

La bulimia della Corte dei “desideri”.

(Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, sent. 28 agosto 2012-11 febbraio 2013).

di Barbara Randazzo

(14 maggio 2013)

All'indomani della sentenza della Corte europea dei diritti sul caso *Costa e Pavan*, il dibattito mai sopito sulla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita si arricchisce di argomenti di discussione.

La II Sezione della Corte di Strasburgo ha infatti dichiarato la violazione, da parte dello Stato italiano, del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) di una coppia di coniugi, portatori sani di fibrosi cistica, per il divieto assoluto di diagnosi genetica pre-impianto previsto dalla legge n. 40, che ha determinato nella specie la lesione del loro *diritto a concepire un figlio sano*. I ricorrenti vennero a conoscenza della loro patologia dopo la nascita di una prima figlia malata, e decisero di interrompere una seconda gravidanza a seguito di una diagnosi prenatale che rivelò la patologia del feto. Al fine di scongiurare una nuova gravidanza a rischio, essi chiesero di essere ammessi alle tecniche di fecondazione assistita riservate dalla legge alle sole coppie infertili, nonché di avvalersi della diagnosi genetica pre-impianto, benché espressamente vietata dalla medesima legge. Al rifiuto opposto dalla struttura medica ospedaliera alla quale si rivolsero, senza adire alcuna autorità giudiziaria interna, i coniugi Costa e Pavan presentarono ricorso alla Corte europea.

Nel merito la Corte dei diritti è pervenuta ad accertare l'avvenuta violazione dell'art. 8 CEDU, “non potendo non tenere conto dello stato di angoscia che affligge la ricorrente” alla prospettiva di affrontare una nuova gravidanza a rischio, e per la sofferenza derivante dalla scelta di un eventuale aborto terapeutico. Il Giudice europeo ha constatato l'incoerenza del sistema legislativo italiano che vieta la diagnosi genetica pre-impianto volta ad evitare l'impianto di embrioni malati e consente al contempo, tuttavia, l'interruzione volontaria della gravidanza allorché il feto risulti affetto da una grave patologia (§§ 64-71). [La Corte europea ha ritenuto invece manifestamente infondata la doglianza in riferimento alla violazione del divieto di discriminazione, dato che il divieto di accesso alla diagnosi genetica pre-impianto, essendo di natura assoluta, opera nei confronti di qualsiasi categoria di persone (§§ 72-76)]. Nei confronti della sentenza il Governo presentava istanza di rinvio alla Grande camera ai sensi dell'art. 43 CEDU, che

veniva rigettata. La mancanza di motivazione di siffatta decisione prova (a chi ne dubitasse) che il giudizio dinanzi alla Grande camera non può considerarsi un vero giudizio di *appello* contro la pronuncia della Sezione. La sentenza è divenuta pertanto definitiva: spetterà al legislatore nazionale o al Giudice delle leggi, eventualmente investito della questione di legittimità costituzionale, darvi seguito. Parrebbe da escludersi, in ragione della ormai consolidata ricostruzione dei rapporti tra ordinamento interno e CEDU elaborata dalla Corte costituzionale, che i giudici comuni possano giungere alla disapplicazione della normativa interna censurata a Strasburgo.

La sentenza in commento, benché forse condivisibile nel merito, suscita una serie di perplessità in relazione alla motivazione con cui la Corte europea ha respinto le eccezioni di irricevibilità sollevate dal Governo italiano sia in ordine alla cd. compatibilità *ratione materiae*, sia con riguardo al previo esaurimento delle vie di ricorso interne (art. 35 CEDU).

Sotto il primo profilo, il Governo aveva contestato la riconducibilità del *diritto a concepire un figlio sano* nell'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU, mettendo così in discussione la competenza della Corte europea a pronunciarsi sul caso. Forte del suo ruolo di interprete della CEDU, quest'ultima rigettava l'eccezione governativa limitandosi a richiamare l'orientamento consolidato della sua giurisprudenza circa l'ampiezza dell'ambito di applicazione del diritto al rispetto della vita privata il quale, in virtù del principio di autodeterminazione da cui è nutrito, pare ormai fornire "copertura" a qualunque posizione soggettiva fatta valere in giudizio in questa materia: nella specie il (comprensibile) *desiderio* dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio sano (§ 57).

La pronuncia sollecita una riflessione sui canoni ermeneutici adottati dalla Corte europea a partire dal caso *Golder c. Regno Unito* del 1975, al fine di definire la portata delle garanzie convenzionali. La questione è antica (sui limiti di una legislazione non adottata "nell'esercizio di poteri sovrani" si interrogava già il giudice Fitzmaurice nell'opinione dissenziente allegata alla sentenza *Golder*, §§ 32 ss.). Ancorché sia innegabile che la portata e l'estensione dei diritti fondamentali della persona siano soggette a modificarsi e a crescere in rapporto all'evoluzione della coscienza sociale, non possono non esservi limiti logici e pratici a una crescita in forza di sola interpretazione giurisprudenziale di un testo immutato. E oggi appare quanto mai urgente porre un freno al "diluvio" di diritti fondamentali, riconosciuti persino in capo alle persone giuridiche, che piovono dal cielo di una Convenzione "strumento vivente" a loro tutela, Convenzione tesa

ad intercettarne evoluzioni e mutazioni nel contesto giuridico, economico, storico e culturale europeo ed internazionale.

Si osservi, *en passant*, che la moltiplicazione dei *diritti* individuali produce come effetto non secondario la corrispondente espansione del *potere* della Corte, che accresce la propria competenza (ex art. 32 CEDU) in modo sostanzialmente incontrollabile e può finire per essere arbitrario. Lo stesso apprezzamento del *consensus*, al quale il Giudice europeo àncora le estensioni di tutela, talora appare quanto meno discutibile (lo attestano non di rado le opinioni dissenzienti allegiate alle pronunce; si ricordi in proposito il *revirement* della Corte sul principio di retroattività della legge penale più favorevole, ricondotto per la prima volta nell'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU a partire dal caso *Scoppola c. Italia (N. 2)*, GC, sentenza del 17 settembre 2009).

E' pur vero che nel caso in esame il riconoscimento del *diritto dei genitori a concepire un figlio sano* sembra avere il mero scopo di consentire alla Corte di Strasburgo l'esame del ricorso, il cui merito non verte tanto sulla violazione dei diritti convenzionali invocati, quanto piuttosto su una incoerenza del sistema legislativo che si risolve in un vizio di irragionevolezza della legge, suscettibile di essere fatto valere in un giudizio di costituzionalità. In altre parole, la Corte di Strasburgo si è arrogata il potere di operare alla stregua di una Corte costituzionale, competente a rilevare e a sanzionare qualunque vizio della legge, compreso quello di irragionevolezza, sostituendo in tal guisa la propria giurisdizione a quella del *Giudice delle leggi* (le medesime considerazioni possono ripetersi in riferimento ad un altro caso recente: *Godelli c. Italia*, sentenza del 26 settembre 2012, def. 18 marzo 2013).

Venendo ora ad esaminare la seconda delle eccezioni di rito formulata dal Governo italiano relativa al mancato previo esaurimento dei rimedi interni (art. 35 § 1 CEDU), non può non colpire il rilievo che la Corte europea attribuisce all'assolutezza del divieto di diagnosi genetica pre-impianto previsto dalla legge italiana che, pare di intendere, impedirebbe ai ricorrenti di ottenere la misura richiesta attraverso il ricorso ad un giudice nazionale. L'ordinanza ex art. 700, con la quale il Tribunale di Salerno aveva accolto un analogo ricorso, è stata ritenuta insufficiente a provare l'*effettività* del rimedio interno, in quanto rimasta isolata (§ 38). Invero, neppure l'ordinanza del Tribunale di Cagliari (del 9 novembre 2012), invocata dalla difesa del Governo italiano a sostegno dell'istanza di rinvio alla Grande camera, ha sortito effetti sull'erroneo convincimento del Giudice europeo. Se a ciò si aggiunge che per la Corte dei diritti il giudizio dinanzi alla Corte costituzionale non è condizione per poter ricorrere a Strasburgo - non essendo a diretta

disposizione dei singoli (si v. *Cofferati e altri c. Italia*, sentenza del 24 febbraio 2009, § 48) -, la pronuncia non può non aprire un nuovo fronte di tensione tra le due Corti: nei termini in cui la *Corte dei diritti* ricostruisce il principio di sussidiarietà della tutela europea, il *Giudice delle leggi* viene letteralmente “fatto fuori” dal circuito di garanzia dei diritti fondamentali. Va ricordato in realtà che nel nostro ordinamento i singoli, adita l’autorità giudiziaria, hanno a disposizione quanto meno il potere di sollevare in giudizio la questione di legittimità costituzionale alla quale il giudice è tenuto a rispondere motivando (art. 24, l. n. 87 del 1953). Affermare, come fa la Corte europea, che i ricorrenti non avevano a disposizione alcuno strumento processuale per far valere all’interno la ipotetica violazione del diritto convenzionalmente garantito, equivale a sostenere che nell’ordinamento italiano non vi è la possibilità di far valere violazioni dei diritti costituzionalmente garantiti ove la violazione discenda da una legge: il che significa negare il nucleo fondante del sistema di giustizia costituzionale.

La decisione in commento convince pertanto della bontà dell’orientamento seguito dalla Corte costituzionale in relazione alla vicenda delle cosiddette “pensioni svizzere” nella sentenza n. 264 del 2012: in quella occasione la Corte ha resistito al contrasto giurisprudenziale insorto col Giudice europeo, ribadendo il proprio ruolo di custode della Costituzione a salvaguardia dell’ordinamento nel suo complesso e riservando a sé l’ultima parola nel sindacato sulle leggi.

*Associato di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano - Incaricato presso il Servizio studi della Corte costituzionale