

Diritti della persona e procreazione artificiale. Relazione tra ‘sistema CEDU, ordinamento comunitario e ordinamento interno

Riflessioni su valore e portata delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo prima e dopo la ratifica del Trattato di Lisbona

di Gianni Baldini Docente di Biodiritto nell’Università di Firenze

SOMMARIO:1. Considerazioni introduttive: il quadro delle questioni all’attenzione dell’interprete. 2. Relazione tra ‘sistema CEDU’, ordinamento comunitario e ordinamento interno. Valore e portata delle decisioni della Corte Europea Diritti dell’Uomo prima e dopo la ratifica del Trattato di Lisbona del 1 dicembre 2009. Differenti orientamenti interpretativi. 2.1. La ‘situazione precedente’ alla ratifica del Trattato di Lisbona. 2.2. Effettività e esecutività delle sentenze della Corte EDU 2.3. La ‘situazione successiva’ alla ratifica del Trattato di Lisbona. 3. La pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo del 1 aprile 2010: divieto di procreazione eterologa previsto dalla legge austriaca (*Fortpflanzungsmedizingesetz*) e violazione dell’art. 8 e 14 della CEDU. 4. Segue: Le implicazioni della pronuncia della Corte EDU sull’ordinamento italiano e in particolare sull’art 4 c. 3 legge 40/04. Identità della *rationem legis* tra disciplina italiana e austriaca. Conformità della Sentenza della Corte ai principi costituzionali e impossibilità di adeguamento interpretativo della norma interna. 5. Compatibilità normativa e sistematica, *de iure condito*, dell’eventuale eliminazione del divieto di esecuzione delle tecniche di PMA eterologhe di cui all’ 4 c. 3 L. 40/04. Applicazione della normativa esistente

1. Considerazioni introduttive: il quadro delle questioni all’attenzione dell’interprete

La riflessione non può che prendere le mosse dalle rilevanti novità introdotte in tema di diritti fondamentali della persona, relative tecniche di tutela e soggetti legittimati a garantirne l’effettiva attuazione, all’esito del lungo e contrastato processo che a partire dal 2001 con la proclamazione della Carta fondamentale dei diritti dell’Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) tra alterne vicende politiche e sociali è infine giunto alla sua conclusione, in senso tecnico-giuridico, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 1 dicembre 2009.

Il nuovo quadro dell’integrazione europea delineata dal Trattato pone al giurista assieme all’esigenza di riordinare il complesso sistema di ‘tutela multilivello’ dei diritti fondamentali della persona nel sistema europeo, interrogativi, prospettive di indagine, soluzioni applicative del tutto nuove ed inedite anche rispetto ad un recente passato^[1]. Il problema, se non del riconoscimento, della c.d. ‘attuazione decentrata’ dei diritti fondamentali nello spazio comune europeo, trova finalmente una risposta di diritto positivo nella misura in cui il Trattato conferisce giuridico rilievo, sul piano

del diritto comunitario, sia alla Carta di Nizza che alla CEDU[2].

Questo mutato quadro di riferimento pone in una luce del tutto nuova le principali problematiche che non da oggi interrogavano il giurista: come assicurare eguale tutela tra i cittadini europei in ordine alla fruizione e al godimento di fondamentali situazioni soggettive di natura esistenziale? Quali i rapporti, nell'ambito dell'articolato sistema di "tutela multilivello" dei diritti fondamentali della persona, tra fonti normative nazionali, europee, internazionali e relative autorità giudicanti preposte: Corte Giustizia Europea-Corte Europea dei Diritti dell'Uomo-Corti Costituzionali Statali? Quale il ruolo delle corti di merito statali al fine di rendere effettiva la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali proclamati da autorità sovranazionali? Quali i meccanismi di armonizzazione utilizzabili nel/dal sistema per assicurare una interpretazione ed applicazione uniforme dei diritti fondamentali nello spazio unico europeo? Regola gerarchica o funzionale quale disciplina della relazione tra le varie fonti?

Si tratta di questioni dirimenti rispetto all'obiettivo di realizzare una compiuta cittadinanza europea. In altre parole risulta evidente come solo attraverso una 'emeneutica europea' e la 'effettività della protezione giurisdizionale' si può realizzare quella tutela necessariamente uniforme dei diritti fondamentali del cittadino europeo.

Tale scenario interroga l'interprete se alla "europeizzazione dei diritti e dei valori" debba corrispondere una "europeizzazione delle tutele", poiché nell'ambito della nuova concezione del c.d. diritto integrato il giurista è chiamato ad assolvere un compito particolarmente complesso e delicato, ovvero quello dell'interpretazione adeguatrice, che consiste nel leggere e interpretare le norme interne in maniera tale da renderle compatibili con i valori fondanti dell'Unione europea al cui vertice sta la 'dignità umana'.

Nell'ambito delle problematiche sopra evidenziate e delle rilevanti novità introdotte dal Trattato di Lisbona la questione preliminare da dirimere attiene all'impatto e alla portata negli ordinamenti interni dei singoli stati membri della UE che le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sono destinate ad assumere nelle ipotesi in cui la normativa interna risulti difforme ovvero contraria a quella della CEDU. Campo di elezione prescelto per svolgere tale riflessione è quello dei cc.dd. diritti bioetici o di quarta generazione. Ciò essenzialmente per due ragioni. Da un lato non si può non rilevare come lo sviluppo delle tecniche biomediche e le connesse applicazioni biotecnologiche determinando sempre più il superamento del paradigma naturalistico nelle cc.dd. questioni di inizio vita/media vita/fine vita, pongono in una luce del tutto nuova la relazione tra principi fondamentali quali dignità umana e autonomia, libertà e responsabilità, consenso informato e libertà terapeutica, parità di trattamento e divieto di discriminazione, imponendo all'interprete di ripensare metodi di indagine, criteri ermeneutici utilizzati e categorie giuridiche di riferimento. Si tratta di un ambito nuovo anche per il civilista nel quale al diritto non si chiede di disciplinare gli effetti scaturenti dal fatto rilevante (la nascita, la malattia, la morte) ma di dettare norme che regolino l'assetto e l'organizzazione del fatto stesso.

E' di ogni evidenza come sul piano sostanziale molto differenti potranno essere le soluzioni proposte in dipendenza dell'opzione politica e bioetica compiuta tra personalismo, utilitarismo e autonomia. In tal senso esempio paradigmatico è costituito dalla diffusione delle tecniche di procreazione artificiale come rimedio dell'incremento esponenziale della sterilità/infertilità (patologia che si stima interessi tra il 18 e il 22% della popolazione europea) che nel consentire il superamento dei limiti naturalistici oggettivi e soggettivi entro i quali era necessariamente definito il fenomeno procreativo (copula tra uomo e donna in età potenzialmente fertile) pone l'esigenza di regole che riconoscano/delimitino i nuovi spazi di libertà e autonomia conquistati al soggetto dalla scienza. Le previsioni contenute nella Carta di Nizza e nella CEDU costituiscono la cornice di riferimento entro la quale l'interprete è chiamato ad applicare le regole e a dirimere le controversie del caso concreto. Dall'altro, proprio il campo dei cc.dd. diritti bioetici date le profonde differenze per non dire veri e propri contrasti tra le discipline nazionali di settore vigenti nei vari stati membri UE costituisce un osservatorio privilegiato per verificare se siano rinvenibili nuove tecniche che consentano di superare la dimensione dell'autoreferenzialità dei singoli sistemi nonché prassi interpretative armonizzanti da parte delle Corti Europee che permettano di addivenire ad una tutela uniforme tra tutti i cittadini europei per ciò che attiene al piano dei diritti fondamentali della persona. Una recente sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo che ritiene contrarie ai principi di cui all'art. 8 e 14 della CEDU talune disposizioni di legge in materia di procreazione medicalmente assistita (il divieto di tecniche eterologhe) di uno stato membro della UE (l'Austria), norme rinvenibili anche in altri stati tra cui l'Italia, offre lo spunto per indagare le questioni sopra sommariamente tracciate.

La sentenza pronunciata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo il 1° aprile 2010 per la natura delle violazioni accertate e per il tenore delle motivazioni addotte, in considerazione dell'avvenuta 'comunitarizzazione' della CEDU per effetto della ratifica del Trattato di Lisbona del 1 dicembre 2009 che la medesima espressamente richiama prevedendo l'adesione della UE al sistema CEDU, costituisce una decisione paradigmatica per indagare le questioni esposte in quanto pone al giurista molteplici stimoli in ordine all'esigenza di riordinare il complesso sistema multilivello destinata a produrre effetti importanti ben oltre l'ordinamento interno cui espressamente si riferisce (quello austriaco) costituendo precedente ovvero 'principio di diritto' per gli ordinamenti interni di tutti i paesi aderenti ovvero per l'ordinamento comunitario di cui costituisce oggi parte integrante. E' aperta la discussione in dottrina se si tratti di un mero parametro ermeneutico che il legislatore e il giudice interno è tenuto in forza del principio sancito all'art. 117 Cost a seguire ovvero di un decisione vincolante che determina la qualificazione in termini di illegittimità di tutte le disposizioni statali aventi il medesimo contenuto. Rimane inoltre da valutare se, pur trattandosi di decisione assunta nei confronti di altro ordinamento statale, essa possa determinare una automatica disapplicazione di tutte le norme interne dei vari stati membri UE in maniera automatica attraverso l'intervento del giudice nazionale adito nel caso concreto ovvero necessiti comunque di una valutazione di costituzionalità da parte del giudice delle leggi.

Ai fini di una corretta comprensione dei vari passaggi logici e dell'iter argomentativo in forza dei quali deve ritenersi che le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo producono effetti diretti negli ordinamenti interni degli Stati aderenti occorre procedere ad una breve ma indispensabile disamina del rapporto tra i vari sistemi giuridici presi in esame anche alla luce delle recenti novità sopra ricordate.

2. Relazione tra 'sistema CEDU', ordinamento comunitario e ordinamento interno. Valore e portata delle decisioni della Corte Europea Diritti dell'Uomo prima e dopo la ratifica del Trattato di Lisbona del 1 dicembre 2009. Differenti orientamenti interpretativi.

La soluzione del problema circa valore e portata per gli ordinamenti statali delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, e nel caso specifico di quella adottata contro l'Austria contenente una espressa censura al divieto di fecondazione artificiale eterologa contenuta nella legge sulla fecondazione assistita di quel paese[3], come sopra accennato, rende necessario un preliminare inquadramento delle relazioni esistenti tra sistema giuridico CEDU, diritto comunitario e diritto interno prima e dopo la ratifica del Trattato di Lisbona che prevedendo l'adesione della UE al sistema CEDU ha determinato l'ingresso di questo nell'ambito del diritto dell'Unione Europea. Il riferimento ad un "Sistema CEDU" in luogo della semplice Carta si rende opportuno atteso che, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare della CEDU è di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa[4].

2.1. La 'situazione precedente' alla ratifica del Trattato di Lisbona del 1° dicembre 2009.

Come insegna autorevole e costante giurisprudenza mentre le norme comunitarie *«devono avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari»*[5], rinvenendosi il fondamento costituzionale di tale efficacia diretta nell'art. 11 Cost., nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni, per ciò che riguarda le norme CEDU, *«non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale»*[6] deve ritenersi che *“pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone esse sono pur sempre norme patrizie che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali*

da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto”[7]. Secondo la Corte Cost. ciò trova importante conferma nel riformulato art. 117 Cost laddove si distingue tra vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali ».

Ad ogni buon conto dato il peculiare rilievo, ‘sostanziale’ e ‘formale’, delle norme CEDU anche in considerazione della loro integrale ricezione nella c.d. Carta di Nizza o Costituzione Europea i cui contenuti, a seguito della mancata ratifica della Carta da parte di alcuni Paesi, sono stati per la parte che a noi interessa completamente trasfusi *per relationem* nel richiamato Trattato di Lisbona, considerata la portata dell’art. 117 cost, la Consulta pur non accogliendo , in contrasto con autorevole giurisprudenza di merito e di legittimità, la tesi dell’applicabilità immediata[8] ha comunque ritenuto superato l’orientamento secondo il quale le norme CEDU entrano a far parte dell’ordinamento interno in forza di una norma di adattamento qualificabile come legge ordinaria. Secondo la Consulta, il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost, *“se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi”*[9].

In tutti i casi come ribadito da una recente sentenza della Consulta precedente al 1 dicembre 2009, *“ in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa”*[10].

Dal portato giurisprudenziale sopra sommariamente richiamato si ricava la competenza degli organi giurisdizionali comuni dell'eventuale opera interpretativa ex art. 44, comma 2, del D.P.R. n. 380 del 2001 che sia resa effettivamente necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo; a tale compito, peraltro, già ha atteso la giurisprudenza di legittimità. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, *“risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge”*[11] . In tutti i casi, l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea[12]

2.2. Effettività e esecutività delle sentenze della Corte EDU.

Precisate modalità e portata degli effetti delle norme CEDU nel sistema interno, ulteriore problema riguardava poi le modalità di esecuzione delle sentenze della Corte europea. Se il dato indiscusso è l'impegno a conformarsi alle sentenze della Corte, sancito dall'articolo 46 della Convenzione tradizionalmente, si riteneva che, quando esso si sostanziava nell'obbligo del pagamento della somma di denaro stabilita dalla Corte a titolo di "equa soddisfazione" (per l'impossibilità di porre in essere la *restitutio in integrum* che è il caso anche della sentenza di cui si discute), questo riconoscimento precludesse ulteriori misure, tanto più in quanto esse non entravano nel dispositivo della sentenza. L'obbligo dello Stato di adottare, se del caso, misure di carattere individuale o generale per far cessare la constatata violazione, eliminarne le conseguenze, prevenire analoghe violazioni, sarebbe quindi rimasto sostanzialmente privo di reale efficacia normativa.

Con il paragrafo 249 della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 13 luglio 2000 (caso *Scozzari e Giunta contro Italia*) e con l'opinione parzialmente concorrente del giudice Zupancic a quella sentenza ed all'altra, sempre della Corte, del 27 febbraio 2001 (*caso Lucà contro Italia*) si è realizzata una vera e propria svolta interpretativa destinata a produrre rilevanti effetti. La *restitutio in integrum* conseguente alla violazione dei diritti umani accertata dalla Corte resta dunque un obbligo gravante integralmente sullo Stato membro, stante l'accessorietà dell'equo soddisfacimento, rispetto all'obbligo delle Parti contraenti a conformarsi alle decisioni della Corte. Questa giurisprudenza ha stabilito, per la prima volta in modo esplicito ed incisivo, che l'equa soddisfazione costituisce solo una delle conseguenze di una sentenza: essa ha infatti chiaramente affermato che lo Stato condannato è chiamato non solo a versare agli interessati le somme eventualmente accordate a titolo di equa soddisfazione ma anche, e innanzitutto, a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali destinate a porre termine alla violazione constatata e a rimuoverne, per quanto possibile, le conseguenze^[13]. La Corte ha tenuto inoltre a precisare, e trattasi di un'altra rilevante novità, che lo Stato, sempre sotto il controllo del Comitato dei Ministri, è libero di scegliere le modalità con cui adempiere tale obbligo a condizione che queste restino compatibili con le conclusioni della Corte^[14]. Da quanto precede emerge che: le somme accordate a titolo di equa soddisfazione servono a compensare solo i danni ormai irreversibili (§ 250 della sentenza), sicché l'equa soddisfazione acquista un ruolo sussidiario e l'obbligo primario derivante da una sentenza, se si tiene conto anche della sistematica dei §§ 249 e 250, è quello della cessazione della violazione e della rimozione dei suoi effetti, nella misura in cui, ovviamente, ciò sia ancora possibile; lo Stato non gode più di una libertà assoluta nella scelta delle modalità con cui adempiere tale obbligo primario. La scelta dello Stato è sottoposta al "monitoraggio" del Comitato dei Ministri ed è vincolata a parametri di valutazione precisi circa il carattere soddisfacente o meno delle misure generali/individuali adottate dal medesimo che devono essere conformi alle conclusioni della Corte.

Conclusivamente, alla luce di quanto precede, ai fini della individuazione del valore e degli effetti nel nostro ordinamento della sentenza del caso “*SH e altri/Austria*”, del 1 aprile 2010, si può ritenere senza timore di smentita che l’ accertata natura sub-costituzionale delle norme CEDU e delle connesse decisioni adottate dalla Corte Europea, assume rilievo sia sotto il profilo diretto di *dictum* per l’interprete (e lo stesso legislatore in virtù della menzionata evoluzione giurisprudenziale intervenuta) che sotto quello indiretto di *canone interpretativo generale* cui il Giudice nazionale, ivi compreso il Giudice delle Leggi, deve attenersi, nell’operazione di qualificazione della disposizione interna contrastante e della connessa esigenza di adeguare l’ordinamento interno, nei modi sopra visti, alle decisioni adottate dalla Corte Europea. In tal senso il giudice interno investito del problema in via incidentale, previa verifica della congruità con i principi costituzionali interni delle asserite violazioni di diritti fondamentali della persona accertate dalla Corte Europea –nella specie gli artt. 8 e 14 della CEDU- esperito il tentativo di adeguamento per via interpretativa della norma interna alla norma/decisione CEDU, dovrebbe procedere, in caso di esito negativo, o alla applicazione, data la relazione gerarchica tra fonti e cronologica tra norme, della ‘norma/decisione interposta’ in luogo di quella ordinaria contrastante[15] – nella specie divieto di PMA di tipo eterologo previsto dalla norma interna di cui alla L. 40/04 art. 4 c. 3- ovvero, ove la questione presenti rilevanti profili di costituzionalità, sollevando q.l.c. della norma interna contrastante con la decisione della Corte Europea innanzi alla Consulta. Con ogni effetto consequenziale.

2.3. Situazione successiva alla ratifica del Trattato di Lisbona del 1° dicembre 2009

Con la ratifica del Trattato di Lisbona del 1 dicembre 2009, in considerazione dell’esplicito richiamo ivi operato dall’art. 6 c. 2 e 3 del riformato Trattato UE, viene previsto che l’Unione aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, divengono ‘diritto dell’Unione’ in quanto principi generali[16]. Dopo decenni di incertezze si assiste alla definitiva ‘comunitarizzazione’ o se si vuole all’ingresso del ‘sistema CEDU’ nell’ambito del diritto della UE, con ogni implicazione consequenziale sotto il profilo delle modalità di adeguamento del diritto interno al diritto sovranazionale e dei rapporti tra sistemi normativi non più fondati e regolati dal meccanismo di cui all’art. 117 bensì da quello di cui all’art. 11 Cost.[17]

Per maggior chiarezza giova puntualizzare alcuni aspetti essenziali della materia. Iniziamo col ricordare che, come è noto, sulla base della consolidata giurisprudenza della Consulta i rapporti fra diritto comunitario e diritto interno devono rapportarsi a due sistemi configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato[18]. I principi stabiliti dalla Corte in relazione al diritto comunitario – regolamento, direttiva, decisione del Parlamento o dell’organo giudiziario relativa all’applicazione o all’interpretazione di talune norme dei trattati- traggono significato dalla considerazione che l’ordinamento

della UE e quello dello Stato, pur distinti ed autonomi, sono, come esige il Trattato di Roma, necessariamente coordinati; il coordinamento discende, a sua volta, dall'aver la legge di esecuzione del Trattato trasferito agli organi comunitari, in conformità dell'art. 11 Cost., le competenze che questi esercitano, beninteso nelle materie loro riservate.

La regola di diritto che ne consegue è la seguente; *“Il giudice italiano accerta che la normativa scaturente da tale fonte regola il caso sottoposto al suo esame, e ne applica di conseguenza il disposto, con esclusivo riferimento al sistema dell'ente sovranazionale: cioè al solo sistema che governa l'atto da applicare e di esso determina la capacità produttiva. Le confliggenti statuizioni della legge interna non possono costituire ostacolo al riconoscimento della "forza e valore", che il Trattato conferisce al regolamento [come a qualsiasi atto comunitario immediatamente applicabile] comunitario, nel configurarlo come atto produttivo di regole immediatamente applicabili”*[\[19\]](#). L'effetto connesso con la sua vigenza non è quello di caducare né di abrogare ovvero eliminare *ex tunc* (in quanto affetta da nullità) la norma interna contraria al diritto comunitario. Proprio in virtù dell'autonomia tra i due ordinamenti la prevalenza del diritto comunitario si sostanzia nell'obbligo per il giudice nazionale di applicare la disposizione comunitaria configgente con la norma interna che viene quindi disapplicata. Del tutto coerentemente con quanto esposto è *“significativo che il controllo sulla compatibilità tra la norma comunitario e la norma interna, anche posteriore, sia lasciato alla cognizione del giudice ordinario pur dove un apposito organo giudicante è investito, analogamente a questa Corte, del sindacato di costituzionalità sulle leggi*[\[20\]](#).

Alla luce di quanto precede, atteso l'ingresso anche in senso 'formale' del 'sistema CEDU' nel diritto comunitario cui si aggiunge l'espreso riconoscimento che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulle questioni di sua specifica competenza cioè sulle vicende concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli, devono ritenersi immediatamente applicabili nell'ordinamento interno. Nell'ipotesi di disposizione interna confligente con la norma e/o la decisione applicativo/interpretativa della Corte di Lussemburgo, il giudice ordinario dopo aver effettuato tale controllo di compatibilità procederà alla disapplicazione della norma interna contrastante.

Sul valore vincolante dei diritti dell'uomo per tutti gli Stati aderenti alla UE e per la stessa Unione si era peraltro già espressa la Corte di Giustizia che a partire dal 2003 ha costantemente ribadito come i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza[\[21\]](#)

Sulle richiamate conclusioni gli interpreti non risultano tuttavia concordi. Secondo parte autorevole della dottrina, che trova conferma peraltro, nella decisione del Tribunale di Firenze che, sulla scorta della richiamata sentenza della Corte EDU contro l'Austria ha sollevato il dubbio di costituzionalità sul divieto alla fecondazione artificiale eterologa[\[22\]](#), l'adesione della UE alla CEDU affermata nell'art. 6 comma

2 del Trattato di Lisbona avrebbe, al momento, valore programmatico e non precettivo. Più precisamente tale adesione, in assenza dell'apposito Accordo che ne disciplini le modalità attuative/operative richiamato dal protocollo n. 8 annesso al Trattato[23], dovrebbe ritenersi, per quel che è dato di capire, una enunciazione meramente politica o di principio priva, al momento di valenza giuridica[24].

Per ciò che concerne poi il comma 3 dell'art. 6 del Trattato, contenente l'espresso riconoscimento che i diritti dell'uomo sanciti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, anche tale previsione non consentirebbe, di affermare, secondo il predetto orientamento, che il diritto CEDU è direttamente applicabile negli ordinamenti interni degli Stati. Si tratterebbe di previsione applicabile solo all'ambito del diritto comunitario e non anche a quello nazionale[25].

La tesi non convince. Infatti con riguardo alla assenza, al momento, della formale stipula dell'Accordo richiamato, ci si limita a rilevare come, risulta quantomeno dubbio che dal tenore letterale e dal senso logico della previsione l'interprete possa ricavare che tale Accordo costituisce condizione di validità e/o di operatività della affermata adesione della UE alla CEDU di talchè le regole provenienti dalla medesima dovrebbe continuare a ritenersi, fino a tale approvazione, mero diritto internazionale pattizio. La tesi prova troppo. Più ragionevolmente, anche in considerazione del combinato disposto di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 6, potrebbe ritenersi che data l'indiscutibile novità introdotta anche rispetto al quadro esistente che espressamente escludeva tale possibilità[26], quantomeno negli aspetti nei quali, come nel caso di specie, gli effetti derivanti dall'immediata applicabilità del diritto CEDU nell'ordinamento degli Stati non determini antinomie formali o sostanziali, anche in forza di un consolidato orientamento delle Corti Costituzionali Statali e della Corte UE[27], tale diritto, a tutti gli effetti vincolante in considerazione dell'avvenuto riconoscimento 'legale' dell'adesione dell'organismo soprannazionale, deve ritenersi produttivo di effetti in quanto fonte del diritto comunitario.

Per ciò che riguarda poi l'obiezione per la quale il comma 3 dell'art. 6 dovrebbe ritenersi riferito, per quel che si comprende, ad un ambito di competenza interpretativa e applicativa riservata alla sola Corte di Giustizia UE, si tratta di affermazione che non può essere condivisa. Sfugge infatti quale sia il riferimento, non solo testuale ma anche ermeneutico, in forza del quale la previsione che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, non debba produrre i propri effetti pure rispetto agli ordinamenti dei singoli Stati membri. La tesi risulta significativamente confermata da autorevole giurisprudenza amministrativa secondo la quale *“Il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione, ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla*

loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno” [28].

Tradotto in altri termini, per la questione che a noi interessa, ciò significa che la decisione della Corte Europea adottata per il caso *SH e altri/Austria*, del 1 aprile 2010, contiene un *dictum* che al pari di una sentenza resa dalla Corte di Giustizia Europea, nel definire il caso concreto pone prescrizioni che hanno valore generale stabilendo un principio di diritto che il giudice nazionale adito in giudizio da cittadini che lamentino la lesione di un identico diritto soggettivo fondamentale, effettuato il controllo di compatibilità tra norma interna e disposizione/decisione comunitaria, verificata l'impossibilità di addivenire ad una interpretazione conformativa, ha l'obbligo di applicare a casi che presentino analogo *petitum* e *causa petendi* rispetto ad una norma che ha prescindere dalla modalità di formulazione del divieto, presenti la medesima *rationes legis*

3. La pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 1 aprile 2010: divieto di procreazione eterologa previsto dalla legge austriaca e violazione dell'art. 8 e 14 della CEDU.

La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo notificata il 1 aprile 2010 accoglie il ricorso presentato da due coppie di cittadini austriaci, l'8 maggio 2000. La pronuncia è l'effetto di un ricorso (n. 57813/00) contro la Repubblica d'Austria, presentato alla Corte, ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. I ricorrenti hanno sostenuto in particolare che le disposizioni della legge sulla procreazione artificiale austriaca [29] che vieta l'uso di ovuli e spermatozoi di donatori per la fecondazione *in vitro* (art. 3 (1) e 3 (2) consentita per quella *in vivo*) risulti contrario al diritto al rispetto della vita privata e familiare in combinato disposto col principio che postula il divieto di discriminazione. [30]

La Corte Europea dopo una lunga e complessa istruttoria ha ritenuto parzialmente fondate le richieste dei ricorrenti. In particolare ha precisato ai §§ 93 e 94 che quando un aspetto particolarmente importante della vita di un individuo o della sua identità è in gioco, il margine di regolamentazione concesso allo Stato sarà limitato [31]. A parere della Corte, atteso che il desiderio di avere un bambino è un aspetto particolarmente importante della vita personale e familiare il divieto di procreazione artificiale di tipo eterologo previsto dall'art. 3 (1) e 3 (2) della legge austriaca non rappresenta una ragionevole sintesi. In altri termini non vi sarebbe un rapporto di proporzionalità tra mezzi impiegati e scopo perseguito [32] posto che il rispetto alla vita privata e familiare e il connesso divieto di ingerenze di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto, risulta derogabile solo ove sia espressamente previsto dalla legge e giustificato da specifiche esigenze di sicurezza e ordine pubblico [33]. La Corte evidenzia come la nozione di "vita privata", ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione è un concetto ampio che comprende, *tra l'altro*, il diritto di stabilire e

sviluppare relazioni con altri esseri umani e il diritto al rispetto per le decisioni, sia di avere e non avere un figlio[34]. La Corte ritiene inoltre che la disparità di trattamento in violazione del divieto di discriminazione (art. 14 CEDU) tra coloro che per soddisfare il loro desiderio di un bambino potevano solo ricorrere alla donazione di sperma per la fecondazione *in vitro* (ipotesi vietata dalla legge) e coloro che legittimamente potevano usufruire della donazione dello sperma per la fecondazione *in vivo* (ipotesi dalla legge consentita) non aveva alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole ed è stata sproporzionata. Analogamente deve dirsi con riguardo alla discriminazione tra chi è affetto da sterilità ‘relativa’ e perciò può con l’ausilio del medico impiegare il proprio materiale genetico nel procedimento procreativo e chi è affetto da sterilità ‘assoluta’ il quale risulta privo di qualsiasi possibilità in tal senso dovendo necessariamente ricorrere all’impiego di materiale genetico altrui.

Secondo la Corte vi è stata dunque anche una violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8.

Ai sensi dell’art. 41 della Convenzione, la Corte ritenuta integrata la violazione degli artt 8 e 14 della medesima dispone a carico dello Stato Austriaco a titolo di “equa soddisfazione alla parte lesa” il pagamento in favore di ciascuna coppia della somma di euro 10.000,00 a titolo di danno non patrimoniale oltre alle spese per il procedimento stimate in complessive euro 18.333,00.

La pronuncia, costituisce un formale atto di censura verso lo Stato Austriaco che tenuto conto anche della sistematica dei §§ 249 e 250 CEDU, comporta l’obbligo primario per lo Stato della cessazione della violazione e della rimozione dei suoi effetti, nella misura in cui, ovviamente, ciò sia ancora possibile.

4. Segue: Le implicazioni della pronuncia della Corte EDU sull’ordinamento italiano e in particolare sull’art 4 c. 3 legge 40/04. Identità della *rationem legis* tra disciplina italiana e austriaca. Conformità della Sentenza della Corte ai principi costituzionali e impossibilità di adeguamento interpretativo della norma interna.

Le implicazioni della sentenza della Corte EDU pronunciata contro l’Austria[35] attesa l’identità del *petitum* e la sostanziale assimilabilità della *causa petendi* con il ricorso presentato in Italia deciso dal Tribunale di Firenze, risultano di rilievo immediato anche per il nostro ordinamento. Infatti pur trattandosi di normative diverse (come ricordato, quella italiana contiene un divieto generalizzato e assoluto quella austriaca articola il divieto della PMA eterologa tra fecondazione *in vivo* (consentita limitatamente alla sola donazione di gameti maschili) e *in vitro* (vietata)), attesa l’identità della *ratio legis*[36], ciò che si ricava dalla pronuncia della Corte EDU, è che, il divieto generalizzato di PMA eterologa, a prescindere dalla modalità di formulazione e articolazione del contenuto, è *ex se* illegittimo in forza di principi di ordine generale desumibili dagli artt. 8 e 14 della CEDU suscettibili di essere applicabili in sede interpretativa in tutti i casi analoghi di ricorrenza di un tale divieto

a prescindere dalle modalità di formulazione utilizzate [37].

Nel caso di specie è indubbio come la pretesa avanzata dalla coppia sterile e priva di alternative alla PMA eterologa sia diretta a far valere un diritto, quello di procreare -inteso come l'espressione del più generale principio di costituire una famiglia realizzando per questa via uno degli aspetti più intimi e rilevanti della propria personalità - che nell'impossibilità di esercizio per vie naturali trova l'unica concreta possibilità attuativa nelle metodiche di PMA con intervento di terzo donatore. Che la tutela di tale interesse possa essere ricondotta al più generale 'diritto al rispetto della vita privata e familiare' ex art. 8 CEDU è del tutto pacifico [38]. Parimenti non contestabile è la natura di diritto fondamentale della pretesa avanzata che la Consulta annovera tra " *i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata*" [39]. L'espresso richiamo operato nella sentenza alla libertà di autodeterminazione del soggetto avvalorava l'ipotesi di una piena coincidenza sul punto, già *de jure condito*, tra Corte cost. e Corte EDU.

D'altra parte come è stato correttamente rilevato se è vero che se vi è ampia discrezionalità del legislatore nazionale nel regolamentare tale materia è altrettanto vero che la disciplina predisposta non può contenere disposizioni che risultino in conflitto con i diritti riconosciuti e tutelati dalla CEDU [40].

Da quanto precede è agevole concludere che il divieto generalizzato di ricorrere al materiale genetico di un terzo donatore - c.d. PMA di tipo eterologo - nell'ipotesi in cui sia la generazione per via naturale che l'applicazione di tecniche di PMA di tipo omologo risultino comunque precluse a causa della assoluta inidoneità del materiale genetico della coppia o di uno dei suoi componenti di essere impiegato per fini procreativi, costituisce una compressione irragionevole e sproporzionata di un fondamentale e personalissimo diritto soggettivo.

Vi è una evidente sproporzione tra mezzi e fini. Infatti se la *ratio* del divieto è quella di evitare i rischi di mercificazione del materiale genetico umano e la realizzazione di parentele atipiche (discendenza biologico-genetica non coincidente con quella giuridico-sociale), atteso che tutti gli ordinamenti europei già conoscono e disciplinano fenomeni analoghi (si pensi alla normativa sull'espianto e la circolazione degli organi umani nonché a quella sull'adozione) vi è una evidente ed irragionevole sproporzione del mezzo utilizzato -divieto generalizzato di PMA eterologa- per perseguire il fine posto -pericolo di commercializzazione del materiale genetico e di parentele atipiche- [41].

Come già accennato, una tale previsione risulta lesiva anche del principio di uguaglianza [42] (discriminando, in tutti i casi, tra coppie sterili o infertili in base alla gravità della condizione patologica). Si verificherebbe una sorta di paradosso in forza della quale più è grave la patologia (sterilità relativa o assoluta) meno o per nulla efficace è la terapia o il rimedio medico che la legge consente di applicare (PMA di tipo omologo consentita; di tipo eterologo vietata). Sul punto è appena il caso di aggiungere come tale previsione risulti in evidente contrasto logico con lo stesso art.

1 della l. 40/04 che solennemente afferma che la finalità delle tecniche è quella “*di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità (...)*” aggiungendo che tali tecniche devono comunque ritenersi residuali[43]. Affermare un siffatto principio e prevedere, con una regola di portata generale l’esclusione per una intera categoria di soggetti che pur avendo i requisiti stabiliti per l’accesso alle tecniche, ed anzi trovandosi in una condizione di impossibilità assoluta priva di alternative, non vi possono ricorrere in forza del divieto generalizzato di cui al successivo art. 4, pone più di un dubbio sulla ragionevolezza dell’intero impianto normativo[44]. Dubbio avvalorato da un costante orientamento del Giudice delle leggi per il quale l’art. 3 risulta violato anche in tutti i casi in cui il legislatore proceda all’esclusione di tutti quei soggetti la cui condizione risulti assimilabile, nelle finalità perseguite dalla legge, alla più vasta categoria di quanti siano stati presi in considerazione dalla normativa[45].

La lamentata violazione del diritto di procreare/costituire una famiglia/divenire genitori inteso come espressione del più generale ‘diritto al rispetto della vita privata e familiare’ delle coppie sterili in maniera assoluta nonché la discriminazione delle medesime rispetto alle coppie affette da forme meno gravi di sterilità/infertilità -che consentano con l’ausilio delle metodiche di PMA *in vitro* o *in vivo* di utilizzare materiale genetico proprio senza dover ricorrere a quello di terzi donatori-, configura una ipotesi di lesione di principi e diritti fondamentali riconosciuti direttamente oltre che dalla CEDU anche in altra fonte del diritto comunitario, la c.d. Carta dei diritti fondamentali o carta di Nizza resa definitivamente esecutiva dal Trattato di Lisbona, oltre che nel diritto interno, al massimo livello, con la Carta Costituzionale .

Con riguardo alla Carta dei diritti fondamentali UE gli interessi tutelati dall’art. 8 e 14 della CEDU risultano oggetto di una tutela equivalente se non rafforzata, ai sensi e per gli effetti degli artt. 7 “Rispetto della vita privata e familiare”, 9 “Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia” e 21 “Non discriminazione” contenuti nella medesima. In riferimento alla Costituzione è del tutto evidente come, anche in forza della giurisprudenza della Consulta in materia[46], attesa la natura di diritto fondamentale dell’interesse dedotto nella pretesa invocata, considerati i principi di autodeterminazione e consenso informato quali condizioni di legittimità del trattamento medico[47], preso atto del bilanciamento tra contrastanti interessi madre/concepito operato dalla Corte cost a partire dalla sent. n. 27/75, una ipotesi siffatta così come interpretata e qualificata dalla Corte di Lussemburgo, non può non risultare in aperto contrasto con gli artt. 2, 3 e 13 della Costituzione.

Ove si qualificano le ipotesi di sterilità come ‘patologie’ e le tecniche di PMA come ‘trattamenti terapeutici’ per superare i problemi dalle medesime posti, ché, è la prospettiva accolta dalla legge 40/04, risulta ipotizzabile anche una diversa ricostruzione costituzionale dell’interesse leso. In questo senso ad essere violato sarebbe (anche) il diritto alla salute ex art. 32 Cost. atteso che si assisterebbe ad una irragionevole ‘discriminazione alla rovescia’: in dipendenza della gravità della patologia, in tutti i casi di sterilità con esito severo -grave ed incurabile- la legge non consentirebbe l’applicazione delle metodiche di PMA adeguate a superare il problema (impiego di tecniche di tipo eterologo) analogamente a quanto invece

consente per le ipotesi di sterilità/infertilità meno gravi (impiego di tecniche di tipo omologo).

Anche sotto l'ulteriore profilo della ragionevolezza e della proporzionalità non si può non rilevare come in materia di tutela di diritti fondamentali analogamente a quanto affermato nella sentenza *de quo* dalla Corte Europea, la Consulta ha più volte precisato che la discrezionalità del legislatore ordinario di adottare determinate soluzioni normative si arresta dinanzi alla prevalente esigenza di assicurare una effettiva ed uniforme protezione di situazioni esistenziali afferenti al nucleo irriducibile ed incompressibile di libertà e dignità della persona costituzionalmente rilevanti[48].

In conclusione, le implicazioni e le ricadute negli ordinamenti nazionali della pronuncia della Corte di Lussemburgo, in dipendenza della qualificazione del 'sistema CEDU' e delle relative modalità applicative nel sistema interno che si intendano accogliere –applicazione diretta o meno del diritto CEDU nell'ordinamento interno- come sopra prospettato potranno rilevare sotto un duplice profilo: quello di *dictum* con effetti immediati e diretti sull'ordinamento interno in forza della comunitarizzazione del 'sistema CEDU' per violazione delle disposizioni di cui agli artt 8 e 14 della Convenzione; quello di canone ermeneutico generale alla luce del quale il giudice interno deve procedere all'adeguamento mediante interpretazione conforme del diritto interno. Ove tale attività ermeneutica, che appare necessitata, risulti impossibile ovvero l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, ch     la soluzione prospettata dal Tribunale di Firenze[49], la Corte Cost. dovr  essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalit  della disposizione di legge interna contrastante col diritto CEDU nell'interpretazione e applicazione che ne ha fatto la Corte di Lussemburgo.

5. Compatibilit  normativa e sistematica, *de iure condito*, dell'eventuale eliminazione del divieto di esecuzione delle tecniche di PMA eterologhe di cui all' 4 c. 3 L. 40/04. Applicazione della normativa esistente (DLGS 191/07; DLGS 16/10; art. 9 L. 40/04).

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologhe, con gameti di donatori esterni sono state applicate in Italia fino al 10 marzo 2004, nel pieno rispetto delle norme mediche e delle garanzie giuridiche per tutti i soggetti coinvolti. Il donatore era sottoposto ad un particolare screening diagnostico diretto ad escludere la presenza di eventuali patologie genetiche o virali del materiale donato. Con riguardo alla regolamentazione della vicenda, in assenza di una legge, le residue incertezze circa la possibilit  da parte dell'uomo che autorizzava la procreazione eterologa della moglie

e/o della convivente di disconoscere successivamente la paternità del bambino sono venute meno con un doppio intervento delle Supreme Magistrature. Nel 1998 la Corte Costituzionale[50] seguita poi nel 1999 dalla Corte di Cassazione[51], hanno affermato che l'azione di disconoscimento di paternità ai sensi dell'articolo 235c.c. non è esperibile nei casi di procreazione medicalmente assistita eterologa effettuata con il consenso informato di entrambi i membri della coppia in quanto ipotesi estranea alla *ratio* della norma. Tale previsione è stata poi recepita dalla stessa legge 40/04 che all'art. 9 disciplina espressamente la fattispecie prevedendo, nell'ipotesi di esecuzione di tecniche eterologhe in violazione di quanto dalla stessa legge stabilito, il divieto di disconoscimento di paternità e la impossibilità da parte del terzo donatore di instaurare alcuna relazione giuridica col nato.

Per ciò che riguarda le problematiche tecniche inerenti l'acquisizione, stoccaggio, conservazione e utilizzo del materiale genetico da parte dei centri medici c.d. di secondo livello (autorizzati alla esecuzione delle tecniche di PMA in vitro), l'Italia avendo recepito con Decreto legislativo 191/07 la direttiva 2004/23/CE e con decreto legislativo n. 16/10 per l'attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE (inerente le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani), disporrebbe dunque già de jure condito di una normativa che consentirebbe l'esecuzione della tecnica eterologa.

Infatti posto che ai sensi dell'art.1 del DLGS 16/10, rientrano nella competenza di tali decreti legislativi di recepimento di norme comunitarie, i gameti e gli embrioni, i centri di procreazione assistita sono diventati Istituti dei Tessuti, soggetti alle prescrizioni tecniche già previste in Italia dalle linee guida sulla legge 40/04, ma oggi conformi per riconoscimento agli standard europei per la tracciabilità.

I decreti disciplinano la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umane, nonché la codifica, la lavorazione e lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule. Il testo prevede norme precise di garanzia per la donazione e la rintracciabilità, che in forza della legge 40/04, esclude le cellule riproduttive dalla donazione ad altri soggetti. Tale esclusione è operata nel rispetto dell'art. 4 comma 3 della medesima legge, con la conseguenza che se il divieto di eterologa fosse dichiarato incostituzionale ed espunto dall'ordinamento, non vi sarebbe vuoto normativo poiché il DLGS 191/07 e 16/10 disciplinano compiutamente la fattispecie dal punto di vista tecnico-scientifico. Di fatti le norme di recepimento delle direttive europee citate, regolamentano nello specifico la donazione di cellule riproduttive (art. 2 c.1 let. a.), dettano le norme per l'approvvigionamento delle cellule (art. 3), stabiliscono i criteri di selezione dei donatori e successivamente gli esami di laboratorio da eseguire e il ricevimento delle cellule presso gli istituti dei tessuti con la successiva distribuzione e autorizzazione (art. 4). D'altra parte come sopra ricordato la medesima legge 40/04 che vieta l'eterologa al capo III artt. 8- 9 prevede un puntuale sistema normativo in forza del quale l'azione di disconoscimento della

paternità da parte di colui che in qualità di partner della donna aveva autorizzato la stessa a sottoporsi alla PMA, a tutela del nato deve ritenersi esclusa. Parimenti garantito, nell'interesse della famiglia e del minore, deve ritenersi l'anonimato del terzo donatore che non avrebbe alcun titolo per rivendicare la paternità sul bambino nato grazie all'impiego del proprio liquido seminale..

Alla luce di quanto precede, la disapplicazione ovvero la dichiarazione d'incostituzionalità dell'articolo 4 comma 3, non creerebbe alcun vuoto normativo, poiché la parte tecnica inerente approvvigionamento, controllo, conservazione e donazione di gameti nel nostro ordinamento è compiutamente disciplinata dai DLGS 191/07 e DLGS 16/10 mentre la parte giuridica a tutela dei nati e dell'integrità della famiglia è disciplinate dall'art. 9 della stessa legge 40/04.

[1] Per analisi delle varie questioni si rinvia a: S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009; BILANCIA P, D'AMICO M. (a cura di) *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, Milano 2009, 233 ss; BRUNO NASCIMBENE, *Unione europea – Trattati, L'Europa in movimento. Raccolta di testi e documenti. Le modifiche introdotte dal trattato di Lisbona*, Torino, 2010, pp. X-398; V. BALDINI, *Il trattato di Lisbona e il rispetto dell'identità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, Saggi, fasc n. 2, 2010; E. TRIGGIANI *L'Unione Europea secondo il Trattato di Lisbona*, Atti Dip. Dir. Int e dell'UE, Univ. Bari, 2009.

[2] La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o CEDU è un [trattato internazionale](#) redatto dal [Consiglio d'Europa](#). La Convenzione è stata firmata a [Roma il 4 novembre 1950](#) ed è entrata in vigore il [3 settembre 1953](#). È stata ratificata da parte di tutti i [47 Stati membri \(al 22 giugno 2007\)](#) del [Consiglio d'Europa](#). La Convenzione ha dato vita alla [Corte Europea dei diritti dell'uomo](#) organo deputato all'interpretazione e all'applicazione dei diritti ivi sanciti. La CEDU è stata poi integrata e modificata da 14 Protocolli aggiuntivi. I Protocolli II e III (entrati in vigore il [21 settembre 1970](#)), V (entrato in vigore il [20 dicembre 1971](#)), VIII (entrato in vigore il [1° gennaio 1990](#)), IX (entrato in vigore il [1° ottobre 1994](#)) e X (mai entrato in vigore) riguardano aspetti procedurali e sono stati superati dal XI Protocollo, firmato a [Strasburgo l'11 maggio 1994](#) ed entrato in vigore il [1° novembre 1998](#), mentre i Protocolli I ("Protocollo addizionale", entrato in vigore il [18 maggio 1954](#)), IV (entrato in vigore il [2 maggio 1968](#)), VI (entrato in vigore il [1° marzo 1985](#)), VII^I (entrato in vigore il [1° novembre 1988](#)), XII (entrato in vigore il [1° aprile 2005](#)) e XIII (entrato in vigore il [1° luglio 2003](#)) hanno aggiunto altri diritti (in particolare, il primo protegge la proprietà e decreta il diritto all'istruzione e a libere elezioni e il tredicesimo prevede l'abolizione della [pena di morte](#) in ogni circostanza).

Il Protocollo XIV, firmato il 13 maggio 2004 consente a organizzazioni internazionali come l'Unione europea di diventare parte della Convenzione. L'Unione, che in quel momento non aveva la competenza a stipulare accordi di adesione alla CEDU, ha acquistato nello specifico tale possibilità ai sensi dell'articolo 6 comma 2 del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

Due pronunce della giurisprudenza amministrativa (sent. Cons. Stato sent 1220/10 e TAR Lazio sez II bis, sent 11984/10) hanno per la prima volta significativamente invocato la ratifica del Trattato di Lisbona del 1 dicembre 2009 per affermare l'effetto diretto della CEDU nell'ordinamento italiano. Per un'analisi delle connesse questioni v. *infra*.

[3] Corte EDU, 1^a sez, *SH e altri/Austria*, 1 aprile 2010

[4] In tal senso si osserva come l'art. 32, paragrafo 1, stabilisce: «*La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47*». Come è stato utilmente precisato in dottrina «*Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia*». A ARLOTTA, *I diritti della persona all'inizio del nuovo millennio: l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in www.mondogiuridico.com, 2010.

[5] Corte cost. sent. n. 183 del 1973. Analogamente Corte cost. sent. n. 170/84; sent. 188/80; sent. 348/07.

[6] Corte Cost. sent. n. 188/80.

[7] Corte Cost. sent. n. 348/07

[8] Parte significativa della giurisprudenza, di merito e di legittimità, ha ritenuto le norme CEDU direttamente applicabili nell'ordinamento interno: cfr *ex multis* Cass., sez. I, sent. n. 6672 del 1998; Cass., S.U., sent. n. 28507 del 2005. Come correttamente osservato in dottrina «*S'è fatta strada in talune pronunce, l'idea che la specifica antinomia possa essere eliminata con i normali criteri di composizione in sistema delle fonti del diritto. In altre parole, si è creduto di poter trarre da un asserito carattere sovraordinato della fonte CEDU la conseguenza che la norma interna successiva, modificativa o abrogativa di una norma prodotta da tale fonte, fosse inefficace, per la maggior forza passiva della stessa fonte CEDU, e che tale inefficacia potesse essere la base giustificativa della sua non applicazione da parte del giudice comune. Se, infatti, la CGE ha affermato che il rispetto della CEDU può determinare anche una deroga ai principi portanti del Trattato (“il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato”*, sent. 12 giugno 2003 C-112/00), parrebbe che l'effetto utile possa determinare anche un'immediata disapplicazione del diritto nazionale in contrasto con la CEDU, A. ARLOTTA, cit., p. 7 .

[9] Secondo la Suprema Corte *“A prescindere dall'utilizzazione, per indicare tale tipo di norme, dell'espressione “fonti interposte”, ricorrente in dottrina ed in una nutrita serie di pronunce di questa Corte (ex plurimis, sentenze n. 101 del 1989, n. 85 del 1990, n. 4 del 2000, n. 533 del 2002, n. 108 del 2005, n. 12 del 2006, n. 269 del 2007), ma di cui viene talvolta contestata l'idoneità a designare una categoria unitaria, si deve riconoscere che il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli “obblighi internazionali” che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. Un tale parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato”*. Ciò non significa tuttavia che il sindacato di costituzionalità della Consulta sulle norme CEDU e sulle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo venga meno. In tal senso è stato utilmente precisato che *“ Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali (ex plurimis, sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 168 del 1991, n. 73 del 2001, n. 454 del 2006) o dei principi supremi (ex plurimis, sentenze n. 30 e n. 31 del 1971, n. 12 e n. 195 del 1972, n. 175 del 1973, n. 1 del 1977, n. 16 del 1978, n. 16 e n. 18 del 1982, n. 203 del 1989), ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali”*.

[10] Corte Cost. sent. 239/2009. Aggiunge la Corte come *«al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme» e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, egli deve investire questa Corte delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma» Cost. (sentenza n. 349 del 2007, par. 6 del Considerato in diritto; analogamente sentenza n. 348 del 2007, par. 5 del Considerato in diritto)”*. Molteplici i contributi della dottrina sulle problematiche relative alle sentenze della Consulta n. 348/07 e 349/07. Senza pretesa di completezza cfr. U. DE SIERVO, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte Costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, intervento al Convegno *Problemi per le Corti nazionali a seguito degli ulteriori sviluppi dell'Unione Europea ed in relazione alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo* (Incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana e la Corte costituzionale federale tedesca) Karlsruhe, 19 - 21 novembre 2009; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it; M. CARTARIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2007, p. 3564 e ss.; V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti*, Padova, 2007, p. 314 e ss.

[11] Corte Cost. sent. 239/2009. A tal proposito il Giudice delle leggi ha avuto modo di precisare che *“Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo. La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53. In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU. Questa Corte ha anche affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della*

Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta – allo stato – l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007)” (Corte Cost. 311/09).

[12] Sul punto V.: Cass. 20 maggio 2009, n. 10415; CEDU 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03. Analogamente v. Corte cost. sent. 349/2007; Trib. Firenze (ord.) 1 settembre 2010

[13] § 249 della sentenza *Scozzari e Giunta contro Italia*.

[14] IDEM, § 249, *in fine*.

[15] Sul punto come sopra accennato l'orientamento della giurisprudenza non è unanime. La diretta applicazione nell'ordinamento interno della decisione della Corte EDU riconosciuta da una parte della giurisprudenza di merito e legittimità risulterebbe ammissibile attraverso l'applicazione degli ordinari criteri di composizione in sistema delle fonti del diritto: gerarchico e cronologico.

[16] In forza di quanto previsto all'art. 6 del Trattato di Lisbona (ex articolo 6 del TUE) “1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

Per una prima analisi della disposizione v, tra gli altri V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, p. 1 ss.

[17] Per i principali aspetti tecnici e giuridici dell'adesione dell'UE al sistema CEDU, si veda, tra gli altri, lo studio effettuato nel 2002 dal Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) del Consiglio d'Europa: *Etude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Rapporto adottato alla 53° riunione (25-28 giugno 2002), Doc. DGII(2002)006. Per una analisi delle varie questioni v. anche ZAGREBELSKY, cit., p 7 ss;

[18] Come precisato dalla Corte Cost. come "*Esigenze fondamentali di eguaglianza e certezza giuridica postulano che le norme comunitarie - , non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno -, debbano avere piena efficacia*

obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari" (sent. 183 del 1973).

[19] Corte cost. sent. 170/1984. Aggiunge la Corte come *“Rispetto alla sfera di questo atto, così riconosciuta, la legge statale rimane infatti, a ben guardare, pur sempre collocata in un ordinamento, che non vuole interferire nella produzione normativa del distinto ed autonomo ordinamento della Comunità, sebbene garantisca l'osservanza di essa nel territorio nazionale. D'altra parte, la garanzia che circonda l'applicazione di tale normativa è - grazie al precetto dell'art. 11 Cost., com'è sopra chiarito - piena e continua. Precisamente, le disposizioni della CEE, le quali soddisfano i requisiti dell'immediata applicabilità devono, al medesimo titolo, entrare e permanere in vigore nel territorio italiano, senza che la sfera della loro efficacia possa essere intaccata dalla legge ordinaria dello Stato. Non importa, al riguardo, se questa legge sia anteriore o successiva.”*(Sent. Corte cost. 170/1984).

[20] Sent. Corte Cost 170/1984).

[21] Corte di Giustizia UE 12 giugno 2003 C-112/00, in cui si era affermato che *“secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La CEDU riveste, a questo proposito, un particolare significato (v., segnatamente, sentenze 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT, Racc. pag. I-2925, punto 41; 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, Connolly/Commissione, Racc. pag. I-1611, punto 37, e 22 ottobre 2002, causa C-94/00, Roquette Frères, Racc. pag. I-9011, punto 25)”*. I principi sviluppati da tale giurisprudenza sono stati riaffermati dal preambolo dell'Atto unico europeo, poi dall'art. F, n. 2, del Trattato sull'Unione europea (sentenza Bosman, cit., punto 79). Ai sensi di tale disposizione, *“l'Unione rispetta i diritti fondamentali, quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario»*. *Ne deriva che nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo in tal modo riconosciuti (v., in particolare, sentenze ERT, cit., punto 41, e 29 maggio 1997, causa C-299/95, Kremzow, Racc. pag. I-2629, punto 14) . Poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci. Così, risulta da giurisprudenza costante che, dal momento che, come nella causa principale, una situazione nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire ai giudici nazionali tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione della conformità di tale situazione con i diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto, quali essi risultano, in particolare, dalla CEDU (v. in tal senso, segnatamente, sentenza 30 settembre 1987, causa 12/86, Demirel, Racc. pag. 3719, punto 28). Nella fattispecie le autorità nazionali si sono basate sulla necessità di rispettare i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dalla Costituzione dello Stato membro interessato per consentire che fosse limitata una delle libertà fondamentali sancite dal Trattato”*.

[22] Trib. Firenze (ord.) 1 settembre 2010.

[23] Il protocollo n. 8 annesso al Trattato prevede che attraverso apposito Accordo verranno regolate le modalità di adesione della UE alla CEDU: "Articolo 1. L'accordo relativo all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

fondamentali (in appresso denominata "convenzione europea"), previsto dall'articolo 6, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, in particolare per quanto riguarda: a) le modalità specifiche dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della convenzione europea, b) i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente, a seconda dei casi, agli stati membri e/o all'Unione. Articolo 2. L'accordo di cui all'articolo 1 deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione né sulla attribuzioni delle sue istituzioni. Deve inoltre garantire che nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della convenzione europea e, in particolare, riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla convenzione europea ai sensi del suo articolo 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della convenzione europea ai sensi del suo articolo 57. Articolo 3. Nessuna disposizione dell'accordo di cui all'articolo 1 deve avere effetti sull'articolo 292 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea".

[24] In tal senso cfr. S. CATALANO, *Trattato di Lisbona e "adesione" alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne* in BILANCIA P, D'AMICO M. *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, cit., p. 234 ss; A. CELOTTO, *Il trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in www.neldiritto.it, 2010.

[25] Conf. Tribunale di Firenze, per il quale *"la giurisprudenza è sì nel senso che i "diritti fondamentali" fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed in particolare alla Convenzione di Roma (da ultimo, su rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale belga, sentenza 26 giugno 2007, causa C-305/05...).* Tuttavia, tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sta applicabile - in primis gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali (sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, ERT). La Corte di giustizia ha infatti precisato che non ha tale competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario (sentenza 4 ottobre 1991, C-159/90...; sentenza 29 maggio 1998...): ipotesi che si verifica precisamente nei caso di specie. Si tratta di principi applicabili anche dopo l'avvenuta entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha previsto, come si è detto, che "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione... e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali", con ciò recependo - come si legge nella sentenza citata - l'orientamento interpretativo" (Trib. Firenze (ord.) 1 settembre 2010, cit).

[26] Con parere n. 2/94 del 28.3.96 la Corte UE aveva espressamente negato l'esistenza di una base legale nel Trattato CE che consentisse di ritenere possibile l'adesione alla CEDU

[27] Tra le altre cfr. Corte cost. italiana sentenze nn. 348 e 349 del 2007; nn. 39/2008, 239 e 311 del 2009.

Cfr ex multis anche Corte di Giustizia UE sent. 26 giugno 2007, causa C-305/05; 12 giugno 2003 C-112/00; 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT, Racc. pag. I-2925, punto 41; 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, Connolly/Commissione, Racc. pag. I-1611, punto 37, e 22 ottobre 2002, causa C-94/00, Roquette Frères, Racc. pag. I-9011, punto 25; ERT, cit., punto 41, e 29 maggio 1997, causa C-299/95, Kremzow, Racc. pag. I-2629, punto 14. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'affermare la propria competenza ad intervenire su questioni attinenti i diritti fondamentali è venuta a consolidarsi a partire dalla sentenza *Stauer* del 12 novembre 1969 (C-

29/69) in cui la Corte di Giustizia affermo' che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario che la Corte assicura. Successivamente v. le sentenze *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970 (C-11/70); *Nold* del 24 settembre 1975 (C-4/73); *Rutili* del 28 ottobre 1975 (C-36/75); *Hauer* del 13 dicembre 1979 (C-44/79); *Baustahlgewerbe* del 17 dicembre 1998 (C-185/95), ove la Corte UE ha seguito il metodo della Corte CEDU nell'interpretare l'art.6/1 Convenzione ed applicarlo ad una procedura del Tribunale di Prima Istanza; *Carpenter* dell'11 luglio 2002 (C-60/00); *Schmidberger* del 12 giugno 2003 (C-112/00); e più recentemente le sentenze *Germania c. Parlamento e Consiglio* del 12 dicembre 2006 (C-380/03); *Festersen* del 25 gennaio 2007 (C-370/05); *Unibet* del 13 marzo 2007 (C-432/05); *Advocaten voor de Wereld* del 3 maggio 2007 (C-303/05); *Ordre des barreaux francophones et germanophones* del 26 giugno 2007 (C-305/05); *Derin* del 18 luglio 2007 (C-325/05).

[28] TAR Lazio, Sez. II bis, n. 11984 del 18 maggio 2010 il quale rileva come “ *fra le più rilevanti novità correlate all'entrata in vigore del Trattato [di Lisbona dell' 1.12.2009], vi è l'adesione dell'Unione alla CEDU, con la modifica dell'art. 6 del Trattato che nella vecchia formulazione conteneva un riferimento "mediato" alla Carta dei diritti fondamentali, affermando che l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario. Nella nuova formulazione dell'art. 6, viceversa, secondo il comma 2 "l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" e, secondo il comma 3, "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione, osserva il Collegio, ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento (...). Si aprono quindi inedite prospettive per la interpretazione conformativa, ovvero per la possibile disapplicazione, da parte di questo giudice nazionale, delle norme nazionali, statali o regionali, che evidenzino un contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, (...). E se le predette considerazioni sono esatte, ciò potrà avvenire in via generale per tutti i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, e non più, come è finora avvenuto, solo nei casi in cui un diritto fondamentale della Convenzione abbia acquisito una specifica rilevanza nel diritto dell'Unione mediante il recepimento in una norma comunitaria, ovvero mediante il suo impiego, quale principio generale, in una decisione della Corte di Lussemburgo”.*

Conf. Cons. Stato, n 1220 del 2 marzo 2010 il quale in punto di effettività della tutela giurisdizionale, desumibile dall'articolo 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della CEDU precisa che tali ultime disposizioni sono “*divenute direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009*”

[29] Fortpflanzungsmedizingesetz-Novelle 2004", FmedGNov 2004

[30] Nella sentenza in questione la Corte ha preso in esame due ricorsi in materia di PMA riguardanti due situazioni differenti. Nel primo caso si trattava di una coppia in cui la donna era infertile e l'uomo assolutamente sterile, per cui la coppia poteva utilmente ricorrere soltanto alla fecondazione eterologa *in vitro*, vietata dalla legge austriaca, che consente invece, limitatamente alla donazione di gameti maschili, la fecondazione eterologa *in vivo* . Nel secondo la donna era completamente sterile non potendo produrre ovociti. L'unica possibilità di procreare per la coppia era quella di utilizzare lo sperma del

marito assieme ad ovociti acquisiti da una terza donatrice. Tale ultima possibilità, non è consentita dalla legge austriaca, a differenza di quella di gameti maschili ammessa sia pure solo per la fecondazione *in vivo*. La Corte ha ritenuto sussistenti in entrambi i casi la violazione del combinato disposto dagli artt. 8 e 14 della Convenzione che stabiliscono, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione. Come è stato correttamente osservato dal Tribunale di Firenze (ord 1 settembre 2010, cit.) *“Il rilievo che la decisione sul primo caso - motivata ai § 86/94- è basata solo sull'irragionevolezza dell'esclusione della donazione di gameti in vitro una volta che sia ammessa quella in vivo, impedisce di trarre conseguenze ai fini della sua applicazione riguardo alla legge italiana posto che essa vieta la fecondazione eterologa in ogni caso. La Corte ha deciso il secondo caso (ai § 70/85) ritenendo l'irragionevolezza dell'ammissibilità, nella legge austriaca, della donazione di spermatozoi ma non di ovuli. Per arrivare a questa conclusione, però, (forse significativamente anteponendolo l'esame di questo caso all'altro) ha esposto principi di ordine generale che, ad avviso del giudicante, paiono pertanto applicabili in sede interpretativa ai fini che qui interessano. La Corte afferma (§ 74) che non vi è un obbligo per gli Stati membri di adottare una legislazione che consenta la fecondazione assistita, ma che una volta che essa sia consentita, nonostante il largo margine di discrezionalità lasciato agli Stati contraenti, la sua disciplina dovrà essere coerente in modo da prevedere una adeguata considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti in accordo con gli obblighi derivanti dalla Convenzione”*.

[31] In tal senso la Corte cita i propri precedenti: *Evans c. Regno Unito* [GC], no. 6339/05, § 77, CEDU 2007-IV; *Dickson v. Regno Unito*, n. 44362/04; *X. e Y. c. Paesi Bassi* , sentenza del 26 marzo 1985, serie A no. 91, § § 24 e 27; *Dudgeon*, citata supra, § 52 e *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], no. 28957/95, § 90, CEDU 2002 - VI)

[32] Secondo la Corte EDU il divieto assoluto del ricorso alla fecondazione eterologa mediante donazione di ovuli (e di sperma per fecondazione *in vitro*) non era l'unico mezzo a disposizione del legislatore austriaco per realizzare le finalità perseguite, quelle di evitare il rischio di sfruttamento delle donne e di abuso di queste tecniche e di impedire la realizzazione di parentele atipiche e che la relativa scelta è sfornita di giustificazioni ragionevoli (§ 76) . Rileva anzitutto che i primi due argomenti non riguardino specificamente le tecniche in questione, essendo diretti contro la procreazione assistita in generale (§ 77). Precisa poi che l'obiettivo di mantenere la certezza in materia di diritto di famiglia deve tener conto del fatto che in molti Stati contraenti sono previsti rapporti familiari atipici che non seguono la relazione genitore -figlio basata sulla diretta discendenza biologica (a partire dall'adozione) per cui ritiene che non vi siano ostacoli insormontabili per condurre le relazioni familiari che risultassero dall'utilizzare con successo le tecniche di procreazione assistita in questione nell'ambito del quadro generale della legislazione in materia di famiglia e negli altri campi giuridici collegati (§ 81). La Corte (§ 84 e ss.) rileva infine che anche l'argomento relativo al diritto all'informazione del bambino a conoscere la sua discendenza effettiva non è un diritto assoluto, rilevando di aver già ritenuto l'assenza - in un caso già sottoposto al suo giudizio - di violazioni all'art. 8 della Convenzione avendo in quel caso lo Stato raggiunto un giusto equilibrio fra gli interessi pubblici e privati coinvolti, per cui il legislatore austriaco poteva anch'esso trovare una soluzione adeguata ai contrapposti interessi del donatore che chiede l'anonimato e del bambino ad ottenere informazioni.

[33] L'art. 8 CEDU precisa come tali esigenze devono ritenersi connesse allo sviluppo di una *“società democratica nell'interesse della sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, per la prevenzione di disordini o reati, la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui”* (art. 8 CEDU).

[34] Cfr. *Evans v. Regno unito*, n. 6339/05, cit., in part. § 71.

[35] Tale pronuncia ha ribaltato quanto affermato dalla Corte Costituzionale austriaca che si era già pronunciata sulla questione ritenendo che tale divieto non violava la CEDU (Corte Cost. Austriaca 14 ottobre 1999).

[36] Trib. Firenze (Ord.) 1 settembre 2010, cit. . Per un primo commento dell'ordinanza v. G.M. SALERNO, *I Principi enucleati dai giudici di Strasburgo non sembrano adattabili al caso italiano*, in Guida al Diritto, n. 42, 2010, p. 71 ss. il quale critica la pronuncia del giudice fiorentino "poiché dovendo palesemente negarsi l'assimilazione, l'equivalenza o comunque l'analogia tra la disciplina risultante dalla legge italiana e quella presente in Austria, il ricorso ai principi di diritto seppure "di ordine generale" ricavabili dalle pronunce della Corte Europea, appare precluso in conformità alla costante giurisprudenza della Consulta"

Tale posizione non può essere condivisa posto che, come si evince dal significato letterale desumibile dalla lettura del testo della sentenza della Corte EDU le conclusioni cui la medesima è pervenuta, v. specificatamente le argomentazioni utilizzate ai §§ 74,76,77,81 e 84, risultano motivate da considerazioni e dall'esposizione di principi di ordine generale la cui validità risulta logicamente e ragionevolmente estensibile anche ad ipotesi di divieto assoluto della tecnica di PMA eterologa (e non parziale come nel caso austriaco) quale è la condizione italiana.

E' del tutto evidente come in presenza di una medesima *ratio* della regola, la diversità dell'articolazione normativa nel suo contenuto e/o nella sua formulazione, non inficia la fondatezza di una operazione logica di applicazione in via interpretativa di conclusioni che risultano sul piano formale e sostanziale congrue oltre che logicamente e ragionevolmente adeguate e pertinenti. In altre parole, in forza di principi e tecniche di comune ermeneutica giuridica, la richiamata operazione interpretativa risulterebbe illegittima laddove pretendesse di applicare una medesima decisione/disciplina a normative, anche simili, ma che presentano differente *ratio* e non all'ipotesi inversa di una medesima *ratio* anche in assenza di una perfetta sovrapposibilità della formulazione del precetto. Orbene se è vero che il divieto di PMA eterologa contenuto nella legge italiana (assoluto) è diverso perché più ampio di quello contenuto nella legge austriaca, ciò non significa che ove le argomentazioni e i principi di diritto utilizzati dal giudicante siano diretti a ritenere illegittimo *ex se* tale divieto - contestato per la irragionevolezza e sproporzione mezzi/fini nonché per la sintesi tra diritti rilevanti cui perviene- le stesse non debbano ritenersi applicabili a casi di diversa formulazione dello stesso. Infatti, come si evince dalla lettura del testo, è indubbio che mentre talune osservazioni della Corte EDU devono specificatamente essere riferite alla intrinseca contraddittorietà e irragionevolezza del divieto come formulato nel testo austriaco, altre, correttamente rilevate dal Tribunale di Firenze, hanno una indubbia portata generale e risultano del tutto conferenti rispetto alle *rationes legis* che hanno indotto il legislatore italiano, come quello Austriaco, a porre il divieto di PMA eterologa: rischi di commercializzazione dei gameti umani, costituzione di parentele atipiche, diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche. Tali interessi, secondo la Corte di Lussemburgo, non giustificano il sacrificio definitivo dei contrastanti interessi fondamentali della persona -diritto di procreare e costituire una famiglia- riferibili alla coppia priva di altre alternative, attraverso l'elevazione di un divieto generalizzato all'uso della tecnica di PMA eterologa. Un tale divieto per i giudici aditi risulta irragionevole e sproporzionato e quindi lesivo dei diritti di cui agli artt. 8 e 14 della CEDU.

[37] A ciò si aggiungono le censure sotto il profilo della irragionevolezza formulate sullo specifico divieto all'eterologa così come articolato dall'art. 3 (1) e (2) della legge Austriaca

[38] In tal senso v. anche Corte cost. sent 332/2000.

[39] Per il riconoscimento della facoltà procreativa umana come oggetto di un diritto fondamentale della persona, v. per tutti Corte Cost. Corte cost. sent. n. 332/2000, cit secondo la quale la "limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore, contrasta con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata"

[39] In tal senso v. anche Corte cost. sent 332/2000 cit

[40] La Corte EDU precisa che “ non vi è un obbligo per gli Stati membri di adottare una legislazione che consenta la fecondazione assistita, ma che una volta che essa sia consentita, nonostante il largo margine di discrezionalità lasciato agli Stati contraenti, la sua disciplina dovrà essere coerente in modo da prevedere una adeguata considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti in accordo con gli obblighi derivanti dalla Convenzione” (Sent. 1 aprile 2010, cit., § 74.

[41] Per l’analogia del ragionamento cfr Corte EDU, 1 aprile 2010, cit. in part. §§ 76,77,81 v. supra nota 32; Trib. Firenze (ord.) 1 settembre 2010, cit.. In dottrina v. S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU*, in Riv. assoc. Italiana costituzionalisti, n. 0 del 2.07.2010, p. 5 ss

[42] Principio affermato al massimo livello dalla CEDU ex art. 14; dalla c.d. Carta Nizza ex art. 21 e dalla Costituzione Italiana ex art 3.

[43] L. 40/04, art. 1. Finalità. 1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana e' consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, (...). 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita e' consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità'.

[44] Conf. S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU*, cit., p. 1 ss il quale osserva come “La legge n. 40 del 2004 è volta a consentire a tutte le coppie, che versino nelle condizioni previste dall’art. 1 (casi di sterilità e infertilità), di accedere alle tecniche necessarie ad avere un figlio, tuttavia, nel momento in cui si vieta il ricorso alla tecnica eterologa, di fatto si impedisce ad alcune persone, fra l’altro quelle affette dalle forme più gravi di sterilità ed infertilità, di esercitare il diritto ‘solennemente’ riconosciuto dalla medesima legge. In sintesi, sembra delinearci un’ipotesi di incongruenza del mezzo rispetto al fine: se la ratio legis è quella ricordata, potrebbe risultare irragionevole che siano escluse dall’accesso alla procreazione medicalmente assistita le coppie la cui sterilità o infertilità può essere superata solo mediante il ricorso alla tecnica eterologa”.

[45] Corte cost. sent. 404/88, punto 5; Corte cost. 151/09 sulla quale si rinvia, per i primi commenti a M.E. D’AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in IDEM, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, p. 214 e ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2009, p. 1688 e ss; L.VIOLINI, *Note minime ad una decisione problematica*, in M.E. D’AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), cit., p. 191 e ss.. Per una analisi delle questioni di costituzionalità sollevate innanzi alla Corte cost. cfr.: BALDINI G, *Diritti della madre e interessi dell’embrione : legge 40/04 e interventi della giurisprudenza*, in *Scienza e coscienza* (a cura di P. Guarnieri), Firenze, 2009, p. 87-98.

Sul punto conf. S. CATALANO, cit., p. 2.

[46] V. *ex multis* Corte cost. sent. 332/2000; 438/2008; 151/2009.

[47] Cfr per tutti Corte cost. sent. 438/08.

[48] Da ultimo cfr. Corte cost. sent 151/09

[49] Trib. Firenze (ord) 1 settembre 2010 il quale, esclusa la possibilità di adeguare per via d’interpretazione conforme l’art. 4 c. 3, L. 40/04 atteso il suo carattere tassativo ed inderogabile, in forza dei richiamati principi della Convenzione sui diritti dell’Uomo (art. 8 e 14 CEDU) e della Costituzione (art. 3 Cost), ha ritenuto di non poter procedere all’applicazione diretta della decisione della Corte EDU nell’ordinamento interno e rilevando la piena fondatezza del dubbio di legittimità costituzionale della norma ha rinviato la questione alla Consulta.

[\[50\]](#) Corte cost. sent. n. 347/98.

[\[51\]](#) Corte cost. sent n. 231/99.