

Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina

di *Lorenzo Chieffi*

L'incapacità sovente mostrata dal legislatore italiano di introdurre una adeguata disciplina normativa in settori eticamente sensibili, per riguardare le fasi più significative dell'esistenza umana come la nascita e la morte, è stata la principale causa di una progressiva accentuazione del protagonismo delle diverse giurisdizioni.

Questo evidente sviluppo del diritto giurisprudenziale, anche all'esito di una interpretazione costituzionalmente orientata, ha tuttavia evidenziato una qualche forzatura del testo di legge che ha condotto, in non pochi casi, alla sua disapplicazione.

Una deroga all'onere imposto dal secondo comma dell'art. 101 della Costituzione, nel porre in discussione uno dei principi cardine dello Stato di diritto, quale è certamente quello basato sulla divisione dei poteri, avrebbe pure l'effetto di incidere sulla stessa certezza del diritto proprio a causa di una possibile frammentazione interpretativa cui potrebbero condurre le pronunce dei diversi giudici aditi.

1. Premessa: tra inerzia del legislatore e supplenza del giudice

Molteplici sono le ragioni che hanno fino ad ora impedito al legislatore statale di regolamentare adeguatamente e tempestivamente alcune importanti applicazioni della scienza biomedica. Ad un veloce incedere delle indagini in questo campo della conoscenza, che ha reso oltremodo ardua la elaborazione di uno stabile apparato normativo, occorre aggiungere una perdurante crisi delle sedi della democrazia rappresentativa, dimostratesi, in molti casi, incapaci di assecondare le attese provenienti dalla collettività attraverso l'individuazione di una soluzione ampiamente condivisa e soprattutto coerente con l'impostazione laica dello Stato.

La stessa difficoltà per questo interprete del diritto a dominare teorie e pratiche scientifiche, in modo da distinguere la buona dalla cattiva ricerca, è stata poi, in altra direzione, la causa di un insoddisfacente prodotto normativo, sovente apparso inadeguato a soddisfare i bisogni dei richiedenti.

Con particolare attenzione ai settori eticamente sensibili, che riguardano le fasi più significative dell'esistenza umana, continua infatti a permanere una inaccettabile distanza tra le aspettative manifestate dal *démos*, in presenza di opportunità offerte dalla medicina della riproduzione e del sostegno vitale, e l'inerzia mostrata dall'organo legislativo.

E così, ad una irragionevole normativa introdotta dalla l. n. 40 del 2004, sottoposta a ripetuti interventi censori della Corte costituzionale (sentt. 191/2009; 164/2014; 96 e 229/2015) proprio in considerazione di una sua eccessiva pervasività a danno dell'autonomia dei soggetti coinvolti, ha fatto poi da contrappunto un assordante silenzio del legislatore per la regolamentazione degli stadi terminali della esistenza umana, con riguardo alla introduzione delle direttive/decisioni anticipate di trattamento (DAT).

Nonostante le molteplici spinte esegetiche provenienti dal diritto sovranazionale, anche di natura giurisprudenziale, nel nostro Paese continuano quindi a permanere insuperati impedimenti per una

compiuta regolamentazione di tali momenti essenziali, pure in presenza di indiscutibili spazi interpretativi consentiti dal nostro ordinamento costituzionale.

La lacunosità o, in altra direzione, inidoneità della legislazione fino ad ora elaborata, ha pertanto costretto il giudice adito, in presenza di un inderogabile divieto di *non liquet*, a svolgere una attiva opera di attenta ricostruzione del quadro normativo di riferimento che gli consentisse di rinvenire comunque la soluzione del caso di specie, non potendo in alcun modo rinunciare di «"dare conto" della esistenza o meno del diritto a chi lo interpella»¹. La ricerca della norma da applicare al caso di specie, entro gli ambiti ermeneutici consentiti dalla nostra Carta costituzionale e dalla stessa normativa convenzionale, pur consentendo di dare risposta all'istanza di giustizia proveniente dalle parti, non verrebbe tuttavia ad escludere una possibile asimmetria tra i diversi giudicati, proprio in considerazione di una loro specificità legata alla singola questione trattata. La persistenza di un vuoto normativo, che impedisca al giudice di acquisire uno stabile punto di riferimento interpretativo, potrebbe infatti condurre, in un ordinamento appartenente alla famiglia del *civil law* non informato ad una rigida applicazione della regola del precedente giudiziario, ad una differente considerazione dei medesimi principi fondamentali,

con inevitabili conseguenze discriminatorie facilmente immaginabili, nonostante la somiglianza dei casi considerati².

2. Le suggestioni interpretative offerte dal diritto sovranazionale

In numerose occasioni, l'individuazione della norma da applicare, nella perdurante carenza di una specifica disposizione legislativa, ha pure condotto questo interprete ad una lettura dei principi costituzionali, cui viene pure riconosciuta una forte «vocazione internazionale»³, sulla base delle suggestioni provenienti dal diritto sovranazionale e dallo stesso diritto comparato⁴. Attraverso un proficuo dialogo con altre Corti, di tipo *verticale*, in un caso, e *orizzontale*, nell'altro, questo interprete è pervenuto, non senza qualche preoccupazione⁵, a ricavare nuovi orizzonti esegetici delle disposizioni statali da applicare, proprio al fine di amplificare gli ambiti di protezione fino a quel momento consentiti all'individuo.

Nell'esercizio dell'attività ermeneutica del disposto costituzionale, alla ricerca della norma da utilizzare per il caso di specie, molteplici sono stati pertanto gli stimoli offerti al giudice interno dalla normativa Cedu, anche all'esito di una sua lettura giurisprudenziale.

1. TAR Lombardia, Milano, sez. III, sent. 22 gennaio 2009, n. 214, in www.neldiritto.it.

2. L'assenza di una legge sulle direttive/decisioni anticipate di trattamento ha, ad esempio, provocato una asimmetria delle decisioni giurisprudenziali intervenute nel tempo. Ed invero, di contro al diniego manifestato al distacco dalla NIA (come nel caso di Giovanni Nuvoli, cui fu negato nel 2007 dalla Procura di Sassari la sospensione di questo trattamento di sostegno vitale) è poi intervenuto il riconoscimento del diritto di autodeterminazione a favore di Eluana Englaro (Cass. sez. I civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748 e Corte d'appello di Milano, decr. 25 giugno – 9 luglio 2008) seppure a seguito di ben sette pronunce (Trib. Lecco, decr. 2 marzo 1999; Corte d'appello Milano, decr. 31 dicembre 1999; Trib. Lecco, 15-20 luglio 2002; Corte d'appello Milano, 17 ottobre – 10 dicembre 2003; Cass., sez. I, ord. n. 8291 del 20 aprile 2005; Trib. Lecco, decr. 20 dicembre 2005 - 2 febbraio 2006; Corte di appello Milano, decr. 16 dicembre 2006, tutte reperibili nel sito internet www.unipv-lawtech.eu) che non avevano in precedenza autorizzato la interruzione di questo supporto di sopravvivenza. La perdurante lacuna legislativa non esclude, peraltro, un ripensamento da parte di altro giudice che, sulla base di differente interpretazione del tessuto normativo di riferimento, potrebbe pervenire, nonostante l'analogia tra i casi, a vietare nuovamente il distacco dal sondino di idratazione e alimentazione artificiali.

3. Grazie agli spazi interpretativi consentiti dagli artt. 2, 3, 10, 11 e 117. Per la dottrina cfr. R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2014, p. 178, che riprende, al riguardo, suggestioni sviluppate in numerosi lavori da A. Ruggeri.

4. Un chiaro esempio di questa contaminazione tra linguaggi giurisprudenziali, alla ricerca di «uno *ius commune* in materia di diritti fondamentali» (R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit., p. 166), è la pronuncia della Cass., sez. I civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748 (sul caso Englaro), che nei motivi della decisione utilizza argomentazioni sviluppate da numerosi giudici stranieri: sent. 26 giugno 1997, della Corte suprema degli Stati Uniti, nel caso v. ed altri c. Q. e altri; sent. 31 marzo 1976 della Corte suprema del New Jersey, caso "in re Quinlan"; sent. 25 giugno 1990 della Corte suprema degli Stati Uniti, caso C.; sent. 17 marzo 2003 del *Bundesgerichtshof*; sent. del 4 febbraio 1993 dell'*House of Lords*.

5. Da parte di chi mette in discussione l'opportunità, consentita da questa *cross fertilization*, di attingere materiale interpretativo da esperienze appartenenti a diversi sistemi ordinamentali. In questa prospettiva si colloca, ad esempio, l'opinione di R. H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, tr. it., Macerata, 2004, p. 241 ss., convinto sostenitore di una interpretazione originalista del disposto costituzionale legata alle sue radici storico/culturali, a giudizio del quale «l'internazionalismo diventa illegittimo nel momento in cui una Corte decide di interpretare la propria Costituzione prendendo spunto da decisioni prese da Tribunali esteri e basate quindi sui loro documenti costituzionali (...) che riflettono storie, culture, aspirazioni e tradizioni proprie di altri Paesi».

ziale⁶. Il frequente richiamo a consolidati indirizzi elaborati a Strasburgo, con particolare riguardo alle cd *sentenze pilota*⁷, ha così contribuito a quel processo di *contaminazione*⁸ tra distinti sistemi giuridici e di *internazionalizzazione*⁹ degli ambiti di tutela ricavabili dal nostro testo fondamentale.

Il ricorso ad una interpretazione conforme ai precetti convenzionali è stato pertanto il motivo di una progressiva assimilazione e convergenza tra sistemi giuridici collocati su piani ordinamentali multilivello, di una loro reciproca *confusione*, di fatto assimilabile, secondo una recente dottrina, al fenomeno, appartenente alle scienze fisiche, della *entropia*¹⁰. La stessa opportunità offerta dal Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione EDU alle più alte giurisdizioni nazionali di proporre alla Corte di Strasburgo richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli, potrà ulteriormente amplificare la collaborazione di tipo centripeto (*up/botton*), pure in presenza di una esplicita qualificazione non vincolante (art. 5) del parere come elaborato dal giudice convenzionale.

La compenetrazione e sintesi di norme appartenenti a distinti sistemi giuridici, pur determinando l'inesorabile perdita del loro *imprinting* iniziale, con riguardo alle rispettive fonti (interne e europee)¹¹ di produzione, incontrerà nei suoi sviluppi un limite insuperabile. Il richiamo alla norma sovranazionale dovrà, infatti, interrompersi in presenza del *margin* di *apprezzamento* nazionale, come richiamato dalla stessa Corte Edu¹², che potrà consentire ai giudici interni di salvaguardare le peculiarità assiologiche dei rispettivi ordinamenti costituzionali.

Il ricorso da parte dei giudici comuni a questo metodo interpretativo, diretto ad agevolare «interrelazioni normative», sarebbe allora giustificabile solo in presenza di un possibile arricchimento degli ambiti garantistici contenuti nel disposto costituzionale¹³, non potendo giammai costituire, per il nostro giudice delle leggi, «causa di una diminuzione di tutela rispetto a quella già predisposta dall'ordinamento» statale¹⁴. L'obbligo di fornire «alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali», coerentemente all'analogo impegno ricadente in capo al legislatore nazionale di «adeguarsi ai principi posti dalla Cedu», dovrà quindi

6. Per la Cass., sez. un., sent. 26 gennaio 2004, n. 1338, in www.ricercagiuridica.com, «l'applicazione diretta nell'ordinamento italiano di una norma Cedu (...), non può discostarsi dall'interpretazione che della stessa norma dà il giudice europeo (...), qualunque sia l'opinione che si abbia (...) sulla collocazione della Cedu nell'ambito delle fonti del diritto interno».

7. Per la Corte Cost., sent. 49/2015, soprattutto «nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire una norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto alla legge interna, anzitutto per mezzo di "ogni strumento ermeneutico a sua disposizione", ovvero se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale (sent. n. 80 del 2011)». Le pronunce della Consulta, richiamate nel corso del lavoro, sono tratte dal sito internet www.giurcost.org.

8. Cfr. D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, p. 43.

9. Cfr. R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit., p. 176.

10. R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013.

11. Cfr. R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in Studi in onore di Franco Modugno, vol. I, Napoli, 2011, *passim*, reperibile pure nel sito internet www.robertobin.it.

12. Al fine di realizzare un «temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea» (Corte Cost., sent. 317/2009). Tale margine di apprezzamento consentirebbe quindi al giudice costituzionale, cui non sarebbe certamente permesso di «sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini della propria competenza», di «valutare come e in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano» (Corte Cost., sent. 317/2009), così da rispettarne, in ossequio al principio di sussidiarietà, le peculiari specificità culturali.

13. A dimostrazione della supremazia dell'ordinamento costituzionale interno, per la Corte Cost. (sent. 49/2015), «a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavare un senso che possa conciliarsi con quest'ultima e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione».

14. Corte Cost., sent. 317/2009, a giudizio della quale «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti». Per la dottrina cfr. D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, cit., p. 83, che rileva come la collaborazione tra i giudici sovranazionali e quelli nazionali costituisca un formidabile volano per la «ricomposizione» multilivello «dei diversi modelli di garanzia che caratterizzano il nostro sistema di protezione dei diritti».

condurre il giudice procedente ad una «valutazione finale circa la consistenza effettiva» dei diritti fondamentali idonea ad amplificarne la portata¹⁵. In altra direzione, solo l'impossibilità di procedere ad una interpretazione adeguatrice del precetto considerato, dovrebbe spingere il Tribunale adito a rimettere, più opportunamente, la questione all'organo della giustizia costituzionale, l'unico abilitato ad espungere dall'«ordinamento giuridico italiano» la norma di cui fosse «stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale»¹⁶, proprio in considerazione dei maggiori spazi invece consentiti dal diritto sovranazionale.

Entro i margini esegetici così delineati dalla Consulta, numerose sono state le occasioni di interpretazione conforme alle norme Cedu cui hanno acceduto i giudici comuni, con particolare riguardo al contenuto della l. n. 40 del 2004, volto a dettare norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

Pure ribadendo, coerentemente agli indirizzi elaborati dalla Corte costituzionale, la natura di norma *interposta* della Cedu¹⁷, che impedisce al giudice interno di disapplicare le norme statali con essa contrastanti, il giudice cautelare di Cagliari¹⁸ ha, ad esempio, ammesso la praticabilità, attraverso il ricorso «ad ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», di una interpretazione dell'art. 13, n. 3 lett. b), della l. n.

40, sulle diagnosi preimpianto, conforme a Convenzione, secondo una valutazione di questa disposizione resa possibile dalla sentenza della Corte Edu sul caso *Costa e Pavan c. Italia* del 2012¹⁹. Anche se per il giudice sardo, siffatta apertura, che traeva linfa argomentativa dalla giurisprudenza di Strasburgo, non avrebbe potuto certamente allontanarsi dalla interpretazione in precedenza svolta dalla Consulta a favore di questo tipo di selezione, all'esito degli sviluppi consequenziali prodotti dalla sent. 151/2009, appartenente alla tipologia delle pronunce di accoglimento di tipo additivo.

Nel trarre spunto da una diversa giurisprudenza Cedu sulla fecondazione eterologa (sent. *S.H.V. e altri c. Austria*, dell'1 aprile 2010²⁰) altri giudici comuni²¹, parimenti rispettosi del sistema accentrato di costituzionalità²², in presenza del divieto per tale pratica contenuto nell'art. 4, n. 3 della l. n. 40, hanno, correttamente deciso di sollevare la questione di legittimità costituzionale, escludendo espressamente di poter procedere alla disapplicazione della norma interna²³.

Ancora una volta, tra le ragioni che inducevano ad avviare l'incidente di costituzionalità veniva comunque richiamata, in aggiunta a quello costituzionale (artt. 2, 3, 29, 31 e 32), la stessa violazione del parametro convenzionale, nell'interpretazione conte-

15. Corte Cost., sent. 317/2009. Nella «interpretazione del diritto interno in senso conforme alla Cedu» il giudice sarà, «ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, perché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu (sentt. n. 349 e 348 del 2007)», essendo «fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana» (Corte Cost., sent. 49/2015).

16. Corte Cost., sent. 317/2009.

17. Che, a giudizio del Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, n. 5925, in www.biodiritto.org, non avrebbe neppure «acquistato la rilevanza del diritto dell'Unione europea» a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

18. Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, n. 5925, *cit.* In senso conforme cfr. Trib. Roma, sez. I civ., 23 settembre 2013, in www.penale-contemporaneo.it, che, nell'autorizzare il «trasferimento in utero (...) solo degli embrioni sani o portatori sani rispetto alla patologia da cui sono affette le parti, mediante le metodologie previste dalla scienza medica e con crioconservazione degli embrioni malati sino all'esito della tutela di merito», trae ancora una volta spunto interpretativo dalla giurisprudenza della Corte Edu (sez. II, sent. 28 agosto 2012 - ricorso n. 54270/10 - causa *Costa e Pavan c. Italia*, in www.giustizia.it), come consentito dall'art. 46 della stessa Convenzione.

19. Corte Edu, sez. II, sent. 28 agosto 2012 - ricorso n. 54270/10 - causa *Costa e Pavan c. Italia*, *cit.*

20. Corte Edu, sez. I, sent. 1 aprile 2010, causa *S. H. e altri c. Austria* - ricorso n. 57813/00, in www.osservatoriocedu.eu, in seguito riformata dalla sent. del 3 novembre 2011 - Grande Camera - ricorso n. 57813/00, in www.giustizia.it.

21. Trib. Milano, sez. I civ., ord. 29 marzo 2010, n. 60100/2010 R. G., in www.ilforoduemila.it.

22. Che, piuttosto che forzare l'interpretazione conforme, avrebbe dovuto probabilmente indurre lo stesso Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, n. 5925, *cit.*, a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. 40, nella parte in cui impediva la diagnosi preimpianto a fini selettivi con l'effetto di provocare un irragionevole trattamento nei confronti della donna costretta, in presenza dei criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) della l. 194/78, a ricorrere ad una successiva IVG.

23. Per il Trib. Milano, sez. I civ., ord. 29 marzo 2010, n. 60100/2010 R. G., *cit.*, il controllo di costituzionalità, con riguardo al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., sarà necessario «qualora il giudice comune, dopo aver compiuto con esito negativo il tentativo di un'interpretazione della norma interna conforme ai principi della Convenzione affermati dalla Corte europea, ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto». Con sent. n. 164/2014 la Corte Costituzionale ha, infine, accolto la questione di legittimità costituzionale della l. 40 nella parte in cui escludeva il ricorso da parte della coppie interessate alla tecnica della fecondazione eterologa.

nuta nella decisione della Corte sovranazionale²⁴.

In analogia direzione, sia pure in diverso settore della ricerca biomedica (relativo all'applicazione degli *screening* genetici), si è pure inoltrata l'ordinanza del Tribunale per i minorenni di Catanzaro, del 13 dicembre 2012²⁵. Nel sollevare l'incidente di costituzionalità dell'art. 28, comma 7, l. n. 184 del 1983, nella parte in cui precludeva all'interessata, data in adozione alla nascita, di accedere alle proprie origini genetiche, anche ai fini di prevenzione e cura di possibili gravi malattie, tale atto di proponimento traeva spunto proprio da una giurisprudenza convenzionale²⁶.

Le motivazioni alla base dell'iniziativa avviata dal giudice minorile calabrese, ispirate dalle stesse considerazioni precedentemente sviluppate dalla Corte Edu, inducevano in seguito la Corte costituzionale (sent. 278/2013) a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della l. n. 184 del 1983, come sostituito dall'art. 117, comma 2, del d.lgs n. 196 del 2003, nella parte in cui non prevedeva, «attraverso un procedimento stabilito dalla legge, (...) la possibilità per il giudice di interpellare la madre» – che avesse in precedenza «dichiarato di non voler essere nominata (...) – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione», ovviamente nel pieno rispetto della riservatezza della stessa interessata.

3. L'atipica disapplicazione della legge negli sviluppi dell'interpretazione costituzionalmente orientata

La possibile incapienza²⁷ o lacunosità²⁸ della disciplina legislativa, in alcuni settori della biomedicina, ha sovente costretto il giudice adito a ricorrere, come pure auspicato dalla stessa Consulta²⁹, ad un'interpretazione *conforme* a Costituzione³⁰ che potesse consentire di dare riconoscimento, attraverso un convincente apporto motivazionale³¹, a diritti privi di adeguata tutela legislativa.

La presenza di una «rilevata» (C. Cost., sent. 11/1998) o persistente «situazione di carenza legislativa», nel consentire al giudice l'«esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto», nel rispetto ovviamente dei beni primari tutelati nel nostro testo fondamentale (C. Cost., sent. 347/1998), avrebbe pure ridotto i pericoli di sovraccarico dei ricorsi di costituzionalità.

Piuttosto che rimettere, in ogni caso, alla Consulta il compito di verificare la conformità a Costituzione della legge, si è ritenuto invece, più aderente agli equilibri di sistema, comprensivi dei meccanismi deflattivi di economia di giudizio, un attivo impegno dello stesso interprete del caso di specie a ricavare dalla disposizione di legge gli spazi interpretativi giudicati ammissibili e in grado di assicurare *effettività* alla tutela giurisdizionale.

24. Trib. Milano, sez. I civ., ord. 29 marzo 2010, n. 60100/2010 R. G., *cit.*

25. Trib. Catanzaro, ord. 13 dicembre 2012, in *G.U.*, 1^a Serie speciale, 13 marzo 2013, n. 11.

26. Per la Corte Edu, sent. 25 settembre 2012, causa *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012- ricorso n. 333783/09, in www.giustizia.it, l'impedimento disposto dal legislatore italiano appariva infatti sproporzionato ed irragionevole, oltre che lesivo del margine di discrezionalità ritenuto accettabile, considerato il pregiudizio arrecato all'«equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa». Nel riconoscere infatti una «incondizionata» prevalenza all'interesse «della madre a mantenere l'anonimato», veniva compromessa oltre misura la garanzia contenuta nell'art. 8 Cedu sulla tutela del diritto all'identità personale del soggetto istante, cui non veniva di fatto consentito di accedere alle proprie origini genetiche.

27. Per inadeguatezza della normativa a risolvere la questione sottoposta all'esame del giudice.

28. Per assenza di una norma da utilizzare al caso di specie.

29. Secondo la nota espressione contenuta nella sent. 356/1996 della Corte Cost. «in linea di principio le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali». Per questo giudice (sent. 350/1997, pure richiamata dalla sent. 113/2015) «in assenza di un contrario diritto vivente», come determinato dagli «orientamenti (...) stabilmente consolidati nella giurisprudenza», il giudice remittente avrà il «dovere di seguire l'interpretazione ritenuta più adeguata ai principi costituzionali».

30. Per M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, 3 luglio 2012, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, p. 8, l'opportunità concessa al giudice comune di «far penetrare la Costituzione in profondità nell'ordinamento» ne consente una sostanziale sostituzione «al giudice costituzionale, rimpiazzando l'incidentalità e il controllo accentratore con un controllo para-diffuso di costituzionalità».

31. Per R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, *cit.*, p. 167, è proprio l'«apparato motivazionale che rende chiaro, evidente, il processo seguito nella soluzione del caso giudiziario e che, oltre a sorreggere la decisione, contribuisce a manifestare le ragioni per le quali il giudice ha ritenuto giusta una decisione assunta».

In ossequio all'auspicio proveniente da questa giurisprudenza della Corte, diffuso è stato perciò il ricorso da parte dei giudici comuni ad un'interpretazione costituzionalmente orientata pure a costo, in non pochi casi, di pervenire ad una qualche forzatura del testo della legge³². E questo ad ulteriore dimostrazione di un progressivo «espansionismo» della giurisdizione³³, da cui abbiamo preso le mosse nell'epigrafe di questo lavoro, in grado talora di alterare l'originario modello di sindacato accentrato di costituzionalità³⁴.

L'esercizio di un potere *diffuso* di questo tipo, nel concorrere ad un progressivo indebolimento del sindacato incidentale, appare, per ciò stesso, allontanarsi dai consueti «criteri ermeneutici previsti dalle norme vigenti» (C. Cost. 187/1998) indispensabili per rendere possibile una corretta applicazione dell'interpretazione conforme³⁵.

Non potendo certamente giungere ad una disapplicazione del precetto legislativo, che fosse considerato antinomico a qualunque possibile interpretazione ricavabile dalla Costituzione³⁶, questa verifica condotta dal giudice ordinario avrebbe dovuto invero limitarsi a porre rimedio, sempreché possibile, alle

«eventuali lacune legislative»³⁷.

Pur essendo infatti giustificato un intervento suppletivo del giudice del caso di specie, diretto a ricavare una interpretazione coerente ai principi costituzionali, ad una differente conclusione si dovrà invece pervenire in presenza di una legge che, in considerazione del suo contenuto precettivo, non consentisse alcuna significativa duttilità interpretativa.

Una alterazione del sindacato accentrato di costituzionalità, che impedisse all'organo della giustizia costituzionale di pronunciarsi sulla questione di legittimità con effetti *erga omnes*, potrebbe rappresentare pure motivo di discriminazione³⁸ per quanti non fossero stati coinvolti dallo specifico giudicato, i cui effetti non potrebbero di certo essere estesi al di là del caso esaminato.

Appartengono a questo anomalo filone giurisprudenziale alcune pronunce della Suprema Corte che, con l'intento di rafforzare le ragioni che avrebbero dovuto condurre a questa disattivazione della norma interna, per di più giudicata lesiva di una disposizione Cedu «dotata di immediata precettività, rispetto al caso concreto»³⁹, cercavano conforto nella prescri-

32. R. Romboli, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, comunicazione presentata al Seminario Italo-Hispano-Brasilero, *La protection de los derechos en un ordinamiento plural*, Barcelona 17-18 ottobre 2013, in www.forumcostituzionale.it, che ricorda come questo fenomeno abbia «determinato quella che è stata definita la “crisi del giudizio incidentale” con una netta diminuzione delle questioni di costituzionalità sottoposte dai giudici al controllo della Corte».

33. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 82 ss.

34. Che consente ai giudici comuni di «interpretare la legge in modo conforme alla Costituzione», facendosi pure «carico di rettificare (...) il senso delle disposizioni legislative», nel rispetto ovviamente degli spazi loro consentiti (A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti, a cura, *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, p. 112), oltrepassati i quali sarebbero costretti a sollevare la questione di legittimità costituzionale. Esprimono critiche verso questa anomala prassi in grado di trasfigurare il modello di giustizia costituzionale, pure in assenza di alcuna revisione costituzionale: G. Silvestri, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 149; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, p. 157 ss. e O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, p. 84 ss.

35. Per R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, cit., p. 7, si tratta di una prassi «priva di briglie, libera di svolgersi secondo convinzioni personali, piuttosto che nell'alveo dei criteri fissati dal legislatore». L'assenza di una «piena legittimazione democratica» dovrebbe impedire, quindi, ai giudici di operare «in piena libertà, liberi di creare diritto a loro piacimento».

36. Per O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, cit., p. 86, «se il giudice comune manipola una legge per conformarla alla propria idea di ciò che sarebbe prescritto dal dettato costituzionale, invade non solo una competenza dei giudici costituzionali ma anche del legislatore».

37. Corte Cost., sent. 187/1998.

38. Per L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, p. 59 ss., tale comportamento anomalo del giudice, che si sottrae alla doverosa eccezione di costituzionalità, appare assolutamente «iniquo» per provocare una discriminazione tra chi rivolgendosi «a quel tribunale ha potuto avvalersi della pronuncia creativa» e «tutti gli altri cittadini» che si trovassero «nella stessa condizione». Per questo Autore «quando il magistrato usa la sua indipendenza non per applicare la legge ma per disapplicarla, venendo meno ai doveri che è tenuto a osservare come cittadino» (art. 54 Cost.) e «come magistrato» (art. 101 Cost.), «si pone il problema democratico e costituzionale di rilevanza decisiva».

39. Si esprime in questo modo la Cass., sez. I civ., sent. 19 luglio 2002, n. 10542, in www.ambienteditto.it, secondo cui in presenza di un contrasto con la disciplina sovranazionale spetta al giudice statale «dare prevalenza alla norma pattizia, che sia dotata di immediata precettività rispetto al caso concreto, anche ove ciò comporti una disapplicazione della norma interna». A non dissimile conclusione pervengono anche le seguenti pronunce della stessa Cass.: sez. I civ., 19 luglio 2002 n. 10542, in www.ambienteditto.it; sez. I civ., 15 febbraio 2005, n. 3033, in www.iusexplorer.it; S.U. civ., sent. 23 dicembre 2005, n. 28507, in www.stranieriinitalia.it. Anche se non mancano, in

zione contenuta nel 1° comma dell'art. 117 Cost. Ne è derivato un allontanamento da una consolidata giurisprudenza costituzionale⁴⁰, sulla natura interposta di questa normativa sovranazionale, che avrebbe dovuto più correttamente indurre l'interprete a sollevare la questione di costituzionalità.

Con riguardo poi al settore dell'indagine scientifica qui considerato, e nonostante l'assenza di un orientamento uniforme delle prassi giurisprudenziali⁴¹, alcuni giudici cautelari e di merito⁴², pure avvalendosi di una lettura costituzionalmente conforme, sono analogamente pervenuti ad una sostanziale disapplicazione dell'art. 13 della l. n. 40/2004 (sul divieto di selezione preimpianto)⁴³, rinunciando a percorrere la strada certamente più appropriata dell'incidente di costituzionalità⁴⁴.

L'esigenza di garantire il diritto delle donne a esprimere un consenso consapevole sull'impianto degli embrioni prodotti *in vitro*, avrebbe agevolato, per questi giudici aditi, lo svolgimento di accertamenti

genetici attraverso il ricorso ad un esame preimpianto, e reso possibile la verifica dello «stato di salute degli embrioni»⁴⁵.

Pur dedicando ampio spazio alle conseguenze prodotte sulla salute della stessa interessata, costretta poi ad interrompere la gravidanza in presenza di un feto affetto da gravi patologie, le ragioni che hanno indotto questi interpreti a disattivare l'operatività del disposto legislativo⁴⁶, solo in seguito recepite dalla giurisprudenza costituzionale⁴⁷, sono anche riconducibili alle conseguenze discriminatorie, per la donna e la stessa coppia, che sarebbero derivate dal divieto in questione.

L'apertura alla diagnosi e successiva selezione preimpianto, che non avrebbe affatto condotto a pratiche eugenetiche vietate dall'art. 13 cit., era stata pure estesa dal Tribunale di Salerno⁴⁸ alle coppie fertili, in origine espressamente escluse dalla l. 40, proprio attraverso un approccio costituzionalmente orientato dell'art. 13 della l. 40 che avrebbe scongiurato la procreazione, da parte delle stesse, di figli affetti da gravi malattie.

direzione opposta, sentenze dello stesso giudice (sez. civ., ord. 29 maggio 2006, n. 402, in www.amicuscuriae.it) che, auspicando la proposizione di un incidente di costituzionalità, sono invece pervenute ad escludere il «potere (o addirittura un obbligo)» per il giudice di non applicare la legge ritenuta in contrasto con la Cedu che «significherebbe aprire un pericoloso varco al principio di divisione dei poteri, avallando una funzione di revisione legislativa da parte del potere giudiziario, che appare estraneo al nostro sistema costituzionale». Per un ulteriore approfondimento degli sviluppi di questa giurisprudenza della Suprema Corte si rinvia allo studio di S. Senese, *La risposta dei giudici italiani al conflitto tra gli ordinamenti*, Napoli, 2008.

40. Cfr. Corte Cost. sentt. 348 e 349/2007; 80/2011; 96/2015.

41. A dimostrazione di questa diversità di trattamento dei soggetti petenti, nonostante la sovrapponibilità dei casi esaminati, per il Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004, in www.diritto.it, il diniego di accogliere «la pretesa di una coppia di produrre un numero indeterminato di embrioni da selezionare, conservando o eliminando quelli malati e impiantando quelli sani», non avrebbe certo violato i «principi di eguaglianza e di tutela della persona e il diritto «alla salute intesa come integrità psicofisica»».

42. Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, n. 5925, *cit.* In analogia direzione il Trib. Bologna, sez. I, ord. 29 giugno 2009, in www.cecos.it, ha riconosciuto il diritto di ottenere la diagnosi preimpianto dell'embrione, attraverso una «interpretazione costituzionalmente orientata della l. n. 40/2004». Tale opportunità avrebbe consentito alla donna di «prendere» una decisione informata e consapevole «in ordine al trasferimento in utero degli embrioni formati», così da evitare di «mettere in pericolo la propria salute».

43. In questa direzione cfr. Trib. Cagliari, ord. 22 settembre 2007, in www.personaemercato.it, a giudizio del quale «la soluzione interpretativa che afferma la piena legittimità dell'accertamento diagnostico richiesto dagli attori sia non solo preferibile (...) ma altresì necessitata in considerazione del dovere del giudice di scegliere, tra le varie interpretazioni possibili della disposizione da applicare al caso concreto, quella che assicura una lettura costituzionalmente orientata della norma».

44. Che ha, invece, indotto il Trib. Firenze, ord. 26 agosto 2008, in www.federalismi.it, ad escludere di poter «accedere alla lettura costituzionalmente orientata» della l. 40 «proposta in via principale dai ricorrenti», essendo stato più corretto sollevare la questione di legittimità costituzionale della stessa nella parte in cui imponeva alla donna di accogliere gli embrioni prodotti con un unico e contemporaneo impianto.

45. Trib. Bologna, sez. I, ord. 29 giugno 2009, *cit.*

46. Che per il Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2007, in www.unionedirittiumani.it, avrebbe addirittura *sottinteso* la possibilità di procedere alla diagnosi preimpianto.

47. Solo nel 2009 (sent. 151) e, più recentemente, nel 2015 (sentt. 96 e 229) il giudice delle leggi nel consentire la formazione di un numero di embrioni superiore a tre, pur se non eccedente a quanto strettamente necessario per soddisfare le attese di maternità, ha aperto la strada, anche attraverso una depenalizzazione del divieto contenuto negli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della l. 40, ad una selezione preimpianto sia per le coppie sterili/infertili che per quelle fertili.

48. In presenza di una «richiesta di autorizzazione di una coppia fertile portatrice di una grave malattia geneticamente trasmissibile», il Trib.

Analoghe perplessità, in presenza questa volta della preclusione contenuta nell'art. 5 della l. 40 nei riguardi della cosiddetta fecondazione *post mortem*, ha pure destato la recente decisione del Tribunale di Bologna⁴⁹ che, nonostante il rigetto in sede cautelare della richiesta, ha riconosciuto il diritto della donna di impiantare, a seguito del decesso del proprio coniuge, gli embrioni in precedenza prodotti e crioconservati. Siffatta opportunità sarebbe stata consentita, per questo giudice, dalla stessa lettera delle Linee guida adottate nel 2004 e nel 2008 dal Ministero della salute le quali, in coerenza al *principio di specialità*, avrebbero dovuto certamente «prevalere sulla normativa generale di cui alla l. 40/2004, stabilendo una regolamentazione particolare volta a normare un nucleo specifico di situazioni (ossia, le procedure di fecondazione assistita incominciate prima dell'entrata in vigore della l. 40/2004)».

La circostanza che il processo di fecondazione degli embrioni si fosse concluso nel 1996, prima dell'entrata in vigore della l. 40, e al tempo della vigenza della precedente disciplina introdotta dalle Linee guida, aperte comunque ad un possibile trasferimento degli embrioni⁵⁰, rendeva per questo giudice «del tutto illegittimo» il rifiuto di procedere al loro impianto opposto all'interessata, ormai cinquantenne, da parte dell'Azienda ospedaliera universitaria di Bologna.

Non meno problematico, in considerazione dell'espresso divieto contenuto nell'art. 12, comma 6 della l. 40 per la pratica della maternità surrogata, è

stato l'espedito interpretativo utilizzato da alcuni giudici ordinari per consentire la trascrizione nei registri dello stato civile italiano dell'atto di nascita precedentemente perfezionatosi all'estero (in Ucraina), nel rispetto della legislazione vigente in questo Paese dell'est europeo⁵¹.

Nel trarre spunto da una giurisprudenza della Corte Edu⁵², contenente la condanna dello Stato che aveva attribuito «uno *status* giuridico imperfetto» a quanti fossero nati grazie al ricorso ad una maternità surrogata, in presenza, peraltro, «di un genitore biologico appartenente alla coppia», il giudice italiano⁵³ ha dato la prevalenza agli effetti parentali che erano stati già prodotti dalla normativa straniera, certamente più liberale di quella italiana.

Neppure la difettosa rappresentazione della realtà, a seguito di una falsa dichiarazione da parte dei coniugi di una inesistente genitorialità naturale, avrebbe potuto impedire, secondo questo giudice, la suddetta trascrizione o addirittura condurre alla loro condanna.

Il travisamento della verità, consumatasi al momento della «assegnazione dello *status* di genitore in conformità dell'ordinamento italiano» e non della precedente «formazione dell'atto di nascita» in Ucraina, conduceva pertanto alla assoluzione degli imputati dal reato di alterazione dello stato civile in quanto giudicato, nella fattispecie esaminata, inesistente rispetto all'«attitudine lesiva del bene giuridico tutelato dalla norma criminale»⁵⁴.

Salerno, ord. 9 gennaio 2010, n. 191, in www.unionedirittumani.it, ha infatti riconosciuto «il diritto dei ricorrenti coniugi (...) a conseguire (...) l'adempimento contrattuale delle prestazioni professionali consistenti nelle tecniche procreative medicalmente assistite, imposte dalle migliori pratiche scientifiche, di diagnosi preimpianto degli embrioni da prodursi e di trasferimento nell'utero (...) di embrioni che non evidenzino la mutazione del gene SMA1, causativo della atrofia muscolare spinale di tipo 1, di cui i ricorrenti sono portatori». Solo in seguito, la Corte Cost. (sent. 96/2015) ha poi annullato il divieto per le coppie fertili di accesso alla fecondazione assistita e alla diagnosi genetica preimpianto.

49. Trib. Bologna, ord. 16 gennaio 2015, in www.siallafamiglia.it.

50. Per Trib. Bologna, ord. 16 gennaio 2015, *cit.*, la richiesta di impianto degli embrioni avrebbe trovato il proprio fondamento nella disciplina contenuta «nell'art. 7 della l. 40/2004 e nelle correlate linee guida degli anni 2004 e 2008, volte proprio a dettare una normativa transitoria relativa alle procedure di fecondazione assistita intraprese antecedentemente alla suddetta legge del 2004», certamente non preclusiva del diritto della donna di «ottenere il trasferimento» degli «embrioni crioconservati, ma non abbandonati».

51. Cfr. Trib. Milano, sez. V pen., sent. 13 gennaio 2014, in www.penalecontemporaneo.it, che ha prosciolto dall'accusa di alterazione di stato civile, di cui all'art. 567 comma 2 cp, una coppia che aveva dichiarato come proprio un bambino generato mediante maternità surrogata a seguito di «formazione dell'embrione, in vitro, con il 50% del patrimonio genetico» del *partner* maschile «e l'altra metà proveniente da una ovidonatrice, individuata dalla clinica in un elenco di donne, tutte volontarie, di età compresa tra i 20 e 32 anni, in buono stato di salute, prive di malattie ereditarie, che avevano già portato a termine almeno una gravidanza generando figli nati sani». Alla stessa conclusione è giunto anche il Trib. Napoli, ufficio del GIP, 17 luglio 2015, in www.siallafamiglia.it, che ha rilevato come si trattasse di «una condotta realizzata non per fini di lucro ma per realizzare quel desiderio (costituzionalmente garantito), di diventare genitori». Per questo giudice, il comportamento degli interessati che si erano limitati a chiedere la trascrizione producendo un atto ufficiale non avrebbe prodotto «alcuna alterazione dello stato civile», non configurandosi «alcun dolo né tanto meno intenzioni di violare la legge».

52. Corte Edu, sez. V, 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, causa *Mennesson c. Francia* e 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, causa *La-basse c. Francia*, entrambe reperibili in www.biodiritto.org.

53. Trib. Varese, Gup, 8 ottobre 2014 e Trib. Trieste, Gup, sent. 4 ottobre 2013, in www.biodiritto.org.

54. Trib. Varese, GUP, sent. 8 ottobre 2014, *cit.*

In altra direzione, l'assenza di alcuna affinità biologica con uno dei genitori interessati, in violazione pure della legge ucraina che esige la corrispondenza genetica tra nascituro e coppia committente non inferiore al 50 %, ha recentemente indotto la nostra Corte di cassazione⁵⁵ a rigettare la richiesta di riconoscimento del nato da maternità surrogata, che nel frattempo era stato già dato in adozione. Per questo giudice la contrarietà all'ordine pubblico italiano del certificato di nascita ucraino, su cui veniva basato dai ricorrenti il rapporto di filiazione con il nato, e alla stessa legge di questo Paese in materia di maternità surrogata, avrebbe impedito il riconoscimento in Italia «di uno *status* di minore quale figlio dei ricorrenti» difettandone «in radice l'attribuzione, ossia il titolo».

Ad ulteriore disapplicazione della legislazione vigente (dl 23/1998, relativo alla sperimentazione Di Bella, e dl 24/2013, adottato per la terapia Stamina) sono pure pervenuti alcuni giudici cautelari che, incuranti degli ambiti derogatori consentiti dalla stessa giurisprudenza costituzionale (sentt. 185/1998;

121/1999; 188/2000; 274/2014) e convenzionale⁵⁶ per ragioni pietose e compassionevoli a favore di quanti avessero già iniziato la cura, hanno continuato ad autorizzare la somministrazione dei rimedi in questione⁵⁷, nonostante l'assenza di serie prove scientifiche sulla loro efficacia.

Non minori perplessità hanno pure destato le pronunce di altri giudici (Tribunali di Rimini, di Pesaro e di Milano⁵⁸) che, nel prendere le distanze da una consolidata letteratura scientifica, sono pervenute, su istanza di parte, a neutralizzare i propositi precauzionali perseguiti dalla legislazione sulle vaccinazioni, sia pure non obbligatorie, nella parte in cui hanno dichiarato la correlazione tra la causa (il vaccino trivalente ed esavalente⁵⁹) e l'effetto invalidante (autismo, ma in alcuni casi anche poliomelite ed encefalite) avvalendosi di perizie tecniche attestanti una «ragionevole»⁶⁰ o «attendibile» probabilità scientifica «circa la sussistenza del legame fra i due eventi»⁶¹.

In un differente settore di intervento, quello relativo al cambiamento di sesso, una recente pronuncia della Cassazione⁶², nel cogliere uno spazio interpre-

55. Cass., sez. I civ., sent. 26 settembre 2014, n. 24001, in www.biodiritto.org. Nella stessa direzione cfr. Corte Edu, sez. II, 27 gennaio 2015 - ricorso n. 25358/12, causa *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in www.giustizia.it, con la quale, pur condannando il nostro Paese per violazione dell'art. 8 Cedu, per aver consentito di dare per via giudiziaria in adozione il bambino generato dai soggetti istanti in Russia attraverso la maternità surrogata, veniva considerato comunque valido l'affidamento ad altra coppia nel maggiore interesse del minore il quale aveva «certamente sviluppato dei legami affettivi con la famiglia di accoglienza» ove era stato ormai collocato. Ne derivava, per questo giudice, che «la constatazione di violazione pronunciata nella causa dai ricorrenti» non poteva «dunque essere intesa nel senso di obbligare lo Stato a riconsegnare il minore agli interessati». Per la dottrina cfr. I. Rivera, *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie: la Corte Edu torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of child come limite all'ordine pubblico internazionale*, 3 luglio 2015, in www.federalismi.it.

56. Cfr. Corte Edu, sez. I, 6 maggio 2014, ricorso n. 62804/13, *Nivio Durisotto c. Italia*, in www.giustizia.it, che rigettava la richiesta del ricorrente ad accedere alla terapia Stamina, in assenza di una prescrizione giudiziaria intervenuta prima dell'entrata in vigore del dl n. 24 del 2013, anche in considerazione del parere negativo reso dal Comitato scientifico istituito dal Ministero della salute sull'opportunità di avviare la sperimentazione del metodo stesso.

57. Numerose ordinanze adottate dai giudici aditi (Trib. Venezia, sez. lav., giudice Margherita Bortolaso, caso Carrer, ord. 30 agosto 2012; Trib. Venezia, sez. lav., ord. n. 1817/2012, RG del 7 agosto 2012; TAR Brescia, ord. 5 settembre 2012, n. 414; Trib. Matera, sez. lav., ord. 8 ottobre 2012, n. 1012/2012 R.G.; Trib. Trento, sez. lav., ord. 20 novembre 2012; Trib. Crotone, sez. lav., ord. 31 gennaio 2013; Trib. Pesaro, sez. lav., ord. 4 marzo 2013, n. 105/2013 R.G.; Trib. Mantova, ord. del 2 maggio 2013, solo per citarne alcune, tutte reperibili nel sito internet www.biodiritto.org), oltre a disattendere la normativa vigente in materia di farmaci o rimedi compassionevoli o comunque sottoposti a sperimentazione (cfr. Dm 8 maggio 2003, in *G.U.* n. 173 del 27 luglio 2003; dl n. 536 del 1996, conv. in l. n. 648 del 1996; dl n. 23 del 1998, conv. in l. n. 94 del 1998; Reg. CE n. 276 del 2004; Dm 5 dicembre 2006, in *G.U.* n. 57 del 9 marzo 2007), si allontanavano dagli indirizzi terapeutici consentiti dal Codice di deontologia medica (art. 49) e dalla stessa Convenzione di Oviedo del 1997 che, in presenza di soggetti fragili come sono certamente i minori, consente (art. 17) solo ricerche da cui possono attendersi risultati favorevoli alla loro salute e, quindi, in grado di arrecare il rischio *minimo*, proporzionato al vantaggio che ne potrebbe derivare dalla sperimentazione.

58. Trib. Milano, sent. del 23 settembre 2014, in <http://it.blastingnews.com>. Contro questa pronuncia il Ministero della salute ha proposto appello, come dichiarato nel comunicato stampa n. 203 del 25 novembre 2014, in www.salute.gov.it.

59. Nel nostro Paese sono obbligatorie le seguenti vaccinazioni: antidifterica (l. del 6 giugno 1939, n. 891; l. del 27 aprile 1981, n. 166); antitetanica (l. del 20 marzo 1968, n. 419); antipoliomielitica (l. del 4 febbraio 1966, n. 51); anti epatite virale B (l. del 27 maggio 1991, n. 165). Tutte le altre, considerate volontarie, sono comunque incentivate dal SSN anche attraverso la previsione della loro gratuità.

60. Trib. Rimini, sent. n. 886 del 15 marzo 2012, in www.biodiritto.org/images. Cfr. anche Trib. Rimini, sent. n. 148 del 2010, ruolo n. 2010\0474, cron. n. 2012\886, in www.mednat.org.

61. Trib. Pesaro, sent. dell'11 novembre 2013, in www.biodiritto.org.

62. Cass., sez. I civ., sent. 21 maggio- 20 luglio 2015, n. 15138, in www.laleggepertutti.it.

tativo consentito dalla legge (nella parte in cui non sembra considerare necessario l'«adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico»⁶³), è pervenuta ad una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della l. n. 164 del 1982, in modo da riconoscere il diritto del soggetto istante alla rettificazione anagrafica della propria identità sessuale (da uomo a donna), come espressione del suo diritto all'autodeterminazione, pur non avendo previamente acceduto ad un intervento modificativo dei suoi caratteri sessuali primari e secondari⁶⁴.

Nonostante la permanenza, nell'art. 1 della l. n. 164 cit., della previsione di «interventive modificazioni dei (...) caratteri sessuali», come presupposto per il riconoscimento da parte del Tribunale di una diversa attribuzione del sesso, il «progressivo sviluppo della scienza medica e degli approdi della psicologia e della psichiatria» inducevano questo giudice a cassare l'interpretazione «storico-originalista» di carattere del tutto statico cui era invece pervenuta la Corte di appello di Bologna. Per i giudici di Piazza Cavour la lettura data dal giudice di merito appariva contraria al principio di proporzionalità che avrebbe, invece, dovuto condurre ad un «adeguato bilanciamento» tra «sviluppo della personalità individuale» e «interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche che costituisce il limite coerentemente indicato dal nostro ordinamento al suo riconoscimento».

Pure in presenza di una consapevolezza sulla «assoluta novità della questione» e sulla permanenza di «opinioni non univoche della dottrina e della giurisprudenza di merito» circa la portata del disposto legislativo, che avrebbero probabilmente dovuto indurre a sollevare la questione di legittimità costituzionale⁶⁵, la Suprema Corte perveniva ad accogliere la domanda proposta dal soggetto interessato

alla rettificazione del sesso da maschile a femminile, disponendo le consequenziali annotazioni anagrafiche.

4. Considerazioni conclusive sulla problematica tenuta della certezza del diritto e della divisione dei poteri

Pur essendo certamente apprezzabile lo sforzo ermeneutico che consente al giudice di ricavare, attraverso un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, la norma da applicare al caso di specie, indiscutibili sono le preoccupazioni, per la stessa certezza del diritto e per l'eguaglianza di trattamento di situazioni simili, di una eccessiva frammentazione interpretativa cui potrebbe invece condurre una giurisprudenza incurante dei limiti posti dalla legge. L'opportunità pure riconosciuta a questa autorità giudicante di enucleare dalla norma da applicare i significati più coerenti con il disposto costituzionale, entro i margini ermeneutici da quest'ultimo consentiti, non dovrebbe così indurla, in presenza di una prescrizione legislativa giudicata illegittima, ad assumere una decisione di segno opposto. Nel porre in discussione uno dei principi cardine dello Stato di diritto, quale è certamente quello basato sulla divisione tra i poteri, tale disattivazione del contenuto dispositivo della legge verrebbe ad eludere il sistema accentrato di costituzionalità cui è riconosciuto il compito di risolvere in modo definitivo le possibili antinomie determinatesi tra queste fonti, poste all'interno di un rapporto di gerarchia.

Pur auspicando in un settore delle conoscenze umane, come quello qui considerato, una maggiore attenzione da parte del legislatore, così da evitare i

63. Art. 31, n. 4 del d.lgs n. 150 del 2011 che abroga l'art. 3 della l. n. 164 del 1982.

64. In analogia direzione si erano, peraltro, già inoltrati il Trib. Rovereto, sent. n. 194 del 3 maggio 2013, in www.west-info.eu e il Trib. Messina, sez. I civ., 4 novembre 2014, in www.dirittocivilecontemporaneo.com. Per quest'ultimo giudice, nonostante la previsione contenuta nella l. 164/1982, bisognava riconoscere il diritto al mutamento anagrafico del sesso ad un individuo, che avesse ricevuto una terapia ormonale femminizzante, «anche in assenza di un intervento chirurgico demolitivo dei caratteri sessuali primari». Ciò avrebbe consentito al soggetto interessato di raggiungere «un assetto dei caratteri secondari e dei valori ormonali compatibili con un aspetto ed un quadro ormonale femminile». Per A. Ruggeri, *L'interpretazione conforme a Cedu: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registrati nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, 20 maggio 2015, in www.federalismi.it, p. 22, tali casi giurisprudenziali dimostrerebbero, «ancora una volta», come «l'interpretazione conforme si dimostra in grado di sostituirsi al giudizio accentrato di costituzionalità». Il suo impiego dovrebbe, al contrario, «concorrere a ricucire ciò che è a tutt'oggi separato, strappato: a condizione, appunto, che non se ne faccia un uso strumentale da parte di chi reputi di potere nel suo nome piegare norme ed indirizzi giurisprudenziali alle proprie norme ed indirizzi, facendo i primi oggetto di impropri adattamenti interpretativi».

65. Come invece è stato fatto dal Trib. Trento, sez. civ., ord. n. 228 del 20 agosto 2014, in *G.U.* n. 52 del 17 dicembre 2014. Con la recente sent. 221/2015, la Consulta, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della l. n. 164 del 1982, rileva comunque come «la prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico» debba portare «a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisite per accedere al procedimento di rettificazione – come prospettato dal rimettente –, ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico».

persistenti vuoti o le frequenti inadeguatezze normative, non appare allora giustificabile la fuoriuscita da parte del giudice dall'alveo funzionale riconosciutogli dal nostro ordinamento giuridico, anche in considerazione delle possibili conseguenze che ne potrebbero derivare, non sempre riconducibili allo *status quo ante*⁶⁶.

Una irragionevole tracimazione della funzione giudicante dagli ambiti consentiti dall'architettura di sistema, pur potendo istintivamente, per una sorta di *flashback*, indurre a rievocare la trascorsa prassi, teorizzata e anche praticata, dell'*uso alternativo del diritto*⁶⁷, costringerebbe oggi, per la gran parte dei casi considerati, a ben altre valutazioni. La scarsa dimestichezza talora mostrata dalla magistratura nei confronti di sofisticate questioni tecniche, comprovata dalle inadeguatezze motivazionali di alcuni giudicati, accanto ad una inappropriata o addirittura carente considerazione delle esperienze scientifiche, come consentite dai pareri peritali, inducono oggi a orientare l'attenzione sui frequenti difetti procedurali, piuttosto che sullo sforzo garantistico perseguito da questa atipica giurisprudenza. E questo, nonostante possa essere pure riconosciuto, a talune delle pronunce considerate, il merito di aver offerto utili coordinate interpretative (in occasione, ad esempio, della rimozione del divieto di selezione preimpianto o della rettificazione anagrafica dell'identità sessuale) di cui in seguito si è poi avvalso lo stesso giudice costituzionale⁶⁸.

Come già sostenuto in altra occasione⁶⁹, nonostante la presenza della garanzia rappresentata dalla percorribilità dei tre gradi di giudizio, che potrebbe consentire di rivedere questi eccessi giurispruden-

ziali, la violazione delle numerose regole procedurali (sulla elaborazione del giudicato, sul rispetto del sindacato accentrato di costituzionalità, ecc.) dovrebbero allora condurre ad una qualche forma di censura del giudice precedente per le conseguenze pregiudizievoli, a danno dei soggetti interessati, cui avessero eventualmente contribuito con le loro pronunce⁷⁰.

E così, ad esempio, a seguito della condanna (per truffa, esercizio abusivo della professione medica, erogazione di farmaci guasti) inferta⁷¹ a carico di alcuni imputati (responsabili della *Stamina Foundation*) che avevano avviato pratiche terapeutiche prive della necessaria evidenza scientifica, sarebbe singolare una totale esenzione da qualunque responsabilità, alla stregua di soggetti *legibus soluti*, dei giudici che avessero, a loro volta, contribuito all'esecuzione di quelle cure, nonostante le contrarie prescrizioni contenute nella legislazione vigente, considerate da questi stessi interpreti *tamquam non esset*.

Se appare coerente con gli equilibri di sistema e certamente apprezzabile il compito assunto dal giudice di porre rimedio al vuoto e alla stessa indeterminazione legislativa, attraverso un puntuale approfondimento esegetico della norma da applicare al caso di specie, ad una diversa conclusione si dovrà invece giungere, secondo le convincenti parole della Corte di cassazione, in presenza di una «negligenza inescusabile» determinata «da una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi e da una trascuratezza così marcata ed ingiustificabile da apparire espressione di una vera e propria mancanza di professionalità, concretizzantesi in una violazione grossolana e macroscopica della norma ovvero

66. Si pensi, ad esempio, alle conseguenze pregiudizievoli per la salute del paziente cui potrebbero aver condotto le pronunce dei giudici cautelari che autorizzavano l'uso compassionevole, ma derogatorio della normativa vigente in materia di sperimentazione, del metodo Di Bella o di quello Stamina. Non meno significativi sono gli effetti prodotti, per lo *status familiare* del nascituro, dalla sentenze adottate in materia di maternità surrogata o di fecondazione *post mortem*, nonostante i divieti prescritti dalla l. n. 40.

67. Che riprende il titolo di un noto convegno svoltosi a Catania nel 1972 - poi pubblicato in due volumi curati da P. Barcellona dal titolo *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista e L'uso alternativo del diritto. Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, 1973 - che prendeva spunto dall'apprezzabile attivismo giurisprudenziale, sviluppatosi negli anni '70, diretto a rimarcare gli insopportabili ritardi del legislatore statale nell'attuazione dei principi costituzionali, programmaticamente proiettati a consentire una auspicata emancipazione sociale del *demos*.

68. Come giustamente rilevato da A. D'Aloia, *L'ex* 40, 23 giugno 2015, in www.confrenticostituzionali.eu, le pronunce di questi giudici comuni avrebbero infatti avuto l'effetto di «preparare il terreno agli interventi della Corte costituzionale».

69. Durante l'intervento tenuto durante il XXX Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC) sul tema *La Scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, svoltosi a Roma nei giorni 6-7 novembre 2015, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

70. E. Cattaneo- G. Corbellini, *Doppio imbroglio*, in *Il Sole 24 ore* del 7 luglio 2013.

71. A seguito di patteggiamento avvenuto nel mese di marzo 2015 dinnanzi al Gup di Torino, come riportato da A. Giambartolomei, *Stamina, Davide Vannoni patteggia condanna a un anno e dieci mesi*, in *Il Fatto Quotidiano* del 18 maggio 2015. Cfr. anche Cass., sez. VI pen., sent. 21 aprile 2015, n. 24242 e n. 24243, in www.deiustitia.it.

in una lettura di essa contrastante con ogni criterio logico»⁷². Ad analoga critica dovrebbe condurre, sempre a giudizio della Suprema Corte, «l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, la manipolazione arbitraria del testo normativo», quando non «lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero».

Accanto all'avvio di una procedura disciplinare, le eventuali conseguenze pregiudizievoli prodotte dall'esercizio anomalo e irrituale della funzione giudiziaria, dovrebbe parimenti indurre ad attivare un'opportuna azione di responsabilità, in presenza ovviamente dei presupposti richiamati dalla l. n. 117/1988, come modificata dalla recente l. n. 18/2015.

72. Cass., sez. III civ., sent. 18 marzo 2008, n. 7272, in *Foro. It.*, 2009, I, c. 2496. In direzione analoga cfr. Cass., sez. III civ., sent. 21 ottobre 2014, n. 22326, in www.altalex.com e Cass., sez. III civ., sent. 22 febbraio 2012, n. 11593, in www.lexambiente.it.