

Procreazione assistita

Procreazione assistita e non discriminazione nella Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, sezione I, sentenza 1° aprile 2010, ricorso n. 57813/00 - Pres. Rozakis - S.H. e altri c. Austria

Viola il principio di non discriminazione la legislazione austriaca in materia di procreazione assistita, che vieta la procreazione assistita *in vitro* eterologa ma consente quella *in vitro* omologa e quella *in vivo* eterologa, in quanto tratta in maniera differenziata persone poste in una posizione similare, in vista della realizzazione di interessi pubblici non prevalenti rispetto a quelli degli interessati.

ORIENTAMENTI

Giurisprudenza	
	Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 8 luglio 2004, ricorso n. 53924/00, <i>Vo c. Francia</i> ; Corte europea diritti dell'uomo, sentenza 10 aprile 2007, ricorso n. 6339/05, <i>Evans c. Regno Unito</i> ; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 febbraio 2003, ricorso n. 42326/98, <i>Odévre c. Francia</i> ; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 dicembre 2007, ricorso n. 44362/04, <i>Dickson c. Regno Unito</i> .
Dottrina	D. Tega, <i>La procreazione assistita per la prima volta al vaglio della Corte di Strasburgo</i> , in <i>Quaderni costituzionali</i> , n. 2006, 3, 587 ss.; V. Silvestri, <i>Il quesito sul diritto alla vita dell'embrione elo del feto ex art. 2 CEDU rimane ancora insoluto nella sentenza Evans c. Regno Unito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo</i> , in www.associazionedei costituzionalisti.it ; N. Gallus, <i>La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme</i> , in <i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i> , 2008, 879 ss.; A. Celotto, N. Zanon (a cura di), <i>La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa</i> , Milano, 2004.

Omissis.

Il commento di Marco Pacini

Con questa sentenza, la Corte europea riconduce l'accesso alle tecniche di procreazione assistita nella sfera di applicazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare; equipara le tecniche di procreazione assistita eterologhe a quelle omologhe; elabora una nozione rigorosa del principio di non discriminazione. In tal modo, essa mette a punto un efficace strumento di controllo sul margine di apprezzamento riservato agli Stati e pone le basi per un consolidamento della legittimazione delle proprie decisioni.

Con questa sentenza la Corte europea si propone di trovare una risposta ai seguenti gruppi di questioni, riguardanti la delicata materia della procreazione assistita (1). Innanzitutto, esiste un diritto di accesso alle tecniche di procreazione assistita? In caso affermativo, solo per tecniche *in vivo* o anche per quelle *in vitro*? E ancora, solo per le tecniche omologhe o anche per quelle eterologhe? In secondo luogo, sono comparabili le situazioni di chi si sotto-

pone alle diverse tecniche di procreazione assistita?

Nota:

(1) Sul tema, in generale, R. Villani, *La procreazione assistita*, Torino, 2004; V. Franco, *Bioetica e procreazione assistita*, Roma, Donzelli, 2005; L. Violini, A. Osti, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in M. Cartabia, a cura di, *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 185 ss. Identifica le principali questioni di natura bioetica legate alla procreazione assistita, F.D. Busnelli, *Persona umana e dilemmi della bioetica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, 2, 245 ss.

In terzo luogo, qualora tali situazioni siano effettivamente comparabili, è legittimo consentire l'accesso all'una tecnica e non all'altra? La Corte europea si è in più occasioni pronunciata su aspetti attinenti la procreazione, quali l'aborto terapeutico (2), la crioconservazione degli embrioni (3), l'accesso alle informazioni riguardanti le proprie origini (4), l'accesso alle tecniche di procreazione assistita da parte di detenuti (5). La sentenza presenta, nondimeno, particolare importanza per almeno tre ragioni. Innanzitutto, essa interviene in maniera molto incisiva su una questione politicamente molto controversa, connotata da un ampissimo margine di apprezzamento in capo agli Stati. Inoltre, essa adotta una nozione molto rigorosa del principio di non discriminazione. Infine, essa è suscettibile di produrre forti ripercussioni sugli altri Stati aderenti alla Cedu. A motivo di ciò, la sentenza consente di svolgere alcune riflessioni più generali sulla legittimazione conquistata dalla Corte europea nello spazio costituzionale europeo.

I fatti e la decisione

In ragione della infertilità dell'uomo e di una malformazione della donna, una prima coppia di ricorrenti chiedevano di sottoporsi a procreazione assistita *in vitro* eterologa con ovociti di donatrice terza. A norma della legge austriaca sulla procreazione assistita, tra l'altro, a) la procreazione assistita è ammessa soltanto con ovociti o spermatozoi dei coniugi o conviventi interessati (procreazione assistita omologa); b) in via derogatoria è ammessa soltanto l'inseminazione artificiale con spermatozoi di terzo donatore (procreazione assistita *in vivo* eterologa); c) è comunque esclusa la fecondazione *in vitro* eterologa con spermatozoi di terzo donatore; d) è sempre esclusa la procreazione assistita con ovociti di donatrice terza. Affermando una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del principio di non discriminazione, le due coppie si rivolgevano alla Corte costituzionale, la quale, pur riconoscendo la tutelabilità del diritto a concepire mediante procreazione assistita, rigettava nondimeno i ricorsi, affermando, tra l'altro, che la legge i) realizzava un giusto equilibrio tra i contrapposti interessi/valori della dignità dell'uomo, del diritto alla procreazione, della salute della donna, ii) rifletteva la volontà popolare di privilegiare le tecniche di pro-

creazione assistita omologa e/o comportanti minore invasività e più ridotti rischi per la salute della donna, iii) implicava una disparità di trattamento giustificata tra i richiedenti una inseminazione *in vitro* eterologa rispetto ai richiedenti una omologa. Ritenevano inaccettabili le motivazioni della Corte costituzionale, le due coppie si rivolgevano, infine, alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando una violazione del principio di non discriminazione in relazione ai propri diritti al rispetto della vita privata e familiare (art. 8, Cedu) (6).

La Corte accoglie i ricorsi, sulla base del seguente ragionamento. Primo: il diritto di una coppia di concepire un figlio attraverso la procreazione assistita rientra nella sfera di applicazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare. Secondo: gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento in materia di procreazione assistita, in relazione tanto al se, quanto al come disciplinare la materia, allo scopo di conseguire un bilanciamento tra i concorrenti interessi pubblici e privati coinvolti. Terzo: la seconda coppia di ricorrenti, che chiedevano di sottoporsi a procreazione assistita *in vitro* eterologa con ovociti di donatrice terza, si trovano in una situazione analoga ma sono sottoposti a trattamento differenziato rispetto a chi chiede di sottoporsi a procreazione assistita *in vitro* omologa. Una

Note:

- (2) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 8 luglio 2004, ricorso n. 53924/00. *Vo c. Francia*, riguardante l'interruzione di una gravidanza per erronei motivi di salute della madre.
- (3) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 aprile 2007, ricorso n. 6339/05. *Evans c. Regno Unito*, riguardante la legislazione britannica in materia di crioconservazione, secondo cui gli embrioni devono essere distrutti in caso di ritiro del consenso alla crioconservazione da parte di uno dei genitori.
- (4) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 febbraio 2003, ricorso n. 42326/98. *Odièvre c. Francia*, riguardante la legislazione francese in materia di accesso alle informazioni sulle origini biologiche delle persone, che preclude la possibilità di conoscere le generalità della madre naturale senza il consenso di quest'ultima.
- (5) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 dicembre 2007, ricorso n. 44362/04. *Dickson c. Regno Unito*, riguardante la normativa penitenziaria britannica, che restringe l'accesso alle tecniche di procreazione assistita da parte di detenuti.
- (6) Per altri commenti alla sentenza, S. Catalano, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, tra ordinamento italiano e Cedu*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; B. Liberali, *La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il giudice comune italiano: la non manifesta infondatezza della questione*, ibid.; I. Pellizzone, *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale*, ibid.; E. Malfatti, *L'accesso alla procreazione medicalmente assistita, tra "integrazione" della legge e nuove aperture giurisprudenziali*, www.forum-costituzionale.it.

simile differenziazione, pur perseguendo fini legittimi, non è tuttavia proporzionata, in quanto, contrariamente a quanto sostenuto dal governo, i) pur suscitando obiezioni di carattere morale e sociale, la procreazione assistita è già parzialmente consentita in Austria; ii) pur sussistendo rischi di commercializzazione degli ovociti o dell'utilizzo della procreazione assistita per fini eugenetici, simili rischi dovrebbero essere affrontati con misure meno incisive dell'assoluto divieto di procreazione assistita eterologa; iii) pur sussistendo rischi per la salute delle donne donatrici, simili rischi sono identici a quelle presenti nella procreazione *in vitro* omologa; iv) pur potendo implicare un disgiungimento tra madre biologica e madre naturale, analoghe e più incisive forme di disgiungimento sono già ammesse in molti Stati, come quella derivante dalle adozioni; v) pur potendo pregiudicare il diritto del figlio di conoscere l'identità della madre biologica, simile diritto è suscettibile di subire restrizioni nell'ambito di un adeguato bilanciamento con il contrapposto diritto della copia ad avere figli.

Quarto: anche la prima coppia di ricorrenti, che chiedevano di sottoporsi a procreazione assistita *in vitro* eterologa con spermatozoi di donatore terzo si trovano in una situazione analoga, ma sono sottoposti a trattamento differenziato, rispetto a chi chiede di sottoporsi a procreazione assistita *in vitro* eterologa con spermatozoi di donatore terzo. Anche in questo caso, una simile differenziazione, pur perseguendo fini legittimi, non è tuttavia proporzionata, in quanto, contrariamente a quanto affermato dal governo, i) la donazione di gameti maschili, pur potendo prestarsi a scopi eugenetici, è già ammissibile per la procreazione assistita eterologa *in vivo*, ii) il fatto che la procreazione assistita *in vitro* eterologa sia consentita in quanto un eventuale divieto sarebbe difficilmente accertabile non rappresenta un motivo sufficiente per vietare quella *in vitro*. In conclusione, vi è stata una violazione del principio di non discriminazione, in relazione al diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, in ragione della disparità di trattamento a) tra le coppie che chiedono il ricorso alla procreazione assistita eterologa *in vitro* con ovociti da donatrice terza e quelle che chiedono il ricorso alla procreazione assistita *in vitro* omologa, nonché b) tra le coppie che chiedono il ricorso alla procreazione assistita eterologa *in vitro* con spermatozoi da donatore terzo e quelle che chiedono la procreazione assistita eterologa *in vivo* con spermatozoi da donatore terzo. Ridegnavano opinioni dissenzianti il giudice Steiner, secondo cui non sussiste disparità di trattamento

nel caso sub a), e il giudice Jebers, a detta del quale non sussiste disparità di trattamento neppure nel caso sub b). Avverso la sentenza pendente ricorso per deferimento avanti la Grande Camera della stessa Corte europea.

Esiste un diritto alla procreazione assistita?

Gli aspetti rilevanti della sentenza sono essenzialmente tre. In primo luogo, la Corte, pur non confermando espressamente come autonomo diritto, riconduce l'interesse a sottoporsi a procreazione assistita *in vitro* nell'ambito dell'art. 8, Cedu. A tal fine, essa afferma espressamente che «il diritto di una coppia a concepire un figlio e a ricorrere a tal fine alla procreazione medicalmente assistita rientra nella sfera di applicazione dell'art. 8, in quanto simile scelta è chiaramente espressione della vita privata e familiare». Essa determina, pertanto, un importante passo avanti rispetto alla precedente giurisprudenza, nell'ambito della quale era stato sinora ricondotto a simile diritto, con riferimento alla materia in esame, soltanto l'interesse a sottoporsi ad inseminazione artificiale (7). A supporto di questo passo avanti, essa ha fatto leva su tre dati normativi principali, in particolare, la sentenza della stessa Corte costituzionale austriaca, che aveva ritenuto simile diritto applicabile al caso di specie; un'analisi normativa comparata tra i diversi Stati del Consiglio d'Europa, nella maggior parte dei quali simile interesse è espressamente riconosciuto e disciplinato, nonché, implicitamente; i principi elaborati in seno al Consiglio d'Europa in materia di bioetica, secondo cui «la fecondazione *in vitro* è in linea di principio effettuata soltanto con gameti dei componenti della coppia», laddove, tuttavia, in casi eccezionali «può essere autorizzato l'uso di gameti di terzi donatori», e la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina del 1997, a norma della quale «l'uso di tecniche di procreazione medicalmente assistita non è consentita allo scopo di decidere il sesso del nascituro, salvo che ciò non sia necessario per evitare l'insorgere di gravi malattie legati al sesso». Per

Nota:

(7) Sulla precedente giurisprudenza in materia della Corte europea, D. Tega, *La procreazione assistita per la prima volta al varco della Corte di Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2006, 3, 587 ss.; V. Silvestri, *Il quesito sui diritti alla vita dell'embrione e/o del feto ex art. 2 CEDU rimane ancora insoluto nella sentenza Evans c. Regno Unito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in www.associazionedei costituzionalisti.it; N. Gallus, *La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, 879 ss.

Giurisprudenza

Diritti dell'uomo

effetto di ciò, simile pretesa dovrebbe essere quantomeno riconosciuta in tutta Europa, ferme restando le restrizioni autonomamente adottate nei diversi Stati.

Non è, tuttavia, chiaro, per altro verso, quale sia la natura e la rilevanza giuridica dell'interesse all'accesso alla procreazione assistita. In proposito, infatti, la Corte afferma, da un lato, come visto, che «il diritto di una coppia a concepire un figlio a tal fine ricorrendo alla procreazione assistita» rientra nella sfera di applicazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, dall'altro lato, tuttavia, che «non vi è nessun obbligo per gli Stati di adottare una normativa [in materia] ovvero di consentire la procreazione assistita». In proposito, pertanto, le opzioni interpretative possibili sembrano essere essenzialmente due. Per la prima, l'interesse a sottoporsi a procreazione assistita rappresenta un vero e proprio diritto ai sensi della Cedu. Tutti gli Stati dovrebbero, pertanto, riconoscerlo e garantirlo, pur godendo di un margine di apprezzamento molto ampio, nei limiti imposti dal citato principio di proporzionalità, tanto "verticale" che "orizzontale". Secondo questa opzione, allora, non si vede come possa non sussistere alcun obbligo per gli Stati di consentire la procreazione assistita. Per la seconda opzione, invece, l'interesse a sottoporsi a procreazione assistita non rappresenta un diritto ai sensi della Cedu, ma, qualora sia espressamente riconosciuto dai singoli Stati, rientra nella sfera di applicabilità di quest'ultima. Secondo questa opzione, tuttavia, non si vede come possa trovare applicazione il citato principio di non discriminazione, il quale, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, «produce effetti soltanto in relazione al godimento dei diritti e delle libertà salvaguardate» dalla stessa Cedu. In questo caso, piuttosto, il principio di non discriminazione potrebbe astrattamente trovare applicazione soltanto nella formula contenuta nel Protocollo n. 12 Cedu, che ne prevede l'applicabilità a tutti i diritti previsti dalla legge, il quale, tuttavia, non è stato ratificato dall'Austria (né dall'Italia) (8). In altri termini, o l'interesse alla procreazione assistita è un diritto, e allora deve essere riconosciuto e garantito; o non è un diritto, e allora non si dovrebbe neppure porre la questione del rispetto del principio di non discriminazione. La Corte sembra, invece, aver seguito una via di mezzo, secondo cui la Cedu si applica anche se il diritto è riconosciuto soltanto dallo Stato interessato; ciò che le consente di esercitare il proprio controllo di proporzionalità, lasciando però liberi gli altri Stati di decidere o meno per il riconoscimento.

Una nozione rafforzata del principio di non discriminazione

In secondo luogo, la Corte equipara sostanzialmente la fecondazione in vitro eterologa a quella omologa. In proposito, essa ricorda come «una differenza di trattamento è discriminatoria se non ha una giustificazione obiettiva e ragionevole, ovvero se non persegue un fine pubblico legittimo e non osserva un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e i fini perseguiti». Essa aggiunge, poi, che, «poiché il ricorso alla fecondazione in vitro solleva rilevanti questioni etiche e morali sullo sfondo di rapidi sviluppi medici e scientifici, e poiché le questioni sollevate riguardano aree dove non sussiste una chiara base comune tra gli Stati membri [...] il margine di apprezzamento da assicurare allo Stato resistente deve essere ampio». Ciononostante, «le differenze negli approcci adottati dai diversi Stati non rendono, di per sé, accettabile ogni soluzione raggiunta dagli Stati», per cui occorre «esaminare attentamente gli argomenti presi in esame durante l'iter di approvazione della legge» e verificare «se gli argomenti addotti dallo Stato resistente per giustificare le differenze di trattamento sono rilevanti e sufficienti». Nel caso in esame, invece, «le preoccupazioni fondate su considerazioni morali o legate alla accettabilità sociale non sono di per sé ragioni sufficienti per il divieto assoluto di una particolare tecnica di procreazione assistita, come la donazione di ovociti. Simili ragioni, infatti, possono essere particolarmente rilevanti nella fase di decidere se consentire o meno la procreazione assistita in generale, ma «una volta che la decisione di consentire la procreazione assistita è stata presa, nonostante l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati contraenti, il quadro normativo delineato a questo scopo deve essere conformato in maniera coerente in modo che i diversi legittimi interessi coinvolti siano adeguatamente presi in considerazione in conformità con la Convenzione». In sostanza, gli Stati membri godono di ampio margine di apprezzamento nel decidere se e come consentire la procreazione assistita *in vitro*, ma laddove consentano la fecondazione omologa, devono consentire,

Nota:

(8) Sul protocollo n. 12 alla Cedu, R. Wintemute, *Filling the article 14 "gap": government ratification and judicial control of Protocol no. 12 ECHR*, in *European human rights law review*, 2004, 484 ss. Più di recente, estesamente, Council of Europe, *Non-discrimination: a human right. Seminar to mark the entry into force of Protocol No. 12, Strasbourg, 11 October 2005*, Strasbourg, Council of Europe, 2006, disponibile anche sul sito www.echr-coe.int.

nei limiti imposti dal rispetto del principio di non discriminazione, anche la fecondazione eterologa. La decisione potrà avere, pertanto, un impatto significativo in Stati che, come l'Italia, ancora disciplinano in maniera disgiunta le due forme di procreazione assistita (9).

In questo modo, la Corte europea contribuisce a mettere a punto una raffinata tecnica di controllo sul rispetto del principio di non discriminazione (10). La tecnica di controllo potrebbe essere schematicamente rappresentata come segue: la Corte verifica la rilevanza degli interessi vanitati da una prima classe di soggetti, l'esistenza di una restrizione a tale diritto, il grado di incisività di simile restrizione; qualora una seconda classe di soggetti si trovi in una situazione analoga, la Corte svolge la stessa verifica sulla rilevanza di tali interessi e sull'esistenza di una restrizione; qualora la restrizione agli interessi vanitati dalla seconda classe di soggetti sia differenziata rispetto a quella agli interessi vanitati dalla prima classe, la Corte valuta la legittimità del fine perseguito dalla differenziazione e la proporzionalità di tale differenziazione rispetto al fine perseguito. Naturalmente, il principio di non discriminazione può essere rispettato anche allorché le due classi di interessi risultino sottoposte a gradi di restrizione proporzionalmente differenziati; qualora la differenziazione non sia proporzionata, occorre compensare il divario tra il grado di restrizione alle due classi di interessi vanitati. Ciò può avvenire, astrattamente, o intensificando le restrizioni agli interessi della prima classe o alleggerendo le restrizioni agli interessi della seconda classe. Secondo questo schema, pertanto, ad una forma di proporzionalità "della restrizione", volta a misurare il grado di restrizione ammissibile di un determinato diritto, avente carattere verticale, in quanto diretta a punellare il retro della libertà gravata dal peso dell'autorità, si abbina una forma di proporzionalità "della comparazione", diretta a misurare il grado di differenziazione ammissibile tra diverse restrizioni, avente carattere orizzontale, in quanto orientata a fare da ponte di congiunzione tra situazioni comparabili.

Tra le due forme di proporzionalità esiste, poi, uno stretto legame, laddove le due classi di interessi devono essere ristrette in misura tale da rispettare il principio di proporzionalità tanto in senso orizzontale che verticale. In questo contesto, pertanto, in ossequio al principio di non discriminazione, quando due o più classi di interessi siano comparabili tra loro, ognuno di esse deve/può essere proporzionalmente ristretto in misura tale da assicurare una ra-

gionevole parità di trattamento tra i rispettivi titolari (11).

Una decisione "politica"?

In terzo luogo, la Corte europea assume una decisione a carattere fortemente "contro maggioritario", in duplice senso (12). Da un lato, come visto, il divieto di procreazione assistita *in vitro* eterologa era stato espressamente sancito dal Parlamento, in esito ad un lungo e acceso dibattito pubblico, ed era stato ritenuto accettabile dalla Corte costituzionale, in quanto, tra l'altro, considerato espressione della volontà popolare di maggioranza. Con la presente decisione, pertanto, la Corte europea perviene ad un contemperamento degli interessi coinvolti differenti da quello conseguito dalla maggioranza espressa in parlamento. Dall'altro lato, invece, come accen-

Note:

(9) Sulla legislazione nazionale, A. Celotto, N. Zanon, a cura di, *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, Angeli, 2004. Sulla possibile illegittimità costituzionale della legislazione italiana in materia, C. Tripodina, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità delle Legge n. 40 del 2004 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Diritto pubblico*, 2004, 2, 501 ss., nonché P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2004, 523 ss. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia, F. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, 361 ss. Sui recenti sviluppi conseguenti a Corte cost., sentenza 1° aprile 2009, n. 151, C. Razzano, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 2, 295 ss.; G. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena di difendere"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 3, 1696 ss.

(10) Sul principio di non discriminazione nella Cedu, estesamente, N. Griet, *Non discrimination under the European Convention on Human Rights*, in *European Law Review*, vol. 27, 2002; O.M. Arnardottir, *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, L'Aia, Londra, New York, Martinus Nijhoff, 2003; A. McColegan, *Principles of equality and protection from discrimination in international human rights law*, in *European human rights law review*, 2003, 157 ss., Più di recente, i contributi raccolti in F. Sudre, a cura di, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

(11) Sui legami tra il principio di non discriminazione e la tutela sostanziale dei diritti umani, L. Potvin-Solis, *La liaison entre le principe de non-discrimination et les libertés et droits fondamentaux des personnes dans les jurisprudences européennes*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, 967 ss.

(12) Su questi aspetti, più di recente, S. Cassese, *In nome del popolo o in nome della Costituzione?*, *Lezione introduttiva ai Seminari IRPA sullo stesso tema*, Roma, 18 marzo 2010, inedito, che prende in esame le differenze tra le tecniche di decisione maggioritarie e giudiziarie.

Giurisprudenza

Dritti dell'uomo

nato, la procreazione assistita eterologa è consentita in taluni Stati, vietata in altri, consentita solo in parte, o a certe condizioni, in altri ancora, secondo l'assetto dei valori morali e sociali radicati all'interno di taluni di essi. Con la decisione in esame, quindi, la Corte dà prevalenza al modello disciplinare adottato in taluni Stati in contrasto con quello adottato in altri Stati, tra cui quello interessato. In considerazione del carattere contro-maggioritario di decisioni delle specie, le corti supreme e/o costituzionali di molti Stati riconducono spesso queste ultime nell'alveo della cd. "discrezionalità del legislatore" o del "margine di apprezzamento degli Stati", in tal modo esimendosi da, o attenuando, il proprio controllo sulla legittimità costituzionale delle relative discipline, e attivando, se del caso, con strumenti molto differenziati da Stato a Stato, forme di dialogo con i legislatori volte ad assicurare l'adeguamento parlamentare degli ordinamenti alle costituzioni nazionali. La Corte europea, al contrario, pur non esimendosi da un dialogo con le autorità pubbliche austriache, alle quali non rimarrà che adeguarsi alla decisione o resistere ad essa, esercita un incisivo controllo di legittimità "convenzionale" sulla disciplina nazionale, persino più incisivo rispetto a quello esercitato dalla corte costituzionale austriaca sulla base della costituzione nazionale, arrivando nella sostanza a richiedere un complessivo riassetto della normativa in materia di procreazione assistita.

Alla luce di quanto sopra considerato, ci si può, pertanto, chiedere se la Corte europea goda di una sufficiente legittimazione "politica" o democratica per adottare una decisione tanto incisiva su una questione così controversa (13). In termini generali, in effetti, la legittimazione della Corte europea ha carattere giudiziario e indiretto. Da un lato, infatti, come vale per le corti supreme e/o costituzionali nazionali, il controllo giurisdizionale della Corte europea trova fondamento, sotto il profilo morale-culturale, sul principio della divisione dei poteri; sotto il profilo formale-istituzionale, sulla natura (sub-) costituzionale della fonte costitutiva della Corte stessa; sotto il profilo sostanziale, sulla indipendenza e imparzialità di quest'ultima e sulla equità e pubblicità del procedimento decisionale. Dall'altro lato, tuttavia, a differenza di quanto vale per le corti supreme e/o costituzionali degli Stati, il controllo giurisdizionale esercitato dalla Corte europea è stabilito non nelle costituzioni, bensì in una convenzione internazionale, ancorché a rilevanza sub-costituzionale; si pone non in dialettica contrapposizione con altri poteri costituzionali, come

parlamenti e governi, bensì in reciproca conoscenza con altri organi sovranazionali, come l'Assemblea parlamentare e il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa; recupera il proprio sostrato "etico" non in un popolo storicamente identificato, bensì in una sommatoria di popoli culturalmente molto differenti (14). Quella della Corte europea è, pertanto, una forma "debole" di legittimazione (15), che la espone al rischio di rigetto delle proprie decisioni da parte delle autorità nazionali - in particolare delle corti supreme e/o costituzionali, tanto degli Stati resistenti che degli Stati terzi - che potrebbero eccepire, ricorrendo alle diverse forme di controlli o delle norme interposte dalle stesse formulate, la prevalenza delle proprie costituzioni sulla stessa Cedu (16). Una simile rigetto potrebbe, poi, appalesarsi tanto più marcato quanto più differenziata è la disciplina di riferimento dei vari Stati

Note:

(13) Sulla legittimazione democratica degli organi giudiziari, in generale, J. Ferejmon, P. Pasquino, *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice*, in W. Sadursky, *Constitutional Justice, East and West*, L'Aia, Kluwer, Law International, 2002, 21 ss., nonché con riguardo alla Corte Suprema americana, M. Shapiro, *Some Conditions for the Success of Constitutional Courts: Lessons from the U.S. Experience*, ibid., 37 ss. Con particolare riguardo alla legittimazione democratica della Corte europea dei diritti dell'uomo, M. van Emmerik, T. Barkhuijsen *Procedural aspects of ECtHR legitimacy*, in N. Huls, M. Adams, J. Bornhoff, *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

(14) Su questi aspetti, S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2007, 609 ss., il quale rileva come «il funzionamento dei sistemi giudiziari è stato sperimentato all'interno di ordinamenti nazionali, dove operano come contropoteri in funzione di garanzia, in contesti dove sono presenti anche poteri a investitura popolare e poteri esecutivi. Nello spazio giuridico globale, invece, non esistono organi rappresentativi diretti e i segretariati delle organizzazioni internazionali sono indeboliti dalla presenza di una componente transazionale e di una multinazionale».

(15) Secondo la classificazione adottata da M. Tushnet, *Weak Courts. Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008, che qualifica "corti deboli" (*weak-courts*), cioè quelle che, in contrapposizione rispetto alle corti forti, pur conducendo un controllo incisivo sulla compatibilità delle norme nazionali rispetto ai testi costituzionali, si avvalgono di poteri non coercitivi, con l'effetto di mitigare il carattere non-maggioritario delle proprie decisioni, nonché di favorire lo sviluppo di un dialogo costruttivo con le istituzioni legislative. In tema anche R. Dixon, *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2007, 3, 391 ss.

(16) Sulle diverse versioni della teoria dei controllimiti sviluppati dalle corti costituzionali nazionali e sovranazionali per regolare i rapporti tra i rispetti ordinamenti, S. Cassese, *I tribunali di babele. I giudici alla ricerca di un ordine giuridico globale*, Donzelli, 2009.

e quanto più incisivo il controllo esercitato dalla Corte europea.

Verso un controllo più incisivo sul margine di apprezzamento

Ricapitolando, con questa sentenza la Corte europea riconduce l'interesse all'accesso alle tecniche di procreazione assistita nella sfera di applicazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare; equipara le tecniche eterologhe a quelle omologhe; identifica a tal fine il principio di non discriminazione con il criterio di ragionevolezza/proporzionalità "orizzontale" tra il grado di restrizione dei diritti di diverse classi di soggetti collocati in una situazione comparabile (17). Per altro verso, tuttavia, essa non chiarisce se l'interesse all'accesso alle tecniche di procreazione assistita costituisca ormai anche un vero e proprio diritto umano, ancorché suscettibile di subire restrizioni nei casi previsti dal diritto e nel rispetto del principio di proporzionalità; entra nel merito di una questione connotata da un ampio margine di apprezzamento, in quanto molto controversa all'interno dei singoli Stati e soggetta a discipline molto differenziate tra questi ultimi; anche in ragione di ciò, pone la questione della sussistenza di una sufficiente legittimazione delle proprie decisioni, tenuto conto che quest'ultima è istituita da una convenzione internazionale, non si confronta con organi rappresentativi, interviene su un tessuto sociale rappresentato dalla sommaria dei popoli degli Stati europei. In ragione di queste considerazioni si potrebbe, quindi, rimproverare un'eccessiva sfrontatezza alla Corte europea, nei rapporti con le autorità nazionali, tale da suscitare risentite reazioni, quando non aperte ribellioni, da parte di queste ultime. E tuttavia, pur non potendo disconoscere una buona dose di audacia *lato sensu* politica nell'atteggiamento della Corte europea, la decisione potrebbe indirettamente rafforzare la posizione istituzionale di quest'ultima, lungo due distinti crinali.

Da un lato, infatti, la Corte europea, avvalendosi del principio di non discriminazione, ha messo a punto uno strumento per ridurre il margine di apprezzamento riservato agli Stati in materie politicamente controverse, secondo un percorso idealmente strutturato in due fasi. In una prima fase, la Corte europea, traendo le mosse dal grado di restrizione dei diritti di una prima classe di soggetti, valuta, attraverso il principio di non discriminazione, la proporzionalità del grado di restrizione dei diritti di una seconda classe di soggetti collocati in una si-

tuazione comparabile, in tal modo circoscrivendo dall'"interno" il margine di apprezzamento dello Stato interessato. In una seconda fase, invece, gli Stati, adeguandosi alle decisioni adottate dalla Corte europea in applicazione del principio di non discriminazione, riducono le differenze tra le proprie legislazioni nazionali. Queste ultime possono, poi, venire a coagularsi intorno ad un modello tendenzialmente unitario (pur conservando le proprie specificità), in tal modo circoscrivendo ulteriormente dall'"esterno" il margine di apprezzamento a essi riservato (18). Così configurato, il principio di non discriminazione presenta, pertanto, natura spuria, in quanto opera appoggiando il giudizio della Corte europea su una norma nazionale (di per sé non sindacabile alla luce del criterio di proporzionalità in ragione del margine di apprezzamento) per verificare la coerenza rispetto ad altre norme nazionali; struttura logico-razionale, in quanto identifica un meccanismo di valutazione rigoroso e logicamente giustificato; carattere molto flessibile, in quanto lascia spazio alla Corte europea di ritagliare il proprio giudizio sulle situazioni del caso concreto. Così generando il paradosso per cui quanto più la Corte europea interviene incisivamente (e con rigore) nell'ambito di questioni connotate *ex ante* da un ampio margine di apprezzamento, tanto più l'assunzione di simile decisione è in grado di ridurre *ex post* il margine di apprezzamento riservato agli Stati sulla stessa questione.

Dall'altro lato, invece, entrando nel merito di questioni politicamente controverse come quella in esame, la Corte europea pone le basi per un rafforzamento della legittimazione delle proprie decisioni, in ragione di tre aspetti principali. Innanzitutto, decisioni del genere sono spesso assunte con la partecipazione di altri Stati parte della Cedu. Questi ultimi, pertanto, potendo prima concorrere a determinare il contenuto della decisione, potranno poi più difficilmente sottrarsi all'adeguamento rispetto alla stessa. Inoltre, decisioni della specie sono spes-

Note:

(17) Sulla rilevanza del principio di proporzionalità, anche con riguardo al principio di non discriminazione, A. Stone Sweet, J. Matthews, *Proportionality: Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, 73 ss.

(18) Su queste dinamiche, E. Decaux, *Principe de non-discrimination et droit à la différence*, in *Annuaire international des droits de l'homme*, 2007, 327 ss. Sulle tecniche utilizzate dai giudici sovranazionali per controllare le diversità nazionali, con particolare riguardo all'ordinamento UE, L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

so idonee ad ingenerare accessi dibattiti politici all'interno degli Stati parte della Cedu, favorendo il verificarsi di spaccature trasversali nelle maggioranze nazionali e la contestuale formazione di maggioranze, o maggiori minoranze, transnazionali. Queste ultime, a loro volta, possono poi trovare espressione nei lavori di organi ultranazionali a carattere rappresentativo (come il Parlamento europeo o l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa), venendo progressivamente a forgiare, al di là della mera sommatoria dei popoli europei, una autentica coscienza comune pan-europea, in grado di rappresentare quel supporto "etico" su cui fondare le decisioni su questioni politicamente controverse (19). Infine, le decisioni della Corte europea sono normalmente prese in considerazione dalle corti supreme e/o costituzionali degli altri Stati parte della Cedu, che possono aderirvi, in tutto o in parte, o rifiutarle, contribuendo, in ogni caso, a far permeare la giurisprudenza sovranazionale all'interno del tessuto costituzionale dei vari Stati di appartenenza (20). Così ingenerando l'ulteriore paradosso per cui quanto meno la Corte europea è legittimata *ex ante*

ad assumere decisioni nell'ambito di questioni politicamente controverse, tanto più l'assunzione di simili decisioni è in grado di rafforzare *ex post* la stessa legittimazione.

Note:

(19) Sul rafforzamento delle legittimazione dei giudici costituzionali attraverso i diritti, estesamente, anche A. Stone Sweet, di A. Stone Sweet, *Constitutionalism, Rights and Judicial Power*, in D. Caramani, a cura di, *Comparative Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 217 ss. Sulla progressiva formazione di un ethos comune pan-europeo, J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

(20) Su questi aspetti, S. Cassese, *In nome del popolo o in nome della Costituzione?*, cit., che pone in evidenza come «i giudici costituzionali non decidono da soli, nel vuoto. Come già osservato, vi è chi "porta" ad esso la questione da decidere; se la questione è rilevante, essa sarà stata preceduta da un dibattito pubblico; in molti casi, vi saranno state micro - decisioni di altri giudici, di esperti o tecnici, di amministratori; in altri casi, vi saranno stati tentativi di legiferare; i giudici stessi, facendo parte di una "comunità epistemica", ormai di dimensioni non solo più nazionali, hanno informazioni da altre fonti, sono aperti al dialogo con altre corti; la decisione è raggiunta quando la questione è considerata "matura"; infine, una decisione importante è solitamente presa sulla base di un principio affermato e verificato in un caso meno importante».

LIBRI

Collana: **Codici Minor Ipsosa**

Codice amministrativo

Curatore: **Mariano Protto**

Il Codice raccoglie i **provvedimenti amministrativi di interesse amministrativo** e si propone quale strumento di consultazione immediata, utile sia per lo studio universitario che per l'attività professionale. La complessa ed articolata materia amministrativa viene segmentata in sezioni, ciascuna delle quali reca al suo interno, in ordine cronologico, la normativa essenziale di riferimento.

Il volume, **aggiornato integralmente** rispetto all'edizione precedente di cui conserva l'impianto, contiene:
- il recente ed epocale **provvedimento di codifica del nuovo processo amministrativo**;
- le modifiche ai provvedimenti amministrativi apportate **dalla manovra sui conti pubblici nel testo convertito in legge**;

- la disciplina del lavoro pubblico come ripensata a seguito del **decreto "Brunetta"**
- la **nuova class action amministrativa**
- il **codice degli appalti** nel testo risultante dalle numerosissime modifiche su di esso intervenute.

Il **edizione**
Ipsosa 2010, euro 20,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsosa di zona** (www.ipsosa.it/agenzie/)
- **www.shop.wkl.it**

