale di Salerno che, a sua volta, aveva ommesso di sollevare la questione dinanzi alla Corte. Detto Tribunale aveva ritenuto esperibile la via dell'interpretazione conforme a Costituzione della l. n. 40/2004, nel senso di consentire l'accesso alla PMA ed alla diagnosi pre-impianto anche alle coppie fertili, allorché «il diritto a procreare e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti verrebbero irrimediabilmente lesi da un'interpretazione delle norme in esame che impedisse il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di

Infine, per giustificare il proprio potere di disapplicazione il Tribunale di Roma invoca un ulteriore ordine di argomentazioni: quando il giudizio interno corrisponde, per oggetto e parti ricorrenti, al procedimento esauritosi in sede europea, a norma dell'art. 46 CEDU, la decisione convenzionale dovrebbe rilevare alla stregua di un «giudicato formale» cui il giudice deve dare esecuzione, anche a costo di disapplicare la disposizione nazionale confliggente¹⁸⁷. A tal proposito il Tribunale ricorda la soluzione prospettata dalla Cassazione nel celebre caso *Scoppola*¹⁸⁸, da taluni qualificata come disapplicazione della norma interna incompatibile.

Occorre, tuttavia, considerare che l'ordinanza del Tribunale di Roma è solo parzialmente assimilabile al "seguito interno" del precedente *Scoppola*: se in quella vicenda la sentenza convenzionale imponeva all'Italia in modo chiaro, puntuale ed inequivocabile non soltanto la condanna pecuniaria, ma anche la sostituzione della pena in favore del ricorrente¹⁸⁹, nel caso *Costa e Pavan*, invece, la Corte EDU si limita a condannare lo Stato ad un'equa riparazione, senza prevedere misure individuali o generali da ottemperare.

La diversa portata dei dispositivi pronunciati a Strasburgo porta, quindi, a distinguere il "seguito" delle due vicende: nel primo caso, con certezza, l'eventuale diniego del giudice italiano nel dare attuazione ai principi enunciati a Strasburgo avrebbe comportato la violazione del giudicato convenzionale, nel secondo, invece, esigenze di certezza del diritto avrebbero potuto condurre all'immediata rimessione della questione al Giudice delle Leggi.

In definitiva, nella vicenda *Costa e Pavan* la competenza della Consulta sembra essere stata elusa per ben due volte: la prima, quando la Corte EDU ha ritenuto immediatamente ricevibile il ricorso, pur in mancanza del previo esperimento di rimedi giurisdizionali interni nell'ambito dei quali la relativa questione di legittimità costituzionale avrebbe potuto essere sollevata; la seconda, quando il tribunale capitolino ha direttamente disapplicato la norma nazionale in nome dell'art. 46 CEDU, bypassando il giudizio di legittimità costituzionale.

2.6. Il divieto di accesso alla diagnosi pre-impianto giunge alla Consulta: un'ulteriore declaratoria di incostituzionalità della l. n. 40/2004

La decisione "ardita" del giudice capitolino è superata da due ordinanze dello stesso Tribunale¹⁹⁰, in diversa composizione monocratica, con le quali viene solleva-

coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie a causa di patologie geneticamente trasmissibili».

¹⁸⁷ Il giudice capitolino richiama, in tal senso, un precedente delle SS. UU. Cass., 23.12.2005, n. 28507 che, nell'affermare la natura immediatamente precettiva e sovraordinata delle norme convenzionali, sanciva l'obbligo per il giudice di disapplicazione della norma interna incompatibile.

¹⁸⁸ Corte EDU, GC, 17.09.2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03.

¹⁸⁹ Ibid., §154: «Considerate le circostanze particolari della causa e la necessità urgente di porre fine alla violazione degli articoli 6 e 7 della Convenzione, (la Corte ritiene dunque) *che sia lo Stato convenuto a dover assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente sia sostituita con una pena conforme ai principi enunciati nella presente sentenza*, ossia una pena non superiore a quella della reclusione di anni trenta» [corsivo aggiunto].

¹⁹⁰ Trib. Roma, sez. I, ord. 14.01.2014, n. 69 e ord. 5.03.2014, n. 86.

ta questione di legittimità costituzionale sulla norma in precedenza disapplicata, sollecitando, così, l'intervento "di chiusura" del Giudice delle Leggi¹⁹¹.

La sentenza di accoglimento n. 96 del 2015¹⁹² è, cronologicamente, il terzo intervento demolitorio della Consulta sulla l. n. 40/2004 ed è particolarmente signifi-

¹⁹¹ La vicenda ha origine da due ricorsi, ex art. 700 c.p.c., presentati al Tribunale di Roma da due coppie di coniugi fertili che condividevano una analoga storia clinica: entrambe avevano fatto ricorso in precedenza ad interruzione di gravidanza, poiché almeno uno dei componenti della coppia era risultato portatore sano di grave patologia genetica trasmessa al feto. Entrambe le coppie chiedevano di aver accesso alla PMA e diagnosi pre-impianto, onde evitare il rischio di reiterare tale situazione. Tali coppie si trovavano, pertanto, nella medesima condizione clinica dei coniugi Pavan, ma non avevano ottenuto un giudicato convenzionale favorevole. Il Tribunale capitolino in questo caso decide di ricondurre la relativa questione nell'alveo del giudizio di legittimità costituzionale, discostandosi da quell'impostazione che aveva condotto prima il Tribunale di Salerno e poi il Tribunale di Roma alla disapplicazione della l. n. 40/2004.

¹⁹² In dottrina, tra i molti commenti a Corte cost., 5.06.2015, n. 96, vedi A. Vallini, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, «Diritto penale contemporaneo», 3 giugno 2015, il quale esprime note di profonda criticità, evidenziando «una sorta di fertile sonno della ragione, che genera leggi»; cfr. anche A. D'Aloia, *L'(ex) 40*, «Quad. cost.», 4, 2015; E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, «Consulta OnLine», 2, 2015, pp. 533 e ss., <www.giurcost.org>, (10/2018) la quale esprime accenti critici sulla «stringatezza» della parte motiva della decisione e segnala una controtendenza rispetto a quelle sentenze costituzionali che avevano in precedenza trattato analiticamente questioni relative ai diritti fondamentali della persona strettamente connesse a precedenti interventi della Corte di Strasburgo, come Corte cost., n. 49/2015. Gli stessi profili di criticità sono segnalati anche da A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., pp. 13 e ss., laddove si afferma che «la Consulta non coglie, o forse - ed è sintomatico - lascia volutamente cadere, questa "preziosa occasione" di chiarire il da farsi "nei casi analoghi in cui si richiede applicazione della stessa normativa censurata a Strasburgo"». In senso opposto cfr. S. Penasa, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, «Forum di Quaderni costituzionali», 8 luglio 2015 il quale parla di un «effetto stabilizzatore» della sentenza n. 96/2015 che consentirebbe di superare le perplessità sorte alla luce di interpretazioni conformi a Costituzione che si erano spinte oltre il tenore letterale della prescrizione da parte dei giudici comuni. Cfr. anche G. Repetto, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale)*, «Diritti comparati», 11.06.2015, <www.diritticomparati.it>, (10/2018); cfr. anche I. Pellizzone, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, «Forum di Quaderni costituzionali», 4 novembre 2015, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); M. P. Iadiccio, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, «Giur. Cost.», 3, 2015, pp. 797 e ss., la quale evidenzia che le precisazioni della Consulta sul divieto di applicazione diretta della CEDU e sulla non riconducibilità della CEDU all'art. 11 Cost. non sarebbero state necessarie, visto che il parametro convenzionale non è stato utilizzato dalla stessa Corte: tali precisazioni risuonerebbero, piuttosto, come un «ammonimento ai giudici comuni» a non percorrere la strada della diretta applicazione della CEDU. Diversamente cfr. A. Iannuzzi, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgratola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, «Giur. Cost.», 3, 2015, pp. 805-813 che vede nella sentenza un'ulteriore conferma della teoria del «doppio binario», secondo la quale nel caso dei ricorrenti vittoriosi a Strasburgo sarebbe configurabile un obbligo di esecuzione del giudicato convenzionale, ex art. 46 CEDU, in grado di portare alla non applicazione del diritto interno contrastante, mentre per tutti gli altri casi continuerebbe ad operare il divieto di disapplicazione.

cativa dal punto di vista dei rapporti con il sistema CEDU, poiché vede l'influente peso della precedente condanna dello Stato italiano nella vicenda *Costa e Pavan*.

In questa decisione si riscontra quella tendenza, già manifestata nelle sentenze nn. 278/2013 e 162/2014, a centralizzare il vaglio di legittimità della legislazione nazionale sulla base dei parametri costituzionali "interni in senso stretto", con conseguente assorbimento del motivo *ex art. 117*, comma 1, Cost. Il dispositivo di accoglimento si fonda, infatti, solo sui parametri interni e la sentenza *Costa e Pavan* viene citata *incidenter tantum*, significativamente tra parentesi, senza essere impiegata, come ben avrebbe potuto, per corroborare le argomentazioni a sostegno dell'incoerenza "esterna" della l. n. 40/2004.

Occorre, altresì, considerare l'incidenza della sopravvenuta sentenza costituzionale n. 49 del 2015 che ha espresso un orientamento fortemente innovativo e di chiusura rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo: la teoria del "diritto convenzionale consolidato", ivi enunciata, avrebbe meritato un chiarimento ed una specificazione in riferimento alla vicenda dei coniugi *Pavan*¹⁹³.

Stupisce, inoltre, il silenzio prestato dalla Corte costituzionale in ordine all'annosa questione dell'esecuzione del giudicato convenzionale rispetto ai ricorrenti "vittoriosi" a Strasburgo, mediante disapplicazione della norma interna incompatibile¹⁹⁴: un aspetto meritevole di approfondimento alla luce dell'altalenante giurisprudenza pregressa¹⁹⁵.

La sentenza n. 96/2015 rappresenta, quindi, un'"occasione mancata" dal punto di vista dell'interazione tra ordinamento nazionale e sistema CEDU: la Corte costituzionale avrebbe potuto chiarire una volta per tutte gli effetti delle pronunce convenzionali di condanna nel procedimento nazionale fra le stesse parti ricorrenti e superare, così, l'incertezza circa la portata applicativa dell'art. 46 CEDU rispetto al giudice nazionale¹⁹⁶.

Guardando al merito della questione, essa viene accolta in riferimento a due parametri assorbenti, gli artt. 3 e 32 Cost.: il divieto assoluto di accesso alla PMA con diagnosi pre-impianto per le coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili è affetto da irragionevolezza, in quanto foriero di una «palese antinomia normativa» nell'ordinamento giuridico nazionale che «consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali - quale

¹⁹³ La decisione Corte cost., n. 49/2015, con il suo innovativo orientamento, avrebbe potuto spingere la Corte ad individuare nella sentenza *Costa e Pavan* un esempio di giurisprudenza convenzionale non "consolidata", corroborando, così, i principi di diritto enunciati nella sentenza n. 49/2015 e giustificando l'assorbimento del parametro *ex art. 117*, comma 1, Cost.

¹⁹⁴ Nella sentenza Corte cost., n. 96/2015, cit., la Corte non si esprime, neppure *incidenter tantum*, sul precedente del Tribunale di Roma che aveva dato diretta soddisfazione ai coniugi Pavan.

¹⁹⁵ Già con la sentenza Corte cost., 18.07.2013, n. 210, riguardante il seguito interno dell'*affaire* Scopola, infatti, il Giudice delle Leggi aveva sostanzialmente taciuto sul punto, occupandosi, piuttosto, della necessità di sollevare l'incidente di costituzionalità in riferimento ai casi "omologhi".

¹⁹⁶ In tal senso cfr. anche E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, cit., p. 533.

consentita dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 - (...) quando, dalle ormai normali indagini prenatali, siano, accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna»¹⁹⁷.

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

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

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

A fronte di un intervento additivo di tal fatta il quesito che si pone dinanzi all'interprete è se la soluzione adottata dalla Corte sia l'unica costituzionalmente percorribile, quindi, "a rime obbligate".

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate¹⁹⁸ la Corte precisa, infatti, i termini per l'accesso alla procreazione assistita delle coppie fertili, individuando, quale *tertium comparationis*, l'art. 6, comma 1, lettera b, l. n. 194/1978. La peculiarità di tale impostazione consta nel fatto che è la stessa Corte costituzionale ad individuare il termine di raffronto, discostandosi da quello prospettato dal giudice *a quo*¹⁹⁹ e scegliendo una via non costituzionalmente obbligata. Basti pensare che anche l'art. 4, l. n. 194/1978 avrebbe potuto costituire il *tertium comparationis* nella fattispecie considerata, là dove ammette l'aborto nei primi 90 giorni di gravidanza per la «previsione» di anomalie e malformazioni del feto che creino un «pericolo serio per la salute della donna» e, per certi aspetti, tale parametro avrebbe garantito una maggior coerenza tra le fattispecie²⁰⁰.

¹⁹⁷ Cfr. Corte cost., n. 96/2015, cit., punto 9 Considerato in diritto.

¹⁹⁸ Ovvero degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, l. n. 40/2004.

¹⁹⁹ Relativo alle malattie virali dell'uomo sessualmente trasmissibili, di cui alle linee guida del 2008.

²⁰⁰ In primo luogo l'art. 4, l. n. 194/1978 regola l'aborto in una fase iniziale della gravidanza, più vicina al momento in cui è svolta la diagnosi pre-impianto; in secondo luogo, l'art. 4 si riferisce alla «previsione» di anomalie e malformazioni e non richiede il loro «accertamento», come nel caso delle coppie fertili che si accingono ad intraprendere una gravidanza, ma non sono ancora certe di avere trasmesso la patologia all'embrione.

Mediante il ricorso all'art. 6, invece, la Corte costituzionale ha potuto porre un argine più incisivo all'accesso delle coppie fertili alla procreazione assistita, sconfiggendo, tuttavia, in uno spazio di discrezionalità riservato al legislatore.

La Corte richiede, inoltre, *expressis verbis* che siano «apposite strutture pubbliche» ad accertare i requisiti di accesso delle coppie fertili, decidendo, così, di non richiamare l'art. 8, l. n. 194/1978²⁰¹ e di interrompere quel “parallelismo” instaurato in ordine alla «gravità» della patologia.

In definitiva, la Corte pone due specifiche condizioni di liceità per il ricorso delle coppie fertili alla procreazione assistita e alla diagnosi pre-impianto²⁰² ed il margine di creatività dell'operazione additiva appare elevato, in un crescendo significativo rispetto al precedente del 2009²⁰³.

La decisione pone, infatti, almeno due profili problematici: da un lato, il rischio che la Corte si sostituisca al legislatore “aggiungendo” specifici contenuti normativi, pur in mancanza delle “rime obbligate”; *in secundis*, considerati gli ampi margini di creatività dell'operazione additiva, il pericolo di superare l'*intentio* originaria della l. n. 40/2004 di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1), consentendo il ricorso a tali tecniche anche a coppie che quei problemi riproduttivi non hanno²⁰⁴.

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

²⁰¹ L'art. 8, l. n. 194/1978 individua una serie di strutture abilitate a svolgere l'aborto: dopo i primi 90 giorni, si tratta di strutture di vario tipo, definibili come pubbliche; prima di questo termine, oltre alle strutture pubbliche l'aborto può essere effettuato in «case di cura autorizzate dalla regione, fornite di requisiti igienico-sanitari e di adeguati servizi ostetrico-ginecologici».

²⁰² La malattia del genitore deve essere verificata e comportare il pericolo di «rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro», rispondenti ai «criteri normativi di gravità» già stabiliti dall'art. 6, comma 1, lettera b), l. n. 194/1978 e la patologia deve essere «adeguatamente accertata, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata».

²⁰³ Inoltre, assumendo come parametro di riferimento il *vulnus* all'art. 32 Cost., come si può escludere che altre situazioni siano meritevoli di analoga tutela? Pensiamo alle donne soggette ad un maggiore rischio di produrre embrioni malformati a causa dell'età, oppure soggette a particolari rischi ambientali: come negare la sussistenza di un pericolo per la loro salute psichica o fisica derivante dal divieto di accesso alla PMA e alla diagnosi pre-impianto? In tal senso cfr. anche E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non “scontata” né (del tutto) condivisibile*, cit., p. 536.

²⁰⁴ La l. n. 40/2004, da disciplina dettata per superare problemi di sterilità o infertilità, è divenuta una normativa tesa ad offrire uno strumento tecnico per superare il rischio di trasmissione di malattie genetiche.

L'attivismo del giudice costituzionale è particolarmente evidente in questa decisione: accostando il monito all'immediata declaratoria di illegittimità costituzionale, l'ammonimento inascoltato è destinato a convertirsi in una delega di bilanciamento in concreto, rivolta *in primis* ai medici e alle strutture sanitarie competenti e, in caso di conflitto, al potere giudiziario. Si tratta, peraltro, di una delega di non lieve momento, considerati i molteplici profili in essa rientranti, tra i quali la previsione delle patologie e delle relative modalità di accertamento, nonché la sorte degli embrioni affetti da malattie genetiche e non impiantati.

2.7. La donazione di gameti al vaglio del giudice convenzionale: l'iniziale attivismo della sezione e il passo indietro della *Grande Chambre*

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

Si tratta di una tecnica di assistenza al concepimento, consistente nell'impiego di materiale genetico umano proveniente da soggetti estranei alla coppia di richiedenti attraverso, appunto, la donazione di gameti²⁰⁵.

Abbiamo visto quanto l'accesso alla procreazione artificiale come strumento di realizzazione del proprio progetto genitoriale abbia contribuito a rendere ancora più complessa la realtà che il diritto e, nella specie, il legislatore si trova ad affrontare: il progresso delle tecnologie riproduttive ha fatto venire meno il binomio "sessualità-riproduzione", consentendo non soltanto una «sessualità senza procreazione», ma anche una «riproduzione senza sessualità»²⁰⁶.

La donazione di gameti a sua volta determina problemi ulteriori rispetto alla fecondazione di tipo omologo, inerenti allo *status* genitoriale e allo *status filiationis*, quindi, alla moltiplicazione dei soggetti parentali e al contemperamento dei rispettivi diritti fondamentali coinvolti.

Nella giurisprudenza costituzionale e convenzionale intervenuta in materia emerge, da un lato, l'attualità della tecnica del bilanciamento fra valori, quale risposta privilegiata per la composizione dei conflitti e, dall'altro, la funzione "definitoria" del fattore tecnologico per l'individuazione di nuovi interessi meritevoli di tutela e per la delimitazione del margine di discrezionalità statale.

L'ambito della donazione di gameti assume particolare rilievo anche per la connotazione specifica che caratterizza il legame di reciprocità inversa tra margine di apprezzamento e teoria del *consensus* nel giudizio convenzionale: una connotazione che sembra risentire in modo decisivo della complessità sociale, etica e scientifica di

²⁰⁵ Il termine "eterologa" risulta impreciso alla luce del linguaggio tecnico scientifico in cui l'espressione è usata per indicare la fecondazione tra specie diverse. Per esigenze di mera semplificazione il termine procreazione o fecondazione "eterologa" sarà di seguito impiegato per indicare la "donazione di gameti".

²⁰⁶ Cfr. P. Zatti, "Natura" e "cultura" nella procreazione artificiale, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Cedam, Padova, 1989, p. 177.

tale settore e, come vedremo, si riflette sugli esiti applicativi “ondivaghi” e difficilmente prevedibili della giurisprudenza di Strasburgo.

Nella disciplina nazionale della materia emerge un primo profilo distintivo rispetto a quanto osservato per la diagnosi pre-impianto: la l. n. 40/2004, nella sua formulazione originaria, prevedeva un espresso e assoluto divieto di accesso alla donazione di gameti, ex art. 4, comma 3, quale elemento qualificante della normativa medesima. Dai lavori preparatori si evince che la *ratio* del divieto consisteva principalmente nell’esigenza di tutelare l’integrità psico-sociale²⁰⁷ e l’identità del futuro nato, istanze che sarebbero state messe a repentaglio dalla frammentazione delle figure parentali e dalla scissione tra genitorialità genetica e sociale.

Il divieto era assistito da una sanzione pecuniaria²⁰⁸ posta a carico dei soli operatori sanitari che, oltre ad essere particolarmente gravosa²⁰⁹, andava a colpire d’improvviso pratiche per lungo tempo attuate in Italia presso centri privati, nel rispetto di circolari e codici di autoregolamentazione²¹⁰.

Nonostante il generale divieto, la l. n. 40/2004 disciplinava comunque gli effetti giuridici derivanti dal ricorso a tale pratica in uno Stato estero, in violazione della prescrizione nazionale: l’art. 9 prevede, infatti, lo *status* del nato da eterologa, in una sorta di legittimazione *ex post* della fattispecie concreta e stabilisce i divieti di disconoscimento della paternità, di impugnazione del riconoscimento e dell’anonimato

²⁰⁷ Autorevole dottrina evidenzia come tale turbamento dell’integrità psichica del minore non sia affatto dimostrata, cfr. M. D’Amico, *Sull’incostituzionalità del divieto di “fecondazione eterologa” fra principi costituzionali ed europei*, in M. D’Amico, B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei diritti dell’uomo*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 21, la quale fa riferimento alla relazione di minoranza della XII commissione permanente (sanità e igiene), comunicata alla Presidenza del Senato il 15 settembre 2003, dal Sen. Del Pennino. Nella relazione è richiamata l’audizione dell’esperto, Prof. Canestrari il quale nega che le scienze psico-pedagogiche abbiano dimostrato che la frattura fra genitorialità genetica e sociale sia idonea a ledere lo sviluppo psichico del nascituro.

²⁰⁸ Da 300.000 a 600.000 euro.

²⁰⁹ Al punto che alcuni autori, in dottrina, le hanno riconosciuto una “sostanza” penale, come ricorda A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l’illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*, «Riv. Dir. Pen. Proc.», 2014, p. 832; E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., p. 1588. In particolare, S. Canestrari, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, «Riv. Dir. Pen. Proc.», 2004, p. 418, parla di «frode delle etichette» e di «seme del diritto penale introdotto nel corpo del diritto amministrativo».

²¹⁰ Cfr. a tal riguardo la circolare Degan del 10 ottobre 1985 «Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l’inseminazione artificiale nell’ambito del Servizio Sanitario Nazionale»; la circolare Donat Cattin del 27 aprile 1987 «Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale»; la circolare De Lorenzo del 10 aprile 1992 «Misure di prevenzione della trasmissione dell’HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d’organo, di tessuto e di midollo osseo»; l’ordinanza Bindi del 5 marzo 1997 «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani»; l’ordinanza Bindi del 4 giugno 1997 «Proroga dell’efficacia dell’ordinanza ministeriale 5 marzo 1997 concernente il divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani», con cui si fa divieto assoluto di remunerazione diretta o indiretta, immediata o differita, in denaro o in qualsiasi altra forma, per la cessione di gameti, embrioni o, comunque, di altro materiale genetico; infine, anche il codice deontologico medico in parte disciplinava le modalità della donazione.

della madre²¹¹. Il donatore di gameti, invece, non acquista alcuna relazione parentale con il nato, nè risulta titolare di diritti o obblighi nei suoi confronti²¹². L'obiettivo perseguito dalla disposizione è assicurare la certezza dello stato giuridico del nascituro, onde evitare che condotte vietate, perpetrate da altri, possano pregiudicare il superiore interesse del minore²¹³: del resto, già con la sentenza n. 347 del 1998, la prima ad intervenire in materia di fecondazione assistita eterologa, la Corte costituzionale riconosceva la necessità di una disciplina volta ad assicurare lo *status* del nato da procreazione assistita²¹⁴.

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

A tal riguardo si può ricordare la scelta dell'ordinamento giuridico francese²¹⁵ di consentire la donazione di gameti con l'unica eccezione della cd. "doppia fecondazione eterologa"²¹⁶, consistente nella donazione di gameti sia femminili che maschili.

²¹¹ Nello specifico l'art. 9, l. n. 40/2004 prevede che in caso di ricorso a tecniche di procreazione di tipo eterologo, in violazione dell'art. 4, comma 3, il coniuge o convivente, il cui consenso è ricavabile da atti concludenti, non può esercitare l'azione di disconoscimento di paternità ex art. 235, c. 1, n. 1 e 2 c.c., né l'impugnazione del riconoscimento ex art. 263 c.c.

²¹² Ex art. 9, comma 3, l. n. 40/2004.

²¹³ La regola secondo cui il bambino, nato da eterologa, è figlio di colui che ha dato il consenso all'inseminazione era già stata formulata a livello giurisprudenziale in Italia dalla Corte di Cassazione, a partire da Corte Cass., 16.03.1999, n. 2315. Non sembra, quindi, affetta da irragionevolezza la scelta di regolare le conseguenze della procreazione eterologa praticata all'estero: si tratta di una opzione legislativa sorretta dall'interesse alla tutela del minore e dall'esigenza di governare un fenomeno diffuso nella società.

²¹⁴ Corte cost., 26.09.1998, n. 347, punto 4 Considerato in diritto. Tale decisione riguardava il tema del disconoscimento di paternità del figlio, nato da fecondazione eterologa, da parte di colui che aveva prestato il consenso alla donazione: mancando una norma in materia che regolasse la procreazione eterologa, era compito del giudice individuare «un punto di equilibrio tra gli interessi in gioco».

²¹⁵ Nell'ordinamento francese la donazione di gameti è consentita esclusivamente alla "coppia", composta da un uomo ed una donna, sposata, legata in un *Pacs*, o convivente di fatto, affetta da sterilità o infertilità, ovvero portatrice di gravi patologie trasmissibili. Il legislatore ha, quindi, escluso dall'accesso a tale pratica sia il *single* che la coppia omosessuale: si è optato per una disciplina più restrittiva rispetto a quella sull'adozione, invece, consentita ad entrambe tali categorie di soggetti dopo il riconoscimento alle coppie dello stesso sesso del diritto di contrarre matrimonio, con l. n. 2013-404 del 17 maggio 2013.

²¹⁶ Per quanto attiene alla donazione di gameti femminili, analogamente a quanto accade in Italia, per il diritto francese è madre del bambino colei che partorisce (ex articolo 325, comma 2, Codice civile francese) e la maternità surrogata integra un illecito penale. Il sistema francese, inoltre, circoscrive la donazione di gameti da uno stesso soggetto entro il limite delle dieci nascite. Nell'ambito della donazione di gameti vige, inoltre, una concezione rigorosa del principio dell'anonimato del donatore: il nato non può conoscerne l'identità né i "dati non identificativi" (informazioni concernenti la sua storia medica o genetica); soltanto i medici, in caso di necessità terapeutica, possono avere accesso alle informazioni sanitarie non identificative del donatore. Il Consiglio di Stato ha recentemente confermato l'approccio del Parlamento francese, in un parere che nega l'incompatibilità del principio dell'anonimato dei donatori di gameti con l'articolo 8 della CEDU, cfr. Conseil d'Etat, avis n. 362981, 13 juin 2013.

Il legislatore tedesco, invece, ammette soltanto la donazione di gameti maschili²¹⁷, mentre sanziona penalmente la c.d. “ovodonazione” sul presupposto che la maternità condivisa e la conseguente ambiguità dell’identità materna possano compromettere lo sviluppo della personalità del bambino²¹⁸.

La Spagna²¹⁹ e il Regno Unito²²⁰ testimoniano, invece, una notevole apertura in materia, poiché consentono l’accesso a tutte le pratiche di fecondazione eterologa sia alla coppia eterosessuale, sposata o convivente, sia alla donna *single*.

²¹⁷ Previo consenso del donatore e della donna interessata, ex art. 4, comma 1, n° 1 e 2, ESchG. Il BGB (ex art. 1591) considera “madre” la donna che “ha partorito il figlio”, quindi, la madre biologica anche se non coincidente con la madre genetica. Per quanto attiene al vincolo di filiazione padre-figlio, il codice civile tedesco prevede che l’uomo coniugato con la madre biologica al momento della nascita del bambino sia il padre dello stesso, a prescindere dal legame genetico. In mancanza di matrimonio, invece, il rapporto di filiazione con il “padre sociale” si può stabilire per riconoscimento, ovvero per azione, o accertamento giudiziale.

²¹⁸ L’«*Embryonenschutzgesetz*» (ESchG) vieta, altresì, la ricerca scientifica sugli embrioni, la creazione di embrioni soprannumerari e la fecondazione *post mortem*. Analogamente a quanto era previsto nella l. n. 40/2004 (prima del ricordato intervento costituzionale del 2009), nel sistema tedesco vige ancora il divieto di trasferire più di tre embrioni nell’ambito di uno stesso ciclo e di fecondare più ovuli rispetto a quanti possano essere trasferiti. Come in Francia la donazione di gameti da uno stesso soggetto non può dare luogo a più di dieci gravidanze e la diagnosi pre-impianto è consentita anche se solo eccezionalmente. Una particolarità che contraddistingue tale ordinamento nel variegato panorama europeo consta, invece, nell’esclusione di donazioni di gameti maschili anonime, al fine di assicurare la più ampia tutela del diritto del nato a conoscere le proprie origini genetiche.

²¹⁹ In Spagna la l. n. 14/2006 attualmente in vigore in tema di procreazione assistita garantisce l’accesso a tali tecniche a tutte le donne maggiorenni, con piena capacità di agire, purché abbiano prestato per scritto il loro consenso informato ed a prescindere dal loro stato civile e dal loro orientamento sessuale (ex art. 6, comma 1). Se la donna è coniugata occorre anche il consenso del marito (a meno che la coppia non sia separata, legalmente o di fatto, ex art. 6, comma 3) e vige la presunzione di filiazione matrimoniale, in virtù della quale il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio. In Spagna, inoltre, la donazione di gameti è anonima: i nati da eterologa hanno il diritto di ottenere esclusivamente informazioni non identificative. In dottrina si è, infatti, osservato che molti cittadini britannici si recano in Spagna per accedere alla procreazione eterologa quando vogliono evitare l’identificazione del donatore. Cfr. in tal senso E. Farnós Amorós, *European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting* (Roma, 27-30 giugno 2010), «InDret», 3, 2010, p. 10, <www.indret.com>, (10/2018).

²²⁰ La disciplina britannica non stabilisce alcuna restrizione all’accesso a tale tecnica: possono farvi ricorso le coppie sposate, i *civil partners*, le coppie di fatto etero ed omosessuali e, come detto, anche i *single*. Nel Regno Unito, la prima legge sulla procreazione assistita e sulla ricerca embrionale, lo *Human Fertilisation and Embryology Act*, introdotta ben quattordici anni prima che in Italia, già sanciva espressamente la legittimità della donazione di gameti a titolo gratuito ed istituiva un’apposita *Authority* con il compito di monitorare l’utilizzo di tali pratiche ed emanare istruzioni (*directions*), vincolanti per le cliniche coinvolte. La *Human Fertilisation and Embryology Authority* è incaricata della concessione di autorizzazioni relative ai trattamenti di procreazione assistita ed alle ricerche su embrioni, gestisce il *HFEA Register* (la più grande banca dati al mondo sui trattamenti di fertilità regolati per legge), svolge un ruolo di informazione sui trattamenti e fornisce consulenze alle istituzioni competenti sui più recenti sviluppi nella procreazione assistita e nella ricerca. Con lo *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, inoltre, anche i componenti di una coppia omosessuale legati in una *civil partnership* possono essere riconosciuti fin dalla nascita come genitori del bambino nato per mezzo di gameti donati, equiparando, così, la posizione del *civil partner* a quella del coniuge. Anche nell’ordinamento britannico è previsto l’istituto della “donazione dell’embrione” con la peculiarità, rispetto al panorama giuridico europeo, che la coppia donatrice può imporre talune condizioni relativamente all’uso dell’embrione medesimo (ad esempio prevedendo che sia donato solamente ad una donna coniugata, o legata in una *civil partnership*). Un’altra particolarità del sistema britannico consta nel fatto che la maternità surrogata rap-

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

In questo variegato contesto assume particolare rilievo ai fini della presente indagine l'ordinamento giuridico austriaco sia per la peculiare opzione legislativa prescelta sia per il sindacato svolto su di essa dalla Corte di Strasburgo²²¹.

Il «*Fortpflanzungsmedizingesetz*»²²² sancisce il generale divieto di ovodonazione e lo specifico divieto di donazione di gameti maschili per la fecondazione *in vitro*, consentendo la sola fecondazione *in vivo* di gameti maschili esterni alla coppia²²³.

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

La vicenda riguardava due coppie di coniugi²²⁴ che censuravano, per asserita violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, il divieto di ricorrere alla donazione di ovociti e

presenta una "pratica tollerata", non integra un reato, anche se l'accordo stesso non ha valore legale. Come sancito dallo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* la coppia committente non può citare in giudizio la madre surrogata se essa rifiuta di consegnare il bambino e, parimenti, la madre surrogata non può citare in giudizio la coppia committente per non aver versato i pagamenti concordati, o per non volere il bambino in seguito alla nascita. Per l'ordinamento britannico, madre è colei che partorisce, quindi, la madre "surrogata" è sempre la madre legale del bambino, a prescindere dal legame genetico ed ha, dunque, il diritto di tenerlo con sé fintanto che non venga eseguito un *parental order*, o non venga avviata la procedura di adozione da parte della donna committente. La coppia che desidera ottenere la genitorialità del bambino dovrà, pertanto, richiedere un *parental order* entro sei mesi dalla nascita, oppure avviare una pratica di adozione. L'emissione del provvedimento estingue in via permanente il rapporto di maternità giuridica della madre surrogata e rende gli individui committenti i genitori legali del bambino con conseguente emissione di un nuovo certificato di nascita. Infine, sulla scia della disciplina tedesca, il sistema inglese ha superato l'anonimato della donazione con le *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations* del 2004: i bambini nati grazie all'eterologa che ne facciano richiesta all'*Authority*, una volta compiuti i 18 anni di età, possono accedere alle informazioni identificative del donatore.

²²¹ Sui numerosi casi affrontati di recente dalla Corte EDU in ambito procreativo cfr. in dottrina T. Murphy, G. Ó Cuinn, *Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights*, «*Human Rights Law Review*», 4, 2010, pp. 601 e ss.

²²² Si tratta della l. n. 275/1992.

²²³ Ai sensi del paragrafo 3 (1), l. n. 275/1992 solo i gameti dei coniugi o delle persone che vivono una relazione simile al matrimonio («*Lebensgefährten*») possono essere usati agli effetti della procreazione medicalmente assistita. In circostanze eccezionali, il gamete maschile di un terzo può essere usato per un'inseminazione artificiale *in vivo* (paragrafo 3(2)), mentre la fecondazione eterologa *in vitro* è vietata. Ai sensi del paragrafo 3(3), i gameti femminili possono essere usati solo nelle donne da cui provengono: in tal modo la donazione di ovuli è sempre vietata. Il Codice civile austriaco («*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*») nel regolare le questioni relative alla genitorialità riconosce come madre colei che dà alla luce il bambino ed in caso di procreazione artificiale con donazione di gameti maschili, padre è colui che ha acconsentito al trattamento, restando il donatore privo di qualsivoglia legame giuridico con il nato.

²²⁴ La prima ricorrente soffriva di sterilità alle tube di Falloppio («*eileiterbedingter Sterilität*») e suo marito, il secondo ricorrente, era sterile; la terza ricorrente soffriva di agonadismo («*Gonadendysgenese*»), ovvero non produceva assolutamente ovuli, quindi, risultava completamente sterile, mentre suo marito, il quarto ricorrente, al contrario del secondo ricorrente, poteva produrre sperma idoneo alla procreazione. Il 4 maggio 1998 la prima e la terza ricorrente presentavano un ricorso («*Individualantrag*») alla Corte Costituzionale («*Verfassungsgerichtshof*») per un giudizio di costituzionalità sul paragrafo 3(1) e sul paragrafo 3(2) della legge sulla procreazione artificiale («*Fortpflanzungsmedizingesetz*»). Il 14 ottobre 1999 la Corte costituzionale decideva sul ricorso ritenendo le disposizioni impugnate in linea con l'articolo 8 CEDU e con il principio di uguaglianza riconosciuto dalla Costituzione federale e dalla CEDU: il legislatore non aveva oltrepassato il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri nello stabilire l'accesso alla fecondazione omologa quale regola e la donazione di sperma quale eccezione.

gameti maschili in pratiche di fecondazione *in vitro*, uniche tecniche attraverso le quali avrebbero potuto concepire un figlio.

La I sezione²²⁵ mostra una profonda apertura verso tematiche considerate un tempo estranee al proprio sindacato e ricostruisce la “vita privata e familiare” in un’accezione ampia, quale *broad concept*.

Tale nozione ha subito una profonda evoluzione ermeneutica nella giurisprudenza convenzionale: originariamente circoscritta al diritto di stabilire relazioni con altri essere umani e allo sviluppo della personalità, è stata progressivamente interpretata in stretta correlazione con la libertà di scelta nella sfera procreativa, quindi, come «*right to respect for the decisions both to have and not to have a child*»²²⁶ e come diritto di diventare genitore genetico²²⁷. Nel caso *SH* la I sezione compie un passo ulteriore e include nell’ambito applicativo dell’art. 8 CEDU anche il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di fecondazione assistita a tale scopo²²⁸.

Nel merito la Corte riconosce che «il margine di discrezionalità concesso allo Stato convenuto deve essere ampio»²²⁹, poiché la fecondazione *in vitro* determina delicate questioni etiche e morali, sulle quali manca una posizione comune dei Paesi membri della Convenzione²³⁰.

Una volta riconosciuto l’ampio margine di apprezzamento statale circa l’*an* e il *quomodo* della disciplina della materia sarebbe stata consequenziale, nel ragionamento della Corte, l’opzione per un sindacato di non manifesta irragionevolezza sulla misura statale: una “blanda” valutazione circa l’esistenza di un qualche fine legit-

²²⁵ Corte EDU, 1.04.2010, *SH. e altri c. Austria*, ric. n. 57813/00. A commento cfr. M. Pacini, *Procreazione assistita e non discriminazione nella CEDU*, «Giornale di diritto amministrativo», 1, 2011, pp. 39 e ss.; A. Diurni, *La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea*, «Famiglia, persone, successioni», 6, 2011, pp. 409 e ss.; A. Osti, *Il caso S.H. e altri c. Austria in tema di procreazione medicalmente assistita*, in M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 13 e ss.; F. Cerri, *Corte europea e fecondazione eterologa: mater semper certa est? Nota a Corte europea dei diritti dell’uomo, 1 aprile 2010*, «Europa e diritto privato», 4, 2010, pp. 1219 e ss.; B. Liberali, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 11, 2010, pp. 556 e ss.; U. Salanitro, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: l’intervento della Corte di Strasburgo*, «Fam. e Dir.», 11, 2010, pp. 981 e ss.; L. Violini, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, «Quad. cost.», 3, 2010, pp. 632 e ss.

²²⁶ Corte EDU, GC, *Evans c. Regno Unito*, cit., § 71.

²²⁷ Corte EDU, GC, *Dickson c. Regno Unito*, cit., § 66.

²²⁸ Accertata l’applicabilità dell’art. 8 CEDU, in combinato disposto con l’art. 14 CEDU, i giudici di Strasburgo passano in rassegna le ragioni addotte dal Governo austriaco a sostegno dei divieti censurati, per verificare se la differenza di trattamento sia concretamente discriminatoria, quindi, priva di una giustificazione oggettiva e ragionevole, poiché non persegue uno scopo legittimo o, pur perseguendolo, non sussiste proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo medesimo.

²²⁹ Corte EDU, 1.04.2010, *SH. e altri c. Austria*, cit., § 69.

²³⁰ Nella difesa del governo austriaco erano evocate preoccupazioni in ordine all’impiego della donazione di ovuli per realizzare una selezione eugenetica e rischi di sfruttamento della donna, nonché l’esigenza di impedire parentele atipiche. Tra gli altri rischi il Governo ricorda la scissione tra maternità genetica e biologica, idonea a turbare lo sviluppo della personalità del bambino e cagionare problemi nella scoperta della propria identità.

timo perseguito dallo Stato e sulla proporzionalità della misura, nel senso della non evidente mancanza di qualsiasi nesso tra i mezzi prescelti e lo scopo perseguito.

Si riscontra, invece, nell'argomentazione giuridica della Corte un consistente slittamento metodologico: dall'ampio margine di apprezzamento statale proclamato *ab initio* si passa ad uno *strict scrutiny*²³¹ sulle scelte legislative.

La discrezionalità statale è ampia nel decidere *se* disciplinare *ex novo* la materia, ma, una volta deciso di regolarla, il margine di apprezzamento si restringe e il sindacato della Corte sulla proporzionalità delle misure statali diviene penetrante²³²: il divieto di accesso a tecniche di tipo eterologo per essere proporzionato, secondo i giudici di Strasburgo, dovrebbe costituire *l'unico mezzo per prevenire efficacemente i gravi rischi denunciati dallo Stato*.

È interessante notare che la tecnica dello *strict scrutiny* impiegata dalla I sezione sarà ripresa dalla nostra Corte costituzionale proprio nella sentenza caducatoria relativa al divieto di eterologa. Entrambe le Corti giungono ad affermare che la preclusione integrale di tali pratiche riproduttive sarebbe legittima e giustificata solo se fosse l'unico strumento o, comunque, il mezzo meno invasivo per conseguire lo scopo prefissato dal legislatore. L'impiego della stessa tecnica di giudizio indica una certa "convergenza metodologica" tra le due Corti, ma una convergenza *sui generis* se consideriamo che il giudice costituzionale si allinea all'*iter* logico-argomentativo di una sezione semplice che, come vedremo, è presto superato dalla decisione definitiva della Grande Camera.

Per la I sezione, inoltre, non sussistono «ostacoli insormontabili a includere relazioni familiari che derivino da un uso positivo delle tecniche di procreazione artificiale in argomento nel quadro generale del diritto di famiglia e di altri settori del diritto collegati»²³³.

²³¹ Merita rilevare che questa stessa tecnica di giudizio è generalmente impiegata dalla Corte EDU nell'ambito dei diritti sociali, formalmente assenti nella Convenzione: gli Stati sono liberi di prevedere o meno prestazioni sociali ma, una volta che le disciplinano, devono rispettare il principio di non discriminazione in senso stretto. Così facendo la Corte EDU può giungere ad estendere prestazioni sociali nazionali a soggetti pretermessi, cfr. ad esempio, in tema di congedi parentali, il caso Corte EDU, GC, 22.03.2012, *Kostantin Markin c. Russia*, ric. n. 30078/06. In dottrina cfr. A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza Cedu*, «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 1, 2013.

²³² Cfr. Corte EDU, 1.04.2010, *SH. e altri c. Austria*, cit., § 74: «*The Court would emphasise that there is no obligation on a State to enact legislation of the kind and to allow artificial protection..*...*however, once the decision has been taken to allow artificial procreation and notwithstanding the wide margin of appreciation afforded to the contracting states, the legal framework devised for this purpose must be shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention*».

²³³ I giudici di Strasburgo ritengono, inoltre, infondato il pericolo di «*unusual relationships*» derivanti dalla donazione di ovuli femminili e richiamano a tal proposito l'istituto dell'adozione, pacificamente ammesso nel patrimonio giuridico degli Stati europei, tipico esempio di una genitorialità slegata dal dato genetico. In altri termini, esistendo già ipotesi di "parentele atipiche" nell'ordinamento, non è possibile sostenere che il fine di prevenire l'insorgenza di tali fattispecie possa assurgere a giustificazione del divieto di procreazione eterologa. Questo richiamo all'istituto dell'adozione sarà ripreso dalla Corte costituzionale italiana, con la stessa funzione di implementare la *ratio decidendi* della declaratoria di incostituzionalità del divieto di donazione di gameti. Occorre, tuttavia, osservare che se, da un lato, adozione e procreazione eterologa perseguono il comune obiettivo di realizzare il desiderio di genitorialità di una coppia, un profilo che generalmente distingue i due istituti è l'esigenza solidaristica, sottesa

Tale conclusione sancisce il definitivo tramonto dell'ampio margine di apprezzamento statale, enunciato in premessa: la definizione delle situazioni giuridiche meritevoli di tutela nell'ambito del diritto di famiglia non sembra più costituire una prerogativa esclusiva del legislatore nazionale, patrimonio giuridico e culturale di un determinato contesto sociale, ma appare suscettibile di implementazione da parte della giurisprudenza convenzionale²³⁴.

In definitiva, per la I sezione²³⁵ il Governo austriaco non ha addotto motivi ragionevoli e oggettivi a giustificazione della diversità di trattamento prevista per le coppie di ricorrenti; ne discende, pertanto, un consistente aggravio dell'onere probatorio posto a carico dello Stato convenuto, di dubbia compatibilità rispetto all'ampio margine di apprezzamento proclamato *ab initio*²³⁶.

La sentenza della I sezione ha avuto importanti riflessi sull'ordinamento giuridico italiano, poiché i Tribunali di Firenze, Catania e Milano²³⁷ ne hanno desunto ele-

all'adozione, finalizzata a garantire una genitorialità sociale a bambini, già nati, che si trovino in uno stato di abbandono. La parziale diversità di obiettivi a fondamento dei due istituti rende problematica, dal punto di vista giuridico, un'estensione in via ermeneutica della deroga al principio *mater semper certa est*.

²³⁴ Si rivela fallace anche l'ulteriore argomento addotto dal Governo austriaco: il legittimo interesse del nato ad essere informato sulla propria discendenza, a tutela del diritto di stabilire la propria identità e formare la propria personalità (su cui cfr. Corte EDU, 13.07.2006, *Jäggi c. Svizzera*, ric. n. 58757/00, § 25 e Corte EDU, GC, 13.02.2003, *Odièvre c. Francia*, ric. n. 42326/98, § 29). Tale argomento, come vedremo, sarà ripreso anche dall'Avvocatura dello Stato italiano dinanzi alla Consulta nella questione relativa al divieto di eterologa. Il diritto ad avere informazioni circa la propria origine, secondo i giudici di Strasburgo, non è assoluto: spetta al legislatore austriaco trovare un corretto bilanciamento tra l'interesse all'anonimato dei donatori ed il legittimo interesse del nato a conoscere le proprie origini, cfr. Corte EDU, 1.04.2010, *SH. e altri c. Austria*, cit., § 84. Del pari, la Corte ritiene irragionevole la disparità di trattamento derivante dal divieto di fecondazione *in vitro* con donazione di gameti maschili che aveva colpito in concreto il primo e secondo ricorrente: le molteplici ragioni addotte dal Governo, dall'ampia diffusione e facilità di esercizio della pratica *in vivo*, all'incontrollabilità di un eventuale divieto, non sono suscettibili di limitare una sfera così intima della persona e della sua esistenza, come il desiderio di avere un figlio.

²³⁵ Va dato atto che, nella decisione, due sono le opinioni dissenzienti: la prima, parziale, del giudice Steiner relativa solo al caso della donazione di ovuli, la seconda interamente dissenziente del giudice Jebens. In entrambi i casi, la diversa soluzione dipende dalla valorizzazione, più o meno intensa, del margine di apprezzamento dei singoli Stati in un settore delicato come quello della procreazione medicalmente assistita.

²³⁶ È interessante rilevare che, nel riconoscere la violazione degli artt. 14 e 8 CEDU, la I sezione assume una posizione opposta a quella della Corte costituzionale austriaca, intervenuta sui medesimi casi più di dieci anni prima, nel 1999. La Corte austriaca aveva, infatti, escluso la violazione delle norme convenzionali e del principio costituzionale di eguaglianza, proprio a causa dell'ampio margine di apprezzamento degli Stati in materia di procreazione assistita, impiegando la tecnica decisoria del *consensus* per escludere uno *strict scrutiny* sulla legislazione interna: la Corte costituzionale rinveniva nei divieti censurati un bilanciamento "non irragionevole" dei contrapposti interessi in gioco.

²³⁷ Trib. Firenze, ord. 13.09.2010; Trib. Catania, ord. 21.10.2010; Trib. Milano, ord. 2.02.2011. Merita ricordare che la questione di legittimità costituzionale relativa al divieto di procreazione assistita eterologa era già stata affrontata dal Tribunale di Milano, I sez. civ., ord. 23.11.2009, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 2010 che confermava la precedente ordinanza del 7 aprile 2009 del Tribunale di Milano, I sez. civ., nel senso della manifesta infondatezza. A commento di Trib. Firenze, ord. 13.09.2010, «Guida al Diritto», 42, 2010, pp. 64 e ss., cfr. G. M. Salerno, *I principi enucleati dai giudici di Strasburgo non sembrano adattabili al 'caso' italiano*, ivi, p. 73; G. Casaburi, *Legge 40: ultimo atto? Il divieto di p.m.a. alla Consulta. Nota a Tribunale Firenze, 13 settembre 2010*, «Corr. merito», 1, 2011, pp. 36 e ss.; a commento di Trib. Catania, ord. 21.10.2010, «Guida al Diritto», 44, 2010, pp. 65 e ss., cfr. nota di G. M.

menti utili per sostenere il potenziale contrasto fra il divieto, sancito dall'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004 e gli artt. 8 e 14 CEDU. L'ordinanza del Tribunale di Firenze, la prima ad intervenire, è interamente incardinata sulla decisione convenzionale, quindi, sulla violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.; i giudici di Catania e Milano, invece, evidenziano profili di incostituzionalità in riferimento ad altri parametri (artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost.), invocando la decisione convenzionale soltanto a supporto delle proprie argomentazioni²³⁸.

Nelle more del giudizio costituzionale italiano, però, il Governo austriaco aveva chiesto il riesame della questione a Strasburgo e la *Grande Chambre* è intervenuta²³⁹ superando il precedente della sezione²⁴⁰.

I divieti stabiliti dalla legge austriaca sono ritenuti compatibili con il sistema convenzionale, poiché non sarebbe stato superato l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato in materia.

Dal punto di vista della "qualità" dell'interesse tutelato la *Grande Chambre* riprende le argomentazioni della sezione per fare un passo ulteriore: il diritto di utilizzare le tecniche di procreazione medicalmente assistita al fine di concepire un figlio

Salerno, *Fecondazione eterologa: dubbi di legittimità sulle sanzioni alle strutture che la praticano*, ivi, pp. 65 e ss.

²³⁸ La sentenza della I sezione viene quindi richiamata da tutti e tre i giudici rimettenti i quali ritengono il divieto assoluto di ricorrere alla donazione di gameti, previsto nella l. n. 40/2004, in contrasto con gli artt. 8 e 14 CEDU, come interpretati da detta pronuncia. Occorre, peraltro, segnalare una decisione di segno opposto di un altro giudice comune che ha ritenuto di non sollevare la medesima questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che la pronuncia della I sezione fosse rivolta esclusivamente all'ordinamento austriaco e non potesse dispiegare alcun effetto in quello italiano, cfr. Trib. Salerno, ord. 20.10.2010.

²³⁹ Corte EDU, GC, 3.11.2011, *SH. c. Austria*. A commento della decisione cfr. C. Nardocci, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*, «Forum di Quaderni costituzionali», 3 febbraio 2012, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); B. Liberali, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. Time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, in M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte Costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2012; K. D. Brudy, *Recent Developments: S.H. v. Austria: European Court of Human Rights Holds That the Right to Family Life and Sexism Trump Governmental Limitations on Artificial Procreation*, «Tulane Journal of International and Comparative Law», 19, 2011, pp. 691 e ss.; L. D'Avack, *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviavano la questione alla Corte Costituzionale*, «Dir. Fam. e pers.», 1, 2011, pp. 40 e ss.; L. Violini, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, cit., pp. 632 e ss.; C. Di Costanzo, *Ancora sul margine di apprezzamento: frontiera costituzionale o crinale giuridicamente indefinibile? Nota a sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, ricorso n. 57813 del 2000, S. H. e altri vs Austria, 2011*, «Forum di Quaderni costituzionali», 2 dicembre 2011, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018).

²⁴⁰ La Grande Camera si allontana dalla sezione fin dall'impostazione iniziale dell'iter argomentativo, scegliendo di esaminare le censure dei ricorrenti non più sotto il profilo discriminatorio, bensì inquadrando nell'ambito applicativo dell'art. 8 CEDU. La Corte conferma, così, il proprio consolidato orientamento che colloca l'art. 14 CEDU ed il divieto di discriminazione, ivi previsto, tra i parametri non suscettibili di applicazione autonoma, necessariamente collegati alle libertà sancite nella prima parte della Convenzione; pertanto, una volta accertata la compatibilità della disciplina con l'art. 8 CEDU, la censura relativa all'art. 14 CEDU diviene priva di fondamento giuridico autonomo. In dottrina sul punto cfr. R. Bin, *Art. 14, Divieto di discriminazione*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, pp. 409 e ss.

non rientra semplicemente “*nell’ambito*” applicativo dell’art. 8 CEDU, ma è una diretta espressione della “vita privata e familiare” della coppia²⁴¹.

Emerge, così, in tutta la sua portata “l’attitudine qualificante” del fattore tecnologico rispetto alla determinazione degli interessi giuridicamente meritevoli di protezione: allo sviluppo delle conoscenze scientifiche nel settore procreativo corrisponde, in parallelo, il progressivo ampliamento dell’ambito di applicazione dell’art. 8 CEDU²⁴².

A questo attivismo ermeneutico fa, tuttavia, da contraltare un atteggiamento di *self restraint* in ordine alla valutazione della necessità dell’ingerenza statale: per la Grande Camera non occorre valutare se il contemperamento di interessi, compiuto dal legislatore austriaco, si sia concluso con l’adozione del mezzo meno restrittivo possibile, la questione consiste, piuttosto, nel verificare se il legislatore abbia superato il margine di apprezzamento consentito²⁴³.

La tecnica del bilanciamento in tale decisione risulta, quindi, recessiva rispetto ad un altro criterio decisionale, caro al giudice della Convenzione: il “*consensus normativo*”.

Il dispositivo di rigetto si fonda, infatti, su tre argomentazioni fondamentali: una “comparatistico-consensuale”, là dove si afferma che il potere del legislatore di apporre limiti a una certa libertà è tanto più ampio quanto meno univoco e generalizzato è il riconoscimento di quella libertà negli ordinamenti delle parti contraenti. Nonostante vi sia una “convergenza” nel panorama legislativo europeo verso il riconoscimento della donazione di gameti²⁴⁴, secondo i giudici di Strasburgo permane un quadro complessivo dinamico ed instabile, tale da escludere la sussistenza di un consenso sufficientemente adeguato a restringere il margine di discrezionalità statale²⁴⁵. La relazione di reciprocità inversa tra margine di apprezzamento²⁴⁶ e teoria del

²⁴¹ Corte EDU, GC, 3.11.2011, *SH. c. Austria*, § 82: «*The right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life*». Nella decisione della prima sezione, Corte EDU, 1.04.2010, *SH. e altri c. Austria*, § 60: «*The Court therefore considers that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that end comes within the ambit of Article 8, as such a choice is clearly an expression of private and family life*». Cfr. anche Corte EDU, GC, *Dickson c. Regno Unito*, cit., § 66 e Corte EDU, GC, *Evans c. Regno Unito*, cit., § 71.

²⁴² Il diritto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita assume, nell’ottica della Corte, una natura funzionale: il suo riconoscimento è finalizzato ad assicurare l’effettivo esercizio del diritto alla procreazione, del quale diviene condizione di effettività. In tal senso cfr. anche S. Penasa, *La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, «Forum di Quaderni costituzionali», 3 aprile 2013, pp. 7 e ss., <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018).

²⁴³ Corte EDU, GC, 3.11.2011, *SH. c. Austria*, § 106.

²⁴⁴ La donazione di ovuli risultava al tempo vietata soltanto da 8 paesi su 47; la donazione di gameti maschili era, invece, vietata solo in 4 paesi su 47.

²⁴⁵ Sull’impostazione assunta dalla Corte EDU cfr. le divergenti ricostruzioni da un lato di C. Grabenwarter, B. Krauskopf, *Sh and others vs. Austria: a larger margin of appreciation in complex fields of law*, «Quad. cost.», 1, 2012, pp. 155 e ss. e A. Osti, *La sentenza Sh e altri c. Austria: un passo “indietro” per riaffermare la legittimazione della Corte europea*, ivi, pp. 159 e ss.; dall’altro, B. Liberali, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, «Rivista AIC», 3, 2012.

*consensus*²⁴⁷ assume, in questa decisione, una connotazione peculiare: dal punto di vista “quantitativo”, infatti, la maggioranza dei Paesi contraenti già consentiva la donazione di gameti, eppure, per i giudici di Strasburgo tale consenso non è adeguato a limitare la discrezionalità statale. La Corte sembra, quindi, abbandonare un accertamento di tipo quantitativo²⁴⁸, ma non spiega quale sia il criterio utilizzato per distinguere un *consensus* strutturale da un mero «*common trend in the legislation of Contracting states*»²⁴⁹ e ciò mina la coerenza argomentativa della pronuncia.

In precedenti decisioni in materie altrettanto sensibili, infatti, la Corte EDU aveva adottato un criterio più elastico per affermare l'esistenza di un *consensus* idoneo a limitare l'apprezzamento statale: basti pensare al famoso caso *Goodwin c. Regno Unito*²⁵⁰ o al meno conosciuto *Mazurek c. Francia*, in cui la Corte riconosce l'esistenza di una «*distinct tendency in favour of eradicating discrimination against adulterine children*»²⁵¹, una mera tendenza nelle legislazioni degli Stati, ma idonea a limitare il loro margine di apprezzamento e ad incidere sulla decisione finale del giudice.

La seconda ragione posta a fondamento del dispositivo della Grande Camera è il cd. “*time factor*”: la legge austriaca deve essere valutata alla luce delle caratteristiche culturali e delle conoscenze mediche sussistenti al tempo in cui la Corte austriaca

²⁴⁶ Sottolinea il «ruolo cruciale nell'interpretazione della Convenzione» svolto dalla dottrina del margine di apprezzamento B. Randazzo, *Il giudizio dinanzi alla Corte Europea dei Diritti: un nuovo processo*, «Rivista AIC», 4, 2011, p. 30 che evidenzia come «L'ampiezza del margine di apprezzamento [...] varia a seconda dei diritti, del contesto e del livello di omogeneità degli ordinamenti. Così, ad esempio, con riguardo al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), la giurisprudenza europea ha precisato che per determinare l'ampiezza del margine di apprezzamento riservato allo Stato in un determinato caso occorre considerare una molteplicità di fattori». Ricostruisce la giurisprudenza convenzionale in ordine al margine di apprezzamento P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 149 che definisce il margine di apprezzamento quale tecnica di giudizio al pari «del bilanciamento di valori o della ragionevolezza/proporzionalità nei giudizi della Corte costituzionale italiana». Si veda, inoltre, F. Donati, P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 65 e ss.

²⁴⁷ Sul ruolo centrale del *consensus* tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa per la delimitazione del margine di apprezzamento cfr. P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, cit., p. 158.

²⁴⁸ La Corte EDU sembra adottare il medesimo approccio in Corte EDU, 22.04.1997, *X, Y, Z c. Regno Unito*, ric. n. 21830/1993 e Corte EDU, *Evans c. Regno Unito*, cit. Cfr. in tal senso anche S. Penasa, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, cit., p. 10.

²⁴⁹ Sul concetto di «*common trends*» cfr. J. Gerards, *Pluralism, “Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”*, «European Law Journal», 17, 2011, p. 109.

²⁵⁰ Corte EDU, GC, 11.07.2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ric. n. 28957/1995, § 85 ivi si afferma: «*the Court accordingly attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexual*». A commento della decisione cfr. A. Morawa, *The ‘Common European Approach’, ‘International Trends’, and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on Goodwin and I v. the United Kingdom*, «German Law Journal», 3, 2002.

²⁵¹ Corte EDU, 1.02.2000, *Mazurek c. Francia*, ric. n. 34406/1997, § 52, concernente il trattamento dei figli nati al di fuori dal matrimonio.

ca decideva di salvare tale disciplina dalla scure dell'incostituzionalità, ponendo le premesse per il ricorso alla Corte EDU. Questa distonia temporale stride, tuttavia, con l'orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo che definisce la Convenzione come uno strumento vivente, da interpretare e applicare alla luce del contesto contingente²⁵².

Interviene, infine, un'argomentazione "etico-scientifica", in forza della quale il margine di discrezionalità statale è tanto più ampio quanto più la materia è caratterizzata da «*sensitive moral and ethical issues*»²⁵³ e, al contempo, da un «*background of fast-moving medical and scientific developments*»²⁵⁴. Dinanzi a temi etici, soggetti alla mutevolezza della scienza, spetta alle autorità nazionali²⁵⁵ svolgere un «*fair balance*» tra gli interessi pubblici e privati coinvolti, per la loro vicinanza al contesto sociale e culturale di riferimento.

In definitiva, per i giudici di Strasburgo lo sviluppo scientifico in ambito procreativo non contribuisce soltanto ad ampliare gli interessi meritevoli di tutela *ex art.* 8 CEDU, ma svolge anche un'incisiva "funzione definitoria" rispetto al margine di apprezzamento degli Stati: quanto più è ampia e mutevole l'evoluzione scientifico-tecnologica di una certa disciplina, tanto più il margine di discrezionalità tende ad espandersi in un rapporto di "corrispondenza biunivoca".

²⁵² Circoscrivendo il sindacato convenzionale alla situazione esistente ben dieci anni addietro, la portata della pronuncia risulta confinata temporalmente ed il giudizio sembra perdere consistenza pratica ed attualità. Tale argomentazione mostra anche profili di contraddittorietà, per così dire, "interna" rispetto ad altri passaggi della pronuncia: se, in un primo momento, la Grande Camera sottolinea le importanti ripercussioni del progresso scientifico rispetto alle proprie valutazioni del caso, successivamente, invece, adotta come parametro di riferimento la situazione sociale e scientifica risalente a ben dieci anni prima, cfr. Corte EDU, GC, 3.11.2011, *SH c. Austria*, cit., § 84: «*From the material at the Court's disposal, it appears that since the Constitutional Court's decision in the present case many developments in medical science have taken place to which a number of Contracting States have responded in their legislation. Such changes might therefore have repercussions on the Court's assessment of the facts*». Tale affermazione, tuttavia, resta lettera morta e successivamente la Corte afferma § 84: «*it is not [...] to consider whether the prohibition of sperm and ova donation at issue would or would not be justified today under the Convention...[...]*». «*The issue [...] to decide is whether these prohibitions were justified at the time they were considered by the Austrian Constitutional Court*». Si veda, a tal riguardo, la *dissenting opinion* dei giudici Tulkens, Hirvela, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria, per i quali: «*We find it artificial for the Court to confine its examination to the situation as it existed when the Constitutional Court gave judgment in 1999 and in the context at the time, thus deliberately depriving a Grand Chamber judgment, delivered at the end of 2011, of any real substance*».

²⁵³ Il fattore etico e morale assume un ruolo decisivo nell'argomentazione della Corte anche in Corte EDU, GC, *Dickson c. Regno Unito*, cit., § 78 ove si afferma: «*the authorities' direct knowledge of their society and its needs means that they are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest*».

²⁵⁴ Cfr. anche Corte EDU, GC, *Evans c. Regno Unito*, cit., § 59. Lo sottolinea anche S. Penasa, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico*, cit., pp. 11 e ss.

²⁵⁵ In Corte EDU, GC, *SH c. Austria*, cit., § 92 la Grande Camera afferma che «*by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the "exact content of the requirements of morals" in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them...*», di conseguenza, «*the Court's task is not to substitute itself for the competent national authorities in determining the most appropriate policy for regulating matters of artificial procreation*».

Appare con chiarezza il differente approccio della I sezione e della Grande Camera dinanzi al medesimo *thema decidendum*: se nel primo caso si valuta in modo penetrante il contemperamento di interessi compiuto a livello nazionale attraverso la tecnica dello *strict scrutiny*, nel secondo, invece, il “*wide margin of appreciation*” costituisce un effettivo limite al sindacato della Corte sul bilanciamento legislativo statale.

2.8. La risposta della Consulta sul divieto di eterologa: dall'iniziale restituzione degli atti alla successiva svolta interventista

Nelle more del giudizio convenzionale, come abbiamo visto, la Corte costituzionale italiana era stata investita della questione di legittimità costituzionale del divieto di eterologa per asserita incompatibilità con il sistema CEDU.

Dinanzi al passo indietro della *Grande Chambre* nel caso *SH* la Consulta²⁵⁶ decide di restituire gli atti ai giudici rimettenti²⁵⁷ per un riesame della questione alla luce dello *ius superveniens*, di origine pretoria e convenzionale.

Secondo i giudici della Consulta, infatti, il mutato orientamento della Grande Camera incide sul significato delle norme convenzionali invocate quale parametro interposto e rappresenta «un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta»²⁵⁸.

²⁵⁶ Corte cost., ord. 22.05.2012, n. 150. Tra i numerosi commenti dell'ordinanza si ricorda A. Ruggeri, *La Corte Costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte Cost. n. 150/2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione assistita*, «Consulta OnLine», 2012, <www.giurcost.org>, (10/2018); R. Romboli, *Lo strumento della restituzione degli atti e l’ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, «Consulta OnLine», 2013, <www.giurcost.org>, (10/2018); A. Morrone, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, «Forum di Quaderni costituzionali», 19 luglio 2012, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); E. Malfatti, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, cit., p. 3 secondo la quale «la scelta “di metodo” della nostra Corte costituzionale (restituire gli atti) potrebbe spingere i giudici...[...] a marcare l’“armonia” delle leggi con la Convenzione, e dunque a “scolorire” le questioni relative alla compatibilità delle medesime leggi con la Costituzione»; G. Repetto, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU “superveniens”: i rischi dell’iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, «Giur. Cost.», 3, 2012, pp. 2069 e ss.

²⁵⁷ Per una ricostruzione dell’istituto si veda A. Pizzorusso, *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Giuffrè, Milano, 1965; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984, in particolare pp. 76 e ss.; successivamente, si veda A. Morelli, *Lo ius superveniens come tecnica di selezione delle questioni di legittimità costituzionale*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 583 e ss.

²⁵⁸ Due le motivazioni addotte dalla Consulta a sostegno della restituzione degli atti: tale decisione è una conseguenza ineluttabile dell’efficacia riconosciuta alle sentenze di Strasburgo nell’interpretazione delle norme CEDU ed è, altresì, diretta a salvaguardare il principio di incidentalità costituzionale, «spettando anzitutto ai rimettenti accertare, alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo, se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto».

È, tuttavia, la prima volta che la restituzione degli atti trova fondamento nella sopravvenuta giurisprudenza di Strasburgo²⁵⁹: si tratta di un'innovativa, quanto problematica assimilazione con le sentenze interpretative della Corte di Giustizia che, secondo l'insegnamento costante dello stesso Giudice delle Leggi, dovrebbero produrre differenti effetti nell'ordinamento nazionale²⁶⁰.

Un ulteriore elemento di criticità di carattere processuale consta nell'"anomalo" assorbimento dei parametri costituzionali diversi dall'art. 117, comma 1, Cost.: "anomalo" in quanto la tecnica dell'assorbimento è sempre stata impiegata dal giudice costituzionale nell'ambito di decisioni di accoglimento²⁶¹ e non in pronunce di inammissibilità, di rigetto, o di restituzione degli atti al giudice *a quo*²⁶².

La questione di convenzionalità in questa decisione viene, quindi, prospettata come prioritaria e pregiudiziale²⁶³ rispetto alla questione di costituzionalità "in senso stretto": sembra sussistere una sorta di "gerarchia" nell'ordine di trattazione dei parametri invocati dai rimettenti.

Questo orientamento risulta, peraltro, diametralmente opposto a quello successivamente mostrato dalla Consulta nelle sentenze nn. 162/2014 e 96/2015 che tende, invece, a centralizzare il vaglio di legittimità della legislazione nazionale sulla base dei parametri costituzionali diversi dall'art. 117, comma 1, Cost. ed è molto distante

²⁵⁹ Cfr. oggi anche Corte cost., 24.01.2018, n. 43, «Foro.it», I, 2018, pp. 1475 e ss., con nota di R. Romboli, pp. 1482 e ss. In tal sede la Corte costituzionale ordina la restituzione degli atti al giudice *a quo*, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione, poiché vi è stato un mutamento del significato della normativa interposta per effetto della pronuncia della Grande Camera (Corte EDU, GC, 15.11.2016, *A e B c. Norvegia*, ric. nn. 24130/11, 29758/11) sull'operatività del principio del *ne bis in idem* con riguardo al rapporto tra procedimento amministrativo e procedimento penale.

²⁶⁰ Dal punto di vista procedurale tale restituzione ricorda, infatti, l'orientamento già da tempo accolto dal Giudice delle Leggi in riferimento alle sentenze interpretative della Corte di Giustizia quando, nelle more del giudizio di costituzionalità, intervenga una pronuncia che, alla stregua dello *ius superveniens*, condiziona i limiti entro cui la norma interna possa conservare efficacia ed essere applicata nell'ordinamento nazionale, cfr. in tal senso Corte cost., ord. n. 179/2011, ord. n. 268/2005 e nn. 125/2004, n. 62/2003, n. 255/1999. La Corte costituzionale italiana ha ormai da tempo riconosciuto, fin dalla sentenza n. 389/1989, che le decisioni interpretative della Corte di Giustizia hanno la stessa efficacia delle disposizioni interpretate.

²⁶¹ Come noto, si ricorre all'assorbimento quando una norma è dichiarata incostituzionale per violazione di un certo parametro e, per ragioni di economia processuale, si ritiene superfluo, ai fini della caducazione, esaminare la questione anche rispetto agli altri parametri invocati. Sul tema cfr. L. D'Andrea, *Prime note in tema di assorbimento nei giudizi di costituzionalità*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 79 e ss.

²⁶² Sussiste, pertanto, un'anomalia in ordine all'utilizzo della tecnica rispetto al tipo di decisione adottata. Come ci ricorda G. Repetto, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU "superveniens"*: i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale, cit., p. 2072: l'unico caso in cui, in passato, i due effetti della restituzione degli atti per *ius superveniens* e dell'assorbimento dei motivi ulteriori si sono combinati è stato a seguito del mutamento dell'art. 117, commi 2 e ss. Cost., a seguito della l. cost. n. 3 del 2001, in relazione al riparto di competenze tra Stato e Regioni. Cfr. in tal senso Corte cost., ord. nn. 13, 72, 386/2002.

²⁶³ Parla di «questione prioritaria di convenzionalità», A. Morrone, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, cit., p. 3. Critico rispetto a tale impostazione anche R. Romboli, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012*, cit., pp. 8 e ss.

da quel «predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu» proclamato nella sentenza n. 49/2015²⁶⁴.

Alla luce di tali osservazioni, l'ordinanza n. 150/2012 e la priorità accordata alla questione di convenzionalità sembrano rappresentare un *apax*, un mero espediente impiegato dalla Corte per prendere tempo prima di entrare nel merito di una questione particolarmente sensibile²⁶⁵, nella probabile speranza che la stessa non fosse neppure riproposta²⁶⁶.

In realtà, il mutato orientamento della *Grande Chambre* non escludeva automaticamente la “non manifesta infondatezza” della questione di legittimità costituzionale del divieto nazionale: innanzitutto, la disciplina austriaca e quella italiana non erano perfettamente sovrapponibili, data la maggior restrittività della seconda²⁶⁷. Occorre, inoltre, considerare gli altri due fattori qualificanti la decisione convenzionale: l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto allo Stato e il cd. *time factor*. La declaratoria di compatibilità alla CEDU si riferisce, infatti, al tempo in cui la normativa era stata censurata dinanzi alla Corte costituzionale austriaca (1999), avuto riguardo allo stadio di evoluzione scientifica dell'epoca, mentre la questione relativa all'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004 è sollevata dinanzi alla Consulta nel 2010, momento in cui lo stato della scienza è necessariamente più avanzato.

²⁶⁴ Ci si chiede, infatti, come possa la logica della priorità convenzionale convivere con l'orientamento secondo cui «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, [...] è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU», cfr. Corte cost., n. 49/2015, cit., punto 4 Considerato in diritto.

²⁶⁵ In tal senso cfr. A. Ruggeri, *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata*, cit., p. 1 che afferma «Palese è l'obiettivo avuto di mira dalla pronuncia qui annotata “a prima lettura”, che è di guadagnare tempo, con la non recondita speranza che le questioni di costituzionalità originariamente proposte sulla l. 40 non siano quindi nuovamente portate al giudizio della Consulta».

²⁶⁶ Considerati i profili di criticità della decisione, sorge spontaneo chiedersi quale sarebbe stata la tecnica decisionale più coerente rispetto ai canoni consolidati della giurisprudenza costituzionale. La Corte ben avrebbe potuto esaminare nel merito la questione rispetto ai parametri “interni” e, in caso di accoglimento, dichiarare assorbito il profilo dell'art. 117, comma 1, Cost.; viceversa, in caso di rigetto, la Corte avrebbe potuto restituire gli atti ai giudici *a quibus* per un riesame della questione, alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost. In tal senso cfr. anche I. Pellizzone, *Sentenza della corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince*, cit., pp. 4 e ss.

²⁶⁷ Si ricorda che la Grande Camera aveva escluso l'incompatibilità convenzionale anche perché il legislatore austriaco, ammettendo almeno una tecnica di fecondazione eterologa, quella *in vivo*, era giunto ad un bilanciamento in una certa misura adeguato rispetto agli interessi in conflitto: tali ragioni non erano, tuttavia, estensibili *de plano* ad una legislazione, come la nostra, che vietava qualsiasi pratica eterologa; cfr. Corte EDU, GC, *SH c. Austria*, cit., § 114: «*The fact that the Austrian legislature, when enacting the law on artificial procreation which enshrined the decision not to allow the donation of sperm or ova for in vitro fertilisation, did not at the same time prohibit sperm donation for in vivo fertilisation – a technique which had been tolerated for a considerable period beforehand and had become accepted by society – is a matter that is of significance in the balancing of the respective interests and cannot be considered solely in the context of the efficient policing of the prohibitions. It shows rather the careful and cautious approach adopted by the Austrian legislature in seeking to reconcile social realities with its approach of principle in this field*».

Con riguardo, infine, ai parametri costituzionali “interni in senso stretto”, invocati dai giudici di Firenze, Catania e Milano²⁶⁸, il mutamento giurisprudenziale della Grande Camera non sembra incidere sulla non manifesta infondatezza delle relative questioni²⁶⁹.

Non stupisce, quindi, che siano stati gli stessi giudici rimettenti²⁷⁰, nel 2013, a chiedere alla Corte costituzionale di tornare sulla questione del divieto di donazione di gameti²⁷¹.

Diversamente dal passato, però, i rimettenti decidono di non riporre affidamento sugli argomenti provenienti da Strasburgo: il Tribunale di Milano è l'unico a mantenere la censura relativa al parametro convenzionale²⁷², mentre i Tribunali di Firenze e Catania propongono la *quaestio legitimitatis* in riferimento ai soli parametri “interni in senso stretto”²⁷³.

La risposta della Consulta è particolarmente incisiva: la sentenza n. 162/2014²⁷⁴ pone la parola fine alla questione del divieto di eterologa mediante un dispositivo

²⁶⁸ Si tratta in particolare delle questioni di legittimità costituzionale in cui sono invocati come parametri del giudizio gli artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost.

²⁶⁹ La Corte, infatti, omette di motivare sui profili di incostituzionalità diversi dall'art. 117, comma 1, Cost., formulati con riferimento ad autonomi parametri costituzionali, pur avendo le questioni un proprio rilievo a prescindere dal parametro convenzionale invocato. In dottrina cfr. G. Repetto, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU “supervenienti”: i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, cit., p. 2072 parla di «incomprensibile accantonamento delle censure di incostituzionalità fondate su parametri diversi rispetto alla violazione dell'art. 117 Cost.»; R. Romboli, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012*, cit., p. 9 parla di «denegata giustizia». *Contra* S. Agosta, *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, «Consulta OnLine», 23 luglio 2012, p. 17 il quale ritiene la decisione della Corte costituzionale di restituzione degli atti pressoché scontata. L'A. afferma che la Corte avrebbe avuto «gioco obiettivamente facile nel disporre (...) la restituzione degli atti ai giudici a quibus», in quanto la diversa interpretazione fornita dalla Grande camera avrebbe inciso “inevitabilmente” sul significato delle norme convenzionali.

²⁷⁰ Si tratta di Trib. Milano, 9.04.2013; Trib. Firenze, 29.03.2013; Trib. Catania, 13.04.2013.

²⁷¹ In dottrina cfr. E. Malfatti, *Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla Corte costituzionale (ord. n. 150/2012) ed esigenze del “seguito” alle pronunce di Strasburgo*, «Diritto penale contemporaneo», 29 aprile 2013, <www.penalecontemporaneo.it>, (10/2018).

²⁷² I criteri enunciati a Strasburgo, secondo il Tribunale di Milano, costituiscono «ineludibile criterio interpretativo per il Giudice delle Leggi nazionali al fine di sindacare la corrispondenza della norma impugnata ai valori fondamentali della persona convenzionalmente tutelati, come richiamati nella carta costituzionale italiana», cfr. Trib. Milano, 9.04.2013, p. 5.

²⁷³ Il Tribunale di Firenze si limita ad evidenziare l'irragionevolezza del divieto rispetto all'obiettivo di risolvere problemi procreativi (ex art. 1, comma 1, l. n. 40/2004); mentre il Tribunale di Catania mette in luce la violazione del diritto alla salute ex art. 32 Cost, ritenendo illegittimo il divieto di cura di una patologia, quale la sterilità o l'infertilità, in assenza di contrari interessi costituzionali meritevoli di tutela.

²⁷⁴ Corte cost., n. 162/2014, cit., sulla quale cfr. A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, «Forum di Quaderni costituzionali», 11 giugno 2014, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte Cost., sent. n. 162/2014)*, «Consulta OnLine», 13 giugno 2014, <www.giurcost.org>, (10/2018); L. Violini, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, cit.; A. Ruggeri, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al “dialogo” con la Corte edu (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, «Forum di Quaderni costituzionali», 14 giugno 2014, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); V. Tigano, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione etero-*

ablato²⁷⁵ dalle dirompenti implicazioni che colpisce una delle norme più qualificanti dell'intera legge, precisamente dieci anni dopo la sua entrata in vigore.

Nonostante la precedente restituzione degli atti in forza del parametro "assorbente" dell'art. 117, comma 1, Cost., la Corte non prende in considerazione l'intervento della Grande Camera²⁷⁶ e rivendica la portata garantista dei parametri costituzionali "interni"²⁷⁷. La vicenda *Costa e Pavan* aveva, in effetti, messo alla prova l'assetto tracciato dalle «sentenze gemelle» e l'incidentalità del sistema di giustizia costituzionale: il "silenzio" prestato rispetto al precedente della *Grande Chambre* si può allora spiegare con la volontà della Corte di rivendicare il proprio ruolo di chiusura nel sistema multilivello di tutela nei confronti di una giurisprudenza convenzionale sempre più "pervasiva"²⁷⁸.

loga: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i diritti del nascituro, «Diritto penale contemporaneo», 13 giugno 2014, <www.penalecontemporaneo.it>, (10/2018); S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, «Forum di Quaderni costituzionali», 16 giugno 2014, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); V. Baldini, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, «Diritti Fondamentali», 15 settembre 2014; C. Casonato, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, «Confronti costituzionali», 17 giugno 2014; G. D'Amico, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, «Forum di Quaderni costituzionali», 3 luglio 2014, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); R. Romboli, *Nota a Corte cost., sent. 162/2014*, «Foro it.», 1, 2014, pp. 2324 e ss.; P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, «Forum di Quaderni costituzionali», 5 marzo 2015, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); C. Cristiano, E. Peluffo, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto: overosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, «Dir. Fam. e pers.», 4, 2014, pp. 1290 e ss.; C. Castronovo, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte Costituzionale*, «Europa e Diritto Privato», 3, 2014, pp. 1117 e ss.; C. Tripodina, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, «Giur. Cost.», 3, 2014, pp. 2593 e ss.; L. D'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, «Dir. Fam. e pers.», 3, 2014, pp. 1005 e ss.; E. La Rosa, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, «Giur. It.», 3, 2014, pp. 2827 e ss.; L. Riscicato, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, «Riv. It. Dir. Proc. Pen.», 2014, pp. 1473 e ss.; G. Capizzi, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, «BioLaw Journal», 2, 2014, <www.biodiritto.org>, (10/2018).

²⁷⁵ Sull'illegittimità costituzionale del divieto di eterologa si era già espressa da tempo autorevole dottrina, *ex multis*, S. Canestrari, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, «Riv. Dir. Pen. Proc.», 2004, pp. 418 e ss.; E. Dolcini, *Il divieto di fecondazione assistita "eterologa" in attesa di giudizio*, «Riv. Dir. Pen. Proc.», 2011, pp. 353 e ss.; L. Riscicato, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, «Riv. It. Dir. Proc. Pen.», 2005, pp. 680 e ss.; A. Vallini, *Procreazione medicalmente assistita*, «Leggi penali complementari», 2007, pp. 587 e ss.

²⁷⁶ Considerato il precedente "assorbimento anomalo" dei parametri costituzionali e l'opposto esito della sentenza in commento, si può constatare un uso "ondivago" della CEDU nel discorso costituzionale ed il conseguente ritardo con il quale la Consulta giunge ad una decisione nel merito che probabilmente poteva essere presa due anni prima. Di uso «altalenante» parla A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, cit., p. 3.

²⁷⁷ In tal senso cfr. L. Violini, *La Corte e l'eterologa*, cit., p. 3 la quale parla di una «sentenza di sistema, che riassetta equilibri, ribadisce poteri e riporta al centro un organo, la Corte [...]»; G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte Cost., sent. n. 162/2014)*, cit., pp. 6 e ss.

²⁷⁸ Tra gli interventi più "pervasivi" dei giudici di Strasburgo possono essere ricordati, oltre a Corte EDU, 28.08.2012, *Costa e Pavan c. Italia*, cit., anche Corte EDU, 8.01.2013, *Torregiani e altri c. Italia*,

Dal punto di vista delle tecniche di giudizio impiegate, con questa pronuncia la Corte sembra spingersi oltre la precedente decisione del 2009²⁷⁹, dimostrando un maggior “attivismo” là dove censura in modo netto le scelte del legislatore²⁸⁰.

Nella sentenza n. 151/2009 la Consulta aveva cercato di reperire nella *ratio legis* il fondamento delle proprie argomentazioni, ritenendo che fosse la legge stessa a configurare per l’embrione una tutela “relativa”²⁸¹ e non assoluta; nella decisione n. 162/2014, invece, si registra una considerevole restrizione degli spazi di intervento legislativo e, per certi aspetti, un superamento delle finalità perseguite dal *conditor iuris*.

Tra i profili più significativi della pronuncia vi è l’intensità del controllo costituzionale di ragionevolezza rispetto al bilanciamento effettuato dal legislatore e lo slittamento metodologico nel percorso argomentativo della Corte, da un controllo blando ad uno *strict scrutiny* sull’opzione legislativa.

Nella parte iniziale della motivazione la Corte dichiara apertamente di dover verificare se il divieto censurato sia legittimo alla luce del parametro del “non irragionevole bilanciamento”: si tratta del “*rational basis test*”, secondo la tradizione anglosassone, un test blando sulla legislazione in ossequio ad un *self restraint* dei giudici rispetto a scelte dalla forte connotazione politica, riservate all’organo legislativo²⁸². Lo *standard* proclamato non è, tuttavia, quello in concreto applicato: si passa da un controllo blando e minimale di ragionevolezza ad uno *strict scrutiny* sul bilanciamento legislativo là dove la Corte afferma di dover verificare «*se l’assolutezza che connota il divieto sia l’unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame*»²⁸³.

Non si richiede più che la misura prescelta «non sia irragionevole», occorre che sia l’«unico» mezzo a disposizione per tutelare interessi di pari rango.

L’ampiezza e fundamentalità dei diritti coinvolti (i.e. la libertà di autodeterminazione in ambito familiare e il diritto alla salute²⁸⁴) portano ad uno scrutinio perva-

ric. nn. 43517/09, 46882/2009, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, concernente il sovraffollamento carcerario e la violazione dell’art. 3 CEDU, cui ha fatto seguito la sentenza Corte cost., 22.11.2013, n. 279, «Giur. Cost.», 2013; cfr. anche Corte EDU, 25.09.2012, *Godelli c. Italia*, ric. n. 33783/09; Corte EDU, 7.01.2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*, ric. n. 77/07, nella quale lo Stato italiano è stato condannato per il mancato riconoscimento della possibilità di affiancare al cognome paterno anche quello materno. Sono, infine, significative a tal riguardo le numerose decisioni di condanna dello Stato italiano per violazione del principio della ragionevole durata del processo *ex art. 6 CEDU*.

²⁷⁹ Il riferimento è a Corte cost., n. 151/2009, cit.

²⁸⁰ Uno stimolo verso soluzioni di maggior compromesso poteva venire dalla stessa Grande Camera che, nel valutare la disciplina austriaca, aveva arrestato il proprio giudizio dinanzi ad un insindacabile margine di discrezionalità statale in materia.

²⁸¹ Là dove consente la produzione di ben tre embrioni, anziché uno, accettando così il pericolo che qualcuno non giunga fino alla nascita.

²⁸² In base a tale parametro *soft* la Corte avrebbe dovuto limitarsi a verificare se la scelta operata dal legislatore (i.e. il divieto assoluto di eterologa) fosse stata determinata da un motivo non irragionevole. In senso conforme cfr. L. Violini, *La Corte e l’eterologa*, cit., p. 8.

²⁸³ Cfr. Corte cost., n. 162/2014, cit., punto 8 Considerato in diritto [corsivo aggiunto].

²⁸⁴ Suggestiva l’immagine del gioco delle “scatole cinesi”, suggerita da S. Agosta, *L’anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, «BioLaw Journal», 2, 2014, pp. 94 e ss., ove l’autore afferma che «il diritto di procreare dei figli sembra dal giudice delle leggi racchiuso nel più capiente diritto di costruire una famiglia il quale, a sua volta, non può che rimandare al più

sivo, a maglie strette, ben diverso dal canone del “non irragionevole bilanciamento” individuato inizialmente in motivazione.

La sentenza in oggetto, a prescindere dal risultato sostanziale cui è giunta, presenta profili di problematicità dal punto di vista della coerenza e del rigore metodologico: questo passaggio da un piano all'altro del giudizio di ragionevolezza sul bilanciamento legislativo, da un *rational basis test* ad uno *strict scrutiny*, rischia di privare la tecnica di giudizio impiegata di quella stessa “razionalità” e “controllabilità” che si prefigge di garantire. Se non viene praticato con rigore il giudizio di ragionevolezza rischia di sfociare in indebite valutazioni di tipo politico, sostituendo ad una scelta legislativa arbitraria un arbitrio altrettanto pericoloso, posto in essere fuori dai circuiti della legittimazione politico-rappresentativa²⁸⁵.

La sentenza censura nel merito il divieto di accesso alle tecniche di tipo eterologo, perché in contrasto con due interessi costituzionalmente rilevanti: «la scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli», a sua volta «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi»²⁸⁶, nonché il diritto alla salute psichica oltreché fisica della coppia.

La qualificazione dell'autodeterminazione in ambito procreativo come libertà «fondamentale» pone, tuttavia, degli importanti interrogativi dal punto di vista costituzionale, poiché si tratta di una libertà ontologicamente condizionata da un limite oggettivo, il progresso della scienza, e da un limite soggettivo, invece, imposto dal legislatore a determinate categorie di soggetti²⁸⁷: se di libertà fondamentale si tratta diviene, quindi, problematico giustificare il perdurante divieto di accesso alle tecniche di procreazione assistita per i singoli e per le coppie dello stesso sesso²⁸⁸.

ampio diritto di autodeterminarsi nella scelta esistenziale di vita privata e familiare: così concentricamente tracciati, questi diritti verrebbero, infine, complessivamente cinti dal maggiore diritto alla salute».

²⁸⁵ Considerazioni in parte affini sono svolte da A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., pp. 3 e ss.

²⁸⁶ Riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.

²⁸⁷ In tal senso è illuminante lo scritto di A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, cit., p. 4.

²⁸⁸ A tal proposito è significativo ricordare la decisione della Corte costituzionale austriaca del 19 dicembre 2013 che ha dichiarato incostituzionale la normativa in materia di procreazione assistita, nella parte in cui non consentiva ad una coppia di donne omosessuali, unite in una *partnership* registrata, di accedere alle tecniche di fecondazione di tipo eterologo. Ai sensi della legge austriaca, infatti, l'accesso alla procreazione assistita era consentito solo alle coppie eterosessuali coniugate o conviventi. Le due donne avevano dapprima adito il Tribunale e la Corte di appello di Wels senza successo, fino ad arrivare alla Corte Suprema di Cassazione che aveva, invece, sollevato la questione di costituzionalità. La Corte costituzionale austriaca ha ritenuto che limitare l'accesso alla procreazione assistita sulla base dell'orientamento sessuale rappresentasse un'inammissibile ingerenza nella vita familiare di cui all'art. 8 CEDU ed una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 7 Cost. La Corte ha ricordato che il desiderio di avere un bambino rappresenta «un aspetto di particolare importanza dell'esistenza e della identità personale» e che due persone dello stesso sesso con bambini rientrano nella nozione di «vita familiare» ai sensi dall'art. 8 CEDU, pertanto, precludere loro l'accesso alla fecondazione assistita configurerebbe una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale ed un'inammissibile interferenza con la loro vita familiare. La Corte esclude, inoltre, che il divieto possa essere giustificato in nome del superiore interesse del minore, in quanto, a prescindere dalle modalità di concepimento, per il bambino è certamente «meglio esserci che non esserci» («*besser ist, überhaupt zu sein als nich zu sein*») e, comunque, non sussistono validi studi che affermino che un bambino cresca peggio con genitori dello stesso sesso. Cfr. VfGH, 19.12.2013.

È significativo anche il cammino percorso dalla Consulta nel solco dell'estensione dell'ambito applicativo del diritto alla salute: se nel 2009 tale concetto restava ancorato alla nozione di integrità psico-fisica "della donna", in questa decisione assume, invece, i contorni di un diritto "della coppia"²⁸⁹ alla salute psichica (oltreché fisica) comprendente, dal punto di vista qualitativo, anche il bisogno di genitorialità.

Al centro della sentenza torna anche la questione del *discrimen* tra scienza medica e discrezionalità del legislatore²⁹⁰, aspetto cui la Corte aggiunge un ulteriore importante tassello: «la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo [il diritto alla salute] vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango»²⁹¹.

Le valutazioni medico-scientifiche, avvalorate dalle istituzioni competenti, svolgono, quindi, un ruolo determinante anche nella definizione preventiva degli interessi in gioco, orientando il legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità²⁹². Ne discende un'opzione legislativa delimitata non soltanto dalla ragionevolezza giuridica del bilanciamento fra valori ma, ancor prima, dalla "ragionevolezza scientifica".

La Corte non sembra, tuttavia, proclamare il "primato" della scienza sul diritto, piuttosto ammonisce il legislatore a non incorrere nel vizio di "eccesso di potere", decidendo in modo autoreferenziale a prescindere dalle evidenze scientifiche acquisite²⁹³.

Se il *discrimen* tra discrezionalità medica e legislativa non suscita particolari censure, viceversa, il "vuoto normativo" discendente dalla caducazione del divieto di accesso all'eterologa rappresenta un profilo di criticità. Sono, infatti, molteplici e

²⁸⁹ Il richiamo ad un diritto "della coppia", seppur criticato in dottrina, appare, invece, in linea con l'impostazione del legislatore che consente l'accesso alla procreazione assistita alle sole coppie e non ai singoli e, soprattutto, si riferisce a quei problemi riproduttivi qualificabili come "di coppia" perché incidenti sulla salute psichica e "sul benessere relazionale dei singoli membri" della coppia, anche nelle loro relazioni reciproche. Inoltre, indicando nella "coppia", non nel singolo, il referente del diritto alla salute, la Corte sembra opportunamente premunirsi contro l'eventuale obiezione di chi sostenesse che, nel caso in cui il destinatario del trattamento artificiale fosse il *partner* sano, il soggetto malato non sarebbe biologicamente interessato dal trattamento, potendosi avanzare dubbi circa il suo carattere terapeutico.

²⁹⁰ Sulla delimitazione tra discrezionalità medica e legislativa in dottrina cfr., *ex plurimis*, R. Bin, *Giudizio "in astratto" e delega di bilanciamento "in concreto"*, «Giur. Cost.», 1991, pp. 3574 ss., secondo il quale la debolezza costitutiva della l. n. 40 consta nell'impostazione metodologica fortemente stringente e restrittiva in una materia dalle notevoli implicazioni medico-scientifiche che richiederebbe, invece, una disciplina duttile, capace di adattarsi alle esigenze del caso e di consentire "deleghe di bilanciamento in concreto" nei confronti della figura del medico, con il consenso informato dell'interessato.

²⁹¹ Corte cost., n. 162/2014, cit., punto 7 Considerato in diritto.

²⁹² In tal senso cfr. anche S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, cit., pp. 7 e ss.

²⁹³ In tal senso cfr. A. D'Aloia, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. Violini (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 20 e ss.

di rilievo gli ambiti da disciplinare una volta caducato il divieto²⁹⁴, primo fra tutti il contemperamento tra anonimato del donatore e interesse del nato a conoscere le proprie origini genetiche²⁹⁵. Tale questione è affrontata ma non risolta nella sentenza n. 162/2014: dapprima, la Corte afferma che la relativa disciplina è desumibile in via ermeneutica dalla normativa generale sulla donazione dei tessuti e delle cellule umane che stabilisce la regola dell'anonimato²⁹⁶.

²⁹⁴ Partendo dall'assunto che la PMA eterologa sia una *species* del *genus* procreazione medicalmente assistita, la Consulta ritiene le regole previste per la fecondazione omologa estensibili anche alla donazione di gameti: assunto problematico se sol si pensa che quest'ultima implica necessariamente l'apporto genetico di un soggetto terzo, esterno alla coppia, gli interessi del quale, sotto il profilo giuridico, non possono essere posti sotto silenzio.

²⁹⁵ Si tratta di un valore riconosciuto dalla stessa Corte in un recente intervento, cfr. Corte cost., ord. 9.01.2012, n. 7: «la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse medesimo del minore, che si traduce nell'esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e segnatamente alla affermazione di un rapporto giuridico veridico». Il problema dell'anonimato o meno del donatore incide anche sul fondamentale principio del consenso informato: la volontà dei genitori e del donatore può, infatti, mutare radicalmente dinanzi alla eventualità che il nato possa accedere ai suoi dati identificativi. Dal punto di vista comparatistico si ricorda che in alcuni ordinamenti, quali ad es. la Svizzera, il diritto di accesso ai propri dati genetici è costituzionalmente previsto, cfr. art. 119, comma 2, Cost. La Consulta considera, invece, fallaci le considerazioni relative ai rischi di "commercializzazione" di gameti, di strumentalizzazione del corpo femminile, o di finalità eugenetiche, per fronteggiare i quali sarebbe sufficiente vietare le singole condotte portatrici di un intrinseco disvalore. La Corte costituzionale esclude, inoltre, che il divieto di accesso alla PMA eterologa sia posto a tutela della salute della donna richiedente o della donatrice, considerato che tale pratica non comporta rischi superiori all'omologa o eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica: argomenti di tal sorta erano stati espressi, in dottrina, da I. Rapisarda, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 10, 2013. La Corte non sembra, tuttavia, definire l'esatta «topografia del conflitto» fra tutti gli interessi concorrenti, poiché è omessa qualsiasi valutazione in ordine al rischio di un pregiudizio esistenziale alla salute psichica del nato, derivante dalla dissociazione tra genitorialità genetica e sociale. In dottrina affermano che la fecondazione eterologa può compromettere l'identità personale e il libero sviluppo della personalità del nato: E. Bilotti, *Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche*, «Quaderni di diritto mercato tecnologia», 3, 2014, pp. 74 e ss., <www.dimt.it>, (10/2018); L. Violini, *Tra scienza e diritto: riflessioni sulla fecondazione medicalmente assistita*, in AA. VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Schena Editore, Fasano, 2005, pp. 472 e ss. Viene posta sotto silenzio anche l'eventuale necessità di ricorrere al donatore, per motivi sanitari, a tutela della salute fisica, oltreché psichica del nato da eterologa. Nel configurare i termini del bilanciamento è, inoltre, omessa qualsiasi valutazione in ordine alla tutela degli embrioni prodotti appositamente per la fecondazione eterologa, uno solo dei quali giungerà alla nascita. Tra le ragioni da sempre invocate a sostegno del divieto la Corte scarta, inoltre, *a priori* il pericolo di selezione eugenetica degli embrioni: «la considerazione che il divieto è stato censurato nella parte in cui impedisce il ricorso a detta tecnica nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia, che è causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, deve escludere, in radice, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici», cfr. Corte cost. 162/2014, cit., punto 9 Considerato in diritto.

²⁹⁶ Tale interpretazione estensiva, tuttavia, non dà peso alle specificità che connotano la tecnica eterologa e neppure considera che il legislatore, nella sua ampia discrezionalità, potrebbe prediligere un'opzione diversa dall'anonimato, come abbiamo visto accadere dal confronto con il diritto comparato nell'eterogenea regolamentazione vigente nel contesto europeo (si pensi all'ampiezza del diritto del nato a conoscere le proprie origini in Germania e Regno Unito ed alla differente opzione che caratterizza l'ordinamento spagnolo).

Con un passaggio ulteriore, tutt'altro che univoco, la Corte sembra, invece, abbandonare l'idea dell'anonimato, richiamando la propria sentenza n. 278/2013 che riconosce il diritto del figlio adottivo di conoscere le proprie origini²⁹⁷.

Procreazione eterologa e adozione non sono, tuttavia, due istituti perfettamente sovrapponibili sotto il profilo finalistico-teleologico²⁹⁸, pertanto, l'applicazione estensiva alla donazione di gameti della disciplina precisata dalla Consulta nel 2013, senza un previo intervento legislativo *ad hoc*, può sollevare rilievi problematici²⁹⁹.

Tra gli ulteriori "vuoti normativi" che discendono dalla caducazione del divieto e richiedono una sintesi fra diversi valori in gioco in funzione di specifiche opzioni di politica legislativa si ricordano la mancanza di disposizioni a garanzia del diritto del nato a conoscere i dati sanitari, non identificativi, dei genitori biologici, a tutela della propria salute fisica; una regolazione specifica del destino degli embrioni soprannumerari; l'eventuale ammissibilità della cd. "doppia eterologa" (esclusa ad esempio in Francia) e la qualificazione del titolo della donazione di gameti³⁰⁰.

Per scongiurare il cd. "*horror vacui*", il timore di vuoti normativi, la Corte ha, quindi, premura di delineare i contorni della "disciplina di risulta", passando in rassegna quelle disposizioni della l. n. 40/2004 che, regolando alcuni profili della procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, risulterebbero applicabili anche alla fecondazione eterologa a tutela degli interessi giuridici del nato³⁰¹.

Dietro al problema dei "vuoti normativi" e alla puntuale ricostruzione della disciplina applicabile, probabilmente si cela ciò che realmente impaurisce i giudici della Consulta: il rischio di compiere scelte di opportunità politica, riconducibili

²⁹⁷ Si instaura così un parallelismo tra procreazione eterologa ed adozione che rievoca le argomentazioni della I sezione della Corte EDU (cfr. Corte EDU, *S.H. e altri c. Austria*, cit., § 84), adottate a sostegno dell'esistenza di relazioni familiari "atipiche", slegate dal dato biologico tra genitori e figli.

²⁹⁸ L'adozione mira a tutelare sia il desiderio di genitorialità della coppia sia gli interessi di un soggetto che persona già è e, generalmente, si trova in una situazione di abbandono. In caso di adozione, quindi, l'ordinamento consente la creazione di una famiglia slegata dal dato biologico anche allo scopo di garantire il superiore interesse del minore ed il superamento dello stato che lo affligge, in un'ottica solidaristica. In tal senso anche F. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, «Rassegna parlamentare», 2005, pp. 360 e ss.

²⁹⁹ In ragione delle peculiarità della fecondazione eterologa sembra necessario un bilanciamento specifico tra interesse all'anonimato del donatore e diritto del nato da eterologa a conoscere le proprie origini e, di conseguenza, la caducazione del divieto determina sotto questo profilo un vuoto normativo, suscettibile di essere colmato soltanto dall'organo legislativo. Inoltre, dagli ambigui richiami svolti dalla Corte (prima alla disciplina sulla donazione di cellule umane e, poi, all'adozione), non risulta chiaro se ed entro quali limiti sia tutelato l'anonimato del donatore e, di contro, se e quando debba prevalere l'interesse del nato.

³⁰⁰ A tali profili si aggiunge anche la mancanza di una disciplina delle banche del seme con riguardo, ad esempio, alla facoltà di reiterare la donazione da parte del medesimo soggetto, o al tipo di esami cui sottoporre il materiale donato, nonché regole relative alla tenuta dei registri ed alle modalità di accesso agli stessi a garanzia della tracciabilità donatore-nato e viceversa. Da ultimo, dinanzi alla caducazione del divieto di accesso all'eterologa, sorge anche il problema di prevedere più stringenti limiti all'eugenetica: è compito del legislatore stabilire se ed a quali condizioni sia legittimo che il donatore o la coppia di riceventi disponga del destino dei "propri" gameti.

³⁰¹ Tale operazione è di dubbia utilità se, come la Corte stessa ci ricorda, il proprio «potere di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne», poiché spetta alla «saggezza del legislatore» intervenire tempestivamente. In tal senso cfr. Corte cost., 18.11.1958, n. 59 e Corte cost., 7.04.2011, n. 113.

unicamente alla discrezionalità del legislatore ordinario in violazione dell'art. 28, l. n. 87/1953³⁰².

In conclusione la decisione in oggetto, al pari della nota sentenza n. 1/2014, può essere salutata come una «sentenza di sistema»³⁰³ che ridefinisce i rapporti di equilibrio tra poteri dello Stato e riporta al centro una Corte costituzionale ormai distante da quella concezione, voluta dai padri costituenti, di istituzione “neutra”, lontana dall'agone politico e connotata da un naturale *self restraint*.

Con questa decisione il Giudice delle Leggi incide su uno dei tratti più qualificanti della l. n. 40/2004 e svolge un ruolo incisivo di “supplenza” dinanzi all'inerzia del legislatore³⁰⁴, da tempo sordo rispetto alle mutevoli istanze della società civile, e individua i fini da prediligere attraverso lo strumento legislativo. Nell'*intentio legislatoris*, infatti, il divieto di ricorrere all'eterologa rappresentava una scelta politica qualificante: si voleva consentire l'impiego di tecniche di assistenza al concepimento con il preciso limite della certezza del patrimonio genetico, a tutela dell'identità e del diritto a conoscere le proprie origini del nato. A divenire qualificante e predominante nell'argomentare della Corte è, invece, la libertà procreativa, «libertà fondamentale e incoercibile»: una qualificazione che determina, come conseguenza metodologica essenziale, lo slittamento da un controllo blando di ragionevolezza ad uno *strict scrutiny* sul bilanciamento legislativo e la conseguenziale caducazione del divieto.

2.9. Il recente allineamento tra Corti nell'ambito della ricerca scientifica sugli embrioni: una questione ancora aperta, tutta da disciplinare

Da ultimo, la l. n. 40/2004 è stata interessata da due ulteriori interventi, uno costituzionale³⁰⁵, l'altro convenzionale, sul medesimo *thema decidendum*³⁰⁶: la legittimità del divieto di ricerca clinica e sperimentale sull'embrione crioconservato³⁰⁷.

³⁰² La tensione dei giudici costituzionali nel realizzare questa attività di “supplenza” emerge dall'espresso richiamo ad un precedente che ha sollevato non poche censure e, al contempo, segnato un nuovo attivismo costituzionale: la sentenza n. 1/2014 che ha escluso l'esistenza delle cosiddette “zone d'ombra” dell'ordinamento, sottratte al sindacato di legittimità costituzionale.

³⁰³ In tal senso, cfr. L. Violini, *La Corte e l'eterologa*, cit., p. 3.

³⁰⁴ Cfr. L. Violini, *La Corte e l'eterologa*, cit., pp. 10 e ss., secondo la quale nella sentenza mancherebbe lo spazio per l'opera del legislatore visto che sarebbe la Corte costituzionale a determinare, oltreché i diritti da tutelare, anche i fini della legislazione.

³⁰⁵ Corte cost., 13.04.2016, n. 84.

³⁰⁶ Tra la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze e la questione di convenzionalità sussiste un'identità di oggetto, ma anche profili di significativa differenziazione per quanto attiene alle norme parametro di riferimento e, soprattutto, al diverso ruolo istituzionale delle Corti adite. Cfr. in tal senso anche V. Zagrebelsky, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, «Diritti umani e Diritto internazionale», 3, 2015, p. 609.

³⁰⁷ L'art. 13, l. n. 40/2004 stabilisce il divieto di qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione è consentita per finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate, volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso e qualora non siano disponibili metodologie alternative. L'art. 14, l. n. 40/2004, al comma 1, vieta, a sua volta, la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla l. 22

I giudici di Strasburgo sono stati i primi ad intervenire nel caso *Parrillo*³⁰⁸, chiamati a valutare la compatibilità del divieto con gli artt. 8 CEDU e 1 del Protocollo addizionale.

Prima di esaminare il merito della questione, la Grande Camera si sofferma sulla tenuta del modello di giustizia costituzionale italiano, con particolare riguardo al rapporto fra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte EDU.

Anche in questo caso, come nel precedente *Costa e Pavan*, il Governo italiano aveva sollevato l'eccezione di irricevibilità del ricorso³⁰⁹ per mancato esperimento dei rimedi interni, ma la Corte, nel rigettare l'eccezione³¹⁰, svolge un passo ulteriore rispetto all'orientamento manifestato in precedenza ed esprime un giudizio sull'applicazione del sistema introdotto proprio con le «sentenze gemelle».

maggio 1978, n. 194. Si ricorda che prima della introduzione della l. n. 40/2004 era possibile sia la produzione di embrioni soprannumerari e la loro crioconservazione sia la loro donazione.

³⁰⁸ Corte EDU, GC, 27.08.2015, *Parrillo c. Italia*, ric. n. 46470/11. La vicenda riguardava la Sig.ra Parrillo che nel 2002 aveva fatto ricorso alla PMA omologa insieme al compagno, venuto a mancare l'anno successivo (12 dicembre 2003) a seguito di un attentato in Iraq. La Sig.ra decideva di donare i suoi cinque embrioni alla ricerca scientifica ma il centro medico si opponeva, invocando l'art. 13, l. n. 40/2004, nel frattempo entrato in vigore. La Sig.ra decideva così di adire direttamente i giudici di Strasburgo, invocando la violazione dell'art. 1, Protocollo n. 1 alla CEDU e degli artt. 8 e 10 CEDU. Con una prima decisione, la II sezione, il 28 maggio 2011, riteneva di non poter decidere in ordine alla violazione dell'art. 1, Protocollo n. 1 e dell'art. 8 CEDU, in considerazione dell'importanza e dell'urgenza della questione sollevata; rispetto alla censura dell'art. 10 CEDU, invece, la sezione negava la legittimazione della ricorrente per un'incompatibilità *ratione personae*, non potendo assumere la qualità di vittima rispetto a tale motivo: del diritto alla ricerca scientifica sarebbero titolari gli operatori del settore (scienziati e ricercatori) e solo indirettamente la donna. La controversia è stata, quindi, decisa dalla Grande Camera in riferimento alla dedotta violazione degli artt. 1, Protocollo n. 1 e 8 CEDU.

³⁰⁹ Si sofferma utilmente sull'analisi di tale eccezione di irricevibilità per mancato esaurimento dei rimedi interni B. Randazzo, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le "sentenze gemelle" (e la sentenza n. 49 del 2015)*, «Diritti umani e Diritto internazionale», 3, 2015, pp. 617 e ss. Secondo il Governo italiano la ricorrente avrebbe dovuto adire il giudice nazionale, poiché a seguito delle «sentenze gemelle» questi ha l'obbligo di interpretazione conforme a Convenzione e, in caso di incompatibilità sul piano ermeneutico, l'ulteriore obbligo di sollevare la questione di costituzionalità in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., come integrato dalle pertinenti norme convenzionali.

³¹⁰ In linea con la giurisprudenza convenzionale elaborata sin dal caso Corte EDU, 19.12.1989, *Brozicek c. Italia*, ric. n. 10964/84, § 34 dinanzi ad una violazione discendente dalla legge, il ricorso alla Corte costituzionale italiana non può essere considerato un rimedio "accessibile" ex art. 35, par. 1, CEDU, in quanto non disponibile: nel sistema di giustizia costituzionale italiano non è, infatti, previsto il ricorso diretto del singolo. In tal senso cfr. anche Corte EDU, GC, 28.07.1999, *Immobiliare Saffi c. Italia*, ric. n. 22774/93, § 42; Corte EDU, 24.02.2009, *CGIL e Cofferati c. Italia*, ric. n. 46967/07, § 48; Corte EDU, 3.09.2013, *M.C. e altri c. Italia*, ric. n. 5376/11, § 47. In dottrina, *ex multis*, C. Pitea, *Art. 35 – Condizioni di ricevibilità*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, pp. 655 e ss.; B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012; G. Raimondi, *Reflections on the Rule of Prior Exhaustion of Domestic Remedies in the Jurisprudence of The European Court of Human Rights*, «The Italian Yearbook of International Law», 2010, pp. 161 e ss. Evidenzia che il principio del previo esaurimento dei rimedi interni ha subito una profonda trasformazione, nel senso che sono sempre più frequenti le pronunce in cui la Corte EDU decide questioni non originate dall'esaurimento di tutti i gradi di giudizio, M. D'Amico, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, «Forum di Quaderni costituzionali», 29 settembre 2015, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018).

L'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione e alla giurisprudenza di Strasburgo non sarebbe seguito in concreto dai giudici italiani, in particolar modo nell'ambito della procreazione assistita. A supporto di tale affermazione la Corte ricorda le decisioni dei tribunali in materia³¹¹ che non fanno alcun riferimento al sistema CEDU³¹² e il recente restrittivo orientamento della Consulta che circoscrive l'obbligo dei giudici di conformarsi alla sola giurisprudenza convenzionale "*bien établie*"³¹³ o contenuta in un "*arrêt pilote*".

Quanto al merito³¹⁴ della questione, i giudici di Strasburgo sono per la prima volta chiamati a decidere se l'interesse della ricorrente a donare alla ricerca scientifica gli embrioni creati *in vitro* sia suscettibile di rientrare nel rispetto della propria "vita privata"³¹⁵.

Ai fini dell'applicabilità dell'art. 8 CEDU, la Corte ritiene decisivo il legame esistente tra la persona sottoposta alla procedura di fecondazione e gli embrioni con la stessa prodotti, i quali rappresentano «*un elemento fondamentale del patrimonio genetico e dell'identità biologica di quella persona*»³¹⁶.

³¹¹ Viene richiamata analiticamente la giurisprudenza italiana in tema di PMA (i.e. Corte cost., ordd. nn. 369/2006 e 97/2010, cit.; sent. n. 151/2009, cit.); sussiste, tuttavia, qualche omissione, ad es. Tar Lazio, 21.01.2008, n. 398.

³¹² Nell'ambito della procreazione assistita sarebbero soltanto due le pronunce in cui i giudici nazionali avrebbero preso in considerazione la Convenzione: l'ordinanza del Tribunale di Cagliari del 9 novembre 2012 e l'ordinanza del Tribunale di Roma del 15 gennaio 2014, richiamate da Corte EDU, GC, *Parrillo c. Italia*, cit., § 96. La Corte EDU ricorda, inoltre, che il Tribunale di Firenze ha sollevato la questione di costituzionalità sullo stesso divieto di ricerca embrionale senza, però, invocare il parametro convenzionale. È inevitabile leggere nelle argomentazioni della Corte EDU un invito, indirizzato sia ai giudici comuni sia al Giudice delle Leggi a seguire in modo coerente il modello introdotto nel 2007 con le «sentenze gemelle».

³¹³ Il riferimento è ovviamente a Corte cost., n. 49/2015, cit.

³¹⁴ Si ricorda che la Corte EDU rigetta anche l'eccezione di irricevibilità proposta dal Governo italiano per la mancanza in capo alla ricorrente del requisito di "vittima", in quanto questa avrebbe potuto procedere, nel lasso di tempo di latenza dell'entrata di vigore della l. n. 40/2004, a donare i propri embrioni alla ricerca scientifica, non incontrando in tal caso alcuna preclusione legislativa. La Corte risponde, invece, che la stessa vigenza della normativa costituisce un'ingerenza nei confronti della ricorrente tale da consentire la configurazione dello *status* di vittima e afferma che nel lasso di tempo intercorso tra la morte del marito e l'entrata in vigore della legge la ricorrente non avrebbe potuto procedere ad una lucida decisione al riguardo.

³¹⁵ Nell'analizzare l'applicabilità della Convenzione al caso di specie, la Corte EDU segue le argomentazioni addotte dal Governo italiano, ma sembra cadere in due equivoci: *in primis*, afferma che la sentenza Corte cost., n. 162/2014, cit., «dovrebbe adesso permettere l'adozione per la nascita». Orbene, la Corte costituzionale italiana non ha riconosciuto tale istituto né avrebbe avuto la legittimazione per farlo, trattandosi di una questione rientrante nell'alveo delle opzioni politiche riservate al legislatore. *In secundis*, dalla affermazione del nostro giudice costituzionale che ha ricondotto il diritto di diventare genitori e costituire una famiglia con figli alla libertà di autodeterminazione nella vita privata e familiare, la Corte EDU ha dedotto che l'ordinamento italiano attribuisce importanza alla libertà di scelta delle parti in ordine al destino degli embrioni non impiantati. Tuttavia, riconoscere il diritto alla genitorialità è cosa ben diversa dall'ammettere l'esistenza di un diritto di decidere *ad nutum* del destino degli embrioni prodotti, cfr. Corte EDU, GC, 27.08.2015, *Parrillo c. Italia*, § 157.

³¹⁶ A tal riguardo, parzialmente differente, come vedremo, è la concezione espressa da Corte cost., 11.11.2015, n. 229, punto 3 Considerato in diritto: «[l']embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico». L'elemento del potenziale di vita insito nell'embrione umano è posto in evi-

Da siffatto legame i giudici desumono l'applicabilità dell'art. 8 CEDU: la possibilità per la ricorrente di compiere «una scelta consapevole e meditata sul destino dei *suoi* embrioni concerne un aspetto intimo della sua vita personale» e rientra nell'esercizio della sua libertà di autodeterminazione.

Nel valutare la «necessità» del divieto di ricerca embrionale³¹⁷ la Corte afferma, però, che è ampio il margine di discrezionalità statale, perché la scelta di donare gli embrioni alla ricerca non rientra nel “nucleo duro” dei diritti fondamentali tutelati dall'art. 8 CEDU, non riguardando un aspetto particolarmente importante dell'esistenza e dell'identità della ricorrente.

Emergono profili di dubbia coerenza nel percorso argomentativo della Corte: delle due l'una, o il diritto «di esercitare una scelta consapevole e meditata sul destino dei suoi embrioni concerne un aspetto intimo della vita personale (della ricorrente, §159)», o tale diritto «*does not concern a particularly important aspect of the applicant's existence and identity*»³¹⁸.

Per corroborare l'ampio margine di apprezzamento statale in materia i giudici di Strasburgo affermano che è in gioco una delicata questione morale ed etica sulla quale ancora non sussiste un “*consensus*” convenzionale³¹⁹: l'Italia non è l'unico Paese che vieta la donazione di embrioni alla ricerca, si collocano al suo fianco anche Stati come la Germania, l'Austria e la Slovacchia.

Riemerge in questa sentenza l'uso “ondivago” della tecnica del *consensus*: come nel caso austriaco sulla fecondazione eterologa, infatti, la Grande Camera esclude un consenso “strutturale” idoneo a limitare la discrezionalità statale, pur sussistendo, dal punto di vista quantitativo, una maggioranza di Stati che già ammetteva la pratica in contestazione.

Sul finire della parte motiva emerge un altro profilo di dubbia coerenza nelle argomentazioni della Corte: alle censure della Signora Parrillo in ordine alle contrad-

denza anche dalla Corte di giustizia nella sentenza Corte di Giustizia, Grande Sezione, 18.12.2014, C-364/13, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, su rinvio pregiudiziale da parte della *High Court* britannica. Ivi i giudici di Lussemburgo, ridimensionando le argomentazioni espresse nella precedente sentenza Corte di Giustizia, Grande Sezione, 18.10.2011, C-34/10, *Brüstle c. GreenPeace eV* chiariscono che non può considerarsi “embrione umano”, ai sensi della direttiva sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche (Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998), un organismo inidoneo a svilupparsi in essere umano. Nel caso *Brüstle*, invece, i giudici di Lussemburgo avevano fornito una definizione “a maglie larghe”, estendendo i confini dell'embrione umano fino a ricomprendervi «qualunque ovulo non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi».

³¹⁷ Previsto dall'art. 13, l. n. 40/2004.

³¹⁸ Corte EDU, GC, 27.08.2015, *Parrillo c. Italia*, cit., §174.

³¹⁹ *Ibid.*, § 177: «Certamente alcuni Stati membri hanno adottato un approccio permissivo in questo campo: diciassette dei quaranta Stati membri sui quali la Corte possiede informazioni permettono la ricerca sulle linee cellulari embrionali umane. In alcuni altri Stati la materia non è regolamentata, ma le pratiche pertinenti sono permissive. Alcuni Stati tuttavia (Andorra, Lettonia, Croazia e Malta) hanno promulgato una legislazione che proibisce espressamente qualsiasi ricerca sulle cellule embrionali. Altri permettono questo tipo di ricerca soltanto a condizioni ben precise, che richiedono per esempio che il fine sia la tutela della vita dell'embrione o che la ricerca utilizzi cellule importate dall'estero (è il caso della Slovacchia, della Germania, dell'Austria e dell'Italia)».

dizioni del sistema legislativo italiano³²⁰, la Corte risponde di non poter valutare “in astratto” la coerenza della legge, poiché essa non pregiudicherebbe in modo diretto e concreto il diritto della ricorrente all'autodeterminazione riguardo ai suoi embrioni. Emerge, quindi, una frizione rispetto alla precedente condanna nel caso *Costa e Pavan*, al centro della quale vi era stata proprio la constatazione di un'incoerenza sistematica nella legislazione italiana³²¹.

Peraltro, se il compito della Corte non è esaminare “in astratto” la normativa nazionale, allora perché indulgere sull'esame dell'*iter* parlamentare che ha preceduto l'approvazione della l. n. 40/2004³²², anziché soffermarsi sulle circostanze concrete della vicenda? Gli embrioni della Signora Parrillo, certamente “in astratto” portatori di un potenziale di vita, nel caso concreto non avrebbero potuto svilupparsi in vita umana a causa della loro anzianità³²³ e della mancanza di accertamenti diagnostici al momento della creazione.

Alla luce delle molteplici argomentazioni addotte, la Grande Camera dichiara che lo Stato italiano non ha ecceduto il proprio margine di discrezionalità e il divieto di ricerca sugli embrioni è un'ingerenza «necessaria in una società democratica».

Il ricorso è rigettato anche in riferimento al secondo motivo di censura, ovvero la lesione del diritto al rispetto dei propri beni, in forza della considerazione assorbente che gli embrioni non possano essere ricondotti al rango di “beni”, o “cose” («*human embryos cannot be reduced to “possessions” within the meaning of that provision*»³²⁴): l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla luce della portata economica e patrimoniale che lo contraddistingue non si applica, quindi, alla fattispecie esaminata.

La Corte dichiara espressamente di non voler definire l'embrione umano, ma il suo *status* è, in parte, tracciato in questa decisione: la Corte ha, infatti, parlato di «elemento costitutivo del patrimonio genetico e dell'identità biologica» della donna, quindi, di un'entità priva di una consistenza autonoma, il destino della quale può essere soggetto alla scelta di chi è già persona, una sorta di “*tertium genus*”, a metà strada tra bene patrimoniale e soggetto di diritto, quasi una “pertinenza biologica” del genitore.

A tal riguardo, è utile ricordare il diverso orientamento, più garantista, espresso dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 229/2015 in riferimento allo *status*

³²⁰ La normativa italiana, secondo la ricorrente, mostra profili di incoerenza perché si prefigge l'obiettivo di tutelare l'embrione ma, al contempo, consente l'aborto terapeutico e l'utilizzo, per finalità di ricerca, di linee cellulari ottenute da embrioni distrutti all'estero.

³²¹ Del pari, è difficile sostenere che questa ingerenza nell'autodeterminazione della Signora Parrillo sia meno “concreta” dell'ingerenza nel “desiderio di procreare un figlio sano”.

³²² I giudici di Strasburgo si soffermano, infatti, sulla completezza del dibattito parlamentare che ha caratterizzato i lavori preparatori della l. n. 40/2004, per verificare se il legislatore abbia tenuto conto di tutti gli interessi in gioco. Suscita, tuttavia, qualche perplessità tale profilo argomentativo, poiché il compito della Corte EDU dovrebbe essere circoscritto al riconoscimento di un *vulnus* convenzionale derivante dall'applicazione *in concreto* della legge nazionale, a prescindere dalle argomentazioni espresse nella discussione parlamentare; tanto più che quello stesso ampio dibattito parlamentare sulla l. n. 40/2004 non ha impedito alla medesima Corte di constatare, in precedenti occasioni, la violazione della Convenzione (i.e. nel caso *Costa e Pavan*).

³²³ In quanto prodotti nel 2002, quindi, ben tredici prima, come attestato da apposita relazione peritale presentata in udienza e non contestata dal Governo italiano.

³²⁴ Corte EDU, GC, 27.08.2015, *Parrillo c. Italia*, cit., § 215.

dell’embrione: «quale che sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, [l’embrione] *non è certamente riducibile a mero materiale biologico*»³²⁵, è un’entità che ha in sé il principio della vita e la sua dignità rientra espressamente nella tutela prevista dall’art. 2 Cost.

Se è vero che entrambe le Corti si astengono dal dire quando ha inizio la vita umana, concordando che la questione sia riservata alla discrezionalità del legislatore, la Consulta, lungi dal definire l’embrione come un elemento fondamentale del patrimonio genetico e dell’identità altrui, ci dice che quel “potenziale di vita” ha una propria “dignità”, suscettibile di tutela autonoma di rango costituzionale.

Da ultimo, è proprio il Giudice delle Leggi ad intervenire sullo stesso *thema decidendum* affrontato a Strasburgo con la sentenza n. 84/2016. Nelle more del giudizio convenzionale sul caso *Parrillo*, infatti, il Tribunale di Firenze³²⁶ aveva sollevato questione di legittimità costituzionale sul divieto di sperimentazione embrionale e sulla disposizione che prescrive l’irrevocabilità del consenso al trattamento una volta fecondato l’ovulo³²⁷.

Questa decisione è particolarmente significativa dal punto di vista dell’interazione fra Corti: la Consulta svolge molteplici richiami a Strasburgo e alla

³²⁵ Corte cost., 11.11.2015, n. 229 [corsivo aggiunto]. Con tale decisione la Corte costituzionale è intervenuta in ambito penale ed ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 13, commi 3 e 4, l. n. 40/2004 sul reato di selezione degli embrioni in esclusiva correlazione con l’esito della sentenza n. 96/2015, cit., ed ha, invece, escluso la fondatezza della questione di legittimità relativa all’art. 14, commi 1 e 6 sul reato di soppressione di embrioni.

³²⁶ I ricorrenti erano una coppia di coniugi che, dopo aver effettuato diversi cicli di PMA presso il centro di riproduzione Demetra S.r.l., avevano avanzato due formali istanze al Tribunale di Firenze nell’ambito di un procedimento *ex art. 700 c.p.c.*: ordinare al centro la consegna di nove embrioni prodotti *in vitro* e crioconservati, per consentire loro di destinarli alla ricerca scientifica (di questi embrioni cinque risultavano affetti da esotosi, mentre i restanti quattro non erano sottoponibili a biopsia per ragioni tecniche); nonché dichiarare la validità del rifiuto della donna di procedere al trasferimento in utero di tali embrioni. Con ord. 7.12.2012, n. 166, il Tribunale di Firenze, disponendo la sospensione del procedimento cautelare in corso, accoglieva la richiesta dei ricorrenti, sottoponendo le questioni al vaglio della Corte costituzionale. Come noto, il 19 marzo 2014, il Presidente della Corte costituzionale rinviava la discussione della questione di costituzionalità in attesa della decisione sul caso *Parrillo*, anche se il giudice fiorentino non aveva fatto alcun riferimento alla CEDU e all’art. 117 Cost. (i parametri invocati erano tutti “interni in senso stretto”) e i ricorrenti nei due giudizi erano diversi, pertanto, non si poneva un problema di esecuzione del giudicato convenzionale nel procedimento interno fra le stesse parti.

³²⁷ La questione relativa al consenso, esaminata per prima, viene dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza. La ricorrente in un primo momento aveva dichiarato di non volersi sottoporre all’impianto in utero dell’unico embrione non affetto da patologie, ma aveva successivamente accettato di portare a termine il trattamento: la questione della revoca secondo la Consulta era, pertanto, divenuta priva di qualsivoglia attualità nell’ambito del giudizio principale. Leggendo l’ordinanza di rimessione del giudice fiorentino emerge, tuttavia, una sorta di equivoco in cui la Corte sembra essere incorsa: nel giudizio di merito, i ricorrenti avevano chiesto «di accertare la piena validità ed efficacia della revoca del consenso al trasferimento in utero degli embrioni soprannumerari malati o non biopsiabili» (cfr. Trib. Firenze, ord. n. 166/2012, cit., § 3) e non la legittimità del rifiuto, inizialmente opposto e poi revocato, al trasferimento dell’unico embrione sano. Questa ricostruzione della “rilevanza” ha consentito alla Corte di non entrare nel merito della questione della revocabilità del consenso al trattamento, già dichiarata manifestamente inammissibile per irrilevanza nella sentenza n. 151/2009, cit. In tal senso cfr. anche V. Tigano, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, cit., pp. 5 e ss.

precedente decisione sul caso *Parrillo*, pur non essendo stato invocato dal Tribunale fiorentino il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost.

È probabile che la Corte abbia particolarmente a cuore la sentenza *Parrillo* perché il *self restraint* dei giudici della Convenzione è perfettamente in linea con le valutazioni di opportunità costituzionale che la conducono alla declaratoria di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore.

Il riferimento ampio e puntuale al caso *Parrillo*³²⁸ e a profili di diritto comparato, nonché la dettagliata ricostruzione del dibattito dottrinario sul tema della ricerca embrionale sono “indici sintomatici” della difficoltà incontrata dai giudici costituzionali nel decidere la questione, stretti fra la declaratoria di incostituzionalità e il rispetto della discrezionalità legislativa³²⁹.

Dinanzi al divieto di sperimentazione, la Corte mette in evidenza i due fondamentali valori in gioco: «la dignità dell'embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita [...], valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.»³³⁰ e non suscettibile di affievolimento per il solo fatto che sia affetto da malformazione genetica, nel contemperamento con la libertà di ricerca scientifica. Dinanzi a questa «scelta tragica»³³¹ dalle considerevoli ripercussioni etiche e

³²⁸ Si rileva, tuttavia, un equivoco in cui incorre la Corte costituzionale quando fa riferimento alla decisione convenzionale sul caso *Parrillo*, là dove ritiene che i giudici di Strasburgo abbiano escluso la violazione dell'art. 8 CEDU «sul rilievo che il diritto, invocato dalla ricorrente, di donare gli embrioni (da lei prodotti) alla ricerca scientifica *non trova copertura in quella disposizione*, in quanto non riguarda un aspetto particolarmente importante dell'esistenza e della identità della ricorrente medesima». Come anticipato, invece, i giudici di Strasburgo avevano affermato a chiare lettere che il diritto della signora Parrillo di decidere il destino degli embrioni prodotti era inquadrabile nell'art. 8 della Convenzione (§ 149 ss., 159 e ss.), concludendo, poi, per la compatibilità convenzionale a causa dell'ampio margine di apprezzamento spettante allo Stato italiano.

³²⁹ Definisce «pilatessa» la sentenza in oggetto, poiché fonda la declaratoria di inammissibilità sulla contrapposizione degli orientamenti manifestati dagli studiosi in materia, A. Ruggeri, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, «Federalismi.it», 11 maggio 2016, p. 26. La Consulta, in effetti, ricostruisce analiticamente i *pro* ed i *contra* enunciati dalla dottrina e nelle sedi scientifiche sull'utilizzo di embrioni soprannumerari a scopi di ricerca. È interessante notare il rilievo dato alla posizione di chi sostiene il “principio di precauzione” in forza del quale, dinanzi alla possibilità che l'embrione sia ben più che mero materiale biologico, lo scienziato dovrebbe decidere di seguire percorsi alternativi, ovvero di “fare altro” rispetto alla sperimentazione sull'embrione. Da una diversa angolazione si potrebbe, però, sostenere che, una volta accertata scientificamente l'impossibilità di impiegare gli embrioni per fini riproduttivi, sarebbe lo stesso principio di precauzione a condurre verso soluzioni alternative alla morte certa dell'embrione crioconservato *ad infinitum*. Una soluzione alternativa potrebbe essere la ricerca che, dinanzi al costo comunque ineluttabile del potenziale di vita dell'embrione, costituirebbe il sacrificio minore dei valori costituzionali in gioco, in un'ottica di *fair balancing*.

³³⁰ Il filo conduttore che collega Lussemburgo, Strasburgo e Roma sembra essere il riconoscimento di un'esigenza di tutela dell'embrione in quanto “portatore di un potenziale di vita”. Cfr. in particolare Corte di Giustizia, Grande Sezione, 18.10.2011, C-34/10, *Brüstle c. GreenPeace eV*; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 18.12.2014, C-364/13, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*.

³³¹ Cfr. Corte cost., n. 84/2016, cit., punto 8.1. Considerato in diritto, ove la Corte rileva che la questione «rimanda al conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto».

priva di soluzioni uniformi nella legislazione europea, la Corte costituzionale recupera un principio “smarrito” nella giurisprudenza esaminata in precedenza: il rispetto della discrezionalità del legislatore.

La Corte si astiene, infatti, da qualsiasi sindacato di ragionevolezza³³² sul bilanciamento legislativo tra la dignità dell’embrione e la libertà della ricerca scientifica, sindacato che, al contrario, ha rivendicato con forza e pervasività dinanzi a questioni altrettanto sensibili³³³.

Il legislatore torna ad essere l’«interprete della volontà della collettività, chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»³³⁴.

Prescindendo dalla condivisione o meno della soluzione cui è giunta la Consulta, ciò che l’interprete è chiamato a segnalare è l’incoerenza argomentativa che connota questa decisione rispetto ai precedenti interventi in materia di procreazione assistita.

La Corte non definisce i «profili assiologici» che rendono in questo caso la questione impenetrabile al proprio sindacato e non spiega fin dove si estenda, invece, quell’esigenza imprescindibile, evocata nella sentenza n. 162/2014, di assicurare che il controllo di costituzionalità copra «nella misura più ampia possibile l’ordinamento giuridico, *non essendo, ovviamente, ipotizzabile l’esistenza di ambiti sottratti allo stesso*»³³⁵.

Resta aperto l’interrogativo su quale sia il *discrimen* tra declaratoria di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa e declaratoria di incostituzionalità

³³² Sottolinea l’evoluzione della funzione svolta dal principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, in dottrina, L. Paladin, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 164 secondo il quale «il sindacato di ragionevolezza non è più strettamente collegato al solo principio costituzionale di eguaglianza, sancito dall’art. 3, primo comma, della Costituzione. Vengono in rilievo, per esempio, le più varie necessità di bilanciamento e di valutazione della legittimità costituzionale dei limiti legislativamente imposti ai più vari diritti fondamentali»; nonché G. Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, ivi, pp. 180 e ss., il quale mette in luce la ragionevolezza/eguaglianza, collegata allo schema trilaterale, gli aspetti della ragionevolezza/razionalità e della ragionevolezza/giustizia, invece, legati a valutazioni sul contenuto o sulla forma della norma. Tra gli Autori che esaltano l’emancipazione del giudizio di ragionevolezza dal modello ternario, si veda C. Rossano, *Ragionevolezza e fattispecie di eguaglianza*, ivi, pp. 171 e ss.; nonché A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 118 e ss., secondo il quale le «forme atipiche» del giudizio fondato sull’art. 3, primo comma, della Costituzione, frequentemente rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale, «confermano come il sindacato di ragionevolezza, lungi dall’identificarsi con il giudizio ternario di eguaglianza, ha una propria autonomia e concettuale e pratica».

³³³ Il riferimento è a Corte cost., nn. 162/2014 e 96/2015, cit.

³³⁴ Cfr. Corte cost., n. 84/2016, cit., punto 11 Considerato in diritto, ove si afferma che quella prevista dalla norma impugnata è «una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte». Si recupera, quindi, nell’argomentare della Consulta il rispetto per la discrezionalità legislativa, risultato recessivo sia nel caso della fecondazione eterologa sia nella vicenda dell’accesso alla PMA delle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche.

³³⁵ Affermazione espressa prima in Corte cost., 13.01.2014, n. 1 e successivamente in Corte cost., 10.06.2014, n. 162 [corsivo aggiunto].

per «vulnus insanabile cui la Corte è tenuta a porre rimedio»³³⁶, dinanzi a questioni eticamente sensibili.

Il Giudice delle Leggi esclude, altresì, di poter intervenire con una sentenza additiva per stabilire un diverso bilanciamento tra i valori confliggenti, poiché manca no le cd. “rime obbligate”.

Tra le soluzioni riservate all'impenetrabile discrezionalità del legislatore secondo la Corte ci sarebbero la scelta degli embrioni da impiegare a fini di sperimentazione (se soltanto quelli affetti da malattia e da quali malattie, o anche quelli scientificamente “non biopsabili”), la previsione delle specifiche finalità della ricerca, l'eventualità e la determinazione della durata di un previo periodo di crioconservazione, nonché le cautele più idonee a evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui.

L'interrogativo che sorge, tuttavia, è se tali opzioni appartengano all'insindacabile discrezionalità dell'organo politico più di quanto non sia riservata al legislatore la questione del temperamento tra anonimato del donatore e diritto del nato da eterologa a conoscere le proprie origini.

Si ricorda, inoltre, che nella sentenza n. 96/2015 la Corte ha riconosciuto il diritto delle coppie fertili di accedere alla PMA e alla diagnosi pre-impianto, nonostante l'inevitabile necessità di un successivo intervento riservato al legislatore per l'individuazione, ad esempio, delle patologie che possano giustificare tale accesso, delle relative procedure di accertamento, nonché di forme di autorizzazione e controllo dei centri abilitati.

In conclusione, non si comprende dalle argomentazioni della Consulta perché, nel caso della donazione di gameti e, ancor più, nella vicenda delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche, l'esistenza di profili riservati alla discrezionalità del legislatore non abbia impedito la caducazione dei divieti censurati e l'aggiunta di nuove posizioni giuridiche soggettive, mentre nella fattispecie *de quo* ha precluso alla Corte qualsiasi sindacato di ragionevolezza sul bilanciamento legislativo.

Questa decisione sembra corroborare la tesi, sostenuta nelle precedenti pagine, che la giurisprudenza costituzionale in materia di procreazione assistita sia caratterizzata da profili di incertezza metodologica e da un elevato grado di discrezionalità rispetto allo strumento decisorio di volta in volta ritenuto più appropriato (i.e. decisioni di inammissibilità, talvolta monitorie, e sentenze manipolative, spesso additive di principio)³³⁷.

Una conclusiva annotazione riguarda lo spazio del futuro intervento del legislatore nell'ambito della ricerca scientifica: se l'embrione, come ci dice la Consulta, è titolare di dignità costituzionale *ex art. 2 Cost.* e, soprattutto, la sua tutela non è suscettibile di affievolimento per il solo fatto dell'affezione da malformazione genetica, allora il margine di discrezionalità lasciato all'organo politico appare notevol-

³³⁶ Cfr. Corte cost., n. 162/2014, cit., punto 11 Considerato in diritto; in precedenza, Corte cost., n. 113/2011, cit., punto 8 Considerato in diritto.

³³⁷ Alla luce della giurisprudenza costituzionale esaminata resta, infatti, aperto l'interrogativo su quale sia il *discrimen* tra questione etica ad elevata discrezionalità legislativa, sottratta allo scrutinio costituzionale e questione altrettanto sensibile ma soggetta al giudizio costituzionale di ragionevolezza anche nelle forme di uno *strict scrutiny*.

mente circoscritto. Per consentire la ricerca, la via obbligata per il legislatore sembra essere quella di tracciare un nuovo *discrimen* tra “embrione”, la cui tutela non è suscettibile di affievolimento ai fini della sperimentazione neanche in caso di malformazione genetica ed entità ancora priva di potenzialità di vita autonoma, invece, sacrificabile a tale scopo. Questa operazione trova, se vogliamo, un “precedente” nella stessa legge sull’interruzione volontaria di gravidanza e porterebbe ad enucleare un’apposita definizione di “embrione”, valida esclusivamente quale limite alla ricerca scientifica, diversa dalla nozione accolta dal legislatore del 1978 nel contemporaneo con le libertà fondamentali della madre.

2.10. Il silenzio del legislatore sullo *status filiationis* conseguente alla maternità surrogata e i limiti all’operato dei giudici: la Corte costituzionale indica una via

Tra i profili della l. n. 40/2004 ancora particolarmente divisivi nell’attuale dibattito giuridico, ma anche sociale ed etico, si colloca il divieto di ricorrere alla gestazione per conto di terzi³³⁸, con tutte le problematiche connesse al riconoscimento dello *status* del figlio nato per mezzo di tale pratica all’estero.

Il tema è particolarmente complesso non soltanto perché coinvolge il sentire più intimo di ogni persona rispetto ai concetti di dignità, identità personale e libertà procreativa, valori che, come abbiamo visto, sono al centro anche del dibattito in tema di procreazione eterologa e diagnosi pre-impianto, ma soprattutto per due problematiche specifiche che lo connotano: la difficoltà di disciplinare pratiche molto diverse fra loro, a seconda del tipo di *surrogacy* cui si ricorre, e l’eterogenea disciplina prevista nei vari ordinamenti del sistema U.E ed *extra*-U.E.

Dal primo punto di vista ognuna delle diverse pratiche di gestazione per conto di terzi coinvolge differenti interessi della persona e, conseguenzialmente, dovrebbe richiedere un bilanciamento diverso fra i valori coinvolti.

È appena il caso di evidenziare che si possono distinguere almeno cinque tipi di surrogazione di maternità³³⁹ in riferimento alla coppia uomo-donna: *i*) la fattispecie in cui il gamete maschile viene utilizzato per la fecondazione dell’ovocita donato

³³⁸ Una recente riflessione sul tema si ritrova in M. Rizzuti, *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze “naturali” allo scenario della “agenitorialità”*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità – filiazione – genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 161 e ss.; I. Anrò, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di “abuso” e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee*, ivi, pp. 55 e ss.; G. Brunelli, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, ivi, pp. 77 e ss.; D. Rosani, *L’equilibrio dell’ecosistema. Una discussione sincera sulla genitorialità per tutelare davvero il minore*, ivi, pp. 173 e ss.; nonché L. D’Avack, *Maternità surrogata: un divieto “inefficace”*, «Dir. Fam. e pers.», 1, 2017, pp. 139 e ss.; G. Luccioli, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, «Consulta OnLine», 2, 2017, pp. 325 e ss., <www.giurcost.org>, (10/2018). Anche la dottrina straniera si è occupata del tema della gestazione per conto di terzi con particolare riguardo ai divieti assoluti previsti nel sistema francese ed in quello italiano, cfr. I. Rein Lescastereyres, *Recent case law on cross-border surrogacy*, in K. Boele Woelki, A. Fuchs (a cura di), *Same-sex relationships and beyond*, Intersentia, Cambridge, 2017, spec. pp. 128 e ss.

³³⁹ Come nota R. Bin, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, «robertobin.it», 4 luglio 2016, <www.robertobin.it>, (10/2018).

dalla donna che porterà avanti la gravidanza (cd. surrogazione di maternità tradizionale, nella quale l'uomo e la terza donna sono genitori genetici); *ii*) l'ipotesi in cui i membri della coppia sono anche genitori genetici, ma chiedono ad una terza donna di portare avanti la gravidanza per ospitare il loro embrione (la cd. surrogazione gestazionale); *iii*) l'impiego del gamete dell'uomo della coppia, dell'ovocita di una terza donna donatrice e l'intervento di una quarta donna che porterà avanti la gravidanza; *iiii*) la fattispecie in cui l'embrione, prodotto mediante fecondazione *in vitro* dell'ovocita della donna della coppia e gamete maschile di un donatore terzo, viene impiantato nell'utero di una terza donna surrogante; *iiiii*) il caso dell'embrione prodotto mediante gameti sia maschili che femminili donati da soggetti terzi e impiantato in una quarta donna che porterà avanti la gravidanza (ipotesi in cui la coppia richiedente non ha alcun legame genetico o biologico con il nato). Tali fattispecie possono essere in parte applicate anche all'unione tra persone dello stesso sesso, complicando ulteriormente il quadro delle ipotesi realizzabili: le varianti della *surrogacy* potrebbero, così, arrivare ad undici, ognuna caratterizzata dalla compenetrazione fra interessi diversi della persona. Basti pensare che in alcuni casi manca qualsiasi legame genetico tra i membri della coppia intenzionale ed il nato, con il rischio di configurare vere e proprie fattispecie di "compravendita" di minori.

Per quanto attiene, invece, all'eterogenea disciplina prevista nei diversi Paesi U.E. ed *extra*-U.E. è interessante notare che la surrogazione di maternità è vietata in tutte le sue forme non soltanto in Italia, ma anche in Svezia, Norvegia, Danimarca, Germania, Francia e Spagna, mentre è permessa in Grecia, a Cipro, in Inghilterra, in Russia e in Ucraina³⁴⁰.

Il problema dell'eterogeneità della disciplina normativa ha assunto una portata considerevole nell'attualità: basti pensare alla questione della trascrivibilità in Italia di certificati di nascita legittimamente formati all'estero, nei Paesi che consentono la pratica.

Il legislatore italiano nel vietare la realizzazione, organizzazione e pubblicizzazione della surrogazione di maternità³⁴¹ si è concentrato sulla rilevanza penale della condotta del medico o di quei centri di intermediazione che facilitano la pratica, omettendo, tuttavia, di regolare il profilo più importante, ovvero lo *status* giuridico del bambino nato da *surrogacy* all'estero.

La definizione dello *status filiationis* è stata, quindi, delegata in concreto ai giudici in assenza di "criteri direttivi" da parte del legislatore: ai giudici la "quadratura del cerchio", quindi, l'individuazione della «topografia degli interessi»³⁴² in gioco, differenti non soltanto in base alle caratteristiche della fattispecie concreta, ma anche al tipo di *surrogacy* praticata (cfr. sub *i*), *ii*), *iii*), *iiii*), *iiiii*)).

³⁴⁰ Del pari la surrogazione di maternità è ammessa negli Stati Uniti, anche se la situazione cambia da uno Stato all'altro, nonché in Canada, in Australia, in Sudafrica, in Brasile, in Messico ed in quasi tutto il Sud-Est Asiatico.

³⁴¹ L'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 sancisce che «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

³⁴² Cfr. R. Bin, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, cit., spec. p. 8.

Per comprendere l'attuale stato dell'arte in materia è, quindi, fondamentale guardare alla giurisprudenza, l'unica che ha dato soluzioni concrete alle problematiche connesse alla surrogazione di maternità, cercando di ricomporre la discrasia tra verità del parto e affettività familiare.

In ambito penale le condotte dei genitori che ricorrono all'estero a tale pratica sono suscettibili di integrare diverse fattispecie di reato: dal meno grave occultamento o alterazione dello stato di famiglia (*ex art. 566 e 567 c.p.*), al ben più grave reato di riduzione in schiavitù e tratta di persone (*ex art. 600, 601 e 602 c.p.*).

In ambito civilistico, invece, sono almeno due i profili problematici connessi a tali pratiche: *in primis*, come anticipato, la trascrivibilità in Italia di certificati di nascita formati in Paesi che ammettono la maternità surrogata; *in secundis*, la rimozione dello *status* giuridico attribuito in Italia mediante trascrizione dell'atto di nascita straniero a causa della non veridicità dell'atto medesimo. Tali profili sono strettamente connessi alla disciplina internazional-privatistica che, a norma dell'art. 65, l. n. 218/1995 richiede il rispetto del limite dell'"ordine pubblico" per il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita straniero³⁴³.

A ciò si potrebbe aggiungere l'ulteriore problema della declaratoria di adottabilità del bambino nato da maternità surrogata, quando non sia stato impiegato il materiale genetico di alcuno dei membri della coppia committente, come accaduto nel noto caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*³⁴⁴.

Nelle cause civili inerenti al riconoscimento dello *status filiationis* e alla trascrivibilità dei certificati di nascita stranieri³⁴⁵, il principio fondamentale che ha guidato

³⁴³ Cfr. art. 65, l. n. 218/1995, rubricato «Riconoscimento di provvedimenti stranieri» il quale prevede che «Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa».

³⁴⁴ Cfr. Corte EDU, 27.01.2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, a commento della quale sia consentito un rinvio al mio C. Masciotta, *L'allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione della vita familiare*, «Rivista AIC», 27 novembre 2015. Come ivi auspicato, l'orientamento della seconda sezione è stato parzialmente superato dalla decisione della Grande Camera del 24.01.2017, cfr. Corte EDU, GC, 24.01.2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*. In tal sede è stata esclusa l'esistenza di una "vita familiare" tra i ricorrenti e il minore, nato in Russia da maternità surrogata, considerata l'assenza di qualsiasi legame genetico, la breve durata della coabitazione e l'incertezza giuridica della relazione affettiva intercorsa. Con questa pronuncia la Corte EDU sembra allinearsi agli orientamenti espressi dalla Corte di Cassazione italiana in ambito di maternità surrogata, annullando il "salto in avanti" compiuto dalla sezione (cfr. Corte Cass., 11.11.2014, n. 24001).

³⁴⁵ Sulla trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati in Stati che consentono la gestazione per altri cfr. in dottrina S. Toniolo, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata*, «Riv. dir. internaz. priv. e proc.», 2014, pp. 81 e ss.; M. Di Stefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalistica su un difficile puzzle da ricomporre*, «GenIUS», 1, 2015, pp. 160 e ss.; S. Stefanelli, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, «BioLaw Journal», 2, 2016, pp. 7 e ss., <www.biodiritto.org>, (10/2018); B. Salone, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, *ivi*, pp. 39 e ss.; B. Sgorbati, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, *ivi*, pp. 111 e ss.; da ultimo cfr. le interessanti riflessioni sul tema di S. Agosta, *In fuga dai divieti: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, «Quad. cost.», 1, 2018, pp. 79 e ss.

i giudici è stato indubbiamente il “superiore interesse del minore”³⁴⁶ da declinare in concreto nelle diverse fattispecie.

Pensiamo all'intervento della Corte di Appello di Torino³⁴⁷ che, per la prima volta, in nome del preminente interesse del minore, ha ordinato la trascrizione di un certificato estero in un caso di donazione di gamete maschile e impianto dell'ovocita di una delle due donne della coppia nell'utero dell'altra.

Anche la più recente giurisprudenza di legittimità si è pronunciata sulla compatibilità con l'“ordine pubblico” di alcuni provvedimenti stranieri di riconoscimento della filiazione e, inizialmente cauta sul tema³⁴⁸, ha progressivamente circoscritto le maglie del suddetto limite fino a farlo coincidere sostanzialmente con i cd. “contro-limiti”: «i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale [...] nei valori costituzionali primari»³⁴⁹.

La Corte di Cassazione ha, così, escluso³⁵⁰ che il divieto di ricorrere alla maternità surrogata possa rientrare in quel nucleo essenziale di valori dell'ordinamento che identificano l'“ordine pubblico internazionale”³⁵¹.

³⁴⁶ Cfr. in tal senso Corte App. Bari, 13.02.2009, che ha ammesso la trascrizione in Italia dei *parental orders* emessi dall'autorità giudiziaria britannica in favore della madre intenzionale in un caso di *surrogacy*. In dottrina, per un'ampia ricostruzione normativa e giurisprudenziale della natura multifforme dell'interesse superiore del minore con alcune note critiche sulla consistenza di tale nozione, cfr. E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016; S. Romboli, *La natura “relativa” ed il significato di “clausola generale” del principio dell'interesse superiore del minore*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 505 e ss.; cfr. anche L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, «Riv. Dir. Civ.», 2016, pp. 90 e ss.; A. Arena, *A proposito dello “statuto costituzionale del minore” (Brevi riflessioni a margine di alcune “novità” nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, «Consulta OnLine», 2, 2016, pp. 241 e ss., <www.giurcost.org>, (10/2018); G. Vannoni, *L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione*, «Consulta OnLine», 2, 2017, pp. 298 e ss., <www.giurcost.org>, (10/2018); F. Preite, A. Cagnazzo (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Giuffrè, Milano, 2017.

³⁴⁷ Corte App. Torino, 29.10.2014.

³⁴⁸ Cfr. in particolare Corte Cass., 11.11.2014, n. 24001 nella quale la Corte ha rigettato il ricorso dei genitori “intenzionali” che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata in Ucraina e privi di legame genetico con il nato. La Cassazione conferma la decisione della Corte di Appello di Brescia che aveva riconosciuto lo stato di abbandono del minore, privo di legami genetici con i ricorrenti e dichiarato la sua adottabilità. Secondo la Suprema Corte il divieto previsto dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 «è certamente di ordine pubblico» e costituisce, pertanto, un limite legittimo alla trascrizione dell'atto di nascita straniero. A commento della decisione cfr. G. Casaburi, *Sangue e suolo: la Cassazione ed il divieto di maternità surrogata*, «Foro it.», I, 2014, pp. 3414 e ss.; B. Salone, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, «Dir. Civ. Cont.», 3, 2014; cfr. anche E. Lamarque, *Prima i bambini*, cit., part. pp. 65 e ss.

³⁴⁹ Corte Cass., 30.09.2016, n. 19599, § 7.

³⁵⁰ In tal caso la Corte di Cassazione ha riconosciuto l'atto di nascita straniero dal quale risultava che il bambino fosse figlio di due madri, quella che lo aveva partorito e quella che aveva donato l'ovulo. In tal caso la Corte precisa, però, che non si tratta di una ipotesi di maternità surrogata, bensì di una tecnica simile alla fecondazione eterologa, dato l'apporto di un donatore maschile estraneo alla coppia. In senso conforme cfr. anche Corte Cass., 15.06.2017, n. 14878.

³⁵¹ Principio poi ripreso dai giudici di merito per estenderne l'ambito applicativo anche ai casi di *surrogacy* richiesta da coppie dello stesso sesso, cfr. in particolare, Corte App. Milano, 28.10.2016; Corte App. Trento, 23.02.2017, la quale esclude che il divieto previsto dalla l. n. 40/2004 faccia parte di quei

Da ultimo la Corte costituzionale è intervenuta sul tema ed ha espresso parole di netta censura rispetto alla pratica della gestazione per conto di terzi nella sentenza n. 272/2017³⁵², pur non essendo stata formalmente investita della legittimità del divieto in questione³⁵³.

Il Giudice delle Leggi era chiamato a valutare se l'art. 263 c.c.³⁵⁴ fosse compatibile con il dettato costituzionale là dove non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso.

Il thema decidendum è, quindi, circoscritto alla norma che disciplina la rimozione dello *status filiationis*, mentre non concerne la trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati legittimamente all'estero né l'altrettanto *vexata quaestio* della legittimità del divieto assoluto previsto dalla l. n. 40/2004.

Nel caso di specie il difetto di veridicità discendeva dal fatto che una coppia di cittadini italiani aveva fatto ricorso in India alla pratica della gestazione per altri con ovodonazione³⁵⁵ e, successivamente, il certificato di nascita ivi legittimamente formato era stato trascritto in Italia con l'indicazione di entrambi i coniugi come genitori³⁵⁶, pur non sussistendo un legame genetico con la donna³⁵⁷.

«principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario», pertanto, non integra il limite dell'ordine pubblico prescritto per la trascrizione dell'atto straniero. Sul punto cfr. C. Tripodina, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in *Maternità – filiazione – genitorialità*, cit., pp. 119 e ss. e J. Long, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, ivi, pp. 145 e ss.; in senso critico rispetto a tale approccio cfr. F. Angelini, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, ivi, part. pp. 47 e ss.

³⁵² Corte cost., 18.12.2017, n. 272. A commento della sentenza cfr. G. Matucci, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, «Forum di Quaderni costituzionali», 15 febbraio 2018, pp. 1 e ss., <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); G. Barcellona, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, ivi, 9 marzo 2018; S. Agosta, *La maternità surrogata e la Corte Costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, «Osservatorio sulle fonti», 2, 2018; F. Angelini, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, «costituzionalimo.it», 1, 2018, pp. 149 e ss., <www.costituzionalismo.it>, (10/2018).

³⁵³ Come evidenzia la Corte costituzionale, il *thema decidendum* non concerne né la legittimità del divieto assoluto previsto ex art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 né eventuali limitazioni alla trascrivibilità in Italia di certificati di nascita formati all'estero in caso di surrogazione di maternità, cfr. Corte cost., n. 272/2017, cit., punto 3 Considerato in diritto.

³⁵⁴ Nella versione applicabile *ratione temporis* e, quindi, anteriore alle modifiche apportate dal successivo d.lgs. 28.12.2013 n. 154 «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219», GU n. 5 dell'8.01.2014, entrato in vigore il 7.02.2014.

³⁵⁵ Le condizioni di salute della donna erano tali per cui a esserle preclusa non era soltanto la gravidanza, ma la stessa produzione di ovociti, pertanto, i coniugi avevano fatto ricorso alla surrogazione di maternità e alla donazione di gamete femminile da una terza donna.

³⁵⁶ La paternità non aveva determinato problemi, poiché il test del DNA aveva confermato il legame biologico con il figlio. In assenza di legame genetico, invece, il riconoscimento della madre veniva impugnato ai sensi dell'art. 264, comma 2, c.c. dal curatore speciale del minore.

La Corte adotta una sentenza interpretativa³⁵⁸ con la quale rigetta la soluzione proposta dal giudice *a quo* e indica il principio che dovrà essere seguito in futuro: il principio del “necessario bilanciamento”³⁵⁹ tra *favor veritatis*, quindi, tra l’interesse pubblico all’accertamento della verità genetica e l’interesse concreto del minore al riconoscimento di uno stato quanto più rispondente alle proprie esigenze di vita che tenga conto anche dell’interesse alla conservazione dello *status* acquisito³⁶⁰.

A tale principio ermeneutico, tuttavia, la Corte aggiunge una precisa “regola di giudizio”³⁶¹: ogni giudice dovrà tener conto di diverse variabili, quali la durata del rapporto con il genitore “sociale”³⁶² e, quindi, l’interesse del minore alla conservazione di un’identità che, seppur non veritiera, è comunque stata acquisita da tempo, nonché le modalità del concepimento e l’esistenza di strumenti legali volti a instaurare un legame giuridico con il genitore contestato.

Si tratta, a ben vedere, di variabili “convenzionalmente orientate”, perché in linea con gli indici fattuali e di diritto indicati dalla Grande Camera nel noto caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*: «*It is therefore necessary, in the instant case, to*

³⁵⁷ A seguito dell’impugnazione del riconoscimento promossa dal curatore speciale del minore, il Tribunale per i Minorenni di Milano pronunciava una sentenza di disconoscimento del rapporto di filiazione con la madre avverso la quale veniva proposto appello. Nel giudizio di secondo grado la madre ricorrente e il curatore del minore erano concordi nel sollevare l’eccezione di incostituzionalità sul divieto assoluto sancito dall’art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, ma la Corte d’Appello di Milano decideva di rimettere alla Corte costituzionale una diversa questione: se l’art. 263 c.c. è illegittimo nella parte in cui non prevede che l’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta soltanto laddove sia ritenuta rispondente all’interesse del minore. La questione era stata sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, Cost., quest’ultimo in riferimento all’art. 8 CEDU per come interpretato dal suo “giudice naturale”, cfr. Corte App. Milano, ord. 25.07.2016.

³⁵⁸ Cfr. in tal senso G. Matucci, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all’interesse concreto del minore*, cit., p. 8; S. Agosta, *La maternità surrogata e la Corte Costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, cit., p. 3.

³⁵⁹ Già in precedenti occasioni la Corte aveva indicato la “via del bilanciamento”, chiedendo ai giudici di svolgere una prognosi sull’eventuale pregiudizio che la mancata conservazione di *status* avrebbe potuto arrecare all’interesse del minore coinvolto, cfr. in tal senso, *ex multis*, Corte cost., 19.06.1997, n. 216.

³⁶⁰ Secondo la Corte costituzionale sia il diritto vivente giurisprudenziale hanno da tempo indicato la necessità di svolgere un bilanciamento tra tali interessi, ponendo particolare riguardo all’interesse del minore nell’ambito delle scelte che lo riguardano. Cfr. Corte cost., n. 272/2017, cit., punto 4.1.4. Considerato in diritto, in cui la Corte individua i parametri di riferimento: la Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989), la Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli (Strasburgo, 25 gennaio 1996) e l’art. 24, par. 2, Carta dei diritti fondamentali dell’U.E.; la giurisprudenza della Corte EDU, in particolare Corte EDU, 26.06.2014, *Mennesson c. Francia*, ric. n. 65192/11; Corte EDU, 26.06.2014, *Labassee c. Francia*, ric. n. 65941/11; nel diritto nazionale l’art. 28, d.lgs. n. 154/2013 che ha novellato l’art. 263 c.c. nel senso di limitare alla sola azione esercitabile dal figlio la non prescrittibilità del termine di proposizione dell’impugnazione del riconoscimento; la l. n. 184/1983 concernente l’affidamento del minore e l’adozione; la l. n. 173/2015 sul diritto alla continuità affettiva dei minori in affido familiare e, infine, la stessa l. n. 40/2004.

³⁶¹ Cfr. Corte cost., n. 272/2017, cit., punto 4.1. Considerato in diritto.

³⁶² Sul punto è significativo notare che il bambino è nato il 2 gennaio 2012 e, quindi, al tempo in cui viene adottata l’ordinanza di rimessione dalla Corte di Appello di Milano (25 luglio 2016) il piccolo ha già trascorso ben quattro anni con la madre intenzionale il cui riconoscimento è impugnato, mentre al tempo in cui la Corte costituzionale adotta la sentenza in commento (22 novembre 2017), gli anni trascorsi dal minore con la donna sono quasi sei. Similmente cfr. G. Ferrando, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, «GenUS», 2, 2017, spec. p. 13.

*consider the quality of the ties, the role played by the applicants vis-à-vis the child and the duration of the cohabitation between them and the child*³⁶³ e «*legal uncertainty that they themselves created in respect of the ties in question, by engaging in conduct that was contrary to Italian law and by coming to settle in Italy with the child*»³⁶⁴.

L'intervento della Consulta è, quindi, molto più incisivo di una mera interpretativa di rigetto: la Corte indica la via da percorrere nei futuri casi di *surrogacy* mediante una sentenza "sostanzialmente additiva", in supplenza di un legislatore ancora oggi silente su un tema di grande attualità.

L'attivismo della Consulta in questa sentenza si manifesta, pertanto, in tre diversi aspetti: dal punto di vista processuale, la Corte decide di valutare nel merito la questione, nonostante l'eccezione dell'Avvocatura dello Stato avesse offerto il fianco ad una declaratoria di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa; *in secundis*, la Corte esprime un giudizio di valore sulla maternità surrogata, definita come una di quelle «pratiche vietate dalla legge [...] che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»³⁶⁵. Il terzo profilo di attivismo concerne l'enunciazione del metodo di giudizio da applicare in futuro: nel silenzio della legge i giudici comuni dovranno svolgere un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, ponendo particolare riguardo all'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale»³⁶⁶.

Proprio in considerazione dell'elevato disvalore che la Corte attribuisce alla pratica, i giudici non sembrano chiamati ad un *rational basis test* sulla pretesa istanza di conservazione dello stato acquisito ma, al contrario, ad uno *strict scrutiny* che tenga in particolare conto l'illiceità della pratica poichè, appunto, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»³⁶⁷.

L'attivismo della Corte in questa decisione assume, pertanto, connotati diversi dai casi esaminati in precedenza: dal punto di vista dello strumentario si segnala l'impiego di una sentenza solo "formalmente interpretativa" e "sostanzialmente additiva", cui si aggiunge il giudizio di valore, espresso in quei due *obiter dicta*³⁶⁸, che rappresenta la prima presa di posizione nel merito della surrogazione di maternità e incide sull'individuazione del metodo di giudizio da applicare in casi futuri, ovvero il necessario bilanciamento delle variabili indicate secondo uno *strict scrutiny* rispetto all'interesse alla continuità dello *status*³⁶⁹.

³⁶³ Corte EDU, GC, 24.01.2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., § 151.

³⁶⁴ *Ibid.*, § 156.

³⁶⁵ Cfr. Corte cost., n. 272/2017, cit., punto 4.2. Considerato in diritto.

³⁶⁶ *Ibid.*, punto 4.3. Considerato in diritto.

³⁶⁷ La Corte costituzionale afferma espressamente che il giudice deve valutare «se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata [...]) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità», cfr. Corte cost., n. 272/2017, cit., punto 4.2. Considerato in diritto.

³⁶⁸ Cfr. sul punto S. Agosta, *La maternità surrogata e la Corte Costituzionale*, cit., p. 11.

³⁶⁹ Come dimostrano la terminologia perentoria e il vigore lessicale scelto dalla Consulta per sottolineare il disvalore della pratica e, infine, l'individuazione proprio di quel disvalore quale "criterio di chiusura" nel necessario bilanciamento dei valori in gioco con cui si chiude la sentenza.

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

Ciò che sembra mancare nella decisione è la considerazione del diverso grado di disvalore che può essere ricondotto alle varianti della *surrogacy*³⁷⁰ e la conseguente incidenza sulla modulazione degli interessi in gioco in ciascuna fattispecie³⁷¹.

La sentenza è, tuttavia, fondamentale perché offre importanti indicazioni per la futura risoluzione di casi controversi.

La Corte individua una via percorribile in attesa dell'intervento del legislatore in materia: la natura "pubblica" del divieto legislativo richiede l'impiego di uno strumento giuridico *ad hoc*, alternativo al riconoscimento della filiazione naturale, quale - dice la Corte - può essere l'"adozione in casi particolari"³⁷², idonea ad assicurare la continuità del rapporto con la madre intenzionale, ma nel rispetto della verità del concepimento.

³⁷⁰ A seconda, ad esempio, che a muovere la gestante sia un fine altruistico o commerciale.

³⁷¹ Proprio le caratteristiche del giudizio *a quo* avrebbero, in effetti, potuto indurre la Corte a distinguere con un *obiter dictum* quelle ipotesi nelle quali il divieto assoluto va a colpire coppie affette dalle patologie più gravi, come appunto il caso della donna che abbia subito un intervento irreversibile (i.e. l'integrale rimozione dell'utero a seguito di una patologia neoplasmica nel giudizio *a quo*).

³⁷² Sull'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto con particolare riguardo alle coppie omoaffettive cfr., *ex multis*, M. Gattuso, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole di essere riconosciuta*, «articolo29», 29 agosto 2014, <www.articolo29.it>, (10/2018); J. Long, *Adozione in casi particolari e second-parent adoption*, «Fam. e Dir.», 2015, pp. 580 e ss; P. Morozzo della Rocca, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, «Fam. e Dir.», 2015, pp. 186 e ss.; M. G. Ruo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, «Fam. e Dir.», 6, 2016, pp. 580 e ss.; A. Schillaci, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, «articolo29», 23 marzo 2016, <www.articolo29.it>, (10/2018).

Capitolo 3

La tutela giuridica delle unioni tra persone dello stesso sesso

3.1. Il “silenzio eloquente” protratto dal legislatore e la scure delle due Corti, costituzionale e convenzionale

Dalla giurisprudenza esaminata in tema di procreazione medicalmente assistita emerge la progressiva evoluzione che ha caratterizzato la nozione di “famiglia” dal punto di vista giuridico, sulla scia di un incisivo mutamento del dato sociale: si assiste a un sostanziale ripensamento del trinomio matrimonio, famiglia, filiazione, per accogliere legami slegati dal dato genetico e dal modello classico della generazione in costanza di coniugio.

La procreazione non costituisce più l’unico e ontologico obiettivo del matrimonio: il rapporto coniugale può abbracciare una pluralità di fini³⁷³, primo fra tutti la realizzazione di una comunione materiale e spirituale di vita, di affetti e l’assunzione di una responsabilità reciproca. Al contempo il matrimonio è divenuto elemento “accidentale” della famiglia, la nascita della quale appare ormai determinata dall’*affectio* tra i membri della coppia cui può aggiungersi l’eventuale procreazione, naturale o artificiale, a prescindere dal vincolo coniugale.

Si è profondamente persuasi della veridicità delle parole di Rhenstein: «*il diritto di famiglia è un diritto in movimento*» più di ogni altro settore del diritto privato e «*non ha ancora raggiunto un nuovo punto di stabilità*»³⁷⁴.

Il progressivo riconoscimento di nuove realtà familiari in Italia ha avuto inizio, come noto, con la riforma legislativa del 1975, là dove si è dato rilievo alla “convivenza” tra genitori ai fini del recepimento di un nuovo modello sociale di famiglia che non trova più la sua unica fonte nell’istituto coniugale, per giungere, infine, alla equiparazione giuridica dei figli dentro e fuori dal matrimonio con la recente riforma legislativa sulla filiazione³⁷⁵.

Al concetto di famiglia “tradizionale” come «società naturale fondata sul matrimonio», oggetto della specifica garanzia costituzionale di cui all’art. 29 Cost., si aggiungono, pertanto, nuove realtà familiari, suscettibili di rientrare in quelle «forma-

³⁷³ In tal senso cfr. anche G. Ferrando, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, «Politica del Diritto», 3, 2014, pp. 360 e ss.

³⁷⁴ M. Rhenstein, *The Family and the Law*, in A. G. Chloros, M. Rhenstein, M. A. Glendon (a cura di), *Persons and the Family*, Vol. IV, International Encyclopedia of Comparative Law, 2007, pp. 2 e ss.

³⁷⁵ Con la nota l. 10.12.2012, n. 219 «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», GU n. 293 del 17.12.2012, entrata in vigore l’1.01.2013.

zioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo» tutelate dall'art. 2 Cost., tra le quali, come abbiamo visto, sono ormai ricomprese le unioni familiari figlie delle nuove tecniche riproduttive. Nel caso della procreazione assistita, infatti, il rapporto di filiazione nasce dalla responsabilità assunta dalla coppia mediante l'espressa e libera volontà di diventare genitori, a prescindere dall'origine genetica: il consenso alla fecondazione determina l'assunzione di responsabilità e sostituisce quello che nella procreazione naturale è l'atto di riconoscimento³⁷⁶.

In questa vasta gamma di relazioni familiari esiste un ambito particolarmente significativo, perché interessato da quel "silenzio eloquente" del quale si è parlato fin dalle prime pagine del volume: il silenzio perpetrato per lungo tempo dal legislatore italiano rispetto alla questione della tutela giuridica delle coppie omoaffettive³⁷⁷.

È noto che soltanto il 20 maggio 2016, in Italia, è stata introdotta la prima legge³⁷⁸ volta a regolare giuridicamente le "unioni civili" tra persone dello stesso sesso: si tratta di una "legge costituzionalmente e convenzionalmente necessaria", perché attuativa del «diritto fondamentale a vivere liberamente una vita di coppia» riconosciuto prima dal giudice costituzionale e poi dai giudici di Strasburgo nei termini del rispetto della "vita familiare".

Prima di questa data il nostro ordinamento giuridico era privo di una disciplina idonea a riconoscere diritti e sancire obblighi reciproci tra persone dello stesso sesso legate da un'*affectio* stabile.

L'ambito della tutela giuridica delle unioni omosessuali è significativo anche per un ulteriore profilo concernente il rapporto tra poteri dello Stato: dinanzi a questioni che dividono il sentire sociale e dovrebbero rappresentare il luogo di elezione della politica, il Parlamento tende a "ratificare" ciò che le Corti decidono.

Gli interventi del giudice costituzionale e della Corte EDU a tutela delle coppie omoaffettive hanno corroborato l'idea che le riforme del diritto di famiglia hanno ormai ineluttabilmente inizio nelle aule di giustizia³⁷⁹, poiché il giudice assume un

³⁷⁶ In questa stessa prospettiva, manca l'assunzione di responsabilità nella filiazione da parte del donatore di gameti ed è per questo che tale figura non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato, né può far valere diritti o essere titolare di obbligo alcuno, *ex art. 9, comma 3, l. n. 40/2004*. Si assiste, così, ad un'evoluzione del diritto di famiglia verso una concezione della genitorialità che si fonda sull'elemento affettivo e volontaristico, sempre più sganciata dal dato biologico.

³⁷⁷ La letteratura sul tema è copiosa, tra i lavori monografici si ricorda, M. Montalti, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna, 2007; F. Bilotta (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario, comparato*, Mimesis edizioni, Milano-Udine, 2008; M. Bonini Baraldi, *La famiglia de-genera. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Mimesis edizioni, Milano-Udine, 2010.

³⁷⁸ L. 20.05.2016, n. 76 «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», GU n. 118 del 21.5.2016, entrata in vigore il 5.06.2016.

³⁷⁹ Cfr. in tal senso S. Ninatti, L. Violini, *Nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, «Forum di Quaderni costituzionali», 24 aprile 2012, p. 16, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); in tal senso anche K. Boele Woelki (a cura di), *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerp, Intersentia, 2009, pp. 405 e ss. In particolare l'A. sottolinea come «the Courts often decide that the legislature should take action because the current law violates international obligations or because it does not provide answers to new developments in society. This can be demonstrated in the field of the recognition of same-sex relationships (...) The Courts paved the way for legal reform and, as a

ruolo fondamentale nella estensione delle situazioni meritevoli di tutela giuridica in questo ambito³⁸⁰.

Un incisivo stimolo a intervenire per il Parlamento italiano è venuto proprio da quella “morsa a tenaglia” tra Corte costituzionale e Corte EDU, volta al riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali: le due Corti sono pervenute a conclusioni analoghe³⁸¹ dal punto di vista della tutela sostanziale, anche se ciascuna per la propria strada e con elementi di specificità che affronteremo.

Il diritto di famiglia, tradizionalmente considerato un “grimaldello” della sovranità nazionale, è stato fortemente inciso dalla giurisprudenza di Strasburgo che ha progressivamente ampliato le maglie dell’art. 8 CEDU fino a ricomprendere non soltanto il vincolo coniugale, ma anche relazioni affettive di fatto, dapprima eterosessuali *more uxorio*, connotate da caratteri di stabilità (desumibili dall’esistenza di figli o dalla durata della convivenza) e, successivamente, anche le unioni omoaffettive che mostrassero gli stessi elementi distintivi.

La giurisprudenza convenzionale ha indubbiamente stimolato il progressivo superamento della endiadi “matrimonio-vita familiare”, in linea con la stessa Carta dei diritti U.E. che all’art. 9 distingue il diritto di sposarsi dal diritto di formare una famiglia, posizioni non coincidenti e suscettibili di autonoma garanzia.

La Corte costituzionale, a sua volta, pur affermando che l’art. 29 Cost. riconosce il diritto al matrimonio soltanto alla coppia uomo-donna, ha evidenziato che anche l’unione omosessuale rientra tra le formazioni sociali riconosciute e garantite dall’art. 2 Cost., fermo restando che «spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d’intervenire a tutela di specifiche situazioni»³⁸². Il Giudice delle Leggi è poi tornato sul tema con la sentenza n. 170/2014, concernente il “divorzio automatico” a seguito della rettificazione di sesso di uno dei coniugi: se nel 2010 si invitava “velatamente” il legislatore a disciplinare le unioni omoaffettive nell’ambito di una pronuncia di rigetto, nel 2014 i giudici della Consulta vanno oltre, adottando un dispositivo di ac-

result, in the last twenty years or so more and more national legislatures have adopted legislation which is aimed at providing a legal status for same-sex couples».

³⁸⁰ Mette in evidenza che il diritto di famiglia, un tempo riservato al legislatore nazionale, risente oggi dell’influsso di ordinamenti esterni S. Ninatti, *Ai confini dell’identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2012; V. Scalisi, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, «Riv. Dir. Civ.», 1, 2013, pp. 7 e ss.; S. Patti, *Il principio famiglia e il diritto europeo della famiglia*, in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, tomo I, *Famiglia e matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 71 e ss.; M. G. Cubeddu, *La dimensione europea della famiglia*, ivi, pp. 83 e ss.; A. Gorgoni, *Famiglie e matrimonio: profili evolutivi nel diritto europeo*, «Persona e mercato», 2013, pp. 241 e ss.

³⁸¹ In tal senso cfr. anche F. Donati, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte EDU e Corte costituzionale*, cit., p. 209.

³⁸² Cfr. Corte cost., n. 138/2010, cit., punto 8 Considerato in diritto. La portata della sentenza è stata indagata nei numerosi contributi contenuti in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011. Ivi emergono prospettive divergenti: una parte della dottrina ritiene che la Corte costituzionale abbia riconosciuto l’assenza di ostacoli all’introduzione del matrimonio omosessuale da parte del legislatore ordinario, un’altra parte, invece, sostiene che sia la Costituzione ad imporre il modello eterosessuale del matrimonio.

coglimento additivo³⁸³ che aggiunge un tassello importante nel processo evolutivo del paradigma familiare. In questo caso la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della disciplina censurata, nella parte in cui non prevede l'accesso ad una qualche forma di "convivenza registrata" in caso di sopravvenuto cambiamento di sesso di uno dei coniugi. Il problematico "seguito" della sentenza, come vedremo, ha contribuito a creare nell'ordinamento interno un'ulteriore frammentazione del paradigma familiare tradizionale³⁸⁴, tanto che autorevole dottrina non ha esitato a parlare di una «famiglia in frantumi»³⁸⁵.

Prima di esaminare questi significativi interventi del giudice costituzionale e della Corte EDU in tema di vita familiare è opportuna una breve disamina del dato costituzionale di riferimento.

Il diritto di costituire una famiglia trova fondamento nella clausola generale dell'art. 2 Cost. e, ancor più esplicitamente, nell'art. 29 Cost. che, come noto, «riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul *matrimonio*». Questa norma costituzionale è il frutto di un compromesso tra le diverse "anime" presenti in Assemblea Costituente.

In tal sede, infatti, il dibattito sull'istituto matrimoniale fu molto acceso, a causa delle divergenti impostazioni culturali e ideologiche esistenti: si fronteggiavano, da un lato, i fautori del principio dell'indissolubilità del vincolo e, dall'altro, coloro che sostenevano la concezione del matrimonio come atto fondato sul consenso e sulla perdurante *affectio*. Nei rapporti interni fra coniugi c'era chi sosteneva l'importanza del principio gerarchico a garanzia dell'unità familiare e chi, invece, poneva il principio di eguaglianza a fondamento dell'istituto matrimoniale.

La soluzione scelta dai Costituenti è stata, appunto, di compromesso: scomparso ogni riferimento all'indissolubilità del matrimonio³⁸⁶, si decideva di lasciare al legislatore l'eventuale disciplina dello scioglimento del vincolo; proclamata

³⁸³ Sull'efficacia delle sentenze additive di principio cfr. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 403 e ss.; E. Cheli, F. Donati, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, «Dir. Pubbl.», 2007, pp. 155 e ss.

³⁸⁴ Cfr. F. Donati, *La famiglia nella legalità costituzionale*, «Rivista AIC», 4, 2014, pp. 7 e ss. Cfr. anche A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, «Consulta OnLine», 13 giugno 2014, pp. 5 e ss, <www.giurcost.org>, (10/2018). L'autore parla, a tal proposito, delle unioni tra coniugi caratterizzate da una sopravvenuta rettifica di sesso come di «una speciale (o specialissima) formazione sociale che potremmo chiamare "quasi familiare" (o "familiare" minus quam perfecta)».

³⁸⁵ F. D. Busnelli, *Prefazione* al volume D. Amram, A. Angelo (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011, p. 9. Rilevanti riflessioni sull'evoluzione dei paradigmi familiari e sulla loro "pluralizzazione" e "soggettivizzazione" le troviamo anche in V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi, Parte I, Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e, primato della «persona»*, «Riv. Dir. Civ.», 5, 2013, pp. 1043 e ss.

³⁸⁶ Il riferimento all'indissolubilità del matrimonio era contenuto nel Progetto di Costituzione della Commissione dei 75: l'art. 24 del Progetto, presentato alla Presidenza dell'Assemblea Costituente il 31 gennaio 1947, disponeva: «il matrimonio è basato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. La legge ne regola la condizione al fine di garantire l'indissolubilità del matrimonio e l'unità della famiglia».

l'eguaglianza morale e giuridica fra coniugi nell'art. 29 Cost., si riconosceva al *conditor iuris* il potere di introdurre dei limiti a tutela dell'unità familiare.

Ma cosa si intese dire con la formula «famiglia come società naturale»?

L'espressione, proposta dall'On. Togliatti³⁸⁷, frutto di un «accordo preciso»³⁸⁸, era diretta a evidenziare la preesistenza della famiglia rispetto allo Stato: in antitesi al passato fascista, l'intento dei Costituenti era quello di garantire l'autonomia originaria della famiglia fondata sul matrimonio e circoscrivere, così, i poteri del legislatore³⁸⁹ in punto di regolazione giuridica³⁹⁰.

L'espressione «società naturale»³⁹¹ per la maggior parte dei Costituenti non assumeva un significato giusnaturalistico, intendeva, piuttosto, riferirsi ad un bisogno primario, relazionale della persona e individuare, così, nella famiglia la prima formazione sociale, il primo degli ordinamenti giuridici autonomi e preesistenti ai pubblici poteri aperto all'evoluzione e al dinamismo della società³⁹².

Come la stessa Corte costituzionale riconosce nella sentenza n. 138/2010 «con tale espressione, come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere»³⁹³, in modo da limitare la competenza legislativa rispetto all'originaria autonomia dell'istituto familiare³⁹⁴.

Società «naturale»³⁹⁵ in quanto appartiene ai bisogni umani fondamentali, legati alla socialità dell'uomo, alla sua affettività e al suo bisogno di riservatezza.

³⁸⁷ In accordo con gli On. Iotti e Corsanego, cfr. Assemblea Costituente, I Sottocommissione, 5 novembre 1946.

³⁸⁸ In tal senso cfr. A. Pugiotto, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, «Forum di Quaderni costituzionali», 2010, p. 4, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018).

³⁸⁹ Cfr. C. Mortati, seduta CII dell'Assemblea Costituente, 23 aprile 1947.

³⁹⁰ Lo evidenzia anche P. Veronesi, *Matrimonio omosessuale, ovvero: "è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose"*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, cit., p. 414.

³⁹¹ Merita ricordare che nei lavori della Costituente Piero Calamandrei osservò una contraddizione tra la formula «società naturale» e «fondata sul matrimonio»: rappresenterebbe una sorta di ingenuità l'accostamento di una società naturale che richiama il diritto naturale al fondamento matrimoniale, istituto di diritto positivo. Cfr. P. Calamandrei, Seduta CII dell'Assemblea Costituente, 23 aprile 1947.

³⁹² Evidenzia il carattere contraddittorio di questa disposizione R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, «Studium juris», 2000, pp. 1068 e ss.

³⁹³ Corte cost., n. 138/2010, cit., punto 9 Considerato in diritto.

³⁹⁴ Come è sottolineato da P. Veronesi, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, «Quad. cost.», 2008, pp. 579 e ss. Nell'Adunanza plenaria dell'Assemblea Costituente del 15 gennaio 1947 Aldo Moro affermò che l'espressione «la famiglia è una società naturale [...] non è affatto una definizione, anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta in questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita».

³⁹⁵ In dottrina sono state molteplici le ricostruzioni interpretative dell'art. 29 Cost., due in particolare si sono contrapposte: la lettura giusnaturalistica di tale disposizione, da tempo avanzata, che evidenzia il carattere pre-giuridico della famiglia (società «naturale») intesa come formazione sociale immutabile, monogamia, eterosessuale, potenzialmente aperta alla procreazione, secondo le tradizioni culturali e la coscienza comune. In tal senso cfr., tra gli altri, C. Grassetti, *Famiglia (diritto privato)*, «Noviss. Dig.It.», VII, Utet, Torino, 1961, pp. 50 e ss.; G. Santoro Passarelli, *Matrimonio e famiglia*, in Id., *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1961, pp. 333 e ss.; G. Lombardi, *La famiglia nell'ordinamento ita-*

Legando il concetto di famiglia alle istanze relazionali dell'uomo la giurisprudenza ha, così, potuto affiancare progressivamente alla "famiglia tradizionale"³⁹⁶, fondata sul paradigma eterosessuale del matrimonio, primo esempio di «formazione sociale» di cui l'art. 2 Cost. garantisce e riconosce l'esistenza, anche le unioni di fatto etero ed omosessuali.

La disciplina giuridica della famiglia ha, quindi, subito profonde trasformazioni nel tempo e questo flusso evolutivo non sembra arrestarsi: è oggi in discussione, se non già superata nelle aule parlamentari di molti Stati, la stessa affermazione di Jemolo secondo cui «l'unico presupposto veramente costante del matrimonio sta nella diversità di sesso tra le persone che contraggono il vincolo»³⁹⁷.

Se l'esigenza di tutelare l'individuo che decide di creare una stabile e duratura relazione con un altro soggetto, a prescindere dal sesso, è stimata giuridicamente meritevole proprio in forza del «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia», l'istituto del matrimonio oggi rappresenta soltanto una delle possibili modalità di tutela dei diritti fondamentali della persona nell'ambito della formazione familiare, alternativa, ad esempio, ai *Pacs* e alla *civil partnership*.

Anche nel panorama europeo è rimessa alla piena discrezionalità del legislatore la scelta della soluzione più adeguata a disciplinare relazioni familiari tra persone

liano, «Iustitia», 1965, pp. 3 e ss. L'altra lettura, invece, si fonda su un'interpretazione di tipo storicistico dell'art. 29 Cost. secondo la quale l'aggettivo "naturale" si riferirebbe al carattere primario, essenziale di tale formazione sociale per l'uomo, inteso come essere "sociale" e relazionale. In questa diversa prospettiva la nozione di famiglia è destinata a mutare con l'evoluzione della società, assumendo connotati continuamente mutevoli. L'art. 29 Cost. sarebbe una disposizione "neutrale", contenente un rinvio alla concezione di famiglia caratterizzante un dato momento storico, nella disponibilità del legislatore: in tal senso cfr. F. Mancini, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, «Riv. Dir. Civ.», I, 1963, pp. 223 e ss.; P. Barcellona, *Famiglia (Dir. Civ.)*, «Enc. Dir.», XVI, 1967, pp. 780 e ss.; S. Rodotà, *La riforma del diritto di famiglia alla prova, Principi ispiratori e ipotesi sistematiche*, «Pol. dir.», 1975, p. 677 che definisce quello familiare un "non modello"; A. Pugiotto, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, cit., pp. 2 e ss.; P. Veronesi, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, cit., pp. 577 e ss. Una posizione intermedia rispetto alle precedenti riconosce la storicità e mutevolezza della nozione costituzionale di famiglia, ma afferma l'esistenza di un "nucleo duro" della stessa, di cui il legislatore ordinario non potrebbe liberamente disporre, consistente nella diversità di sesso tra i coniugi: cfr., tra gli altri, F. D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, «Riv. Dir. Civ.», 2002, spec. pp. 520 e ss.; A. Ruggeri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, «Quad. cost.», 2007, pp. 751 e ss.; V. Tondi della Mura, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, «Quad. cost.», 2008, pp. 101 e ss.; F. Dal Canto, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, «Foro.it», V, 2005, pp. 275 e ss.

³⁹⁶ A proposito del modello costituzionale di famiglia e della sua evoluzione cfr., fra gli altri, C. Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Cicu*, II, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 553 e ss.; M. Bessone, *Art. 29-31. Rapporti etico-sociali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1976, pp. 10 e ss.; R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1989; G. Giacobbe, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, «Riv. Dir. Civ.», I, 2006, pp. 481 e ss.; A. Morrone, *sub art. 2*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 34 e ss.; M. Sesta, *sub art. 29, 30, 31 Cost.*, ivi, pp. 83 e ss.; M. Manetti, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, «Rivista AIC», I, 2010.

³⁹⁷ Come ci ricorda F. D. Busnelli, *Prefazione al volume La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea*, cit., pp. 9 e ss. Ritieni, invece, che non sussistano ostacoli costituzionali per una futura apertura dell'istituto matrimoniale anche alle coppie dello stesso sesso G. Ferrando, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, «Fam. e Dir.», 10, 2016, p. 890.

dello stesso o di diverso sesso, nel rispetto dell'inderogabile divieto di discriminazioni irragionevoli: su quarantasette Paesi membri del Consiglio d'Europa, ad oggi, ventiquattro hanno già adottato una specifica legislazione che riconosce giuridicamente l'unione omosessuale o attraverso il matrimonio civile³⁹⁸, o come una forma di unione registrata³⁹⁹.

La prospettiva comparata assume particolare rilievo anche in questo ambito proprio perché, come vedremo, influisce sul giudizio della Corte EDU, costantemente parametrato al "consensus" normativo raggiunto tra gli Stati in questa delicata materia.

3.2. La Consulta interpreta evolutivamente l'art. 2 Cost. ma resta ancorata ad un'interpretazione "originalista" dell'art. 29 Cost.

Nell'ambito della "questione matrimoniale" fra persone dello stesso sesso riemerge il "filo rosso" della presente analisi: il contrastato rapporto tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale di fronte a questioni "sensibili", il fisiologico attivismo dei giudici dinanzi all'inerzia del legislatore e le sue ripercussioni sulla coerenza metodologica degli arresti giurisprudenziali.

A differenza di quanto osservato per la procreazione medicalmente assistita, le decisioni della Corte costituzionale e dei giudici di Strasburgo in tema di riconoscimento delle coppie omoaffettive si collocano prima dell'intervento del legislatore, quindi, prima che questi abbia individuato il necessario bilanciamento tra i valori costituzionali coinvolti, assumendosene la corrispondente responsabilità politica⁴⁰⁰.

Si tratta di una considerazione di non secondario momento che ha inciso sulle tecniche di giudizio impiegate dalle Corti: l'attivismo in questo ambito non riguarda il sindacato di ragionevolezza, ma si muove sul piano dell'interpretazione.

Il Giudice delle Leggi interviene per primo sul tema del matrimonio omosessuale⁴⁰¹ con la sentenza n. 138/2010⁴⁰²: oggetto della questione è quel "diritto vivente" che esclude le persone dello stesso sesso dall'istituto matrimoniale⁴⁰³.

³⁹⁸ Tra questi la Germania per effetto del BGBI. I 2017 S. 2787 «*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*» ha consentito anche alle coppie dello stesso sesso di accedere al matrimonio. Del pari la Francia con Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* ha introdotto la facoltà per le coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio. Ciò ha, inoltre, comportato l'apertura dell'adozione (sia congiunta sia da parte di uno dei coniugi del figlio dell'altro) a queste coppie, in quanto per adottare nel sistema francese è necessario essere coniugati.

³⁹⁹ Dodici Stati (Andorra, Austria, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Germania, Irlanda, Liechtenstein, Lussemburgo, Ungheria, Slovenia, Svizzera) disciplinano l'unione civile come forma di riconoscimento della coppia omosessuale diversa dal matrimonio.

⁴⁰⁰ Cfr. in tal senso R. Romboli, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, «Foro it.», I, 2010, p. 1367.

⁴⁰¹ La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata, dapprima, dal Tribunale di Venezia in sede di ricorso contro il rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile alle pubblicazioni di matrimonio richieste da due uomini, con ordinanza del 3 aprile 2009; successivamente interviene l'ordinanza del 9 luglio 2009 della Corte d'Appello di Trento, in sede di reclamo contro il decreto del Tribunale che aveva respinto il ricorso contro il rifiuto di pubblicazioni.

Analogamente a quanto osservato per la diagnosi pre-impianto, il nostro ordinamento giuridico non contempla un divieto espresso di accesso al matrimonio per le coppie omosessuali, ma la Corte costituzionale, in linea con la prospettiva dei giudici rimettenti, ritiene che «l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi» ed esclude, così, una declaratoria di manifesta inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice⁴⁰⁴.

⁴⁰² A commento di Corte cost., 15.04.2010, n. 138, cfr., tra gli altri, F. Calzaretti, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive*, «Forum di Quaderni costituzionali», 31 maggio 2010, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); P. A. Capotosti, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, «Quad. cost.», 2, 2010, pp. 361 e ss.; E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, «Rivista AIC», 2.07.2010; M. Croce, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, «Forum di Quaderni costituzionali», 23 aprile 2010, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); L. D'Angelo, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio "nun s'ha da fare"*, ivi, 16 aprile 2010; F. Dal Canto, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, «Foro it.», I, 2010, pp. 1369 e ss.; I. Massa Pinto, C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, «Dir. Pubbl.», 2, 2010, pp. 471 e ss.; A. Melani, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, «Forum di Quaderni costituzionali», 2010, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); B. Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, «Giur. Cost.», 3, 2010, pp. 2715 e ss.; A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, «Forum di Quaderni costituzionali», 2010, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); R. Romboli, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali*, cit., pp. 1367 e ss.; Id., *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, «Rivista AIC», 2.07.2010; C. Silvis, *Il matrimonio omosessuale fra il "non s'ha da fare" dell'art. 29 ed il "si può fare" dell'art. 2 della Costituzione*, «Forum di Quaderni costituzionali», 2010, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); S. Spinelli, *Il matrimonio non è un'opinione*, ivi, 27 aprile 2010.

⁴⁰³ Nello specifico le questioni di legittimità costituzionale avevano ad oggetto gli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis c.c. «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso». Per un'ampia trattazione dei molteplici profili coinvolti dalla questione di costituzionalità prima dell'intervento della Consulta con la sentenza n. 138/2010 si vedano gli atti del seminario di Ferrara "Amicus curiae" del 26 febbraio 2010, raccolti nel volume R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010.

⁴⁰⁴ Saluta con favore il mancato ricorso all'interpretazione conforme nel caso di specie R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare*, cit., p. 5, secondo il quale «La questione di costituzionalità relativa alla esclusione dal matrimonio per le persone dello stesso sesso poneva, come detto, ad oggetto un diritto vivente e comunque una normativa tutt'altro che chiara, tale da sconsigliare, in una materia tanto delicata, il ricorso all'interpretazione conforme, la quale avrebbe con ogni probabilità dato luogo, almeno in una prima fase, a soluzioni contrapposte da parte delle differenti autorità giudiziarie». Nello stesso senso cfr. R. Pinaridi, *Matrimonio, coppie omosessuali, principio di uguaglianza: per una lettura contestualizzata dell'art. 29, comma 1, Cost.*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La "società naturale"*, cit., p. 279; A. Pugiotto, *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, ivi, p. 307; P. Veronesi, *Matrimonio omosessuale ovvero: "è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose"*, ivi, p. 411.

La Corte costituzionale adotta un dispositivo “composito”, di inammissibilità per quanto attiene agli artt. 2 e 117, comma 1, Cost. e di infondatezza, invece, per ciò che concerne gli artt. 3 e 29 Cost. Questa scelta non è neutra, poiché consente alla Corte di prendere una posizione incisiva e «non scontata»⁴⁰⁵ sul tema del matrimonio omosessuale e sul necessario riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive.

La decisione di inammissibilità ha ad oggetto una questione «creata» dalla Consulta⁴⁰⁶ per verificare la compatibilità con l’art. 2 Cost. della mancanza di una disciplina legislativa a tutela della coppia omosessuale.

Detta “creazione” serve, infatti, alla Corte per introdurre importanti affermazioni di principio: l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, rientra tra le formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost., «cui spetta il *diritto fondamentale* di vivere liberamente una condizione *di coppia*, ottenendone, nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»⁴⁰⁷.

Tale affermazione, se non sembra lasciare dubbi circa l’*an* del riconoscimento alla coppia omosessuale del diritto al rispetto della propria vita familiare, può suscitare perplessità là dove accosta all’esistenza di un *diritto fondamentale* un atteggiamento blando nei riguardi del legislatore, affinché intervenga “nei suoi tempi” a riconoscere e rendere fruibile la posizione soggettiva enucleata.

Emerge una prima discrasia nel percorso argomentativo: l’assoluta discrezionalità nei tempi di intervento legislativo mal si attaglia con l’inviolabilità dei diritti tutelati dall’art. 2 Cost., poiché rischia di tradursi in un rinvio *ad libitum* della loro garanzia.

La Corte esclude, comunque, la sussistenza di margini per un proprio intervento additivo, in mancanza delle “rime obbligate” di crisafulliana memoria e conclude per l’inammissibilità della questione *ex art.* 2 Cost.: l’estensione dell’istituto matrimoniale alle coppie omoaffettive non è l’unica via percorribile per garantire loro un riconoscimento giuridico, come dimostra anche il dato comparato e l’eterogeneità delle soluzioni adottate nel panorama europeo, invocate dalla Corte a sostegno del *decisum*.

Nel successivo percorso argomentativo concernente l’infondatezza delle questioni *ex artt.* 29 e 3 Cost.⁴⁰⁸ viene, invece, ridimensionata in modo incisivo la discrezionalità legislativa in precedenza proclamata.

⁴⁰⁵ R. Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare*, cit., p. 2.

⁴⁰⁶ R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, «Rivista AIC», 3, 2011, pp. 5 e ss.

⁴⁰⁷ Corte cost., n. 138/2010, cit., punto 8 Considerato in diritto [corsivo aggiunto].

⁴⁰⁸ Per verificare se l’esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio sia compatibile con il principio di uguaglianza e ragionevolezza la Corte prende le mosse dall’art. 29 Cost., non dalla disciplina generale dell’art. 3 Cost., ritenendo pregiudiziale la definizione dell’istituto nell’ordinamento costituzionale e prediligendo un criterio di specialità rispetto al più generale principio di dignità umana e di uguaglianza.

Dapprima la Corte riconosce che i concetti di famiglia e di matrimonio hanno la duttilità propria dei principi costituzionali e la nozione di matrimonio *ex art. 29 Cost.* non è “cristallizzata” all'epoca dell'entrata in vigore della Carta⁴⁰⁹; tuttavia, nel proseguo, riconduce tale nozione a quel nucleo essenziale desumibile dalla “volontà originaria” dei Costituenti.

Il matrimonio *ex art. 29 Cost.* non può ricomprendere le unioni di persone dello stesso sesso in quanto l'omosessualità, pur conosciuta dai Costituenti, fu estranea al dibattito svoltosi in Assemblea e il matrimonio omosessuale rimase fuori dall'immaginario degli estensori della Carta.

Dopo aver evidenziato la duttilità dei principi costituzionali, in un'apparente inclinazione favorevole ad un'interpretazione evolutiva, la Corte pone, invece, il limite invalicabile dell'interpretazione “originalista”⁴¹⁰, non potendo l'attività ermeneutica incidere «sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»⁴¹¹.

La Corte costituzionale non esita, così, a individuare il perno dell'art. 29 Cost. e il nucleo qualificante dell'istituto matrimoniale - il cui mutamento porterebbe ad una trasformazione, tale da non potersi più parlare di “matrimonio” ai sensi dell'art. 29 Cost. - nel paradigma eterosessuale ed è per questo che, come vedremo, le unioni omosessuali non saranno considerate «omogenee» al matrimonio.

Dal punto di vista delle tecniche di giudizio, la Consulta individua nel criterio ermeneutico dell'*original intent*⁴¹² dei Costituenti il limite oltre il quale il canone dell'interpretazione evolutiva non può spingersi.

L'interpretazione “originalista” consente di individuare il nucleo dell'art. 29 Cost. in ciò che i Costituenti avevano in mente quando scrissero la norma, nucleo duro che non può essere inciso né dall'interprete né dal legislatore ordinario, nono-

⁴⁰⁹ Dovendo essere interpretata «tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi», cfr. Corte cost., n. 138/2010, cit., punto 4 Considerato in diritto.

⁴¹⁰ Sull'uso dell'argomento “originalista” nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di diritti fondamentali cfr. C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale, Atti del Seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁴¹¹ Cfr. Corte cost., n. 138/2010, cit., punto 9 Considerato in diritto. Si soffermano sul punto I. Massa Pinto, C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”*, cit., pp. 6 e ss.

⁴¹² Per una visione complessiva del problema nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, cfr. F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., in particolare L. Pesole, *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, ivi, pp. 140 e ss. e G. Galipò, *Convivenze di fatto ed original intent del Costituente nella giurisprudenza costituzionale*, ivi, pp. 343 e ss. Critiche rispetto all'interpretazione “originalista” dell'art. 29 Cost. sono espresse da G. Ferrando, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso. Dalla discriminazione alla pari dignità*, cit., pp. 359 e ss. secondo la quale ritenere costituzionalizzata la concessione di matrimonio del codice civile del 1942 significa determinare una «inammissibile inversione della gerarchia delle fonti». Per un'analisi dei *pro* e *contra* del criterio ermeneutico dell'*original intent* cfr. anche A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., pp. 3 e ss.

stante l'asserita duttilità dei principi costituzionali: «questo *significato* del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione *creativa*»⁴¹³ che finirebbe con l'attribuire al principio costituzionale un significato nemmeno preso in considerazione al momento della sua formulazione⁴¹⁴.

La peculiarità del ragionamento della Corte consta nel fatto che la “creatività” dell'operazione ermeneutica non viene parametrata al disposto letterale impiegato dai Costituenti, bensì al significato desunto dalla loro intenzione originaria⁴¹⁵, ricostruita secondo il criterio storico della concezione di matrimonio prevista dal codice civile del 1942. Tale impostazione metodologica, tuttavia, pone dei problemi di compatibilità rispetto alle caratteristiche proprie dell'interpretazione evolutiva, idonea a proporre «significati già racchiusi o, comunque sia, *proponibili* per i testi costituzionali, prescegliendo quei significati i quali, *pur inimmaginabili al tempo della enunciazione dei testi*, si presentano come *possibilità future* rispetto al tempo in cui fu enunciato il testo, ma presenti al tempo dell'applicazione»⁴¹⁶.

Dal punto di vista della teoria generale, l'interpretazione secondo la *voluntas* storica del legislatore costituisce un criterio ermeneutico sussidiario

⁴¹³ Corte cost., 138/2010, cit., punto 9 Considerato in diritto [corsivo aggiunto].

⁴¹⁴ A sostegno della *voluntas* del Costituente, la Corte richiama anche il principio di eguaglianza morale e giuridica fra coniugi (*ex art. 29, comma 2, Cost.*) da intendersi in riferimento alla specifica posizione della donna nel coniugio. Occorre, tuttavia, rilevare che dinanzi ad una terminologia neutra («coniugi») come quella prevista in Costituzione, il dato letterale non osta ad un'interpretazione evolutiva tesa a garantire il principio di pari dignità all'interno della coppia, etero come omosessuale. In tal senso anche R. Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare*, cit., pp. 8 e ss.; B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, cit., p. 18; C. Fusaro, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, cit., p. 169; P. Veronesi, *Matrimonio omosessuale ovvero: “è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose”*, cit., p. 418. In senso favorevole all'affermazione della Corte v. invece F. Angelini, *I “compromessi sposi”: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, «Rivista AIC», 2.07.2010.

⁴¹⁵ Ben diverso è stato l'esito cui è giunto, in una coeva decisione, il Tribunale costituzionale portoghese sul medesimo *thema decidendum*: «sebbene possa ritenersi che il matrimonio postulato dalla Costituzione, tenendo conto della realtà sociale e del contesto giuridico in cui è stata prodotta, fosse il matrimonio tra due persone di sesso diverso, può comunque concludersi con certezza che essa non contiene alcuna opzione che impedisca lo sviluppo dell'istituzione (...) attribuendo al legislatore (...) l'onere di mantenere la necessaria connessione tra il diritto e la realtà sociale e che la nozione di matrimonio è un concetto aperto, che ammette, non solo diverse conformazioni da parte del legislatore, ma anche diverse concezioni politiche, etiche o sociali, essendo affidato al legislatore ordinario il compito di cogliere e di trasfondere nell'ordinamento giuridico, in ogni momento storico, ciò che, in quel determinato momento, corrisponde alle concezioni dominanti». Cfr. Tribunal Constitucional Portugal, Acórdão N.º 359/2009, Processo N.º 779/07, 1ª Secção, 9.07.2009, con osservazioni di P. Passaglia, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, «Foro it.», IV, 2010, pp. 272 e ss. Altre Corti costituzionali europee, chiamate a valutare la legittimità costituzionale di leggi che hanno riconosciuto il matrimonio omosessuale, hanno affermato che le norme costituzionali non impongono ma neppure impediscono il riconoscimento del *same sex marriage*, cfr. Cour d' Arbitrage, arrêt n. 159/2004, 20.10.2004 per il Belgio; Tribunal Constitucional de España, sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, per la Spagna; Conseil Constitutionnel, Décision n. 2013-669 DC du 17 mai 2013 per la Francia.

⁴¹⁶ F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 217.

nell'interpretazione del testo, onde evitare una cristallizzazione del diritto al momento della sua approvazione e consentire una lettura evolutiva, soprattutto nei settori più sensibili ai mutamenti della società civile.

Dinanzi al dettato costituzionale il discorso è solo parzialmente diverso⁴¹⁷: l'interpretazione originalista può risultare maggiormente giustificata dal fatto che la Costituzione nasce "per durare nel tempo", ma questo stesso motivo dovrebbe spingere verso letture evolutive, soprattutto nell'ambito delle libertà fondamentali, considerata anche la complessità del procedimento di revisione.

Nella giurisprudenza costituzionale concernente i diritti di libertà, infatti, il criterio dell'*original intent* è generalmente impiegato come canone ausiliario, integrativo, tale da riconoscere al legislatore la libera scelta su ciò che non si sia ritenuto di inserire nel testo costituzionale⁴¹⁸.

In tale prospettiva, la Corte ricorre all'argomento originalista non per imporre la volontà dei Costituenti, bensì per tracciare un perimetro oltre il quale l'organo legislativo può procedere liberamente per dar seguito alle istanze della società civile: ciò che la Costituzione non ha scritto non è vietato né imposto, ma rimesso alla rappresentanza politica⁴¹⁹.

Nella sentenza in esame, invece, l'impostazione assunta dal giudice costituzionale è diametralmente opposta: il fatto che la condizione omosessuale fosse conosciuta nel periodo in cui si svolse il dibattito in Assemblea e, tuttavia, non presa in considerazione, sarebbe motivo idoneo e sufficiente ad escludere che l'art. 29 Cost. consenta il matrimonio omosessuale. In pratica, la Corte impiega il criterio dell'*original intent* in termini preclusivi: la "consuetudine culturale" che individua nell'eterosessualità il perno del matrimonio non potrà essere superata in via ermeneutica, essendo necessaria a tal fine la revisione costituzionale.

La Corte adduce un ulteriore argomento a sostegno del paradigma esclusivamente eterosessuale del matrimonio: la sua «(potenziale) finalità procreativa», profi-

⁴¹⁷ In tal senso cfr. R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare*, cit., pp. 5 e ss. Anche C. Pinelli, *La nota del consiglio episcopale permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, «Rivista AIC», maggio 2007, § 7 rileva che «in presenza di mutamenti così drastici delle forme di convivenza come quelli che possiamo oggi registrare, un esclusivo incoraggiamento dell'interprete all'intento dei Costituenti porterebbe a relegare nella sfera del giuridicamente irrilevante ogni forma di convivenza diversa dalla famiglia legittima. In tal caso, non solo sarebbero compromessi i diritti inviolabili dei conviventi di fatto e la loro pari dignità sociale, ma la realtà si vendicherebbe in un modo o nell'altro della pretesa di ignorarla, con la creazione di un circuito informale di rapporti sociali che farebbe cadere in desuetudine un intero capitolo del nostro diritto costituzionale. Pochissimi, credo, vorrebbero incamminarsi consapevolmente su una strada così disastrosa per la nostra convivenza».

⁴¹⁸ Nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, la contrapposizione tra realisti e originalisti si ricollega alla diversa interpretazione dell'art. 2 Cost., come contenente un catalogo di diritti "aperto" oppure "chiuso" e ad una concezione "espansiva o totalizzante" oppure "recessiva o tollerante" della Costituzione, la quale ultima presuppone l'esistenza di uno "spazio residuo" che dovrà essere riempito da norme integrative non predeterminate da quelle esistenti e lasciate alla libera scelta democratica.

⁴¹⁹ Si tratta della «concezione recessiva, tollerante o temperata di Costituzione» come affermano I. Massa Pinto, C. Tripodina, *Sul come per la corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*, cit., p. 8.

lo che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale e ad escludere l'omogeneità fra le due fattispecie⁴²⁰.

Tale assunto, tuttavia, è particolarmente problematico dal punto di vista della coerenza sistematica, poiché nel nostro ordinamento giuridico la finalità procreativa non è più considerata un elemento indefettibile di validità dell'istituto coniugale⁴²¹. A titolo esemplificativo si può addurre il matrimonio fra persone sterili o, ancora, fra il soggetto che abbia rettificato il proprio sesso e persona di genere diverso solo anagraficamente: sono tutti matrimoni che non hanno "potenzialmente" finalità procreativa, eppure sono validi ed efficaci.

La stessa giurisprudenza di Strasburgo ha riconosciuto che l'incapacità per una coppia di concepire o di allevare un figlio non può di per sé privarla dell'accesso al matrimonio, scindendo tale diritto da quello di formare una famiglia⁴²².

Il paradigma eterosessuale, strenuamente difeso attraverso lo strumento ermeneutico, e la «(potenziale) finalità procreativa» del matrimonio consentono alla Corte di escludere perentoriamente l'omogeneità tra unioni omosessuali e coniugio co-sicché, constatata l'incomparabilità, è gioco facile respingere la violazione del principio di eguaglianza e dichiarare infondata anche la censura relativa all'art. 3 Cost.

Questa strategia argomentativa presenta per la Corte un indubbio vantaggio: escludendo la comparabilità tra le fattispecie, i giudici costituzionali non devono neppure ricercare un interesse pubblico preminente⁴²³, idoneo a giustificare – in misura proporzionata e necessaria – la deroga all'eguaglianza di trattamento.

Sul finire della parte motiva, la Corte riserva a se stessa un'eventuale azione a tutela di «specifiche situazioni», quando «sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale»⁴²⁴.

⁴²⁰ Corte cost., n. 138/2010, cit., punto 9 Considerato in diritto: «Non è casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale».

⁴²¹ A corroborare la debolezza dell'argomento procreativo si può ricordare la stessa giurisprudenza costituzionale, in particolare Corte cost., 6.05.1985, n. 161, che ha ritenuto arbitrario attribuire «alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza stessa di tale matrimonio». Peraltro, la stessa impotenza, in passato causa di nullità del matrimonio, oggi non lo è più, salvo che sia oggetto di errore.

⁴²² Cfr. Corte EDU, GC, 11.07.2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, cit., § 98.

⁴²³ Operazione non facile secondo la ricognizione infruttuosa compiuta da B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, cit., pp. 17 e ss., secondo la quale «gli argomenti che vengono più frequentemente addotti per negare il matrimonio same sex risultano tutti superabili: non costituzionalmente fondati, non proporzionati, inconferenti».

⁴²⁴ Con questa contrapposizione tra coppia "coniugata" e coppia "omosessuale" i giudici confermano l'orientamento di fondo che esclude un'omogeneità *strutturale* tra le due fattispecie. Il trattamento giuridico delle unioni omosessuali sembra così assimilato a quello delle convivenze *more uxorio* (in tema, cfr. Corte cost., 12.12.1989, n. 559 e Corte cost., 24.03.1988, n. 404). Nel giudizio di ragionevolezza si dovrebbe, tuttavia, tener conto dell'irriducibile differenza tra queste due fattispecie: le persone dello stesso sesso, diversamente dai conviventi di fatto eterosessuali, non hanno la facoltà di scegliere la rinuncia al regime matrimoniale, semplicemente esse giuridicamente non possono accedervi.

Nel rivendicare questo futuro intervento, tuttavia, la Corte non indica i parametri per verificare la ragionevolezza del diverso trattamento tra unioni omosessuali e coppie coniugate⁴²⁵: la logica potrebbe essere quella del trattamento differenziato come regola, con conseguente onere di giustificare l'eventuale assimilazione o, al contrario, l'impostazione che richiede di giustificare la discriminazione in termini di stretta ragionevolezza e proporzionalità.

La giurisprudenza di Strasburgo, come vedremo, è orientata verso il secondo approccio: tende ad individuare un preciso onere probatorio a carico dello Stato convenuto in ordine alla sussistenza di stringenti motivi che giustifichino un trattamento differenziato⁴²⁶.

La Corte costituzionale, invece, nella sentenza n. 138/2010 non indica la via per declinare il canone di ragionevolezza e, quindi, per distinguere l'irragionevole assimilazione e il trattamento discriminatorio.

Da ultimo, la Corte dichiara inammissibile la questione relativa al supposto contrasto con gli obblighi internazionali ed «eurounitari»⁴²⁷: l'art. 12 CEDU⁴²⁸ e, ancor più esplicitamente, l'art. 9 Carta dei diritti dell'U.E., *non vietano né impongono* l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso, lasciando al legislatore nazionale un'ampia discrezionalità in materia⁴²⁹.

In definitiva, dinanzi ad una questione "sensibile" come il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, la Corte costituzionale "non ha deciso di non decidere", trincerandosi, come avrebbe potuto, dietro ad una pronuncia di mera inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa⁴³⁰.

L'attivismo della Consulta consta nell'aver individuato nella differenza di sesso dei nubendi il nucleo irriducibile del matrimonio *ex art. 29 Cost.*, suscettibile di essere modificato soltanto attraverso il procedimento di revisione costituzionale e non nelle forme ordinarie.

⁴²⁵ In tal senso cfr. anche R. Romboli, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di cassazione*, «Foro it.», 2012, pp. 2754 e ss.

⁴²⁶ In tal senso cfr. Corte EDU, 24.06.2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04, ove si afferma che le differenze di trattamento debbono sempre essere giustificate sulla base di ragioni particolarmente «imperieuses». Un simile approccio si riscontra nella decisione del Tribunale costituzionale tedesco del 21 luglio 2010, BVerfG, 21.07.2010 - 1 BvR 611/07 und 1 BvR 2464/07, che ha ritenuto incostituzionale un trattamento fiscale di favore per le coppie sposate rispetto a quelle omosessuali registrate, rilevando come il diverso trattamento deve fondarsi su motivazioni particolari e non solamente sulla base del compito dello Stato di tutela e difesa del matrimonio.

⁴²⁷ Per usare un termine caro a A. Ruggeri, «*Famiglie*» di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo corte cost. n. 138 del 2010?, «Rivista AIC», 4, 2011, p. 6.

⁴²⁸ Si ricorda che la Corte costituzionale dichiara l'inammissibilità della questione con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva "non costituzionalmente obbligata". Tra i parametri invocati oltre agli artt. 12 e 14 CEDU, anche gli artt. 7 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (diritto a sposarsi ed a costituire una famiglia), 21 (diritto a non essere discriminati) della Carta dei diritti fondamentali dell'U.e.

⁴²⁹ Secondo L. D'Angelo, *La Consulta al legislatore*, cit., pp. 3 e ss., sussiste un profilo di frizione tra la lettura restrittiva data alla disposizione costituzionale dalla Consulta e gli artt. 9 Carta U.E. e 12 CEDU che non impongono al legislatore di prevedere il matrimonio omosessuale, ma neppure lo escludono.

⁴³⁰ In tal senso anche R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, cit., pp. 3 e ss.

Tale attivismo appare ancor più manifesto alla luce del *quid pluris* fornito dalla Corte rispetto a quanto richiesto dai giudici rimettenti: interrogata sulla questione “se” i principi costituzionali *impongano* la previsione del matrimonio omosessuale, la Corte risponde anche sul “se” detti principi *consentano* o *escludano* il riconoscimento⁴³¹.

In conclusione, guardando ai rapporti tra organo politico e giustizia costituzionale, la decisione sembra limitare la discrezionalità del legislatore con la scure non del giudizio di ragionevolezza, bensì dell’interpretazione “originalista” che impone, ai fini dell’eventuale previsione del matrimonio *same sex*, un’imprescindibile revisione del dettato costituzionale⁴³².

Il Giudice delle Leggi indirizza, così, il legislatore ordinario verso una sorta di «doppio binario»⁴³³: dovrà garantire il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso, nel rispetto del paradigma esclusivamente eterosessuale del matrimonio *ex art. 29 Cost.*

3.3. La decisione *Schalk* estende la nozione di “vita familiare” ma prevale il margine di apprezzamento statale sulla questione matrimoniale

A distanza di pochi mesi dall’intervento costituzionale il dibattito sul matrimonio omosessuale si arricchisce di un ulteriore tassello giudiziario: anche la Corte EDU viene investita per la prima volta della questione nel noto caso *Schalk e Kopf c. Austria*⁴³⁴.

⁴³¹ Come sottolineato da R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, cit., p. 9, l’oggetto della questione esaminata dalla Corte non è una legge che introduce il matrimonio omosessuale, ma una disciplina interpretata nel senso di escluderlo e questa differenza incide fortemente sul tipo di giudizio cui la Corte è chiamata.

⁴³² Sono di questo avviso in dottrina R. Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare*, cit., p. 12 secondo il quale proprio in tal senso la «la Corte costituzionale pare aver detto “troppo”»; E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione delle competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del tribunale costituzionale portoghese*, cit., pp. 9 e ss.; F. Dal Canto, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, cit., p. 1372. *Contra*, in dottrina, cfr., tra i tanti, M. Gattuso, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, «Fam. e Dir.», 2010, pp. 663 e ss.; B. Pezzini, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, cit., pp. 2715 e ss.; Id., *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 95 e ss.; G. Ferrando, *La “via legislativa” al matrimonio same-sex*, ivi, pp. 31 e ss.

⁴³³ Come autorevolmente afferma A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, cit., pp. 5 e ss.

⁴³⁴ Corte EDU, 24.06.2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., a commento cfr. C. Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, «Diritti umani e diritto internazionale», 2010, pp. 639 e ss.; G. Repetto, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione “virtuosa” di un diritto*, «Rivista AIC», 2.07.2010.

Due cittadini austriaci⁴³⁵ lamentavano una discriminazione discendente dalla normativa nazionale che non consentiva loro né di sposarsi né di vivere una relazione riconosciuta dalla legge, in violazione degli artt. 12, 8 e 14 CEDU⁴³⁶.

Il primo profilo di rilievo della decisione consta nell'interpretazione evolutiva ed "euro-orientata" dell'art. 12 CEDU. I giudici di Strasburgo riconoscono che i termini "uomo" e "donna" previsti dalla disposizione, se interpretati letteralmente e sistematicamente in base alle altre norme convenzionali, esprimono la volontà degli estensori, nel 1950, di riferirsi al solo matrimonio eterosessuale⁴³⁷. La medesima disposizione, però - ed è qui che il discorso della Corte si discosta dall'approccio del nostro giudice costituzionale - può essere oggi interpretata, alla luce dell'art. 9 Carta U.E. e dell'evoluzione sociale, nel senso di non escludere una soluzione diversa⁴³⁸ quale il matrimonio omosessuale, pur non riconoscendo alcun obbligo in capo agli Stati in ordine alla sua previsione.

Nonostante il tenore letterale della disposizione convenzionale fosse inequivocabile⁴³⁹ e anche l'*intentio* degli estensori fosse ben chiara, ciò non ha impedito un'interpretazione evolutiva della Convenzione "orientata in modo conforme all'art. 9 Carta dei diritti U.E." che, in modo significativo, omette ogni riferimento alla titolarità del diritto di sposarsi in capo all'uomo e alla donna⁴⁴⁰.

L'attivismo dei giudici di Strasburgo si arresta, però, sul piano ermeneutico: all'interpretazione evolutiva della CEDU fa da contraltare l'ampio margine di apprezzamento statale in ordine all'eventuale riconoscimento giuridico del matrimonio *same sex*. Non esiste ancora un "consenso generale" sulla materia⁴⁴¹ e il matrimonio

⁴³⁵ I ricorrenti avevano visto respingere la loro richiesta di matrimonio dalle autorità nazionali a causa della previsione nel codice civile austriaco del solo matrimonio tra soggetti di sesso diverso. Anche la Corte costituzionale austriaca era stata chiamata nel 2003 a giudicare della legittimità costituzionale di quella disposizione del codice civile, ma aveva escluso la violazione delle norme costituzionali in tema di uguaglianza e degli artt. 8 e 12 CEDU.

⁴³⁶ I ricorrenti avevano, altresì, denunciato la violazione dell'art. 1, Protocollo n. 1 alla CEDU a causa dello svantaggio fiscale derivante dal fatto di non esser sposati. Quest'ultima censura è stata ritenuta infondata perché non sufficientemente documentata. Nelle more del giudizio convenzionale, peraltro, era entrata in vigore in Austria, l'1.01.2010, la legge che riconosce le unioni registrate tra coppie omosessuali, attribuendo loro uno *status* in larga parte affine al matrimonio cfr. BGBl. I Nr. 135/2009 «*Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG)*»; ciononostante i ricorrenti insistevano per l'accoglimento delle rispettive istanze.

⁴³⁷ Corte EDU, 24.06.2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., § 55: «*The choice of wording in Article 12 must thus be regarded as deliberate. Moreover, regard must be had to the historical context in which the Convention was adopted. In the 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex*».

⁴³⁸ Ibid., § 61: «*the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint*».

⁴³⁹ A differenza dell'art. 29 Cost. che non fa riferimento all'"uomo" e alla "donna".

⁴⁴⁰ La Corte europea ribadisce, inoltre, ciò che già ha detto nel caso Corte EDU, GC, 11.07.2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, cit., ovvero che il diritto fondamentale al matrimonio non è subordinato alla capacità di procreare.

⁴⁴¹ La Corte EDU osserva che soltanto sei Stati aderenti su 47 garantiscono l'accesso al matrimonio per le coppie dello stesso sesso, ovvero, Belgio, Paesi Bassi, Norvegia, Portogallo, Spagna e Svezia, mentre tredici Stati hanno previsto forme di registrazione di tali unioni ed il riconoscimento di diritti e doveri reciproci.

è un istituto profondamente «radicato nei caratteri culturali propri delle diverse società», pertanto, spetta alle autorità nazionali rispondere ai relativi bisogni in tale ambito⁴⁴².

Secondo questa lettura dell'art. 12 CEDU il sistema convenzionale *consente* ma *non obbliga* gli Stati ad estendere il matrimonio alle persone dello stesso sesso, pertanto, la legislazione austriaca costituisce una legittima espressione del margine d'apprezzamento statale in materia.

Per quanto attiene, invece, all'asserita violazione della “vita familiare”, la Corte EDU per la prima volta⁴⁴³ afferma che la relazione sentimentale stabile tra due individui dello stesso sesso rientra a pieno titolo nel diritto al rispetto della propria vita familiare: si tratta di un ulteriore progresso nella “qualità” della tutela offerta a Strasburgo che rafforza il carattere inclusivo dell'art. 8 CEDU.

A spingere la Corte verso un'interpretazione evolutiva e a un *revirement* della precedente giurisprudenza che inquadrava tali unioni nel solo ambito della “vita privata”⁴⁴⁴, sono state l'evoluzione sociale e il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali da parte di un crescente numero di Stati, nonché del diritto derivato dell'Unione⁴⁴⁵.

All'attivismo ermeneutico si accompagna, però, ancora una volta il limite dell'ampio margine di apprezzamento statale nel valutare se sussista in concreto una lesione della vita familiare. La Corte esclude la violazione dell'art. 8 CEDU⁴⁴⁶ poiché, pur sussistendo un «*emergente* consenso» rispetto al riconoscimento giuridico di tali coppie, esso non assurge a «*radicato* consenso generale»: resta, quindi, ampia la discrezionalità statale nella scelta del “quando” intervenire a tutela di tali unioni.

Il *consensus* in questa pronuncia non è impiegato come argomento *ad adiuvandum*, ma rappresenta il perno della decisione di merito e assume due diverse gradazioni: una meno stringente per l'individuazione “qualitativa” dell'interesse suscettibile di tutela convenzionale e una rigidamente “quantitativa” in ordine all'esistenza della violazione. L'emergere di una mera *tendenza* verso il riconoscimento di tali unioni a livello europeo consente l'estensione dell'*ambito applicativo* della Conven-

⁴⁴² Il dispositivo di non violazione dell'art. 12 CEDU è adottato all'unanimità, con una sola opinione concorrente.

⁴⁴³ In rottura con quanto statuito nella giurisprudenza pregressa, cfr. i casi Corte EDU, 24.7.2003, *Karner c. Austria*, ric. n. 40016/98 e Corte EDU, 21.12.1999, *Mata Estevez c. Spagna*, ric. n. 33290/96. Sul punto, peraltro, si era già pronunciata la Commissione EDU, 9.10.1989, *C. e L. M. c. Regno Unito*, ric. n. 14753/89; in dottrina cfr. P. Johnson, *An essentially private manifestation of human personality*, «Human Rights L.R.», 2010, pp. 67 e ss.

⁴⁴⁴ Cfr. in dottrina F. Crisafulli, *Same-Sex Couples's Rights (Other than the Right to Marry) Before the ECtHR*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (a cura di), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Heidelberg, 2014, pp. 408 e ss., spec. pp. 417 e ss.

⁴⁴⁵ Diversi Stati hanno dato riconoscimento a tali coppie fuori dall'ambito matrimoniale e anche il diritto derivato dell'U.E. tende a ricondurle nell'alveo della “famiglia”.

⁴⁴⁶ Profilo fortemente criticato nell'opinione dissenziente dei giudici Rozakis, Spielmann, Jebens secondo i quali, dopo aver esteso la nozione di vita familiare a tali coppie, la Corte avrebbe dovuto censurare il vuoto di tutela precedente all'introduzione della legge sulle unioni registrate, poiché «*by deciding that there has been no violation, the Court at the same time endorses the legal vacuum at stake, without imposing on the respondent State any positive obligation to provide a satisfactory framework, offering the applicants, at least to a certain extent, the protection any family should enjoy*».

zione, ma la mancanza di una *convergenza strutturale*, ovvero di un orientamento legislativo comune alla maggioranza dei Paesi contraenti, legittima la riesplorazione del margine di discrezionalità nazionale in ordine alla scelta del “quando” e “come” intervenire.

Guardando alla tutela sostanziale offerta dalle due Corti, è interessante notare la convergenza di contenuti tra la sentenza n. 138/2010 e la pronuncia *Schalk* circa il riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive: dagli artt. 2 Cost. e 8 CEDU entrambe desumono la necessità di offrire tutela giuridica a tali coppie, spettando al legislatore nazionale, nella sua piena discrezionalità, individuare i tempi, i modi e le forme di riconoscimento⁴⁴⁷.

Per quanto attiene alla questione matrimoniale, dalle due decisioni emerge una concezione apparentemente diversa dell'istituto: la Corte costituzionale ne individua il nucleo essenziale e immutabile nella eterosessualità⁴⁴⁸, la Corte EDU sembra,

⁴⁴⁷ Un ulteriore profilo di avvicinamento delle due decisioni è la constatazione dell'eterogeneità del panorama giuridico europeo in materia di riconoscimento delle *same-sex couples*: la soluzione dell'unione civile riservata alle sole coppie omosessuali, con diritti e doveri sostanzialmente identici a quelli scaturiti dal matrimonio, al tempo era stata adottata da Germania, Regno Unito, Svizzera, Austria, Finlandia, e Svezia. Altri Paesi avevano optato per una nuova forma di unione civile aperta anche alle coppie omosessuali alla quale erano estesi solo parte dei diritti e dei doveri tipici del matrimonio. Infine, un terzo gruppo di paesi come Belgio, Olanda, Danimarca, Finlandia, Spagna, Portogallo, Regno Unito, Norvegia, Svezia, Islanda e Lussemburgo, cui si sono aggiunti di recente anche Francia e Germania, ha scelto di estendere l'istituto del matrimonio civile anche alle coppie omosessuali oltre a prevedere, quale forma di riconoscimento alternativa, l'unione civile.

⁴⁴⁸ In tal senso cfr. I. Massa Pinto, C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”*, cit., p. 2 ove si parla di una «tradizione sedimentata da tempo immemorabile». Illuminante è la posizione di A. Ruggeri, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, «Consulta OnLine», 3, 2018, spec. pp. 518 e ss. Secondo l'autore l'art. 29 Cost. rinvia a quella «tradizione culturale» che individua nell'eterosessualità il nucleo strutturale del matrimonio: il contenitore costituzionale si “riempie” di un contenuto culturale, antropologico, di un “fatto” che diviene diritto. L'autore parla di «consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale» che «si pongono, a conti fatti, a parametro dell'interpretazione costituzionale, fattori cioè di stabilizzazione e di rinnovamento allo stesso tempo di quest'ultima», cfr. A. Ruggeri, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, cit., p. 514. Tale consuetudine culturale può cambiare, è suscettibile di rinnovamento, ma occorrono degli indici esteriori ed attendibili per valutare se tale tradizione abbia subito un mutamento. L'autore riprende l'insegnamento di Vittorio Emanuele Orlando e, dopo di lui, di Santi Romano per sottolineare l'attitudine della Costituzione e delle leggi a dare voce ai bisogni maggiormente avvertiti nel corpo sociale: la Costituzione ed il diritto costituzionale devono recepire e razionalizzare quanto c'è di più profondo nei *mores* della società secondo la tradizione romanistica e dare voce alla «materia costituzionale», sul punto cfr. anche A. Ruggeri, *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, «Rivista AIC», 4, 2017 (sull'insegnamento di Vittorio Emanuele Orlando cfr. ora, l'ampia opera di V. Teotonico, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari, 2018). Secondo A. Ruggeri, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, cit., fin tanto che la tradizione culturale dell'eterosessualità della coppia coniugata resterà valida per la società, la legge ordinaria non potrà contraddirla e soltanto una revisione costituzionale dell'art. 29 Cost. potrà eliminare detta tradizione. L'autore esclude, però, che si sia «già formata da noi una tradizione costituzionale in tal senso, tale da indurre all'abbandono della tradizione cui ha fatto richiamo l'art. 29 e, di conseguenza, ad una rilettura di quest'ultimo aggiornata alla luce del nuovo e (supposto) comune sentire», cfr. pp. 521 e ss. Sulla possibilità di una revisione costituzionale dell'art. 29 Cost. per superare il paradigma esclusivamente eterosessuale del matrimonio cfr. A.

invece, superare l'intangibilità di tale paradigma là dove afferma che la Convenzione *consente* agli Stati il riconoscimento del matrimonio *same sex*⁴⁴⁹.

Ad un'attenta analisi, tuttavia, le due Corti giungono ad un risultato sostanziale convergente: né dalla Carta costituzionale né dalla CEDU discende un obbligo giuridico per le autorità nazionali di introdurre il matrimonio omosessuale.

3.4. L'incertezza del panorama giurisprudenziale italiano e l'ulteriore "monito costituzionale"

Dopo l'intervento della Consulta nella giurisprudenza nazionale e nella prassi vengono elaborate strategie differenti in ordine alla questione dei matrimoni *same sex*, con particolare riguardo alla trascrivibilità in Italia di quelli contratti all'estero da cittadini italiani⁴⁵⁰.

Sul terreno della giurisprudenza di legittimità la Corte di Cassazione⁴⁵¹, nel marzo 2012, giunge per la prima volta ad affermare che il matrimonio omosessuale celebrato fuori dal confine nazionale non è né inesistente né invalido, ma è semplicemente inidoneo a produrre qualsivoglia effetto giuridico in Italia come atto di ma-

Morrone, *sub art. 2*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 34 e ss.; A. Spadaro, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 345 e ss., spec. pp. 360 e ss.; nonché lo stesso A. Ruggeri, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, cit., spec. § 2.

⁴⁴⁹ In tal senso anche L. Paladini, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, «Diritto comparato ed europeo», I, 2011, p. 144.

⁴⁵⁰ Sul punto, nel senso della non trascrivibilità cfr. Corte App. Milano, 6.11.2015, n. 2286: «Il matrimonio tra coppie dello stesso sesso non corrisponde alla tipologia del matrimonio delineato nel nostro ordinamento e, seppur contratto all'estero, non è perciò trascrivibile: infatti, anche se la previsione del matrimonio tra persone dello stesso sesso concretizza il riconoscimento di principi di uguaglianza e di non discriminazione - e il fatto che l'accesso delle coppie omosessuali al matrimonio sia consentito da numerosi paesi dell'Unione Europea, e anche da Stati europei oltre i confini dell'Unione, induce a ritenere che gli effetti del matrimonio omosessuale non contrastino con l'ordine pubblico internazionale -; non può essere colmato per via giudiziaria il vuoto normativo conseguente alla inerzia del legislatore che ancora non si è adeguato alle plurime indicazioni dei giudici nazionali, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e anche del Parlamento Europeo, le cui risoluzioni hanno incoraggiato gli stati membri dell'Unione a contribuire alla riflessione sul riconoscimento del matrimonio e delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, in quanto questione politica, sociale e di diritti umani e civili». In senso conforme cfr. Consiglio di Stato, 26.10.2015, n. 4899, «Dir. e Giust.», 28.10.2015.

⁴⁵¹ Corte Cass., 15.03.2012, n. 4184, «Foro it.», I, 2012, pp. 2727 e ss., ha ribadito che i componenti della coppia omosessuale sono «titolari del diritto alla "vita familiare"». Tra i primi commenti alla sentenza: M. Di Bari, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione*, «Rivista AIC», 28 marzo 2012; G. Finocchiaro, *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, «Guida al Diritto», 14, 2012, p. 35; L. Lorello, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, «Rivista AIC», 8 maggio 2012; I. Massa Pinto, *"Fiat matrimonio"*, ivi, 4 aprile 2012; A. Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, «Forum di Quaderni costituzionali», 12 aprile 2012, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); M. Winkler, *I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Cassazione*, «Int'l Lis», I, 2012, p. 7.

trimonio, almeno fino a quando il legislatore non lo disciplinerà nelle forme ritenute più opportune, rimarcando, così, come spetti all'organo parlamentare colmare il vuoto di tutela esistente.

L'aspetto più qualificante della pronuncia consta negli effetti che il giudice di legittimità riconduce ai due precedenti arresti, costituzionale e convenzionale, riletti secondo un'interpretazione *sui generis*.

Alla luce della sentenza n. 138/2010 il riconoscimento del matrimonio omosessuale sarebbe rimesso alla «libera scelta del Parlamento»: la Corte di Cassazione propone, così, la “propria” lettura della decisione e dei margini di manovra concessi al legislatore. Il paradigma eterosessuale sarebbe radicato nella disciplina primaria, non a livello costituzionale, pertanto, lo stesso legislatore ordinario ben potrebbe estendere il matrimonio alle unioni omoaffettive⁴⁵².

Secondo la ricostruzione del giudice di legittimità la Corte EDU avrebbe, invece, interpretato l'art. 12 CEDU come inclusivo dello stesso diritto al matrimonio omosessuale, operando una netta distinzione tra “riconoscimento” e “garanzia”: gli artt. 12 CEDU e 9 Carta U.E., letti in combinato disposto, “riconoscono” tale diritto ma la sua “garanzia” sarebbe riservata al potere legislativo dei singoli Stati.

Tale *discrimen*, tuttavia, non emerge dalla sentenza *Schalk* né pare avere una qualche utilità pratica⁴⁵³ considerato che, in mancanza della “garanzia” di un diritto, il mero riconoscimento formale è destinato a rimanere lettera morta.

La Corte di Cassazione fa propria l'interpretazione evolutiva dell'art. 12 CEDU prospettata a Strasburgo per superare la giurisprudenza pregressa in punto di “inesistenza” del matrimonio omosessuale: «essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire “naturalistico”, della stessa “esistenza” del matrimonio»⁴⁵⁴, l'intrascrivibilità del matrimonio *same sex* non dipende più dalla sua inesistenza, ma dalla nuova categoria dell’“inidoneità” a produrre, quale atto di matrimonio, qualsivoglia effetto giuridico nell'ordinamento italiano⁴⁵⁵.

A caratterizzare la decisione della Corte di Cassazione è, pertanto, una certa “forzatura” sul piano ermeneutico, con particolare riguardo all'impiego dell'interpretazione conforme a Convenzione quale strumento funzionale al passaggio da una categoria all'altra del diritto civile⁴⁵⁶: dall'*inesistenza*⁴⁵⁷ all'*inidoneità* a

⁴⁵² Cfr. in tal senso Corte Cass., 15.03.2012, n. 4184, cit.; successivamente e ancor più chiaramente Corte Cass., 6.06.2013, n. 14329; Corte Cass., 9.02.2015, n. 2400.

⁴⁵³ Definisce tale divaricazione «incongrua», B. Pezzini, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, «Forum di Quaderni costituzionali», 2012, p. 22, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018).

⁴⁵⁴ Corte Cass., n. 4184/2012, cit., 4.3.

⁴⁵⁵ Parla della «nuova teoria della inidoneità» che come un Golem modellato dall'argilla, ricavata «dalle ceneri di un corpo che era già cadavere», sostituisce la teoria dell'inesistenza, A. Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, cit., § 7.

⁴⁵⁶ Opzione ermeneutica utile? Forse sì. In definitiva, inesistenza ed inidoneità a produrre effetti giuridici sono categorie giuridiche che non si equivalgono: la prima colpisce l'istituto giuridico nella sua interezza, precludendo qualsiasi effetto giuridicamente rilevante, anche soltanto interinale; la seconda, invece, è circoscritta all'atto come “atto di matrimonio”, ma non pregiudica la produzione di effetti giuridici

produrre effetti giuridici. Tale soluzione non è, tuttavia, imposta dalla giurisprudenza convenzionale: la sentenza *Schalk* non ha prescritto il superamento della eterosessualità quale requisito indispensabile per l'esistenza del coniugio, ma, al contrario, ha riservato ai Parlamenti nazionali la decisione se mantenere tale presupposto.

In un caso ancora più recente⁴⁵⁸ la Corte di Cassazione, nel confermare il diniego di pubblicazioni matrimoniali fra persone dello stesso sesso, ha affermato che l'unione omoaffettiva «può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali». Tale «operazione di omogeneizzazione può essere svolta dal giudice comune e non soltanto dalla Corte costituzionale in quanto *tenuto ad un'interpretazione delle norme* non solo costituzionalmente orientata ma anche *convenzionalmente orientata*»⁴⁵⁹.

Queste decisioni del giudice di legittimità mostrano un impiego sempre più marcato dell'interpretazione conforme a Convenzione e lasciano presagire un rischio di forzature sul piano ermeneutico: un rischio che, come vedremo, si concretizzerà nel “seguito” della sentenza n. 170/2014.

propri di un diverso “istituto giuridico”. In effetti, è la stessa Corte di Cassazione, nella sentenza in oggetto, a riconoscere all'atto una potenziale efficacia giuridica, là dove afferma che, in specifiche situazioni, i componenti della coppia omosessuale possono far valere il diritto ad un trattamento omogeneo a quello garantito dalla legge alla coppia coniugata. Come è accaduto anche in Trib. Reggio Emilia, 13.02.2012 e Corte Cass., 19.01.2011, n. 1328. Il Tribunale di Reggio Emilia ha riconosciuto al coniuge uruguayano di un cittadino italiano sposatosi in Spagna, la qualità di “familiare” alla luce della sentenza Corte cost., n. 138/2010 e della normativa europea in materia di libertà di circolazione, nonché la titolarità del diritto al permesso di soggiorno. La Cassazione penale ha ritenuto di dover determinare la nozione di coniuge, ai fini del d.lgs. n. 30/2007, alla luce dell'ordinamento straniero in cui il vincolo matrimoniale è stato contratto (la Spagna), giungendo, così, a qualificare come “familiare”, ai fini del diritto di soggiorno, lo straniero che abbia contratto matrimonio in Spagna con un cittadino italiano. Cfr. anche la recente decisione Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5.06.2018, C- 673/16, *Relu Adrian Coman e a. contro Inspectoratul General pentru Imigrari e Ministerul Afacerilor Interne*. In tale sentenza i giudici di Lussemburgo hanno adottato una nozione ampia di “familiare” che comprende anche il coniuge dello stesso sesso ai fini del riconoscimento del diritto di soggiorno derivato. Il caso riguardava due uomini, il Sig. Coman, cittadino rumeno e americano ed il Sig. Hamilton, cittadino americano che si erano sposati a Bruxelles dove Coman lavorava. I due coniugi avevano successivamente chiesto all'Ispektorato rumeno se Hamilton, cittadino *extra*-UE, avesse potuto raggiungere Coman in Romania ed esercitare il diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi, in quanto familiare di un cittadino rumeno. L'Ispektorato aveva risposto negativamente poiché in Romania il matrimonio omosessuale non è riconosciuto, quindi, il Sig. Hamilton non poteva essere equiparato ad un “familiare” ai fini del ricongiungimento. I coniugi avevano fatto ricorso ad un giudice rumeno di prime cure il quale aveva sollevato questione di costituzionalità per violazione del divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. La Corte costituzionale rumena, avendo dei dubbi circa la corretta interpretazione di nozioni come “familiare” e “coniuge” previste dalla direttiva 2004/38 sul ricongiungimento familiare, aveva adito la Corte di Giustizia con rinvio pregiudiziale.

⁴⁵⁷ La teoria dell'inesistenza è stata sostenuta anche da P. Schlesinger, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, «Fam. e Dir.», 2005, pp. 415 e ss. e, in giurisprudenza, corroborata dal noto *obiter dictum* della Corte di Cassazione in Corte Cass., 9.06.2000, n. 7877.

⁴⁵⁸ Corte Cass., 9.02.2015, n. 2400, «Corr. giur.», 7, 2015, pp. 773 e ss., con nota di G. Ferrando, *Matrimonio same-sex: Corte di cassazione e giudici di merito a confronto*, ivi, pp. 909 e ss.; Id., *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, «Fam. e Dir.», 10, 2015, pp. 952 e ss.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, pp. 788 e ss. [corsivo aggiunto].

Mentre i giudici di merito si erano allineati all'orientamento della Cassazione in ordine all'intrascrivibilità del matrimonio *same sex* celebrato all'estero⁴⁶⁰, alcuni Sindaci, al contrario, avevano proceduto direttamente alla trascrizione, circostanza che aveva portato il Ministro dell'Interno⁴⁶¹ ad intervenire, chiedendo ai Prefetti di attivarsi per rimuoverne gli effetti.

Il quadro giuridico italiano era, pertanto, incerto e frammentario quando la Corte costituzionale è stata investita di un'ulteriore questione strettamente legata al paradigma eterosessuale del matrimonio.

Le affermazioni di principio contenute nella sentenza n. 138/2010⁴⁶² sono richiamate e sviluppate⁴⁶³ nella decisione n. 170/2014⁴⁶⁴ in tema di "divorzio impo-

⁴⁶⁰ Cfr. Corte App. Milano, 6.11.2015, n. 2286 in cui si afferma che l'inidoneità dell'atto a produrre gli effetti giuridici che gli sono propri si caratterizza come una «inefficacia in senso stretto», «non conseguenza di altro vizio, e si propone come reazione dell'ordinamento nei confronti di un negozio di cui si riconosce, in relazione al quadro normativo e giurisprudenziale europeo del quale l'ordinamento stesso fa parte, la intrinseca validità, oltre che la consistenza sociale, ma i cui effetti vitali sono però preclusi nel nostro paese dalla mancata previsione legislativa». Occorre, tuttavia, ricordare che in senso favorevole alla trascrizione si è pronunciato Trib. Grosseto, 3.04.2014, «Riv. Dir. Int. Priv. Proc.», 2014, pp. 1007 e ss. che per la prima volta ha dichiarato illegittimo il diniego di trascrizione di un matrimonio omosessuale contratto all'estero. Il provvedimento è stato poi annullato da Corte App. Firenze, 23.09.2014, *ivi*, pp. 1010 e ss., per errore procedurale, con rimessione della causa al giudice di prime cure. Infine, con decisione del 26 febbraio 2015, il Tribunale di Grosseto ha riaffermato la legittimità della trascrizione, poiché il rifiuto di trascrizione del matrimonio estero si risolverebbe in una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, secondo una lettura convenzionalmente orientata delle norme.

⁴⁶¹ Circolare del Ministero dell'Interno del 7 ottobre 2014 indirizzata ai Prefetti della Repubblica secondo la quale «si richiama l'attenzione delle SS. LL (Prefetti) sull'esigenza di garantire che la fondamentale funzione di stato civile, esercitata, in ambito territoriale, dal Sindaco nella veste di Ufficiale di Governo, sia svolta in piena coerenza con le norme attualmente vigenti che regolano la materia. Pertanto, ove risultino adottate "direttive" sindacali in materia di trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero - e nel caso sia stata data loro esecuzione - le SS. LL, rivolgeranno ai Sindaci formale invito al ritiro di tali disposizioni ed alla cancellazione, ove effettuate, delle conseguenti trascrizioni, contestualmente avvertendo che *in caso di inerzia, si procederà al successivo annullamento d'ufficio* degli atti illegittimamente adottati, ai sensi del combinato disposto degli articoli 21-*nonies* della legge 241 del 1990 e 54, commi 3 e 11, del d.lgs 267/2007» [corsivo aggiunto]. È, infine, utile ricordare che, a seguito dell'annullamento da parte di alcuni Prefetti delle trascrizioni eseguite, alcuni Tribunali amministrativi hanno affermato che i Prefetti hanno agito al di fuori dei poteri loro conferiti dalla legge, essendo riservata all'autorità giudiziaria ogni modifica dei registri dello stato civile (cfr. Tar Lazio, 9.03.2015, nn. 3907 e 3912 e Tar Friuli Venezia Giulia, 21.05.2015, n. 228; Tar Lombardia, 29.09.2015, n. 2037). Successivamente Consiglio di Stato, 26.10.2015, n. 4895, resa per la riforma di Tar Lazio, 9.03.2015, n. 3907 ha dichiarato legittimo l'annullamento della trascrizione disposta dal Prefetto, in virtù della subordinazione del Sindaco al Ministero dell'Interno, in riferimento agli atti di stato civile e della natura di «atto radicalmente inefficace» della trascrizione. *Contra*, cfr. Consiglio di Stato, 1.12.2016, n. 5047, resa per la riforma di Tar Friuli Venezia Giulia, 21.05.2015, n. 228, che ha, invece, dichiarato illegittima la Circolare del Ministero dell'Interno, poiché nella materia dell'ordinamento dello stato civile manca una disposizione espressa che attribuisca al Prefetto il potere di annullare un atto trascritto dal Sindaco, nè tale potere può desumersi dall'esistenza di un rapporto gerarchico, nel quale il Prefetto andrebbe considerato come Autorità gerarchicamente sovraordinata.

⁴⁶² Affermazioni ribadite in due successive ordinanze, cfr. Corte cost., ord. 22.07.2010, n. 276 e Corte cost., ord. 5.01.2011, n. 4.

⁴⁶³ In tal senso cfr. M. D'Amico, *Famiglia e "famiglie" tra principi costituzionali italiani e europei*, «GenIUS», 2, 2015, pp. 152 e ss.; R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, «Consulta OnLine», 2014, p. 1, parla di «sentenze sorelle», <www.giurcost.org>, (10/2018).

sto⁴⁶⁵ a seguito del mutamento di sesso di uno dei membri della coppia coniugata. Questo intervento costituzionale mostra maggior incisività rispetto alla pronuncia del 2010, poiché afferma a chiare lettere ciò che in precedenza già emergeva, ma era stato revocato in dubbio da una parte della dottrina: a Costituzione invariata il legislatore ordinario non può introdurre il matrimonio omosessuale.

La Corte statuisce espressamente che il modello eterosessuale del matrimonio è l'unico tutelato dall'art. 29 Cost.⁴⁶⁶ e invia un monito al legislatore, questa volta cogente, affinché provveda ad un diverso bilanciamento tra interesse statale e diritti

⁴⁶⁴ Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, «Nuova Giur. Civ. Comm.», II, 2014, pp. 553 e ss., con nota di C. Palmeri, M. C. Venuti, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014 n. 170 in materia di divorzio del transessuale*, ivi, pp. 553 e ss. Tra i primi commenti, cfr. anche L. Balestra, *Sugli effetti della rettificazione dell'attribuzione di sesso sul matrimonio preesistente*, «Giustizia Civile.com.», 19.06.2014, pp. 1 e ss.; I. Pezzini, *A prima lettura (la sentenza 170/214 sul divorzio imposto)*, «Articolo29», 15.06.2014, <www.articolo29.it>, (10/2018); A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, cit.; D. Fiorato, D. Ferrari, *La Consulta davanti alla nozione giuridica di matrimonio: il formarsi di un giudicato costituzionale? (osservazioni a prima lettura della sentenza 170/2014)*, «La nuova Giustizia civile», 3, 2014, pp. 117 e ss.; F. Saitto, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*, «Giur. Cost.», 2014, pp. 2706 e ss.; F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. "divorzio imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, «Forum di Quaderni Costituzionali», 24.06.2014, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018); A. Schuster, *Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio*, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 1, 2014, pp. 33 e ss.; A. Schuster, A. Lorenzetti, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*, ivi, 12, 2014, pp. 1152 e ss. Per una generale ed esaustiva analisi delle varie tappe affrontate da tale vicenda prima dell'intervento di Corte cost., n. 170/2014 cfr. A. Lorenzetti, *Diritti "in transito". La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano 2013, pp. 105 ss.; M. Balboni, M. Gattuso, *Famiglie e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali*, «GenUS», 1, 2014, 6 ss.

⁴⁶⁵ Con la sentenza n. 170/2014, cit., la Corte costituzionale decide la questione sollevata dalla Corte di Cassazione, avente ad oggetto gli artt. 2 e 4, l. n. 164/1982, nella parte in cui prevedono che la sentenza di rettificazione di attribuzione del sesso determina l'automatico scioglimento del matrimonio, per asserita violazione degli artt. 2, 3, 24 e 29 Cost., oltre agli artt. 10, comma 1 e 117 Cost., in relazione agli artt. 8 e 12 CEDU.

⁴⁶⁶ Corte cost., n. 170/2014, cit., punto 5.1. Considerato in diritto: «la situazione [...] di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio – che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale». Ancora, al punto 5.2 Considerato in diritto: «Il parametro costituzionale di riferimento per una corretta valutazione della peculiare fattispecie in esame – in relazione ai prospettati quesiti sulla legittimità della disciplina [...] non è dunque quello dell'art. 29 Cost. invocato in via principale dallo stesso collegio rimettente, poiché, come già sottolineato da questa Corte, la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che "stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso" (sentenza n. 138 del 2010)». In dottrina concordano, *ex multis*, F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. "divorzio imposto"*, cit., pp. 2 e ss.; P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, «Forum di Quaderni costituzionali», 6 luglio 2014, pp. 3 e ss., <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018).

della coppia coniugata divenuta dello stesso sesso, consentendo a questa il passaggio ad una condizione giuridica «*alternativa e diversa dal matrimonio*»⁴⁶⁷.

La Corte esclude, infatti, *expressis verbis* l'esistenza di «*un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio*»⁴⁶⁸.

La tecnica decisionale che porta il Giudice delle Leggi alla declaratoria di incostituzionalità è il giudizio di ragionevolezza sul bilanciamento dei valori in gioco: da un lato, l'interesse dello Stato a conservare il modello eterosessuale del matrimonio e, dall'altro, l'interesse della coppia a mantenere il preesistente rapporto giuridico.

Secondo i giudici della Consulta le disposizioni censurate prevedono un assetto sproporzionato, “a senso unico”, poiché tutelano in via esclusiva soltanto il primo degli interessi coinvolti. La Corte ne dichiara, pertanto, l'illegittimità costituzionale «nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettifica, che determina lo scioglimento automatico del matrimonio, consenta in ogni caso, se entrambi i coniugi lo richiedono, di mantenere un rapporto di coppia giuridicamente disciplinato con un'altra forma di convivenza registrata che tuteli diritti e doveri della coppia con le modalità stabilite dal legislatore».

È interessante notare il percorso tracciato dalla Consulta a partire dalla declaratoria di inammissibilità del 2010 per giungere a questa additiva di principio⁴⁶⁹ quattro anni dopo: se nella sentenza n. 138/2010 si era riservata un controllo di ragionevolezza circa la necessità di un trattamento omogeneo tra coppia coniugata e coppia omosessuale «in relazione ad ipotesi particolari», nella sentenza n. 170/2014 la Corte si riaggancia a tale statuizione, inquadrando la fattispecie proprio nell'ambito di quelle «situazioni particolari»⁴⁷⁰.

Ciò che, tuttavia, sorprende, nel prosegno dell'*iter* argomentativo, è che la declaratoria di incostituzionalità non si fonda sull'irragionevole trattamento discriminatorio bensì, come preannunciato, su uno sproporzionato bilanciamento tra interessi contrapposti, statale e individuale. Anche in questa decisione sussiste uno slittamento metodologico nella parte motiva: dal richiamo iniziale al canone dell'uguaglianza “in senso forte”, quale divieto di discriminazioni irragionevoli, ad un vaglio più blando di proporzionalità sul bilanciamento legislativo tra diversi interessi in gioco. Questo passaggio non sembra di poco conto: se fosse stata constatata una discriminazione, dunque, la violazione del diritto all'uguaglianza soggettiva, l'effetto demolitorio *tout court* sarebbe stato conseguenza pressoché indefettibile; spostando, invece, l'argomentazione sul bilanciamento legislativo sproporzionato, l'effetto caducatorio “sfuma” e la norma impugnata può continuare ad essere applicata. È la stessa Corte, infatti, a qualificare la disposizione sullo scioglimento automatico come costituzionalmente necessaria, là dove afferma che l'introduzione di un divorzio a do-

⁴⁶⁷ Ibid., punto 5.6. Considerato in diritto [corsivo aggiunto].

⁴⁶⁸ Ibid., punto 5.4. Considerato in diritto [corsivo aggiunto].

⁴⁶⁹ Le additive di principio affidano ai giudici comuni «caso per caso, quando è possibile», il compito «di reperire nell'ordinamento la regola del caso concreto» cfr. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 403 e ss. Si ricorda, peraltro, che tale tipologia decisoria è stata impiegata anche in un'altra fattispecie “sensibile”: nella sentenza Corte cost., 22.11.2013, n. 278 in tema di anonimato della madre biologica in caso di adozione.

⁴⁷⁰ Cfr. Corte cost., n. 170/2014, cit., punto 5.6. Considerato in diritto.

manda «*equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.*»⁴⁷¹.

Il cuore della decisione consta, ancora una volta, nel cogente ancoraggio ad un'interpretazione originalista dell'istituto matrimoniale che preclude il ricorso ad una manipolativa-sostitutiva e rende evanescente anche il principio destinato ad orientare i giudici nella futura risoluzione di fattispecie analoghe. La sentenza non dichiara incostituzionale lo scioglimento automatico del matrimonio, al contrario, imposto dallo stesso paradigma eterosessuale *ex art. 29 Cost.*: ciò che contrasta con il dettato costituzionale è l'omissione assoluta di una disciplina organica alternativa per le coppie che versino in tale peculiare situazione⁴⁷².

Di fatto il paradigma eterosessuale è configurato come un valore non suscettibile di bilanciamento, neppure in via transitoria (in attesa dell'intervento del legislatore), nonostante la ragione dell'incostituzionalità, individuata in motivazione, consti proprio nella «tutela esclusiva» accordata all'interesse statale «alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio».

L'incoerenza dell'argomentazione costituzionale si ripercuote inevitabilmente sul «seguito» della decisione: il principio «aggiunto» dalla Corte è così ambiguo da risultare di dubbia utilità per il giudice rimettente⁴⁷³ che, in ogni caso, opterebbe per una via non conforme a Costituzione. Accogliere il ricorso, consentendo alla coppia di rimanere sposata⁴⁷⁴, contraddirebbe l'art. 29 Cost. come interpretato dalla Consulta in motivazione⁴⁷⁵; viceversa, rigettandolo⁴⁷⁶, si lascerebbe la coppia in una condizione di assoluta incertezza giuridica, altrettanto stigmatizzata dalla Corte per contrasto con l'art. 2 Cost.

In attesa di un intervento organico del legislatore, l'unica via per ricondurre a coerenza il dispositivo e la motivazione della decisione costituzionale poteva essere

⁴⁷¹ Ibid., punto 5.6. Considerato in diritto [corsivo aggiunto]. In definitiva, dinanzi all'accertato *vulnus* dell'art. 2 Cost. e alla potenziale violazione dell'art. 29 Cost. (derivante da una sentenza sostitutiva del divorzio "imposto" con quello "a domanda"), la Corte predilige il primo, statuendo espressamente nello stesso dispositivo che la sentenza di rettifica provoca comunque lo scioglimento del matrimonio.

⁴⁷² Lo evidenzia anche R. Romboli, *La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore*, «GenIUS», 1, 2015, p. 122.

⁴⁷³ A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia*, cit., p. 3 segnala che «diversamente da ciò che accade in presenza di altre additive di principio, nell'odierna vicenda è fuori discussione che il principio somministrato dalla Corte non si presta ad essere per l'intanto tradotto in regole, ancorché solo a titolo precario, "sussidiariamente" prodotte dal giudice comune [...]».

⁴⁷⁴ In tal senso cfr. B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. n. 170/2014 sul divorzio imposto)*, cit., § 3 la quale ritiene che, non essendo ipotizzabile la diretta conversione del matrimonio in una convivenza registrata da parte dei giudici, il matrimonio non sarà sciolto fin tanto che il legislatore non consentirà detta conversione, risultando così il matrimonio sottoposto ad una "condizione risolutiva".

⁴⁷⁵ La Corte costituzionale afferma espressamente che non è «configurabile un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio» ma, soprattutto, ha perentoriamente escluso la possibilità di una «*reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituiscia il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.», cfr. Corte cost., n. 170/2014, cit., punto 5.6. Considerato in diritto.

⁴⁷⁶ Sul presupposto che l'incostituzionalità abbia colpito una omissione legislativa *ex se* e non le disposizioni censurate.

lo scioglimento automatico del matrimonio, salva l'eventuale prosecuzione della convivenza e la rimessione al giudice comune della tutela di specifici diritti mediante singole azioni di accertamento.

La via intrapresa dalla Corte di Cassazione⁴⁷⁷ nel giudizio *a quo* è stata, invece, molto diversa: dinanzi all'evanescente principio di diritto enunciato dalla Consulta, i giudici di legittimità hanno individuato nel mantenimento del vincolo coniugale l'unica soluzione "a rime obbligate" in attesa dell'intervento del legislatore. Il Supremo Consesso decide, così, di colmare la lacuna legislativa, conservando in capo ai ricorrenti, ormai divenuti dello stesso sesso, diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale, fino a quando il legislatore non interverrà con il riconoscimento di uno strumento giuridico alternativo. La Corte "crea" un istituto mai conosciuto prima, il cd. "matrimonio a tempo", per garantire una tutela sostanziale ai ricorrenti nella fattispecie concreta, un istituto che, tuttavia, sembra contravvenire ai dettami del Giudice delle Leggi⁴⁷⁸.

La Corte di Cassazione ha, infatti, adottato una soluzione di dubbia compatibilità con il giudicato costituzionale⁴⁷⁹, superando quegli stessi limiti fissati sin dalla sentenza n. 138/2010 a proposito dell'art. 29 Cost., il significato del quale «non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilet-

⁴⁷⁷ Corte Cass., 21.04.2015, n. 8097, ha consentito alle parti di conservare lo statuto dei diritti e dei doveri «propri del modello matrimoniale» fino a quando il legislatore non provveda alla regolamentazione indicata dalla sentenza della Corte costituzionale. Questa soluzione cui è giunta in concreto la Corte di Cassazione era stata preconizzata in punto di diritto da alcuni contributi dottrinari, in particolare cfr. B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, cit. ed auspicata «con il cuore» ma non «con la mente» da R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, cit., p. 6.

⁴⁷⁸ Cfr. Corte cost., n. 170/2014, cit., punto 5.6. Considerato in diritto: «poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.». In dottrina parla della decisione della Corte di Cassazione in senso di «palese discontinuità con l'indirizzo del giudice costituzionale» al punto da apparire «un confronto/scontro» tra i due giudici V. Baldini, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il Giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?*, «Diritti fondamentali», 2015, p. 1, <www.dirittifondamentali.it>, (10/2018). C. Guarini, *Tra "divorzio imposto" e "matrimonio a tempo". osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I sezione civile*, «Rivista AIC», 2, 2016, p. 29 parla della sentenza della Cassazione come di un «giudicato infedele» rispetto alla pronuncia costituzionale. Tra gli altri commenti in dottrina cfr. gli autorevoli contributi di B. Pezzini, *Oltre il "caso Bernaroli": tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio*, «GenIUS», 1, 2015, pp. 83 e ss.; P. Veronesi, *Per una discussione sulla sentenza n. 8097/2015*, ivi, pp. 94 e ss.; G. P. Dolso, *Un matrimonio a tempo per il "transessuale tardivo": considerazioni sul "seguito" della sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale*, ivi, pp. 96 e ss.; G. Parodi, *Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il séguito nel giudizio a quo della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*, ivi, pp. 109 e ss.; R. Romboli, *La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore*, cit., pp. 120 e ss.; A. Ruggeri, *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, GenIUS, 1, 2015, pp. 126 e ss.; S. Patti, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione "ancorché non più matrimoniale"*, «Corriere Giur.», 2015, pp. 1048 e ss.

⁴⁷⁹ In tal senso A. Ruggeri, *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, cit., p. 127, parla di uno «scollamento vistoso tra gli indirizzi delle due Corti».

tura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione *creativa*»⁴⁸⁰.

Il giudice di legittimità sembra, quindi, discostarsi in un crescendo significativo dall'interpretazione originalista accolta dalla Consulta: se nel 2012⁴⁸¹ dava una lettura *sui generis* della sentenza n. 138/2010, tale da lasciare al legislatore la scelta se introdurre o meno il matrimonio omosessuale, nel 2015 è la stessa Corte di Cassazione a “creare” una fattispecie concreta di matrimonio *same sex*, definitivamente superando quell'interpretazione originalista e giungendo a un risultato escluso dal Giudice delle Leggi.

3.5. Il caso *Oliari* e l'incisiva condanna del legislatore italiano per inosservanza dei moniti costituzionali

Sulla scia inaugurata dalla sentenza *Schalk* anche l'assetto convenzionale di tutela procede verso il progressivo rafforzamento dei diritti delle coppie omoaffettive: in *Vallianatos c. Grecia*⁴⁸² la Corte censura il carattere discriminatorio di una legislazione che consente l'accesso all'istituto dell'unione civile registrata soltanto a persone di sesso diverso e, ad un tempo, riconosce che la convivenza non costituisce più un requisito imprescindibile per la tutela convenzionale delle unioni omo ed eterosessuali, purché sussista un rapporto di intimità familiare stabile.

La sentenza *Schalk* aveva, però, lasciato un dubbio di non secondario rilievo: laddove l'Austria non avesse *medio tempore* legiferato per riconoscere le unioni omosessuali, la Corte sarebbe giunta ad un dispositivo di condanna?

La successiva decisione *Oliari c. Italia*⁴⁸³ potrebbe far propendere verso una risposta positiva, poiché sanziona in modo incisivo lo Stato italiano proprio per non aver legiferato in tema di unioni omoaffettive.

Nel caso *Oliari*, infatti, i ricorrenti censurano la normativa italiana⁴⁸⁴ perché non consente l'accesso al matrimonio o ad una forma di unione civile a persone dello

⁴⁸⁰ Lo evidenzia anche A. Spadaro, *Matrimonio “fra gay”*, cit., p. 360.

⁴⁸¹ Corte Cass., 15.03.2012, n. 4184.

⁴⁸² Corte EDU, GC, 7.11.2013, *Vallianatos e altri c. Grecia*, ric. nn. 29381/09, 32684/09, § 73.

⁴⁸³ A commento della pronuncia Corte EDU, 21.07.2015, *Oliari e altri c. Italia*, ric. nn. 18766/11, 36030/11, si veda E. Crivelli, *Oliari e altri c. Italia: la Corte di Strasburgo condanna l'immobilità del legislatore italiano nel riconoscimento delle unioni omosessuali*, «Quad. cost.», 4, 2015, pp. 1036 e ss.; A. Ceserani, *Il caso «Oliari» avanti la Corte di Strasburgo e la condizione delle coppie «same-sex» in Italia: brevi riflessioni*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 2015, pp. 785 e ss.; L. Scaffidi Runchella, *Il diritto al rispetto della vita familiare per le coppie formate da persone dello stesso sesso nella decisione del 21 luglio 2015 della corte europea dei diritti dell'uomo nel caso «Oliari and others v. Italy»*, ivi, pp. 803 e ss.; C. Nardocci, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, «Forum di Quaderni costituzionali», 3.09.2015, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018).

⁴⁸⁴ Ogni coppia aveva richiesto la pubblicazione di matrimonio e aveva ottenuto il diniego dell'ufficio competente. I Sig. Oliari e A. avevano impugnato il provvedimento dinanzi al Tribunale di Trento che aveva respinto il ricorso e, successivamente, dinanzi alla Corte di Appello di Trento. Detta autorità giudiziaria aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale, poi decisa con la nota sentenza, Corte cost., n. 138/2010. I Sig.ri Cippo e Zacheo avevano impugnato il rigetto soltanto dinanzi al Tribunale di

stesso sesso, realizzando una discriminazione per orientamento sessuale (artt. 8, 14, 12 CEDU).

I giudici di Strasburgo adottano una decisione complessa con la quale riconoscono la violazione del diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti mentre, in linea con il precedente *Schalk*, rigettano la censura relativa all'art. 12 CEDU.

In riferimento al matrimonio *same sex* la Corte ribadisce quanto già affermato: il sistema convenzionale non impone agli Stati il riconoscimento di tale istituto e ogni opzione in tal senso rientra nella discrezionalità nazionale⁴⁸⁵.

Secondo i giudici di Strasburgo, nonostante l'evoluzione normativa intervenuta dopo *Schalk e Kopf*⁴⁸⁶, non è ancora possibile riscontrare un consenso consolidato, tale da imporre uno *standard* minimo uniforme di tutela nel diritto al matrimonio omosessuale: lo *European consensus* non è ancora sufficiente per superare la precedente lettura dell'art. 12 CEDU.

Il punto focale, più innovativo della decisione *Oliari* non riguarda, quindi, il matrimonio, bensì il più generale riconoscimento giuridico delle coppie omoaffettive e il loro diritto al rispetto della vita familiare⁴⁸⁷.

Se in *Schalk* la Corte non aveva previsto un obbligo positivo di riconoscimento a carico dello Stato, essendo intervenuto il legislatore austriaco *in medias res*, in questa fattispecie i giudici fissano una più ampia dimensione normativa dell'art. 8 CEDU, comprensiva di due accezioni: non soltanto quella negativa, quale divieto di ingerenze arbitrarie a carico dei pubblici poteri, ma anche quella positiva, consistente nell'imposizione di *positive obligations* a garanzia dei diritti convenzionali⁴⁸⁸.

Milano e, rigettata in tal sede la loro pretesa, non avevano proposto reclamo dinanzi alla Corte di appello; l'altra coppia di ricorrenti non aveva, invece, impugnato il diniego.

⁴⁸⁵ La Corte EDU dichiara, quindi, manifestamente infondate le doglianze relative all'art. 12 CEDU singolarmente e all'art. 12 CEDU in combinato disposto con l'art. 14 CEDU.

⁴⁸⁶ In forza della quale ben undici (non più sei) Stati aderenti hanno riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Da notare che la parte iniziale della motivazione dedica ampio spazio al diritto comparato ed alle soluzioni adottate in Europa ed oltreoceano: particolarmente significativo è l'ampio riferimento (§ 65) alla pronuncia della Corte suprema statunitense, pubblicata solo un mese prima della sentenza *Oliari*, che ha riconosciuto alle coppie dello stesso sesso il diritto fondamentale di accesso al matrimonio, in quanto diritto insito nella libertà della persona del quale tali coppie non possono essere private secondo le clausole dell'eguale protezione e del giusto processo, cfr. *Obergefell v. Hodges*, 576 US, 2015. A commento cfr. C. Bologna, *Corte suprema e same-sex marriage: opportuna tutela di nuovi diritti o operativismo giudiziario?*, «Quad. cost.», 3, 2015, pp. 768 e ss.; F. Viglione, *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same sex tra libertà e non discriminazione*, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 2, 2015, pp. 588 e ss. In precedenza, in *United States v. Windsor*, 570 US, 2013, la Corte Suprema federale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del *Defense of Marriage Act* là dove, ai fini dell'applicazione delle norme federali, qualificava il matrimonio come riferito solo alle coppie eterosessuali, su cui cfr. E. Ceccherini, *Quando l'eguaglianza non basta. Brevi riflessioni sulla giurisprudenza statunitense in tema di same sex marriage alla luce della sentenza Windsor*, in D. Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same sex. Una prospettiva multilivello*, Primiceri Editore, Padova, 2014, pp. 155 e ss.

⁴⁸⁷ Questa pronuncia sembra, infatti, andare oltre quanto affermato nel caso *Schalk*: dalla considerazione, ivi già espressa, che le unioni omosessuali, al pari di quelle eterosessuali, hanno la stessa capacità di instaurare relazioni stabili, consegue in questo caso la necessità di un loro riconoscimento giuridico. Cfr. Corte EDU, 21.07.2015, *Oliari e altri c. Italia*, cit., § 165.

⁴⁸⁸ L'assunto secondo il quale l'art. 8 CEDU comprende anche "obblighi positivi" finalizzati a rendere effettivo il diritto al rispetto della vita familiare è stato teorizzato per la prima volta nella decisione Corte EDU, 23.07.1968, *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium*, ric. nn. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, ma sviluppato

L'affermazione a chiare lettere di un obbligo positivo di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali è ciò che distingue *Oliari* dal precedente *Schalk*, come emerge anche dall'impiego, nella parte motiva della decisione, della tecnica del *distinguishing*⁴⁸⁹: dalla previsione della dimensione familiare della coppia *same sex* nelle sentenze *Schalk e Vallianatos* la Corte fa discendere la necessità di garantire un preciso *status* familiare in *Oliari*.

Per accertare la violazione di questi obblighi positivi *ex art. 8 CEDU*⁴⁹⁰, i giudici della Convenzione offrono una "fotografia", uno spaccato del sistema sociale, normativo e giurisprudenziale italiano⁴⁹¹: in mancanza di un quadro legislativo generale a tutela delle unioni omoaffettive, gran parte delle loro istanze sono rimesse alla determinazione dell'autorità giudiziaria che decide caso per caso, talvolta discrezionalmente⁴⁹², lasciando tali coppie in uno stato di incertezza giuridica⁴⁹³. La Corte

compiutamente a partire da Corte EDU, GC, 13.06.1979, *Marckx c. Belgio*, ric. n. 6833/74; Corte EDU, 2.08.1984, *Malone c. Regno Unito*, ric. n. 8691/79; Corte EDU, 26.10.1988, *Norris c. Irlanda*, ric. n. 10581/83; Corte EDU, 26.03.1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, ric. n. 8978/80; Corte EDU, 18.12.1986, *Johnston e altri c. Irlanda*, ric. n. 9697/82; Corte EDU, 27.09.1990, *Cossey c. Regno Unito*, ric. n. 11716/85; Corte EDU, 7.02.2002, *Mikuli c. Croazia*, ric. n. 53176/99; Corte EDU, GC, 11.07.2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ric.n. 22985/93, cit.; Corte EDU, GC, 16.12.2010, *A., B. e C. c. Irlanda*, ric. n. 25579/05.

⁴⁸⁹ I giudici di Strasburgo evidenziano che l'Austria aveva già adottato una legge quando la Corte era in procinto di decidere, di converso, in Italia, ancora nel 2015 mancava qualsiasi forma di riconoscimento, cfr. Corte EDU, 21.07.2015, *Oliari e altri c. Italia*, cit., § 164: «*In the present case the applicants still today have no opportunity to enter into a civil union or registered partnership (in the absence of marriage) in Italy*».

⁴⁹⁰ Peraltro, l'opinione concorrente dei giudici Mahoney, Tsotsoria e Vehabovic si discosta da questa lettura degli obblighi positivi scaturenti dall'art. 8, par. 1, CEDU e specifica che «*the "fundamental right" thereby recognised to obtain juridical recognition of the relevant rights and duties attaching to a same-sex union is one deriving, not from any positive obligation enshrined in the Convention, but from the wording of article 2 of the Italian Constitution*».

⁴⁹¹ I giudici di Strasburgo mettono in evidenza che la trascrizione delle unioni omosessuali nei registri comunali in Italia è episodica ed ha valore meramente simbolico (non incide sullo stato civile della persona e non conferisce diritti); del pari, i contratti di convivenza non rispondono ad alcune esigenze fondamentali della coppia stabile (reciproca assistenza materiale e morale, diritti successori) e prescrivono un requisito, la convivenza, che non necessariamente connota le unioni affettive durature (cfr. Corte EDU, 21.07.2015, *Oliari e altri c. Italia*, cit. § 169).

⁴⁹² Secondo la Corte EDU il Governo italiano esercita costantemente il diritto di opporsi alle richieste delle coppie omosessuali e la Corte richiama l'impugnazione proposta avverso il provvedimento del Tribunale di Grosseto del 3 aprile 2014 che aveva accertato l'illegittimità del rifiuto di trascrizione di un matrimonio omosessuale contratto all'estero. La Corte cita anche il provvedimento di riconoscimento del matrimonio celebrato all'estero ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno in Italia, Trib. Reggio Emilia, 13.02.2012.

⁴⁹³ I giudici di Strasburgo evidenziano la strutturale inefficienza del sistema di giustizia italiano, cfr. Corte EDU, 21.07.2015, *Oliari e altri c. Italia*, cit., § 171: «*As indicated by the ARCD the law provides explicitly for the recognition of a same-sex partner in very limited circumstances [...]. It follows that even the most regular of "needs" arising in the context of a same-sex couple must be determined judicially, in the uncertain circumstances mentioned above. In the Court's view, the necessity to refer repeatedly to the domestic courts to call for equal treatment in respect of each one of the plurality of aspects which concern the rights and duties between a couple, especially in an overburdened justice system such as the one in Italy, already amounts to a not-insignificant hindrance to the applicants' efforts to obtain respect for their private and family life. This is further aggravated by a state of uncertainty*» e § 172: «*It follows from the above that the current available protection is not only lacking in content, in so far as it fails to provide for the core needs relevant to a couple in a stable committed relationship, but*

EDU mette in evidenza le criticità e l'inadeguatezza del ruolo di supplenza espletato dai giudici a garanzia del loro diritto alla vita familiare e afferma l'indefettibile necessità di un intervento organico del legislatore.

Tra i fattori considerati rilevanti nella valutazione degli obblighi *ex art. 8 CEDU*, la Corte individua anche il conflitto sussistente in Italia tra la «realità sociale», di prevalente accettazione delle coppie omosessuali che vivono apertamente la loro relazione, e la legislazione che, al contrario, non prevede alcun riconoscimento formale.

La sentenza *Oliari* dimostra che quando sono in gioco le *positive obligations* derivanti dall'art. 8 CEDU aumentano gli "indici sintomatici" idonei ad incidere sul margine di apprezzamento statale: il "consenso interno" alla popolazione italiana si aggiunge a quello che, secondo la consueta indagine di diritto comparato, è il generale *consensus* normativo raggiunto tra gli Stati del Consiglio d'Europa⁴⁹⁴. Occorre, quindi, valutare la "realità sociale", il grado di accettazione del fenomeno anche alla luce di dati statistici e del dibattito culturale, politico e giurisprudenziale, nonché l'eventuale discrasia tra coscienza sociale e legislazione⁴⁹⁵. Tale orientamento sembra destinato a incidere anche sulla questione del matrimonio omosessuale: il futuro raggiungimento di un «*common ground*», di un consenso normativo strutturale negli ordinamenti giuridici degli Stati aderenti, potrebbe non risultare di per sé sufficiente ad estendere le *positive obligations* in tema di riconoscimento del matrimonio *same sex* in mancanza di un "consenso sociale" all'interno della popolazione⁴⁹⁶.

is also not sufficiently stable – it is dependent on cohabitation, as well as the judicial (or sometimes administrative) attitude in the context of a country that is not bound by a system of judicial precedent [...]».

⁴⁹⁴ Sono 24 su 47 gli Stati membri del Consiglio d'Europa che, alla data della decisione, hanno previsto un riconoscimento giuridico per le unioni omoaffettive; nel 2010, invece, al tempo di *Schalk e Kopf*, la proporzione era di 19 Stati su 47. Da un'analisi comparativa delle legislazioni degli Stati contraenti emerge che attualmente il matrimonio per le coppie dello stesso sesso è riconosciuto da 14 Stati, ovvero Belgio, Danimarca, Francia, Islanda, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Spagna, Svezia, Finlandia, Irlanda e, con la legge approvata il 30 giugno 2017, anche la Germania ha consentito l'accesso al matrimonio alle persone dello stesso sesso, con 393 voti a favore, 226 contrari e 4 astenuti, su 623 votanti, cfr. BGBl. I 2017 S. 2787. Una convergenza più ampia si registra a proposito dell'estensione dell'unione civile alle coppie del medesimo sesso: ben 21 Stati membri del Consiglio d'Europa (Andorra, Austria, Belgio, Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Liechtenstein, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Regno Unito, Repubblica Ceca, Slovenia, Spagna, Svizzera, Grecia, Ungheria e dal 2016 anche l'Italia) oggi prevedono l'istituto dell'unione civile per le coppie formate da individui del medesimo sesso. Al contrario, le coppie omosessuali incontrano difficoltà in Stati come Russia e Turchia, ove ancora oggi non esiste una legislazione per combattere la discriminazione per motivi di orientamento sessuale, cfr. sul punto European Commission, *Turkey Report 2015 EU Enlargement Strategy*, 10.11.2015; ILGA-Europe, *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe*, 2014, pp. 140 e 167.

⁴⁹⁵ Da ciò, la considerazione che inquadrare una questione di compatibilità convenzionale in termini di ingerenza arbitraria, piuttosto che di inadempimento di obblighi positivi, incide considerevolmente sull'onere probatorio posto a carico dei ricorrenti, inevitabilmente più gravoso nella seconda fattispecie.

⁴⁹⁶ Con ogni probabilità, una volta raggiunto un orientamento legislativo uniforme nella maggioranza degli Stati, la Corte tenderà a valorizzare l'ulteriore parametro del "consenso interno" alla società civile per mantenere ampio il margine di apprezzamento statale, dando particolare risalto alla circostanza, già affermata in *Schalk*, che il matrimonio è un istituto profondamente radicato nelle tradizioni culturali e sociali delle singole comunità nazionali.

Alla discrasia tra dato sociale e legislativo si aggiunge un altro fattore idoneo a restringere il margine di apprezzamento dello Stato italiano nel caso *Oliari*: è in gioco «l'esigenza generale di riconoscimento giuridico e la tutela fondamentale dei ricorrenti in quanto coppie omosessuali», dunque, l'*an* di un intervento organico che riconosca i “*core rights*” di tali unioni⁴⁹⁷.

Per i giudici di Strasburgo, infine, il legislatore italiano⁴⁹⁸ nell'arco di trent'anni ha disatteso le istanze della popolazione⁴⁹⁹ e, soprattutto, i moniti della Corte costituzionale che ha «segnatamente e ripetutamente sollecitato il riconoscimento giuridico dei pertinenti diritti e doveri delle unioni omosessuali»⁵⁰⁰. Lo Stato ha, quindi, ecceduto il proprio margine di discrezionalità e violato l'obbligo positivo, posto dall'art. 8 CEDU, di garantire un riconoscimento giuridico a tali unioni⁵⁰¹.

Ad un'attenta lettura della pronuncia il dispositivo di condanna, adottato all'unanimità, sembra ruotare proprio attorno all'inosservanza delle sentenze costituzionali⁵⁰², rimaste “lettera morta” a causa dell'immobilismo legislativo ultratrentennale.

⁴⁹⁷ Cfr. Corte EDU, 21.07.2015, *Oliari e altri c. Italia*, cit., § 177: «*In this connection the Court has already held that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition and the rights and obligations conferred by such a union or registered partnership (see Schalk and Kopf, cited above, §§ 108-09). Indeed, the instant case concerns solely the general need for legal recognition and the core protection of the applicants as same-sex couples. The Court considers the latter to be facets of an individual's existence and identity to which the relevant margin should apply*». Occorre, inoltre, considerare che il consenso europeo sulla necessità di regolamentare le coppie omosessuali è cresciuto in modo rilevante rispetto al caso *Schalk* (2010): nel luglio 2015 la maggioranza di Stati del Consiglio d'Europa (24 su 47) ha legiferato a favore di tale riconoscimento.

⁴⁹⁸ Cfr., Corte EDU, 21.07.2015, *Oliari e altri c. Italia*, cit., § 184: «*While the Court is aware of the important legal and factual differences between Broniowski and the present case, it nevertheless considers that in the instant case, the legislature, be it willingly or for failure to have the necessary determination, left unheeded the repetitive calls by the highest courts in Italy. Indeed the President of the Constitutional Court himself in the annual report of the court regretted the lack of reaction on behalf of the legislator to the Constitutional Court's pronouncement in the case of the first two applicants (see paragraph 43 above). The Court considers that this repetitive failure of legislators to take account of Constitutional Court pronouncements or the recommendations therein relating to consistency with the Constitution over a significant period of time, potentially undermines the responsibilities of the judiciary and in the present case left the concerned individuals in a situation of legal uncertainty which has to be taken into account*».

⁴⁹⁹ La Corte EDU afferma che, alla luce dei dati statistici di cui dispone, l'introduzione di una disciplina delle unioni omosessuali rispecchia i sentimenti della maggioranza della popolazione italiana: cfr., Corte EDU, 21.07.2015, *Oliari e altri c. Italia*, cit., § 181: «*The statistics submitted indicate that there is amongst the Italian population a popular acceptance of homosexual couples, as well as popular support for their recognition and protection*».

⁵⁰⁰ *Ibid.*, § 180, ove viene richiamata Corte cost., n. 138/2010, cit.

⁵⁰¹ La scelta della Corte di non analizzare la censura relativa al principio di non-discriminazione è stata criticata da una parte della dottrina che l'ha giudicata come un arretramento rispetto alla recente giurisprudenza in tema di orientamento sessuale, in tal senso cfr. P. Johnson, *Ground-breaking Judgment of the European Court of Human Rights in Oliari and Others v. Italy: Same-sex Couples in Italy Must Have Access to Civil Unions/Registered Partnerships*, 21.07.2015, <www.echrso.com>, (10/2018).

⁵⁰² Nonché all'inosservanza del monito inviato dal Presidente della Corte costituzionale Gallo in occasione della relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale del 2012.

La decisione, pertanto, si appunta su un aspetto significativo della nostra forma di governo, ovvero lo stato dei rapporti tra potere legislativo e Giudice delle Leggi ed esprime una censura piuttosto stringente.

In conclusione, la violazione delle *positive obligations* di cui all'art. 8 CEDU e l'obbligo di legiferare di cui parla la sentenza *Oliari* non sembrano potenzialmente estensibili, come paventato in dottrina, a tutti quegli Stati che ancora non hanno una disciplina sulle unioni *same-sex*: la condanna è strettamente legata alla situazione italiana, al contesto sociale e all'inosservanza dei moniti delle superiori Corti nazionali.

L'aspetto decisivo e qualificante della pronuncia è, quindi, l'enfasi con la quale Strasburgo condanna la mancata attuazione in via legislativa delle precedenti decisioni costituzionali, configurando una "fattispecie sanzionatoria" dei moniti inadempiti⁵⁰³.

Tale "fattispecie" impone una riflessione sull'assenza di strumenti decisori che consentano alla stessa Corte costituzionale di sollecitare in modo cogente il legislatore ad intervenire, specialmente in materie eticamente sensibili nelle quali, come osservato, il "silenzio eloquente" è la scelta privilegiata dall'organo politico. Attendere che sia Strasburgo a condannare lo Stato per la mancata attuazione di diritti di rango costituzionale non sembra un'opzione utilmente percorribile: esigenze di garanzia, nonché di efficienza del sistema di giustizia costituzionale potrebbero spingere l'ordinamento alla previsione di rimedi giuridici volti a sanzionare dall'interno l'inerzia del *conditor iuris*⁵⁰⁴.

3.6. L'attuale disciplina delle "unioni civili": una legge costituzionalmente e convenzionalmente necessaria che lascia aperte alcune rilevanti questioni

Se è vero che l'affermazione dei diritti delle coppie omosessuali in Europa conosce un'evoluzione continua e graduale, iniziata con la depenalizzazione delle relazioni omoaffettive e la successiva previsione di discipline antidiscriminatorie, con la sentenza *Oliari* la Corte EDU sembra aver condotto l'Italia verso un'ulteriore "tappa" fondamentale: il riconoscimento giuridico di un loro *status* familiare, comprensivo di diritti soggettivi e obblighi reciproci⁵⁰⁵.

La pressione della giurisprudenza interna e convenzionale, con accenti progressivamente più incisivi, ha "messo in mora" il Parlamento italiano, spingendolo a legiferare.

⁵⁰³ Questo aspetto viene particolarmente posto in evidenza nelle opinioni concorrenti dei giudici Mahoney, Tsotsoria e Vehabović, ove si afferma che la violazione dell'art. 8 CEDU è dipesa dall'inerzia legislativa, intesa come indebita interferenza nella vita familiare dei ricorrenti per avere lo Stato italiano violato l'art. 2 della Costituzione e i moniti costituzionali.

⁵⁰⁴ Questo profilo sarà approfondito nelle considerazioni conclusive.

⁵⁰⁵ È indubbio che la sentenza *Oliari* abbia posto un obbligo, sul piano internazionale, a carico dello Stato italiano di introdurre in tempi rapidi una regolamentazione giuridica delle unioni stabili tra persone dello stesso sesso.

In definitiva, all'indomani del caso *Oliari* l'introduzione di una disciplina organica generale delle unioni omosessuali si presentava come "non solo costituzionalmente ma anche convenzionalmente necessaria": essendo loro precluso l'accesso al matrimonio e a qualunque altra forma di riconoscimento, a tali coppie era imposto di rimanere fuori dalle regole giuridiche, senza che ciò fosse il risultato di una libera scelta.

Il Parlamento italiano risponde alle pressioni dei giudici nazionali e convenzionali con la l. n. 76/2016⁵⁰⁶ che, a prescindere dalle criticità⁵⁰⁷ in ordine alla tecnica legislativa adottata⁵⁰⁸, sembra aver seguito gli indirizzi tracciati dalla Consulta: si «istituisce» l'unione civile⁵⁰⁹ come «specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione»⁵¹⁰, evidente eco della sentenza n. 138/2010, costituita

⁵⁰⁶ Tra i commenti alla nuova disciplina cfr. *ex multis* F. D. Busnelli, *Architetture costituzionali, frantumi europei, incursioni giurisprudenziali, rammendi legislativi. Quale futuro per la famiglia?*, in M. Gorgoni (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 11 e ss.; P. Schlesinger, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, «Fam. e Dir.», 10, 2016, pp. 845 e ss.; G. Alpa, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 12, 2016, pp. 1718 e ss.; P. Zatti, *Introduzione al convegno*, *ivi*, pp. 1663 e ss.; L. Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, «Giur. It.», 7, 2016, pp. 1779 e ss.; G. Ferrando, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, «Giur. It.», 7, 2016, pp. 1771 e ss.; M. Sesta, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità di legami di coppia*, *ivi*, pp. 1792 e ss.

⁵⁰⁷ Cfr. le criticità espresse da G. Casaburi, *Nota a Oliari contro Italia*, «Foro.it», IV, 2016, p. 10, il quale pone in evidenza che la prima scelta qualificante è stata quella di prevedere una legge speciale per la disciplina delle unioni civili e delle convivenze di fatto, anziché «introdurre, dopo l'art. 230 bis c.c., il titolo VI bis (delle unioni civili) e quindi il titolo VI ter (della disciplina della convivenza)». Censura il medesimo profilo anche G. De Cristofaro, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell'art. 1 della L. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal D.lgs. 19 gennaio 20017, n. 5*, «Nuove Leggi Civ. Comm.», 1, 2017, p. 102 il quale parla di un «esecrabile e ormai purtroppo irreversibile processo di decodificazione del diritto di famiglia».

⁵⁰⁸ Il testo definitivo consta di un unico articolo, suddiviso in ben 69 commi, i primi 35 dedicati alle «unioni civili», ed i restanti dedicati alla «convivenza di fatto»: tale struttura è dovuta al c.d. *maxiemen-damento*, in cui è confluito, in gran parte, il disegno di legge originario.

⁵⁰⁹ Non ci soffermeremo in questa sede sulla disciplina delle «convivenze di fatto», cui possono avere accesso le coppie di maggiorenni, dello stesso o di diverso sesso indistintamente, purché unite stabilmente da legami affettivi, nonché da legami di reciproca assistenza materiale e morale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità, adozione, da matrimonio o da un'unione civile. Ci limitiamo brevemente a ricordare che i conviventi di fatto possono stipulare un contratto di convivenza per disciplinare i relativi rapporti patrimoniali. La l. n. 76/2016 riconosce ai conviventi i diritti relativi all'assistenza nelle carceri e negli ospedali, il potere di rappresentanza, previa designazione, per le decisioni relative alla salute in caso di incapacità di intendere e di volere e per la donazione di organi in caso di morte. Il convivente di fatto può, altresì, essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno e, in caso di morte dell'altro, può succedere nel contratto di locazione. È stato espressamente riconosciuto il diritto al risarcimento del danno qualora la morte del convivente sia stata cagionata da fatto illecito di un terzo e la possibilità per i conviventi di inserimento nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare.

⁵¹⁰ Particolari criticità sono espresse in dottrina rispetto alla qualificazione della unione civile come mera «formazione sociale» anziché come vera e propria compagine «familiare»: cfr. G. Bonilini, *Convivenza, matrimonio, unione civile e famiglia*, «Dir. Succ. Fam.», 3, 2017, p. 770 parla di uno «svilimento» dell'istituto dell'unione civile; similmente cfr. L. Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, *cit.*, p. 1781.

tra due persone maggiorenni del medesimo sesso, alla presenza di due testimoni, mediante una dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile.

Tratto qualificante l'opzione legislativa è la decisione di distinguere le unioni civili dal matrimonio e riservare le prime alle sole coppie dello stesso sesso: una soluzione⁵¹¹ perfettamente in linea con l'interpretazione originalista dell'art. 29 Cost. prospettata dalla Consulta. Anche il linguaggio scelto dal legislatore corrobora l'elemento dell'"alterità": l'unione civile è «istituita», quindi, è una creazione del diritto positivo⁵¹², mentre l'art. 29 Cost. «riconosce» la famiglia fondata sul matrimonio come preesistente al mondo del diritto.

Il nuovo istituto è comunque costruito sul paradigma matrimoniale⁵¹³ poiché la disciplina giuridica applicabile alle unioni civili è individuata mediante ampio rinvio al dettato codicistico sul matrimonio, con il riconoscimento di diritti e obblighi in parte coincidenti⁵¹⁴.

⁵¹¹ Tale opzione aveva come modello la legislazione tedesca, BGBl. I 2001 S. 266 «Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften», su cui cfr. S. Patti, *Le unioni civili in Germania*, «Fam. e Dir.», 2015, pp. 958 e ss.; F. Azzarri, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, «Nuove Leggi Civ. Comm.», 5, 2016, pp. 1105 e ss. Si ricorda, però, che la Germania ha riconosciuto anche il matrimonio omosessuale cfr. BGBl. I 2017 S. 2787 «Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts». In Svizzera e in Austria è stato, invece, introdotto un istituto autonomo, diverso dal matrimonio, riservato alle sole coppie dello stesso sesso e disciplinato da leggi speciali, quindi, fuori dal codice civile, cfr. RS 211.231, LUD in Svizzera e BGBl. I Nr. 135/2009 «Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG)» in Austria.

⁵¹² Sul punto cfr. anche M. Sesta, *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, cit., pp. 1794 e ss.

⁵¹³ Come si evince anche dai decreti attuativi pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale n. 22 del 27.01.2017, ovvero i d.lgs. nn. 5, 6 e 7, del 19.01.2017, entrati in vigore l'11.02.2017. Il d.lgs. n. 5/2017 contiene disposizioni per l'adeguamento delle norme dell'ordinamento dello stato civile alle previsioni della l. n. 76/2016, nonché le modifiche ed integrazioni normative necessarie per il coordinamento con la medesima legge. Il d.lgs. n. 6/2017 introduce modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili. Il d.lgs. n. 7/2017 reca disposizioni per la modifica e il riordino delle norme di diritto internazionale privato in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso. In dottrina, G. Bonilini, *Convivenza, matrimonio, unione*, cit., p. 771 afferma che l'unione civile «sia stata costruita sulla falsa-riga dell'atto matrimoniale e dei contenuti del relativo rapporto, mediante una trama di regole che di fatto, riproducono, nonostante alcune varianti, il contenuto di buona parte delle disposizioni codicistiche dedicate al matrimonio».

⁵¹⁴ Come evidenzia A. Ruggeri, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, cit., p. 522, la disciplina delle unioni civili e, quindi, la l. n. 76/2016 pone il problema fondamentale di «stabilire dove passa la linea di confine tra ciò che richiede una regolazione non dissimile rispetto a quella riservata alla famiglia (nella sua ristretta e propria accezione) e ciò che, di contro, ha bisogno di una pur parziale differenziazione». Così, risulta costruito in base al paradigma matrimoniale il regime giuridico degli impedimenti e della nullità delle unioni civili. Vi è inoltre una parziale equiparazione nei profili economici, patrimoniali, nonché successori (comma 21), così come trova applicazione il regime solidaristico post-matrimoniale (assegno divorzile, pensione di reversibilità, diritto ad una quota del t.f.r.). Fondamentale è, infine, la clausola prevista dal comma 20, che consente di applicare tutte le disposizioni che si riferiscono al matrimonio o ai coniugi previste in leggi, in atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, con l'unica esclusione delle disposizioni non richiamate del codice civile e della l. n. 184/1983 sulle adozioni. Tale clausola consente di applicare alle unioni civili tutte le disposizioni (non solo di rango legislativo) relative ai coniugi, contenute ad esempio nel codice di procedura civile, ma anche quelle in materia di agevolazioni tributarie, edilizia, immigrazione, nonché quelle previdenziali. Cfr. sul punto G. Bonilini, *Convivenza, matrimonio, unione*, cit., p. 772; E. Quadri, *Unioni civili: la disciplina del rapporto*, «Nuova

La mediazione parlamentare ha, tuttavia, portato per almeno due profili ad una “tutela al ribasso”, frutto di un compromesso solo apparentemente ideologico⁵¹⁵: chi si era espresso a difesa della “famiglia tradizionale” ha ottenuto l’eliminazione della cd. *stepchild adoption*, nonché la soppressione di ogni riferimento all’«obbligo reciproco alla fedeltà» e alla collaborazione «nell’interesse della famiglia», previsti dal codice civile per l’istituto matrimoniale⁵¹⁶.

Se l’esclusione del dovere di fedeltà nell’ambito delle unioni civili⁵¹⁷ potrebbe apparire una vittoria puramente simbolica dei sostenitori della “famiglia tradizionale”, al contrario, dal punto di vista strettamente giuridico ha dei risvolti significativi

Giur. Civ. Comm.», 12, 2016, p. 1689. Parla dell’art. 1, comma 20, l. n. 76/2016 come di una «clausola di equivalenza» G. Casaburi, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in G. Casaburi, I. Grimaldi (a cura di), *Unioni civili e convivenze*, Pacini Editore, Pisa, 2016, p. 76; del pari, parla di «clausola di effettività della tutela» R. Campione, *L’unione civile tra disciplina dell’atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in R. Campione, A. Figone, F. Mecenate, G. Oberto (a cura di), *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 6.

⁵¹⁵ Oltre alle differenze evidenziate nel testo occorre segnalare che la l. n. 76/2016 non dà rilevanza alla mancata “consumazione” ai fini dello scioglimento dell’unione, prevista, invece, per lo scioglimento del matrimonio *ex art. 3, n. 2, lettera f*, l. n. 898/1970: il legislatore non ha voluto dare all’elemento della sessualità omosessuale la stessa rilevanza che assume nel matrimonio. A ciò si aggiunga il mancato rinvio per le unioni civili alla disciplina contenuta nell’art. 145 c.c. che consente, in caso di disaccordo tra coniugi sull’indirizzo della vita familiare e la residenza, il ricorso al giudice per la risoluzione della controversia. La l. n. 76/2016 non prevede neppure un rinvio alla disciplina delle pubblicazioni matrimoniali, anche se il d.lgs. n. 5/2017 ha parzialmente supplito a tale mancanza: coloro che intendano costituire l’unione devono dichiarare preventivamente una serie di dati (nome, cognome, data e luogo di nascita, ecc.) e l’insussistenza delle cause impeditive alla costituzione dell’unione di cui all’art. 1, comma 4, l. n. 76/2016; l’ufficiale di stato civile ha l’obbligo di verificare la veridicità di tali dichiarazioni ed è preclusa ai richiedenti la possibilità di costituire l’unione fin tanto che tali verifiche non siano effettuate (il controllo deve essere completato entro il trentesimo giorno dalla ricezione della richiesta da parte dell’ufficiale di stato civile, cfr. art. 70 *bis* e 70 *ter*, d.p.r. n. 396/2000, introdotti dal d.lgs. n. 5/2017). Il d.lgs. n. 5/2017 ha, altresì, previsto un procedimento di opposizione alla costituzione dell’unione civile: l’ufficiale di stato civile che constata l’esistenza di una causa impeditiva non dichiarata dalle parti ha l’obbligo di informare immediatamente il Procuratore della Repubblica il quale potrà proporre opposizione alla costituzione dell’unione mediante ricorso al Presidente del Tribunale del luogo dove è stata chiesta la costituzione dell’unione civile. Tra le altre differenze nella disciplina delle unioni civili rispetto al matrimonio si ricorda anche il mancato rinvio alle disposizioni sulla promessa di matrimonio, sull’ammissione del minore al matrimonio, nonché sulle affinità *ex art. 78 c.c.*, escludendo, così, la nascita di un vincolo giuridico tra parte dell’unione e parenti dell’altra. Sottolinea l’importanza del mancato richiamo all’art. 78 c.c. M. Sesta, *La disciplina dell’unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, «Fam. e Dir.», 10, 2016, p. 885. Secondo l’autore il mancato rinvio alla disposizione codicistica sarebbe una conseguenza diretta della scelta del legislatore di qualificare l’unione civile come negozio giuridico con efficacia limitata alle sole parti contraenti. Ancor più criticamente cfr. T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio*, «Nuove Leggi Civ. Comm.», 3, 2016, p. 382. La scelta del legislatore italiano differisce dalla disciplina tedesca che, invece, qualifica i parenti di uno dei membri dell’unione come “affini” dell’altro.

⁵¹⁶ *Ex art. 143, comma 2, c.c.* L’art. 1, comma 11, l. n. 76/2016 prevede soltanto l’obbligo reciproco all’assistenza morale e materiale e alla coabitazione e stabilisce che «entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni» e non all’“interesse familiare”.

⁵¹⁷ Il riferimento al dovere reciproco di fedeltà è stato espunto in sede di approvazione del maxiemendamento.

e potrebbe condurre a censure di incompatibilità costituzionale⁵¹⁸. Nell'ambito matrimoniale, infatti, secondo un diritto giurisprudenziale ormai consolidato⁵¹⁹, la violazione del dovere di fedeltà può dare luogo non soltanto alla "separazione con addebito", ma anche al c.d. "illecito endofamiliare", quindi, ad una responsabilità civile ex art. 2059 c.c. Ne discende che il mancato riferimento a quell'obbligo nell'ambito dell'unione civile, lungi dal rappresentare una mera opzione ideologica, potrebbe essere censurato per profili di irragionevole disparità di trattamento ex art. 3 Cost. e cadere sotto la scure di una sentenza manipolativa additiva⁵²⁰ che consenta di estendere quel "diritto vivente" anche alla coppia dello stesso sesso⁵²¹.

La l. n. 76/2016 disciplina anche l'eventuale patologia dell'unione civile, prevenendo una regolamentazione dello scioglimento che, per certi aspetti, rinvia alla l. n. 898/1970, ma è solo parzialmente affine alla disciplina sul matrimonio⁵²²: è stato, infatti, soppresso ogni riferimento all'istituto della separazione legale (consensuale e giudiziale)⁵²³, importante "momento di decantazione" del rapporto coniugale che prelude, ma non necessariamente porta, allo scioglimento.

⁵¹⁸ Di diverso parere è, invece, E. Quadri, "Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": *il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, «Corriere Giur.», 7, 2016, p. 895. Anche R. Fadda, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, «Nuova Giur. Civ.», 10, 2016, pp. 1394 e ss. ritiene a sua volta giustificata la mancata previsione del dovere di fedeltà in riferimento alle unioni civili per la loro diversa finalità rispetto al matrimonio. Il dovere di fedeltà nel matrimonio sarebbe strettamente legato allo scopo procreativo, assente nelle unioni civili e, quindi, all'esigenza di garantire una maggior stabilità al vincolo coniugale in vista della tutela del "gruppo familiare" e non della sola coppia.

⁵¹⁹ Cfr. Corte Cass., 15.09.2011, n. 18853, nonché Corte Cass., 1.06.2012, n. 8862 e Corte Cass., 8.09.2014, n. 18870.

⁵²⁰ A ben vedere, i giudici comuni potranno scegliere se optare per una interpretazione estensiva della disciplina matrimoniale, in nome di un'interpretazione conforme a Costituzione, in particolare all'art. 3 Cost., oppure sollevare, come detto, la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la mancata previsione di quel dovere, per un'irragionevole discriminazione tra coppia coniugata ed unione civile, o, infine, escludere l'applicazione di quel "diritto vivente" alle unioni civili, in mancanza di un riferimento legislativo espresso all'"obbligo di fedeltà".

⁵²¹ Peraltro, la l. n. 76/2016 non prevede le conseguenze giuridiche discendenti dall'eventuale violazione dell'"obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione», previsto per l'unione civile ex art. 1, comma 11, l. n. 76/2016. Se nell'ambito matrimoniale l'eventuale violazione di tali obblighi può portare ad una decisione del giudice di separazione "con addebito", viceversa, nell'unione civile questo non è possibile poiché non è previsto l'istituto della separazione. In questa fattispecie la soluzione potrebbe essere un'interpretazione estensiva della responsabilità per "illecito endofamiliare" ex art. 2059 c.c. in caso di violazione di uno dei suddetti obblighi da parte di uno dei membri dell'unione.

⁵²² Il ddl originario estendeva *tout court* all'unione civile la normativa su separazione e divorzio. La l. n. 76/2016 oggi prevede una serie di analogie nelle cause di scioglimento dell'unione civile rispetto all'istituto matrimoniale: 1- morte o dichiarazione di morte presunta; 2 - divorzio con rinvio all' art. 3, n. 1) e n. 2) lettere a), c), d) ed e), l. n. 898/1970; 3 - manifestazione anche disgiunta della volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile; 4 - sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso.

⁵²³ L'art. 1, comma 24, l. n. 76/2016 stabilisce che quando le parti manifestano, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile, è sufficiente proporre la domanda di scioglimento decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà. La previa manifestazione di volontà ed il decorso del termine di tre mesi non sono, tuttavia, previsti a pena di improponibilità o improcedibilità della domanda. Inoltre, la legge non richiede che la manifestazione di volontà abbia una qualche motivazione, quale l'intollerabilità della convivenza, o il venir meno della comunione spirituale o materiale tra le parti. Sulla previa necessaria comunicazione della volontà di scioglimento all'altra parte

La mancata previsione della separazione legale non rappresenta una differenza minimale e non sembra neppure giustificata dal fatto che anche per il matrimonio il legislatore abbia cercato di agevolare e ridurre i tempi dello scioglimento con la recente legge di riforma n. 107/2015 sul “divorzio breve”⁵²⁴.

In realtà la carenza di tale istituto nelle unioni civili, letta in combinato disposto con la disciplina successoria, suscita alcuni problemi interpretativi: non essendo previsto alcun rinvio alle norme codicistiche concernenti la successione del coniuge separato (i.e. la riserva a quest’ultimo degli stessi diritti successori del coniuge non separato *ex art. 548 c.c.*), la parte dell’unione che abbia manifestato la volontà di scioglimento, nei tre mesi che precedono la proposizione della domanda, potrebbe essere esclusa dall’ambito applicativo di tali norme, con conseguenti dubbi circa la disciplina applicabile⁵²⁵.

Riguardo alla peculiare fattispecie della rettificazione anagrafica di sesso di uno dei coniugi, il legislatore risponde al monito costituzionale contenuto nella sentenza n. 170/2014, prevedendo l’automatica conversione del matrimonio in unione registrata ove entrambi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il legame. Tale soluzione è, peraltro, in linea con la *ratio decidendi* della sentenza *Hämäläinen c. Finlandia*⁵²⁶, intervenuta su un’analogo questione.

Nell’ipotesi in cui, invece, sia un componente di un’unione civile a ottenere una sentenza di rettificazione di sesso, la l. n. 76/2016 prevede lo scioglimento automatico dell’unione (non più costituita da persone dello stesso sesso): si tratta di una sorta di “scioglimento *ex lege*” con la differenza⁵²⁷, rispetto alla coppia in origine coniugata, che l’unione civile non potrebbe trasformarsi automaticamente in matrimonio ove le parti manifestassero la volontà di mantenere il loro rapporto di *affectio*. Anche questo profilo differenziale tra coppia inizialmente coniugata e unione civile in caso di rettifica di sesso di uno dei componenti potrebbe sollevare rilievi di dubbia costituzionalità in ordine alla ragionevolezza del trattamento differenziato. Tali dubbi, tuttavia, con ogni probabilità cadrebbero sotto la scure dell’infondatezza, dal

dell’unione, prima della manifestazione dinanzi all’ufficiale di stato civile, cfr. ora art. 63, comma 1, lettera *g* *quinquies*, d.p.r. n. 396/2000, introdotto dal d.lgs. n. 5/2017.

⁵²⁴ Cfr. sul punto S. Landini, *Ddl su unioni civili e convivenze di fatto. Gli intenti del legislatore fra diritto vigente e diritto vivente*, «Osservatorio sulle fonti», 1, 2015, p. 10. Mette in evidenza criticamente le differenze tra la disciplina italiana di scioglimento dell’unione civile e la normativa tedesca, svizzera e austriaca in tema di unioni registrate (i.e. necessità di un procedimento giurisdizionale e di una sentenza costitutiva per lo scioglimento, disciplina differenziata dello scioglimento a seconda che la domanda venga proposta congiuntamente o da una sola delle parti) G. De Cristofaro, *Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso*, cit., p. 117.

⁵²⁵ Del pari non trovano applicazione l’art. 585 c.c. sulla successione legittima del coniuge separato e gli artt. da 566 a 580 c.c. sulla successione legittima dei parenti.

⁵²⁶ Cfr. Corte EDU, GC, 16.07.2014, *Hamalainen c. Finlandia*, ric. n. 37359/09. In tal caso i ricorrenti lamentavano che fosse loro imposta la conversione di diritto del matrimonio in unione registrata in caso di cambiamento di sesso di uno degli sposi. La Corte EDU esclude la violazione della Convenzione, poiché nella legislazione finlandese le differenze tra la disciplina del matrimonio e dell’unione registrata sono marginali, pertanto, lo Stato convenuto non avrebbe superato il margine di apprezzamento consentito.

⁵²⁷ Differenza che è stata oggetto di critiche in punto di ragionevolezza da M. Gattuso, *Cosa c’è nella legge sulle unioni civili: prima guida*, «Articolo29», 25 febbraio 2016, par. 4.6., <www.articolo29.it>, (10/2018).

momento che la coppia legata da unione civile sarebbe comunque libera di contrarre il vincolo coniugale a seguito della rettifica, subendo una limitazione proporzionata e non manifestamente irragionevole del proprio «diritto fondamentale a vivere liberamente una condizione di coppia».

Un ultimo profilo da esaminare che ha innestato un ampio e acceso dibattito in Parlamento è quello concernente l'adozione co-parentale.

Con l'approvazione al Senato⁵²⁸, come noto, è stata espunta la disposizione che consentiva l'adozione del figlio naturale del *partner* (c.d. *stepchild adoption*) nell'ambito dell'unione civile⁵²⁹.

Al di là del merito dell'opzione legislativa, resta il fatto che la perdurante mancanza di una regola giuridica chiara che espressamente consenta o anche soltanto vieti l'adozione co-parentale rappresenta una precisa scelta politica dalle rilevanti conseguenze giuridiche e istituzionali: il Parlamento ha optato ancora una volta per un "silenzio eloquente", quindi, per una delega "in bianco" ai giudici comuni in ordine all'ammissibilità dell'istituto nell'ambito delle unioni civili.

Da un punto di vista strettamente giuridico, infatti, alle persone dello stesso sesso legate da *affectio* stabile non è dato accesso all'adozione "piena" di un minore e, nondimeno, nessuna disposizione legislativa consente loro espressamente di accedere all'adozione co-parentale⁵³⁰.

⁵²⁸ Con l'approvazione del maxiemendamento con voto di fiducia al Senato in data 25 febbraio 2016.

⁵²⁹ In particolare, è stato stralciato l'art. 5, ddl n. 2081/2015 che prevedeva una modifica all'art. 44, comma 1, lettera b, l. n. 184/1983 per consentire alla parte dell'unione civile di accedere all'adozione "in casi particolari" del figlio del *partner*, come già previsto per le coppie coniugate dalla medesima norma. Dal punto di vista comparato l'adozione co-parentale è già da tempo riconosciuta nel panorama europeo: Regno Unito, Spagna, Francia, Danimarca e Belgio prevedono l'istituto; in Paesi come Finlandia, Croazia, Estonia, Slovenia e Groenlandia che non consentono l'adozione piena da parte di coppie dello stesso sesso, viene, tuttavia, consentita l'adozione dei figli naturali e adottivi del *partner*, nell'ipotesi di convivenza registrata con una persona di uguale sesso. Si ricorda che in Francia la Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* ha previsto l'accesso al matrimonio alle coppie dello stesso sesso e, al contempo, ha esteso ai "coniugi" dello stesso sesso l'istituto dell'adozione. In Germania per effetto di BGBI. I 2017 S. 2787 «*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*», legge approvata il 30 giugno 2017 che ha garantito alle coppie dello stesso sesso l'accesso al matrimonio, si è aperta la via anche all'adozione congiunta nell'ambito di tali unioni. Peraltro, già la legge tedesca sulle unioni registrate del 2001 disciplinava il rapporto di "genitorialità sociale" intercorrente fra il membro dell'unione ed il figlio dell'altro *partner* (i.e. in caso di coabitazione fra le parti la legge attribuisce al genitore sociale il potere di concorrere alle decisioni di ordinaria amministrazione concernenti la vita quotidiana del minore, cfr. § 9 BGBI. I 2001 S. 266).

⁵³⁰ A norma dell'art. 6, comma 1, l. n. 184/1983 alla coppia omosessuale è impedito l'accesso all'adozione "piena" che spetta esclusivamente alla coppia unita in matrimonio. Le coppie *same sex* non possono, come noto, neppure accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita in Italia ex art. 5, l. n. 40/2004 che parla di «soggetti maggiorenni, di sesso diverso». Tuttavia, si verifica con una certa frequenza la presenza di minori nell'ambito di coppie omosessuali: o perché il minore è figlio di uno dei membri della coppia, nato in costanza di un precedente matrimonio o unione affettiva; o perché il minore è nato all'estero nell'ambito di un progetto comune della coppia omosessuale, attraverso il ricorso alla fecondazione eterologa (se si tratta di coppie di donne) o tramite maternità surrogata (se si tratta di due uomini). In riferimento alla prima fattispecie si ricorda Corte Cass., 11.01.2013, n. 601 nella quale il Supremo Consesso ha ritenuto che, in seguito allo scioglimento del matrimonio, l'affidamento esclusivo alla madre non fosse in alcun modo ostacolato dalla sua convivenza con altra donna, non sus-

Su impulso di nuovi paradigmi fattuali alcuni giudici di merito hanno, tuttavia, ritenuto applicabile la lettera *d*) dell'art. 44, l. n. 184/1983, "adozione in casi particolari"⁵³¹, grazie ad un'interpretazione estensiva della nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo", comprensiva non soltanto dell'"impossibilità di fatto"⁵³² ma anche di quella "di diritto". Secondo questo orientamento, l'assenza dello "stato di abbandono", presupposto fondamentale per disporre l'"adozione piena", non impedisce l'accesso all'adozione "in casi particolari" quando l'interesse del minore muova verso il riconoscimento di legami affettivi consolidati anche in mancanza di legame biologico⁵³³.

Il Tribunale per i minorenni di Roma⁵³⁴ è stato il primo giudice a disporre l'adozione della figlia naturale della compagna omosessuale, incardinando il dispositivo proprio sull'art. 44, comma 1, lett. *d*), l. n. 184/1983: fattispecie che secondo il

sistendo alcuna prova scientifica della circostanza che l'omosessualità del genitore e la sua convivenza con un'altra donna potesse avere un impatto negativo sullo sviluppo del figlio. A commento cfr. L. Balestra, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore*, «Corriere Giur.», 7, 2013, pp. 893 e ss.

⁵³¹ Sull'origine dell'istituto dell'"adozione in casi particolari" e la sua finalità cfr. G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 2, 2012, pp. 679 e ss. L'autrice sottolinea che tale istituto è nato al fine di dare veste giuridica ad una relazione significativa tra genitore e figlio quando non sussistano i presupposti per l'"adozione piena", ma l'adozione corrisponda comunque all'interesse del minore. Sull'istituto cfr. anche M. Dogliotti, *L'adozione in casi particolari*, in T. Auletta (a cura di), *Filiazione, adozione, alimenti, Trattato Bessone*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 517 e ss.; G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Giuffrè, vol. II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 951 e ss.

⁵³² L'"impossibilità di fatto" può dipendere dalle condizioni concrete in cui versa il minore o dall'impossibilità di reperire una famiglia idonea all'adozione.

⁵³³ Tale indirizzo giurisprudenziale è stato avallato anche dal giudice di legittimità: cfr. Corte Cass., 22.06.2016, n. 12962 e poi ribadito in Corte Cass., 15.06.2017, n. 14878 ove si afferma che «questa Corte privilegia [...] l'interpretazione estensiva della predetta norma [art. 44, lettera d, legge n.184/1983], alla luce del quadro costituzionale e convenzionale ed in particolare dei principi affermati dalla Corte EDU in ordine al reale interesse del minore».

⁵³⁴ Trib. Min. Roma, con due sentenze, la prima del 30.06.2014, confermata anche in grado di appello da Corte App. Roma, 23.12.2015, «Foro. it.», I, 2016, pp. 699 e ss. e la seconda del 22.10.2015. Merita di essere ricordata anche la decisione Corte App. Milano, 16.10.2015, n. 2543, che per la prima volta ha riconosciuto la validità e ordinato la trascrizione di un provvedimento spagnolo di "adozione piena" da parte di una donna italiana nei confronti della figlia della coniuge (sposata e poi divorziata sempre in Spagna), nata con fecondazione eterologa. La Corte d'Appello ha riconosciuto il provvedimento straniero di adozione piena in nome del superiore interesse del minore che richiede, a detta dei giudici, di garantire il «diritto fondamentale del minore di continuare a godere dell'apporto materiale e affettivo delle due persone che da molti anni si sono assunte la responsabilità genitoriale nel suo interesse». È intervenuta, infine, la Corte di Cassazione a confermare la decisione della Corte di Appello, mediante un'interpretazione ampia dell'art. 44, lettera *d*, l. n. 184/1983, comprensiva anche della fattispecie di "impossibilità di diritto di affidamento preadottivo", cfr. Corte Cass., 22.06.2016, n. 12962, su cui cfr. il commento di S. Veronesi, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, «Fam. e Dir.», 11, 2016, pp. 1025 e ss. Si ricorda, inoltre, che il 10 novembre del 2014 era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dal Tribunale di Bologna, in riferimento agli artt. 35 e 36, l. n. 184/1983, nella parte in cui impediscono il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione di un minore, figlio biologico di una donna, in favore della *partner* della stessa a lei unita in matrimonio. Come preannunciato nel comunicato della Corte costituzionale del 24 febbraio 2016, la questione è stata dichiarata inammissibile, poiché «il Tribunale di Bologna ha erroneamente trattato la decisione straniera come un'ipotesi di adozione da parte di cittadini italiani di un minore straniero (cosiddetta adozione internazionale), mentre si trattava del riconoscimento di una sentenza straniera, pronunciata tra stranieri».

giudice capitolino è «una porta aperta sui cambiamenti che la nostra società ci propone e ai quali il giudice minorile non può restare indifferente»⁵³⁵, soprattutto quando sia in gioco il preminente interesse del minore.

Dinanzi ai molteplici interventi giurisprudenziali che hanno, di fatto, riconosciuto l'adozione co-parentale nell'ambito di unioni omoaffettive⁵³⁶ spettava al legislatore, quale interprete della volontà popolare e dei mutamenti della coscienza sociale, prendere una posizione precisa e chiara circa l'ammissibilità o il diniego di tale istituto.

La scelta legislativa di non regolare espressamente l'adozione co-parentale⁵³⁷ nell'ambito delle unioni omoaffettive comporta, quindi, gravi ripercussioni sul fon-

⁵³⁵ Cfr. Trib. Min. Roma, 30.06.2014, n. 299.

⁵³⁶ Cfr. anche Corte App. Torino, 4.12.2014, «Nuova Giur. Civ.», I, 2015, pp. 441 e ss.; Trib. Min. Bologna, 10.11.2014, n. 4701; Trib. Min. Roma, 22.10.2015; Trib. Min. Roma, 23.12.2015 nella quale è stata disposta l'«adozione in casi particolari» a favore del compagno del padre genetico in un caso di maternità surrogata all'estero; Corte App. Torino, 27.05.2016, n. 27; Trib. Min. Bologna, 6.07.2017; Trib. Min. Firenze, 7.03.2017 e nella giurisprudenza di legittimità cfr. Corte Cass., 22.06.2016, n. 12962; Corte Cass., 21.09.2015, n. 18576. Riguardo al diverso profilo del riconoscimento in Italia dello *status filiationis* accertato all'estero nell'ambito di una famiglia con due madri o due padri si ricordano: Corte Cass., 30.09.2016, n. 19599, in senso favorevole alla trascrizione in Italia dell'atto di nascita spagnolo del figlio di due donne coniugate in Spagna, una partoriente e l'altra donatrice dell'ovocita, con nota di G. Casaburi, *Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione*, «Foro.it», I, 2016, pp. 3349 e ss.; G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, «Corriere Giur.», 2, 2017, pp. 185 e ss.; M. Winkler, *Figlio di due madri: la Cassazione, la genitorialità e l'ordine pubblico internazionale*, «Il Quotidiano Giur.», 11 ottobre 2016. Si è pronunciata sulla rettificazione dell'atto di nascita, già trascritto nei registri dello stato civile del Comune di Venezia, relativo a un minore nato in Gran Bretagna tramite fecondazione assistita eterologa, Corte Cass., 15.06.2017, n. 14878. La rettificazione in Italia era stata richiesta dopo che le autorità britanniche avevano proceduto alla correzione dell'atto con l'indicazione del bambino come figlio anche della coniuge della madre gestante, pur in mancanza di legame genetico. L'ufficiale di stato civile di Venezia aveva, tuttavia, rifiutato la rettifica e, del pari, il Tribunale e la Corte di Appello avevano rigettato le istanze delle due donne. La Corte di Cassazione, invece, accoglie la domanda di rettificazione nell'interesse del minore, non risultando la trascrizione contraria all'ordine pubblico internazionale, ovvero ai principi fondamentali dell'ordinamento, secondo l'interpretazione ampia di «ordine pubblico» già adottata da Corte Cass., 30.09.2016, n. 19599. In entrambe le sentenze la Cassazione ritiene che il principio in forza del quale madre è colei che partorisce, ex art. 269, comma 3 c.c., non è un principio di «ordine pubblico internazionale», quindi, non impedisce la trascrizione in Italia dell'atto di stato civile estero dal quale risultino due madri. *Contra* in senso restrittivo rispetto all'adozione co-parentale nell'ambito delle coppie omosessuali cfr., invece, Corte Cass., 27.09.2013, n. 22292, «Guida al Diritto», 46, 2013, pp. 34 e ss.; Trib. Min. Torino, 11.09.2015, poi riformata da Corte App. Torino, 27.05.2016, «Fam. e Dir.», 2015, pp. 822 e ss.; Trib. Min. Milano, 17.10.2016 e 20.10.2016, con nota di G. Ferrando, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 2, 2017, pp. 171 e ss. La decisione del Tribunale di Milano del 17.10.2016 è stata poi riformata da Corte App. Milano, 9.02.2017. Tra i casi più risalenti cfr. Trib. Min. Potenza, 15.05.1984, «Dir. Fam. e pers.», 1984, pp. 1039 e ss.; Trib. Roma, 22.12.1992, «Giur. Merito», 1993, pp. 924 e ss.; Corte App. Torino, 9.06.1993, «Dir. Fam. e pers.», 1994, pp. 165 e ss.

⁵³⁷ L'art. 1, comma 20, l. n. 76/2016 prevede che «*Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*». In dottrina, si sofferma sull'interpretazione di questo comma V. Barba, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, Vol. V, Utet, Torino, 2017, pp. 147 e ss. Tra coloro che escludono l'applicazione dell'adozione «in casi particolari» alle unioni civili in forza di tale previsione cfr. M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, «Fam. e Dir.», 10, 2016, cit., p. 885; M. N. Bugetti, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, ivi, p. 915; F. Da-

damentale principio della separazione dei poteri, poiché si delega al potere giudiziario la disciplina generale dell'*an* e del *quomodo* di un istituto che incide su diritti fondamentali, quali il superiore interesse del minore alla certezza e stabilità del rapporto con il genitore sociale, lo sviluppo armonico della sua identità e personalità e la libertà di autodeterminazione in ambito familiare. Una delega che si traduce in una tutela parcellizzata, *case by case*, potenzialmente discriminatoria in assenza di una disciplina legislativa minima di riferimento che orienti il giudice nella risoluzione della fattispecie concreta⁵³⁸.

La l. n. 76/2016, peraltro, se interpretata in termini di assoluto diniego di accesso all'adozione co-parentale nell'ambito dell'unione civile, potrebbe sollevare dubbi di costituzionalità in riferimento alla ragionevolezza del diniego rispetto al "superiore interesse del minore da valutare in concreto". In definitiva, la Corte costituzionale potrebbe censurare, come già in passato ha fatto proprio in ambito familiare⁵³⁹, quell'automatismo⁵⁴⁰ che non consente la valutazione in concreto dell'interesse del minore e il potere del giudice di modulare la regola generale in relazione alle peculiarità della fattispecie (i.e. l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto di fatto instaurato con il genitore sociale).

Per dare, infine, una risposta all'annoso problema della trascrivibilità in Italia del matrimonio *same sex* contratto all'estero, la legge prevede una delega legislativa per la riforma del diritto internazionale privato (i.e. l. n. 218/1995) e un preciso criterio direttivo⁵⁴¹: si dovrà applicare la «disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso *regolata dalle leggi italiane* alle coppie formate da persone dello stesso

novi, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, ivi, p. 995; *contra*, cfr. F. Tommaso, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, ivi, 2016, p. 991.

⁵³⁸ Secondo M. D'Amico, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, «Federalismi.it», 9 marzo 2016, pp. 10 e ss.: «È presumibile che una parola (quasi) definitiva sulla possibilità di ricorrere comunque all'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983 verrà dalla Corte di cassazione». Altri autori, invece, vedono nel silenzio della l. n. 76/2016 in ordine all'adozione co-parentale nell'ambito dell'unione civile una lacuna, con gravi ricadute sul piano successorio, delle prestazioni previdenziali, sanitarie e scolastiche, in tal senso cfr. L. Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 12, 2016, pp. 1707 e ss.; E. Quadri, *La tutela del minore nella unione civile e nelle convivenze*, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 4, 2017, pp. 566 e ss.; A. Spadafora, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*, «Giur. It.», 12, 2016, pp. 2576 e ss.

⁵³⁹ Si pensi alla sentenza Corte cost., 24.07.1996, n. 303, sul divario di età tra adottante e adottato che in base alla legge non poteva superare in nessun caso il limite dei 40 anni, regola colpita dalla Corte proprio nella parte dell'inderogabilità del limite. Ancora, cfr. Corte cost., 23.02.2012, n. 31, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione che prevedeva la perdita automatica della potestà genitoriale per il genitore che avesse commesso il delitto di alterazione di stato, «così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto». Cfr. anche Corte cost., 23.01.2013, n. 7, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p. nella parte in cui prevedeva, in caso di condanna del genitore per il delitto di soppressione di stato, la perdita di diritto della potestà genitoriale, precludendo anche in questo caso al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore in concreto.

⁵⁴⁰ In tal senso cfr. anche G. Brunelli, *Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, «Forum di Quaderni costituzionali», 11.11.2015, p. 12, <www.forumcostituzionale.it>, (10/2018).

⁵⁴¹ Alla suddetta delega legislativa, come preannunciato, è stata data attuazione con il d.lgs. n. 7/2017, recante disposizioni per la modifica e il riordino delle norme di diritto internazionale privato in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso.

sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo». Si stabilisce, in tal modo, una riqualificazione di tutti i matrimoni omosessuali contratti fuori dal confine nazionale come “unioni civili”, ai fini del riconoscimento giuridico nell'ordinamento interno⁵⁴²: una soluzione scelta anche dal sistema svizzero⁵⁴³, volta a rispondere alle istanze di tutela da tempo emerse nella società civile e filtrate dalla stessa Corte di Cassazione.

Occorre segnalare un'ultima questione lasciata aperta dalla legge sulle unioni civili: dal rinvio contenuto nell'art. 1, comma 20, l. n. 76/2016 non viene esplicitamente esclusa la l. n. 40/2004 ed è, pertanto, legittimo chiedersi se sia possibile estendere alle “unioni civili” alcuni dei diritti riconosciuti ai “coniugi” nell'ambito della procreazione medicalmente assistita. In particolare, considerato il perdurante divieto di *surrogacy*, ex art. 12, l. n. 40/2004, e la generale estensione delle norme sui coniugi anche alle unioni civili, in mancanza di una espressa disciplina di coordinamento con la l. n. 40/2004⁵⁴⁴, sorge il dubbio che si *possa* considerare implicitamente abrogato il divieto di accesso alle tecniche di fecondazione eterologa nell'ambito delle unioni civili fra donne.

In conclusione, al termine della lunga parabola giurisprudenziale che ha caratterizzato la procreazione assistita e le unioni omosessuali, la l. n. 76/2016 sembra fare un passo avanti e uno indietro: recepisce l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale e convenzionale sulla l. n. 40/2004, là dove rifugge dalla previsione di divieti assoluti, perentori, frutto di un bilanciamento a “senso unico”, ma dinanzi alle questioni più divise come l'adozione co-parentale opta per una delega “in bianco” al potere giudiziario.

In definitiva, se il destino della l. n. 76/2016 sembra lontano da quella progressiva demolizione giurisprudenziale che ha interessato l'impianto generale della l. n. 40/2004, è altrettanto vero che siamo dinanzi ad una legge perfettibile su alcuni specifici aspetti, quali appunto la *stepchild adoption*, l'eventuale accesso alla procreazione assistita eterologa per le unioni civili tra donne e il dovere di fedeltà reciproca: problematiche ancora aperte delle quali con ogni probabilità Corte costituzionale⁵⁴⁵ e Corte EDU saranno presto investite.

⁵⁴² Cfr. art. 1, d.lgs. n. 7/2017.

⁵⁴³ Cfr. l'art. 45 della legge svizzera di diritto internazionale privato, ove si stabilisce che un matrimonio celebrato validamente all'estero tra persone dello stesso sesso è riconosciuto in Svizzera come unione registrata («*partenariat enregistré*»). In Germania, prima del riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, la giurisprudenza e la maggior parte della dottrina considerava applicabile per analogia la norma di diritto internazionale privato concernente le *civil partnerships* tra persone dello stesso sesso ai matrimoni esteri. In dottrina Cfr. D. Martiny, *Private International Law Aspects of Same-Sex Couples under German Law*, in K. Boele Woelki, A. Fuchs (a cura di), *Legal Recognition of Same Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 189 e ss.

⁵⁴⁴ Cfr. sul punto i contributi di M. Gattuso e M. M. Winkler, in Id., *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd. lgs 19 gennaio 2017 n. 5,6,7, e al dm. 27 febbraio 2017*, Giuffrè, Milano, 2017, spec. pp. 301 e ss.

⁵⁴⁵ Si ricorda che la Corte costituzionale è stata da poco investita della questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12, l. n. 40/2004, nella parte in cui limitano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle sole coppie formate da persone di sesso diverso, escludendone così le coppie di donne, per asserita violazione del divieto di discriminazioni irragionevoli ex art. 3 Cost., del diritto a realizzare la propria scelta di diventare genitori ex art. 2 Cost., oltre agli artt. 31, 32, 117, comma 1, Cost., cfr. Trib. Pordenone, ord. 2.07.2018, consultabile su <www.articolo29.it>, (10/2018).

Considerazioni conclusive

1. Dall'indagine condotta emergono alcuni profili che accomunano i settori della procreazione medicalmente assistita e delle unioni omosessuali: in primo luogo, l'inerzia del legislatore dinanzi alle istanze di tutela di "nuovi" diritti della persona e il ruolo suppletivo dei giudici, di *tutti* i giudici, nell'appagamento di valori che si rinnovano con il mutare delle esigenze sociali.

I settori esaminati testimoniano con particolare nitore la perdita di ruolo della politica e l'aumento esponenziale della funzione giurisdizionale.

In secondo luogo, procreazione assistita e tutela delle unioni omoaffettive sono accomunate da un massiccio intervento della Corte costituzionale e dei giudici di Strasburgo, terreno fertile per uno scambio continuo tra i due sistemi di garanzia.

Questa "concorrenza" tra Corti quali ripercussioni ha avuto sulla garanzia sostanziale delle posizioni soggettive in gioco?

In entrambi i settori esaminati sussiste un indubbio rafforzamento della qualità e del grado di tutela apprestato ai diritti della persona legati alla sfera affettiva e procreativa.

La necessità di garantire un generale riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali, con conseguente previsione di diritti e obblighi reciproci, è stata affermata con forza da entrambe le Corti ed ha spinto il Parlamento italiano a legiferare in materia.

Del pari, dinanzi alla questione della diagnosi pre-impianto, Corte costituzionale e Corte EDU giungono ad accertare un'incoerenza nel sistema legislativo italiano e a riconoscere un "nuovo" diritto alle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche.

L'innalzamento della tutela è, quindi, testimoniato dagli odierni approdi nella definizione costituzionale di famiglia: il passaggio da un modello giuridico plurale dello *status filiationis* (i.e. filiazione naturale riconosciuta, non riconosciuta, filiazione legittima) ad uno statuto unico di figlio e, per converso, da uno statuto unico di famiglia, quella fondata sul matrimonio, ad uno statuto giuridico plurale di *familiae*.

Nella introduzione al volume si era accennato a una possibile crisi dell'idea "monolitica" di famiglia, ma gli interventi giurisprudenziali in materia sembrano segnare un ulteriore passaggio: dalla crisi ad una nuova «consuetudine culturale», fondata sulla consapevolezza che non esiste una sola famiglia discendente dal vincolo coniugale, ma tante "famiglie" quante sono le relazioni affettive di fatto meritevoli

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

di garanzia in ragione della loro continuità e dell'interesse dei minori alla costruzione e conservazione di una propria identità.

L'indagine condotta dimostra, quindi, che la "concorrenza" tra Corti ha una connotazione positiva innegabile poiché rafforza la tutela sostanziale offerta ai diritti della persona e ha una funzione di stimolo verso un intervento delle autorità nazionali.

Dall'esame empirico della giurisprudenza nell'ambito della procreazione medicalmente assistita e delle unioni omosessuali emerge un altro dato fondamentale: Corte costituzionale e Corte EDU non entrano in conflitto fra loro, al contrario mostrano un allineamento nell'individuazione degli interessi giuridicamente meritevoli e nel grado di tutela da apprestare.

Sussiste, infatti, una piena convergenza in ordine all'indefettibile necessità di garantire un riconoscimento giuridico alle unioni omoaffettive a norma degli artt. 2 Cost. e 8 CEDU.

Rispetto alla questione matrimoniale, se apparentemente prevalgono i profili di frizione nell'approccio ermeneutico, ad un'attenta analisi le due Corti giungono ad un risultato sostanziale convergente: come la Costituzione non prevede un diritto fondamentale al matrimonio omosessuale, così, non lo prevede il sistema CEDU ed è, quindi, da escludere la sussistenza di un obbligo, costituzionale o convenzionale, a carico del legislatore in ordine al riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Il Giudice delle Leggi si è, inoltre, perfettamente allineato alle variabili fattuali e di diritto indicate dalla Grande Camera in *Paradiso e Campanelli* per il riconoscimento della filiazione nei casi di maternità surrogata e, nell'ambito della ricerca embrionale, le due Corti si sono dimostrate concordi nel riconoscere uno spazio di intervento riservato al legislatore in un'ottica comune di *self restraint*.

2. Le evidenze acquisite dimostrano sul piano sistematico che l'intuizione di fondo sottesa alle «sentenze gemelle» è ancora valida ed efficace: il concorso tra diversi livelli di tutela dei diritti fondamentali porta a un naturale innalzamento della loro garanzia sostanziale.

Certamente in dottrina⁵⁴⁶ è stata ampiamente criticata la teoria della "massimizzazione delle tutele" e la stessa sentenza n. 49/2015, più volte richiamata nel testo, sembrava muoversi nel solco di una "chiusura" rispetto al sistema convenzionale. In tale decisione la Corte costituzionale parla di un «predominio assiologico» della Costituzione sulla CEDU e sembra circoscrivere la vincolatività della giurisprudenza convenzionale ai soli casi in cui sia espressione di un orientamento consolidato o sia contenuta in una "sentenza pilota".

L'analisi sul campo ha, tuttavia, dimostrato qualcosa di molto diverso.

L'apertura alla giurisprudenza convenzionale nei settori oggetto di indagine ha, infatti, portato ad un rafforzamento della tutela sostanziale, mostrando che la chiave

⁵⁴⁶ Per un'analisi critica della teoria della massima espansione dei diritti, cfr. il recente lavoro di R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018.

di volta nei rapporti tra i due sistemi di garanzia non è l'isolamento o la chiusura rispetto agli indirizzi "eteroprodotti", ma è il genuino scambio concorrenziale.

Paradigmatica in tal senso è stata la vicenda delle unioni civili nella quale il percorso di sensibilizzazione per ottenere una normativa a tutela di tali unioni ha trovato nel giudice di Strasburgo un propulsore fondamentale: dinanzi all'immobilismo parlamentare protrattosi per anni e stigmatizzato più volte dalla stessa Corte costituzionale, è stato il concorso della sentenza *Oliari* a indurre il legislatore a disciplinare la materia.

L'indagine condotta ha dimostrato che la "concorrenza" tra Corti porta ad una naturale convergenza verso un innalzamento dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali.

Certamente non mancano ambiti nei quali i rispettivi orientamenti sono ancora distanti, pensiamo alle leggi di interpretazione autentica, o alla diversa portata attribuita alla garanzia dell'insindacabilità prevista dall'art. 68, comma 1, Cost. In questi casi la divergenza nasce da un diverso bilanciamento tra gli interessi in gioco, ma in un sistema policentrico di tutela dei diritti fondamentali le divergenze giurisprudenziali sono inevitabili e fisiologiche.

La grande intuizione delle «gemelle» è che queste contrapposizioni non siano espressione di un conflitto insanabile, ma tendano ad una progressiva, naturale composizione e ad un rafforzamento complessivo del livello di garanzia dei diritti della persona.

L'esame empirico dei settori in oggetto ha dimostrato che questa intuizione continua ad avere una buona tenuta, poiché un innalzamento della tutela sostanziale esiste proprio grazie alla concorrenza tra Corti⁵⁴⁷.

3. In tale prospettiva, se il concorso tra diversi sistemi di garanzia ha una funzione positiva innegabile, allora il Protocollo 16 alla CEDU, adeguatamente valorizzato, può portare ad un ulteriore rafforzamento di questa interazione in chiave dialogica.

La futura ratifica del Protocollo da parte dello Stato italiano⁵⁴⁸, come noto, consentirà ai giudici nazionali di ultima istanza di richiedere, in pendenza di giudizio, un parere non vincolante a Strasburgo sull'interpretazione della CEDU.

⁵⁴⁷ Come dimostra anche il recente caso *Coman*, Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5.06.2018, C-673/16, *Relu Adrian Coman e a. contro Inspectoratul General pentru Imigrari e Ministerul Afacerilor Interne*, cit., § 50, nel quale i giudici di Lussemburgo hanno fatto propria l'evoluzione della giurisprudenza CEDU sulla "vita familiare" per riconoscere il legame tra coniugi dello stesso sesso ai fini del diritto di soggiorno derivato, a prescindere dal riconoscimento giuridico del matrimonio *same sex* nello Stato ospitante.

⁵⁴⁸ Il Protocollo 16 annesso alla CEDU, adottato il 10 luglio 2013, entrerà in vigore «dal primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui dieci Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il consenso a essere vincolate dal Protocollo». Il decimo Stato che ha ratificato il Protocollo è stata la Francia, il 12 aprile 2018, determinando così l'entrata in vigore a partire dall'1.08.2018 per i dieci Stati che lo hanno ratificato (i.e. Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Lituania, Repubblica di San Marino, Slovenia, Ucraina e, appunto, Francia). L'Italia, allo stato attuale, non ha ancora proceduto alla ratifica, cfr. <www.coe.int>, (10/2018).

L'intero meccanismo del "parere consultivo" pone nelle mani delle Corti interne due momenti fondamentali: l'attivazione e l'attuazione della procedura.

La funzione "nomofilattica" della Corte EDU dipenderà, pertanto, dalla loro disponibilità ad attivare tale strumento e dalla loro volontà di recepimento di un atto privo di efficacia giuridica vincolante.

Quali i vantaggi di una simile "investitura consultiva"?

In primo luogo, nei settori in cui ancora sussiste una divergenza di orientamenti giurisprudenziali, il ricorso alla Corte EDU in via consultiva può costituire un modo per evitare uno scontro "diretto" in sede giurisdizionale e indicare a Strasburgo i principi di diritto consolidati nel sistema nazionale.

I giudici di ultima istanza potrebbero, inoltre, investire la Corte EDU delle questioni ermeneutiche più delicate concernenti il riconoscimento dei "nuovi" diritti della persona, per promuovere interpretazioni evolutive della Costituzione "convenzionalmente orientate".

Richiamando i principi di diritto e i prodotti normativi enunciati nelle *advisory opinions* le Corti nazionali possono proporre un'interpretazione evolutiva del dato costituzionale⁵⁴⁹, rafforzare la razionalità dell'argomentazione giuridica e, quindi, il grado di accettazione delle proprie decisioni anche in materie socialmente ancora controverse.

In conclusione, temi eticamente sensibili come la ricerca scientifica sugli embrioni, la maternità surrogata e la tutela del minore nei rapporti con il genitore "sociale" potrebbero divenire il terreno elettivo di applicazione del nuovo meccanismo del parere consultivo, per la creazione di un "orientamento giurisprudenziale comune" a tutela delle nuove formazioni familiari nei rapporti tra ordinamento nazionale e sistema CEDU⁵⁵⁰.

In questa stessa ottica la tecnica di giudizio che potrebbe essere privilegiata a Strasburgo nell'ambito della procedura consultiva è un'articolazione elastica del *consensus* normativo: un "*flexible consensus*" tale per cui una mera "tendenza" normativa negli Stati contraenti, favorevole al riconoscimento di un certo interesse

⁵⁴⁹ Le due fonti, Costituzione e Convenzione, si integrano reciprocamente sul piano ermeneutico quando è in gioco la tutela dei diritti fondamentali, dando vita ad una norma idonea a garantire la massimizzazione della tutela del "sistema" di valori in gioco. Ce lo ricorda in molti Suoi scritti A. Ruggeri, secondo il quale interpretazione conforme a Costituzione e interpretazione conforme al diritto internazionale ed eurounitario «si immettono in un circolo unitario e in esso si fondono fino a divenire una sola cosa», cfr. *ex multis*, A. Ruggeri, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, <www.gruppodipisa.it>, p. 6.

⁵⁵⁰ Per corroborare tale conclusione si ricorda che la *Cour de cassation* francese con le decisioni nn. 637 e 638 del 5 ottobre 2018 ha richiesto per la prima volta un parere consultivo alla Corte EDU, secondo la procedura prevista dal Protocollo n. 16, e lo ha fatto proprio in tema di maternità surrogata e di trascrizione all'anagrafe degli atti di nascita di minori nati all'estero da tale pratica. La Corte di Cassazione ha investito i giudici di Strasburgo di due questioni: a) ha chiesto se, rifiutando di trascrivere nei registri dello stato civile il certificato di nascita di un minore, nato all'estero da maternità surrogata, nella parte in cui menziona come madre legale la madre c.d. "intenzionale" (ferma restando la trascrivibilità dell'atto nella parte in cui indica il padre "intenzionale", padre biologico del bambino), uno Stato supera il margine di apprezzamento a sua disposizione ai sensi dell'art. 8 CEDU; b) se, in caso di risposta affermativa, la possibilità per la madre "intenzionale" di adottare il figlio del coniuge, padre biologico, soddisfi i requisiti dell'art. 8 CEDU.

come meritevole di tutela, potrebbe consentire un'interpretazione evolutiva della norma convenzionale conferente.

Tale tecnica di giudizio, se impiegata nell'ambito delle *advisory opinions*, può attribuire alla Corte EDU il ruolo di centro motore, non impositivo, ma *propulsivo* per una graduale evoluzione ed armonizzazione dei "nuovi" diritti della persona meritevoli di tutela.

4. Alla valutazione di sistema sulla positiva "concorrenza" fra Corti si affiancano alcune considerazioni concernenti i limiti e le perduranti carenze nel rapporto fra Autorità e Garanzia.

Nell'ambito delle unioni omoaffettive e della procreazione medicalmente assistita, infatti, il legislatore è intervenuto con notevole ritardo o con divieti rigidi e assoluti, incompatibili rispetto al dettato costituzionale.

L'elevato tasso di creatività delle decisioni giurisprudenziali dal punto di vista normativo ed ermeneutico, talvolta lo slittamento nelle tecniche di giudizio impiegate dimostrano che il ruolo del legislatore non è suscettibile di un'integrale "surrogazione giurisprudenziale" e occorre una reciproca cooperazione per garantire una tutela effettiva degli interessi in gioco.

La vicenda delle unioni omosessuali è emblematica in tal senso: il «diritto di vivere liberamente una condizione di coppia» ha assunto i contorni di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Corte costituzionale, ma non garantito dal legislatore⁵⁵¹, nel protrarsi di una situazione di vero e proprio inadempimento costituzionale, censurata dalla stessa Corte di Strasburgo nel caso *Oliari*.

Esiste, quindi, un rimedio giuridico per ovviare a tale inerzia quando l'attuazione di diritti di rango costituzionale dipenda necessariamente da un intervento del legislatore?

I giudici di Strasburgo hanno indubbiamente maggiori strumenti per sanzionare la violazione di diritti fondamentali e garantire l'effettività della Convenzione, potendo imporre obblighi risarcitori a carico dello Stato convenuto e obbligazioni generali mediante la cd. "*pilot judgment procedure*".

Quando si tratta, invece, di assicurare l'effettività della Costituzione e l'attuazione di posizioni soggettive che il Giudice delle Leggi desume dal dettato costituzionale, gli strumenti giuridici per ovviare all'inerzia del legislatore sono molto più limitati⁵⁵².

La Corte costituzionale ha a disposizione un importante strumento decisionale: la sentenza "additiva di principio", mediante la quale può indicare il diritto oggetto della omessa garanzia legislativa e, ove possibile, i principi che orientino il giudice comune verso una tutela in forma specifica.

⁵⁵¹ R. Romboli, *Il diritto consentito al matrimonio*, cit., p. 1634, parla di «diritti costituzionali accertati, ma non tutelati» quando «all'affermazione della esistenza in Costituzione di un diritto, segue quella dell'impotenza a garantire lo stesso in ragione del mancato intervento del legislatore».

⁵⁵² Evidenzia la necessità di superare, in certi casi, le rigidità del modello decisorio di giustizia costituzionale proprio con riguardo ai rapporti tra Giudice delle Leggi e Corte EDU, F. Donati, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di G. Tesaurò*, cit., pp. 222 e ss.

La questione, tuttavia, diviene particolarmente complessa e problematica ogni volta che, per assicurare una garanzia sostanziale al diritto costituzionale enunciato, sia necessario regolare una pluralità di opzioni normative rientranti nell'insindacabile sfera di discrezionalità legislativa.

In tali fattispecie, per garantire l'effettività della Costituzione in mancanza dell'infungibile intervento del legislatore, si potrebbe ricorrere allo strumento risarcitorio e, quindi, configurare una responsabilità dello Stato per la mancata attuazione in via legislativa di un diritto di rango costituzionale⁵⁵³.

L'accertamento degli elementi necessari per apprestare una tutela per equivalente monetario (i.e. il nesso di causalità e la violazione in concreto del diritto⁵⁵⁴) dovrebbe essere demandato al giudice comune quale soggetto indipendente e, al contempo, vicino alle istanze delle parti in causa.

L'eventuale misura risarcitoria non potrebbe, infatti, essere comminata dalla Consulta a causa della carenza di una norma sul processo costituzionale che ammetta espressamente tale strumento. Al contempo, però, l'intervento del Giudice delle Leggi sarebbe assolutamente indispensabile per desumere dal dettato costituzionale la posizione soggettiva meritevole di tutela giuridica, accertare l'esistenza di un'omissione legislativa e indicare in motivazione il principio risarcitorio, volto a orientare i giudici comuni verso una tutela per equivalente monetario.

Le corti di merito sarebbero, quindi, chiamate ad intervenire in un'ottica di "leale cooperazione" per accertare l'esistenza di un danno concreto al diritto costituzionale enunciato, necessariamente e direttamente discendente dal mancato intervento legislativo.

La via della tutela risarcitoria è indubbiamente problematica, ma non è del tutto sconosciuta al panorama giurisprudenziale europeo: si pensi a quell'orientamento della Corte di Giustizia che a partire dal caso *Francovich*⁵⁵⁵ ha riconosciuto una responsabilità dello Stato membro per mancata trasposizione di direttive dell'U.E. in mancanza di effetti diretti e la risarcibilità del danno cagionato ai singoli dalla mancata attuazione dell'obbligo sovranazionale.

Una soluzione di questo tipo non è del tutto avulsa neppure dal panorama italiano: basti ricordare la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. accolta dai giudici comuni⁵⁵⁶, in forza della quale si riconosce la risarcibilità del danno non

⁵⁵³ Cfr. sul punto la posizione di R. Conti, *Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, pp. 87 e ss.; successivamente A. Ruggeri, *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XIX. Studi dell'anno 2015*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 530 e ss. e nt. 41.

⁵⁵⁴ Si tratterebbe, pertanto, di una forma di risarcimento del "danno ingiusto" diversa dalle *astreintes* dell'ordinamento francese. L'*astreinte* ha, infatti, una funzione esclusivamente sanzionatoria e di coercizione indiretta, il danno è in *re ipsa* e non occorre provare né il pregiudizio effettivo né il rapporto eziologico con la condotta lesiva.

⁵⁵⁵ Corte di Giustizia, 19.11.1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich c. Repubblica italiana*.

⁵⁵⁶ A partire dalle due «sentenze gemelle» della Corte di Cassazione: Corte Cass., sentt. 31.05.2003, nn. 8827 e 8828, a commento delle quali cfr. E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*,

patrimoniale derivante dalla lesione di un diritto di rango costituzionale, anche in assenza della sua previsione in via legislativa.

Gran parte della casistica giurisprudenziale in materia si riferisce, però, ad un'applicazione "orizzontale" nei rapporti tra privati, mentre i casi di operatività "verticale" nei confronti di pubblici poteri sono pochi e circoscritti alla garanzia di diritti espressamente previsti in Costituzione, come la libertà personale⁵⁵⁷.

Il carattere innovativo di questa soluzione consta nella possibilità di estendere la tutela risarcitoria anche ai cd. "nuovi diritti" il cui ancoraggio al dettato costituzionale può presentare profili di maggiore problematicità, come accade in settori eticamente sensibili, riservando, però, al Giudice delle Leggi il fondamentale compito di desumere dal dettato costituzionale le posizioni meritevoli e suscettibili di attuazione soltanto mediante l'intervento del legislatore. A tal fine la Corte costituzionale potrebbe prediligere una sentenza di accoglimento, specialmente un'additiva di principio, dotata di maggior cogenza rispetto ad una mera decisione di rigetto o di inammissibilità con monito⁵⁵⁸.

La via prospettata può prestare il fianco a molteplici obiezioni, prima fra tutte la consistente limitazione della discrezionalità del legislatore in ordine all'*an* del proprio intervento, tuttavia, ogni volta che la Consulta desume in via ermeneutica dal dettato costituzionale l'esistenza di un diritto meritevole di tutela, inevitabilmente pone un limite all'*an* di tale intervento.

La soluzione ipotizzata mira, pertanto, a bilanciare l'esigenza di attuazione di un diritto costituzionale con l'insindacabile discrezionalità del legislatore in ordine al

«Quad. cost.», 2, 2008, pp. 269 e ss. Sottolinea criticamente che la nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c. sottrae al legislatore l'individuazione delle situazioni soggettive la cui lesione comporta danno risarcibile per affidarla al giudice, G. Cricenti, *Il danno non patrimoniale*, Cedam, Padova, 2006, pp. 81 e ss. A sua volta, F. D. Busnelli, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, «Danno e resp.», 2003, pp. 827 e ss. segnala il rischio che nella giurisprudenza si alimenti un processo di *slippery slope*, tale da trasformare in diritto fondamentale ogni aspirazione individuale e la conseguente necessità di ricostruire l'argine costituzionale dei diritti inviolabili «con severo rigore». È interessante notare che la possibilità di interpretare l'art. 2059 c.c. alla luce dei diritti costituzionalmente garantiti era stata prospettata in dottrina venti anni prima delle «sentenze gemelle» da G. B. Ferri, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, «Riv. Dir. Comm.», I, 1984, pp. 155 e ss. e successivamente sostenuta anche da E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giappichelli, Torino, 1996.

⁵⁵⁷ Cfr. Corte Cass., 22.01.2004, n. 2050, il noto caso Barillà nel quale la Cassazione penale ha condannato al risarcimento del danno non patrimoniale il Ministero dell'economia e delle finanze per errore giudiziario, ingiusta detenzione e conseguente lesione degli artt. 2 e 13 Cost. Si ricorda, inoltre, Trib. Genova, 9.05.2005, «Danno e resp.», 2006, pp. 197 e ss., in cui il giudice civile condanna i Ministeri degli interni e della difesa e la Presidenza del Consiglio a risarcire il danno non patrimoniale derivante dalla lesione dei diritti fondamentali di due donne, coinvolte nelle aggressioni della polizia durante il G8 di Genova; o, ancora, Trib. Lecce, 18.04.2006, «Danno e resp.», 2006, pp. 1140 e ss., che ritiene risarcibile da parte dell'INPS il danno non patrimoniale subito da una donna lavoratrice per il mancato pagamento dell'indennità di maternità e conseguente violazione degli artt. 2, 36, 37 e 38 Cost.; o, ancora, Consiglio di Stato, 16.03.2005, n. 1096 che condanna il Ministero dell'istruzione a risarcire il danno non patrimoniale subito da un'insegnante invalida civile, iscritta nelle liste per l'assunzione obbligatoria, per non essere stata chiamata illegittimamente a ricoprire un incarico di supplenza, con conseguente lesione del diritto ad esplicare la propria personalità attraverso il lavoro, ex artt. 2, 4, 36 Cost.

⁵⁵⁸ Nella sentenza la Corte potrebbe, altresì, prevedere l'eventuale periodo di attesa "ragionevole" dell'intervento del legislatore, decorso il quale i giudici comuni potrebbero attuare il principio risarcitorio.

quomodo, alle modalità della tutela e avrebbe il *quid pluris* di stimolare il sollecito intervento dell'organo politico⁵⁵⁹.

Pensiamo, ad esempio, all'eventualità in cui la Corte costituzionale riconoscesse un vero e proprio «diritto fondamentale» del minore, nato da maternità surrogata, al riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti del genitore sociale «nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge», o affermasse il diritto di donare alla ricerca embrioni crioconservati, non più utilizzabili a scopo procreativo. Si pensi ancora al caso in cui il Giudice delle Leggi, stimolato dal recente intervento della Corte di Cassazione in materia⁵⁶⁰, qualificasse come “fondamentale” il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini genetiche anche in riferimento all'identificazione di sorelle o fratelli biologici “mediante apposita procedura di interpello e con le garanzie previste dal legislatore”⁵⁶¹.

In tutte queste ipotesi una disciplina legislativa volta a prevedere le modalità di attuazione del diritto enunciato dalla Corte e un contenimento tra i diversi interessi in gioco sarebbe indefettibile, pertanto, dinanzi all'eventuale inerzia protratta dall'organo politico si potrebbe configurare un'autonoma responsabilità statale per mancata attuazione del diritto costituzionale e accordare, *medio tempore*, una tutela risarcitoria per equivalente monetario.

⁵⁵⁹ Non sfugge l'ulteriore questione se sia configurabile l'azione di rivalsa statale, per danno erariale, derivante dalla condanna a titolo risarcitorio. In tale ottica, il dettato costituzionale esclude la rivalsa nei confronti del parlamentare, poiché la garanzia prevista *ex art. 68 Cost.* resta a presidio dell'insindacabilità dei voti espressi nell'esercizio delle proprie funzioni.

⁵⁶⁰ Cfr. Corte Cass., 20.03.2018, n. 6963, con la quale il giudice di legittimità ha adottato un'interpretazione ampia dell'art. 28, comma 5, l. n. 184/1983, costituzionalmente e convenzionalmente orientata, affermando che il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini genetiche si riferisce non soltanto ai genitori, ma anche all'identificazione di fratelli o sorelle biologici adulti, «previo interpello di questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell'esercizio del diritto».

⁵⁶¹ Si ricorda, a tal proposito, che con Corte cost., 22.11.2013, n. 278, la Consulta aveva già dichiarato l'illegittimità dell'art. 28, comma 7, l. n. 184/1983, nella parte in cui non prevedeva la possibilità per il giudice di sentire, su richiesta del figlio, la madre che avesse dichiarato di non voler essere nominata al momento della nascita, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione, a garanzia del diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini genetiche.

Bibliografia

Parte generale

- S. Agosta, G. D'Amico, L. D'Andrea (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.
- E.A. Alkema, *The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court*, in P. Mahoney (a cura di), *Protecting human rights: the european perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymans, 2000, 41 ss.
- A. Barak, *La comparazione nel diritto pubblico*, in B. Markesinis e J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, trad. it. il Mulino, Bologna, 2009.
- A. Barak, *Comparative Law, Originalism and the role of a judge in a Democracy: a reply to justice Scalia*, speech for Fulbright Convention, 29 Gennaio 2006.
- P. Barcellona, *Famiglia (Dir.Civ.)*, «Enciclopedia del diritto», XVI, 1967, 780 ss.
- P. Barile, *Il principio di ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti della conferenza svolta a Roma, Palazzo della Consulta, 13 e 14 ottobre 1992, pubblicati in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994.
- S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.
- M. Bell, *Holding back the tide? Cross- Border recognition of same-sex partnership within the European Union*, «Eur. R. Priv. L.», 2004, 631 ss.
- M. Bessone, *Rapporti etico-sociali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1976, 10 ss.
- R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1989.
- R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018.
- R. Bin, G. Brunelli A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010.
- R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.
- T. Boerzel, T. Riisse, *Europeanization: the domestic impact of European Union politics*, in K. E. Jorgsen, M. A. Pollack, B. Rosamond (a cura di), *Handbook of European Union politics*, Sage Publications Ltd, Londra, 2007, 483 ss.
- P. Borsellino, *Bioetica tra «moralì» e diritto*, Cortina Raffaello, Milano, 2009.
- G. Buffone, M. Gattuso, M. M. Winkler, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd. lgs 19 gennaio 2017 n. 5,6,7, e al dm. 27 febbraio 2017*, Giuffrè, Milano, 2017.
- F. D. Busnelli, *Prefazione al volume D. Amram, A. Angelo (a cura di), La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011.
- F. D. Busnelli, *Giurisprudenza e bioetica*, in F. D. Busnelli (a cura di), *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Giappichelli, Torino, 2001.

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

- G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve (a cura di), *Comparative Law before the Courts*, BIICL, Londra, 2004.
- R. Caponi, Corti europee e giudicati nazionali, in AA. VV., *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2011, 239 ss.
- L. Cappuccio, E. Lamarque, *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Napoli, 2013.
- A. Cardone, Corte edu, giudici comuni e disapplicazione della legge: spunti per la comprensione delle trasformazioni della forma di stato, in C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.
- A. Cardone, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012.
- P. Caretti, Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive, «Diritti umani e diritto internazionale», 2008, 311 ss.
- P. Carrozza, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A reply*. EJIL, 2008.
- M. Cartabia, I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, relazione svolta in occasione della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24 e 26 ottobre 2013, consultabile in www.cortecostituizionale.it.
- M. Cartabia, L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti, «Quad. cost.», 3, 2009, 537 ss.
- M. Cartabia, *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il mulino, Bologna, 2007.
- M. Cartabia, La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, *All'incrocio tra Costituzione e Cedu: il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Giappichelli, Torino, 2007.
- M. Cartabia, Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici, «Giur. Cost.», 2007, 3565 ss.
- C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi (a cura di), *Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi: Forum Biodiritto 2008*, Cedam, Padova, 2009.
- E. Cheli, F. Donati, La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali, «Dir. Pubbl.», 2007, 155 ss.
- B. Conforti, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti tra diritto interno e trattati internazionali*, «Diritti umani e diritto internazionale», 581 ss.
- R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, Quaderni di biodiritto, Aracne, 2014.
- R. Conti, Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni, in L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2016, 87 ss.
- R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011.
- M. C. Crudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, EJIL, 2008.
- G. Cricenti, *Il danno non patrimoniale*, Cedam, Padova, 2006.
- A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005.
- R. De Caria, Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli Stati di "conformarsi alle sentenze definitive della Corte Edu" nella prospettiva italiana, «Giur. Cost.», 3, 2009, 829 ss.

- U. De Siervo, *Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati d'Europa. Una introduzione generale*, relazione al Convegno su «Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa», Bari 29-30 aprile 2009, consultabile in www.astrid.it.
- U. De Siervo, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, relazione all'incontro di studio su «Problemi per le Corti nazionali a seguito degli ulteriori sviluppi dell'Unione Europea ed in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», consultabile in www.cortecostituzionale.it.
- M. Delmas, *Ordering pluralism. A conceptual framework for understanding the transnational legal world*, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- F. Donati, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di G. Tesaurò*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 207 ss.
- F. Donati, P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, 2003.
- M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011.
- R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986.
- R. Dworkin, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, trad. it L. Cornalba, Feltrinelli, Milano, 2007.
- C. Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *Studi in onore di A. Cicu*, II, Giuffrè, Milano, 1951, 553 ss.
- G. F. Ferrari, A. Gambaro, *The Italian Constitutional Court and comparative Law. A premise*, «Comp. L. R.», 2010, 1 ss.
- P. Ferrua, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, «Processo penale e giustizia», 2011, 121 ss.
- P. Gaeta, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, «Diritto penale contemporaneo», 9 luglio 2012.
- F. Gallo, *Rapporti fra Costituzione e Corte EDU*, 24 maggio 2012, consultabile in www.cortecostituzionale.it.
- A. Garapon, *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1997.
- J. Gerards, *Pluralism, "Deference and the Margin of Appreciation Doctrine"*, «European Law Journal», 17, 2011, 80 ss.
- F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007, Giappichelli, Torino, 2008.
- C. Grassetti, *Famiglia (diritto privato)*, «Noviss. Dig.It.», VII, Utet, Torino, 1961, 50 ss.
- P. Grossi, *Lo Stato moderno e la sua crisi (A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 1, 2011.
- P. Grossi, *Crisi del diritto oggi?*, «Diritto e società», 1, 2011.
- A. Guazzarotti, A. Cossiri, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, «Rassegna dell'Avvocatura dello Stato», 4, 2006, 15 ss.
- V. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- O. Kahn Freund, *Common Law and Civil Law- Imaginary and Real obstacles to Assimilation*, in M. Cappelletti (a cura di), *New perspective for a common law of Europe*, Boston, Sijthoff, 1978, 141 ss.

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

- E. Lamarque, Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012.
- E. Lamarque, Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune, in AA.VV., Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Giuffrè, Milano, 2010.
- E. Lamarque, Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte Costituzionale italiana, «Corriere Giur.», 7, 2010, 955 ss.
- E. Lamarque, I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in L. Cappuccio, E. Lamarque (a cura di), Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 241 ss.
- E. Lamarque, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Istruzioni per l'uso, in S. Sonelli (a cura di), La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano: problematiche attuali e prospettive per il futuro, Giappichelli, Torino, 2015.
- E. Lamarque, L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali, «Quad. cost.», 2, 2008, 269 ss.
- S. Leone, S. Privitera, (a cura di), Dizionario di bioetica, Istituto Siciliano di Bioetica, Palermo, 1994.
- M. Luciani, Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale, Cedam, Padova, 1984.
- M. Luciani, Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo), «Rivista AIC», 3, 2012.
- N. Lupo, I gruppi parlamentari nel parlamentarismo maggioritario, «Democrazia e diritto», 3-4, 2009.
- F. Mancini, La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee, «Rivista trim. di dir. e proc. Civ.», 1989.
- F. Mancini, The making of a Constitution for Europe, «Common Market Law Review», 26, 1989, 595 ss.
- F. Mancini, Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, «Rivista di diritto europeo», 1990, 238 ss.
- V. Manes, Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali, Dike, Roma, 2012.
- G. Martinico, Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale, «Diritto Penale Contemporaneo», 2015.
- C. Masciotta, Il ricorso "diretto" a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 CEDU: un possibile "cortocircuito" tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?, «Osservatorio sulle fonti», 1, 2018.
- F. Modugno, Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo, «Giur. Cost.», 2, 1988.
- F. Modugno, Scritti sull'interpretazione costituzionale, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- A. Morelli, I diritti senza legge, «Consulta OnLine», 1, 2015.
- A. Morelli, Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica dell'ordinamento democratico, in A. Ruggeri (a cura di), La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 401 ss.
- A. Morrone, Il diritto costituzionale nella giurisprudenza, Wolters Kluwer, Milano, 2016.
- A. Morrone, Il diritto costituzionale nella giurisprudenza, Cedam, Padova, 2012.
- A. Morrone, F. Pedrini, D. Tega, Costituzione e norme internazionali pattizie: il valore della Cedu, in A. Morrone (a cura di), Il diritto costituzionale nella giurisprudenza, Cedam, Padova, 2012, 9 ss.

- A. Morrone, Sui rapporti tra norme della Cedu e ordinamento costituzionale, in AA. VV., Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010), Giappichelli, Torino, 2011, 189 ss.
- A. Morrone, sub art. 2, in M. Sesta (a cura di), Codice della famiglia, I, Giuffrè, Milano, 2009, 34 ss.
- A. Morrone, Bilanciamento (giustizia costituzionale), «Enciclopedia del diritto», II, Giuffrè, Milano, 2008.
- A. Morrone, Il custode della ragionevolezza, Giuffrè, Milano, 2001.
- C. Mortati, Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore, «Foro it.» 93, 1970, 5, 153 ss.
- E. Navarretta, Diritti inviolabili e risarcimento del danno, Giappichelli, Torino, 1996.
- S. Ninatti, Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea, Giappichelli, Torino, 2012.
- A. Pace, Metodi interpretativi e costituzionalismo, «Quad. cost.», 1, 2001, 35 ss.
- A. Pace, Problematiche alle libertà costituzionali, parte generale, Cedam, Padova, 2003.
- L. Paladin, Ragionevolezza (principio di), «Enciclopedia del Diritto», Aggiornamento, I, Giuffrè, Milano, 1997.
- L. Paladin, Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?, in AA. VV., Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici, Giuffrè, Milano, 1994.
- G. Parodi, Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), Struttura e dinamica dei sistemi giuridici, Giappichelli, Torino, 1996.
- G. Parodi, Le sentenze della Corte Edu come fonte di diritto. La giurisprudenza costituzionale successiva alle sent. n.n. 348 e 349 del 2007, «Diritto Pubblico comparato ed europeo», 2012, 1743 ss.
- P. Passaglia, Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015, «Consulta OnLine», 2, 2015.
- C. Pinelli, The Constitutional Relevance of the RCHR in Domestic and European Law. General Assessments, in G. Repetto (a cura di), The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective, Antwerp, Cambridge, Portland, 2013, 250 ss.
- C. Pinelli, Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi ad essa confliggenti, «Giur. Cost.», 2007, 3518 ss.
- P. Pirrone, L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, Giuffrè, Milano, 2004.
- A. Pizzorusso, La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale, Giuffrè, Milano, 1965.
- O. Pollicino, Prefazione, a R. Conti, I giudici e il biodiritto, Quaderni di biodiritto, Aracne, 2014.
- A. Randazzo, La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione, Giuffrè, Milano, 2017.
- B. Randazzo, Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo, Giuffrè, Milano, 2012.
- B. Randazzo, Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale, «Rivista AIC», 4, 2011.
- B. Randazzo, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza costituzionale, consultabile in www.cortecostituzionale.it.
- J. Rawls, A theory of justice, Harvard University Press, Harvard, 1971.

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

- G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011.
- G. Repetto, *Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. Casseti (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovene, Napoli, 2012, 34 ss.
- M. Rheinstein, *The Family and the Law*, in A.G. Chloros, M. Rheinstein, M.A. Glendon (a cura di), *Persons and the Family*, Vol. IV, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 2007.
- F. Rimoli, *Bioetica, diritti del nascituro, diritti delle generazioni future*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Giappichelli, Torino, 2001, 340 ss.
- S. Romano, *Nuove pratiche nell'interpretazione dei diritti costituzionali: i metodi comparativi*, in F. Viola (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Il Mulino, Bologna 2012, 205 ss.
- R. Romboli, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in AA.VV., *Quaderno n. 16 del Seminario per gli studi e le ricerche parlamentari*, Giappichelli, Torino, 2006, 63 ss.
- R. Romboli, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, relazione svolta in occasione del Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura su «L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele», Agrigento, 17 e 18 Settembre 2010, consultabile in www.csm.it.
- A. Ross, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965.
- C. Rossano, *Ragionevolezza e fattispecie di eguaglianza* in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994.
- A. Ruggeri, *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XIX, *Studi dell'anno 2015*, Torino, 2016, 530 ss.
- A. Ruggeri, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, «Diritti comparati», 28 luglio 2015.
- A. Ruggeri, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'unione alla cedu e all'entrata in vigore del prot. 16)*, «Rivista AIC», 1, 2014.
- A. Ruggeri, *La Corte Costituzionale "equilibrata", tra continuità ed innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte edu*, «I Quaderni europei», 36, 2011.
- A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, III, Giappichelli, Torino, 2004.
- M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.
- C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- G. Santoro Passarelli, *Matrimonio e famiglia*, in G. Santoro Passarelli, *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1961.
- A. Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011.
- C. Saunders, *Judicial Engagement with Comparative Law*, in T. Ginsburg, R. Dixon (a cura di), *Comparative Constitutional Law*, Northampton, Elgar, 2011.
- U. Scarpelli, *Bioetica laica*, Baldini e Castoldi, Milano, 1998.
- M. Sesta, sub art. 29, 30, 31 Cost., in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 2009, 83 ss.
- G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985.

- G. Silvestri, Verso uno *ius commune* europeo dei diritti fondamentali, «Quad. cost.», 1, 2006, 7 ss.
- G. Silvestri, Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona, «Rivista AIC», 14 marzo 2008.
- P. Singer, *Etica pratica*, Liguori Editore, Napoli, 1989.
- A. M. Slaughter, A global Community of Courts, «Harvard Int. L. J.», 1, 44, 2003, 191 ss.
- A. Sperti, I giudici costituzionali e la comparazione giuridica, «Giornale di storia costituzionale», 2006, 185 ss.
- F. Sorrentino, Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive, «Quad. reg.», 2006, 625 ss.
- D. Tega, The constitutional background of the 2007 revolution: the jurisprudence of the constitutional court, in G. Repetto (a cura di), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2013, 25 ss.
- D. Tega, I diritti in crisi. Tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo, Milano, Giuffrè, 2012.
- D. Tega, L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" CEDU: accordi e disaccordi, in V. Manes, V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 193 ss.
- G. Tesauro, Costituzione e norme esterne, «Il Diritto dell'Unione europea», 2009, 195 ss.
- C. Tomuschat, The effects of the judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court, «German Law Journal», 2010, 526 ss.
- C. Tripodina, L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007, Giappichelli, Torino, 2008.
- F. Viganò, Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali, in P. Corso, E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, La Tribuna, Piacenza, 2010, 636 ss.
- G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2018.
- G. Zagrebelsky, Su tre aspetti della ragionevolezza, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994.
- N. Zanon, *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte Costituzionale italiana*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012.

Parte speciale

- S. Agosta, La maternità surrogata e la Corte Costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio), «Osservatorio sulle fonti», 2, 2018.
- S. Agosta, In fuga dai divieti: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri, «Quad. cost.», 1, 2018, 79 ss.
- S. Agosta, L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004, «BioLaw Journal», 2, 2014, 89 ss.
- S. Agosta, La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente), «Consulta OnLine», 23 luglio 2012.
- M. Ainis, *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005.
- G. Alpa, La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 12, 2016, 1718 ss.

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

- F. Angelini, Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca, «costituzionalimo.it», 1, 2018, 149 ss.
- F. Angelini, Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità – filiazione – genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, 47 ss.
- F. Angelini, I “compromessi sposi”: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali, «Rivista AIC», 2 luglio 2010.
- I. Anrò, Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di “abuso” e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità – filiazione – genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, 55 ss.
- A. Arena, A proposito dello “statuto costituzionale del minore” (Brevi riflessioni a margine di alcune “novità” nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune), «Consulta OnLine», 2, 2016, 241 ss.
- S. Asprea, *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 2009.
- T. Auletta, Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio, «Nuove Leggi Civ. Comm.», 3, 2016, 382 ss.
- F. Azzari, Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche, «Nuove Leggi Civ. Comm.», 5, 2016, 1105 ss.
- M. Balboni, M. Gattuso, Famiglie e identità di genere: “divorzio imposto” e diritti fondamentali, «GenIUS», 1, 2014.
- G. Baldini, Procreazione assistita “eterologa” e diritti della persona tra principi costituzionali e pronunce della CEDU, «Diritti Fondamentali», 8 maggio 2012.
- G. Baldini, Procreazione assistita: l'ordine degli interessi tutelati è uno solo, Note a margine della cd. ordinanza Mariani adottata in tema di fecondazione assistita e diagnosi genetica pre-impianto, «Rass. Dir. Civ.», III, 2008, 829 ss.
- V. Baldini, Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo, «Diritti Fondamentali», 15 settembre 2014.
- V. Baldini, Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il Giudice della nomofilachia smente la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?, «Diritti Fondamentali», 2015.
- L. Balestra, Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra “pregiudizio” e interesse del minore, «Corriere Giur.», 7, 2013, 893 ss.
- L. Balestra, Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni, «Giur. It.», 7, 2016, 1779 ss.
- L. Balestra, La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese, in AA. VV., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 77 ss.
- L. Balestra, Sugli effetti della rettificazione dell'attribuzione di sesso sul matrimonio preesistente, «Giustizia Civile.com», 19.06.2014.
- V. Barba, Le norme applicabili alle persone unite civilmente, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, Vol. V, Utet, Torino, 2017, 147 ss.
- G. Barcellona, La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017, «Forum di Quaderni costituzionali», 9 marzo 2018.
- F. Bilotta (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario, comparato*, Mimesis edizioni, Milano-Udine 2008.

- F. Bilotta, Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare, «Dir. Fam. Pers.», 2, 2011, 899 ss.
- E. Bilotti, Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche, «Quaderni di diritto mercato tecnologia», 3, 2014.
- R. Bin, Maternità surrogata: ragioni di una riflessione, «robertobin.it», 4 luglio 2016.
- R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio, Giappichelli, Torino, 2008.
- R. Bin, La Corte e la scienza, in A. D'Aloia (a cura di), Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale, Giappichelli, Torino, 2005, 22 ss.
- R. Bin, Art. 14, Divieto di discriminazione in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, Cedam, 2001, 409 ss.
- R. Bin, La famiglia: alla radice di un ossimoro, «Studium juris», 2000, 1068 ss.
- R. Bin, Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto”, «Giur. Cost.», 1991, 3574 ss.
- F. Biondi, La sentenza additiva di principio sul cd. “divorzio imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto, «Forum di Quaderni costituzionali», 24 giugno 2014.
- K. Boele Woelki, (a cura di), Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century, Antwerp, Intersentia, 2009.
- C. Bologna, Corte suprema e same-sex marriage: opportuna tutela di nuovi diritti o iperattivismo giudiziario?, «Quad. cost.», 3, 2015, 768 ss.
- G. Bonilini, Convivenza, matrimonio, unione civile e famiglia, «Dir. Succ. Fam.», 3, 2017, 770 ss.
- M. Bonini Baraldi, La famiglia de-genere. Matrimonio, omosessualità e Costituzione, Mimesis edizioni, Milano-Udine 2010.
- K. D. Brudy, Recent Developments: S.H. v. Austria: European Court of Human Rights Holds That the Right to Family Life and Sexism Trump Governmental Limitations on Artificial Procreation, «Tulane Journal of International and Comparative Law», 19, 2011, 691 ss.
- G. Brunelli, Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile, in S. Nicolai, E. Oliveto (a cura di), Maternità – filiazione – genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale, Jovene, Napoli, 2017, 77 ss.
- G. Brunelli, Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale, «Forum di Quaderni costituzionali», 11 novembre 2015.
- G. Brunelli, Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul cd. “divorzio imposto”, «Forum di Quaderni costituzionali», giugno 2014.
- M. N. Bugetti, Il cognome comune delle persone unite civilmente, «Fam. e Dir.», 10, 2016, 915 ss.
- F. D. Busnelli, Architetture costituzionali, frantumi europei, incursioni giurisprudenziali, rammendi legislativi. Quale futuro per la famiglia?, in M. Gorgoni (a cura di), Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016, 11 ss.
- F. D. Busnelli, Cosa resta della legge n. 40? Il paradosso della soggettività del concepito, «Riv. Dir. Civ.», I, 2011, 459 ss.
- F. D. Busnelli, L'inizio della vita umana, «Riv. Dir. Civ.», 1, 2004, 564 ss.
- F. D. Busnelli, Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona, «Danno e resp.», 2003, 827 ss.
- F. D. Busnelli, La famiglia e l'arcipelago familiare, «Riv. Dir. Civ.», 2002, 520 ss.

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

- E. Caggia, Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (breve riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della L. 19 febbraio 2004, n. 40), «Giur. It.», 3, 2004, 2093 ss.
- F. Calzaretti, Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive, «Forum di Quaderni costituzionali», 31 maggio 2010.
- E. Camassa, C. Casonato (a cura di), La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli studi di Trento, 2005.
- R. Campione, L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale, in R. Campione, A. Figone, F. Mecenate, G. Oberto (a cura di), La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76, Giappichelli, Torino, 2016, 6 ss.
- S. Canestrari, Procreazione assistita: limiti e sanzioni, «Riv. Dir. Pen. Proc.», 2004, 417 ss.
- G. Capizzi, Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria, «Bio-Law Journal», 2, 2014.
- P. A. Capotosti, Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010, «Quad. cost.», 2, 2010, 361 ss.
- M. Cartabia, L'ora dei diritti fondamentali, in M. Cartabia (a cura di), I diritti in azione, Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee, Il Mulino, Bologna, 2007, 65 e ss.
- G. Casaburi, Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione, «Foro.it», I, 2016, 3349 ss.
- G. Casaburi, La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, in G. Casaburi, I. Grimaldi (a cura di), Unioni civili e convivenze, Pacini Editore, Pisa, 2016, 76 ss.
- G. Casaburi, Sangue e suolo: la Cassazione ed il divieto di maternità surrogata, «Foro it.», I, 2014, 3414 ss.
- G. Casaburi, Nota a Oliari contro Italia, «Foro it.», IV, 2016.
- G. Casaburi, Legge 40: ultimo atto? Il divieto di p.m.a. alla Consulta. Nota a Tribunale Firenze, 13 settembre 2010, «Corr. merito», 1, 2011, 36 ss.
- G. Casaburi, Il restyling giurisprudenziale della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita, «Giu. Mer.», 12, 2009, 3002 ss.
- C. Casini, M. Casini, M. L. Di Pietro, La legge 19 febbraio 2004 n. 40. Commentario, Giappichelli, Torino, 2004.
- C. Casonato, La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte, «Confronti costituzionali», 17 giugno 2014.
- C. Casonato, E. Frosini, La fecondazione assistita nel diritto comparato, Giappichelli, Torino, 2006.
- C. Casonato, Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo, in E. Camassa, C. Casonato (a cura di), La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci, Università di Trento, Dipartimento di scienze giuridiche, 2005, 13 ss.
- E. Castorina, Scienza, tecnica e diritto costituzionale, «Rivista AIC», 4, 2015.
- M. Castellaneta, Il divieto di matrimonio tra coppie dello stesso sesso non viola la convenzione, «Famiglia e minori», 8, 2010, 86 ss.
- C. Castronovo, Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte Costituzionale, «Europa e Diritto Privato», 3, 2014, 1117 ss.
- E. Ceccherini, Quando l'eguaglianza non basta. Brevi rilessioni sulla giurisprudenza statunitense in tema di same sex marriage alla luce della sentenza Windsor, in D. Ferrari (a cura di), Lo status giuridico delle coppie same sex. Una prospettiva multilivello, Primiceri Editore, Padova, 2014, 155 ss.
- A. Celotto, Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità, «Forum di Quaderni costituzionali», 11 marzo 2004.

- A. Celotto, La Corte Costituzionale “decide di non decidere” sulla procreazione medicalmente assistita, «Giur. Cost.», 2006, 3846 ss.
- F. Cerri, Corte europea e fecondazione eterologa: mater semper certa est? Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, «Europa e diritto privato», 4, 2010, 1219 ss.
- A. Ceserani, Il caso «Oliari» avanti la Corte di Strasburgo e la condizione delle coppie «same-sex» in Italia: brevi riflessioni, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 2015, 785 ss.
- A. Ciervo, I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee, Aracne, 2014.
- A. Ciervo, Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali, «Giur. Cost.», 2008, 3669 ss.
- N. Colacino, Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta, «Rivista OIDU», 3, 2015.
- G. Collura, L'adozione in casi particolari, in Trattato di diritto di famiglia diretto da P. Zatti, Giuffrè, vol. II, Giuffrè, Milano, 2011, 951 ss.
- R. Conti, La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015, «Consulta OnLine», 1, 2015.
- I. Corti, Divieto di fecondazione eterologa. Riflessioni critiche, in A. Cossiri, G. Di Cosimo (a cura di), La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa, Aracne, Roma, 2013, 138 ss.
- I. Corti, La procreazione assistita, in Il nuovo diritto di famiglia, Trattato diretto da G. Ferrando, Zanichelli, Bologna, III, 2007, 491 ss.
- A. Cossiri, G. Di Cosimo, La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa, Aracne, Roma, 2013.
- A. Cossiri, La demolizione giurisprudenziale della legge 40/2004, in A. Cossiri, G. Di Cosimo (a cura di), La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa, Aracne, Roma, 2013, 32 ss.
- M. P. Costantini, La donazione dei gameti nel dibattito giuridico europeo, in A. Barenghi (a cura di), Procreazione assistita e tutela della persona, Cedam, Padova, 2011, 51 ss.
- F. Crisafulli, Same-Sex Couples's Rights (Other than the Right to Marry) Before the ECtHR, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (a cura di), Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions, Heidelberg, 2014, 408 ss.
- C. Cristiano, E. Peluffo, L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto: ovverosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino, «Dir. Fam. e pers.», 4, 2014, 1290 ss.
- E. Crivelli, Oliari e altri c. Italia: la Corte di Strasburgo condanna l'immobilità del legislatore italiano nel riconoscimento delle unioni omosessuali, «Quad. cost.», 4, 2015, 1036 ss.
- E. Crivelli, Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese, «Rivista AIC», 2 luglio 2010.
- M. Croce, Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale, «Forum di Quaderni costituzionali», 23 aprile 2010.
- M. G. Cubeddu, La dimensione europea della famiglia, in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello (a cura di), Trattato di diritto di famiglia, tomo I, Famiglia e matrimonio, Giuffrè, Milano, 2011, 83 ss.
- F. Dal Canto, La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale, «Foro it.», I, 2010, 1369 ss.

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

- F. Dal Canto, Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana, «Foro it.», 2005, V, 275 ss.
- F. Danovi, L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto, «Fam. e Dir.», 10, 2016, 995 ss.
- A. D'Aloia, L'(ex) 40, «Quad. cost.», 4, 2015.
- A. D'Aloia, Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale, in L. Violini (a cura di), Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, Giuffrè, Milano, 2011, 15 ss.
- M. D'Amico, L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico, «Federalismi.it», Editoriale, 9 marzo 2016.
- M. D'Amico, Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore, «Forum di Quaderni costituzionali», 5 novembre 2015.
- M. D'Amico, La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia, «Forum di Quaderni costituzionali», 29 settembre 2015.
- M. D'Amico, Famiglia e "famiglie" tra principi costituzionali italiani e europei, «GenIUS», 2, 2015.
- G. D'Amico, La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014, «Forum di Quaderni costituzionali», 3 luglio 2014.
- M. D'Amico, Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei, in M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Franco Angeli, Milano, 2012, 18 ss.
- M. D'Amico, I. Pellizzone, I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte Costituzionale, Franco Angeli, Milano, 2010.
- M. D'Amico, La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche, in M. D'Amico, I. Pellizzone (a cura di), I diritti delle coppie infertili, Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte Costituzionale, Franco Angeli, Milano, 2010, 214 ss.
- M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), Interpretazione conforme e tecniche argomentative, Giappichelli, Torino, 2009.
- M. D'Amico, Il giudice costituzionale e l'alibi del processo, «Giur. Cost.», 2006, 3859 ss.
- M. D'Amico, Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? In margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004, in A. Celotto, N. Zanon (a cura di), La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa, Franco Angeli, Milano, 2004, 48 ss.
- L. D'Andrea, Prime note in tema di assorbimento nei giudizi di costituzionalità, in A. Rggeri, G. Silvestri (a cura di), Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi, Giuffrè, Milano, 2000, 79 ss.
- L. D'Angelo, La Consulta al legislatore: questo matrimonio "nun s'ha da fare", «Forum di Quaderni costituzionali», 16 aprile 2010.
- L. D'Avack, Maternità surrogata: un divieto "inefficace", «Dir. Fam. e pers.», 1, 2017, 139 ss.
- L. D'Avack, Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare, «Dir. Fam. e pers.», 3, 2014, 1005 ss.
- L. D'Avack, Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviando la questione alla Corte Costituzionale, «Dir. Fam. e pers.», 1, 2011, 40 ss.

- G. De Cristofaro, Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell’art. 1 della L. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal D.lgs. 19 gennaio 20017, n. 5, «Nuove Leggi Civ. Comm.», 1, 2017.
- M. Dell’Utri, La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali, «Giur. Mer.», 2, 2011, 402 ss.
- S. Della Bella, La Consulta non si pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale dell’art. 13, l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, «Fam. Pers. Succ.», 4, 2007, 305 ss.
- P. De Stefani, Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Aspetti penalistici, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), Trattato di Biodiritto, Giuffrè, Milano, 2011, 705 ss.
- M. Di Bari, Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione, «Rivista AIC», 28 marzo 2012.
- A. Di Blasi, I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale, «costituzionalismo.it», 3, 2004.
- G. Di Cosimo, Quando il legislatore predilige un punto di vista etico religioso, in A. Cossiri, G. Di Cosimo (a cura di), La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa, Aracne, Roma, 2013, 13 ss.
- G. Di Cosimo, Dietro la legge, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio, Giappichelli, Torino, 2008, 88 ss.
- C. Di Costanzo, Ancora sul margine di apprezzamento: frontiera costituzionale o crinale giuridicamente indefinibile? Nota a sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, ricorso n. 57813 del 2000, S. H. e altri vs Austria, 2011, «Forum di Quaderni costituzionali», 2 dicembre 2011.
- G. Di Genio, Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita, «Forum di Quaderni costituzionali», 20 maggio 2009.
- A. Di Martino, Procreazione assistita: il Tribunale di Catania non sollecita l’intervento della Corte costituzionale, «Rivista AIC», 24 giugno 2004.
- M. Di Stefano, Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalistica su un difficile puzzle da ricomporre, «GenIUS», 1, 2015, 160 ss.
- A. Diurni, La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea, «Famiglia, persone, successioni», 6, 2011, 409 ss.
- M. Dogliotti, L’adozione in casi particolari, in T. Auletta (a cura di), Filiazione, adozione, alimenti, Trattato Bessone, Giappichelli, Torino, 2011, 517 ss.
- M. Dogliotti, Procreazione assistita: le Linee Guida del 2008, «Fam. e Dir.», 2008, 749 ss.
- M. Dogliotti, Diagnosi preimpianto, accertamento dello stato di salute dell’embrione e diritti della persona, «Fam. e Dir.», 2007, 1148 ss.
- M. Dogliotti, Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte fondate le questioni di legittimità costituzionale, «Fam. e Dir.», 4, 2004, 384 ss.
- E. Dolcini, La lunga marcia della fecondazione assistita – la legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte Edu e giudice ordinario, «Riv. It. Dir. Proc. Pen.», 2011, 428 ss.
- E. Dolcini, La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), Il governo del corpo, II, Milano, 2011, 1588 ss.
- E. Dolcini, Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviando la questione alla Corte Costituzionale, «Dir. Fam. e pers.», 1, 2011, 40 ss.
- E. Dolcini, Il divieto di fecondazione assistita “eterologa” in attesa di giudizio, «Riv. Dir. Pen. proc.», 2011, 353 ss.

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

- E. Dolcini, Strasburgo – Firenze – Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?, «Diritto Penale contemporaneo», 21 ottobre 2010.
- E. Dolcini, Fecondazione assistita e diritto penale, Giuffrè, Milano, 2008.
- G. P. Dolso, Un matrimonio a tempo per il “transessuale tardivo”: considerazioni sul “seguito” della sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale, «GenIUS», 1, 2015.
- F. Donati, La famiglia nella legalità costituzionale, «Rivista AIC», 4, 2014.
- F. Donati, P. Milazzo, La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), La Corte costituzionale e le Corti d’Europa, Giappichelli, Torino, 2003, 65 ss.
- M. Eijkholt, The Right to Found a Family as a Stillborn Right to procreate?, «Medical Law Review», 18, 2010, 142 ss.
- R. Fadda, Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto, «Nuova Giur. Civ.», 10, 2016, 1394 ss.
- E. Falletti, La Corte europea dei diritti dell’uomo e l’adozione da parte del single omosessuale, «Fam. e Dir.», 2008, 221 ss.
- E. Farnós Amorós, European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting (Roma, 27-30, giugno 2010), «InDret», 3, 2010, 10 ss.
- G. Ferrando, A Milano l’adozione del figlio del partner non si può fare, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 2, 2017, 171 ss.
- G. Ferrando, Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis, «Corriere Giur.», 2, 2017, 185 ss.
- G. Ferrando, L’adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 2, 2012, 679 ss.
- G. Ferrando, Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze, «GenIUS», 2, 2017.
- G. Ferrando, Le unioni civili: la situazione in Italia, «Giur. It.», 7, 2016, 1771 ss.
- G. Ferrando, La disciplina dell’atto. Gli effetti: diritti e doveri, «Fam. e Dir.», 10, 2016, 890 ss.
- G. Ferrando, Matrimonio same - sex: Corte di cassazione e giudici di merito a confronto, «Corr. giur.», 7, 2015, 909 ss.
- G. Ferrando, Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari, «Fam. e Dir.», 10, 2015, 952 ss.
- G. Ferrando, Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità, «Politica del Diritto», 3, 2014, 359 ss.
- G. Ferrando, Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 1, 2013, 20 ss.
- G. Ferrando, La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita, «Fam. e Dir.», 2011, 517 ss.
- G. Ferrando, La “via legislativa” al matrimonio same-sex, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?, Jovene, Napoli, 2011, 31 ss.
- G. Ferrando, Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 2, 2009, 521 ss.
- G. Ferrando, Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l’impianto di embrioni ammalati, «Fam. e Dir.», 4, 2004, 383 ss.
- G. B. Ferri, Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale, «Riv. Dir. comm.», I, 1984, pp. 155 e ss.
- G. Fiandaca, Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica, «Leg. pen.», 2005, 344 ss.
- A. Figone, La Corte Costituzionale interviene in tema di diagnosi preimpianto sull’embrione, «Fam. e Dir.», 6, 2007, pp. 547 e ss.

- G. Finocchiaro, L'atto deve essere considerato idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento, «Guida al dir.», 14, 2012.
- D. Fiorato, D. Ferrari, La Consulta davanti alla nozione giuridica di matrimonio: il formarsi di un giudicato costituzionale? (osservazioni a prima lettura della sentenza 170/2014), «La nuova Giustizia civile», 3, 2014, 117 ss.
- A. Forabosco, Le diagnosi prenatali e preimpianto, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), Il governo del corpo, Giuffrè, Milano, 2011, 1468 ss.
- T. E. Frosini, Stupisce il mancato ricorso alla Consulta, «Guida al dir.», 23, 2004, 56 ss.
- C. Fusaro, Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio, Giappichelli, Torino, 2010, 169 ss.
- G. Galipò, Convivenze di fatto ed original intent del Costituente nella giurisprudenza costituzionale, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale, Atti del Seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007, Giappichelli, Torino, 2008, 343 ss.
- A. Gambino, A. Nicolussi, Alcuni rilievi sulle interpretazioni della sentenza della Corte costituzionale sulla legge 40/2004, «Forum di Quaderni costituzionali», 22 Maggio 2009.
- M. Gattuso, Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: prima guida, «Articolo29», 25 febbraio 2016.
- M. Gattuso, Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole di essere riconosciuta, «articolo29», 29 agosto 2014.
- M. Gattuso, La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, «Fam. e Dir.», 2010, 663 ss.
- E. Giacobbe, Tre "banalità" e una verità: brevi osservazioni su una prima applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita, «Gius. Civ.», X, 2004, 2459 ss.
- G. Giacobbe, Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano, «Riv. Dir. Civ.», 1, 2006, 481 ss.
- A. Gorgoni, Famiglie e matrimonio: profili evolutivi nel diritto europeo, «Persona e mercato», 2013, 241 ss.
- C. Grabenwarter, B. Krauskopf, Sh and others vs. Austria: a larger margin of appreciation in complex fields of law, «Quad. cost.», 1, 2012, 155 ss.
- C. Guarini, Tra "divorzio imposto" e "matrimonio a tempo". osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I sezione civile, «Rivista AIC», 2, 2016.
- A. Guazzarotti, Fecondazione eterologa, aborto e diagnosi pre-impianto, in A. Cossiri, G. Di Cosimo (a cura di), La fecondazione vietata, Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa, Aracne, Roma, 2013.
- A. Guazzarotti, I diritti sociali nella giurisprudenza Cedu, «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 1, 2013.
- A. Guastapane, La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale, «Dir. Soc.», 1996, 208 ss.
- A. Guglielmino, S. Chamayou, Diagnosi preimpianto: tra tutela della salute e procreazione responsabile. Il punto di vista dei medici, in M. D'Amico, I. Pellizzone (a cura di), I diritti delle coppie infertili, Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte Costituzionale, Franco Angeli, Milano, 2010, 235 ss.
- J. Habermas, Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, Frankfurt am Main, 2001, trad. it., L. Ceppa (a cura di), Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale, Einaudi, Torino, 2002.
- W. Hassemer, Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana, «Ars interpretandi: Rivista di ermeneutica giuridica», 2005.

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

- M. P. Iadiccio, Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore, «Giur. Cost.», 3, 2015, 797 ss.
- A. Iannuzzi, La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004, «Giur. Cost.», 3, 2015, 805 ss.
- P. Johnson, Ground-breaking Judgment of the European Court of Human Rights in *Oliari and Others v. Italy: Same-sex Couples in Italy Must Have Access to Civil Unions/Registered Partnerships*, 21.07.2015, consultabile in www.echrso.com
- P. Johnson, An essentially private manifestation of human personality, «Human Rights L.R.», 2010, 67 ss.
- S. La Rosa, La diagnosi genetica preimpianto: un problema aperto, «Fam. e Dir.», 2011, 839 ss.
- E. La Rosa, Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili, «Giur. It.», 3, 2014, 2827 ss.
- S. La Rosa, Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche, «Fam. e Dir.», 5, 2010, 487 ss.
- E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.
- E. Lamarque, F. Viganò, Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo), «Giur. It.», 2014, 392 ss.
- E. Lamarque, *Famiglia e filiazione*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno di Catania 7-8 giugno 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 591 ss.
- E. Lamarque, Art. 30, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino, 2006, 622 ss.
- E. Lamarque, Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale, «Quad. cost.», 2, 2005, 381 ss.
- S. Landini, Ddl su unioni civili e convivenze di fatto. Gli intenti del legislatore fra diritto vigente e diritto vivente, «Osservatorio sulle fonti», 1, 2015.
- L. Lenti, Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 12, 2016, 1707 ss.
- L. Lenti, Note critiche in tema di interesse del minore, «Riv. Dir. Civ.», 2016, 90 ss.
- B. Liberali, Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. Time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria, in M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte Costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2012.
- B. Liberali, La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo, «Rivista AIC», 3, 2012.
- B. Liberali, La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, «Nuova Giur. Civ. comm.», 11, 2010, 556 ss.
- G. Lombardi, *La famiglia nell'ordinamento italiano*, «Iustitia», 1965.
- J. Long, Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità, ivi in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità – filiazione – genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, 145 ss.
- J. Long, Adozione in casi particolari e second-parent adoption, «Fam. e Dir.», 2015, 580 ss.
- L. Lorello, La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale, «Rivista AIC», 8 maggio 2012.

- A. Lorenzetti, Diritti “in transitu”. La condizione giuridica delle persone transessuali, Franco Angeli, Milano, 2013.
- G. Luccioli, Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata, «Consulta OnLine», 2, 2017.
- V. Magrini, La scelta della restituzione degli atti nell’ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012, «Rivista AIC», 3, 2012.
- E. Malfatti, La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non “scontata” né (del tutto) condivisibile, «Consulta OnLine», 2, 2015, 533 ss.
- E. Malfatti, Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla Corte costituzionale (ord. n. 150/2012) ed esigenze del “seguito” alle pronunce di Strasburgo, «Diritto Penale contemporaneo», 29 aprile 2013.
- E. Malfatti, Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte, «Forum di Quaderni costituzionali», 29 giugno 2012.
- E. Malfatti, La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i “giochi di parole” divengono decisivi, «Rivista AIC», 3, 2012.
- F. Mancini, Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell’art. 29 della Costituzione, «Riv. Dir. Civ.», I, 1963, 223 ss.
- M. Manetti, Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali, «Rivista AIC», 1, 2010.
- M. Manetti, La sentenza sulla pma o del legislatore che volle farsi medico, «costituzionalismo.it», 1, 2009.
- M. Manetti, Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata, «Giur. Cost.», 2009, 1688 ss.
- M. Manetti, Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita, «Pol. Dir.», 2004, 453 ss.
- A. Martini, Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.
- D. Martiny, Private International Law Aspects of Same-Sex Couples under German Law, in K. Boele Woelki, A. Fuchs (a cura di), Legal Recognition of Same Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives, Intersentia, Cambridge, 2012, 189 ss.
- C. Masciotta, Il ricorso “diretto” a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 CEDU: un possibile “cortocircuito” tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?, «Osservatorio sulle fonti», 1, 2018.
- C. Masciotta, La Grande Chambre pone un freno alla forza espansiva della “vita familiare”: uno stop all’attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia, «Osservatorio costituzionale», 2, 2017.
- C. Masciotta, L’allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l’Italia per violazione della vita familiare, «Rivista AIC», 27 novembre 2015.
- I. Massa Pinto, “Fiat matrimonio”, «Rivista AIC», 4 aprile 2012.
- I. Massa Pinto, C. Tripodina, Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio” ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010, «Dir. Pubbl.», 2, 2010, 471 ss.
- G. Matucci, La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all’interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272), «Forum di Quaderni costituzionali», 15 febbraio 2018.
- A. Melani, Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta, «Forum di Quaderni costituzionali», 2010.

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

- S. Minervini, *La procreazione medicalmente assistita*, Halley, Matelica, 2007.
- F. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, «Rassegna parlamentare», 2005, 360 ss.
- G. Monaco, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle "leggi costituzionalmente necessarie"*, «Giur. Cost.», 2005, 337 ss.
- M. Montalti, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna, 2007.
- A. Morawa, *The 'Common European Approach', 'International Trends', and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on Goodwin and I v. the United Kingdom*, «German Law Journal», 3, 2002.
- A. Morelli, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, «Forum di Quaderni costituzionali», 17 novembre 2006.
- A. Morelli, *Lo ius superveniens come tecnica di selezione delle questioni di legittimità costituzionale*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Giappichelli, Torino, 2002, 583 ss.
- P. Morozzo della Rocca, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, «Fam. e Dir.», 2015, 186 ss.
- A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, «Forum di Quaderni costituzionali», 11 giugno 2014.
- A. Morrone, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, «Forum di Quaderni costituzionali», 19 luglio 2012.
- A. Morrone, E. C. Raffiotta, D. Tega, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: via giudiziaria o via legislativa per la sua introduzione?* in A. Morrone, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2012, 180 ss.
- C. Murgo, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 2012, I, 36 ss.
- T. Murphy, G. Ó Cuinn, *Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights*, «Human Rights Law Review», 4, 2010, 601 ss.
- C. Nardocci, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, «Forum di Quaderni costituzionali», 3 settembre 2015.
- C. Nardocci, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, «Rivista AIC», 1, 2013.
- C. Nardocci, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*, «Forum di Quaderni costituzionali», 3 febbraio 2012.
- A. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, «Rivista AIC», 1, 2012.
- S. Ninatti, L. Violini, *Nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, «Forum di Quaderni costituzionali», 24 aprile 2012.
- M. Olivetti, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, «Guida al diritto», 2004, 51 ss.
- M. Olivetti, *Decisione coerente, ma gli interessi vanno bilanciati*, «Guida al diritto», 23, 2004, 58 ss.
- A. Osti, *La sentenza Sh e altri c. Austria: un passo "indietro" per riaffermare la legittimazione della Corte europea*, «Quad. cost.», 1, 2012, 159 ss.
- A. Osti, *Il caso S.H. e altri c. Austria in tema di procreazione medicalmente assistita*, in M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, 13 ss.

- M. Pacini, Procreazione assistita e non discriminazione nella CEDU, «Giornale di diritto amministrativo», 1, 2011, 39 ss.
- L. Paladin, Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso *Schalk and Kopf v. Austria*, «Diritto comparato ed europeo», 1, 2011, 144 ss.
- E. Palmerini, La legge sulla procreazione assistita al primo vaglio giurisprudenziale, «Famiglia», 2004, 975 ss.
- G. Palmeri, M. C. Venuti, L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014 n. 170 in materia di divorzio del transessuale, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 2014, II, 553 ss.
- G. Parodi, Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il séguito nel giudizio a quo della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale, «GenIUS», 1, 2015.
- P. Passaglia, Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica, «Foro it.», IV, 2010, 272 ss.
- B. Pastore, Il diritto a procreare: natura, titolarità e limiti, in G. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, 161 ss.
- A. Patroni Griffi, Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza, «Rivista AIC», 3, 2015.
- S. Patti, Le unioni civili in Germania, «Fam. e Dir.», 2015, 958 ss.
- S. Patti, Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione "ancorché non più matrimoniale", «Corriere Giur.», 2015, 1048 ss.
- S. Patti, Il principio famiglia e il diritto europeo della famiglia, in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, tomo I, Famiglia e matrimonio, Giuffrè, Milano, 2011, 71 ss.
- R. Pavone, *La convenzione europea sulla biomedicina*, Giuffrè, Milano, 2009.
- I. Pellizzone, L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale, «Forum di Quaderni costituzionali», 4 novembre 2015.
- I. Pellizzone, Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale, «Rivista AIC», 3, 2012.
- S. Penasa, L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati", «Forum di Quaderni costituzionali», 8 luglio 2015.
- S. Penasa, Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico, «Forum di Quaderni costituzionali», 16 giugno 2014.
- S. Penasa, La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza, «Forum di Quaderni costituzionali», 3 aprile 2013.
- S. Penasa, L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato", «Forum di Quaderni costituzionali», 19 aprile 2005.
- L. Pesole, L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007, Giappichelli, Torino, 2008, 140 ss.

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

- B. Pezzini, Oltre il “caso Bernaroli”: tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio, «GenIUS», 1, 2015.
- B. Pezzini, Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012, «Forum di Quaderni costituzionali», 2012.
- B. Pezzini, A. Lorenzetti, Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?, Jovene, Napoli, 2011.
- B. Pezzini, La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?, Jovene, Napoli, 2011, 95 ss.
- B. Pezzini, Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?, in R. Bin, G. Brunelli A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio, Giappichelli, Torino, 2010, 1 ss.
- B. Pezzini, Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, «Giur. Cost.», 3, 2010, 2715 ss.
- B. Pezzini (a cura di), Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale, Jovene, Napoli, 2009.
- I. Pezzini, A prima lettura (la sentenza 170/214 sul divorzio imposto), «Articolo29», 15 giugno 2014.
- R. Pinardi, Matrimonio, coppie omosessuali, principio di uguaglianza: per una lettura contestualizzata dell'art. 29, comma 1, Cost., in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio, Giappichelli, Torino, 2010, 273 ss.
- C. Pinelli, “Valutazione sistemica” versus “valutazione parcellizzata”: un paragone con la Corte di Strasburgo, «Giur. Cost.», 6, 2012, 4228 ss.
- C. Pinelli, La nota del consiglio episcopale permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali, «Rivista AIC», maggio 2007.
- C. Pitea, Art. 35 – Condizioni di ricevibilità, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo, Cedam, Padova, 2012, 655 ss.
- V. Pocar, Diritto alla salute, diritto a procreare ed accesso alle tecniche di PMA, «I diritti Dell'uomo», 2004, 69 ss.
- F. Preite, A. Cagnazzo (a cura di), Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero, Giuffrè, Milano, 2017.
- A. Pugiotto, L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore), in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio, Giappichelli, Torino, 2010, 307 ss.
- A. Pugiotto, Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”, «Forum di Quaderni costituzionali», 2010.
- A. Pugiotto, Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio, «Forum di Quaderni costituzionali», 2010.
- A. Pugiotto, Fuga dal referendum: “Comitati del no” e Governo a Corte, «Forum di Quaderni costituzionali», 23 marzo 2005.
- E. Quadri, La tutela del minore nella unione civile e nelle convivenze, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 4, 2017, 566 ss.
- E. Quadri, Unioni civili: la disciplina del rapporto, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 12, 2016, 1689 ss.
- E. Quadri, “Unioni civili tra persone dello stesso sesso” e “convivenze”: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, «Corriere Giur.», 7, 2016, 895 ss.

- C. Ragni, La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf, «Diritti umani e diritto internazionale», 2010, 639 ss.
- G. Raimondi, Reflections on the Rule of Prior Exhaustion of Domestic Remedies in the Jurisprudence of The European Court of Human Rights, «The Italian Yearbook of International Law», 2010, 161 ss.
- B. Randazzo, Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le “sentenze gemelle” (e la sentenza n. 49 del 2015), «Diritti umani e diritto internazionale», 3, 2015, 617 ss.
- B. Randazzo, La bulimia della Corte dei “desideri”. (Corte Edu, Costa e Pavan c. Italia, sent. 28 agosto 2012-11 febbraio 2013), «Forum di Quaderni costituzionali», 14 maggio 2013.
- B. Randazzo, Il giudizio dinanzi alla Corte Europea dei Diritti: un nuovo processo, «Rivista AIC», 4, 2011.
- B. Randazzo, Le pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo: effetti ed esecuzione nell’ordinamento italiano, in N. Zanon (a cura di), Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2006, 295 ss.
- I. Rapisarda, Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 10, 2013.
- I. Rein Lescastereyres, Recent case law on cross-border surrogacy, in K. Boele Woelki, A. Fuchs (a cura di), Same-sex relationships and beyond, Intersentia, Cambridge, 2017, 123 ss.
- G. Repetto La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale), «Diritti comparati», 11 giugno 2015.
- G. Repetto “Non di sola Cedu..” La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa, «Dir. Pubbl.», 1, 2013, 136 ss.
- G. Repetto, Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU “superveniens”: i rischi dell’iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale, «Giur. Cost.», 3, 2012, 2069 ss.
- G. Repetto, Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione “virtuosa” di un diritto, «Rivista AIC», 2 luglio 2010.
- U. Rescigno, Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32 co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita, «Dir. Pubbl.», 2008, 85 ss.
- L. Risicato, La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa, «Riv. It. Dir. Proc. Pen.», 2014, 1473 ss.
- L. Risicato, Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma, «Riv. It. Dir. Proc. Pen.», 2005, 679 ss.
- M. Rizzuti, Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze “naturali” allo scenario della “agenitorialità”, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), Maternità – filiazione – genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale, Jovene, Napoli, 2017, 161 ss.
- G. Rocchi, Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?, «Rivista AIC», 2, 2012.
- S. Rodotà, La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principi ispiratori e ipotesi sistematiche, «Pol. dir.», 1975, 677 ss.
- M. Romano, Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali, «Riv. It. Dir. Proc. Pen.», 2007, 510 ss.

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

- R. Romboli, La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore, «GenIUS», 1, 2015.
- R. Romboli, La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice, «Consulta OnLine», 2014.
- R. Romboli, Nota a Corte cost., sent. 162/2014, «Foro it.», 1, 2014, 2324 ss.
- R. Romboli, Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa, «Consulta OnLine», 2013.
- R. Romboli, Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di cassazione, «Foro it.», 2012, 2754 ss.
- R. Romboli, La sentenza 138/2010 della corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni, «Rivista AIC», 3, 2011.
- R. Romboli, Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio, «Foro it.», I, 2010, 1367 ss.
- R. Romboli, Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”, «Rivista AIC», 2 luglio 2010.
- S. Romboli, La natura “relativa” ed il significato di “clausola generale” del principio dell'interesse superiore del minore, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), La famiglia davanti ai suoi giudici, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 505 ss.
- D. Rosani, L'equilibrio dell'ecosistema. Una discussione sincera sulla genitorialità per tutelare davvero il minore, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), Maternità – filiazione – genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale, Jovene, Napoli, 2017, 173 ss.
- A. Ruggeri, Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione, «Consulta OnLine», 3, 2018.
- A. Ruggeri, La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici), «Rivista AIC», 4, 2017.
- A. Ruggeri, Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione, «Gruppo di Pisa», 30 settembre 2016.
- A. Ruggeri, Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita, «Federalismi.it», 11 maggio 2016.
- A. Ruggeri, Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015, «Diritto penale contemporaneo», 2, 2015.
- A. Ruggeri, Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale, «GenIUS», 1, 2015.
- A. Ruggeri, Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra corti europee e corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?, «Consulta OnLine», 2014.
- A. Ruggeri, La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al dialogo con la Corte Edu (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014), «Forum di Quaderni costituzionali», 14 giugno 2014.
- A. Ruggeri, Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014), «Consulta OnLine», 13 giugno 2014.
- A. Ruggeri, Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma,

- I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan), «Diritti comparati», 8.10.2013.
- A. Ruggeri, Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012), Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum, «Consulta OnLine», 2012.
- A. Ruggeri, Il diritto al matrimonio e l’idea costituzionale di “famiglia”, «Nuove autonomie», 1, 2012, 28 ss.
- A. Ruggeri, La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita), «Consulta OnLine», 2012.
- A. Ruggeri, “Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo corte cost. n. 138 del 2010?, «Rivista AIC», 4, 2011.
- A. Ruggeri, Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive, «I Quaderni europei», 19, 2010, 19 ss.
- A. Ruggeri, Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione, «Quad. cost.», 2007, 751 ss.
- A. Ruggeri, La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007), «Forum di Quaderni costituzionali», 2007.
- A. Ruggeri, “Tutela minima” di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita, «Forum di Quaderni costituzionali», 2005.
- M. G. Ruo, A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore, «Fam. e Dir.», 6, 2016, 580 ss.
- F. Saitto, L’incostituzionalità del “divorzio imposto” tra rettificazione di sesso e tutela del “pregresso vissuto” della coppia, «Giur. Cost.», 2014, 2706 ss.
- U. Salanitro, La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, in Commentario del codice civile, diretto da E. Gabrielli, Della famiglia, vol. IV, Utet, Torino, 2010, 509 ss.
- U. Salanitro, Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: l’intervento della Corte di Strasburgo, «Fam. e Dir.», 11, 2010, 981 ss.
- G. M. Salerno, I principi enucleati dai giudici di Strasburgo non sembrano adattabili al ‘caso’ italiano, «Guida al diritto», 42, 2010, 73 ss.
- G. M. Salerno, Fecondazione eterologa: dubbi di legittimità sulle sanzioni alle strutture che la praticano, «Guida al diritto», 44, 2010, 65 ss.
- B. Salone, La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici, in «BioLaw Journal», 2, 2016, 39 ss.
- B. Salone, Contrarietà all’ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore, «Dir. Civ. Cont.», 3, 2014.
- F. Santosuosso, La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40, Giuffrè, Milano, 2004.
- V. Satta, Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d’insieme alle sentenze sul referendum del 2005, «www.amministrazioneincammino.it.», 23.07.2007.
- L. Scaffidi Runchella, Il diritto al rispetto della vita familiare per le coppie formate da persone dello stesso sesso nella decisione del 21 luglio 2015 della corte europea dei diritti

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

- dell'uomo nel caso «*Oliari and others v. Italy*», «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 2015, 803 ss.
- V. Scalisi, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, «Rivista di diritto civile», 1, 2013, 7 ss.
- V. Scalisi, Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi, Parte I, Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e, primato della «persona», «Riv. Dir. Civ.», 5, 2013, 1043 ss.
- F. Scia, Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita, Esi, Napoli, 2012.
- M. Segni, Troppi dubbi sulla procreazione assistita, «Fam. e Dir.», 5, 2013, 521 ss.
- M. Segni, Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili - un nuovo problema, «Fam. e Dir.», 5, 2010, 476 ss.
- P. Schlesinger, La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze, «Fam. e Dir.», 10, 2016, 845 ss.
- P. Schlesinger, Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero, «Fam. e Dir.», 2005, 415 ss.
- A. Schuster, Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 1, 2014, 33 ss.
- A. Schuster, A. Lorenzetti, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 12, 2014, 1152 ss.
- A. Schuster, Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio, «Forum di Quaderni costituzionali», 12 aprile 2012.
- A. Schillaci, La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino, «articolo29», 23 marzo 2016.
- M. Sesta, Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità di legami di coppia, «Giur. It.», 7, 2016, 1792 ss.
- M. Sesta, La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare, «Fam. e Dir.», 10, 2016, 885 ss.
- B. Sgorbati, Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore, in «BioLaw Journal», 2, 2016, 111 ss.
- G. Sorrenti, Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte Cost., sent. n. 162/2014), «Consulta OnLine», 13 giugno 2014.
- G. Sorrenti, Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo, «Forum di Quaderni costituzionali», 7 dicembre 2015.
- G. Sorrenti, Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia, «Osservatorio costituzionale», 2, 2017.
- A. Spadafora, Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa, «Giur. It.», 12, 2016, 2576 ss.
- A. Spadaro, Matrimonio «fra gay»: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), La famiglia davanti ai suoi giudici, Editoriale Scientifica, Napoli, 345 ss.
- S. Spinelli, Il matrimonio non è un'opinione, «Forum di Quaderni costituzionali», 27 aprile 2010.
- S. Stefanelli, Accertamento della maternità nella gestazione per altri, «BioLaw Journal», 2, 2016, 7 ss.
- P. Tanzarella, Il margine di apprezzamento, in M. Cartabia (a cura di), I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee, Il Mulino, Bologna, 2007, 149 ss.

- D. Tega, La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu, «Forum di Quaderni costituzionali», 4, 2015.
- D. Tega, Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili. Intervista a cura di Diletta Tega a Guido Raimondi, «Quad. cost.», 2, 2014, 463 ss.
- D. Tega, La Corte costituzionale vista da vicino. Intervista a cura di Diletta Tega a Gaetano Silvestri, «Quad. cost.», 3, 2014, 757 ss.
- D. Tega, T. Fidalgo de Freitas, Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples, in AA. VV., Same Sex Couples before National and International Jurisdictions, Berlin, Springer, 2013, 287 ss.
- D. Tega, Referendum sulla procreazione assistita: del giudizio di ammissibilità per valori, «Quad. cost.», 2, 2005, 385 ss.
- V. Teotonico, Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico, Cacucci, Bari, 2018.
- V. Tigano, De dignitate non disputandum est? La decisione della consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma, «Diritto penale contemporaneo», 8 maggio 2016.
- V. Tigano, La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i diritti del nascituro, «Diritto penale contemporaneo», 13 giugno 2014.
- F. Tommaseo, Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze, «Fam. e Dir.», 10, 2016, 991 ss.
- V. Tondi Della Mura, La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi, «Quad. cost.», 2008, 101 ss.
- S. Toniolo, La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata, «Riv. dir. internaz. priv. e proc.», 2014, 81 ss.
- C. Tripodina, C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi), in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), Maternità – filiazione – genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale, Jovene, Napoli, 2017, 119 ss.
- C. Tripodina, Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere, «Giur. Cost.», 3, 2014, 2593 ss.
- C. Tripodina, Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa e Pavan vs Italia), «Diritto Pubblico comparato ed europeo», 2, 2013, 931 ss.
- C. Tripodina, La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena difendere"?, «Giur. Cost.», 2, 2009, 1696 ss.
- C. Tripodina, Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita, «Giur. Cost.», 2006, 3849 ss.
- C. Tripodina, Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante "norme in materia di procreazione medicalmente assistita", «Dir. Pubbl.», 2004, 545 ss.
- L. Trucco, Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere, «Giur. It.», 2, 2010, 287 ss.
- L. Trucco, La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte Costituzionale, «Giur. It.», 1, 2007, 347 ss.
- A. Vallini, Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto, «Diritto penale contemporaneo», 3 giugno 2015.
- A. Vallini, Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, «Riv. Dir. Pen. Proc.», 2014, 832 ss.

Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare

- A. Vallini, Ardita la rotta o incerta la geografia? la disapplicazione della legge 40/2004 “in esecuzione” di un giudicato della corte edu in tema di diagnosi preimpianto, «Diritto penale contemporaneo», 2, 2014.
- A. Vallini, La diagnosi preimpianto è un diritto, «Il Corriere del Merito», 4, 2013, 429 ss.
- A. Vallini Procreazione medicalmente assistita, «Leggi penali complementari», 2007, 570 ss.
- G. Vannoni, L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione, «Consulta OnLine», 2, 2017, 298 ss.
- F. Vari, Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU, «Rivista AIC», 1, 2013.
- P. Veronesi, Per una discussione sulla sentenza n. 8097/2015, «GenIUS», 1, 2015.
- P. Veronesi, La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa, «Forum di Quaderni costituzionali», 5 marzo 2015.
- P. Veronesi, Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014, «Forum di Quaderni costituzionali», 6 luglio 2014.
- P. Veronesi, Matrimonio omosessuale, ovvero: “è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose”, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio, Giappichelli, Torino, 2010, 411 ss.
- P. Veronesi, Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni», «Quad. cost.», 2008, 577 ss.
- P. Veronesi, Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma, Giuffrè, Milano, 2007.
- P. Veronesi, La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale, «Quad. cost.», 3, 2004, 523 ss.
- S. Veronesi, La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption, «Fam. e Dir.», 11, 2016, 1025 ss.
- A. Verri, Il Tribunale di Cagliari riconosce per la prima volta il “diritto” di accesso alla diagnosi preimpianto ad una coppia talassemica, «Diritto Penale contemporaneo», 10 dicembre 2012.
- F. Viganò, La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione, «Diritto Penale contemporaneo», 30 marzo 2015.
- F. Viglione, Obergefell v. Hodges: il matrimonio same sex tra libertà e non discriminazione, «Nuova Giur. Civ. Comm.», 2, 2015, 588 ss.
- R. Villani, Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina l.n.40/2004, «Nuove Leggi Civ. Comm.», 2009, 495 ss.
- R. Villani, La procreazione assistita, Giappichelli, Torino, 2004.
- L. Violini, La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica, «Le Regioni», VI, 2002, pp. 1450 e ss.
- L. Violini, La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione, «Rivista AIC», luglio 2014.
- L. Violini, Note minime ad una decisione problematica. Il punto di vista dei giuristi, in M. D'Amico, I. Pellizzone (a cura di), I diritti delle coppie infertili, Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte Costituzionale, Franco Angeli, Milano, 2010, 191 ss.
- L. Violini, Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile, «Quad. cost.», 3, 2010, 632 ss.

- L. Violini, Tra scienza e diritto: riflessioni sulla fecondazione medicalmente assistita, in AA. VV., Procreazione assistita: problemi e prospettive, Schena Editore, Fasano, 2005, 472 ss.
- C. Vitucci, La tutela internazionale dell'orientamento sessuale, Jovene, Napoli, 2012.
- V. Zagrebelsky, Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione, «Rivista AIC», maggio 2015.
- V. Zagrebelsky, Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione, «Diritti umani e Diritto internazionale», 3, 2015, 609 ss.
- V. Zagrebelsky, La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato, «Foro it.», 5, 2012, 7 ss.
- N. Zanon, Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico, «Rivista AIC», 4, 2017.
- P. Zatti, Dal consenso alla regola: il giurista in bioetica, «Rass. Dir. Priv.», 1994, 523 ss.
- P. Zatti, "Natura" e "cultura" nella procreazione artificiale, in G. Ferrando (a cura di), La procreazione artificiale tra etica e diritto, Cedam, Padova, 1989, 177 ss.
- M. Winkler, Figlio di due madri: la Cassazione, la genitorialità e l'ordine pubblico internazionale, «Il Quotidiano Giur.», 11 ottobre 2016.
- M. Winkler, I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Cassazione, «Int'l Lis», 1, 2012.

Ringraziamenti

Il primo ringraziamento è rivolto al Professor Filippo Donati, per la cura con la quale mi ha seguito nel percorso di dottorato e nella stesura di questo elaborato. I Suoi suggerimenti e consigli sono stati un incommensurabile “pungolo” per la mia attività di ricerca.

Vorrei ringraziare di cuore anche il Professor Antonio Ruggeri per l’attenzione prestata al mio studio: le Sue puntuali e acute osservazioni sono state una fonte inesauribile di approfondimento.

Ringrazio il Prof. Stefano Grassi, relatore della mia tesi di laurea, perché grazie al Suo corso di giustizia costituzionale ho capito che questa doveva essere la mia strada.

Ringrazio il Prof. Andrea Cardone perché a sua volta ha creduto in me, coadiuvandomi nell’attività scientifica.

Ringrazio i Prof.ri Paolo Caretti, Giovanni Tarli Barbieri, Andrea Simoncini e tutto il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Firenze per aver sostenuto i miei studi e la continuità della mia attività di ricerca.

PREMIO RICERCA CITTÀ DI FIRENZE

Titoli pubblicati

ANNO 2011

- Cisterna D.M., *I testimoni del XIV secolo del Pluto di Aristofane*
Gramigni T., *Iscrizioni medievali nel territorio fiorentino fino al XIII secolo*
Lucchesi F., *Contratti a lungo termine e rimedi correttivi*
Miniagio G., *Soggetto trascendentale, mondo della vita, naturalizzazione. Uno sguardo attraverso la fenomenologia di Edmund Husserl*
Nutini C., *Tra sperimentalismo scapigliato ed espressionismo primonovecentesco poemetto in prosa, prosa lirica e frammento*
Ottonelli O., *Gino Arias (1879-1940). Dalla storia delle istituzioni al corporativismo fascista*
Pagano M., *La filosofia del dialogo di Guido Calogero*
Pagni E., *Corpo Vivente Mondo. Aristotele e Merleau-Ponty a confronto*
Piras A., *La rappresentazione del paesaggio toscano nel Trecento*
Radicchi A., *Sull'immagine sonora della città*
Ricciuti V., *Matrici romano-milanesi nella poetica architettonica di Luigi Moretti. 1948-1960*
Romolini M., *Commento a La bufera e altro di Montale*
Salvatore M., *La stereotomia scientifica in Amédée François Frézier. Prodromi della geometria descrittiva nella scienza del taglio delle pietre*
Sarracino F., *Social capital, economic growth and well-being*
Venturini F., *Profili di contrattualizzazione a finalità successoria*

ANNO 2012

- Barbuscia D., *Le prime opere narrative di Don Delillo. Rappresentazione del tempo e poetica beckettiana dell'istante*
Brandigi E., *L'archeologia del Graphic Novel. Il romanzo al naturale e l'effetto Töpffer*
Burzi I., *Nuovi paesaggi e aree minerarie dismesse*
Cora S., *Un poetico sonnambulismo e una folle passione per la follia. La romanizzazione della medicina nell'opera di E.T.A. Hoffmann*
Degl'Innocenti F., *Rischio di impresa e responsabilità civile. La tutela dell'ambiente tra prevenzione e riparazione dei danni*
Di Bari C., *Dopo gli apocalittici. Per una Media Education "integrata"*
Fastelli F., *Il nuovo romanzo. La narrativa d'avanguardia nella prima fase della postmodernità (1953-1973)*
Fierro A., *Ibridazioni balzachiane. «Meditazioni eclettiche» su romanzo, teatro, illustrazione*
Francini S., *Progetto di paesaggio. Arte e città. Il rapporto tra interventi artistici e trasformazione dei luoghi urbani*
Manigrasso L., *Capitoli autobiografici. Poeti che traducono poeti dagli ermetici a Luciano Erba*
Marsico C., *Per l'edizione delle Elegantie di Lorenzo Valla. Studio sul V libro*
Piccolino G., *Peacekeepers and Patriots. Nationalisms and Peacemaking in Côte D'Ivoire (2002-2011)*
Pieri G., *Educazione, cittadinanza, volontariato. Frontiere pedagogiche*

- Polverini S., *Letteratura e memoria bellica nella Spagna del XX secolo. José María Gironella e Juan Benet*
- Romani G., *Fear Appeal e Message Framing. Strategie persuasive in interazione per la promozione della salute*
- Sogos G., *Le biografie di Stefan Zweig tra Geschichte e Psychologie: Triumph und Tragik des Erasmus von Rotterdam, Marie Antoinette, Maria Stuart*
- Terigi E., *Yvan Goll ed il crollo del mito d'Europa*
- Zinzi M., *Dal greco classico al greco moderno. Alcuni aspetti dell'evoluzione morfosintattica*

ANNO 2013

- Bartolini F., *Antonio Rinaldi. Un intellettuale nella cultura del Novecento*
- Cigliuti K., *Cosa sono questi «appunti alla buona dall'aria innocente»? La costruzione delle note etnografiche*
- Corica G., *Sindaci e professionismo politico. Uno studio di caso sui primi cittadini toscani*
- Iurilli S., *Trasformazioni geometriche e figure dell'architettura. L'Architectura Obliqua di Juan Caramuel de Lobkowitz*
- Pierini I., *Carlo Marsuppini. Carmi latini. Edizione critica, traduzione e commento*
- Stolfi G., *Dall'amministrare all'amministrazione. Le aziende nell'organizzazione statale del Regno di Sardegna (1717-1853)*
- Valbonesi C., *Evoluzione della scienza e giudizio di rimproverabilità per colpa. Verso una nuova tipicità del crimen culposum*
- Zamperini V., *Uno più uno può fare tre, se il partito lo vuole! La Repubblica Democratica Tedesca tra Mosca e Bonn, 1971-1985*

ANNO 2014

- Del Giovane B., *Seneca, la diatriba e la ricerca di una morale austera. Caratteristiche, influenze, mediazioni di un rapporto complesso*
- Gjata A., *Il grande eclettico. Renato Simoni nel teatro italiano del primo Novecento*
- Podestà E., *Le egloghe elegantissimamente composte. La Buccolica di Girolamo Benivieni edizione critica e commento*
- Sofritti F., *Medici in transizione. Etica e identità professionale nella sanità aziendalizzata*
- Stefani G., *Sebastiano Ricci impresario d'opera nel primo Settecento*
- Voli S., *Soggettività dissonanti. Di rivoluzione, femminismi e violenza politica nella memoria di un gruppo di ex militanti di Lotta continua*

ANNO 2015

- Betti M., *La costruzione sociale della finanziarizzazione: verso la convergenza dei sistemi bancari?*
- Chini C., *Ai confini d'Europa. Italia ed Irlanda tra le due guerre*
- Galletti L., *Lo spettacolo senza riforma. La compagnia del San Samuele di Venezia (1726-1749)*
- Lenzi S., *La policromia dei Monochromata. La ricerca del colore su dipinti su lastre di marmo di età romana*
- Nencioni F., *La prosa dell'ermetismo: caratteri e esemplari. Per una semantica generazionale*
- Puleri M., *Narrazioni ibride post-sovietiche. Per una letteratura ucraina di lingua russa*

ANNO 2016

- Chella A., *Giovanni Raboni poeta e lettore di poesia (1953-1966)*
Frilli G., *Ragione desiderio, artificio. Hegel e Hobbes a confronto*
Pieroni A., *Attori italiani alla corte della zarina Anna Ioannovna (1731-1738)*
Ponzù Donato P., *Pier candido Decembrio. Volgarizzamento del Corpus Caesarianum.*
Edizione critica
Rekut-Liberatore O., *Metastasi cartacee. Intrecci tra neoplasia e letteratura*
Schepis C., *Carlo Cecchi. Funambolo della scena italiana: l'apprendistato e il magistero*

In memoria di Lucrezia Borghi, Valentina Gallo ed Elena Maestrini

- Franza T., *Costituzionalizzare la Costituzione. Una prospettiva pleromatica*

ANNO 2017

- Bosco M., *Ragion di stato e salvezza dell'anima. Il riscatto dei cristiani captivi in Maghreb attraverso le redenzioni mercedarie (1575-1725)*
Malfatti S., *Antonio da Borgonuovo. L'ascesa di un notaio a Trento fra Trecento e Quattrocento*
Masciotta C., *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*
Matraini C., *Lettere e rime. Introduzione e commento a cura di Cristina Acucella*
Pesini L., *La paraipotassi in italiano antico*
Valentini C., *L'evoluzione della codifica del genitivo dal tipo sintetico al tipo analitico nelle carte del Codice diplomatico longobardo*

In memoria di Lucrezia Borghi, Valentina Gallo ed Elena Maestrini

- Fersini M.P., *Diritto e violenza. Un'analisi giusletteraria*

