

Giusi 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](#))**

1. *Incipit*

La [sent. n. 162/2014](#), che ammette la fecondazione eterologa<sup>1</sup>, segna il ritorno alla Corte costituzionale della l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita. Ancora una volta un giudice, dunque, a limare le asperità della normativa sulla PMA, che più gravemente determinano un *vulnus* dei principi costituzionali.

Il dato ora segnalato si presta ad un duplice rilievo. Da un lato, dinanzi all'ennesimo intervento giurisprudenziale in materia, risulta ormai conclamata la colpevole inerzia delle assemblee parlamentari di fronte alla necessità di modificare una normativa, che da subito si è rivelata carente in più punti rispetto al dettato costituzionale; dall'altro, l'iniziativa odierna del garante della rigidità costituzionale appare come una rivendicazione a sé della competenza a censurare la legittimità costituzionale della legge del 2004, a fronte della significativa condanna comminata lo scorso 2012 dalla Corte di Strasburgo proprio a causa della vigenza di tale legge ([caso \*Costa e Pavan c. Italia\*](#)).

Dalla decisione in commento si traggono quindi due conclusioni, in un certo senso opposte: una *conferma*, nei confronti del “destino” delle ardue questioni bioetiche in gioco ad essere affrontate in sede giudiziaria e non nella sede della rappresentanza popolare; ma anche una rilevante *novità*, costituita dall'intenzione della Corte costituzionale di riappropriarsi di un ruolo di primo piano, che sembrava esserle negato – o quantomeno essere messo in ombra – dai giudici sovranazionali nella richiamata sentenza del 2012<sup>2</sup>.

2. *La fitta concatenazione di interventi giudiziari in materia e la perdurante paralisi della politica*

---

<sup>1</sup> V. A.G. COSSIRI e G. DI COSIMO, *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, Aracne, 2013.

<sup>2</sup> Fenomeni simili di “agonismo” sono generalmente conosciuti in «a world in which the overlap and interconnection between legal orders looks much denser», specialmente «between domestic orders and the international order»: N. WALKER, *Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 378.

Nonostante le pressanti insistenze sull'indifferibilità<sup>3</sup> di una rivisitazione della disciplina posta dalla l. n. 40/2004 da parte delle assemblee parlamentari, è ancora una volta un giudice (stavolta però il giudice delle leggi, come si diceva) a modificarne il volto, in uno dei suoi tratti essenziali e qualificanti. Il legislatore si rivela, ogni giorno di più, "paraplegico" rispetto alla necessità di intervenire su una normativa che sin dal principio è apparsa prediligere, nell'assetto di un settore tanto delicato quale quello della procreazione medicalmente assistita, un punto di equilibrio sbilanciato nella composizione delle istanze valoriali in campo, oltreché poco rispondente alle esigenze a gran voce manifestate in grembo alla società civile.

A infrangere il divieto (implicito) di diagnosi preimpianto riconducibile alla legge del 2004 erano già stati in prima battuta i giudici<sup>4</sup> in nome di un'interpretazione, orientata agli artt. 2 e 3 Cost., della normativa, che ne evitasse gli effetti irrazionali discendenti dalla combinazione e dalla simultanea vigenza di tale disposto con la l. n. 194/1978, che avrebbe consentito l'interruzione volontaria della gravidanza una volta realizzatesi quelle infauste eventualità, circa le condizioni di salute del feto, per fugare le quali l'esame diagnostico, anche se richiesto, non sarebbe stato invece preliminarmente consentito ai sensi della l. n. 40.

Soluzione innovativa e ardita che dava accesso allo *screening* genetico per le coppie sterili, portatrici sane di malattie geneticamente trasmissibili, uno degli *hard cases* suscettibili di rivelare in maniera più vistosa le aporie dell'assolutezza della preclusione, ribaltando decisioni che in analoghi casi "delicati" erano rimaste sorde alla loro peculiarità e alle esigenze di giustizia sostanziale in essi racchiuse<sup>5</sup>.

Era stato sempre un giudice, stavolta amministrativo, a "saldare" l'interpretazione conforme praticata pionieristicamente e avanguardisticamente dai succitati tribunali nel 2007 – elevandola a diritto vivente nell'applicazione della l. 40 –, tanto da fare di quest'ultima, ora letta in tale nuovo e inedito modo, il parametro suscettibile di invalidare le linee guida del 2004, che,

---

<sup>3</sup> E. Malfatti, *L'accesso alla procreazione medicalmente assistita, tra "integrazioni" della legge e nuove aperture giurisprudenziali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 3 e ID., *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012, 18 sett. 2012, 5 e C. Nardocci, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2013, 22 mar. 2013, 13 s.

<sup>4</sup> V. Trib. Cagliari, 22 sett. 2007 e Trib. Firenze, 19 dic. 2007, che ammettono alla diagnosi unicamente le coppie abilitate ad accedere alle tecniche di procreazione artificiale, ex artt. 4, co. 1, e 5, co. 1, l. n. 40. Sulle pronunce richiamate v. in dottrina, M. D'Amico, *Il divieto di diagnosi "preimpianto". Fra Corte costituzionale e giudici comuni sul problema postosi a Cagliari*, in *Bioetica*, 2007, fasc. n. 4; G. Casaburi, *Procreazione assistita: il Tribunale di Cagliari dà luce verde alla diagnosi reimpianto*, in *Il Corr. di merito*, 2008, 320 ss.; e S. Della Bella, *La svolta: il Tribunale di Cagliari e il Tribunale di Firenze ammettono la diagnosi reimpianto*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2008, 432 ss.;

<sup>5</sup> V., in particolare, Trib. Catania, 3 mag. 2004.

sancendo in modo espresso quel divieto, apparivano così irrimediabilmente illegittime<sup>6</sup> (presupponendone tra l'altro, implicitamente, con una simile decisione di annullamento, la posizione secondaria nella scala gerarchica delle fonti del diritto ...). La sentenza amministrativa appena richiamata otteneva così il fondamentale scopo di affrancare le coraggiose decisioni dei tribunali di Cagliari e di Firenze dal rischio, niente affatto peregrino, di rimanere isolate e guadagnava significativamente ad esse il crisma, altrimenti affidato alla spontanea adesione che ad esse avessero voluto tributare gli altri uffici giudiziari, della diffusione e generalizzabilità.

L'anno seguente era stata poi la volta della Corte costituzionale, che, con la [sent. n. 151/2009](#), aveva provveduto a smantellare un'altra odiosa disposizione, quella che prevedeva un unico contemporaneo impianto di embrioni non superiori a tre<sup>7</sup>, riaffermando così che l'esigenza di tutela dell'embrione, riconosciuta meritevole di considerazione dal legislatore, va bilanciata con la salute della donna, oltre che con i diritti procreativi della coppia (sulla scorta anche della non equiparabilità dell'embrione al bambino, riecheggiando *a fortiori* l'argomento della [sent. n. 27/1975](#)).

Un passaggio ascrivibile agli organi di indirizzo politico, in questa sequenza rigorosamente costituita da atti giurisdizionali, invero si rinviene, posto che a ridosso dell'annullamento del Tar vengono prontamente dettate le nuove linee guida ministeriali volte a rimpiazzare quelle precedenti: pur se si tratta di un passaggio obbligato, ad esse va riconosciuto il merito di aver equiparato all'infertilità, contemplata dalla legge n. 40 come unica condizione per fruire della PMA, anche quella ulteriore condizione, non "di natura" ma "di fatto" in cui versa chi, per la circostanza di essere affetto da malattia virale sessualmente trasmissibile (HIV, HBV, HCV), è costretto a ricorrere durante l'atto sessuale a precauzioni tali che si risolvono materialmente in un'incapacità a fecondare.

Con un'operazione logica esattamente inversa a quella conosciuta dalle precedenti linee guida che si erano trovate in contrasto (sopravvenuto) con la legge, "caricata" ermeneuticamente di un significato costituzionalmente conforme, ora sono le nuove norme

---

<sup>6</sup> V. T.a.r. Lazio, sez. III, 21 genn. 2008, n. 398, con nota di S. PENASA, *Tanto tuonò che piovve: l'illegittimità delle Linee guida e la questione di legittimità costituzionale della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *La nuova giurispr. civ. comm.*, 2008, 501 ss.

<sup>7</sup> Tra i numerosi commenti alla decisione, v. almeno e L. TRUCCO, [Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di \(almeno in parte\) decidere](#), in [Consulta OnLine, 2009](#) (15.VII.09) e in *Giur. it.*, 2009, 281 ss; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; . TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la Costituzione che non vale più la pena di difendere*, in *Giur. cost.*, 2009, 1700 ss.; e M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in AA.VV., *I diritti delle coppie infertili*, a cura di M. D'Amico e I. Pellizzone, Milano, Franco Angeli, 2010, 216 ss.

subordinate approvate dal ministero a proiettare il loro contenuto sulla regolamentazione di grado primario, tanto che la Cassazione riconosce loro portata integrativa della stessa legge n. 40<sup>8</sup>.

L'oscillazione del verso lungo cui si propaga l'influenza interpretativa – ora dall'alto verso il basso (con annullamento della fonte subordinata, posto che l'adeguamento interpretativo è impossibile), ora dal basso verso l'alto (con integrazione della fonte sovraordinata) costituisce – sia detto per inciso – la migliore riprova del fatto che è il mutevole pregio assiologico a determinare quale debba essere il significato da potenziare in sede interpretativo-applicativa e quindi la direzione ultima del condizionamento e non, al contrario, la fissità del rapporto gerarchico. Difatti, anche il dettato delle linee guida del 2008 avrebbe potuto essere reputato *contra legem*, allargando la cerchia dei beneficiari della legge, in contrasto con il suo inequivocabile intento.

*Last but not least*, è una volta di più un tribunale<sup>9</sup> ad allargare la falla, estendendo l'accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto alla coppia portatrice di malattie genetiche ma non infertile, così alterando definitivamente i connotati e la *ratio* ispiratrice della l. n. 40<sup>10</sup>.

E nella cerchia delle Corti non tarda a fornire il suo rilevante apporto la Corte EDU<sup>11</sup>, che per la prima volta estende l'esame diagnostico alle coppie *fertili*, portatrici sane di patologie a trasmissione genetica. I giudici europei significativamente riprendono l'argomentazione originariamente addotta dai tribunali italiani capofila del rinnovamento (un "difetto di sistema" fra parte e parte della legislazione, laddove la l. n. 40 vieta, oltre all'impianto, nelle stesse circostanze in cui la donna è facoltizzata ad interrompere la gravidanza dalla l. n. 194/1978). Essi, tuttavia, nonostante l'emersione di una tale irrazionalità del sistema legislativo, non incentrano la loro argomentazione sul rispetto del principio di eguaglianza, *sub specie* della parità di trattamento di situazioni omologhe, bensì rilevano esclusivamente una violazione dell'art. 8 Cedu, apparendo prevalentemente preoccupati di fornire una tutela adeguata al diritto alla vita familiare, messo al riparo da ingerenze che non siano assolutamente necessarie.

È vero che un eventuale adagiarsi dell'argomentazione sulle pieghe del principio di eguaglianza avrebbe minacciato una potenziale espansione, a raggiera, dell'accesso alla diagnosi genetica preimpianto ad altre ipotesi analoghe<sup>12</sup>, così precludendo ad un uso

---

<sup>8</sup> Il riferimento è a Cass. pen., sez. I, 13 mar. 2009, n. 11259.

<sup>9</sup> V. Trib. Salerno, 9 gen. 2010.

<sup>10</sup> In proposito v., in particolare, C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 25 mar. 2010.

<sup>11</sup> Nel noto caso *Costa e Pavan c. Italia*, sent. 28 ago. 2012 (ric. n. 54270/10).

<sup>12</sup> Come nota precisamente E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze*, cit., 4.

«strumentale»<sup>13</sup> della legge del 2004. Ma la Corte EDU non sembra rifarsi a tale pericolo e, nel negare la minima considerazione al rispetto dell'art. 14 Cedu, sembra piuttosto essere spinta da un'argomentazione *tranchante*, che però nasce dall'assunzione di un presupposto erroneo, dall'idea cioè che, sulla base della disciplina nazionale vigesse ancora un divieto assoluto alla DGPI, operante nei confronti di qualsiasi categoria di soggetti, cosicché inevitabilmente cade la premessa logica per una comparazione tra categorie in ipotesi discriminate: il che, com'è noto però, non è più vero dopo l'intervento pretorio dei tribunali di Cagliari e di Firenze che hanno introdotto nell'ordinamento significative aperture giurisprudenziali in virtù delle quali alcune coppie risultavano già a quell'epoca ammesse all'esame diagnostico, rendendo così pienamente prospettabile una doglianza in termini di trattamento discriminatorio<sup>14</sup>.

È molto significativo poi che il diritto vivente che si è formato, non tanto sulla scorta delle poche (per quanto rilevanti) interpretazioni giudiziarie promananti da giudici merito, quanto di matrice regolamentare (derivante dalle nuove linee guida del 2008) sia insufficiente ad assicurare un assetto interno in grado di evitare condanne per il nostro Paese. Questo ancora una volta accade come riflesso del sistema di protezione incentrato sulla Cedu che, dinanzi ad un singolo caso di lesione in capo a un individuo, non può che sfociare comunque in una condanna. Così, la possibilità di lesione nel singolo caso, che rimane sempre in piedi dinanzi a ad una legge incostituzionale, sia pure sottoposta ad interpretazione giudiziaria conforme e ad attuazione regolamentare adeguatrice, mentre solitamente a livello interno evita la dichiarazione di incostituzionalità della legge, proprio perché la Corte insiste sul dovere di interpretazione conforme tutte le volte che questo nella pratica risulta possibile, non è in grado di evitare la condanna a livello europeo.

L'impronta di *individual justice* del sistema di protezione Cedu non consente di dare rilievo a tendenze giurisprudenziali o all'attuazione regolamentare (o eventualmente ancora, a prassi amministrative) di natura "adeguatrice", perché in tesi, finché è possibile un concreto caso di violazione, esso sarà in tale sistema, e coerentemente con il suo assetto, sanzionabile in astratto e presumibilmente sanzionato nella realtà. Invece, il modello italiano di giustizia costituzionale vigente, specie nell'assetto assunto in seguito alla dottrina dell'interpretazione conforme, non dà rilievo alla perdurante possibilità dell'applicazione incostituzionale, preferendo non pervenire a soluzioni drastiche di portata generale, in quanto incidenti su una legge, quando esiste la praticabilità dell'adeguamento in sede giudiziaria, pur se questo atteggiamento

---

<sup>13</sup> *Ibidem.*

<sup>14</sup> C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano*, cit., 8 ss.

comporta il costo della non uniformità degli indirizzi giurisprudenziali e del mantenimento di sacche di applicazione incostituzionale.

Ora che c'è un giudice a Berlino (*recte*: a Strasburgo), però, come si sta per dire, qualcosa in questo composito scenario potrebbe mutare, nel senso che nella triangolazione tra giudici comuni, Corte di Strasburgo e Corte costituzionale, quest'ultima, rischiando di rimanere schiacciata tra i primi due, è indotta a far sentire in maniera più marcata la sua presenza.

In ogni caso, nella prima fase appena descritta della lunga, complessa e articolata opera volta a riportare ad un grado di accettabilità costituzionale la disciplina nazionale sulla PMA, la partita tra politica e giurisdizione è stata decisamente vinta dagli organi giurisdizionali, anzi si può ben dire che la partita non sia stata nemmeno disputata, per assoluto abbandono di campo da parte dell'avversario.

### *3. Le due Corti (costituzionale e EDU) e il garantismo competitivo nella tutela dei diritti fondamentali*

È giunto il momento adesso, venendo al secondo dei rilievi segnalati nell'*incipit* di questa riflessione, di porre l'attenzione non più sulla relazione tra il versante politico e quello giurisdizionale di intervento sul campo, bensì, limitandosi esclusivamente alla considerazione di quest'ultimo, sul diverso apporto dato specificamente da ciascun tipo di giudice (giudici comuni, Corte costituzionale, Corte sovranazionale) alla risistemazione della materia. Non sarà difficile avvedersi che la Corte costituzionale, sebbene abbia dato un contributo importante all'opera di adeguamento della disciplina *de qua* con la richiamata [sent. n. 151/2009](#), nel quadro complessivo degli interventi nel settore aveva finito per occupare un posto piuttosto defilato, sia rispetto ai giudici comuni, che ricoprono una posizione di assoluto rilievo nel moto innovatore che ha interessato la l. n. 40, sia dinanzi alla Corte europea, che è intervenuta con vigore nell'azione di *remaquillage* della disciplina nazionale.

Ora, se la supplenza giudiziaria (all'assenza della politica) era tollerata dal giudice delle leggi, anzi sembrava rispondere, sia pure assumendo talora toni di creatività marcati, ad un disegno proprio di quest'ultimo, orientato, com'è noto, a incoraggiare l'adeguamento in via interpretativa delle leggi alla Carta fondamentale, non uguale tolleranza, come vedremo, sembra riscuotere l'"incursione" della Corte europea, che anzi suscita una pronta reazione da parte del garante della supremazia costituzionale.

In altri termini, Se la Corte costituzionale è propensa a cedere verso il basso una quota del compito di garanzia costituzionale, non altrettanto appare disposta a perderlo o a dividerlo “verso l’alto”, a favore della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Per comprendere tale reazione è però opportuno tornare a riflettere sulle premesse dell’intervento e delle argomentazioni svolte dai giudici europei nella significativa decisione [\*Costa e Pavan c. Italia\*](#).

Ciò in particolare su cui si vuol mettere ora l’accento è la precisa scelta, compiuta dai due coniugi, di rivolgersi direttamente alla Corte EDU per ottenere il soddisfacimento delle loro pretese, senza perseguire la via della giustizia costituzionale interna, in quanto essa costituisce la spia dell’operatività sul campo di fattori accomunati dalla caratteristica di concorrere significativamente nel senso di «privilegiare un sistema di protezione dei diritti di livello sovranazionale»<sup>15</sup>. Tra questi fattori spiccano precisamente le rinnovate “strette” riscontrabili nel canale di accesso al giudizio di legittimità costituzionale, la cui ampiezza da qualche decennio, come è ben noto, tende a restringersi per via di un uso deciso dell’interpretazione adeguatrice da parte dei potenziali giudici *a quibus*; ma possono essere fatte rientrare, e non da ultime, anche le remore del giudice costituzionale ad incidere in maniera rilevante nell’area bioetica. Quest’ultimo, infatti, uniformandosi ad un atteggiamento di *self restraint*, che suona essenzialmente come un invito alla politica a non abdicare integralmente al suo ruolo, si mostra restio a “riscrivere” la disciplina di una materia vergine del necessario tocco rinnovatore del Parlamento e che invece rivendica a gran voce l’adozione di scelte squisitamente e immancabilmente politiche.

Se l’attivismo giurisprudenziale comune in parte compensa la ritrosia con cui l’organo costituzionale di controllo si accinge a trattare le questioni che pure – nonostante le strettoie di cui si diceva – giungono sul suo tavolo (si pensi ancora a questo proposito alla restituzione degli atti al giudice *a quo* disposta a seguito della pronuncia della *Grande Chambre*, nel caso [\*S.H. et al. C. Austria\*](#), sopraggiunta nelle more dell’incidente di costituzionalità)<sup>16</sup>, alcuni

---

<sup>15</sup> C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l’ordinamento italiano*, cit., 2, che legge nella vicenda «implicazioni importanti in punto di evoluzione delle relazioni tra Corte europea, Corte costituzionale e giudici comuni» (3). Ma v. anche B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale: la Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>16</sup> V. ord. n. 150/2012 e, su di essa, 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*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012, 29 set. 2012; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 28 giu. 2012; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 19 lug. 2012; I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine*

elementi del modello di sindacato accentrato di costituzionalità accolto in Italia, a ben vedere, offrono il destro alla Corte sovranazionale per giustificare la ricevibilità del ricorso individuale.

Difatti in punto di ricevibilità il giudice europeo si trova, come si sa, a dover ritenere esauriti i rimedi interni (*ex art. 35 Cedu*) nonostante la *mancata* instaurazione di un incidente di costituzionalità. E può farlo per due ragioni: in primo luogo perché la causa della violazione, come nota la Corte EDU, risiede proprio nella disciplina legislativa nazionale, il che non lascia spazio alla ipotizzabilità di rimedi interni che possano mostrarsi risolutivi o di una qualche efficacia; secondariamente (e posto che la prima osservazione lascia sul campo il sindacato di costituzionalità delle leggi), per il modo in cui è congegnato in Italia l'accesso alla giustizia costituzionale. In altri termini per i giudici europei la mancanza di un ricorso diretto di costituzionalità concesso al singolo cittadino, sulla scorta del *recurso de amparo* o della *Verfassungsbeschwerde*, non consente di configurare il giudizio sulle leggi come rimedio *effettivo*, il cui previo esperimento sia annoverabile come condizione di ricevibilità del ricorso individuale a Strasburgo.

Il dato è di tutto rilievo: posto infatti che l'argomentazione su cui la Corte di Strasburgo poggia il suo *dictum* sulla ricevibilità, al fine di reputare soddisfatta la condizione del previo esaurimento dei rimedi interni anche in mancanza di proposizione di una questione di legittimità costituzionale (laddove si tratti di violazioni convenzionali che trovano la loro fonte nella legge nazionale), non muove da ragioni contingenti ma da *aspetti strutturali* del modello italiano di sindacato di legittimità costituzionale, v'è il rischio concreto che la conclusione raggiunta sul punto dalla Corte europea nel [caso Costa e Pavan](#) si presti ad essere generalizzata. Essa dunque costituisce un serio precedente che abilita tutti i cittadini italiani che lamentino lesioni di propri diritti fondamentali, parimenti garantiti tanto dalla Convenzione europea quanto dalla Costituzione nazionale, a ricorrere *direttamente* al tribunale sovranazionale, saltando la proposizione della questione di legittimità costituzionale nell'ordinamento giuridico interno. Verso un tale sbocco i singoli individui sarebbero ulteriormente sospinti proprio dall'atteggiamento di *self restraint* sopra richiamato che connota la posizione del giudice delle leggi nelle questioni bioetiche.

---

dell'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012, 29 set. 2012; G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU "supervenienti": i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012, 2069 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](#), in *Consulta OnLine*, 2013 (26 febbraio 2013); A. RUGGERI, [Gli "effetti politici" delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi](#), in *Consulta OnLine*, 2012 (12 giugno 2012).

L'esclusione del giudice delle leggi dalla triangolazione di attori operanti sul versante giurisdizionale (giudici comuni, Corte costituzionale, Corte sovranazionale), con queste premesse, giuridiche e fattuali, è dietro l'angolo: i giudici fanno tutto ciò che è in loro potere per conformare la disciplina al quadro dei principi costituzionali attraverso la risorsa dell'interpretazione; quando poi la risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale esula dalla loro portata, in quanto supera il tasso di elasticità della legge, la parola passa alla Corte EDU, cui gli interessati sono abilitati a rivolgersi "saltando" il garante interno della supremazia della Costituzione, con la conseguenza che il ruolo di garanzia costituzionale dei diritti tenderebbe a trasmigrare in capo alla Corte sovranazionale aggirando il giudice delle leggi.

Di tale pericolo l'organo costituzionale di controllo sembra avvedersi compiutamente e, nella prima occasione utile, non manca di far sentire forte la propria voce, fugando il timore di essere doppiamente esautorato delle sue funzioni, stretto nella tenaglia tra l'intraprendenza dei giudici comuni (ben tollerata, poiché è in sostanza il frutto di una domanda di compartecipazione nella soluzione dei problemi di legittimità costituzionale proveniente dallo stesso giudice delle leggi) e l'interventismo della Corte di Strasburgo (meno sopportato, dato che nell'impostazione dei rapporti con tale istanza giurisdizionale, il giudice delle leggi italiano, come si sa, è ben lungi dal voler cedere porzioni del proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali).

E' noto infatti che, mentre con la giurisdizione comune e, in specie, con le Corti supreme, si è instaurato un equilibrio, improntato ad una stretta e, il più delle volte, proficua collaborazione nell'affrontare e risolvere compiutamente, ciascuno nel proprio ruolo e con i propri mezzi, i problemi di legittimità costituzionale<sup>17</sup>, con la Corte di Strasburgo e, in genere, con le Corti sovranazionali, si è ben lontani dall'aver raggiunto un assetto consolidato dei reciproci rapporti ed, anzi, proprio la sua ricerca e faticosa costruzione è una delle sfide principali che i giuristi, in misura eminente tanto i costituzionalisti quanto gli internazionalisti, sono chiamati a fronteggiare<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> V. di recente per tutti su tale equilibrio E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012.

<sup>18</sup> Tale sfida è solo uno degli aspetti che compongono il più ampio compito di ripensare i rapporti tra ordinamenti nell'era della globalizzazione, contraddistinta da un duplice mutuo processo, di "internazionalizzazione del diritto costituzionale" e di "costituzionalizzazione del diritto internazionale": v. le relazioni al Simposio per il quinto anniversario dell'*International Journal of Constitutional Law*, dedicato al tema *Rethinking constitutionalism in an era of globalization and privatization* e, tra esse, in particolare, oltre a M. ROSENFELD, H.R. FABRI, *Preface*, *ivi*, 2008, 371 s., le riflessioni di N. WALKER, *Beyond boundary disputes*, *cit.*, 373 ss. e A. von BOGDANDY, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between International and domestic constitutional law*, *ivi*, 397 ss.

Certo, gli effetti delle decisioni delle due Corti, che riscontrino fondate le censure mosse, sono sensibilmente diversi, essendo quelle dei giudici europei pronunce di condanna, con meri effetti obbligatori di adeguamento per il Paese cui si rivolgono<sup>19</sup> e quelle della Corte costituzionale invece provvedimenti di annullamento della legge sindacata, con effetti *erga omnes*. Ma ciò che conta qui è rilevare che la Corte interna, pur disponendo di uno strumento molto efficace, per effetto dei fattori segnalati e degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Strasburgo, corre il serio pericolo di essere emarginata nel ruolo di garante dei diritti fondamentali.

È un merito allora che la concorrenza di più attori sulla scena europea in cui si rappresenta il costante e laborioso impegno nella salvaguardia dei diritti umani abbia dato oggi tale frutto. Il pluralismo giudiziario in materia di tutela dei diritti, articolato su diversi livelli ordinamentali, suscita – come effetto minimale - una proficua competizione, che potremmo definire (mutuando evidentemente l'espressione dai modelli ricostruttivi adottati per gli Stati federali e regionali) *garantismo competitivo*, sicché, oltre ad essere potenzialmente in grado di dar vita a contrasti giurisprudenziali tra le Corti, come da tempo messo in luce (e già emerso nei fatti), può generare una corsa al rialzo, uno stimolo in più ad offrire prontamente protezione ai diritti invocati, nella certezza che, mancando il proprio intervento, sarà un'altra Corte a dare la risposta di giustizia reclamata.

Ed è senz'altro degno di considerazione il fatto che, dalla positiva competizione tra prime "attrici" nell'opera in discorso, possa venire, come in questo caso, un rafforzamento del compito di garante dei diritti tradizionalmente proprio del giudice delle leggi.

#### 4. Una chiosa finale

La più importante valvola in grado di allentare la tenaglia che restringe e soffoca il giudizio di legittimità costituzionale è senza dubbio rappresentata dalla dottrina del c.d. margine di apprezzamento.

Non a caso la sentenza che suscita la presente riflessione nasce dalle ordinanze di rimessione di quei giudici *a quibus* (tribunali ordinari di Milano, Firenze e Catania) cui in precedenza, con l'[ord. n. 150/2012](#), la Corte costituzionale aveva restituito gli atti, chiedendo di valutare la perdurante attualità delle questioni sollevate alla luce della sopravveniente sent. *S.H. et al. c. Austria* pronunciata dalla Corte di Strasburgo il 3 novembre 2011. Proprio

---

<sup>19</sup> Ma v. M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea*, cit., spec. 56 ss., in merito all'acquisizione di effetti *erga omnes* da parte di tali pronunce.

invocando la sussistenza del margine di apprezzamento statale i giudici europei in tale pronuncia escludono la sussistenza della violazione lamentata dai ricorrenti.

Ma l'affermazione dell'esistenza di un ampio spazio di autodeterminazione in merito degli ordinamenti nazionali, non preclude di rinvenire, nelle Costituzioni di questi, vincoli più stringenti posti a carico del legislatore, in quanto, com'è noto, dalla Convenzione europea scaturiscono garanzie minime comuni dei diritti fondamentali, non ostative alla previsione di standard di tutela statali più elevati. Ed è proprio la rinvenibilità di tali vincoli più stringenti che spinge i giudici *a quibus* italiani ora, dopo aver effettuato la valutazione richiesta dal giudice delle leggi, a riproporre le questioni, sia pure riformulate, non a caso escludendo prevalentemente (almeno da parte di due rimettenti su tre) il riferimento al parametro dato dall'art. 117, co. 1, Cost.

La dottrina del margine di apprezzamento gioca, nella triangolazione dei giudici coinvolti nella salvaguardia dei diritti fondamentali, un ruolo opposto a quello ricoperto dal modello di attivazione del sindacato di giustizia costituzionale. Mentre in sostanza, la difficoltà di accesso per i singoli alla garanzia costituzionale dei loro diritti, derivante dall'assenza di azione diretta alla Corte, legittima il ricorso *per saltum* (senza interpellare il giudice delle leggi) alla Corte europea, il riconoscimento di un margine di apprezzamento statale da parte di quest'ultima, quando avviene, ha l'effetto di restituire significativamente la parola alla Corte costituzionale. Dati i fattori sopra evidenziati che concorrono a togliergliela, non sorprende che il garante della rigidità costituzionale non si sia lasciato sfuggire l'occasione<sup>20</sup>, anche per suggerirsi, ancora una volta nella prospettiva propria del *garantismo competitivo*, al di là di ritrosie e atteggiamenti improntati al *self-restraint*, come attento interlocutore nel prossimo futuro.

---

<sup>20</sup> Ritenendo l'affermazione del margine di apprezzamento ragione insufficiente e non decisiva per concludere con una decisione di inammissibilità per discrezionalità legislativa: sottolinea questo aspetto A. RUGGERI, [La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU \(a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014\)](#), in corso di stampa in *Quad. cost.*