

Diritti civili e politici

Ancora sulla sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, della Corte costituzionale. La fecondazione eterologa tra margine d'apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme alla Convenzione europea

Sommario: 1. La n. 162 del 2014, una sentenza assai discussa. – 2. La ricostruzione dei rapporti con la giurisprudenza di Strasburgo. Alcune considerazioni critiche. – 3. Considerazioni conclusive.

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014 è stata oggetto di numerosi commenti critici in relazione ai molteplici profili che essa affronta ed anche, e forse soprattutto, in relazione a quelli che non affronta. Tra questi, molti commentatori hanno sollevato perplessità in relazione al fatto che la Corte non abbia preso in considerazione il profilo dell'incidenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sulla vicenda in questione, tanto più che con una propria ordinanza la Corte stessa aveva restituito gli atti ai giudici remittenti perché riformulassero i loro quesiti tenendo conto della decisione *S. H. e altri c. Austria*, resa il 3 novembre 2011 dalla Corte di Strasburgo (cfr. A. Ruggeri, "La Consulta apre alla eterologa, ma chiude, dopo averlo preannunziato, al 'dialogo' con la Corte Edu (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)", in *Forum di Quaderni costituzionali* 2014 disponibile su www.forumcostituzionale.it).



Corte costituzionale, sentenza del
10 giugno 2014, n. 162
(www.cortecostituzionale.it)

Non è mancato, tra gli autori di commenti critici su questo profilo, chi abbia rilevato che si sarebbe innescata una sorta di competizione tra le Corti quanto alla garanzia dei diritti, che avrebbe indotto la nostra Corte costituzionale a cercare una soluzione tutta interna al nostro ordinamento, volutamente tralasciando i profili di censura ex art. 117, co. 1 Cost. (cfr. G. Sorrenti, "Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/ 2014)", in *Consulta On Line, Studi* 2014 disponibile su www.giurcost.org). Il riferimento è chiaramente alla decisione adottata dalla Corte europea dei diritti umani (peraltro su altro profilo della Legge 40/2004) il 28 agosto 2012 nel caso *Costa e Pavan c. Italia* (sul quale vedi per tutti A. Di Stefano, "Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto", in *La Comunità internazionale* 2013, p. 745 ss.).

L'idea che la Corte costituzionale si senta in competizione con le altre Corti europee (specie quella di Strasburgo, ma anche quella di Lussemburgo) non appare priva di fondamento e credo che questa preoccupazione traspaia chiaramente dal modo in cui sono stati ricostruiti i rapporti tra la Convenzione europea e la Costituzione italiana (e le relative Corti) già nelle sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007 (cfr. R. Sapienza, "L'interpretazione della Convenzione tra margine d'apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme. Profili sistematici", in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, F. Salerno, R. Sapienza (a cura di), Torino, 2011, p. 169 ss.).

Ritengo però che la risposta alla questione vada piuttosto ricercata nella peculiarità della vicenda giurisprudenziale a Strasburgo nel caso di specie, che si era connotata per uno stridente contrasto tra la decisione della Camera intervenuta nel 2010 e quella della Grande Camera dell'anno dopo. Infatti, se nella prima decisione, la Corte, pur riconoscendo al par. 69 «[d]ès lors que le recours au traitement par FIV suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, qui s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n'y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les États membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation (voir *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 44, *Recueil* 1997-II). La grande latitude dont celui-ci bénéficie doit en principe s'appliquer tant à sa décision de légiférer ou non en la matière que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées par lui pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit (voir *Evans*, précité, § 82). Toutefois, les divergences existant entre les politiques menées par les États contractants ne sauraient à elles seules légitimer toutes les solutions législatives possibles. Elles ne dispensent pas la Cour d'examiner attentivement les questions qui ont été débattues dans le cadre de la procédure législative et de rechercher si les explications fournies par le Gouvernement pour justifier la différence de traitement critiquée sont pertinentes et suffisantes. A cet égard, la Cour estime que la situation du couple formé par les premier et deuxième requérants et celle des troisième et quatrième requérants doivent être étudiées séparément».

Aveva poi concluso al par. 94 per la violazione dell'articolo 14 «[d]ans ces conditions, la Cour estime que la différence de traitement opérée entre le couple composé des premier et deuxième requérants – qui ne peut satisfaire son désir d'enfant qu'au moyen d'une fécondation *in vitro* avec don de sperme – et un couple qui pourrait légalement bénéficier d'un don de sperme en vue d'une insémination artificielle n'a pas de justification objective et raisonnable. En outre, cette distinction est disproportionnée. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dans le chef des intéressés».

Invece la Grande Camera aveva recisamente escluso che potesse parlarsi di discriminazione, esaminando la questione sotto il profilo della violazione dell'art. 8 per concludere ai par. 115 e 116 che non c'era stata violazione dell'art. 8 perché il governo austriaco non aveva ecceduto il proprio margine d'apprezzamento né nel caso della prima coppia né nel caso della seconda.

Di fronte a questa situazione dunque, una volta che la nostra Corte costituzionale, con la propria ordinanza n. 150/2012, ha richiesto ai giudici remittenti di riformulare i propri ricorsi alla luce dell'intervenuta decisione della Corte di Strasburgo, che ha modificato i termini della questione come posti nella precedente decisione della Camera del 1° aprile 2010, può legittimamente aver ritenuto di aver fatto tutto quanto il riconoscimento del margine d'apprezzamento riconosciuto dalla Corte europea implicava. Infatti, due dei tre giudici remittenti hanno riformulato la propria richiesta facendo riferimento solo ai parametri interni. Quanto al resto della questione, la Corte costituzionale, coperta dall'affermazione della Corte di Strasburgo sull'esistenza di un margine d'apprezzamento comunque ampio, ha operato sulla base dei parametri interni.

2. Quanto sopra affermato ci induce a proporre qualche considerazione di natura sistematica sull'assetto che si è venuto a creare in Italia in ordine all'applicazione della Convenzione europea. In materia spiega effetti, come si sa, la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001 che ha modificato l'art. 117 della Costituzione. E si sa pure che, prima della detta legge di

riforma, non esisteva in Italia una norma costituzionale che assicurasse la prevalenza dei trattati, una volta immessi nell'ordinamento italiano, sulle leggi interne e pertanto la giurisprudenza tanto di legittimità quanto di merito aveva elaborato l'idea di una specialità delle norme di adattamento *ratione originis*, al quale criterio si accompagnava quello della c.d. presunzione di conformità alle norme convenzionali delle leggi interne successive.

Per quel che riguarda in particolare la Convenzione si era ragionato più o meno alla stessa maniera, ritenendo che le sue norme fossero «norme derivanti da una fonte riconducibile ad una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria» (cfr. Corte costituzionale, sentenza del 12 gennaio 1993, n. 10).

Con la riforma dell'art.117 Cost. la situazione è cambiata di molto. Tale disposizione stabilisce infatti che: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Nell'interpretazione corrente l'effetto dell'articolo nella formulazione novellata sarebbe stato quello di fornire un parametro costituzionale sulla base del quale può stabilirsi la illegittimità costituzionale di una legge che contrasti con un trattato internazionale che assumerebbe pertanto il rango di 'norma interposta' e dunque nella sostanza verrebbe a beneficiare della protezione costituzionale. Da questa situazione la Corte costituzionale ha ricavato, nelle arcinote sentenze gemelle, la conseguenza della sua competenza a conoscere di tutti quei casi in cui il giudice ordinario non sia riuscito, con i criteri in uso anche prima della riforma dell'art. 117, a comporre il contrasto tra la legge interna e il disposto della Convenzione. Soluzione in verità non logicamente necessitata, come dimostra anche il fatto che pur dopo la riforma del art. 117, la Corte di Cassazione aveva ritenuto che il giudice ordinario potesse direttamente disapplicare le leggi interne in contrasto con la Convenzione (Corte di cassazione (sezione I civile), *Muscas*, sentenza del 19 luglio 2002, n. 10542; Corte di cassazione (sezioni unite civili), *Centurione Scotto*, sentenza del 23 dicembre 2005, n. 28507). La Corte costituzionale ha poi ribadito il suo punto di vista con la successiva decisione n. 39 del 2008 (Corte costituzionale, sentenza del 25 febbraio 2008, n. 39). (Sia consentito rinviare al riguardo a E. Mottese, E. Litrico, "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la sua applicazione in Italia", in *Diritto Internazionale. Casi e Materiali*, R. Sapienza (a cura di), Torino, 2013, p. 117 ss.).

La dottrina del margine d'apprezzamento come formulata dalla Corte di Strasburgo permette di ricostruire questa materia in modo più sfumato, ma meglio aderente alla complessiva vicenda giurisprudenziale europea. La Corte ha invero più volte sostenuto che esiste in capo al giudice nazionale un dovere di interpretazione conforme della Convenzione, come interpretata dalla Corte stessa (si veda per esempio Corte europea dei diritti umani, *Scordino c. Italia* (n. 1) [GC], ricorso n. 36813/97, sentenza del 29 marzo 2006, par. 191), ma ciò non vuol dire che la Convenzione abbia inteso realizzare un sistema di diritto uniforme in materia di protezione dei diritti umani. Al contrario, il sistema sembra atteggiarsi in modo da perseguire il fine di una tutela dei diritti dell'uomo comparabile a livello europeo, ma non necessariamente uniforme. In verità, l'interpretazione della Convenzione da parte della Corte non mira a raggiungere un risultato 'uniforme' ma alla creazione di standard europei che sono compatibili anche con una interpretazione non uniforme. Si tratta insomma di interrogarsi su cosa debba intendersi per 'definitiva uniformità di applicazione' e su come la Corte europea la raggiunga attraverso la sua interpretazione. Vero è che si rintracciano nella giurisprudenza della Corte tutta una serie di ipotesi nelle quali la Corte afferma che i diritti e le libertà garantiti devono essere intesi in un significato autonomo da attribuire loro nell'ambito della Conven-

zione e non tramite un riferimento al diritto nazionale, ma è altresì vero che in numerosi altri casi la Corte riconosce agli Stati un margine d'apprezzamento talvolta anche ampio (cfr. E. Kastanas, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996).

Ed il fatto che la Corte riconosca agli Stati il margine d'apprezzamento mostra che scopo della sua interpretazione non è quello di assicurare uniformità nell'applicazione della Convenzione, ma piuttosto semplicemente un livello comparabile di tutela. Ove la necessità di tener conto delle varie condizioni esistenti negli Stati in relazione a certi istituti giuridici o a certe situazioni di fatto, renda difficile o anche solo semplicemente inopportuna l'uniformità della interpretazione, la Corte conclude per l'esistenza del margine d'apprezzamento, tollerando dunque, in fin dei conti, una situazione diciamo così di ... 'non uniformità' interpretativa (cfr. R. Sapienza, "Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto internazionale* 1991, p. 571 ss. e, per un utile riesame delle varie posizioni dottrinali in materia, R. Nigro, "Il margine d'apprezzamento e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul velo islamico", in questa *Rivista* 2008, p. 71 ss.). Tale dottrina ha dato origine, com'è noto, a una imponente mole di studi nei quali i numerosi autori hanno consegnato le loro differenti ricostruzioni della tematica. Mi pare però di poter ancora riproporre quanto venivo dicendo anni fa e cioè che il margine d'apprezzamento nel sistema della Convenzione ha riguardato soprattutto quei casi nei quali il trattato contenga delle «espressioni giuridiche indeterminate». In questi casi viene riconosciuto agli Stati parti il beneficio di un 'margine d'apprezzamento' nell'applicazione del disposto convenzionale e dunque, in ultima analisi, la possibilità di far ricorso ad una interpretazione unilaterale del trattato, cui gli organi di controllo europei (ormai solamente la Corte) non possono che demandare di fatto la concretizzazione dei precetti scaturenti dalle disposizioni della Convenzione, pur non rinunciando del tutto al controllo del rispetto di certi parametri enunciati essi pure dalla Convenzione stessa.

Nella sostanza, cioè, di fronte a una disposizione convenzionale che contenga «espressioni giuridiche indeterminate» (e la cui indeterminatezza può dipendere anzi dipende soprattutto dall'assenza di un generalizzato consenso tra gli Stati parti in ordine alla detta interpretazione) viene riconosciuto, almeno in linea di principio, un 'margine d'apprezzamento' allo Stato parte, e ciò nel convincimento che la presenza di simili espressioni indeterminate implichi un rinvio a valori sociali che non potranno che essere quelli del sistema 'ordinamento statale-società statale'. Così, per riprendere l'esempio prima proposto, misura 'necessaria in una società democratica' sarà quella che come tale venga vista all'interno della singola collettività statale, perlomeno fino all'emergere di standard europei in materia. Il controllo internazionale, e quindi, in ultima analisi, la riconduzione dell'interpretazione unilaterale statale all'interpretazione internazionale, avverrà tenendo conto dell'esigenza del rispetto di questo 'margine d'apprezzamento statale', ma operando una valutazione, per dir così, comparatistica della soluzione che a quel determinato problema o conflitto di interessi viene data all'interno dei vari ordinamenti statali delle parti della convenzione. Se da tale esame emergerà una sostanziale uniformità di vedute, la Corte ne concluderà che esiste una interpretazione se non uniforme, quantomeno internazionalmente (beninteso limitatamente alla comunità degli Stati parti) accreditata del disposto convenzionale e riterranno che il margine d'apprezzamento statale sia del tutto assente o, comunque, ridotto a dimensioni esigue. Se, invece, da questo esame emergesse una sensibile divergenza di posizioni, allora dovrà riconoscersi l'esistenza di un ampio margine d'apprezzamento statale, la cui maggiore o minore estensione di-

penderà dalla maggiore o minore consonanza di vedute negli ordinamenti statali esaminati. In definitiva, quindi, potrebbe anche accadere che una interpretazione *stricto sensu* internazionale e quindi univoca di certe disposizioni della Convenzione possa non raggiungersi, o non raggiungersi subito, ma, tenuto conto della struttura delle disposizioni delle quali si tratta, deve concludersi che l'ordinamento possa anche convivere con la compresenza di difformi interpretazioni. Del resto, conviene ricordarlo, si riconosce generalmente che l'obiettivo delle convenzioni internazionali relative alla protezione dei diritti umani non è tanto quello di raggiungere una assoluta uniformità di trattamento delle persone all'interno dei singoli ordinamenti statali, ma, più realisticamente, livelli comparabili di protezione dei diritti dei singoli, cosa che bene può ritenersi compatibile con differenti modalità di attuazione della normativa internazionale.

Come abbiamo già più volte sottolineato, la Convenzione non ha come suo fine quello di essere trasposta *qua talis* nell'ordinamento interno, come se fosse una convenzione di diritto uniforme, ma quello di fissare certi parametri utili alla valutazione della condotta degli Stati nella garanzia dei diritti contemplati dalla Convenzione stessa. Costantemente la Corte europea afferma che il livello di garanzia statale dei diritti dell'uomo consiste non già e non tanto nella applicazione della Convenzione, ma nella garanzia dei corrispondenti diritti, anche semplicemente come previsti nell'ordinamento interno. Inoltre la Corte ribadisce con altrettanta costanza che nell'equilibrio del sistema della Convenzione, il meccanismo internazionale di controllo avrebbe natura intrinsecamente sussidiaria, attivandosi solo ove il livello nazionale di tutela dei diritti (e non necessariamente, lo ribadiamo, di applicazione della Convenzione *qua talis*) appaia insufficiente. Tematica questa evocata ben a ragione quando, nel teorizzare la sua dottrina sul previo esaurimento dei ricorsi interni come scaturente dall'interpretazione del combinato disposto tra l'art. 35 e l'art. 13, la Corte europea dei diritti dell'uomo esplicitamente la riconduce all'operare del principio di sussidiarietà (vedi per tutti in materia A. Di Stefano, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà. Contributo ad una lettura sistematica degli articoli 13 e 35*, Firenze-Catania, 2009 e la chiara, inequivoca formulazione della dottrina nella causa *Selmouni c. France*, dove la Corte esplicitamente afferma che l'obbligo del previo esaurimento dei ricorsi interni, così come da lei ricostruito a partire dall'art. 35 in combinato disposto con l'art. 13 è espressione del principio di sussidiarietà del meccanismo di controllo della Convenzione (Corte europea dei diritti umani, *Selmouni c. France* [GC], ricorso n. 25803/94, sentenza del 28 luglio 1999, par. 74).

3. Alla luce di questa ricostruzione ci pare dunque che l'operato della nostra Corte costituzionale possa approvarsi, nonostante nelle celeberrime sentenze gemelle essa possa aver dato l'impressione di volersi attenere a un più rigido assetto nei rapporti tra le Corti. Detto ciò del profilo relativo al limite degli obblighi internazionali, che riteniamo nel caso di specie non disatteso, qualche considerazione ulteriore vorremmo destinare al contenuto della decisione. Benché si incontrino ormai pochi difensori della legge 40 del 2004 occorre dire che essa, pur avendo avuto una vicenda parlamentare travagliata (ricordiamo che il voto al Senato l'11 dicembre 2003 fu 169 a 92, ma quello alla Camera 277 a 222), appariva ispirata a un disegno normativo il cui scopo precipuo era quello di porre rimedio al cosiddetto *far west* procreativo sulla difesa dei diritti dell'embrione umano, che si intendeva proteggere dalla volontà di quanti, per scopi la cui nobiltà non è qui in discussione, desiderassero manipolarlo e trattarlo come passivo e inconsapevole oggetto di trattamenti 'terapeutici'. Questo lo scopo della legge e attraverso questo elemento di natura teleologica questa la coerenza interna del suo impianto normativo. Molti non lo condivisero, e non

lo condividono tutt'ora. Si abbia dunque il coraggio di affrontare la questione in Parlamento, e cercare lì una nuova coesione nazionale su queste scelte, non spingendo la Corte costituzionale a una complicata strategia di supplenza.

Rosario Sapienza

ABSTRACT. Further Comments upon the Italian Constitutional Court Judgment No. 162 of 10 June 2014. Margin of Appreciation and Conformative Interpretation to the ECHR Relating to Embryo Transfer

With a much discussed judgment the Italian Constitutional Court held that the Italian law 40/2004 concerning medically assisted procreation violates fundamental rights where by banning Embryo Transfer techniques. The judgment was subject to deep criticism due to, among others, the fact that the Constitutional Court doesn't take in any account Strasbourg case-law on the issue, even if during the proceedings, the Court herself had required a reformulation of the point after a Strasbourg judgment on similar issues. This note argues that, even if the Italian Constitutional Court has adopted a highly problematic construction of the relationship between her activities and Strasbourg judgments based on the acceptance of a duty of conformative interpretation, in the present judgment there was no need to use European yardsticks to protect those rights clearly elaborated in the Italian Constitutional Charter.

Keywords: embryo transfer; margin of appreciation; conformative interpretation; Constitutional court; ECHR

Notizie sull'Autore:

Professore ordinario di Diritto internazionale e diritto dell'Unione europea
nell'Università degli Studi di Catania
rsapienza@lex.unict.it