

La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali

di Costanza Nardocci *
(3 febbraio 2012)

Indice: 1. Introduzione 2. La decisione della Grande Camera: margine di apprezzamento statale e *consensus* europeo. 2.1 Il caso. 2.2 La decisione della Grande Camera. 2.3 *consensus* standard e fattore tempo: due elementi cardine nella definizione del margine di apprezzamento. Osservazioni critiche 3. La fecondazione medicalmente assistita: questione etico-morale o diniego di un diritto ad una prestazione sanitaria 4. Conclusione. Quale spazio per la decisione della Corte costituzionale italiana alla luce della sentenza della Grande Camera.

Introduzione:

“Member States agreed in the aftermath of the Second World War to undertake the legal obligation towards their own people to respect human rights; they did not undertake the obligation to respect what, at each given time, most of them take these rights to be”¹.

La pronuncia della Grande camera relativa al caso *S.H. e altri v. Austria* offre spunti importanti che oltrepassano la mera disamina di una sentenza che, come già di recente accaduto², vede un capovolgimento della decisione precedentemente adottata dalla prima sezione.

Il passo qui riportato, infatti, consente di evidenziare sin d’ora due aspetti sui quali ci si soffermerà e, vale a dire, l’incidenza del c.d. “fattore tempo” sul giudizio condotto dal giudice europeo ed il ruolo centrale del *consensus* tra gli Stati membri del Consiglio d’Europa, quale ragione giustificatrice per la concessione o la restrizione del margine di apprezzamento³.

Allo stesso tempo, consente di anticipare alcune delle perplessità originate dal ricorso da parte della Grande Camera, per il tramite della dottrina del margine di apprezzamento, alla c.d. *deference* alle autorità nazionali che, se troppo ampia, rischia di depotenziare il ruolo di guardiano dei diritti convenzionali del giudice europeo, lasciando spazio ad un certo arbitrio nell’applicazione della Convenzione.

Scritto sottoposto a *referee*.

¹G. Letsas, *A theory of interpretation of the European Convention of Human rights*, Oxford University Press, 2007, p. 124.

²Il riferimento è a *Lautsi e altri v. Italia*, [Grande Camera], no. 30814/06. A commento, si veda L. Carlassarre, “Una prevedibile sentenza nel nome della laicità”, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009 fasc. 12, pt. 2, pp. 554 – 556; S. Mancini, “La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: è corretta solo l’opinione dissenziente”, in *Quaderni costituzionali*, 2011 fasc. 2, pp. 425 – 427.

³P. Tanzarella, “Il margine di apprezzamento”, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione, Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino Prismi, Bologna, 2007, p. 158.

Il margine di apprezzamento, infatti, in ragione della “relativismo morale”⁴ che il suo utilizzo determina, si pone inevitabilmente in contrasto con il carattere universale dei diritti umani garantiti dalla Convenzione ed un uso arbitrario dello stesso rischia di compromettere gli sforzi degli autorità giurisdizionali, internazionali e nazionali, nella definizione di standard di tutela universali⁵.

Opportuno pare, dunque, procedere alla ricostruzione del caso antecedente la sentenza della Grande Camera, per poi analizzare tale pronuncia con l’obiettivo di evidenziarne i profili più critici.

1. La decisione della Grande Chambre: margine di apprezzamento e consensus europeo:

1.1. Il caso: Con la sentenza in commento, la Grande Camera ha stabilito che i divieti posti dalla legge austriaca⁶, in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, non costituiscono una violazione dell’articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, non eccedendo il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati contraenti in materia.

La sentenza della Grande Camera segue la richiesta di riesame *ex novo*, da parte del Governo austriaco, della pronuncia della prima sezione della Corte europea dei diritti dell’uomo del primo aprile 2010⁷.

Tale pronuncia muoveva dal ricorso presentato da due coppie sposate austriache, entrambe affette da problemi di sterilità, che chiedevano di poter usufruire di tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo vietate dalla legge austriaca⁸.

⁴ E. Benvenisti, “Margin of appreciation, consensus, and universal standard”, in 31 *New York University Journal of International Law*, 1999, p. 843.

⁵ *Ibidem*, cit. p. 843.

⁶ Il riferimento è all’ Artificial Protection Act, legge federale n. 293 approvata nel 1992.

⁷ Corte europea dei diritti dell’uomo, *S.H. e altri v. Austria* [I Sez.], no. 57813/00. A commento si veda, M. Pacini, “Procreazione assistita e non discriminazione nella CEDU”, *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, fasc. 1, pp. 39-46; A. Diurni, “La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea”, in *Famiglia, persone, successioni*, 2011, fasc. 6, pp. 409-415; A. Osti, “Il caso S.H. e altri c. Austria in tema di procreazione medicalmente assistita”, in M. Cartabia (a cura di) *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 13-27; F. Cerri, “Corte europea e fecondazione eterologa: mater semper certa est? Nota a Corte europea dei diritti dell’uomo, 1 aprile 2010”, in *Europa e diritto privato*, 2010, fasc. 4, pp. 1219-1230; B. Liberali, “La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, fasc. 11, pt. 2, pp. 556-564; U. Salanitro, “Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: l’intervento della Corte di Strasburgo”, in *Famiglia e diritto*, 2010, fasc. 11, pp. 981-991; L. Violini, “Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile”, in *Quaderni costituzionali*, 2010, fasc. 3, pp. 632-636.

⁸ In particolare, la disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita vigente nello stato austriaco proibisce l’uso dello sperma di un donatore per la fecondazione *in vitro* e il dono di ovuli in generale. Allo stesso tempo, autorizza l’uso di altre tecniche di procreazione, come la fecondazione *in vitro* con ovuli e sperma di persone coniugate o conviventi (la c. d. fecondazione di tipo omologo) e, in circostanze eccezionali, il dono dello sperma per l’inseminazione *in vivo*. Quanto sinteticamente evidenziato relativamente alle tecniche ammesse dalla legge austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita, consente di cogliere la principale differenza intercorrente tra siffatta disciplina e quella attualmente vigente in Italia (l. n. 40/2004) e, vale a dire, l’ammissibilità seppur in circostanze eccezionali della fecondazione di tipo eterologo, viceversa vietata in modo assoluto in Italia a norma dell’art. 4, comma 3, l. n. 40/2004, il cui testo recita: “È

In particolare, la prima sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo aveva rilevato l'applicabilità, al caso di specie sottoposto, del diritto al rispetto della vita privata e familiare (Art. 8), in quanto ad esso riconducibile la scelta di avere o di non avere un bambino⁹, nonché del divieto di discriminazione (Art. 14) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Corte, rilevata l'assenza di un approccio uniforme in materia di procreazione medicalmente assistita da parte degli Stati contraenti, aveva evidenziato come questi ultimi non abbiano alcun obbligo di autorizzare l'accesso a tali tecniche, ma ove lo permettano devono prevedere un quadro giuridico coerente al fine di tenere debitamente in conto tutti i diversi interessi in gioco¹⁰.

Da questo punto di vista, la Corte rilevava come il Governo austriaco non presentasse, con le argomentazioni esposte, una "giustificazione ragionevole ed oggettiva in merito alla disparità di trattamento"¹¹ a danno di quelle coppie che non possono vedere soddisfatto l'interesse di avere un figlio avvalendosi delle tecniche di fecondazione artificiale e concludeva per la violazione del divieto di discriminazione (Art. 14), letto in combinato disposto con il diritto al rispetto della vita privata e familiare (Art. 8).

1.2. La decisione della Grande Camera: La Grande Camera, nel giudizio reso il 3 novembre del 2011, ha superato la precedente pronuncia della prima sezione non ravvisando alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione e sancendo, pertanto, la compatibilità dei divieti stabiliti dalla legge austriaca in materia di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo con i diritti convenzionali.

Nonostante la centralità che il carattere discriminatorio dei divieti di accesso a talune tecniche di donazione di gamete aveva assunto nella pronuncia della prima sezione, la Grande Camera sceglie di muovere la sua analisi dal solo angolo prospettico dell'articolo 8, richiamandosi all'articolo 14 solamente in chiusura per evidenziare l'irrelevanza nel caso di specie¹².

vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo".

⁹Cfr. par. 58, *S.H. e altri v. Austria* [I Sez.], no. 57813/00, "[...] *fall within the personal sphere protected by Article 8 [...] the right to respect for the decisions both to have and not to have a child*". Si veda, a questo proposito, quanto affermato dalla Corte europea nel caso *Dickson*, [Grande Camera], no. 44362/04 laddove l'art. 8 è ritenuto applicabile alla pretesa di diventare genitori avvalendosi di tecniche di procreazione medicalmente assistita in quanto: "*the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents*", cit., § 66.

¹⁰ Cfr. par. 74, *S.H. e altri v. Austria* [I Sez.], no. 57813/00, "[...] *the Court would emphasise that there is no obligation on a State to enact legislation of the kind and to allow artificial procreation. However, once the decision has been taken to allow artificial procreation and notwithstanding the wide margin of appreciation afforded to the Contracting States, the legal framework devised for this purpose must be shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention*".

¹¹Cfr. par. 85, *S.H. e altri v. Austria* [I Sez.], no. 57813/00.

¹² Cfr. par. 120, *S.H. e altri v. Austria* [Grande Camera], no. 57813/00, "In the circumstances of the present case the Court considers that the substance of this *complaint has been sufficiently taken into account in the above examination of the applicants' complaints under Article 8 of the Convention. It follows that there is no cause for a separate examination of the same facts from the standpoint of Article 14 read in conjunction with Article 8 of the Convention*".

La Grande Camera conferma, così argomentando, la giurisprudenza costante secondo la quale l'art. 14 non garantirebbe un diritto indipendente ed autonomo, bensì che il divieto di discriminazione sarebbe strettamente e necessariamente collegato alle libertà sancite nella prima parte della Convenzione¹³. Da ciò ne discende che l'asserita compatibilità della legge austriaca con l'art. 8, priva di sostanza ogni argomentazione a sostegno della violazione dell'articolo 14 della Convenzione.

Prendendo le mosse dall'*iter* argomentativo seguito dalla Grande Camera, indiscussa è l'applicabilità al caso di specie dell'articolo 8, stante la riconducibilità alla nozione di "vita privata e familiare" del diritto della coppia di scegliere di avere un figlio avvalendosi, a tali fini, di tecniche di procreazione medicalmente assistita¹⁴.

La Grande Camera, all'uopo, precisa che l'articolo 8 della Convenzione non presenta un contenuto eminentemente negativo limitandosi, pertanto, a precludere ingerenze da parte delle autorità statali nell'ambito coperto dalla garanzia del diritto in parola, bensì viceversa ammette, allo stesso tempo, l'adozione di "misure tendenti al rispetto della vita privata anche nelle relazioni interpersonali"¹⁵.

Oggetto d'indagine per la Grande Camera diviene allora, in primo luogo, la corretta qualificazione delle proibizioni introdotte dalla legge austriaca, alla luce dell'articolo 8 e sulla base della loro alternativa interpretazione: "*positive obligation[s] or interference[s] with a right*"¹⁶.

La risoluzione della questione procede da un'analisi della compatibilità dei divieti contemplati dalla legge impugnata con quanto dispone l'articolo 8, §2, che ammette l'adozione di interventi positivi da parte dello Stato contraente limitatamente alle ipotesi contemplate dalla disposizione convenzionale¹⁷.

La Grande Camera, pertanto, procede alla verifica della legittimazione di tale potere alla luce dei criteri stabiliti. In primo luogo verifica se la restrizione è prevista per legge, ne

¹³R. Bin, "Art. 14, Divieto di discriminazione" in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, p. 409.

¹⁴ Cfr. par. 82. La pacifica applicabilità dell'art. 8 della Convenzione al caso di specie era già stata, peraltro, affermata nella pronuncia della Prima sezione, *S.H. e altri v. Austria [First section]*, no. 57813/00, par. 60: "*The Court therefore considers that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that end comes within the ambit of Article 8, as such a choice is clearly an expression of private and family life*". Cfr. anche *Dickson v. the United Kingdom [GC]*, no. 44362/04, § 66, e *Evans v. The United Kingdom, [GC]*, no 6339/05, § 71.

¹⁵ Cfr. par. 62, *Stubbings and others v. United Kingdom [Court Chamber]*, no. 22083/93, 22095/93. Cfr. par. 87, *S.H. e altri v. Austria [Grande Camera]*, no. 57813/00, "*The Court reiterates that although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference. In addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private and family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private and family life even in the sphere of the relations of individuals between themselves*".

¹⁶ Cfr. par. 2, *S.H. e altri v. Austria [Grande Camera]*, no. 57813/00.

¹⁷ Art. 8, § 2, "Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui".

valuta la necessità in un sistema democratico e, da ultimo, accerta se questa adempia o meno ad un *pressing social need*¹⁸.

A tale proposito si osservi come l'indeterminatezza di locuzioni quali "interesse generale", "morale", "necessità", legittimano la Corte di Strasburgo ad essere meno rigorosa nel suo giudizio perché indotta a considerare le possibili circostanze legate alla situazione particolare del paese e del caso concreto oggetto della controversia"¹⁹.

Laconica è la motivazione circa il perseguimento di un interesse legittimo, risolta dalla Grande Camera con un generico riferimento alla tutela della salute²⁰, della morale, nonché dei diritti e delle libertà di ciascuno²¹.

Quanto al carattere necessario in una società democratica dei divieti contemplati dalla legge austriaca, la Grande Camera afferma a chiare lettere come non sia di sua spettanza stabilire quale debba essere la regolamentazione più appropriata in materia di fecondazione artificiale²². Come di consueto, quando il ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo è originato da una probabile violazione di diritti in relazione ad un bisogno sociale pressante e quando le è richiesto di decidere su controversie connesse o prossime a considerazioni etico-morali, la Corte procede a verificare l'esistenza o meno di un consenso tra gli Stati contraenti²³ rispetto alla questione oggetto del suo sindacato.

In ragione della ritenuta assenza di un consenso ("*common ground*") tra gli Stati contraenti, la Grande Camera afferma che il margine di apprezzamento deve essere il più ampio²⁴, rimettendosi alla sovranità delle autorità nazionali il compito di bilanciare i contrapposti interessi.

La Grande Camera dà conto dello stato della legislazione attuale, che ha visto sempre più Stati contraenti consentire il ricorso a tecniche di donazione di gameti, ma contestualmente non ritiene tale dato espressione di un *consensus* europeo univoco in materia o, comunque, non ancora sufficiente a consentire di tracciare con precisione il margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati contraenti nella materia considerata²⁵. Tale presa di posizione della Corte di Strasburgo riviene la propria ragion d'essere nella volontà di non "sovrapporre la propria concezione di 'protezione della morale' rispetto a quella del legislatore dei singoli Stati contraenti"²⁶, ponendosi coerentemente in linea con l'impianto giuridico su cui si regge la Convenzione, vale a dire il principio di sussidiarietà²⁷.

¹⁸P. Tanzarella, "Il margine di apprezzamento", in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione, Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino Prismi, Bologna, 2007, p. 161.

¹⁹P. Tanzarella, *ibidem*, cit. pp. 156-157.

²⁰ Con particolare riferimento alla salute, si veda *infra*, par. 2.

²¹ Cfr. par. 90, *S.H. e altri v. Austria [Grande Camera]*, no. 57813/00, "*the protection of health or morals and the protection of the rights and freedom of others*".

²² *Ibidem*, Cfr. par. 92 "*the Court's task is not to substitute itself for the competent national authorities in determining the most appropriate policy for regulating matters of artificial procreation*".

²³ P. Tanzarella, "Il margine di apprezzamento", cit. p. 170.

²⁴Cfr. par. 94.

²⁵ Cfr. par. 96.

²⁶ F. Donati, P. Milazzo, "La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, p. 88.

²⁷ Il principio di sussidiarietà rinvia il proprio fondamento giuridico a norma degli articoli 1, 35, par. 1. e 53 della Convenzione. Per una definizione più approfondita della nozione di sussidiarietà,

Lo stato austriaco, quindi, a giudizio della Grande Camera si troverebbe in una posizione migliore (*"better position"*) rispetto al giudice internazionale quanto alla valutazione delle condizioni che giustificano l'intensità e le modalità delle restrizioni introdotte²⁸.

La particolare attenzione posta dalla Grande Camera alla qualità del diritto, alle considerazioni morali che esso presuppone ed, infine, al contesto sociale se, da un lato, la inducono ad affermare l'inidoneità di tali fattori, se isolatamente considerati, a giustificare un divieto assoluto di donazione di gameti, dall'altro svolgono un ruolo decisivo se unitariamente considerati all'ampio margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato austriaco.

La Grande Camera ritiene giustificata la soluzione fatta propria dal legislatore austriaco, espressione del principio di precauzione²⁹, e conclude escludendo la violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea non avendo lo Stato austriaco, oltrepassato la *"latitudine"*³⁰, ovverosia il margine di apprezzamento, riconosciuta agli Stati nel rispettare la Convenzione.

2.3. Consensus standard e fattore tempo: due elementi cardine nella definizione del margine di apprezzamento. Osservazioni e critiche:

Come accennato, uno degli aspetti principali su cui si gioca la sentenza è appunto la delimitazione del margine di apprezzamento ed il ruolo che il *consensus* svolge a questi fini.

La Grande Camera, nell'applicare la dottrina del margine di apprezzamento, si richiama a due elementi "fattuali": l'assenza di un *consensus* tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa quanto alle soluzioni legislative adottate in materia di procreazione medicalmente assistita e la migliore posizione dell'autorità nazionale rispetto al giudice internazionale.

Per quanto riguarda il primo di questi due elementi, a condizionare la sentenza interviene un terzo fattore, il c.d. fattore tempo³¹, come emerge dalla scelta della Grande Camera di effettuare il proprio sindacato sulla legge austriaca, rifacendosi al tempo della pronuncia

si veda G.P. Carozza, "Subsidiarity as a structural principle of international human rights law", in *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 38-79. In particolare, l'A. evidenzia come: "The idea of subsidiarity extends that same model of fulfillment through relationship and assistance to all levels of social interaction.²³ It envisions that just as the individual realizes his fulfillment in community with others, so do smaller communities realize their purpose in interactions with other groups—a group of families as part of an educational community, for instance, or a group of workers as part of an economy of production and exchange. And, in turn, the "higher"²⁴ groupings exist not just for their own sake but to assist the smaller, more limited associations in realizing their tasks, just as the community of a friendship or family is oriented toward providing the individual with the conditions enabling him to realize freely his own dignity."

²⁸F. Donati, P. Milazzo, "La dottrina del margine di apprezzamento...", cit. p. 88.

²⁹ Cfr. par. 103.

³⁰T. A. O'Donnell, *The margin of appreciation doctrine: standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, p. 475.

³¹ Peplèsità sulle conseguenze negative di una così significativa discrasia temporale tra la pronuncia della Corte costituzionale austriaca e la sentenze della Grande Camera, venivano formulate già a seguito della pronuncia della prima sezione della Corte di Strasburgo da C. Grabenvarter, "Vita privata, fecondazione *in vitro*, 'margine di apprezzamento' tra gli stati membri", in M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 31.

della Corte costituzionale austriaca nel 1999³² e non, invece, alla luce del panorama normativo attualmente esistente.

L'obiezione principale poggia sulla contraddittorietà che connota la sentenza in alcuni suoi passaggi. Innanzitutto, non si comprende la ragione per la quale la Grande Camera dia conto dell'evoluzione della scienza medica in materia, alla quale ha fatto seguito nella stragrande maggioranza degli Stati contraenti una revisione delle rispettive discipline³³, se poi nel corso del giudizio adotta quale unico parametro temporale di riferimento la situazione esistente al tempo della pronuncia della Corte costituzionale austriaca, cioè dieci anni prima del presente giudizio³⁴.

Questo aspetto diviene più evidente quando la Grande Camera ha la cura di specificare che: "*Such changes might therefore have repercussions on the Court's assessment of the facts*"³⁵ quando, viceversa, da essi non ne deriverà conseguenza alcuna; ancora, lettera morta³⁶ rimane l'intenzione da essa dichiarata di tenere in considerazione le evoluzioni conosciute dalla scienza medica nell'ultimo decennio³⁷, senza necessità di sottolineare, o forse sì, quanto dieci anni possano condurre a scoperte addirittura rivoluzionarie nel settore considerato e quanto queste ultime non possano essere ininfluenti nel giudizio.

Insomma, delle due l'una: o la Grande Camera sceglie di rimanere ferma nel confinare il proprio sindacato alla situazione esistente dieci anni addietro ed, allora, irrilevanti divengono tutti i riferimenti alle revisioni legislative apportate dagli altri Stati contraenti in tale arco temporale; oppure, se le scoperte nel campo della scienza medica e la loro corrispondente traduzione legislativa assumono importanza, un qualche riflesso dovrebbe scorgersene nella decisione finale.

Viceversa la Grande Camera così facendo, finisce con il privare il proprio giudizio di una effettiva ed attuale consistenza³⁸.

³² Cfr. par. 84, "*it is not for the Court to consider whether the prohibition of sperm and ova donation at issue would or would not be justified today under the Convention. The issue for the Court to decide is whether these prohibitions were justified at the time they were considered by the Austrian Constitutional Court*".

³³ Cfr. par. 40: "*A comparison between the Council of Europe study of 1998 and a survey conducted by the International Federation of Fertility Societies of 2007 shows that in the field of medically assisted procreation legal provisions are developing quickly. In Denmark, France and Sweden sperm and ovum donation, which was previously prohibited, is now allowed since the entry into force of new legal provisions in 2006, 2004 and 2006 respectively. In Norway sperm donation for in vitro fertilisation has been allowed since 2003, but not ovum donation. Since 2007 medically assisted procreation is also regulated by law in Finland allowing sperm and ova donation*".

³⁴ Corte costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof Österreich*), sentenza del 14 ottobre 1999.

³⁵ Cfr. par. 84.

³⁶ Si veda, a questo proposito, la *dissenting opinion* dei giudici: Tulkens, Hirvela, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria.

³⁷ Cfr., par. 84: "*However, the Court is not prevented from having regard to subsequent developments in making its assessment*".

³⁸ Si veda, a questo proposito, la *dissenting opinion* dei giudici: Tulkens, Hirvela, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria, per i quali: "*we find it artificial for the Court to confine its examination to the situation as it existed when the Constitutional Court gave judgment in 1999 and in the context at the time, thus deliberately depriving a Grand Chamber judgment, delivered at the end of 2011, of any real substance.*"

A questo proposito, si può discutere della scelta di attribuire una così marcata importanza al collegamento istituito tra le scoperte della scienza medica e la loro corrispondente traduzione legislativa, quando l'intera sentenza sembra guardare alla materia della fecondazione artificiale come una questione esclusivamente di carattere "morale". Questa scelta³⁹ manca di considerare quanto tali tecniche costituiscano la risposta ad una patologia ed offrano tutela ad un diritto, quello alla salute⁴⁰, mai messo in rilievo sotto tale profilo da parte dei giudici della Grande Camera⁴¹.

Tale impostazione diviene ancora più problematica alla luce di una sentenza che, come già ribadito, fa del *consensus standard*⁴² il perno su cui poggia l'ampia discrezionalità riconosciuta allo Stato austriaco.

La Grande Camera, a questo proposito, dà conto delle riforme apportate da numerosi Stati contraenti che hanno ammesso le tecniche di ovodonazione⁴³, ma afferma come non sussista ancora una comunanza complessiva di vedute rispetto al fenomeno e che è in corso una "fase di transizione"⁴⁴, non ancora tale da assicurare l'emersione di principi univoci e stabili che operino quali criteri guida per il suo sindacato.

Due i punti critici a questo riguardo. In primo luogo, è criticabile che la Grande Camera, richiamandosi ad uno studio comparativo risalente al 1998, affermi l'insussistenza di un *consensus* quando solamente 8 Stati membri del Consiglio d'Europa su 39 proibivano il ricorso a tecniche di ovodonazione (5 la donazione di gamete maschile), rendendo del tutto irrilevante che ad oggi questo numero si sia ridotto a 4 Stati contro i 47 attualmente membri del Consiglio d'Europa.

Peraltro, può non essere pienamente condivisibile un'argomentazione che subordini la ricerca di un benessere comune nei riguardi di principi morali, "legati alle condizioni

³⁹ Cfr. p. 83. Non a caso, la Grande Camera richiama, tra le questioni sollevate dal fenomeno della fecondazione artificiale, limitatamente quelle incidenti sul rapporto di filiazione riportando all'attenzione la problematica afferente l'anonimato del donatore, che non ha ancora ricevuto una soluzione univoca da parte delle legislazioni degli Stati membri. Per una panoramica delle soluzioni normative in materia di procreazione medicalmente assistita si veda, C. Casonato, T. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁴⁰ Sul rapporto esistente tra tecniche di fecondazione artificiale e diritto alla salute dei componenti la coppia, vedi *infra*, par. 2.

⁴¹ L'unico rilievo che la salute pare acquisire è quello di giustificare l'ingerenza dello Stato austriaco in materia, come si coglie dal richiamo al secondo paragrafo dell'articolo 8 della Convenzione.

⁴² Critiche al metodo della comparazione impiegato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sono state formulate da P.G. Carozza in "Uses and misuses of comparative law in international human rights: Some reflections on the jurisprudence of the European Court of human rights", in *Notre Dam Law Review*, vol. 73, 1998, pp. 1217-1237. L'A. osserva che: "il processo della comparazione non è un 'metodo' che in concreto arricchisce di significato la Convenzione, anzi è usato per legittimare l'uso della discrezionalità da parte della Corte: se vi è un sufficiente grado di comunanza tra le leggi (di alcuni) degli Stati membri la Corte potrebbe accettare l'evoluzione delle norme della Convenzione adattandole alla nuova situazione; la mancanza, invece, di un sufficiente grado di valori condivisi supporta la Corte per rifiutare il riconoscimento della nuova richiesta. La valutazione, quindi, dell'uso della comparazione dipende molto più dal 'perché' piuttosto che dal 'come' la Corte europea usa il diritto comparato nelle sue decisioni".

⁴³ Si veda, sul punto, par. 95 e 96.

⁴⁴ Nella giurisprudenza della Corte Edu, si veda sul punto il caso *Rees v. United Kingdom*, sent. 17 ottobre 1986, in *Racc.*, ser. A, n. 106.

storiche, agli usi e costumi dei diversi popoli [...] secondo logiche numeriche per determinare la maggioranza 'etica'⁴⁵.

In secondo luogo, come rilevano nell'opinione dissenziente i giudici Tulkens, Hirvela, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria, anche qualora si accettasse di aver riguardo nel giudizio unicamente alla situazione esistente nel 1999, la sussistenza o meno di un *consensus standard* avrebbe reso necessaria una più attenta indagine volta a determinare l'effettivo margine di apprezzamento da riconoscere allo Stato austriaco⁴⁶.

Sotto altro profilo occorre precisare che a venir in rilievo, quanto alla delimitazione del margine di apprezzamento, non lo è la sola esistenza o inesistenza di un *consensus standard*, ma altresì la qualità e l'importanza del diritto⁴⁷ in gioco, con la conseguenza che a fronte di un contrasto tra i due, spetterà alla Corte procedere ad un bilanciamento tra queste due tecniche.

Nel caso in commento, è di tutta evidenza come tale contrasto si sia risolto attribuendo un valore preminente alla ritenuta inesistenza di un sentire comune, ma allo stesso tempo è importante sottolineare come tale *modus operandi* non si sia sempre affermato nei medesimi termini nella giurisprudenza della Corte Europea, avendo la stessa talvolta valorizzato l'importanza del diritto tutelato, anche a discapito della sussistenza di un *consensus standard*⁴⁸, come testimonia il noto caso *Dudgeon v. Regno Unito*⁴⁹.

Nella sentenza *S.H. e altri v. Austria*, la Grande Camera non ravvisa una violazione dell'articolo 8 in quanto non ritiene che le proibizioni della legge austriaca siano tali da ledere il c.d. "core"⁵⁰ del diritto, cioè la sua sfera più intima.

Rifacendosi ad un orientamento giurisprudenziale inaugurato con la sentenza *K. e T. c. Finlandia*⁵¹, la Grande Camera opera una selezione all'interno della fattispecie tutelata dall'art. 8 Cedu "tra varie situazioni suscettibili di restrizioni diverse, a fronte delle quali lo Stato si trova ad avere un margine di apprezzamento diverso, a seconda del tipo di fine che si persegue e [...] e del diritto che si intende limitare"⁵².

La Grande Camera, infatti, dà conto delle complesse problematiche sollevate dal fenomeno della procreazione medicalmente assistita, rilevando come queste investano profili: "of a social and ethical nature on which there was not yet a consensus in the

⁴⁵ P. Tanzarella, "Il margine di apprezzamento", cit. p. 171.

⁴⁶ Sul punto, si veda I. de la Rasilla del Moral, "The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin- of-Appreciation Doctrine", in *German Law Journal*, vol. 6, 2007, p. 617.

⁴⁷ F. Donati, P. Milazzo, "La dottrina del margine di apprezzamento...", cit. p. 95.

⁴⁸ Ci si riferisce al caso *Dudgeon v. United Kingdom*, [Court, Plenary], no. 7525/76, con particolare riferimento al par. 52, laddove la Corte afferma: "not only the nature of the aim of the restriction but also the nature of the activities involved will affect the scope of the margin of appreciation. The present case concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2)". In questo caso, nonostante il divieto in discussione sussistesse anche in altri Stati, la Corte europea concluse, viceversa, attestando la formazione di un *consensus standard* a livello europeo e, dunque, la violazione dell'art. 8 CEDU.

⁴⁹ *Dudgeon v. United Kingdom*, no. 7525/76, [Court, Plenary].

⁵⁰ E. Brems, *The margin of appreciation doctrine in the European Convention of human rights, accomodating diversity within Europe*, in E. Brems (a cura di), Den Haag, Martinus Nijhoff, 2003, p. 87.

⁵¹ *K.e T. c. Finland*, sentenza del 12 luglio 2001.

⁵² F. Donati, P. Milazzo, "La dottrina del margine di apprezzamento...", cit. p. 97.

*society and which had to take into account human dignity, the well-being of children thus conceived*⁵³.

L'interesse del minore, la tutela della dignità umana, ma soprattutto, l'inesistenza di una "morale pubblica" universale costituiscono gli elementi che consentono alla Grande Camera di trarre la conseguenza che, in tale vicenda, lo Stato austriaco debba godere di un margine di discrezionalità particolarmente ampio e, pertanto, legittime divengono le restrizioni introdotte.

Questo ragionamento evidenzia l'incidenza che l'etica e la morale svolgono ai fini dell'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento e allo stesso tempo giustifica, qui richiamandosi il secondo dei due elementi "fattuali" citati in apertura, la c.d. *deference* all'autorità nazionale proprio in ragione dell'assenza di una concezione universale di "morale" tra gli Stati contraenti. Il margine di apprezzamento suppone, infatti, che le autorità nazionali siano in una posizione migliore rispetto alla Corte per applicare la Convenzione coerentemente rispetto al contesto interno.

La ragione, poi, sottesa alla delimitazione in termini ampi del margine di apprezzamento statale poggia su due nozioni: la sussidiarietà, ossia l'idea che la Corte europea sia una corte internazionale il cui compito è quello di offrire tutela ai diritti convenzionali secondo una logica di tipo sussidiario⁵⁴ e la democrazia con la conseguenza che "*significantly defers to the wishes of each society to maintain its unique values and address its particular needs*"⁵⁵.

Questa logica tuttavia può essere "pericolosa, perché, rispetto ad una Corte esterna, le 'autorità nazionali' sono più sensibili alla cultura maggioritaria, mentre i diritti sono fondamentalmente contro-maggioritari, dato che le maggioranze dispongono già dello strumento legislativo per soddisfare i propri bisogni e desideri"⁵⁶.

Nella sentenza in commento, la Grande Camera ha, altresì, la cura di specificare⁵⁷ che la rimessione di ogni valutazione alle autorità nazionali non debba limitarsi alla sola interpretazione del concetto di "morale", ma debba estendersi all'elaborazione di meccanismi di tutela di tali esigenze⁵⁸.

L'idea sottesa è quella per la quale: "*it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements*"⁵⁹.

Quello che appare criticabile nel ragionamento della Grande Camera è, però, il peso che acquisiscono le preferenze morali della maggioranza e come ciò si risolve in una riduzione

⁵³ Cfr., par. 113.

⁵⁴ G. Letsas, cit. p. 91.

⁵⁵ E. Benvenisti, cit., p. 846.

⁵⁶ S. Mancini, "Lautsi II: la rivincita della tolleranza preferenzialista", in *Forum di quaderni costituzionali*.

⁵⁷ Cfr. par. 95.

⁵⁸ F. Donati, P. Milazzo, "La dottrina del margine di apprezzamento..", cit., p. 116.

⁵⁹ Caso *Handyside v. The United Kingdom*, [Court, Plenary], no. 5493/72, p. 52.

della garanzia dei diritti delle minoranze⁶⁰, sacrificati in favore dell'esistenza di una presunta concezione maggioritaria di morale.

Procedendo oltre, laddove si muova dall'assunto che l'imposizione delle preferenze morali della maggioranza viola i diritti umani garantiti dalla Convenzione, nulla osterebbe ad auspicare che la protezione della "pubblica morale", a cui si richiama la Convenzione⁶¹ quale clausola d'interferenza ammessa nell'esercizio di un diritto convenzionale, si costruisse in modo da garantire il rispetto anche: "*for the moral of others [e che, pertanto,] proper judicial attention to these rights should always render moral majoritarianism or legal moralism suspect in civil and human rights analyses*"⁶².

Nella sentenza in commento, la Grande Camera si limita a riconoscere allo Stato austriaco un margine di apprezzamento ampio, essendo la misura contestata finalizzata alla protezione della morale; così facendo ed astenendosi da un esame nel merito della proporzionalità della misura, sceglie di circoscrivere il proprio giudizio all'analisi dei fattori rilevanti nella determinazione dell'ampiezza del margine di apprezzamento esprimendo successivamente, e in modo tendenzialmente apodittico⁶³, se i limiti così fissati siano o meno stati oltrepassati nel caso concreto⁶⁴.

All'uopo, è di fondamentale importanza osservare che nel rimettere ogni valutazione alla discrezionalità dello Stato austriaco se, da un lato, la Grande Camera valorizza la centralità dei Parlamenti nazionali quanto alla tutela di diritti fondamentali così controversi, dall'altro rischia di confinare il suo giudizio ad un mero accertamento del superamento o meno del margine di apprezzamento, così abdicando all'esercizio della sua funzione di "supervisione"⁶⁵.

E, peraltro, è proprio quest'ultimo dato ad essere avvalorato da quanti in dottrina⁶⁶ ritengono che il margine altro non sia se non uno strumento di *self restraint* apprestato dalla Corte europea al fine di evitare di adottare decisioni che "hanno per lo più connotazioni politiche e che minerebbero la sovranità degli Stati membri in special modo per quelle disposizioni [ne costituisce un esempio nel caso qui in commento l'art. 8] che prevedono deroghe o limiti all'esercizio dei diritti previsti nella Convenzione"⁶⁷.

⁶⁰G. Letsas, cit. p. 121.

⁶¹ Il riferimento è alle c.d. accommodation clauses contenute negli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁶² Nowlin C., *The protection of Morals Under the European Convention*.

⁶³ L. Tomasi, C. Pitea, *Art. 8- Diritto alla vita privata e familiare*, in S. Bartole, P. Da Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario Breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Breviaria iuris, Padova, Cedam, 2011, in corso di pubblicazione.

⁶⁴ Cfr. par. 106.

⁶⁵F. Donati, P. Milazzo, "La dottrina del margine di apprezzamento...", cit., p. 77, secondo gli Autori il ricorso all'utilizzo della dottrina del margine di apprezzamento dovrebbe, pertanto, limitare solo apparentemente il ruolo della Corte di Strasburgo, concretandosi nella "supervisione" sulle misure adottate dagli Stati contraenti. Nello stesso senso, V. Zagrebelsky, "Fecondazione un diritto poco europeo", in *www.associazionelucacoscioni.it*.

⁶⁶ Per approfondimenti sul tema si vedano, R. Sapienza, "Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, pp. 571-614, G. Letsas, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, pp. 705-732.

⁶⁷ P. Tanzarella, "Il margine di apprezzamento", cit. p. 151.

Su questa stessa linea si colloca la tesi sostenuta dai giudici nell'opinione dissenziente⁶⁸, che va oltre evidenziando come l'utilizzo combinato del *consensus* e di un margine di apprezzamento ricostruito in termini particolarmente ampi ("wide"), rende il sindacato della Grande Camera non solo debole, ma anche dagli effetti incerti⁶⁹.

L'incertezza sull'effettiva portata delle garanzie convenzionali secondo l'interpretazione datane nella sentenza, emerge infine in tutta la sua evidenza nei paragrafi conclusivi della pronuncia.

La Grande Camera, da un lato, sembra rivolgere un monito all'Austria affinché proceda ad una revisione della propria disciplina in materia di fecondazione artificiale⁷⁰ e, dall'altro, apre uno spiraglio a future decisioni di segno opposto nella materia considerata⁷¹.

E' interessante osservare come nella sentenza la Grande Camera valorizzi l'identità del singolo Stato oggetto del giudizio negando la sussistenza della violazione, ma allo stesso tempo non escluda un prossimo *revirement* della sua posizione.

La Grande Camera si preoccupa, dunque, di allertare gli Stati contraenti in merito all'evoluzione che sta interessando la materia della fecondazione artificiale e gli concede del tempo per revisionare le rispettive discipline.

Nel ragionamento della Grande Camera sembra essere necessario attendere che esista un *consensus standard*, affinché si possa affermare che vi sia violazione di un diritto convenzionale⁷².

Assai difficile pare tuttavia ipotizzare che, a fronte di una pronuncia che vede la Grande Camera assolvere lo Stato austriaco per non aver violato la Convenzione, gli Stati membri possano trarne qualche indicazione utile in merito alle modifiche legislative da apportare in una direzione più permissiva quanto alle tecniche di fecondazione artificiale consentite, senza contare quanto, nella garanzia di tali diritti, una simile impostazione si riveli fortemente lesiva dei principi di eguaglianza e di certezza del diritto⁷³.

La costruzione del consenso sulla base delle preferenze morali della maggioranza, nel giocare un ruolo determinante nella delimitazione del margine di apprezzamento, "*violates the moral values of human rights. [and, moreover, it] cannot constitute a legitimate aim for interfering with a Convention right*"⁷⁴.

⁶⁸ Si veda l'opinione dissenziente dei giudici: Tulkens, Hirvela, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria, "*Together with the European consensus, the margin of appreciation is thus the other pillar of the Grand Chamber's reasoning. This is sometimes described as wide or broad (see paragraph 97 of the judgment), and is sometimes referred to without any qualifying adjective (see paragraphs 106 and 115 of the judgment), thereby indicating a certain amount of hesitation as to the correct weight to be given to that concept and to the seriousness of the limitation in question*"

⁶⁹ *Ibidem*, par. 11: "*Ultimately, through the combined effect of the European consensus and the margin of appreciation, the Court has chosen a minimum [...] approach that is hardly likely to enlighten the national courts*".

⁷⁰ Cfr., par. 117, "*Nevertheless the Court observes that the Austrian parliament has not, until now, undertaken a thorough assessment of the rules governing artificial procreation, taking into account the dynamic developments in science and society noted above. [...] This, however, did not mean that these criteria would not be subject to developments which the legislature would have to take into account in the future*".

⁷¹ Cfr. parr. 117-118.

⁷² G. Letsas, cit. p. 123.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ G. Letsas, cit., p. 122.

Questa, forse, la critica più forte ad una sentenza che ad un problema di pochi risponde che si deve attendere che il problema diventi dei più (*rectius*: che rientri nel “sentire comune” dei più), dimenticandosi come una delle giustificazioni più importanti alla base della costruzione di un sistema internazionale di tutela dei diritti umani si fonda proprio sulle opportunità che esso offre per la promozione e la garanzia dei diritti delle minoranze⁷⁵.

2. La fecondazione medicalmente assistita: questione etico-morale o diniego di un diritto ad una prestazione sanitaria

La salute del bambino (“*well-being of the child*”) nato da tecniche di donazione di gamete, costituisce uno degli interessi meritevoli di tutela, oggetto di bilanciamento con gli altri ad esso contrapposti e tale da giustificare, sulla base dell’art. 8, §2 della Convenzione, un’ingerenza dello Stato contraente nell’esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Qualche riflessione si rende necessaria, a questo proposito, qualora si ponga l’attenzione sull’assenza di qualsiasi riferimento al tema della salute dei componenti la coppia, che intendano sottoporsi a tecniche di fecondazione medicalmente assistita.

Qualche rilievo critico sorge, infatti, a fronte della laconicità della sentenza su questo punto.

La salute, com’è noto, è definita nel preambolo della Costituzione dell’Organizzazione Mondiale della Sanità del 1948 come “uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non soltanto assenza di malattia”, con la conseguenza che il disagio psico-fisico generato dall’impossibilità di procreare ben può essere visto come una malattia.

Sterilità ed infertilità costituiscono, infatti, due patologie rispetto alle quali le tecniche di fecondazione artificiale rappresentano i trattamenti terapeutici che lo stato delle conoscenze in campo medico attualmente appresta per ovviarvi.

Inoltre, non si dimentichi come il ricorso alle tecniche di procreazione assistita rappresenti talvolta l’unica alternativa al c.d. aborto terapeutico in tutte le ipotesi in cui sia diagnosticabile, prima del concepimento, il rischio di trasmissione al nascituro di patologie serie o mortali⁷⁶.

Non a caso, se si guarda all’esperienza del nostro ordinamento costituzionale, tra i parametri invocati da due delle tre ordinanze di rimessione⁷⁷ della questione di legittimità

⁷⁵ E. Benvenuti, cit., p. 850.

⁷⁶ C. Campiglio, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2003, p. 46.

⁷⁷ S’intende fare riferimento, nell’ordine, a: Tribunale di Firenze, ordinanza di rimessione del 13 settembre 2010, pubblicata in *Guida al diritto*, 2010, fascicolo 42, p. 64 e ss. A commento, G. M. Salerno, “I principi enucleati dai giudici di Strasburgo non sembrano adattabili al ‘caso’ italiano”, in *Guida al diritto*, 2010, fascicolo 42, p. 73; G. Casaburi, “Legge 40: ultimo atto? Il divieto di p.m.a. alla Consulta. Nota a Tribunale Firenze, 13 settembre 2010”, in *Il Corriere di merito*, 2011, fasc. 1, pp. 36-41. Tribunale di Catania, ordinanza di rimessione del 26 ottobre 2010, *Guida al diritto*, 2010, fascicolo 44, p. 65 e ss con nota di G. M. Salerno, “Fecondazione eterologa: dubbi di legittimità sulle sanzioni alle strutture che la praticano”, in *Guida al diritto*, 2010, fascicolo 44, p. 65 e ss.; Tribunale di Milano, ordinanza di rimessione del 2 febbraio 2011, in *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, FrancoAngeli, Milano, 2012, p. 214 e ss.

costituzionale alla nostra Corte costituzionale⁷⁸ dell'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004, il diritto alla salute si colloca in una posizione d'indiscussa centralità⁷⁹, ravvisando nel divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo previsto dalla legge italiana⁸⁰, una violazione dell'integrità psichica e fisica dei componenti la coppia⁸¹.

Si riscontra, pertanto, che nel ragionamento della Grande camera la salute venga in rilievo solamente quale argomento a sostegno della legittimità dei divieti introdotti dalla legge austriaca e con esclusivo riferimento ai rischi cui incorrerebbe principalmente il bambino nato da tecniche di donazione di gamete⁸².

⁷⁸ Corte costituzionale, peraltro, già intervenuta sul testo della legge n. 40 del 2004, con la sentenza n. 151 del 2009 (Corte Cost., sent. 151/2009, *Giur. cost.*, 2009, 1656 e ss.), in occasione della quale il Giudice costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale dell'articolo 14, comma 2 ("Misure di tutela dell'embrione"), limitatamente alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto" e del comma 3, nella parte in cui il testo precedentemente vigente non prevedeva che il trasferimento degli embrioni dovesse essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna. Per un commento alla pronuncia si veda, M. D'Amico, in "La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche. Il punto di vista dei giuristi", in M. D'Amico, I. Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, FrancoAngeli, Milano, 2010, p. 216 e ss.; L. Trucco, "Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere", in *Giur. it.*, 2010, p. 287 e ss.; D. Chinni, "La procreazione medicalmente assistita tra 'detto' e 'non detto'. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge 40/2004", in *Giur. it.*, 2009, p. 292 e ss.; M. Manetti, "Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata", in *Giur. cost.*, 2009, p. 1688 e ss.; G. Casaburi, nota a margine della sentenza della Corte costituzionale, n. 151/2009, in *Il Foro italiano*, 2009, p. 2302 e ss.; C. Tripodina, "La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la 'Costituzione che non vale più la pena difendere'?", in *Giur. cost.*, 2009, p. 1700 e ss.; G. Ferrando, "Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale", in *Studi e Opinioni*, 2009, p. 527 e ss.; G. Vaccari, "La sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale: sulla ragionevolezza scientifica di un intervento legislativo in materia di procreazione medicalmente assistita", in *Studium iuris*, 2009, p. 1183 e ss.; R. Villani, "Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della l. n. 40/2004", in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 495. Per un'analisi esaustiva delle questioni sollevate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009, si veda anche M. D'Amico, I. Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2010.

⁷⁹ Così si esprime il Tribunale milanese nell'ordinanza di rimessione alla nostra Corte costituzionale: "Non pare a oggi contestato che le tecniche di PMA debbano essere qualificate come rimedi terapeutici sia in relazione ai beni che ne risultano implicati, sia perché consistono in un trattamento da eseguirsi sotto diretto controllo medico", in edizione. Per un commento all'ordinanza si veda, C. Nardocci, "La non manifesta infondatezza del divieto di fecondazione eterologa: anche il Tribunale di Milano solleva la questione", in M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, FrancoAngeli, Milano, 2012, pp. 64 e ss. Per un'analisi dei profili di dubbia legittimità costituzionale del divieto di 'fecondazione eterologa di cui all'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004, si veda M. D'Amico, "Sull'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa' tra principi costituzionali ed europei", in M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, FrancoAngeli, Milano, 2012, in M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, FrancoAngeli, Milano, 2012, pp. 18 e ss.; M. Manetti, "Profili di incostituzionalità della legge sulla procreazione medicalmente assistita", in *Pol. dir.*, 2004, pp. 454 e ss.; C. Tripodina, "Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante 'Norma in materia di procreazione medicalmente assistita'", in *Diritto pubblico*, 2004, pp. 538 e ss.

⁸⁰ Per un approfondimento relativo alle previsioni di cui alla legge italiana in materia di procreazione medicalmente assistita (l. n. 40/2004), si veda R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge*

Interesse, quest'ultimo, destinato comunque a perdere d'importanza una volta oltrepassato il confine nazionale⁸³ e che la Grande Camera interpreta quale segnale della particolare prudenza che caratterizzerebbe la disciplina austriaca, ma che pare invece concretarsi in una soluzione che non tutela la salute delle coppie⁸⁴.

Non acquisisce mai specifica attenzione, infatti, la salute di uno o di entrambi i componenti della coppia che intendano sottoporsi a tecniche di procreazione medicalmente assistita.

La salute diviene, pertanto, oggetto di una considerazione "a senso unico" da parte della Grande camera. Rilevante per giustificare, ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 8 CEDU, i divieti contenuti nella legge austriaca a tutela della salute del bambino⁸⁵, non invece

19 febbraio 2004, n. 40, Giappichelli, Torino, 2004; N. Zanon, A. Celotto (a cura di) *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, FrancoAngeli, Milano, 2004; F. Santuosso *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004; C. Casini, M. Casini, M. Di Pietro, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, Giappichelli, 2004; C. Casonato, E. Camassa (a cura di) *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Università degli Studi di Trento, 2005; M. Dogliotti, A. Figone, *Procreazione assistita, fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Biblioteca del diritto di famiglia, Ipsoa, 2004; M. D'Amico, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2008; M. D'Amico, I. Alesso, M. Clara, *La cicogna e il codice*, FrancoAngeli, Milano, 2010.

⁸¹ Sotto questo profilo, il divieto di fecondazione eterologa si traduce in una lesione che si produce ogni qual volta il legislatore pretenda di vietare il ricorso a una determinata terapia, che in base alle evidenze scientifiche e sperimentali, può curare efficacemente una malattia e che anzi nel caso di specie si configura come l'unica cura possibile. Nel senso del contrasto tra il divieto di PMA eterologa (art. 4, comma 3, l. n. 40/2004) e il diritto alla salute (art. 32 Cost.), si veda M. Manetti, "Profili di incostituzionalità della legge sulla procreazione medicalmente assistita", in *Pol. dir.*, 2004, cit., p. 458; C. Tripodina, "Studio sui possibili profili d'illegittimità costituzionale della legge 40/2004", *Dir. pubbl.*, 2004, 542, che viceversa nega l'irragionevolezza del divieto in relazione alla violazione dell'art. 32 della Costituzione.

⁸² A questo proposito pare interessante richiamare quanto rilevano nell'opinione dissenziente (cfr. par.13) i giudici Tulkens, Hirvela, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria, in relazione all'assenza di divieti per le coppie austriache che lo desiderino, di sottoporsi a tecniche di procreazione medicalmente assistita all'estero e che, allo stesso tempo, consente di evidenziare che: "*if the concern for the child's best interests – allegedly endangered by recourse to prohibited means of reproduction – disappear as a result of crossing the border, the same is true of the concerns relating to the mother's health referred to several times by the respondent Government to justify the prohibition*".

⁸³ Cfr. par. 114.

⁸⁴ Se si guarda all'esperienza dell'ordinamento italiano, vigente il divieto assoluto di donazione di gameti, è cresciuto in modo esponenziale il numero di coppie costrette a recarsi all'estero per effettuare trattamenti di procreazione assistita. Viene, dunque, a profilarsi una sorta di "doppia discriminazione": in Italia, tra coloro che possono o meno permettersi di sopportare i costi economici necessari per accedere a trattamenti di PMA di tipo eterologo all'estero, e nell'ambito di quest'ultima categoria di soggetti, tra coloro che dispongono di risorse economiche tali da poter operare una scelta tra i Centri d'eccellenza cui rivolgersi e coloro che, al contrario, finiscono con l'essere costretti a rivolgersi a Centri in cui non sempre vengono attuati seri controlli, con rischi ulteriori per la salute della donna che si sottoponga a tali trattamenti.

⁸⁵ Peraltro, che la salute del bambino assuma un rilievo centrale nel bilanciamento degli interessi in gioco non è certamente una novità. Se si guarda all'esperienza dell'ordinamento italiano ed al dibattito che ha preceduto e accompagnato l'approvazione della l. n. 40 del 2004, uno dei principali argomenti a sostegno dell'introduzione di un divieto a tecniche di procreazione medicalmente assistita riguardava proprio i supposti danni nei confronti dello sviluppo psicologico del minore. Critico su questo punto S. Canestrari, "Legge 40: procreazione e punizione", E. Camassa, C. Casonato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Università degli Studi di Trento, 2005, p. 78. L'A. non manca, infatti, di evidenziare il proprio dissenso nei riguardi della

quanto alla salute di coloro che, al contrario, richiedono che sia tutelata la propria salute beneficiando del progresso scientifico.

Una precisazione è doverosa. Non può, infatti, non richiamarsi un dato estremamente rilevante e centrale, quando a venire in rilievo siano valutazioni afferenti la salute dei soggetti coinvolti: i componenti la coppia, il donatore, il nato da tecniche di donazione di gamete.

Nella sentenza la parola “salute”, come osservato, è utilizzata con pressochè esclusivo riferimento al bambino nato da tecniche di donazione di gamete per rimarcare, quasi come fosse oramai assodato nonché suffragato da dati scientifici certi ed univoci, che queste ultime sono suscettibili di ledere lo sviluppo psico-fisico del bambino.

Non possono allora che sorgere due interrogativi: in primo luogo, quali siano i rischi al cui incorrere sottostà la salute del bambino nato dalle tecniche considerate e a cui la Grande camera si richiama in modo apodittico e senza specificazione alcuna; in secondo luogo, quali siano i dati scientifici sui quali poggiano siffatte perentorie affermazioni.

Tanto sul primo quanto sul secondo aspetto evidenziato, è evidente la laconicità della sentenza unitamente all’assenza di documenti scientifici allegati dal governo austriaco comprovanti la tesi sostenuta ed avallata dalla Grande camera.

Contrariamente a quanto affermato dalla Grande Camera e stando ai dati sinora in possesso, l’unica ricerca accreditata dall’Organizzazione Mondiale della Sanità, effettuata su un campione di 25.000 bambini nati da fecondazione eterologa, ha dimostrato che questi non avevano patito alcun disturbo quanto al loro sviluppo psico-fisico. Non si comprendono, allora, le ragioni che hanno portato la Grande camera ad adottare una posizione così assolutista su questo punto.

Critiche in proposito sono contenute nell’opinione dissenziente, che riporta un passo del convegno organizzato dall’Organizzazione Mondiale della Sanità nel 2001 in cui si dava conto che: “[i]t is commonly accepted that infertility affects more than 80 million people worldwide. In general, one in ten couples experiences primary or secondary infertility [and] it is a central issue in the lives of the individuals who suffer from it. It is a source of social and psychological suffering for both men and women and can place great pressures on the relationship within the couple”⁸⁶ e, nello stesso senso, si esprimeva nel 2000 il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali quando precisava che il riferimento alle “migliori condizioni di salute fisica e mentale” di cui all’ art. 12.1 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali (1996) doveva intendersi come comprensivo anche della libertà sessuale e riproduttiva.

Ne discende dunque non solamente la correttezza della qualificazione di sterilità ed infertilità quali patologie, ma più fondamentalmente che la vera questione portata all’attenzione della Grande Camera è la negazione di una prestazione sanitaria e non, al

scelta del legislatore italiano, portando a sostegno di tale critica la constatazione dell’assenza di conferme da parte delle scienze psicopedagogiche circa le conseguenze lesive per lo sviluppo fisico ed affettivo del nascituro che deriverebbero dalla frattura tra sfera biologica e sfera sociale. A contrario si veda, C. Casini, M. Casini, M. L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 74, in cui si sostiene, viceversa, che il “meglio” per il nuovo essere chiamato ad esistenza sia avere un padre ed una madre che siano tali nel senso più totale: genetico, affettivo, legale.

⁸⁶E. VAYENA et al. (eds.), *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Ginevra, Organizzazione Mondiale della Sanità, 2002, p. XIII.

contrario, una mera scelta tra tecniche di fecondazione artificiale più o meno largamente consentite⁸⁷.

Sarebbe allora stato ragionevole attendersi che nel ragionamento della Grande Camera la salute, quale interesse meritevole di tutela e da bilanciare con gli altri ad essa contrapposti, avrebbe dovuto essere anche quella dei componenti la coppia e non in modo univoco quella del nato da tali tecniche.

3. Conclusioni. Quale spazio per la decisione della Corte costituzionale italiana alla luce della sentenza della Grande chambre

La decisione della Grande Camera si presta da ultimo ad alcune sintetiche riflessioni a fronte dell'attesa che circondava la pronuncia *de qua*, in ragione dei suoi risvolti sull'ordinamento costituzionale italiano.

L'incidenza di tale pronuncia sulla vicenda italiana, che attualmente vede tre ordinanze di rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004 pendenti dinanzi alla Corte costituzionale, può farsi discendere da tre argomenti.

Il primo risiede nell'asserito contrasto con i diritti convenzionali (artt. 8 e 14) avvalorato nelle tre ordinanze di rimessione, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost⁸⁸; il secondo nel vincolo interpretativo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo gravante sulla Corte

⁸⁷Si veda sul punto l'opinione dissenziente alla sentenza, cfr. par. 9, in cui si afferma quanto segue: *"Ultimately, what is at stake here is not a question of choice between different techniques but, more fundamentally, a restriction on access to heterologous in vitro fertilisation constituting denial of access to available treatment"*.

⁸⁸ Art. 117, comma 1, Cost., in forza del quale si stabilisce che: "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Il nuovo testo dell'art. 117, comma 1, Cost. opera così un rinvio alle disposizioni contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, facendo dell'articolo in parola una possibile norma parametro di un giudizio di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale. Sul punto, fondamentale importanza hanno assunto le sentenze c.d. "gemelle" del 2007, nn. 348 e 349, in occasione delle quali il giudice costituzionale è venuto incontro alle esigenze di chiarimento in tema di raccordo del sistema nazionale con il sistema convenzionale dettando all'uopo linee interpretative dell'art. 117, comma 1, Cost. In particolare, significativa è la descrizione delle modalità con cui dev'essere condotto lo scrutinio di legittimità costituzionale così come enunciato al punto 5 del Considerato in Diritto della sentenza n. 348 del 2007, laddove la Corte precisa come quest'ultimo: "deve essere condotto in modo da verificare: a) se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost.; b) se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano", (Corte cost., sent. n. 348 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3511). A commento si veda, A. Ruggeri, "La CEDU alla ricerca di una nuova identità (sentt. Nn. 348/2007 e 349/2007)", reperibile sul sito www.forumcostituzionale.it; A. Moscarini, "Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio europeo", in *Giur. cost.*, 2007, p. 3525 e ss.; C. Pinelli, "Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti", in *Giur. cost.*, 2007, p. 3518 e ss.; D. Tega, "Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte 'sub-costituzionale' del diritto", in *Quaderni costituzionali*, 2008, fasc. 1, p. 133 e ss.; F. Donati, "La CEDU nel sistema delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007", in *I diritti dell'uomo*, 2007, fasc. 3, p. 14 e ss.; N. Pignatelli, "Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della 'interposizione' (e del giudizio costituzionale)", in *Quaderni costituzionali*, 2008, fasc. 1, p. 140 e ss.

costituzionale; il terzo, infine, nella scelta del Governo italiano di costituirsi parte nel giudizio, con ciò che ne consegue in punto di forza vincolante ed esecuzione delle sentenze dei giudizi di cui si è parti (art. 46 CEDU).

L' "assoluzione" dell'Austria, pertanto, sembrerebbe negare immediatamente sostegno alla tesi del contrasto tra il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo previsto dalla legge italiana e gli artt. 8 e 14 CEDU.

Alla medesima conclusione si giunge considerando che la Corte costituzionale ha più volte ribadito che "è precluso sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese, senza apporre riserve"⁸⁹.

Tuttavia occorre rilevare che l'idoneità della decisione della Grande Camera a produrre effetti nel nostro ordinamento discende dalla possibilità di istituire un collegamento tra le due discipline che, pur non potendosene negare la somiglianza, non appaiono completamente sovrapponibili.

A ciò si affianca l'importanza che riveste l'apertura della Grande Camera a possibili soluzioni di segno opposto, del tutto coerentemente con la natura casistica della sua giurisprudenza, che non consente letture delle sue affermazioni di principio avulse e scollegate dal concreto caso in relazione al quale sono state pronunciate⁹⁰.

La Corte costituzionale, dunque, potrebbe discostarsi dalla decisione della Grande Camera sia richiamandosi ai soli parametri di diritto interno (artt. 2, 3, 31, 32 Cost.), sia avvalendosi della tecnica del *distinguishing*, che le consentirebbe di sottrarsi alla soggezione ad un determinato precedente vincolante⁹¹.

⁸⁹ Corte cost., sent. n. 311 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4672, con commento di M. Massa, "La 'sostanza' della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive". Vedi anche sent. n. 317 del 2009, con commento di A. Ruggeri, "Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU", in www.Forumcostituzionale.it e di O. Pollicino, "Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento 'bidirezionale': evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?", in www.forumcostituzionale.it; n. 93 del 2010, con commento di A. Guazzarotti, "Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU", in www.forumcostituzionale.it.

⁹⁰ V. Zagrebelsky, "La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti", Relazione presentata al Convegno annuale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano Bicocca dal titolo "La fabbrica delle interpretazioni", Milano, 19-20 novembre 2009, in www.giurisprudenza.unimib.it/V2/.

⁹¹ A questo proposito si veda quanto affermato da E. Lamarque, "Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana", in *Il corriere giuridico*, 2010, fasc. 7, pp. 955 e ss. L'A. sottolinea che: "Se [...] per distinguere davvero un caso dall'altro bisogna considerare non soltanto la condizione dei soggetti coinvolti nel giudizio, ma anche e soprattutto la condizione e la storia di questi soggetti ambientata in un determinato contesto cronologico, spaziale, culturale [così, V. Zagrebelsky, "La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali", in S.P. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova, 2007, p. 722], istituzionale o in senso lato ordinamentale, risulta quasi impossibile valutare come determinante, per dichiarare l'illegittimità costituzionale di una legge italiana, una sentenza di condanna di Strasburgo calata nel contesto di un altro ordinamento [...]. E' evidente, così, che quella distinzione che la Corte costituzionale ha sempre omesso di fare, tra la sentenza definitiva di condanna nel nostro Paese per una violazione di tipo strutturale discendente da una legge e tutte le altre sentenze di Strasburgo, fatta uscire dalla porta, è poi rientrata prepotentemente dalla finestra proprio grazie all'uso così accorto del *distinguishing*, perché di fatto solo la prima, e finora mai le seconde, hanno determinato la dichiarazione d'incostituzionalità della legge italiana per violazione degli obblighi convenzionali", cit. pp. 960-961.

Due elementi che, se considerati unitariamente alla non perfetta sovrapposibilità delle due discipline, potrebbero assicurare alla Corte costituzionale uno spazio di discrezionalità nella sua decisione finale; una discrezionalità tale da consentire alla Corte di distaccarsi da una sentenza tanto attesa, ma ben lontana dal fornire risposte chiare su un tema che continuerà inevitabilmente ad essere protagonista nel dialogo tra le Corti costituzionali nazionali e le Corti internazionali.

* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Diritto pubblico, processuale civile, internazionale ed europeo dell'Università degli Studi di Milano.

Forum di Quaderni Costituzionali

Costituzionali