

**Ancora sul margine di apprezzamento:
frontiera costituzionale o criminale giuridicamente indefinibile?%**

(Nota a Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, ricorso n. 57813/2000, S. H. e altri versus Austria)

di Caterina Di Costanzo *
(2 dicembre 2011)

La questione:

Il divieto previsto dalla legge austriaca in tema di fecondazione eterologa costituisce un'interferenza legittima, necessaria e proporzionata rispetto alla tutela della vita privata e familiare prevista dall'art. 8 CEDU?

1) Nel caso *S.H. e altri c. Austria* la Corte europea per la prima volta affronta direttamente il tema della fecondazione assistita.

La decisione della Grande Camera del 3 novembre 2011, adottata a maggioranza di 13 voti contro 4, capovolge la precedente pronuncia sul caso in esame della Prima Sezione della Corte del 1 aprile 2010.

I ricorrenti erano due coppie sposate: la prima coppia era formata da due persone entrambe affette da sterilità le quali chiedevano di ricorrere alla fecondazione *in vitro* attraverso lo sperma di un donatore (fecondazione eterologa); la seconda coppia chiedeva di ricorrere alla fecondazione *in vitro* attraverso ovuli di una donatrice. La normativa austriaca, all'art. 3 del *The Austrian Artificial Procreation Act* del 1992 (Fortpflanzungshedizingesetz, Federal Law Gazette No. 275/1992), poi integrato nel luglio 1999 dal *Federal Act Establishing a Fund for Financing In Vitro Fertilisation Treatment* (*Bundesgesetz mit dem ein Fonds zur Finanzierung der In-vitro-Fertilisation eingerichtet wird* – Federal Law Gazette Part I No. 180/1999), permette la donazione di sperma solo in casi eccezionali, ma con fecondazione *in vivo* e non *in vitro*, e vieta la donazione di ovuli.

I ricorrenti rappresentavano la propria impossibilità di accedere alla fecondazione artificiale sulla base della normativa austriaca. Si trattava nel primo caso di fecondazione eterologa *in vitro* vietata completamente, nel secondo caso di fecondazione *in vitro* con donazione di gameti femminili, attraverso una tecnica di procreazione artificiale denominata *embryo transfer* eterologa che comporta il successivo trasferimento dell'embrione nell'utero della donna, parimenti non permessa. Stante questa disciplina le due coppie lamentavano la violazione dell'articolo 8 CEDU (tutela della vita privata e familiare) in combinato disposto con l'articolo 14 CEDU, per la disparità di trattamento rispetto ad altre coppie, che, non essendo affette dai menzionati problemi di salute, avevano accesso alle tecniche di fecondazione assistita senza dover ricorrere alla donazione di sperma o di ovuli.

La Prima Sezione della Corte, nella sentenza del 1 aprile 2010, analizzando la vicenda sotto l'angolo visuale dell'art. 14 della CEDU, aveva ritenuto che il divieto di donazione di spermatozoi e di ovociti nei termini stabiliti dalla legge austriaca fosse discriminatorio per quelle coppie per le quali l'unico modo di concepire un figlio è quello di ricorrere ad un donatore esterno. Ad avviso dei giudici europei, infatti, le restrizioni previste dalla normativa austriaca non risultavano sorrette da ragioni giustificatrici di carattere obiettivo: né dai paventati pericoli di ordine sociale (quali il rischio di commercializzazione di materiale genetico, di riproduzione selettiva, di mercificazione della donna, nonché della

% Scritto sottoposto a *referee*.

creazione di rapporti di parentela “inusuali e atipici”) che, secondo la Prima Sezione, riguardano in generale tutte le tecniche di fecondazione eterologa; né dall’esigenza di preservare la certezza nelle relazioni familiari e tantomeno dall’interesse del concepito a conoscere i propri genitori (la donazione di gameti maschili è infatti consentita dalla normativa austriaca nell’ambito della fecondazione *in vivo*)¹. La normativa austriaca, continuavano i giudici, non era dotata di coerenza e pregiudicava i legittimi interessi dei ricorrenti. La Prima sezione della Corte concludeva sul punto che vi era stata violazione dell’art. 14 in combinato disposto con l’art 8 della CEDU, in riferimento a tutti e quattro i ricorrenti, poiché il diritto a concepire un figlio anche attraverso le tecniche di fecondazione artificiale - di particolare rilevanza sulla base dell’art. 8 CEDU - viene pregiudicato da un divieto assoluto della tecnica medica in questione, divieto ritenuto dalla Corte irragionevole e sproporzionato. Nel caso di specie, ovverossia, la Corte non era convinta che un divieto assoluto fosse l’unico mezzo a disposizione del legislatore austriaco.

2) Veniamo ora all’esame della sentenza in commento.

La Grande camera nella sentenza che si segnala ha deciso di analizzare la vicenda - prendendo le mosse dall’art. 8 CEDU - esaminando la norma suddetta dalla prospettiva del suo *negative side* (cioè, come fonte di obblighi di astensione per lo Stato), per valutare se il divieto previsto dalla legge austriaca in tema di fecondazione eterologa costituisca un’interferenza legittima, necessaria e proporzionata ex **art. 8.2 CEDU** (paragrafo 88). Inoltre la Grande Camera, a differenza della Prima Sezione della Corte, ha optato decisamente per la valorizzazione della decisione pronunciata sul caso dalla Corte costituzionale austriaca.

Il giudice nazionale viene, in tal senso, considerato *better placed* non sulla base della capacità di accertare il contenuto del diritto ma sulla base della sua capacità di valutare in concreto il bilanciamento fra gli interessi differenti che sono in gioco, rilevato che «*by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the “exact content of the requirements of morals” in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them*»².

Innanzitutto dal punto di vista della materia trattata, l’ammissibilità parziale delle fecondazione eterologa e i limiti a cui viene sottoposta, la Corte supervisiona l’iter argomentativo e logico del ragionamento elaborato dalla Corte costituzionale austriaca che definisce il bilanciamento fra interessi contrastanti all’interno di un tema politicamente ed eticamente sensibile. Queste ragioni che sono riconducibili, dal punto di vista della Grande Camera, al principio costituzionale della dignità dell’essere umano sono riassunte efficacemente ai paragrafi 113 e 114 della sentenza.

La Corte costituzionale austriaca si era pronunciata sul punto con la sentenza del 14 ottobre 1999, notificata ai ricorrenti l’8 novembre 1999. In quell’occasione i giudici costituzionali austriaci si erano chiesti, in primo luogo, se la normativa austriaca avesse effettuato un’ irragionevole differenziazione fra trattamenti determinando un pregiudizio per

1 Per una critica complessiva di questi argomenti si veda M. Casini, *La dimenticanza del diritto alla famiglia del figlio concepito con le tecniche di PMA sotto il profilo dell’unitarietà delle figure genitoriali*, in *Dir. Famiglia*, 2011, n. 1, pp. 77-82.

2 Si veda il paragrafo 94 della sentenza commentata.

i ricorrenti, e, in secondo luogo, se il bilanciamento messo a punto dalla normativa austriaca fra i differenti interessi in gioco, diritto a procreare, diritti del concepito al benessere e al sereno sviluppo, interessi collegati alla tutela della dignità umana - interesse a impedire il formarsi di un mercato di gameti femminili e il conseguente sfruttamento della donna - , fosse ragionevole (paragrafo 19).

La Corte costituzionale aveva rappresentato che la normativa austriaca in principio ammetteva soltanto la fecondazione omologa e i metodi che non richiedevano particolari *expertise* scientifici e non si distanziassero eccessivamente dalle modalità naturali di concepimento. L'obiettivo era quello di prevenire il formarsi di relazioni parentali inusuali potenzialmente in grado di ingenerare confusione nel bambino (per es. attraverso la scomposizione della maternità in una maternità "gestante" e una maternità genetica) ed evitare il rischio della commercializzazione di ovuli e del conseguente pericolo di sfruttamento del corpo delle donne, soprattutto di quelle che partono da un background socio-economico svantaggiato. In particolare, la Corte sottolinea i problemi giuridici posti dalla fecondazione in vitro come una modalità completamente artificiale e contrapposta alle modalità naturali di concepimento dal punto di vista dei diritti di dignità delle donne e dei concepiti (paragrafo 20).

Nell'ottica della Corte costituzionale austriaca, il legislatore non aveva violato il margine di apprezzamento nazionale esistente in materia. Ammettere solo la fecondazione omologa e l'inseminazione con donazione di gameti maschili come unica eccezione si fondava su alcune distinzioni fondamentali tratte dallo stato dell'arte medica e dal consenso esistente in materia nella società austriaca (paragrafo 22). Per questo motivo la Corte costituzionale puntualizzava che l'uso di questi criteri (fecondazione omologa e inseminazione con donazione di gameti maschili) potessero essere soggetti a ripensamento da parte della legislazione, monitorando gli eventuali cambiamenti che intervengono nel corpo sociale (paragrafo 22) e la necessità di un aggiornamento della legislazione sulla base degli sviluppi della coscienza sociale (paragrafo 117). La donazione di sperma, accanto alla fecondazione omologa, argomenta la Corte costituzionale, è stata già impiegata dalla scienza medica e non ha comportato il sorgere di relazioni familiari quantomeno inusuali che potessero ledere la crescita serena del concepito (paragrafi 23, 113, 114) ed eludere un principio particolarmente radicato culturalmente e socialmente come quello del *mater semper certa est* (paragrafo 104) volto a tutelare il concepito e la sua famiglia. Sulla base di queste argomentazioni nell'ottobre 1999 la Corte costituzionale aveva affermato che non vi era stata discriminazione, vista la differenza di situazioni cui darebbe luogo la donazione di sperma rispetto a quella di gameti femminili, e che il bilanciamento effettuato dalla normativa austriaca poteva dirsi in linea con i diritti garantiti dall'art. 8 della CEDU.

3) Un ulteriore e decisivo profilo di interesse che possiamo trarre dalla sentenza in commento, collegato al precedente, riguarda l'iter argomentativo seguito dalla Grande Camera, che impiega in modo specifico la dottrina del margine di apprezzamento.

Non è vano notare che come nella decisione *Lautsi contro Italia* del 18 marzo 2011, anche in questo caso la Grande Camera utilizza la tecnica del margine di apprezzamento al fine di *overrule* la precedente decisione di una Sezione della Corte, analizzando la dimensione negativa del diritto rispettivamente in questione. A differenza della *Lautsi II*, dove non vi era una pronuncia della Corte costituzionale italiana in materia, stante la fonte regolamentare della materia (si veda l'ordinanza di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale del 15-12-2004 n. 389), in questo caso la Corte costituzionale austriaca si è pronunciata valutando il bilanciamento effettuato dal legislatore anche alla luce delle norme CEDU. Inoltre, come già avvenuto nella sentenza *A, B, C contro Irlanda* del 16 dicembre 2010 (in quel caso, il fatto che solo 4 paesi aderenti al Consiglio d'Europa vietassero la pratica abortiva non sarebbe stato ritenuto in grado di restringere il margine

di apprezzamento irlandese – considerato anche che la Costituzione irlandese, art. 40.3, prevede il diritto alla vita dell'*unborn*), l'impiego del margine di apprezzamento sembrerebbe scollegato dalla tecnica comparativa utilizzata per accertare l'esistenza di un consensus standard. Il margine di apprezzamento, così scardinato dalla relazione di proporzionalità inversa tra l'estensione del consenso di opinioni a livello europeo e l'ampiezza della discrezionalità attribuita agli Stati membri in un determinato settore eticamente sensibile, e ricostruibile nell'ottica della ricerca da parte della Corte di quella legittimazione diretta di cui deficiterebbe in prima istanza, viene ora declinato e rimodulato diversamente in queste due ultime specifiche sentenze, rispetto alla giurisprudenza precedente della Corte EDU³.

La Corte EDU afferma che la sua supervisione non concerne il controllo sulla possibilità di adottare una diversa e migliore soluzione sul tema della fecondazione in vitro da parte del legislatore austriaco sulla base dell'art. 8 della CEDU, ma riguarda precipuamente l'accertamento che il bilanciamento effettuato non ecceda il margine di apprezzamento. Verificata l'esistenza di un generale *trend* seguito dagli Stati parte del Consiglio d'Europa (para. 96), la Corte ricollega l'ampiezza del margine di apprezzamento all'elemento negativo e più concreto dell'inesistenza di un consenso generale sull'ammissibilità della donazione di gameti femminili per la fecondazione in vitro (paragrafo 106).

Esattamente come in *A, B e C versus Irlanda*, la Corte non ricerca il consenso europeo esistente su una tematica generale ma ricava dal caso il principio pratico che deve essere deciso e su questo prosegue con una comparazione sulla normativa europea rilevante. Nella sentenza contro l'Irlanda, infatti, il principio pratico e rilevante ai fini del caso in esame consisteva nell'individuazione del momento in cui l'embrione viene considerato persona e, potendo ritenere che inizi una vita umana, emerga l'esigenza pubblica di tutelare il diritto alla vita del concepito. Nel caso in commento, invece, la Corte EDU distingue fra un criterio naturale e un criterio di diritto positivo, che trova legittimazione nel primo, essendo strumentale al primo, con l'obiettivo di apportare chiarezza in questioni delicate e sensibili attraverso il ricorso a strumenti convenzionali e presuntivi. Perciò la Corte afferma che, sulla base anche delle considerazioni della Corte costituzionale austriaca, occorre differenziare quei metodi di fecondazione assistita che permettano una sorta di naturalità della generazione da quelli che inficiano tale qualità, un *quid naturale* da preservare nel bilanciamento degli interessi, (fra cui sono ricondotto i metodi di fecondazione in vitro), o quantomeno vietare quei metodi che determinano un'artificialità tale da essere pregiudizievole *in nuce* della possibile costruzione e mantenimento di un ordine socio-giuridico definito. Decidendo il caso concreto sulla base dell'ordinamento giuridico austriaco, la Corte dunque non si pronuncia su questioni generali quali l'ammissibilità della fecondazione in vitro, che difficilmente sarebbero accettabili dagli Stati parte, come nel caso della decisione *A, B, C contro Irlanda* in cui elude la domanda generale concernente la portata della normativa dell'art. 2 e la demarcazione del concetto di persona (come già precedentemente in Corte europea dei diritti dell'uomo, *Evans c. Regno Unito*, 7 marzo 2006), ma filtra dal caso in esame il principio concreto sul quale decidere.

Nel momento in cui riconosce l'autonomia discrezionale della scienza medica, la normativa regolatrice pone alcuni limiti convenzionali all'impiego della scienza medica in modo da preservare la dignità umana e consentire che lo stesso interesse dell'essere

³ Sulla sentenza *A, B, C contro Irlanda*, si veda, A. Colella, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, Nota a Corte eur. dir. uomo, sent. 16 dicembre 2010, *A, B e C c. Irlanda*, in www.penalecontemporaneo.it, para. 6.1.

umano, donne e concepiti, prevalga sull'interesse della società intera e della scienza⁴. Al di là delle concezioni convenzionali e presuntive stabilite dai vari ordinamenti, il principio di dignità della donna e del bambino (soggetti tradizionalmente più vulnerabili), si collega fortemente a quell'elemento di naturalità dei processi di fecondazione. La supervisione della Corte europea ha quindi seguito le linee tracciate dall'ordinamento statale e dalla Corte costituzionale operando così un profondo rispetto e una protezione dell'*animus* fondamentale della normativa austriaca: quell'intenzione di regolare la materia perseguendo l'obiettivo di armonizzare le nuove tecniche di procreazione con la tutela della dignità di soggetti socialmente più deboli e pertanto maggiormente bisognosi di tutela. Dalla naturalità dell'evento nascita sembra provenire poi il collegamento della tutela della madre congiunta a quella del concepito, uniti oltre che dallo speciale rapporto intercorrente, anche dalla necessità di una sorta di anticipazione della tutela sino al momento del concepimento.

Il riferimento della Corte alle modifiche apportate al codice civile austriaco contemporaneamente all'entrata in vigore del *The Artificial Procreation Act* confermano l'assunto: l'art. 137 b e l'art. 163 definiscono i concetti di maternità e paternità. La prima è ricollegata all'evento naturale della nascita mentre la seconda può aversi anche in caso di consenso al trattamento di fecondazione eterologa in vivo. In nessun caso il donatore di sperma può chiedere di essere riconosciuto quale padre del concepito. L'esclusione della fecondazione eterologa in vitro viene pertanto ricostruita, non come una discriminazione nei confronti di alcuni nuclei genitoriali, ma come il tentativo di correlare all'evento naturale nascita la certezza della maternità in modo da tutelare la dignità delle donne e dei concepiti.

Come affermato nella opinione dissenziente dei quattro giudici, Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska e Tsotsoria, che hanno votato contro la decisione, nonostante il fatto che all'epoca dei fatti solo 8 paesi contraenti proibivano la donazione di gameti femminili e solo 5 quella di gameti maschili la Corte afferma che non sia emerso un consenso europeo in grado di restringere il margine di apprezzamento nazionale (paragrafo 8 della *dissenting opinion*). Ridefinendo la tecnica sulla base delle evidenze costituzionali emerse (valutazione della Corte costituzionale sul bilanciamento effettuato alla luce dei principi costituzionali dell'art. 8 CEDU – art. 40.3 della Costituzione irlandese nel caso *A, B, C contro Irlanda*), si può affermare che la Corte EDU passi da un accertamento di tipo quantitativo (tecnica comparativa del *consensus standard*) ad uno di tipo qualitativo, ancorando la *doctrine* soprattutto alla valutazione della qualità costituzionale dell'ordinamento supervisionato. In questo caso la Corte vaglia con accuratezza le ragioni addotte dalla Corte costituzionale austriaca nell'accertare la ragionevolezza del bilanciamento fra differenti interessi effettuato dal legislatore nazionale e non si sostituisce ad esso: riconoscendo la delicatezza del tema, che solleva importanti questioni sul piano etico e morale, la Corte – richiamando i principi espressi nella sentenza *A, B e C c. Irlanda* in tema di aborto – non ha ritenuto opportuno sostituire la propria valutazione a quella delle autorità nazionali.

La progressiva disarticolazione della tecnica del margine dalla tecnica comparativa dell'accertamento dell'esistenza del consenso europeo viene messa in luce chiaramente dall'opinione dissenziente al paragrafo 11. Di tale cambiamento nella giurisprudenza della Corte EDU vengono evidenziati dai quattro giudici soprattutto alcuni possibili aspetti negativi, quali la supposta opacità, l'incertezza e la vaghezza della dottrina del margine utilizzata in sostanziale soluzione di continuità rispetto al *consensus standard*. Tuttavia

4 Si veda M. Zanichelli, *Il discorso sui diritti: un atlante teorico*, Padova, Cedam, 2004, pp. 174 ss.

proprio la natura della supervisione della Corte comporterebbe un tale esito là dove si tenesse in considerazione l'obiettivo di fornire specifiche risposte in materia di tutela dei diritti che non soddisfano una domanda generica e generale di tutela ma la garanzia di salvaguardia del diritto concreto sulla base del sostrato costituzionale vivente nelle singole realtà nazionali. Questo punto a sua volta spiegherebbe l'elusione da parte della Corte di alcune questioni generali come la demarcazione del momento iniziale della vita, la definizione del concetto di persona, e la risposta sulla ammissibilità della fecondazione eterologa. La torsione da un punto di vista generale a uno particolare, se potrebbe comportare la critica sulla riduzione delle funzioni svolte dalla Corte EDU per quanto concerne l'interpretazione conformante di alcuni diritti – diritto alla vita del concepito (art. 2), diritto a procreare e formare una famiglia (art. 8) – stabilisce una sorta di “frontiera costituzionale” verso cui la Corte si sta muovendo, ovverossia l'impiego della tecnica del margine di apprezzamento quale concreto strumento di valorizzazione della qualità costituzionale di un dato ordinamento. Questo impiego, seppure riferito al singolo ordinamento costituzionale, non impedisce una realizzazione progressiva e incrementale dei diritti all'interno del contesto europeo.

Diviene, infatti, immediato interrogarsi su quale possa essere l'esito qualora fosse sottoposta alla Corte una questione analoga in relazione alla legislazione italiana del 2004, per la quale pendono alcuni ricorsi davanti alla Corte costituzionale italiana (da ultimo i ricorsi nn. 2011/19, 2011/34, 2011/163)⁵. Chiaramente il “fattore tempo” dovrà essere tenuto in considerazione. Rispetto **all'epoca (ottobre 1999) in cui tali restrizioni erano state vagliate, su istanza dei ricorrenti, dalla Corte costituzionale austriaca** molti aspetti di ordine socio-giuridico sono cambiati nello scenario europeo e la Grande camera lo riconosce espressamente al paragrafo 84 della sentenza (*“From the material at the Court's disposal, it appears that since the Constitutional Court's decision in the present case many developments in medical science have taken place to which a number of Contracting States have responded in their legislation. Such changes might therefore have repercussions on the Court's assessment of the facts”*).

Interessante sarà pertanto analizzare le possibili modalità di recezione dinamica della decisione EDU e il grado di influenza che questa sentenza della Grande Camera potrà esercitare sui giudizi costituzionali che si svolgeranno di qui a breve.

La Corte EDU utilizzando il margine di apprezzamento al fine di valorizzare le scelte normative e costituzionali effettuate in un dato ordinamento rimodula la sua funzione di garanzia della uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione delle previsioni stabilite dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

D'altra parte, la sostenuta possibilità di ricollegare il margine di apprezzamento, sostanzialmente disancorato dalla tecnica del *consensus standard*, alla verifica della qualità costituzionale dell'ordinamento supervisionato permette, da un lato, la valorizzazione del pluralismo costituzionale, dall'altro, una realizzazione progressiva dei diritti in quegli ordinamenti che hanno una normativa simile rispetto a quella supervisionata o, diversamente, che hanno affrontato abbastanza recentemente una difficoltosa transizione democratica.

A differenza di quello che i giudici Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska e Tsotsoria nella loro *dissenting opinion* affermano, nel caso in esame il dialogo che la Corte pone in

⁵ Sul punto si veda B. Liberali, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, n. 11, pp. 562-564.

essere, attraverso anche l'invito puntuale al legislatore austriaco al riconoscimento della necessità di passare al vaglio regolarmente i possibili mutamenti verificatisi nella coscienza sociale, non genera un *vulnus* alla certezza del diritto (paragrafo 8 della *dissenting opinion*) ma rientra nell'ottica del rispetto del pluralismo e delle identità nazionali che non possono prescindere dalla garanzia dei valori costituzionali.

* Assegnista di ricerca, Università di Firenze - caterinadicostanzo@libero.it

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali