

AUTORE: Benedetta Liberali,
Dottore di Ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano

IL MARGINE DI APPREZZAMENTO RISERVATO AGLI STATI E IL CD. TIME FACTOR. OSSERVAZIONI A MARGINE DELLA DECISIONE DELLA GRANDE CAMERA RESA CONTRO L'AUSTRIA.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il margine di apprezzamento riservato agli Stati membri. - 3. Il cd. *time factor*. - 4. Conclusioni.

1. Premessa.

Nel novembre del 2011 è intervenuta la pronuncia, resa in via definitiva dalla Grande Camera, nell'ambito del giudizio instaurato nei confronti dell'Austria, in relazione alla disciplina che pone il divieto di ricorrere alla donazione esterna ai membri della coppia di ovuli e di sperma, destinato a un tipo di fecondazione *in vitro*¹.

La pronuncia della Grande Camera, che ha riconosciuto, superando il proprio precedente dell'aprile del 2010, che la legislazione austriaca non si pone in contrasto con gli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, presenta numerosi spunti di riflessione.

Innanzitutto, essa rappresenta, in relazione al giudizio che attualmente pende davanti alla Corte costituzionale italiana sul divieto sancito dalla legge n. 40 del 2004², un punto di riferimento per la stessa interpretazione degli artt. 8 e 14 CEDU. Le disposizioni convenzionali, infatti, sono state richiamate quali parametri interposti, in relazione al primo comma dell'art. 117 Cost., dalle ordinanze di rimessione dei Tribunali di Firenze, Catania e Milano che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale sull'art. 4, terzo comma, della legge n. 40 del 2004³. L'udienza di discussione davanti alla Corte costituzionale è stata

¹ CORTE EDU, sent. 3.11.2011. In relazione alle decisioni della Grande Camera, vengono in rilievo, in particolare, gli artt. 30 (*Rimessione alla Grande Camera*), che regola i casi in cui prima che sia stata resa una decisione, la Camera possa rimettere il caso alla Grande Camera, qualora la questione sollevi "gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi protocolli, o se la sua soluzione rischia di dar luogo ad un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte", e 42 (*Rinvio dinanzi alla Grande Camera*) CEDU, secondo cui "ogni parte della controversia può, in situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinanzi alla Grande Camera", entro tre mesi dalla data della pronuncia della Camera. Si veda, sul punto, S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001.

La disciplina austriaca (*Fortpflanzungsmedizingesetz* del 1992) pone un divieto assoluto di ricorrere alla donazione di gameti femminili, mentre per quanto riguarda la donazione di sperma la disciplina opera una gradazione del divieto. Risulta, infatti, vietata la sola donazione di sperma destinato a un tipo di fecondazione *in vitro*, mentre se la fecondazione è *in vivo* la donazione è ammessa.

² La legge n. 40 del 2004 all'art. 4, terzo comma, pone un divieto assoluto di ricorrere alla donazione di gameti esterni alla coppia.

³ Sul rapporto fra giudici comuni e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si veda B. RANDAZZO, "Giudici comuni e Corte Europea dei diritti", in P. FALZEA – A. SPADARO – L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 249, che, con particolare riguardo alla possibile configurazione di conflitti fra interpretazione costituzionalmente conforme e interpretazione convenzionalmente conforme, si sofferma sul possibile conflitto normativo tra Costituzione e Convenzione, per come esse sono rispettivamente interpretate dalla Corte costituzionale e dalla Corte EDU, che si potrebbe delineare nel caso in cui una disciplina interna venisse dichiarata incompatibile con la CEDU e ritenuta dalla Corte costituzionale quale normativa costituzionalmente necessaria.

Se pure la legge n. 40 non sia (ancora) oggetto di un giudizio davanti alla Corte EDU, si può osservare come questa qualificazione sia stata effettivamente riconosciuta dalla Corte costituzionale con la sent. 28.1.2005, n. 45, in *Giur. cost.*, 2005, I, 337 ss., in tema di ammissibilità della richiesta referendaria che mirava ad abrogare l'intera disciplina. Il Giudice delle Leggi ha qualificato la legge n. 40 quale normativa costituzionalmente necessaria, che rende il relativo quesito referendario inammissibile, poiché non può essere abrogata integralmente. In quest'ultimo caso, infatti, verrebbe eliminata la tutela predisposta in relazione a disposizioni costituzionali che verrebbero violate. Si può, inoltre, osservare come la Corte costituzionale non abbia in questa occasione indicato in modo specifico quale fosse questo contenuto costituzionalmente necessario. Il Giudice delle Leggi ha fatto esclusivo riferimento al fatto che la legge n. 40 del 2004 risulta essere la prima disciplina organica in quella materia. Se quindi fosse stato dichiarato ammissibile il relativo quesito

fissata per il 22 maggio 2012, in un primo tempo stabilita per il 20 settembre. Il rinvio può trovare forse la sua motivazione sia nella necessità di riunire i giudizi instaurati dai tre Tribunali sia nell'intenzione di attendere la decisione definitiva della Grande Camera⁴.

Occorre a questo proposito sottolineare che anche la precedente decisione della Corte EDU⁵, se pur non definitiva, aveva dispiegato un effetto determinante sulla stessa decisione dei giudici di sollevare la relativa questione.

In secondo luogo, la decisione della Grande Camera consente di soffermarsi sulle argomentazioni che sono state poste a fondamento della stessa, con specifico riferimento alla cd. dottrina del margine di apprezzamento⁶ e al cd. *time factor*⁷.

Sotto il primo profilo, è possibile verificare come, a fronte del riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità riservato agli Stati in questa materia in relazione non solo alla mancata individuazione di una posizione comune in ambito europeo, ma anche all'evoluzione tecnica e scientifica, la Corte EDU sia pervenuta a due opposte decisioni.

Con riferimento al cd. *time factor*, ci si intende soffermare sulle considerazioni svolte dalla Grande Camera in punto di evoluzione tecnica, scientifica e sociale in materia di tecniche riproduttive per verificare se sia possibile inquadrare (e, quindi, limitare) la decisione che ha ritenuto compatibile con la CEDU la normativa austriaca nel preciso momento storico in cui la stessa è stata portata al giudizio della Corte costituzionale austriaca⁸.

Più precisamente, si intende verificare se la decisione della Grande Camera, che ha dichiarato la compatibilità rispetto alla CEDU della normativa con specifico riferimento alle acquisizioni tecniche e scientifiche raggiunte nel momento in cui la disciplina austriaca è stata impugnata, possa far ritenere che il

referendario, avente a oggetto l'intera disciplina, si sarebbe potuto determinare un vuoto legislativo, a causa della mancanza di ogni altra regolamentazione, nell'ipotesi di un esito della consultazione nel senso dell'abrogazione della legge.

Sottolinea come già con la sentenza n. 347 del 1998, in materia di disconoscimento di paternità, la Corte costituzionale avesse definito costituzionalmente necessaria una disciplina che garantisse lo *status* del nato da tecniche di fecondazione assistita, anche a un "livello minimo essenziale di tutela", C. TRIPODINA, "Corte costituzionale e referendum sulla procreazione assistita", in *Dem e dir.*, IV, 2004, 220.

⁴ Per quanto riguarda il rapporto fra la decisione della Grande Camera e la futura decisione della Corte costituzionale e l'eventuale difformità di giudicati fra le Corti, si può richiamare quanto è stato osservato da A. PERTICI, "La Corte costituzionale e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", in P. FALZEA – A. SPADARO – L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 204, che ha ritenuto come un "contributo alla limitazione della conflittualità [fra il Giudice costituzionale e la Corte EDU] può provenire [...] soprattutto da un atteggiamento del giudice costituzionale di 'attenzione' verso la CEDU (eventualmente anche a prescindere dal suo valore formale nell'ordinamento interno) e ancor più verso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo quando da questa risulti il riconoscimento di un miglior livello di garanzia di alcuni diritti".

⁵ CORTE EDU, sent. 1.4.2010 (ricorso n. 57813, 8.5.2000).

⁶ Pone in evidenza il "ruolo cruciale nell'interpretazione della Convenzione" svolto dalla dottrina del margine di apprezzamento B. RANDAZZO, "Il giudizio dinanzi alla Corte Europea dei Diritti: un nuovo processo", in *www.rivistaaic.it*, 30, che sottolinea come "L'ampiezza del margine di apprezzamento [...] varia a seconda dei diritti, del contesto e del livello di omogeneità degli ordinamenti. Così, ad esempio, con riguardo al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), la giurisprudenza europea ha precisato che per determinare l'ampiezza del margine di apprezzamento riservato allo Stato in un determinato caso occorre considerare una molteplicità di fattori".

Ricostruisce la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione al margine di apprezzamento P. 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, Bologna, 2007, 149, che individua la ragione che ha portato a definirlo quale vera e propria dottrina nella "frequenza con cui [...] ricorre nella giurisprudenza della Corte, non certo nella presenza di elementi concettuali tali da raffigurare il margine come un postulato teorico". E ancora il margine di apprezzamento viene definito dall'Autore quale tecnica di giudizio, al pari "del bilanciamento di valori o della ragionevolezza/proporzionalità nei giudizi della Corte costituzionale italiana".

Si veda, inoltre, 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*, Giappichelli, Torino, 2003, 65 ss.

⁷ In questi termini si esprimono i giudici che hanno redatto la loro opinione dissenziente rispetto alla decisione della Grande Camera.

⁸ Anticipando le successive considerazioni, si riporta il passaggio del paragrafo § 84 della decisione secondo cui la Corte EDU non si deve occupare di verificare se vi sia una violazione della CEDU da parte della disciplina austriaca, bensì se quest'ultima risultasse giustificata nel momento in cui è stata impugnata: "However, 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".

divieto di donazione dei gameti esterni alla coppia sia incompatibile rispetto alla Convenzione nel caso in cui si registri un'evoluzione delle conoscenze scientifiche in materia che non lo renda ragionevole.

2. Il margine di apprezzamento riservato agli Stati membri.

La decisione della Grande Camera sovverte, superandolo, il proprio precedente, pur mantenendo la struttura, nella decisione, che separa le argomentazioni che fondano la decisione, in relazione alla donazione di ovuli e a quella di sperma.

Il cambiamento nella posizione della Corte EDU si fonda su argomentazioni che riguardano ancora una volta il margine di apprezzamento riservato agli Stati⁹.

A questo proposito, è necessario richiamare sia pur brevemente quanto la Corte EDU ha avuto modo di affermare sul punto nella sua prima decisione.

La Corte EDU, innanzitutto, aveva ricordato quanto sostenuto dai ricorrenti e dal Governo austriaco. I primi hanno ritenuto che non si potesse individuare alcun margine di apprezzamento per gli Stati nel disciplinare le situazioni riconducibili all'ambito applicativo del diritto a fondare una famiglia e di procreare. Il secondo, al contrario, ha chiarito come nella materia della procreazione artificiale e dunque nella scelta di quali tecniche autorizzare vi sia un margine di apprezzamento per gli Stati, che in considerazione della mancanza di un consenso da parte degli stessi risulta particolarmente ampio.

In secondo luogo, la Corte EDU aveva riconosciuto che nella materia *de qua* non vi è un approccio uniforme fra gli Stati membri, risultando la stessa diversamente disciplinata e potendo quindi essere individuato un margine di apprezzamento ampio, in capo ai legislatori nazionali. In particolare, questo margine di apprezzamento viene individuato sia nel momento in cui il legislatore decide se intervenire in materia, sia quando il legislatore pone una disciplina, operando un bilanciamento fra i diversi interessi pubblici e privati che vengono in rilievo (paragrafo § 69).

Occorre a questo proposito richiamare il passaggio della motivazione in cui la Corte aveva chiarito come non esista un obbligo per gli Stati di adottare una normativa che permetta di accedere alla

⁹ Si possono richiamare alcuni precedenti della Corte EDU, in materie analogamente delicate, che pongono in evidenza l'importanza delle considerazioni svolte intorno al margine di apprezzamento.

Viene in rilievo, a questo proposito, la decisione della Grande Camera che sovverte il proprio precedente nel caso dell'esposizione del crocifisso, *Lautsi c. Italia*, 2011, su cui si veda L. VANONI, "Il crocifisso e la neutralità: brevi considerazioni a margine della sentenza *Lautsi and Others v. Italy*", in www.forumcostituzionale.it, che ritiene convincente la decisione per una serie di motivazioni fra le quali il fatto che il caso è stato deciso richiamando la dottrina del margine di apprezzamento "colpevolmente ignorata dai giudici della Seconda sezione". In particolare, l'Autore ricorda come la Corte EDU abbia sempre affermato che "non è suo compito giudicare le scelte delle autorità nazionali circa il ruolo storico che le tradizioni culturali occupano all'interno degli ambienti scolastici di ciascun paese" e che la Grande Camera ha in questo modo "riaffermato la natura sussidiaria del sistema della Convenzione, che è strutturato per offrire una tutela supplementare dei diritti umani in Europa e non per sostituirsi interamente agli ordinamenti costituzionali nazionali". In senso critico, considera la sentenza "contraddistinta da un percorso tortuoso e talvolta contraddittorio" M. BIGNAMI, "Il crocifisso nelle aule scolastiche dopo Strasburgo: una questione ancora aperta", in www.rivistaaic.it, che peraltro ritiene che la Grande Camera abbia "depotenziato il proprio spazio di intervento, affidando in via di principio al margine di apprezzamento dello Stato" la decisione di conservare o meno una tradizione.

In relazione alle valutazioni svolte sul margine di apprezzamento in tema di adozione di un minore da parte di omosessuali, E. B. c. Francia, 2011, si vedano le considerazioni di E. LAMARQUE, "Adozione da parte dei *single* omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?", in www.forumcostituzionale.it.

In tema di aborto, viene in rilievo la decisione A., B. e C. c. Irlanda, sulla quale si veda D. TEGA, "Corte europea dei diritti: l'aborto tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno nel caso A, B e C contro Irlanda", in www.forumcostituzionale.it, che si sofferma in particolare sul bilanciamento tra il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il consenso che si può formare tra questi in settori morali o etici. Sulla stessa decisione, si veda anche F. R. MARTINEZ, "In Europa l'aborto è un diritto?", in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, 49 ss.

Con riguardo al matrimonio fra persone dello genere, si può richiamare la decisione *Schalk e Kopf c. Austria*, 2010, sulla quale si veda tra gli altri G. REPETTO, "Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione 'virtuosa' di un diritto", in www.rivistaaic.it, che sottolinea come "Anche se il contesto europeo presenta un *favor* crescente per il matrimonio omosessuale, il numero degli stati che lo riconoscono è ancora troppo esiguo perché la Corte europea possa registrare la formazione di uno *standard* di tutela, assorbendolo di conseguenza all'interno delle garanzie della Convenzione", e E. CRIVELLI, "Il matrimonio e le coppie omosessuali", in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, 61 ss.

procreazione assistita. Una volta, però, che una simile decisione sia stata presa dal legislatore, occorre che, nonostante l'ampio margine di apprezzamento che gli è garantito, la disciplina sia definita in modo coerente.

Da questa considerazione parte della dottrina ha fatto discendere la conclusione secondo cui la Corte EDU avrebbe ritenuto legittime e coerenti le sole scelte di completa liberalizzazione o di divieto assoluto delle stesse tecniche. Secondo questa impostazione, la legge n. 40 del 2004, che pone un divieto assoluto alla tecnica di tipo eterologo, non potrebbe considerarsi suscettibile di violare la CEDU, non essendo assimilabile al divieto austriaco che modula diversamente la disciplina in materia¹⁰.

Si può a questo riguardo osservare come la Corte EDU, nel paragrafo § 74, non sembri aver fatto riferimento al profilo di coerenza "interna" del divieto di fecondazione eterologa austriaco e, dunque, alla presenza di un divieto assoluto di donazione di ovuli e di un divieto parziale per quanto riguarda la donazione di sperma. Sembra, al contrario, che la Corte EDU si sia riferita, più ampiamente, alla scelta del legislatore di disciplinare o meno le tecniche di riproduzione assistita.

In particolare, e tenuto conto che nella decisione, come anche in quella definitiva, vengono tenute separate le motivazioni relative al divieto di donazione di ovuli e a quello di donazione di sperma, sembra che la Corte EDU abbia giudicato il profilo di incoerenza nella scelta di porre questi divieti, una volta che il legislatore austriaco ha deciso di disciplinare la materia delle tecniche assistite.

Si può quindi ritenere che la Corte EDU non avesse implicitamente ritenuto che il divieto assoluto per le tecniche eterologhe risultasse legittimo, oltre che proporzionato e rientrante nella sfera di discrezionalità del legislatore, considerando coerente la scelta di vietare entrambi i tipi di donazione (di gameti sia femminili sia maschili, destinati a una fecondazione sia *in vivo* sia *in vitro*).

Si potrebbe, quindi, dedurre dalle prime argomentazioni della Corte EDU, che quest'ultima abbia inteso considerare il profilo di coerenza rispetto all'intera disciplina e dunque in relazione alla stessa scelta compiuta dal legislatore di porre una disciplina in materia: se uno Stato decide di regolamentare la materia e di permettere la fecondazione di tipo artificiale, andrà verificato rispetto a questa decisione la coerenza di tutte le specifiche determinazioni che il legislatore intende assumere in relazione alle diverse tecniche che ormai possono essere attuate grazie all'evoluzione scientifica.

La libertà nel determinare il contenuto della disciplina della fecondazione assistita e la diversità di approcci tra gli ordinamenti non esclude, però, che la Corte EDU possa verificare se le scelte legislative risultino ragionevoli e le eventuali disparità di trattamento giustificate in modo sufficiente.

A fronte di queste considerazioni, la Corte EDU aveva individuato, come si è anticipato, una violazione da parte della normativa austriaca della CEDU¹¹.

A seguito del rinvio alla Grande Camera¹², quest'ultima, dopo aver ricordato come i ricorrenti abbiano sostenuto che in ragione dell'importanza del diritto di fondare una famiglia e di procreare gli Stati non godano di alcun margine di apprezzamento, sottolinea come occorra prendere in considerazione una serie di elementi per determinarne l'ampiezza¹³.

¹⁰ In questo senso A. DIURNI, "La fecondazione eterologa al vaglio della Corte Europea", in *Fam. pers. succ.*, 2011, VI, 409.

¹¹ In particolare, nel senso di individuare un profilo di incoerenza nella decisione, si veda A. OSTI, "Il caso S.H. e altri c. Austria: il diritto (di coppia?) a procreare e la fecondazione eterologa", in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, 18, secondo la quale "la sentenza non sembra far presagire quella che sarà poi la decisione finale: non stupisce, infatti, il richiamo alla teoria generale elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo sul consenso e sul margine di apprezzamento e anzi la sua applicazione rigorosa avrebbe dovuto in realtà condurre la Corte a non interferire con la legislazione nazionale [...]. Ma la Corte contraddice se stessa e, svolte queste doverose e corrette premesse, si appropria di quel piccolo spazio lasciato alla sua disponibilità e valuta, nel merito, la irrilevanza e l'insufficienza degli argomenti del governo austriaco a giustificazione della differenziazione di posizioni".

¹² Si veda l'art. 43 CEDU (*Rinvio dinanzi alla Grande Camera*).

¹³ Si possono richiamare le osservazioni svolte nell'opinione dissenziente di alcuni giudici, al paragrafo § 11, laddove si rileva come in alcuni casi la Grande Camera abbia fatto riferimento a un margine di apprezzamento "*wide or broad*", in altri casi "*without any qualifying adjective*", con ciò contribuendo a creare incertezza intorno allo stesso concetto. In definitiva, "*The result is that the Court's position is unclear and uncertain, or even opaque*".

Laddove non vi sia una posizione condivisa fra gli Stati sia sulla portata degli interessi che vengono in rilievo, sia sulle modalità per garantire loro protezione, il margine di apprezzamento risulta più ampio. In ragione, inoltre, della loro specifica posizione, i legislatori nazionali si trovano in una migliore condizione, rispetto ai giudici di livello internazionale, per stabilire le modalità con cui porre una disciplina in materie che toccano questioni morali ed etiche.

Pur riconoscendo come in materia di procreazione assistita non vi sia una posizione comune fra gli Stati membri e, dunque, debba ravvisarsi un ampio margine di apprezzamento, la Grande Camera non ritiene che possa esserle precluso un controllo relativo alla ragionevolezza e proporzionalità delle stesse discipline predisposte dai legislatori nazionali (paragrafo § 97).

Con specifico riferimento al divieto assoluto di donazione di ovuli, pur a fronte del riconoscimento della possibilità di adottare soluzioni diverse in materia, la Grande Camera considera di non dover indagare questa evenienza, bensì di valutare se il legislatore austriaco abbia oltrepassato il margine di apprezzamento che gli è garantito dall'art. 8 CEDU. Sotto questo profilo, assume particolare importanza nella valutazione la considerazione per cui non si può individuare un consolidato consenso, in ambito europeo, intorno alla legittimità della donazione di ovuli (paragrafo § 106).

Con riguardo al divieto parziale di donazione di sperma, la Grande Camera rileva come il fatto che il legislatore austriaco consenta la donazione di sperma destinato a un tipo di fecondazione *in vivo* dimostri l'approccio del legislatore nel senso della prudenza e della cautela nel disporre una disciplina in materia. Da un lato, la procreazione con donazione di sperma *in vivo* è una tecnica ormai accettata nella società austriaca e, dall'altro, la disciplina non impedisce che le coppie possano recarsi all'estero. Anzi, lo stesso codice civile austriaco detta una specifica disciplina in caso di successo delle tecniche attuate all'estero (paragrafo § 114)¹⁴.

In questo senso si può porre in evidenza un profilo di analogia tra quanto previsto nell'ordinamento austriaco che, come ha rilevato la Corte EDU, non vieta alle coppie di recarsi in paesi dove sono consentite le tecniche vietate in Austria e quanto prevede la legge n. 40 che analogamente consente i cd. viaggi procreativi. La legge n. 40 infatti da un lato non pone alcuna sanzione penale a carico di chi si sottoponga all'estero alle tecniche di fecondazione eterologa e dall'altro regola lo *status* del nato a seguito della loro applicazione¹⁵.

Un ulteriore aspetto connesso alle considerazioni svolte in relazione al cd. margine di apprezzamento concerne la valutazione che la Grande Camera opera a seguito del riconoscimento della compatibilità della normativa alla CEDU.

In particolare, la Grande Camera si sofferma sul fatto che il legislatore austriaco non abbia recepito il monito della Corte costituzionale che, pur non rilevando alcuna violazione della CEDU, aveva chiarito che lo stato delle conoscenze nel campo della procreazione assistita poteva essere soggetto a modifiche di cui il legislatore avrebbe dovuto tenere conto.

A fronte del fatto che non risulta (paragrafo § 118) che il legislatore austriaco abbia dato seguito a questa indicazione, la Corte EDU si limita a ribadire che nella materia in oggetto vi è una continua evoluzione di cui occorre tenere conto.

¹⁴ Anche a questo proposito si possono richiamare le considerazioni svolte in sede di opinione dissenziente (paragrafo § 13), laddove si sottolinea che l'argomento per cui alle coppie è comunque permesso di andare all'estero ("*without taking into account the potential practical difficulties or the costs that may be involved*") non appare conferente, poiché occorre considerare la violazione del diritto alla vita privata che deriva dal divieto assoluto posto dall'ordinamento austriaco.

Criticamente, sul punto relativo al cd. turismo procreativo, si veda M. CASTELLANETA, "La Grande camera della Cedu inverte la rotta: legittimo il divieto di fecondazione eterologa", in *Guida al dir.*, 2011, n. 46, 17, la quale osserva come "In modo singolare, poi, la Grand Chambre considera positivo che l'Austria non impedisce, né punisce coloro che si recano all'estero per ricorrere a queste tecniche" e come a suo avviso la Corte non risponda a domande cruciali come quella relativa al diritto del bambino ad avere informazioni sulla madre e quella su eventuali abusi o rischi che non vengono di per sé meno con il divieto in commento.

¹⁵ Nell'opinione dissenziente (paragrafo § 13) si sottolinea come la Grande Camera richiamando la disciplina codicistica relativa allo *status* del nato da tecniche applicate all'estero contraddica le considerazioni svolte al paragrafo § 113.

Questo passaggio viene ripreso criticamente nell'opinione dissenziente (paragrafo § 6), ponendosi in evidenza la contraddittorietà delle argomentazioni della Grande Camera che da un lato riconosce l'inerzia del legislatore e la necessità di tenere conto dell'evoluzione scientifica in materia e dall'altro ritiene che non vi sia violazione della CEDU da parte della normativa austriaca.

3. Il cd. *time factor*¹⁶.

A fronte di queste considerazioni, occorre soffermarsi sulla valutazione intorno all'evoluzione tecnica e scientifica che può essere rilevata nella materia *de qua*.

Questo passaggio della motivazione della decisione della Grande Camera sembra costituire, infatti, il punto centrale dell'intera motivazione della sentenza, insieme a quello che in sede di opinione dissenziente è stato definito *time factor*.

Nelle osservazioni conclusive, la Corte EDU rileva come il Parlamento austriaco non ha, fino a quel momento, svolto una valutazione approfondita intorno alle regole in materia di procreazione medicalmente assistita, tenendo in considerazione la rapida evoluzione che si è verificata sia nella società sia nelle tecniche scientifiche.

Se pure la Corte costituzionale austriaca aveva rilevato come la normativa non contrastasse con il principio di proporzionalità espresso dalla CEDU, ma riflettesse lo stato di conoscenza scientifica e sociale di quel tempo, la Corte EDU pone particolare attenzione alla considerazione per cui i principi che hanno ispirato quelle scelte legislative possono essere suscettibili di un'evoluzione di cui lo stesso legislatore deve tenere conto (paragrafo § 117).

È alla luce di queste considerazioni che la Grande Camera ritiene che non vi sia alcuna violazione della CEDU. È, infatti, necessario considerare, ai fini della valutazione intorno alla legittimità della disciplina *de qua*, il tempo in cui questa è stata posta in essere.

Appare pertanto molto significativo che la Corte EDU abbia sottolineato in diversi passaggi della sua motivazione (in particolare ai paragrafi §§ 115 e 118) come il legislatore austriaco non abbia oltrepassato il margine di apprezzamento che gli è riservato "*at the relevant time*" e che, ancora più esplicitamente, la Grande Camera riconosca che "sebbene non sia configurabile alcuna violazione dell'art. 8 CEDU nel caso di specie, la Corte considera che questa materia, nella quale il diritto sembra essere in continua evoluzione e che è soggetta a un'evoluzione particolarmente rapida sia dal punto di vista scientifico sia giuridico, necessita di essere rivisitata dagli Stati membri".

Sembra dunque potersi dedurre che la Corte EDU dichiari la compatibilità dei divieti austriaci (relativi alla donazione di ovuli e a quella di sperma) rispetto alla CEDU non in senso assoluto, ma in stretta relazione rispetto al momento in cui la disciplina è stata posta e in cui è venuta in rilievo la questione della sua compatibilità alla CEDU e, dunque, tenendo conto dell'evoluzione scientifica, oltre che sociale, che si è rilevata in quello specifico momento storico nella materia *de qua*.

Un ulteriore elemento che può condurre a ritenere che la Corte abbia voluto enfatizzare la portata della sua decisione confinandola temporalmente al momento in cui le coppie hanno presentato ricorso alla Corte costituzionale austriaca emerge dal paragrafo § 84.

In questo passaggio, infatti, la Grande Camera specifica di non dover valutare se il divieto di donazione di ovuli o di sperma risulti compatibile oggi con la CEDU ("*[...] it is not [...] to consider whether the prohibition of sperm and ova donation at issue would or would not be justified today under the Convention*"). La questione che deve essere decisa, a giudizio della Corte, concerne, invece, la compatibilità delle disposizioni alla CEDU nel momento in cui sono state prese in considerazione dalla Corte costituzionale

¹⁶ CORTE EDU, sent. 3.11.2011, nella parte relativa alle opinioni dissenzienti dei giudici, paragrafo § 4.

austriaca (“*The issue [...] to decide is whether these prohibitions were justified at the time they were considered by the Austrian Constitutional Court*”).

Sotto questo profilo, si rivelano determinanti nell'avvalorare tale conclusione le considerazioni svolte dai giudici Tulkens, Hirvela, Lazarova Trajkovska e Tsotsoria nella loro opinione dissenziente, riportata in calce alla decisione¹⁷.

L'importanza del cd. *time factor* infatti viene esplicitamente riconosciuta e posta in evidenza (paragrafo § 4), ripercorrendo in modo significativo le tappe temporali che hanno caratterizzato il caso.

La legge austriaca, che risale al 1992, è stata ritenuta lesiva dei diritti delle coppie che hanno presentato ricorso alla Corte costituzionale austriaca¹⁸. Quest'ultima si è pronunciata nel 1999. Nel 2000 le due coppie ricorrenti si sono rivolte alla Corte EDU, che si è espressa in via non definitiva ben dieci anni dopo (aprile 2010). Da ultimo, come noto, la decisione della Grande Camera è intervenuta a quasi un anno e mezzo di distanza, nel novembre del 2011.

I giudici dissenzienti rilevano come “In queste particolari circostanze [risulti] artificioso per la Corte confinare la sua valutazione alla situazione esistente al momento, il 1999, in cui la Corte costituzionale si è pronunciata e nel contesto di quel momento, in questo modo privando deliberatamente la decisione della Grande Camera [...] di ogni reale portata” (paragrafo § 4).

In particolare, vengono richiamati i paragrafi §§ 84 e 118 della decisione, laddove si è sostenuto che l'evoluzione e i cambiamenti relativi in materia possono avere ripercussioni sulle valutazioni della Corte e che la stessa Corte costituzionale austriaca aveva stabilito che il legislatore avrebbe dovuto tenerne conto.

Occorre, infine, considerare che l'importanza del cd. *time factor* può essere ricostruita anche in relazione a un diverso profilo. A questo proposito, si devono considerare, in generale, le conseguenze sulla stessa tutela dei diritti che possono derivare dal consistente intervallo temporale, rispetto all'introduzione del giudizio, delle decisioni definitive da parte della Corte EDU.

In particolare, per il caso che qui interessa, si possono valutare gli effetti prodotti sulle coppie ricorrenti, in ragione della distanza di tempo che separa i loro primi ricorsi alla Corte costituzionale austriaca e alla Corte EDU e la decisione definitiva della Grande Camera. Viene in rilievo la particolare materia oggetto di giudizio, ovvero la procreazione e, più in generale, le scelte della coppia in relazione alla propria sfera di vita privata e familiare.

Da questo punto di vista, si può osservare come il trascorrere del tempo possa dispiegare notevoli conseguenze in questo settore, laddove rilevano innanzitutto la condizione di salute e l'età dei membri della coppia.

¹⁷ Nel nostro ordinamento, un indice relativo alla possibile ricostruzione di un'opinione dissenziente può essere forse rintracciato nel fatto che in alcuni casi il giudice relatore non è poi lo stesso che redige la decisione.

Un esempio, sempre in materia di procreazione medicalmente assistita, può essere costituito da CORTE COST., ord. 9.11.2006, n. 369, in *Giur. cost.*, 2006, VI, 3831 ss., in relazione alla quale il fatto che la decisione sia stata una “pronuncia ‘sofferta’ è rivelato anche dal rifiuto del giudice relatore di redigerne il testo” (A. MORELLI, “Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi”, in www.forumcostituzionale.it). Definisce, inoltre, l'ord. n. 369 una decisione “sofferta” A. CIERVO, “Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali”, in *Giur. cost.*, 2008, IV, 3669.

¹⁸ Il ricorso alla Corte costituzionale austriaca risale al 4 maggio 1998. Le sezioni della legge *Fortpflanzungsmedizingesetz* del 1992 impugnate sono la 3.1 e la 3.2.

La Corte costituzionale austriaca aveva osservato come la scelta di vietare la donazione di ovuli e di consentire quella di sperma per una fecondazione *in vivo* non oltrepassasse i limiti posti alla sfera di discrezionalità garantita al legislatore. In particolare, si sarebbe inteso individuare un bilanciamento tra il diritto alla procreazione dei genitori e il diritto al benessere dei nascituri, attraverso la possibilità di accedere alle sole tecniche assistite di tipo omologo e a quelle che non si discostano troppo dai metodi naturali di concepimento.

Si rilevava come il fatto che fosse consentita la donazione di sperma per un tipo di fecondazione *in vivo* non avrebbe determinato alcun profilo di irragionevolezza, poiché la stessa tecnica è nota da tempo e non crea relazioni familiari atipiche.

La Corte costituzionale, dunque, non aveva individuato alcuna violazione del principio di uguaglianza, poiché la diversità di trattamento trovava il proprio fondamento nella considerazione per la quale non potevano sollevarsi contro le tecniche di tipo omologo le stesse obiezioni sollevate contro quelle di tipo eterologo.

Innanzitutto, infatti, nel campo della procreazione assistita possono essersi verificati “importanti mutamenti sia da un punto di vista sociale che medico”¹⁹.

In secondo luogo, non si può non considerare come il passare del tempo abbia potuto compromettere o addirittura negare la possibilità per le coppie ricorrenti di soddisfare il proprio desiderio di genitorialità, indipendentemente dal merito della decisione assunta dalla Grande Camera. Anche nel caso in cui quest’ultima avesse confermato la prima decisione, infatti, i ricorrenti avrebbero dovuto attendere diversi anni prima di poter ricorrere, nel loro ordinamento, alle tecniche per loro necessarie per soddisfare il loro desiderio di genitorialità.

Si può immaginare che l’attesa della decisione della Grande Camera abbia potuto indurre le coppie a non recarsi all’estero, nella speranza di vedersi riconosciuta la possibilità di ricorrere alle tecniche necessarie nel loro paese. Una volta intervenuta la decisione, per loro negativa, si pone il problema di verificare se la possibilità di recarsi all’estero sia ancora percorribile in ragione di un eventuale mutamento del quadro clinico della coppia.

4. Conclusioni.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si possono svolgere alcune osservazioni che cercano di dare risposta all’interrogativo intorno alla rilevanza che il caso austriaco potrebbe dispiegare nel nostro ordinamento, con particolare riferimento al giudizio che pende davanti alla Corte costituzionale.

Da un primo punto di vista, considerando la prima decisione della Corte EDU, occorre senz’altro prendere atto dell’influenza che essa ha dispiegato nel nostro ordinamento, in relazione alla decisione di sollevare la questione di legittimità costituzionale sul comma terzo dell’art. 4 della legge n. 40.

Prima della decisione della Corte EDU, infatti, i giudici, che erano stati chiamati a giudicare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, avevano ritenuto la stessa manifestamente infondata²⁰. Successivamente, invece, i giudici comuni hanno instaurato il giudizio che attualmente pende davanti alla Corte costituzionale²¹.

Tale effetto, peraltro, ovvero quello di determinare l’instaurazione del giudizio davanti alla Corte costituzionale, si può ritenere che non sia stato collegato necessariamente alla positiva valutazione intorno alla assoluta omogeneità dei due divieti, italiano e austriaco²². Il dubbio di legittimità costituzionale, infatti, può ritenersi non manifestamente infondato e dunque suscettibile di giungere al giudizio della Corte

¹⁹ Si sofferma sulla questione temporale C. GRABENWARTER, “Vita privata, fecondazione in vitro e «margine di apprezzamento» degli stati membri”, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, 36, con particolare riferimento agli effetti negativi legati all’eccessiva durata dei giudizi davanti alla Corte EDU.

²⁰ TRIB. MILANO, ord. 23.11.2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, VII-VIII, 774 ss., che conferma TRIB. MILANO, ord. 7.4.2009, ined.

²¹ Si fa riferimento a TRIB. FIRENZE, ord. 13.9.2010 (n. 19 del 2011), TRIB. CATANIA, ord. 26.10.2010 (n. 34 del 2011) e TRIB. MILANO, 2.2.2011 (n. 163 del 2011), 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.

²² Con specifico riferimento alla possibilità che le considerazioni svolte in sede di giudizio europeo possano valere anche per l’ordinamento italiano, si può osservare come da un lato si potrebbe ritenere che i due divieti siano assimilabili quantomeno con riguardo al divieto di donazione di ovuli (in entrambe le discipline di tipo assoluto) e che quindi le osservazioni svolte dal giudice europeo possano valere anche per il divieto italiano (che prevede un doppio divieto assoluto, sia per la donazione di ovuli sia per quella di sperma). Il giudice europeo ha chiaramente separato le motivazioni relative al divieto di donazione di ovuli e a quello di donazione di sperma, con ciò non valutando il contrasto con la CEDU nella irragionevole disparità di disciplina riservata alla donazione di ovuli e di sperma (paragrafo § 69).

Dall’altro lato, permangono dei dubbi in relazione alla differenziazione operata da parte del legislatore austriaco tra donazione di sperma destinato a fecondazione *in vivo* o *in vitro*, che non si rintraccia nella disciplina italiana.

Ritiene invece perfettamente sovrapponibili la disciplina austriaca e quella italiana per quanto riguarda il divieto alle tecniche eterologhe “sia dal punto di vista del livello della fonte utilizzata, sia da quello finalistico” G. SALERNO, “Chance ormai ridotte per l’incostituzionalità delle norme italiane contenute nella legge 40”, in *Guida al dir.*, 2011, n. 46, 20, che ritiene che le considerazioni della Corte EDU intorno alla coerenza delle disposizioni austriache rispetto alla CEDU “non potranno essere accantonate allorché la nostra Corte costituzionale provvederà all’esame delle questioni di costituzionalità sollevate in ordine alla legge n. 40 del 2004”.

costituzionale a prescindere da questa valutazione, avendo riguardo agli altri parametri costituzionali richiamati dalle ordinanze di rimessione²³.

L'influenza della prima pronuncia, inoltre, è dimostrata anche dal fatto che in un'altra occasione (in cui al contrario si è deciso di non sollevare la relativa questione) si è fatto comunque espresso riferimento alla stessa per escluderne qualunque tipo di effetto nel nostro ordinamento in ragione della diversità delle discipline austriaca e italiana²⁴.

Con particolare riferimento alla decisione della Grande Camera, si possono svolgere alcune considerazioni, che portano a ritenere come la decisione intorno alla compatibilità del divieto alla CEDU abbia una specifica portata temporalmente delimitata, che induce a dubitare della reale influenza della decisione europea rispetto al giudizio costituzionale italiano.

Le considerazioni che la Grande Camera ha svolto in relazione al cd. *time factor*, pur a fronte del riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità, sembrano infatti confinare chiaramente la decisione al momento in cui la legge austriaca è stata impugnata davanti alla Corte costituzionale (paragrafo § 84).

Tenuto conto, quindi, del livello di conoscenza sia scientifico sia sociale raggiunto in quel momento storico, la Grande Camera ha ritenuto che la disciplina non potesse ritenersi contrastante con la CEDU. Da questo punto di vista, sembra potersi concludere nel senso che la questione centrale nella valutazione intorno alla compatibilità alla CEDU del divieto austriaco, così come anche di altre disposizioni in materia poste da altri ordinamenti, non sia più, in prima istanza, la valutazione intorno all'omogeneità o disomogeneità delle diverse disposizioni rispetto alla disciplina austriaca, per poter successivamente considerare valide o meno le considerazioni svolte nei confronti dell'Austria per il giudizio costituzionale italiano.

La Grande Camera ha, infatti, reso esplicito con i costanti riferimenti al *time factor* come la ragionevolezza e la compatibilità alla CEDU del divieto di donazione dei gameti debbano essere valutate in rapporto alle conoscenze scientifiche che caratterizzano il momento storico in cui si opera la scelta di porre una disciplina in materia.

Si può forse dubitare, da questo punto di vista, che la Grande Camera sarebbe pervenuta alla stessa decisione nel caso in cui avesse inteso considerare anche lo stato di conoscenze in materia intervenute a quasi venti anni di distanza da quando la legge austriaca è entrata in vigore.

Il riconoscimento di un'ampia sfera di discrezionalità dei legislatori nazionali, che pure devono confrontarsi con l'evoluzione scientifica, oltre alle considerazioni svolte in tema di *time factor* sembrano anzi considerare la possibilità che la ragionevolezza del divieto austriaco possa tornare al giudizio della Corte costituzionale.

Alla luce del progresso medico e scientifico raggiunto in materia e tenendo conto dei principi dell'ordinamento austriaco, si può immaginare che, se la Corte costituzionale austriaca fosse di nuovo chiamata a giudicare la legittimità del divieto, potrebbe modificare il proprio precedente, non individuando più alcuna ragionevole giustificazione della normativa.

Analogo ragionamento può essere svolto con riferimento al giudizio pendente davanti alla Corte costituzionale italiana.

Come si è visto, la decisione della Grande Camera non sembra dispiegare effetti in questo giudizio, poiché essa risulta, come la stessa Corte EDU ha esplicitato, "temporalmente limitata" al momento in cui la questione è stata sollevata davanti al Giudice costituzionale austriaco, al contrario di quanto avvenuto con riguardo alla prima decisione resa contro l'Austria.

²³ In particolare, il Tribunale di Firenze ha sollevato la questione con riferimento, oltre che all'art. 3 Cost., al solo primo comma dell'art. 117 Cost., mentre il Tribunale di Catania ha aggiunto questa disposizione agli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost., così come il Tribunale di Milano ha sollevato la questione con riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., oltre che al primo comma dell'art. 117 Cost.

²⁴ In questo senso, TRIB. SALERNO, 20.10.2010, ined. Il giudice non ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, eccetta con riferimento al solo primo comma dell'art. 117 Cost., ritenendo che il divieto di fecondazione eterologa non contrastasse con quest'ultimo e che, quindi, non potesse dubitarsi della sua legittimità costituzionale con riferimento alle disposizioni convenzionali.

Proprio la limitazione temporale legata all'evoluzione scientifica, accanto al riconoscimento dell'ampio margine di discrezionalità riservato al legislatore, può far ritenere che le disposizioni convenzionali, richiamate attraverso il primo comma dell'art. 117 Cost. dai giudici emittenti, non consentano di individuare alcun profilo di illegittimità costituzionale.

In tal modo, nel giudizio costituzionale rileveranno i soli profili di illegittimità costituzionale relativi agli artt. 2, 3 e 32 Cost. In questo senso, si può immaginare che la Corte costituzionale si esprima sulla ragionevolezza del divieto italiano avendo riguardo ai parametri costituzionali interni, tenendo conto dell'evoluzione scientifica che caratterizza la materia della procreazione assistita.

Desktop prodotti

A partire dal mese di marzo, le informazioni sull'attività di ricerca presenti in loginmiur saranno utilizzate da ANVUR per importanti attività valutative, relative in particolare all'accreditamento dei Corsi di Dottorato e delle Scuole di Specializzazione di area medica e all'avvio, sulla base di quanto previsto dalla legge 240/2010, della terza tornata dell'Abilitazione Scientifica Nazionale.

La invitiamo quindi a verificare, entro e non oltre il 7 marzo 2018, che la lista delle Sue pubblicazioni, dei Suoi premi e delle Sue responsabilità scientifiche presenti su loginmiur sia corretta. Potrà effettuare le eventuali integrazioni tramite il catalogo di Ateneo, o direttamente su loginmiur, a seconda della modalità operativa stabilita dal Suo Ateneo.

Le mie registrazioni 81

Prodotti da riconoscere Riconoscimenti da validare

Cerca



Mostra 10 records

Mostra / nascondi colonne

Esportazione

Carica una visualizzazione



Dati riassuntivi

2012-03-14. Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il CD. Time Factor : osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria. pp.1-10. In RIVISTA AIC - ISSN:2039-8298 vol. 2012 *B. Liberali*

Resp. del dato : sei il responsabile

Identificativo : hdl:2434/172255

Tipologia	Status	MIUR	Ultima modifica	Azioni
01 - Articolo su periodico	validato	successo	23/12/2014 22:54	