



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

SOMMARIO: 1. Delimitazione *ratione materiae*, metodologia ed obiettivi della ricerca. - 2. La procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza convenzionale e costituzionale. - 3. La tutela delle unioni omosessuali tra alterne vicende: dai moniti costituzionali alla condanna di Strasburgo. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Delimitazione ratione materiae, metodologia ed obiettivi della ricerca.

Il presente contributo si incentra sulla disamina delle tecniche decisorie impiegate dalla Corte costituzionale, in ambito interno, e dalla Corte edu, a livello sovranazionale, in riferimento ad alcune tematiche “sensibili”, ovvero, suscettibili di alimentare un vivace dibattito non solo giuridico, ma anche sociale, morale, culturale e politico, quindi, tale da impegnare la coscienza collettiva oltreché individuale. L’indagine ha ad oggetto questioni che coinvolgono il più profondo sentire della persona in stretta correlazione con la concezione etica e religiosa della vita e delle relazioni affettive, questioni rispetto alle quali ancora manca un *consensus* europeo in ordine alla meritevolezza della tutela di certe posizioni giuridiche soggettive.

L’analisi della giurisprudenza delle due Corti offre un’occasione anche per svolgere alcune riflessioni sull’andamento dei loro rapporti, sul “dialogo” e l’interazione raggiunti negli ambiti esaminati, avuto particolare riguardo all’effettività della tutela offerta dai due sistemi di giustizia ed al grado di incidenza della giurisprudenza convenzionale in ambito interno.

L’ampiezza del tema ha richiesto una delimitazione del campo d’indagine, al centro della quale si colloca la tematica della procreazione medicalmente assistita, con particolare riguardo all’accesso a tali tecniche da parte di coppie sane ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili ed alla donazione di gameti esterni alla coppia, nonché la dibattuta questione del matrimonio *same sex* e delle forme alterative di riconoscimento per le unioni tra persone dello stesso sesso. Questa delimitazione *ratione materiae* consegue a molteplici considerazioni di carattere generale: in tali ambiti la legge nazionale omette “silenziosamente” di dare protezione a certi interessi ed il giudice, costituzionale e convenzionale, è chiamato a svolgere un concreto intervento sostitutivo mediante l’individuazione “qualitativa” della posizione soggettiva meritevole di garanzia, la sussunzione

nell'alveo dei valori costituzionali o convenzionali e la successiva elaborazione della regola operativa a partire dai principi conferenti della Carta di riferimento.

Se nell'ambito della vasta gamma dei diritti fondamentali della persona un tratto pressoché costante è la tendenziale presenza di una disciplina legislativa minima di riferimento in grado di orientare gli operatori giuridici (pensiamo alle classiche libertà fondamentali), il profilo caratterizzante, invece, i temi oggetto di approfondimento è il "silenzio eloquente" prestato dal legislatore rispetto al riconoscimento di certe posizioni giuridiche soggettive, "eloquente" perché espressivo della scelta consapevole dell'organo politico di non regolare quelle situazioni, conferendo così ai giudici una delega "in bianco".

Nella giurisprudenza costituzionale e convenzionale oggetto di esame emergerà, quindi, con forza il problema degli ampi spazi di libertà lasciati alle Corti dall'organo politico nonché la questione dell'autonomia interpretativa del giudice che, nell'ambito dei temi in oggetto, non sembra avere eguali rispetto agli altri campi del diritto. Pensiamo alla questione del riconoscimento delle unioni di persone dello stesso sesso, rimaste a lungo prive di una disciplina legislativa di riferimento, nonché all'ambito della procreazione medicalmente assistita nel quale una legge c'è (legge n. 40/2004), prevede regole concrete (quali il divieto di accesso alla eterologa o l'implicito divieto di ricorrere alla diagnosi pre-impianto), ma tali precetti sono il frutto di un bilanciamento irragionevole che la Corte Costituzionale è chiamata a sanzionare ed a rideterminare, desumendo dai principi costituzionali e dal sistema legislativo conferente le regole concrete che andranno a sostituire quelle previgenti. Nella vicenda dell'accesso delle coppie fertili alla pma la Corte Costituzionale non si limita a formulare un principio ma enuncia le regole che consentono di rendere operativo il "nuovo" diritto di tali coppie di ricorrere alla procreazione assistita e alla diagnosi pre-impianto, ovvero il criterio della gravità della patologia enunciato dall'art. 6 comma 1 lettera b della legge n. 194/1978 e del previo accertamento in "strutture pubbliche". Dalla giurisprudenza oggetto di esame emergerà l'interventismo, talvolta la "creatività" insita nell'attività di supplenza del giudice nell'ambito dei temi etici selezionati, una creatività che rischia di scontrarsi con il divieto, posto a carico dell'organo costituzionale, di sostituirsi al legislatore nelle scelte rimesse alla discrezionalità politica (art. 28 legge n. 87/1953), nonché con l'obbligo, posto a carico dei giudici di Strasburgo, di rispettare il margine di apprezzamento degli Stati contraenti. Un'ulteriore ragione giustificativa di questa delimitazione *ratione materiae* consta nel fatto che a caratterizzare gli interventi del giudice costituzionale e della Corte dei diritti umani negli ambiti oggetto di analisi è una nozione dinamica di "vita familiare", in perpetuo divenire, frutto di una interpretazione evolutiva dell'art. 8 Cedu e dei conferenti valori costituzionali, dotati di una intrinseca forza vivificante, intesi come "living instruments". Dal *continuum* di interventi giurisprudenziali in tali ambiti emerge come il diritto di famiglia, nato come elemento cardine

dell'identità nazionale, oggi costituisca un importante banco di prova per la tutela multilivello offerta dal giudice costituzionale e dal giudice convenzionale¹.

Occorre, altresì, considerare che il mutare del sentire sociale ed il progredire delle scienze mediche in ambito procreativo (incidenti sui processi biologici di inizio vita, in passato considerati immutabili nel tempo e nello spazio) sono due fattori che rendono la materia soggetta a continui mutamenti e muovono verso una devoluzione al giudice del bilanciamento tra gli interessi in gioco. Queste tematiche aprono, in definitiva, a riflessioni di respiro più generale sul contrastato rapporto fra giudice e potere legislativo nella contingenza, nonché sul ruolo che in concreto le due corti sono chiamate ad assumere: appare calzante a tal riguardo l'immagine suggerita da Antoine Garapon² del giudice come punto di riferimento ed ultimo rifugio per un individuo sempre più smarrito, isolato e sradicato dinanzi alle debolezze, incapacità ed incertezze della politica.

Il metodo della ricerca è di tipo prevalentemente giurisprudenziale proprio perché dinanzi a temi eticamente sensibili che incidono sui diritti della persona è la giurisprudenza ad offrire rilevanti stimoli per eventuali riforme legislative³, terreno fertile per preparare l'evoluzione culturale che potrà portare alla successiva decisione politica, senza tralasciare che sono proprio i giudici a garantire l'applicazione dei diritti in concreto, quindi, gli unici a poter sopperire all'inerzia protratta dal legislatore. Pensiamo agli interventi del Giudice delle Leggi e della Corte edu in tema di vita familiare: l'ampliamento del novero delle situazioni soggettive meritevoli di tutela ex art. 2 Cost. e 8 Cedu non può non aver avuto una ripercussione di rilievo sulla decisione dell'attuale Governo di porre in prima linea l'approvazione della legge sulle unioni civili. Gli stessi interventi demolitori che progressivamente hanno colpito la legge n. 40/2004 dimostrano quanto può essere incisivo lo stimolo promanante dalla giurisprudenza alla ridefinizione di un corretto bilanciamento legislativo degli interessi in gioco in una materia, la procreazione assistita, dal profondo impatto etico e morale.

Partendo dall'analisi delle tecniche decisorie impiegate a Roma e a Strasburgo, l'obiettivo sarà quello di individuare i tratti qualificanti e distintivi della tutela offerta dai due sistemi di giustizia in ambiti eticamente sensibili, quale sia il tasso di "creatività" nell'attività delle rispettive Corti in rapporto alla sfera di discrezionalità politica riservata al legislatore e, nondimeno, se sussiste, in concreto, un giudice *best placed* per la tutela dei diritti fondamentali coinvolti o, invece, sia da prediligere un approccio assiologico-sostanziale, volto a favorire un'interazione virtuosa tra i due sistemi di garanzia. L'obiettivo finale sarà delineare un assetto delle rispettive funzioni idoneo a favorire un *surplus* di tutela dei diritti ed al contempo il rispetto delle reciproche attribuzioni, in una

¹ In tal senso cfr. A RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra corti europee e corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, Consulta-online, 2014.

² A. GARAPON, *I custodi del diritto*, 1997, Milano, Feltrinelli.

³ Come dimostra la riforma della filiazione naturale in Italia ed in Francia sotto la spinta della giurisprudenza Cedu.

sorta di *actio finium regundorum* fra le due Corti, tenuto conto delle peculiarità degli ambiti esaminati.

2. La procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza convenzionale e costituzionale.

Negli ambiti oggetto di analisi le tecniche decisorie impiegate dalle due Corti sono molteplici: dal criterio ermeneutico dell'interpretazione evolutiva, alla tecnica del bilanciamento tra interessi parimenti meritevoli di tutela, dal sindacato costituzionale di ragionevolezza sul bilanciamento legislativo, al criterio del *consensus* impiegato a Strasburgo per delimitare il margine di discrezionalità statale, nonché il frequente ricorso da parte di entrambe le Corti alla comparazione giuridica. Il settore della procreazione medicalmente assistita costituisce un'importante cartina di tornasole per l'analisi dei rapporti tra discrezionalità politica, sindacato di ragionevolezza e operazioni di bilanciamento della Corte Costituzionale.

Di regola, quando la Corte si trova di fronte a questioni sensibili nel dibattito politico, il criterio della ragionevolezza viene declinato come forma di scrutinio blando, "minimale", come un controllo di non manifesta irragionevolezza della opzione legislativa. Nella giurisprudenza in tema di fecondazione assistita, invece, la Corte si discosta da siffatta impostazione sino ad arrivare, in particolare nella sentenza n. 162/2014, a sindacare con uno *strict scrutiny* l'esercizio della discrezionalità legislativa.

Dal punto di vista cronologico il primo consistente intervento del Giudice delle Leggi è la sentenza n. 151 del 2009 con la quale si censura un vizio di irragionevolezza del bilanciamento legislativo laddove è apprestata una tutela assolutizzante al solo embrione con sacrificio di tutti gli altri valori in gioco (salute della donna, esigenze procreative)⁴. Guardando al margine di "creatività" dell'arresto, il Giudice delle leggi sembra intervenire in modo incisivo ma non *tranchant*: censura la legge nella parte in cui prevede un bilanciamento irragionevole, ristabilendo un equilibrio proporzionato tra i valori coinvolti, senza indulgere in valutazioni di natura politica sull'uso del potere discrezionale del legislatore. La Corte mantiene saldo il principio cardine della legge n. 40 della strumentalità delle tecniche rispetto allo scopo procreativo, non si sostituisce al legislatore nel dettare il numero di embrioni da produrre, si limita a dare un'indicazione teleologico-finalistica⁵. La rideterminazione del bilanciamento operata dalla Corte sembra perfettamente in linea con la *ratio legis*, espressa nell'art. 1 della legge n. 40, quando tra le sue finalità pone la soluzione dei problemi

⁴ Cade così il primo divieto della legge n. 40 che limitava a tre il numero di ovociti fecondabili e imponeva un unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti.

⁵ Le tecniche di procreazione assistita non devono creare un numero di embrioni superiore a quello "strettamente necessario" allo scopo procreativo, posto a fondamento della legge n. 40/2004 (art. 1). La decisione si colloca nel solco di quella giurisprudenza costituzionale "pionieristica" che attribuisce un ruolo centrale alla scienza, intesa come limite alla discrezionalità del legislatore in ordine al *quantum* dell'intervento terapeutico: al medico spetta l'individuazione, *case by case*, del limite numerico di embrioni da impiantare ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione, riducendo al minimo il rischio per la salute della donna e del feto.

riproduttivi e, al contempo, la garanzia dei «diritti di *tutti* i soggetti coinvolti», compresa la donna che accoglie l'embrione.

Volgendo l'attenzione anche alla giurisprudenza convenzionale in materia di procreazione assistita, la prima condanna da Strasburgo allo Stato italiano sulla legge n. 40 colpisce il divieto di accesso per le coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, alla procreazione medicalmente assistita ed alla diagnosi pre-impianto. Nel noto caso *Costa e Pavan c. Italia*⁶ i giudici di Strasburgo hanno mostrato un interventismo per così dire "bifronte", incidente sia sul piano dei limiti procedurali della cognizione convenzionale, sia sul profilo qualitativo-sostanziale dell'individuazione di un nuovo interesse meritevole di tutela. Dal punto di vista procedurale, i giudici ritengono ammissibile il ricorso, nonostante il mancato previo esperimento di qualsivoglia strumento interno di tutela, in quanto il divieto di diagnosi pre-impianto deriva direttamente dalla legge rispetto alla quale il sistema italiano non prevede uno strumento diretto di impugnazione da parte dei soggetti lesi. La sentenza apre un possibile fronte di tensione tra Corte edu e Giudice delle Leggi per il modo in cui la Corte di Strasburgo ricostruisce il principio di sussidiarietà della tutela convenzionale, negando ogni rilievo al sindacato incidentale di legittimità costituzionale⁷, in una sorta di "vocazione costituzionale" del proprio ruolo.

Dal punto di vista della "qualità" della tutela, tale arresto rappresenta l'emblema del criterio ermeneutico dell'interpretazione evolutiva della Convenzione: i giudici di Strasburgo ampliano il novero delle posizioni soggettive rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 8 Cedu, ricomprendendovi il "desiderio dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori e di ricorrere, a tal fine, alla procreazione assistita e alla diagnosi preimpianto"⁸. Emerge l'efficacia qualificante del fattore tecnologico rispetto alla determinazione degli interessi giuridicamente meritevoli ma, al contempo, la Corte omette di indicare in modo stringente le ragioni che l'hanno portata a "creare"⁹, nell'ambito di una materia sensibile, un "nuovo diritto" che non trova *expressis verbis* riscontro nella Convenzione. Creato il nuovo diritto, la Corte edu utilizza una tecnica decisoria propria dei tribunali costituzionali, il giudizio di ragionevolezza e coerenza sistematica del diritto nazionale. La violazione dell'art. 8 Cedu discende da un ragionamento "trilaterale" in cui gioca un ruolo fondamentale la disciplina in materia di

⁶ Corte edu, II Sezione, *Costa e Pavan c. Italia*, 28.08.2012

⁷ Se si consente all'individuo di ricorrere direttamente a Strasburgo ogniqualvolta una norma di legge dello Stato ponga un divieto apparentemente non suscettibile di interpretazione conforme alla Cedu, al contempo si riconosce la sussistenza di una "pregiudiziale di convenzionalità" che consente di bypassare il giudizio costituzionale interno.

⁸ *Costa e Pavan c. Italia*, 28.8.2012, § 57 «*le désir des requérants de procréer un enfant qui ne soit pas atteint par la maladie génétique dont ils sont porteurs sains et de recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée et au D.P.I.*».

⁹ Sulla funzione creativa della Corte edu cfr. V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Foro.it*, N.5/2012, 7 ss.: "Anche se l'argomentazione svolta dalla Corte nella motivazione delle sue sentenze tende (o pretende) di dimostrare che essa "trova" il diritto, piuttosto che "crearlo", non c'è dubbio che si è in presenza di un esempio chiaro della funzione creativa della interpretazione giudiziale, con richiamo alla dinamica della produzione del diritto da parte dei giudici di *common law*".

interruzione di gravidanza: il *vulnus* è cagionato da un'incoerenza nel sistema legislativo italiano tra disciplina relativa alla diagnosi pre-impianto e quella sull'interruzione di gravidanza, non dal divieto di diagnosi pre-impianto *ex se*.

Le ricadute del caso *Costa e Pavan* nell'ambito delle dinamiche della nostra forma di Stato sono state rilevanti: si tratta di una vicenda emblematica della possibile sovrapposizione tra esecuzione del giudicato convenzionale *ex art. 46 Cedu* e disapplicazione del diritto interno. Il Tribunale di Roma¹⁰, come noto, è giunto alla disapplicazione dell'art. 4 della legge n. 40 del 2004 sulla base dell'applicazione diretta dei principi affermati dalla Corte Edu nel caso *Costa e Pavan*. La scelta del Tribunale capitolino di non ricorrere all'incidente di costituzionalità ha posto dei profili di criticità: oltre a privare tutte le coppie che si fossero trovate in una situazione analoga a quella dei ricorrenti della possibilità di ottenere una declaratoria di incostituzionalità con efficacia *erga omnes*, ha messo in crisi le rispettive attribuzioni dei poteri dello Stato ed il principio cardine della soggezione del giudice soltanto alla legge¹¹.

Interviene, infine, sul medesimo *thema decidendum* la sentenza di accoglimento n. 96/2015.

È incontestabile la funzione di stimolo espletata dalla condanna di Strasburgo rispetto alla decisione della Consulta di entrare nel merito di una questione nel 2006 dichiarata inammissibile; tuttavia, i parametri che portano alla declaratoria di incostituzionalità sono solo e soltanto interni "in senso stretto". La sentenza *Costa* viene citata *incidenter tantum* e significativamente tra parentesi, senza essere impiegata, come ben avrebbe potuto, per corroborare le argomentazioni a sostegno dell'incoerenza esterna della legge n. 40: prevale un atteggiamento di chiusura della Corte italiana rispetto alla giurisprudenza convenzionale.

Guardando al rapporto tra giustizia costituzionale e discrezionalità legislativa, a caratterizzare la sentenza n. 96/2015 è un elevato margine di "creatività" nel ragionamento del giudice costituzionale: partendo da un'interpretazione evolutiva del diritto alla salute, crea un "nuovo diritto", ovvero il diritto di ricorrere alla pma e alla diagnosi pre-impianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili e stabilisce due condizioni per il suo esercizio, con un'operazione additiva dall'elevato margine di discrezionalità, in un crescendo significativo rispetto al precedente del 2009. Si aggiungono due regole concrete, la gravità della malattia *ex art. 6 comma 1 lettera b, legge n. 194/1978* e l'accertamento da parte di "apposite strutture pubbliche", non costituzionalmente imposte e rientranti nell'esercizio della discrezionalità del legislatore. Basti

¹⁰ Tribunale di Roma sez. I, 26 settembre 2013, n. 3112.

¹¹ Il Tribunale di Roma richiama anche la sentenza n. 210/2013 in cui la Corte costituzionale a sua volta richiama, senza sollevare obiezioni, la soluzione prospettata dalla Cassazione nel celebre caso Scoppola (deciso dalla Grande Camera), da taluni qualificata come disapplicazione della norma interna incompatibile con la Cedu. Tuttavia, in quella vicenda, la sentenza convenzionale imponeva all'Italia in modo puntuale ed inequivocabile «che sia lo Stato convenuto a dover assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente sia sostituita con una pena conforme ai principi convenzionali»: diversa è la portata dei dispositivi pronunciati a Strasburgo.

pensare che anche l'art. 4 della legge n. 194/1978¹² avrebbe potuto costituire il *tertium comparationis* nella fattispecie concreta; inoltre, la Corte decide discrezionalmente di non richiamare l'art. 8 legge n. 194/1978 e di richiedere che siano “appropriate strutture pubbliche” ad accertare i requisiti di accesso delle coppie fertili.

Infine, consentendo il ricorso alla procreazione assistita anche a coppie che problemi riproduttivi non hanno, la Corte finisce per superare la finalità originariamente prevista dalla legge n. 40, quella di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1).

La diversa questione della donazione di gameti, come noto, è stata al centro di due interventi dagli esiti diametralmente opposti della I Sezione e della *Grande Chambre* in riferimento alla legislazione austriaca e del successivo arresto caducatorio della Consulta avente ad oggetto il divieto previsto nella legge n. 40/2004.

Nella vicenda *Sh e altri c. Austria*, sia la I sezione sia la *Grande Chambre* mostrano un certo interventismo nell'ampliare il novero degli interessi meritevoli di tutela ex art. 8 Cedu: l'accesso alla procreazione medicalmente assistita è direttamente tutelato dal diritto al rispetto della vita privata e familiare. Tali decisioni si inseriscono in quella consolidata giurisprudenza convenzionale che qualifica la nozione di “vita familiare” in un'accezione ampia, quale *broad concept*, nella quale emerge in tutta la sua portata “l'attitudine qualificante” del fattore tecnologico rispetto alla determinazione degli interessi giuridicamente meritevoli. Le due pronunce divergono, tuttavia, dal punto di vista delle tecniche decisorie impiegate. La I Sezione, dopo aver riconosciuto in premessa l'ampio margine di discrezionalità statale in una materia dalle delicate connotazioni etiche e morali, svolge, al contrario, un sindacato molto penetrante sulla proporzionalità delle misure di ingerenza: il divieto di accesso alla donazione di gameti per essere proporzionato dovrebbe costituire *l'unico mezzo* per prevenire efficacemente i gravi rischi denunciati dallo Stato. La violazione dell'art. 14 Cedu si fonda su uno *strict scrutiny* dell'opzione legislativa austriaca.

La *Grande Chambre*, a seguito della richiesta di riesame del Governo austriaco, supera il precedente arresto della Sezione: i divieti stabiliti dalla legge austriaca sono compatibili con il sistema convenzionale non essendo stato superato il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in materia. Nonostante vi sia una “convergenza”, nel panorama legislativo europeo, verso il riconoscimento della donazione di gameti¹³, permane un quadro complessivo dinamico ed instabile tale da escludere la sussistenza di un “consenso” adeguato a restringere la discrezionalità statale. La

¹² Disposizione che 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

¹³ La donazione di ovuli risultava vietata espressamente soltanto da 8 paesi su 47; la donazione di gameti maschili, invece, solo in 4 paesi su 47.

Corte sembra abbandonare un accertamento di tipo quantitativo del *consensus*¹⁴ (considerata l'ampia maggioranza di Stati che già consentiva la donazione di gameti), ma al contempo non appare chiaro quale sia il *discrimen* tra mera "convergenza", «clear common trend in the legislation of Contracting states» e "*consensus*" idoneo a limitare l'apprezzamento statale: ciò mina la coerenza argomentativa della pronuncia.

A seguito della sentenza della *Grande Chambre*, la nostra Corte Costituzionale¹⁵, nel frattempo investita della questione di legittimità costituzionale del divieto di eterologa, restituisce gli atti ai giudici rimettenti per un riesame, alla luce dello *ius superveniens* di origine pretoria e convenzionale. Questa ordinanza con la "priorità logica" accordata alla questione di convenzionalità sembra rappresentare un *apax*, un mero espediente impiegato dalla Consulta con finalità dilatorie¹⁶: i tempi non erano ancora maturi per una declaratoria di incostituzionalità perciò "si decide di non decidere".

È con la successiva sentenza n. 162/2014 che la Corte Costituzionale decide di intervenire con un dispositivo ablativo dalle dirompenti implicazioni che colpisce una delle norme più qualificanti dell'intera legge (il divieto di donazione di gameti, appunto) dieci anni dopo la sua entrata in vigore. Il Giudice delle Leggi dimostra un forte interventismo, censurando in modo molto netto le scelte discrezionali del legislatore. Se nel 2009 aveva ricercato nella stessa *ratio legis* il fondamento dell'intervento caducatorio¹⁷, con questa sentenza si registra non soltanto una considerevole restrizione degli spazi di intervento del legislatore, ma un vero e proprio superamento delle finalità perseguite dal *conditor iuris*. Uno degli aspetti più significativi della pronuncia è l'intensità che assume il controllo di ragionevolezza rispetto al bilanciamento effettuato dal legislatore. Nella parte iniziale della motivazione, la Corte dichiara apertamente di dover verificare la legittimità del divieto censurato alla luce del parametro del "*non irragionevole bilanciamento*": si tratta del "*rational basis test*", secondo la tradizione anglosassone, un test blando sulla legislazione da parte del potere

¹⁴ Sembrano adottare il medesimo approccio i casi X, Y, Z e Evans contro Regno Unito, cfr. in tal senso anche S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 aprile, 2013, 10 s.s.

¹⁵ Corte Costituzionale, ordinanza n. 150/2012. Detta pronuncia interlocutoria presenta molteplici tratti problematici in primo luogo per ragioni processuali: la Corte ha omesso di motivare sui profili di incostituzionalità, diversi dal 117, comma 1, Cost., formulati con riferimento ad autonomi parametri costituzionali. Suscita, quindi, perplessità la qualificazione della questione ex art. 117, primo comma, Cost. come "preliminare" rispetto agli altri profili di incostituzionalità. L'ordinanza prevede una sorta di pregiudizialità nella scelta dei parametri alla stregua dei quali decidere ed un "anomalo" assorbimento dei parametri costituzionali diversi dal 117, comma 1, Cost.

¹⁶ In tal senso cfr. A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, Consulta-online, 2012.

¹⁷ Affermando che era la stessa legge n. 40 a configurare per l'embrione una tutela "relativa".

giudiziario, in ossequio ad un *self restraint* rispetto a opzioni dalle forti connotazioni politiche¹⁸. Lo standard proclamato non è, tuttavia, quello in concreto applicato: si passa da un test minimale di ragionevolezza ad uno *strict scrutiny* sul bilanciamento legislativo. Non si richiede che la misura prescelta (i.e. il divieto) “*non sia irragionevole*” ma si richiede che sia l’*unico* mezzo a disposizione per tutelare interessi di pari rango: risulta, quindi, evidente lo slittamento metodologico nelle argomentazioni della Corte.

La sentenza suscita perplessità anche in ordine alla definizione della esatta «topografia del conflitto»¹⁹ fra tutti gli interessi concorrenti e sembra sottovalutare il problema del “vuoto normativo” derivante dalla caducazione del divieto, con particolare riguardo all’*indefettibile* contemperamento legislativo tra il diritto del nato a conoscere le proprie origini e la tutela dell’anonimato del donatore²⁰. In definitiva, il Giudice delle Leggi svolge un incisivo ruolo “di supplenza”, individuando esso stesso i fini da prediligere attraverso lo strumento legislativo. Nell’*intentio legislatoris* il divieto di ricorrere all’eterologa rappresentava una scelta politica qualificante, ovvero consentire l’impiego di tecniche riproduttive volte a garantire una procreazione coerente con la certezza del patrimonio genetico, a tutela dell’identità e del diritto a conoscere le proprie origini del nato. A divenire qualificante e predominante nell’argomentare della Corte è, invece, la libertà procreativa, “libertà fondamentale e incoercibile”, qualificazione che determina lo slittamento metodologico da un controllo blando di ragionevolezza ad uno *strict scrutiny* e la consequenziale caducazione del divieto legislativo.

Nella successiva vicenda *Parrillo contro Italia*²¹ la Corte edu viene per la prima volta investita della questione relativa alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni: in tale sede la mancanza di un *consensus* normativo nella comunità internazionale porta la *Grande Chambre* a riconoscere un ampio margine di apprezzamento statale ma, come nel caso austriaco sulla fecondazione eterologa, non è chiaro il parametro impiegato per il calcolo del consenso, risultando recessivo il criterio quantitativo.

La stessa Corte costituzionale, investita della legittimità costituzionale del divieto censurato a Strasburgo, dinanzi ad “una scelta tragica” tra il rispetto del principio della vita e le esigenze della

¹⁸ In base a tale parametro *soft*, la Corte dovrebbe limitarsi a verificare se la scelta operata dal legislatore (i.e. il divieto assoluto) è stata determinata da un motivo non irragionevole risultando, in caso di risposta positiva, compatibile con il dettato costituzionale.

¹⁹ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 62 s.s.

²⁰ A proposito di tale contemperamento la Corte Costituzionale, nella sentenza in oggetto, mostra un’argomentazione priva di linearità: prima afferma che la relativa disciplina si può desumere in via ermeneutica dalla normativa generale sulla donazione dei tessuti e delle cellule umane che stabilisce la regola dell’anonimato; poi, però, richiama la disciplina relativa all’adozione, come integrata dalla sentenza costituzionale n. 278/2013, che ha previsto la reversibilità dell’anonimato della madre biologica in caso di adozione. La questione dell’anonimato del donatore incide, altresì, sul fondamentale principio del consenso informato dei genitori e del donatore stesso. Restano aperte anche le questioni relative all’eventuale diritto del nato a conoscere i dati non identificativi a tutela della sua salute fisica, l’eventuale ammissibilità della cd. doppia eterologa (esclusa ad esempio in Francia), nonché il numero delle donazioni ammesse da parte del medesimo soggetto.

²¹ Grande Chambre, Corte edu, sentenza del 27 agosto 2015, ric. N. 46470/11, Parrillo c. Italia.

ricerca scientifica, recupera un principio “smarrito” nella giurisprudenza esaminata in precedenza: il riconoscimento di uno spazio riservato all’insindacabile discrezionalità del legislatore, “interprete della volontà della collettività” e della “coscienza sociale”. Si può riscontrare una certa incoerenza metodologica rispetto ai precedenti arresti costituzionali in materia di procreazione assistita: dalle argomentazioni della Corte non si comprende perché, nel caso della donazione di gameti e, ancora più, nella vicenda delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche, l’esistenza di profili riservati alla discrezionalità legislativa non abbia impedito la caducazione dei divieti censurati mentre, nella fattispecie *de quo*, abbia precluso qualsiasi sindacato di ragionevolezza sul bilanciamento legislativo. Quale è, in ultima analisi, il *discrimen* tra declaratoria di inammissibilità per rispetto del margine di apprezzamento legislativo e declaratoria di incostituzionalità per “vulnus insanabile cui la Corte è tenuta a porre rimedio”²² quando sono in gioco questioni eticamente sensibili?

3. La tutela delle unioni omosessuali tra alterne vicende: dai moniti costituzionali alla condanna di Strasburgo.

Un altro ambito particolarmente interessato da quel “silenzio eloquente” perpetrato per lungo tempo dal legislatore su questioni sensibili è quello che ha al centro la tutela giuridica delle coppie omoaffettive e la questione del matrimonio *same sex*. A differenza di quanto osservato per la procreazione medicalmente assistita, in questo settore gli interventi della Corte costituzionale e del giudice di Strasburgo si collocano prima dell’intervento del legislatore, prima cioè che questi, assumendosene la responsabilità politica, abbia individuato il necessario bilanciamento tra i differenti valori costituzionali. Le due Corti hanno espletato una funzione incisiva di stimolo per il successivo intervento del Parlamento, sono state chiamate a desumere i “principi fondamentali” della materia, corroborando l’idea che le riforme del diritto di famiglia hanno ormai ineluttabilmente inizio nelle aule dei tribunali mediante il fondamentale ruolo del giudice di estensione delle situazioni meritevoli di tutela giuridica. Non è un caso che l’interventismo delle due Corti in questo ambito si manifesti proprio attraverso l’esercizio dell’attività ermeneutica.

Rispetto alla questione del matrimonio omosessuale l’interpretazione “originalista”²³ dell’art. 29 Cost. individua nel paradigma eterosessuale il nucleo fondante del coniugio, limite invalicabile per l’interpretazione evolutiva del dato costituzionale. Il criterio ermeneutico dell’*orginal intent* dei Costituenti, generalmente impiegato dalla giurisprudenza costituzionale come ausiliario ed integrativo quando è in gioco il riconoscimento di diritti, assume in questa fattispecie un ruolo decisivo e limitante la stessa discrezionalità legislativa. Nel successivo caso *Shalk e Kopf c.*

²² Corte Costituzionale, sentenza n. 162/2014.

²³ Tale criterio ermeneutico è stato impiegato nella giurisprudenza costituzionale relativa alla tutela di diritti fondamentali come criterio ausiliario, integrativo, tale da riconoscere la libera scelta del legislatore su tutto ciò che non si sia ritenuto di inserire nel testo costituzionale.

*Austria*²⁴, al contrario, il tenore letterale inequivocabile della disposizione e, al contempo, la chiara *intentio* degli estensori della Convenzione non impediscono un'interpretazione evolutiva dell'art. 12 Cedu (letto anche alla luce dell'art. 9 Carta dei diritti U.E.) che *consente* ma *non obbliga*²⁵ gli Stati ad estendere l'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali. Ulteriore tratto distintivo della decisione convenzionale è il peculiare impiego della tecnica del “*consensus*” che assume due diverse gradazioni, una meno stringente, per l'individuazione “qualitativa” dell'interesse suscettibile di tutela ex art. 8 Cedu, una rigidamente “quantitativa” in ordine all'ampiezza del margine di apprezzamento statale. L'emergere di una “tendenza” al riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali è sufficiente ad estendere loro la nozione di vita familiare ex art. 8 Cedu ma la mancanza di un “*radicato* consenso generale”, ovvero di un orientamento legislativo comune alla *maggioranza* degli Stati, legittima la riesplorazione della discrezionalità statale in ordine al “quando” e “come” intervenire.

Si giunge, infine, alla condanna dello Stato italiano nel noto caso *Oliari*²⁶ per aver omesso di legiferare in tema di unioni omosessuali. In questa sede il *consensus* normativo, nuovamente parametrato secondo un criterio strettamente “quantitativo”²⁷, è richiamato soltanto *ad adiuvandum* poiché, ai fini della violazione dell'art. 8 Cedu, diviene centrale l'inadempimento del legislatore rispetto alle *positive obligations* derivanti dalla Convenzione e ai reiterati moniti della Corte costituzionale italiana, rimasti “lettera morta”.

4. Considerazioni conclusive.

Dall'analisi espletata emerge quanto il diritto di famiglia, tradizionalmente emblema della sovranità nazionale, sia oggi il banco di prova privilegiato per il confronto tra tutela costituzionale e giurisprudenza convenzionale, al crocevia tra Roma e Strasburgo.

I tratti qualificanti la giurisprudenza delle due Corti negli ambiti esaminati incidono su tre profili fondamentali: il peculiare rapporto tra Giudice delle Leggi e Corte edu quando sono in gioco questioni sensibili, le ripercussioni dei profili etici, morali, scientifici di questi temi sui rispettivi interventi giurisprudenziali, fino ad ipotizzare delle tecniche decisionali atte ad essere impiegate dalle due Corti, rispettivamente per tenere saldo il principio della separazione dei poteri in ambito nazionale e rispettare il margine di apprezzamento statale in ambito convenzionale.

Guardando all'interazione raggiunta tra giurisprudenza costituzionale e convenzionale nell'ambito dei temi etici esaminati, è possibile riscontrare una certa convergenza nell'individuazione del metodo di produzione legislativa più idoneo quando sono in gioco questioni dalle incisive

²⁴ Corte edu, *Shalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010.

²⁵ Non è ancora possibile riscontrare un *consensus* consolidato tale da imporre uno standard minimo uniforme di tutela concretantesi nel diritto al matrimonio omosessuale.

²⁶ Corte edu, *Oliari e Altri c. Italia*, ricorsi n. 18766/11 e 36030/11, sentenza del 21 luglio 2015.

²⁷ La maggioranza degli Stati ha legiferato a favore del riconoscimento giuridico di tali unioni: il numero di Stati che riconosce giuridicamente tali unioni è salito, rispetto alla vicenda *Shalk*, a 24 Stati su 47.

implicazioni medico-scientifiche, come la procreazione medicalmente assistita: i moniti inviati al legislatore dalla *Grande Chambre* prima, nel caso *Sh*, e dalla Corte costituzionale poi, nelle sentenze n.n. 162/2014 e 96/2015 ricordano che occorre un costante monitoraggio dello sviluppo della scienza da parte dell'organo politico.

È significativa anche la funzione propulsiva, di stimolo esercitata da Strasburgo nei confronti del nostro Giudice costituzionale ad entrare nel merito di questioni divisive, in precedenza decise con pronunce di mero rito. Emblematico, in tal senso, l'interventismo "bifronte"²⁸ del giudice di Strasburgo nel caso *Costa e Pavan* che ha avuto un ruolo incisivo rispetto alla decisione della Consulta di intervenire sulla questione del divieto di diagnosi pre-impianto, chiusa nel 2006²⁹ con un sostanziale *non liquet*.

Il rapporto fra le due Corti nelle questioni sensibili esaminate non è, tuttavia, qualificabile come "dialogo" in senso proprio: ciò che prevale nel discorso costituzionale è un uso "retorico" della giurisprudenza convenzionale, dettato da ragioni di mera opportunità. Il *decisum* di Strasburgo viene richiamato soltanto se in linea con le argomentazioni della Consulta volte a riconoscere uno spazio riservato alla discrezionalità del legislatore, come accaduto nell'ambito della ricerca scientifica sugli embrioni (sentenza n. 84/2016)³⁰; in caso contrario, laddove entrambi i sistemi di garanzia spingano verso la caducazione della disciplina nazionale, il parametro evocato sarà soltanto quello costituzionale "in senso stretto" e il richiamo a Strasburgo risulterà del tutto omesso o posto fra le righe.

Proprio in riferimento alle questioni biogiuridiche di inizio-vita la nostra Corte pone sempre a fondamento delle declaratorie di incostituzionalità i parametri costituzionali "interni", relegando la norma convenzionale interposta all'assorbimento anche quando giunge a decisioni nella "sostanza" coincidenti con gli esiti raggiunti a Strasburgo. Ad inaugurare questa tendenza nell'ambito di questioni sensibili è stata la sentenza n. 278/2013 che ha accolto il principio di diritto promanante dalla sentenza *Godelli c. Italia*, ma ha sanzionato la disciplina nazionale sulla base dei soli parametri costituzionali interni. Lo dimostra ancor più la sentenza n. 162/2014 che, nonostante la precedente restituzione degli atti in forza del parametro assorbente dell'art. 117 Cost., non richiama minimamente il precedente arresto della *Grande Chambre*, neanche per motivare il successivo assorbimento di quello stesso parametro. In un crescendo incalzante di questa tendenza si colloca la recente decisione n. 96/2015 che decide di bypassare la precedente condanna di Strasburgo nell'omologo caso *Costa e Pavan*, significativamente citata soltanto tra parentesi.

²⁸ Un interventismo incidente sia sui limiti alla giurisdizione convenzionale sia sulla qualità della tutela sostanziale offerta ad un nuovo interesse giuridico meritevole.

²⁹ Si ricorda Corte cost. ord. n. 369/2006.

³⁰ La sentenza n. 84/2016 è emblematica in tal senso: il giudice rimettente non aveva neppure invocato il parametro convenzionale, eppure i richiami della Consulta al precedente *Parrillo* sono consistenti perchè funzionali a corroborare il proprio *self restraint* e la declaratoria di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa.

Nella questione matrimoniale, invece, l'interpretazione "aperta ed inclusiva" dell'art. 12 Cedu prospettata a Strasburgo avrebbe potuto spingere la Consulta, nel solco della "massima espansione delle garanzie", ad un'interpretazione evolutiva dell'art. 29 Cost., tale da non escludere né imporre il matrimonio *same sex* e lasciare alla discrezionalità del legislatore ordinario l'opzione in materia, ma, come abbiamo visto, così non è stato.

La Corte costituzionale sembra "aver smarrito la via del dialogo" nell'ambito dei temi esaminati, dimostrandosi poco propensa a cedere una quota del proprio compito di garanzia costituzionale dei diritti fondamentali a favore della Corte europea dei diritti dell'uomo³¹.

Proprio il caso *Costa e Pavan* che ha messo a dura prova l'incidentalità del sistema di giustizia costituzionale e saldato un nesso diretto tra giudice convenzionale e giudici comuni, sembra costituire uno "spartiacque" in materia. La Corte costituzionale muta progressivamente il proprio orientamento in ordine all'influenza interna della giurisprudenza convenzionale, fino ad arrivare al noto coronamento del "predominio assiologico" della Costituzione sulla Cedu e al "decalogo degli indici di consolidamento" della giurisprudenza convenzionale vincolante, con la sentenza n. 49/2015 che scardina l'orientamento tracciato con le "sentenza gemelle".

Dalle riflessioni della *Grande Chambre* nel caso *Parrillo* emergono, con apprezzabile lucidità, i profili centrali dell'attuale perdurante conflittualità nel rapporto fra i due sistemi di giustizia: il sistema incidentale di costituzionalità considerato a Strasburgo un rimedio interno "non effettivo" e la netta chiusura dei giudici costituzionali rispetto alla giurisprudenza convenzionale, vincolante solo se consolidata (sent. n. 49/2015).

Quando la violazione del sistema Cedu è imputabile ad un atto legislativo i giudici di Strasburgo tendono, con sempre maggior frequenza, ad ammettere il ricorso pur in mancanza del previo esperimento di qualsivoglia rimedio interno, sul presupposto che l'ordinamento giuridico italiano non contempla uno strumento di impugnazione diretta della legge da parte del singolo. Per tal via si consente ai ricorrenti di "saltare" qualsiasi filtro di giudizio a livello nazionale, compreso il giudizio costituzionale (come accaduto nel caso *Costa e Pavan*) e la Corte edu può giudicare per prima la questione di compatibilità convenzionale di una legge nazionale. Il rischio concreto è quello di realizzare una "pregiudiziale di convenzionalità" che, ad oggi, nessuna norma del nostro ordinamento legittima, considerato il mancato parallelismo tra ordinamento dell'U.e e sistema Cedu.

È il problema della "vocazione costituzionale" della Corte dei diritti umani che investe frontalmente il rapporto tra le due Corti: fin tanto che i giudici di Strasburgo continueranno ad escludere dal novero dei rimedi interni effettivi, da esercitare ex art. 35 Cedu, il giudizio di legittimità

³¹ G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo*, in *consultaonline*, 2014, 7.

costituzionale sulle leggi attivato in via incidentale, permarrà un aspetto di profonda tensione tra i due sistemi di tutela.

Per fronteggiare tale profilo di conflittualità è prospettabile, come soluzione *de iure condendo*, il “recupero costruttivo” dello schema delle “gemelle” mediante un *revirement* nella giurisprudenza di entrambe le Corti. Dinanzi ad un potenziale conflitto tra Convenzione e legislazione nazionale si potrebbe configurare un vero e proprio *obbligo*, a carico del singolo interessato, di adire in prima battuta il giudice comune ed eccepire il rilevato contrasto, pena l’inammissibilità del ricorso a Strasburgo; quindi, un consequenziale *obbligo* per il giudice di esperire il tentativo di interpretazione conforme a Convenzione. Laddove l’attività ermeneutica dovesse avere esito negativo, sul giudice graverebbe l’ulteriore *obbligo* di sollevare la questione dinanzi alla Corte costituzionale per incompatibilità convenzionale. Se, invece, rigettasse l’eccezione o non provvedesse a motivare sul tentativo di interpretazione adeguatrice, si potrebbe configurare il *diritto* del singolo di rivolgersi direttamente a Strasburgo, per mancato adempimento dell’obbligo di interpretazione conforme a Convenzione gravante sul giudice comune. Questa soluzione consentirebbe di salvaguardare il ruolo sussidiario della tutela convenzionale nei casi in cui il *vulnus* al sistema Cedu discenda direttamente dalla legge, senza al contempo pregiudicare il funzionamento del sistema incidentale di giustizia costituzionale.

Quale contraltare al Giudice delle Leggi è richiesto il superamento di quell’impostazione restrittiva dell’obbligo di interpretazione conforme a Convenzione, nonché del “predominio assiologico” della Costituzione sulla Cedu, inaugurata con la sentenza n. 49/2015, in un’ottica di reciproco avvicinamento.

Richiamare il *decisum* di Strasburgo in chiave ermeneutica, al fine di corroborare l’interpretazione evolutiva del diritto costituzionalmente garantito o desumibile dall’ordinamento costituzionale, può implementare la razionalità delle argomentazioni e l’autorevolezza delle declaratorie di incostituzionalità in materie eticamente sensibili e socialmente ancora controverse.

Il richiamo alla giurisprudenza convenzionale non solo renderebbe esplicito quello che già è, ovvero il ruolo incisivo di stimolo promanante dai giudici di Strasburgo nella individuazione di nuovi interessi suscettibili di tutela, ma renderebbe ancor più autorevole l’interpretazione evolutiva della Costituzione come “*living instrument*” prospettata dal Giudice delle Leggi.

Passando ad esaminare il rapporto fra diritto legislativo e giurisprudenziale un aspetto qualificante gli ambiti esaminati è, come abbiamo visto, la scelta del legislatore favorevole ad un “silenzio eloquente” rispetto al riconoscimento giuridico di certe posizioni soggettive ed il ruolo di supplenza espletato dai giudici, costituzionale e convenzionale, nel cogliere i mutamenti della società civile, nella individuazione di nuove situazioni meritevoli di tutela e nella loro sussunzione nell’alveo applicativo delle Carte fondamentali. In entrambi gli ambiti esaminati è emersa con forza

l'autonomia ermeneutica lasciata alle due Corti dall'organo politico, nonché l'ampio spazio di libertà per la sperimentazione di un'interpretazione evolutiva e dinamica della nozione di "vita familiare".

Il Parlamento italiano si è dimostrato del tutto inerte rispetto all'evoluzione internazionale che ha interessato la tutela dei diritti fondamentali della persona nell'ambito della famiglia e della bioetica. Si tratta di una tendenza generale che caratterizza ormai da tempo la nostra forma di Stato ma nell'ambito delle questioni sensibili esaminate spicca con particolare evidenza, come denuncia la Corte edu nel noto caso *Oliari*: diagnosi pre-impianto e riconoscimento giuridico delle coppie omoaffettive sono due emblematici esempi di quel "silenzio eloquente" perpetrato a lungo dal legislatore italiano.

Nell'ambito della tutela delle unioni omosessuali si è potuto riscontrare un'ulteriore significativa tendenza caratterizzante il rapporto tra poteri dello Stato: dinanzi a questioni dalle forti connotazioni morali, culturali, che dividono la società civile e, per questo, dovrebbero costituire la sede di elezione della politica, il Parlamento, se interviene, tende a "ratificare" ciò che i giudici decidono nelle aule dei tribunali. La legge n. 76/2016 ha puntualmente seguito le indicazioni tracciate dal giudice costituzionale nel qualificare l'unione civile come "specifica formazione sociale ai sensi degli art. 2 e 3 Cost." riservata alle sole coppie dello stesso sesso, preservando così il paradigma eterosessuale del matrimonio, nel pieno rispetto dell'interpretazione originalista dell'art. 29 Cost; ha risposto, altresì, alle sollecitazioni del giudice costituzionale in ordine alla questione della rettifica di sesso di uno dei coniugi con la previsione dell'automatica conversione del matrimonio in unione registrata laddove entrambi lo richiedano, in linea con il monito contenuto nella sentenza n. 170/2014³². L'istituto dell'unione civile è, inoltre, mutuato dal paradigma matrimoniale mediante la tecnica del rinvio al dettato codicistico: questa opzione legislativa risulta in linea con la giurisprudenza *Shalk* che richiede stringenti cause giustificative per ogni trattamento differenziato basato sull'orientamento sessuale.

In definitiva, nella tutela delle coppie omosessuali le due Corti hanno assunto un incisivo ruolo di stimolo circa l'*an* dell'intervento legislativo, nella estensione "qualitativa" delle posizioni meritevoli di tutela attraverso lo strumento ermeneutico evolutivo ed hanno, altresì, tracciato dei "criteri direttivi" per orientare la successiva opzione legislativa, garantendo una convergenza verso uno standard di tutela più elevato dei diritti fondamentali della persona nelle relazioni familiari.

Nell'ambito della procreazione assistita e della diagnosi pre-impianto, invece, gli arresti del giudice costituzionale e della Corte dei diritti umani sono stati di tipo "demolitorio-creativo" perché successivi all'intervento del legislatore che per primo ha individuato un certo bilanciamento di valori, assumendosene la corrispondente responsabilità politica. Si tratta di una circostanza di

³² Nonché in linea con l'orientamento espresso a Strasburgo nel successivo caso *Hamalainen c. Finlandia*.

grande rilievo che ha inciso sulle tecniche decisionali impiegate dalle due Corti: dall'interventismo ermeneutico caratterizzante le unioni omosessuali, all'incidenza del giudizio di ragionevolezza sul bilanciamento legislativo nell'ambito della procreazione assistita.

Corte costituzionale e Corte edu, strette dalle pressanti istanze della società civile e dall'inerzia del legislatore, hanno esercitato una funzione di stimolo, talvolta di supplenza negli ambiti esaminati, mostrando un certo interventismo, in qualche caso anche forzando la tenuta dei limiti posti all'esercizio della loro funzione.

Nell'ambito della procreazione assistita l'attivismo del giudice costituzionale in rapporto alla discrezionalità del legislatore conosce un crescendo significativo. La sentenza n. 151/2009 si muove ancora con una certa cautela nell'ambito di questioni eticamente controverse: ivi la Corte non mette in discussione i principi ispiratori della disciplina legislativa, limitandosi a ristabilire un bilanciamento tra i valori confliggenti in linea con la *ratio legis*³³; non si sostituisce al legislatore nel dettare il numero di embrioni da produrre e lascia impregiudicata la questione dell'ammissibilità della diagnosi pre-impianto.

Il punto di svolta in ordine all'interventismo costituzionale si registra a partire dalla sentenza n. 162/2014 in cui la Corte qualifica la libertà di autodeterminazione in ambito riproduttivo come "libertà fondamentale e incoercibile" e ciò determina, come conseguenza metodologica, lo slittamento da un sindacato blando di ragionevolezza sul bilanciamento legislativo ad un pervasivo *strict scrutiny*. Se dinanzi a temi sensibili nel dibattito politico, il giudizio costituzionale viene generalmente declinato come scrutinio di "non manifesta irragionevolezza" dell'opzione legislativa, con la sentenza n. 162/2014 la Corte si discosta da tale approccio "prudenziale", giungendo a valutare in modo stringente l'esercizio della discrezionalità legislativa. L'interventismo della Consulta si riscontra, altresì, nella decisione di caducare il divieto di eterologa nonostante la pluralità "vuoti normativi" conseguenti, rientranti nell'ambito della sfera di discrezionalità riservata al *conditor iuris*³⁴. Questo arresto ci riconsegna un Giudice delle Leggi ormai lontano dalla concezione voluta dai padri costituenti di istituzione neutra, mossa da un ontologico *self restraint*: con la scure dell'incostituzionalità la Corte incide su uno dei profili più qualificanti della legge n. 40. Il divieto di ricorrere alla donazione di gameti rappresentava una precisa scelta politica: consentire l'utilizzo di tecniche riproduttive non in senso assoluto, bensì con il limite della certezza del patrimonio genetico, a garanzia dell'identità e del diritto del nato a conoscere le proprie origini.

³³ Viene rispettato il principio cardine della legge n. 40 della strumentalità delle tecniche rispetto allo scopo procreativo, assicurando, al contempo, i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compresa la donna che accoglie l'embrione.

³⁴ Tra i molteplici ambiti bisognosi di un intervento legislativo a seguito della caducazione del divieto si ricorda la questione dell'anonimato o meno del donatore, incidente sul fondamentale principio del consenso informato ed il necessario temperamento tra anonimato e tutela del diritto alle origini del nato; nonché l'eventuale previsione di regole a garanzia del diritto del nato a conoscere i dati non identificativi del donatore a tutela della propria salute fisica; l'eventuale ammissibilità della "doppia eterologa" (ad esempio vietata dal legislatore francese); la qualificazione del titolo della donazione di gameti; il numero delle donazioni ammesse da uno stesso soggetto.

Nella sentenza n. 96/2015, invece, la Corte costituzionale “aggiunge” una nuova posizione giuridica meritevole di tutela, il diritto di ricorrere alla pma ed alla diagnosi pre-impianto per le coppie fertili, portatrici di malattie genetiche e stabilisce due regole concrete per il suo esercizio³⁵. Il margine di creatività dell’operazione additiva è elevato poiché i contenuti aggiunti non sono costituzionalmente imposti³⁶. Tale arresto, con la creazione di questo “nuovo diritto” in ambito procreativo, finisce per superare anche la finalità originariamente prevista dalla legge n. 40 di risoluzione dei problemi di sterilità o infertilità, consentendo il ricorso a tali tecniche anche a coppie che problemi riproduttivi non hanno.

Nell’ambito del matrimonio omosessuale, invece, l’interventismo del giudice costituzionale non si muove sul piano del controllo di ragionevolezza e della creatività normativa, si sviluppa piuttosto sul piano ermeneutico: l’art. 29 Cost. è una norma “chiusa”, il criterio ermeneutico dell’*original intent* dei Costituenti diviene un limite invalicabile oltre il quale non può spingersi l’interpretazione evolutiva della Carta ed il paradigma eterosessuale del matrimonio³⁷, qualificato come fulcro della norma costituzionale, non è suscettibile di superamento neppure in via di legislazione ordinaria, soltanto un procedimento di revisione costituzionale potrebbe consentire il matrimonio omosessuale.

Se nell’ambito della tutela dei diritti il criterio della *voluntas* originaria del Costituente è generalmente impiegato dalla Corte come ausiliario ed integrativo, per tracciare un confine oltre il quale il legislatore può procedere liberamente³⁸, nella sentenza n. 138, invece, il fatto che la condizione omosessuale non sia stata presa in considerazione dai Costituenti è motivo sufficiente per escludere che l’art. 29 Cost. *consenta* il matrimonio omosessuale.

Interrogata dai giudici rimettenti sul “se” i principi costituzionali *imponessero* il riconoscimento del matrimonio *same sex*, la Corte risponde anche all’ulteriore interrogativo se *consentano* detto istituto.

Dinanzi alla questione “sensibile” del matrimonio omosessuale la Corte costituzionale, anziché limitarsi ad una declaratoria di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa, indulge in un dispositivo di infondatezza proprio per circoscrivere la discrezionalità del legislatore secondo

³⁵ La gravità della malattia ex art. 6 comma 1 lettera b , legge n. 194/1978 e l’accertamento da parte di “apposite strutture pubbliche”.

³⁶ È la stessa Corte costituzionale ad individuare, quale termine di raffronto, l’art. 6 della legge n. 194, via costituzionalmente non necessaria se pensiamo che anche l’art. 4 della stessa legge avrebbe potuto costituire il *tertium comparationis*, per certi aspetti con la garanzia di una maggiore coerenza. La scelta dell’art. 6, così come l’espresso richiamo alle “strutture pubbliche” anziché a quelle individuate nell’art. 8 legge n. 194/1978, non sono opzioni neutre: la Corte ha potuto porre un argine più incisivo all’accesso delle coppie fertili alla pma.

³⁷ Il paradigma eterosessuale del matrimonio, strenuamente difeso attraverso lo strumento ermeneutico, e la sua (potenziale) finalità procreativa consentono al nostro Giudice delle Leggi di escludere un’omogeneità strutturale tra unioni omosessuali e coniugate e, gioco forza, la violazione del principio di eguaglianza di trattamento.

³⁸ Ciò che la Costituzione espressamente non prevede non risulta né vietato né imposto, ma rimesso all’opzione dell’organo politico rappresentativo.

un “doppio binario”: dovrà assicurare il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali senza al contempo violare il paradigma esclusivamente eterosessuale del matrimonio.

Negli ambiti esaminati l'interventismo è tratto qualificante anche la giurisprudenza convenzionale, soprattutto mediante l'impiego dell'interpretazione evolutiva della Convenzione, intesa come “*living instrument*”. Tale strumento ermeneutico ha consentito l'ampliamento del novero delle situazioni giuridiche meritevoli di tutela, ricomprendendo nell'alveo dell'art. 8 Cedu posizioni non espressamente previste nella Carta, ben lungi dall'immaginario dei suoi fondatori. La I sezione, nel caso *SH c. Austria*, per la prima volta inserisce il “diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita a tale scopo” nell'ambito della “vita familiare” intesa quale “*broad, living concept*”. L'interpretazione evolutiva della Convenzione ha altresì consentito il progressivo superamento dell'endiadi matrimonio-vita familiare, riconducendo nell'ambito applicativo dell'art. 8 Cedu non soltanto la coppia legata da vincolo coniugale ma, progressivamente, anche le unioni affettive di fatto connotate da stabilità, dapprima soltanto eterosessuali, successivamente anche omoaffettive (nel caso *Shalk*). Fino ad arrivare al caso *Oliari* in cui i giudici di Strasburgo ampliano la “dimensione normativa” dell'art. 8 Cedu: dal divieto di ingerenze statali irragionevoli all'imposizione di *positive obligations* a carico dello Stato, a garanzia del diritto al rispetto della vita familiare. Se nel caso *Shalk* si riconosceva per la prima volta la dimensione familiare delle unioni omosessuali, in *Oliari* si afferma un obbligo positivo di riconoscimento giuridico di tali unioni e del loro *status* familiare.

Un aspetto che connota la giurisprudenza di entrambe le Corti negli ambiti esaminati è l'efficacia “qualificante” attribuita al fattore scientifico rispetto alla definizione degli interessi meritevoli di tutela. Come si evince dal caso *SH* allo sviluppo scientifico nell'ambito procreativo corrisponde parallelamente il progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 8 Cedu, così come emblematiche, in tal senso, sono le sentenze n.n. 162/2014³⁹ e 96/2015⁴⁰.

Le decisioni costituzionali in tema di procreazione assistita si collocano nel solco di quella giurisprudenza “pionieristica” che attribuisce un ruolo centrale alla scienza, intesa come limite alla discrezionalità legislativa in funzione della salvaguardia dei diritti costituzionali alla salute della donna e alla vita dell'embrione. Tuttavia, tali arresti non riconoscono un “primato” alla scienza sul diritto legislativo, piuttosto ammoniscono il legislatore a non incorrere nel vizio di eccesso di potere decidendo in modo autoreferenziale e prescindendo dalle evidenze scientifiche acquisite.

La giurisprudenza convenzionale negli ambiti esaminati, a sua volta, presenta una caratteristica qualificante: agli indici “tradizionali” del margine di apprezzamento statale ne aggiunge due

³⁹ Tale arresto è caratterizzato da una incisiva estensione della libertà di autodeterminazione in ambito procreativo.

⁴⁰ Al centro della pronuncia si colloca un'interpretazione evolutiva del diritto alla salute, inteso come “diritto di accesso alla miglior scienza medica per acquisire prima informazioni che possono evitare successive scelte terapeutiche maggiormente pregiudizievoli per la salute”.

ulteriori e specifici, ovvero il rapido sviluppo scientifico e tecnologico nel caso *SH* deciso dalla Grande Camera e l'esistenza di un "consenso interno" alla società civile, nell'altrettanto noto caso *Oliari*.

Il "*background of fast-moving medical and scientific developments*" nell'ambito procreativo non contribuisce soltanto all'estensione degli interessi meritevoli di tutela convenzionale ma svolge anche un importante ruolo definitorio rispetto all'ampiezza del margine di apprezzamento degli Stati: più è ampia e rapida l'evoluzione scientifica più aumenta il margine in un rapporto di corrispondenza biunivoca. La sentenza *Oliari*, invece, 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: al *consensus* normativo si aggiunge il parametro del «consenso interno», ovvero il grado di accettazione di un determinato istituto o fenomeno nella popolazione⁴¹. Tale addizione è destinata ad incidere anche sulla questione del riconoscimento di *positive obligations* in tema di matrimonio omosessuale: con ogni probabilità, una volta raggiunto un orientamento legislativo uniforme nella maggioranza degli Stati aderenti, la Corte ed tenderà a valorizzare l'ulteriore parametro del «consenso interno» per mantenere ampio il margine di apprezzamento statale, dando particolare risalto alla circostanza, già affermata in *Shalk*, che il matrimonio è un istituto profondamente radicato nelle tradizioni culturali e sociali delle singole comunità nazionali.

La forte connotazione morale delle questioni trattate, le loro implicazioni culturali, talvolta etiche, nonché l'incidenza della scienza, freneticamente impegnata alla falsificazione dei dati acquisiti – secondo l'insegnamento popperiano – sono tutti profili che incidono profondamente sulla giurisprudenza delle due Corti, sull'impiego non sempre rigoroso di tecniche decisionali "tipiche" dei due sistemi di garanzia e, consequenzialmente, sulla coerenza metodologica del *decisum*.

Nella giurisprudenza costituzionale emblematico in tal senso è lo slittamento metodologico caratterizzante la parte motiva della sentenza n. 162/2014, in cui si passa da un piano all'altro del giudizio di ragionevolezza. Dopo aver proclamato *ab initio* di verificare la legittimità del divieto di eterologa secondo il parametro del "non irragionevole bilanciamento", quindi, un test blando sulla legislazione, la Corte applica, nel proseguo della motivazione, uno *strict scrutiny* sul bilanciamento legislativo: affinché il divieto possa superare il vaglio di costituzionalità non si richiede che tale opzione "non sia irragionevole", ma che sia *l'unico mezzo* a disposizione per tutelare interessi di pari rango.

⁴¹ 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.

Talvolta l'incoerenza argomentativa del *decisum* si ripercuote sull'elevato grado di discrezionalità circa la scelta dello strumento decisorio più adeguato. Pensiamo alla sentenza n. 84/2016 in cui la Corte recupera un principio risultato del tutto recessivo nella giurisprudenza pregressa (n.n. 162/2014, 96/2015), il rispetto della discrezionalità legislativa e adotta un dispositivo di inammissibilità con il quale si astiene da ogni sindacato di ragionevolezza sul bilanciamento legislativo, sindacato che, al contrario, nel caso dell'eterologa ha rivendicato con forza nei termini di uno *strict scrutiny*. Sussiste una certa incoerenza metodologica rispetto ai precedenti arresti in materia⁴²: se nella sentenza n. 84 la Corte esclude un proprio intervento additivo per mancanza delle "rime obbligate" su plurime questioni riservate ad opzioni di politica legislativa⁴³, nel caso della eterologa ed ancor più nella vicenda delle coppie fertili, la sussistenza di profili riservati alla discrezionalità del legislatore non ha impedito rispettivamente la caducazione dei divieti censurati e l'aggiunta di un nuovo diritto.

Sussiste uno slittamento metodologico anche nella sentenza n. 170/2014 sul tema del divorzio imposto a seguito della rettificazione di sesso di uno dei coniugi: dopo aver ricondotto la fattispecie a quelle "ipotesi particolari" nelle quali occorre verificare la necessità di un trattamento omogeneo tra coniugi e coppia omosessuale, il ragionamento della Corte si sposta di piano, poichè la declaratoria di incostituzionalità non si fonda sul trattamento discriminatorio bensì su un bilanciamento sproporzionato tra interesse statale e individuale. Questo passaggio dal principio di uguaglianza soggettiva "in senso forte" ad un controllo meno stringente sul bilanciamento legislativo fa sfumare l'effetto demolitorio, cosicché la norma censurata sullo scioglimento automatico può continuare ad essere applicata ed essere anche qualificata come costituzionalmente necessaria⁴⁴.

A caratterizzare, invece, la giurisprudenza convenzionale in questi ambiti è un impiego "ondivago" della tecnica del *consensus* normativo, con evidenti ricadute sull'ampiezza del margine di apprezzamento: talvolta è sufficiente una mera convergenza⁴⁵ delle legislazioni nazionali per limitare la discrezionalità statale, altre volte, invece, il consenso è inteso in termini di stretto rigore quantitativo, altre ancora (caso *Sh, Grand Chambre*) un consenso quantitativamente ineccepibile si trasforma in mera convergenza inidonea a limitare l'ampio margine di apprezzamento statale. Nel caso *Shalk*, infine, il *consensus* assume, come abbiamo visto, due diverse gradazioni: una meno stringente per l'individuazione "qualitativa" dell'interesse meritevole e una strettamente quantitativa in ordine all'ampiezza del margine di apprezzamento statale rispetto all'ingerenza.

⁴² Ovvero rispetto alle sentenze Corte cost. n n. 162/2014 e 96/2015.

⁴³ Questioni quali la scelta degli embrioni da impiegare a fini di ricerca e le finalità della ricerca stessa.

⁴⁴ Nella parte in cui la Corte Costituzionale afferma che la previsione di un divorzio a domanda "equivarrebbe a render possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost."

⁴⁵ In precedenti arresti in materie altrettanto sensibili, la Corte edu aveva adottato un criterio elastico per affermare l'esistenza di un *consensus* idoneo a limitare l'apprezzamento statale: basti pensare al famoso caso *Goodwin contro Regno Unito*.

L'impiego non univoco di questa tecnica è strettamente correlato alle implicazioni sociali, morali, etiche caratterizzanti i temi analizzati. Si intende dire che di frequente questioni etiche o aventi delicate implicazioni morali possono incidere su rilevanti profili dell'esistenza e dell'identità della persona (come accaduto nel noto caso *Parrillo*): si pone, pertanto, un problema di compatibilità e bilanciamento fra due degli "indici sintomatici" (i.e. la rilevanza esistenziale o identitaria di un certo interesse e le sue implicazioni morali o politiche) che spostano l'asse dell'apprezzamento statale rispettivamente verso due direzioni opposte.

I profili di incoerenza segnalati mostrano che il ruolo del legislatore non è suscettibile di surrogazione giurisprudenziale a maggior ragione nelle materie sensibili esaminate. All'organo politico spetta primariamente il compito di valutare il grado di maturazione e di accettazione dei fenomeni contingenti nell'ambito della società civile. La previsione di una disciplina legislativa minima di riferimento è, inoltre, caratteristica imprescindibile⁴⁶ quando sono coinvolti soggetti in stato di maggior debolezza, perché fisiologicamente incapaci di far valere le loro ragioni in situazioni di conflittualità o perché privi di tutela giuridica⁴⁷, in ambiti in cui mutano le conoscenze scientifiche ma anche le convinzioni radicate nella società: in uno Stato diritto, è compito del legislatore registrare tali mutamenti.

Organo legislativo e organi giudiziari devono operare all'insegna di una "leale cooperazione"⁴⁸ in vista della massima espansione della tutela di diritti costituzionali: il primo astenendosi da opzioni politiche secche, discipline rigide, divieti assoluti, e, ad un tempo, dal conferire deleghe "in bianco" al potere giudiziario; il secondo, evitando forzature nell'impiego dell'interpretazione adeguatrice che, come abbiamo visto nel seguito interno del caso *Costa e Pavan*, possono portare alla disapplicazione della legge nazionale, con conseguenti ripercussioni sulla tenuta della nostra forma di Stato. Se al legislatore si richiede una legislazione cornice, per principi, in grado di dare omogeneità al sistema⁴⁹, il giudice, a sua volta, è chiamato ad applicare una legislazione flessibile tenendo conto delle specificità della fattispecie concreta, destinatario di una delega in concreto ma non "in bianco".

⁴⁶ La necessità di una disciplina legislativa delle esperienze d'inizio è ampiamente rilevata in dottrina, *ex multis*, A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5.

⁴⁷ Si pensi rispettivamente all'embrione dinanzi alle diverse metodiche della procreazione assistita o della ricerca scientifica, nonché allo stato di irrilevanza giuridica in cui sono state relegate le unioni omosessuali fino al giugno del 2016.

⁴⁸ In tal senso si esprime anche A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *federalismi.it*, 11 maggio 2016, 13 ss.

⁴⁹ Nella dottrina più sensibile parlano di discipline legislative "miti" o "leggere", tra gli altri, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, spec. 38 ss.; A. PATRONI GRIFFI, op. et loc. ult. cit.; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *www.confronticostituzionali.eu*, 17 giugno 2014.

Il discrimine tra legislazione flessibile e “silenzio eloquente”, di cui si è discusso in precedenza, quindi, rispettivamente, tra delega in concreto e delega “in bianco”, è labile ma percettibile agli occhi dell’interprete: dinanzi a due questioni profondamente divise nel confronto sociale e politico, quali il dovere di reciproca fedeltà⁵⁰ e l’adozione co-parentale nell’ambito dell’unione civile, la legge n. 76/2016 ha optato per la seconda problematica via. Dinanzi alla “creazione” giurisprudenziale di un istituto, l’adozione co-parentale, incidente su molteplici diritti fondamentali della persona, sarebbe spettato all’organo dotato di legittimazione democratica assumere una decisione chiara in ordine alla legittimità o meno dell’istituto medesimo. Il “silenzio eloquente” del legislatore, la scelta di non consentire né vietare l’adozione co-parentale esprime una precisa volontà politica favorevole ad una “delega in bianco” al potere giudiziario. Si tratta di un’opzione che ha considerevoli ripercussioni sul fondamentale principio della separazione dei poteri: in assenza di una regolazione legislativa minima di riferimento, si attribuisce al giudice il potere di decidere l’an ed il *quommodo* di un istituto che incide su valori fondamentali della persona.

In conclusione, al termine di questa lunga parabola giurisprudenziale che ha caratterizzato la procreazione assistita e le unioni omosessuali, la legge sulle unioni civili sembra fare un passo avanti ed uno indietro: recepisce l’insegnamento delle due Corti sulla legge n. 40, là dove rifugge dalla previsione di divieti assoluti, perentori, ideologicamente orientati, frutto di un bilanciamento a “senso unico”, ma al contempo, dinanzi alla questione più divisa, opta ancora una volta per una delega in bianco al potere giudiziario.

Constatato il ruolo indefettibile del *conditor iuris* e la sua tendenza a rimanere silente anche per lungo tempo dinanzi a questioni sensibili, si pone un ulteriore problema di non secondario rilievo: non è giuridicamente sanzionabile nel nostro ordinamento l’ipotesi di un’eventuale omissione legislativa assoluta. La vicenda delle unioni omosessuali stabili è emblematica in tal senso: dalla sentenza n. 138/2010 fino alla legge n. 76 del 2016, per oltre sei anni, il diritto dei membri di tali unioni “di vivere liberamente una condizione di coppia” ha assunto le “vesti” di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Corte costituzionale ma “non garantito” dal legislatore, nel protrarsi di una situazione di vero e proprio inadempimento costituzionale, censurata dalla stessa Corte di Strasburgo in *Oliari*.

⁵⁰ Se consideriamo quel “diritto vivente” del giudice di legittimità che da qualche anno riconduce la violazione del dovere di fedeltà coniugale ad un “illecito endofamiliare” suscettibile di tutela risarcitoria ex art. 2059 c.c., ne discende che il mancato riferimento al dovere di fedeltà nell’ambito dell’unione civile, lungi dal rappresentare una mera vittoria ideologica priva di conseguenze giuridiche, può tradursi in una vera e propria delega “in bianco” ai giudici comuni. Questi potranno scegliere se optare per una interpretazione estensiva della disciplina matrimoniale e, quindi, di quel “diritto vivente”, in nome di un’interpretazione conforme a Costituzione, in particolare all’art. 3 Cost., oppure sollevare 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 al “dovere di fedeltà”.

Le sentenze n. 138/2010 e n. 170/2014, nonché la stessa decisione *Oliari* dimostrano la carenza, nel nostro sistema di giustizia costituzionale, di strumenti decisionali atti ad inviare moniti vincolanti al legislatore e suscettibili di sanzione giuridica nei casi di perdurante inerzia legislativa. Un'assenza che assume carattere di maggior cogenza proprio nell'ambito delle questioni sensibili esaminate nelle quali la scelta privilegiata dal legislatore è, come abbiamo visto, quella favorevole ad un "silenzio eloquente".

Del resto, al tempo in cui fu concepito il nostro modello di giustizia costituzionale non si poteva prevedere che il principale ostacolo alla garanzia dell'effettività della Costituzione, quindi, allo stesso giudizio di costituzionalità, sarebbe derivato proprio dall'inerzia del Parlamento. La Corte Costituzionale, quale garante dei diritti fondamentali, può cercare di supplire mediante l'individuazione di principi costituzionali che orientino il giudice comune nel garantire una tutela sostanziale, effettiva al diritto costituzionale oggetto dell'omissione legislativa; i problemi, tuttavia, persistono laddove i principi enucleati non siano suscettibili di applicazione diretta da parte del giudice comune a causa della pluralità di opzioni normative da regolare.

Constatata l'esistenza di un diritto fondamentale di matrice costituzionale⁵¹, suscettibile di tutela soltanto previo intervento organico del legislatore, nel protrarsi dell'inerzia del *conditor iuris*, una soluzione percorribile *de iure condendo* per indurre l'organo politico a colmare una lacuna costituzionalmente illegittima potrebbe essere l'adozione di una nuova tipologia decisoria: una "pronuncia di rigetto, additiva di un principio risarcitorio orientativo". Si tratta di una sentenza di rigetto nel merito che lascia in vita la disposizione impugnata, non potendo la Corte aggiungere la disciplina mancante se non a costo di invadere la sfera di discrezionalità legislativa; al contempo, la decisione contiene in motivazione il riconoscimento di un determinato diritto e la constatazione della sua omessa previsione legislativa nonché l'addizione di un principio in grado di orientare i giudici di merito nella futura risoluzione dei casi concreti, il principio risarcitorio. Si demanda così ai giudici comuni l'accertamento della concreta violazione del diritto riconosciuto dalla Corte e degli elementi necessari per apprestare una tutela risarcitoria. Detta via consente di salvaguardare la discrezionalità del legislatore nel prevedere la futura disciplina generale ed astratta del diritto enunciato, evitando così che il giudice costituzionale eserciti poteri normativi là dove manchino le "rime obbligate". Al contempo, nell'attuale assetto ordinamentale, molteplici condanne risarcitorie a carico dello Stato potrebbero costituire la spinta più significativa, forse l'unico cogente stimolo ad intervenire nei confronti di un organo politico oggi più che mai stretto nelle morsa dell'equilibrio di bilancio.

Cosa si richiede, invece, alla Corte dei diritti umani quando sono in gioco questioni sensibili?

⁵¹ Come il diritto nelle unioni *same sex* di vivere liberamente la condizione di coppia, o il diritto ad una forma di convivenza registrata alternativa al matrimonio per le coppie coniugate interessate dalla rettifica di sesso, o, ancora il diritto di accesso alla pma per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche.

Il problema focale che oggi si pone dinanzi a temi che dividono gli Stati parte della Convenzione e, all'interno degli stessi, la società civile è se sia legittimo che una Corte internazionale, creata per garantire il rispetto di diritti specificamente individuati in via convenzionale, proceda a enucleare nuove posizioni giuridiche meritevoli di garanzia e ad imporre uno standard di tutela uniforme. In un sistema di garanzia dei diritti fondamentali comprendente 47 Stati molto diversi fra loro, per cultura, tradizioni, concezioni etiche e religiose della vita e delle relazioni familiari, una soluzione *de iure condendo* potrebbe consistere in un'articolazione del *consensus* normativo diversificata dal punto di vista "qualitativo" e "quantitativo", quindi, nella previsione di due differenti gradazioni dello stesso: una flessibile, meno restrittiva, incidente sul piano interpretativo, ed una stringente, calcolata in modo rigidamente quantitativo, per misurare la ragionevolezza dell'ingerenza statale. Si intende dire che una mera tendenza normativa, caratterizzante anche un ampio numero di paesi aderenti ma non ancora idonea a rappresentarne la maggioranza, potrebbe consentire l'estensione "qualitativa" delle situazioni suscettibili di rientrare nell'ambito applicativo della Convenzione, attraverso un'interpretazione evolutiva della Carta; laddove, tuttavia, detta tendenza non raggiungesse la soglia di una convergenza strutturale comune alle legislazioni della maggioranza degli Stati aderenti, il margine di apprezzamento statale in ordine alla necessità della misura discriminatoria o all'ingerenza statale resterebbe ampio.

Questo "doppio binario" che già emerge *in nuce* nella sentenza *Shalk* può rappresentare la nuova frontiera della giurisprudenza convenzionale per la risoluzione di questioni sensibili: la mera "tendenza" normativa nel riconoscimento di certi valori a livello europeo può consentire una lettura evolutiva della Convenzione, intesa come *living instrument*, ed avere una funzione di stimolo verso il riconoscimento di nuove posizioni soggettive negli Stati che ancora non le contemplano. Al contempo, però, se alla luce del dato strettamente quantitativo, la *maggioranza* degli Stati membri ancora non ha raggiunto un orientamento normativo comune rispetto al riconoscimento di quella situazione come "diritto soggettivo", allora il margine di apprezzamento statale in ordine al "*quantum*" dell'ingerenza dovrebbe rimanere ampio e la Corte edo dovrebbe astenersi da uno *strict scrutiny* sulla violazione del divieto di discriminazione o sulla necessità della misura di ingerenza. Laddove lo *European consensus* non fosse ancora consolidato nella maggioranza degli Stati aderenti, la Corte potrebbe limitarsi a "consentire" e non "imporre" in modo stringente la tutela di certe posizioni soggettive: si distingue, così, il profilo della attitudine a rientrare nell'ambito applicativo della Cedu, dal "quantum" di tutela offerto.

L'impiego flessibile del *consensus*, favorevole ad un'interpretazione inclusiva della norma convenzionale, può costituire un terreno fertile, di stimolo per l'evoluzione sociale e la conseguente recezione da parte del decisore politico nazionale, nonché guidare il Giudice delle Leggi verso

un'interpretazione evolutiva del dato costituzionale, senza imporre un obbligo giuridico di riconoscimento in mancanza di un consenso strutturale.

L'individuazione di nuovi interessi suscettibili di rientrare nell'ambito della Convenzione attraverso un "*flexible consensus*" consentirebbe una progressiva evoluzione ed armonizzazione del quadro dei diritti meritevoli di tutela nell'ambito di questioni sensibili, senza invadere il margine di apprezzamento statale né pregiudicare il grado di autorevolezza e legittimazione del giudice di Strasburgo dinanzi agli Stati parte della Convenzione.