

LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO DI FRONTE AL FATTORE SCIENTIFICO: ANALISI DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E INTERRUZIONE VOLONTARIA DI GRAVIDANZA

Simone Penasa

*Borsista post-doc in Diritto pubblico comparato
Facoltà di Giurisprudenza di Trento*

SUMARIO

I. L'IMPATTO DEL FATTORE TECNOLOGICO NEL RAPPORTO TRA DIRITTO E REALTÀ SOCIALE: IL CASO DEL FENOMENO PROCREATIVO NEL SISTEMA CEDU.- II. LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA: I CASI EVANS, DICKSON, S.H. E COSTA-PAVAN. ESPANSIONE DEL CONCETTO DI 'VITA PRIVATA' AL FENOMENO PROCREATIVO E UTILIZZO ONDIVAGO DELLA TEORIA DEL CONSENSUS: 1. La progressiva espansione del contenuto normativo dell'articolo 8 CEDU. 2. Il rapporto (ondivago) tra consensus e margine di apprezzamento nazionale: a) *"Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted"*. b) *"Where (...) there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it (...) the margin will be wider"*. c) *"Particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues"*. d) *"There will also usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights"*.- III. IVG: IL DIRITTO AD AVERE ACCESSO AD UN ABORTO LEGALE E OBBLIGHI PROCEDURALI POSITIVI DEGLI STATI. I CASI *TYSIAC C. POLONIA*, *A. B. E C. C. IRLANDA, R.R. C. POLONIA E P. E S. C. POLONIA*: 1. L'applicazione del consensus tra disciplina della IVG e la questione relativa a *"when the right to life begins"*. 2. Lo scrutinio dell'esercizio del margine di apprezzamento: diritto (della donna) ad avere accesso ad un aborto legale e obbligo positivo (dello Stato) di garantirne la effettività in senso procedurale.- IV. VERSO LO SCRUTINIO

DELLE MODALITÀ DI ESERCIZIO DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO NAZIONALE IN SENSO PROCEDURALE?

PALABRAS CLAVE

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; Procreazione medicalmente assistita; Aborto legale.

RESUMEN

Nella prima parte dello scritto verranno analizzate alcune recenti sentenze della Corte EDU, individuate all'interno di due contesti rispetto ai quali il fattore scientifico-tecnologico assume un ruolo decisivo, tanto rispetto ai contenuti delle legislazioni nazionali quanto alla valutazione di compatibilità delle medesime con la CEDU: la PMA e l'IVG. Nel condurre l'analisi, verranno seguiti tre fili conduttori, che corrispondono a questioni tradizionali della giurisprudenza CEDU, ma che sembrano assumere – in tali contesti – dimensioni e prospettive inedite: l'ambito di applicazione della nozione di 'vita privata e familiare' protetta dall'articolo 8 CEDU; il rapporto tra teoria del consensus e margine di apprezzamento nazionale; l'incisività e le tecniche utilizzate dalla Corte EDU nel valutare l'esercizio in concreto della discrezionalità.

I. L'IMPATTO DEL FATTORE TECNOLOGICO NEL RAPPORTO TRA DIRITTO E REALTÀ SOCIALE: IL CASO DEL FENOMENO PROCREATIVO NEL SISTEMA CEDU

Negli ultimi anni la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (EDU) è stata chiamata ad affrontare numerosi casi riguardanti la tutela garantita da parte degli Stati Membri a posizioni giuridiche soggettive in ambito procreativo¹. Ciò ha riguardato in particolare due contesti specifici, caratterizzati –come riconosciuto dalla medesima Corte EDU– da un elevato livello di complessità sociale, etica e morale, oltre che da una sostanziale disomogeneità normativa a livello nazionale. Il riferimento

¹ T. Murphy, G. Ó Cuinn, "Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 10, n. 4, 2010, pp. 601 ss.

corre al contesto dell'interruzione volontaria della gravidanza (IVG)² e a quello delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA)³. In particolare, il crescente utilizzo e accesso da parte di coppie (o di persone singole, a seconda della disciplina nazionale applicabile) alla procreazione artificiale come strumento di realizzazione del proprio progetto genitoriale ha contribuito a rendere ancora più complessa la realtà che il diritto, e nella specie i legislatori nazionali, si trovano ad affrontare. Infatti, e ciò emerge chiaramente dalle argomentazioni della Corte EDU in molti dei casi che vengono in rilievo (su tutti le decisioni in merito al caso *S.H. e altri c. Austria*), alla "tradizionale" complessità di natura sociale e morale riconducibile al fenomeno procreativo, l'abbandono della via naturale come esclusivo strumento di realizzazione del desiderio riproduttivo (da ultimo così definito dalla Corte EDU nel caso *Costa e Pavan c. Italia*) e le nuove possibilità offerte dalle tecniche di PMA hanno contribuito ad aggiungere anche la dimensione scientifico-tecnologica.

Il crescente coinvolgimento del fattore scientifico all'interno del fenomeno riproduttivo⁴ finisce inevitabilmente con l'influenzare e connotare in modo decisivo la realtà e –di conseguenza– anche la risposta che il diritto, tanto nella sua componente legislativa quanto in quella giurisprudenziale, offre a tale complessità. La nascita, inizialmente condizionata da mutamenti esclusivamente di natura sociale o morale (si pensi al riconoscimento dei figli naturali o alla possibilità di accedere legalmente alla IVG), si trova successivamente ad esserlo anche da un punto di vista medico-scientifico (PMA). Tale condizionamento, da intendere in senso positivo in quanto potenzialmente funzionale ad estendere la

² Casi *Tysiack c. Polonia*, Quarta Sezione, n. 5410/03, 20 marzo 2007; *A., B., C. c. Irlanda*, n. 25579/05, Grande Camera, 16 dicembre 2010; *R.R. c. Polonia*, n. 27617/04, Quarta Sezione, 26 maggio 2011, sentenza definitiva; *P. e S. c. Polonia*, n. 57375/08, Quarta Sezione, 30 ottobre 2012.

³ I casi *Evans c. Regno Unito*, n. 6339/05, Grande Camera, 10 aprile 2007; *S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, Prima Sezione del 1 aprile 2010 e Grande Camera 3 novembre 2011; *Costa e Pavan c. Italia*, n. 54270/10, Decima Sezione, 28 agosto 2012, ricorso presentato dal Governo italiano. Oggetto di analisi è stata anche la giurisprudenza in materia di riconoscimento da parte della madre del nato (casi *Odièvre c. Francia*, n. 42326/98, Grande Camera, 13 febbraio 2003; *Godelli c. Italia*, n. 33783/09, Seconda Sezione, 25 settembre 2012, ricorso presentato dal Governo italiano).

⁴ Non solo rispetto alla PMA ma anche alla IVG, basti pensare alla questione della determinazione del momento di sviluppo biologico del feto a cui ricondurre la capacità di vita autonoma di quest'ultimo, decisivo nel determinare il momento entro il quale la IVG può essere, secondo le condizioni e i criteri stabiliti dalle legislazioni nazionali, ammessa, cfr. il caso TAR Lombardia del 29 dicembre 2010 n. 7735, rispetto al quale si consenta il rinvio a S. Penasa, "Giudice amministrativo e Corte costituzionale nel biodiritto: un caso di (no)strano dialogo tra Corti", in P. Bonetti, A. Cassatella, F. Cortese, A. Deffenu, A. Guazzarotti (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 523-533.

possibilità di effettivo esercizio dell'interesse procreativo, comporta come si è detto anche un mutamento di paradigma da un punto di vista giuridico. In tal senso, l'analisi della recente giurisprudenza della Corte EDU appare particolarmente significativa, in quanto rispecchia, metabolizzandolo nella struttura argomentativa delle decisioni giurisprudenziali, il mutamento di cui si è detto. La giurisprudenza CEDU può rappresentare, anche alla luce dell'evoluzione avvenuta a livello di teoria delle fonti, un potenziale fattore di armonizzazione delle politiche legislative a livello nazionale, pur non essendo –come vedremo– esente da contraddizioni e aporie⁵.

La complessità fattuale delle situazioni orientano la giurisprudenza della Corte EDU, in particolare rispetto ad alcune questioni che rappresentano i *files rouge* di questo contributo. Da un punto di vista sostanziale, la complessità tecnologica incide sull'ambito di applicazione dei parametri utilizzati, in particolare rispetto al contenuto e alla definizione del concetto di 'vita privata e familiare' dell'articolo 8 CEDU, nonché sul rapporto, sempre più ondivago, tra teoria del consensus e margine di apprezzamento che deve essere riconosciuto agli Stati Membri. Da un punto di vista procedurale, in particolare con riferimento alle tecniche di giudizio utilizzate dalla Corte EDU, essa incide sulla valutazione tanto dell'an quanto del quantum del bilanciamento tra interessi concomitanti realizzato a livello nazionale, nonché sugli standards utilizzati dalla Corte in tale giudizio, che –per anticipare una delle conclusioni che verranno proposte– sembrano rivelarsi sempre più simili a quelli tipici del giudizio di costituzionalità⁶.

L'analisi qui proposta risulta necessaria anche in considerazione del crescente rilievo che le decisioni della Corte EDU assumono a livello nazionale. Ciò appare di particolare rilievo in termini sistematici non tanto con riferimento al tradizionale (e non esente da inevitabili lacune in termini di effettività delle decisioni) potere di condanna a risarcire ed eliminare le cause della eventuale incompatibilità tra diritto interno e diritti CEDU, quanto piuttosto in relazione all'efficacia che le norme CEDU, come interpretate dalla giurisprudenza della relativa Corte (cfr. sentenza 349 del 2007 della Corte costituzionale italiana), vengono ad assumere a livello interno⁷. Si assiste, in quegli ordinamenti che non ne sanciscono a

⁵ M. Pacini, "Procreazione assistita e non discriminazione nella UE", *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1, 2011, p. 39.

⁶ J.J. Vassel, "El "margin of appreciation" como elemento clave en el Derecho constitucional europeo", *Revista de Derecho constitucional europeo*, vol. 6, n. 11, 2009, p. 206, definisce la Corte EDU "Tribunal constitucional europeo". Recentemente su tale aspetto, D. Tega, *I diritti in crisi: tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁷ Cfr. da ultimo G. Martinico, "Is the European Convention Going to be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional overview of ECHR and EU Law before National Courts",

livello costituzionale la superiorità rispetto alla fonte legislativa (come, tra gli Stati coinvolti nei casi analizzati, l'Austria) né la funzione orientativa a livello interpretativo (il c.d. obbligo di interpretazione conforme alla CEDU del diritto nazionale, cfr. articolo 10 della Costituzione spagnola), un progressivo fenomeno di costituzionalizzazione delle medesime⁸. Pur con le peculiarità proprie di tale sistema internazionale di protezione dei diritti fondamentali, le norme CEDU –anche quando non direttamente costituzionalizzate– vengono qualificate come norme sub-costituzionali, idonee a porsi quale parametro interposto all'interno del giudizio di costituzionalità delle leggi nazionali.

In tal senso, il caso dell'Italia è esemplare. La Corte costituzionale italiana è venuta perfezionando uno 'statuto costituzionale' delle norme CEDU, il quale ha condotto ad una valorizzazione della giurisprudenza della Corte EDU, alla quale la Corte costituzionale ha attribuito il monopolio dell'attività interpretativa dei contenuti della Convenzione⁹. Secondo la Corte, sono le norme della CEDU "come interpretate dalla Corte EDU" che possono fungere da parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, costituendo pertanto la giurisprudenza CEDU un ineliminabile passaggio del processo di trasformazione (sub)costituzionale delle disposizioni CEDU in norme in grado di concretizzare i contenuti della Costituzione (in particolare, il concetto di "obblighi internazionali" contenuto nell'articolo 117, primo comma)¹⁰. Non è la sede questa per affrontare le questioni connesse alla giurisprudenza costituzionale sul punto¹¹, essendo sufficiente rilevare come ciò costituisca un fattore che rende ancora più urgente un tentativo di sistematizzazione della giurisprudenza CEDU in una materia –quella procreativa– di elevata complessità sociale, scientifica e giuridica, al fine di evitare fraintendimenti ed approssimazioni che

European Journal of International Law, vol. 23, n. 2, 2012, pp. 401-424, in particolare pp. 422 ss.

⁸ S. Greer, L. Wildhaber, "Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 12, n. 4, 2013, p. 658, che affermano che "two kinds of transition, therefore, appear inevitable; either 'to constitutionalisation' which is already underway, albeit slowly and so far only partially, or 'to stagnation or collapse' under the weight of relentlessly accumulating petitions". Cfr. anche L. Wildhaber, "A Constitutional future for the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, n. 23, 2002, p. 161.

⁹ Come anticipato, nella sentenza n. 348 del 2007 la Corte costituzionale ha affermato 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 [EDU] specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione" (punto 4.6. del considerato in diritto).

¹⁰ Sugli effetti delle sentenze CEDU a livello interno, da ultimo B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012.

¹¹ Da ultimo, A. Ruggeri, "Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema", *Consulta OnLine*, 21 aprile 2012.

mettano in tensione i rapporti tra ordinamenti e in particolare la certezza del diritto e della tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte¹². Appare evidente infatti come si assista, da parte dei soggetti coinvolti, ad una crescente valorizzazione della natura sub-costituzionale delle norme CEDU, attraverso l'utilizzo della giurisprudenza CEDU non solo come rimedio diretto volto a verificare l'eventuale incompatibilità del diritto interno con la CEDU, ma anche come parametro (interposto) attraverso cui sancirne l'incostituzionalità a livello interno.

Nella prima parte dello scritto verranno analizzate alcune recenti sentenze della Corte EDU, individuate all'interno di due contesti rispetto ai quali l'influenza connotativa del fattore sociale, etico e scientifico-tecnologico rispetto alla regolazione giuridica assume un ruolo decisivo, tanto rispetto ai contenuti delle legislazioni nazionali quanto alla valutazione di compatibilità delle medesime con la CEDU: la PMA e l'IVG. Nel condurre l'analisi, verranno seguiti tre fili conduttori, che corrispondono a questioni tradizionali della giurisprudenza CEDU, ma che sembrano assumere – in tali contesti – dimensioni e prospettive inedite: l'ambito concettuale e di applicazione della nozione di 'vita privata e familiare' protetta dall'articolo 8 CEDU; il rapporto tra teoria del consensus e margine di apprezzamento nazionale; l'incisività e le tecniche utilizzate dalla Corte EDU al fine di valutare l'esercizio in concreto della discrezionalità nazionale in termini di compatibilità con la CEDU. Infine, anticipando le conclusioni a cui si è pervenuti, si proporrà un modello normativo che potrebbe essere in grado, anche sulla base di uno studio comparato tra diversi ordinamenti giuridici europei, di garantire la compatibilità – tanto a livello costituzionale che CEDU (sovrapposti solo in parte)– delle legislazioni nazionali in materie caratterizzate da elevata complessità scientifico-tecnologico e

¹² Frintamenti dai quali sembra non essere immune nemmeno la Corte costituzionale italiana, la quale, in una recente ordinanza (n. 150 del 2012), ha restituito gli atti ai giudici a quibus che avevano sollevato una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge n. 40 del 2004 in materia di PMA, utilizzando quale parametro interposto ex art. 117.1 Cost. la sentenza della Prima Sezione della Corte EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria*, fornendo una applicazione inedita (e criticata in dottrina, cfr. ex plurimis I. Pellizzone, "Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale", *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3, 25 settembre 2012; e B. Liberali, "La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo", (Ibidem) della teoria dello *jus superveniens*. In quanto successivamente – cfr. *infra* – la Grand Chamber ha ribaltato la decisione della Sezione, affermando la compatibilità del divieto previsto dalla legislazione austriaca in materia compatibile con la CEDU, la Corte costituzionale ha chiesto ai giudici a quibus di riconsiderare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione alla luce di tale sentenza.

etico-sociale, attraverso la valorizzazione non solo in sede rimediabile ma anche legislativa del principio-parametro di ragionevolezza scientifica delle leggi in materia medico-scientifica¹³, tendenza che pare emergere chiaramente e sistematicamente tanto dalla giurisprudenza CEDU che da quella costituzionale nazionale (in Italia, ma non solo¹⁴).

II. LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA: I **CASI EVANS, DICKSON, S.H. E COSTA-PAVAN**. ESPANSIONE DELLA NOZIONE DI 'VITA PRIVATA' AL FENOMENO PROCREATIVO E UTILIZZO ONDIVAGO DELLA TEORIA DEL CONSENSUS

Come prima area di indagine si è scelto di analizzare la recente giurisprudenza CEDU in materia di accesso alle tecniche di PMA da parte di singoli individui (il caso *Evans c. Regno Unito*) o di coppie (i casi *S.H. e altri c. Austria* e *Costa e Pavan c. Italia*), a fronte di discipline nazionali che –pur in diversi aspetti di tale contesto (utilizzo di embrioni post-mortem, donazione di gameti a scopo di fecondazione in vitro e accesso alla diagnosi preimpianto)– si pongono come limitative rispetto alla richiesta di utilizzare tali trattamenti medico-sanitari. La Corte EDU si trova quindi a decidere rispetto alla compatibilità dei limiti posti a livello nazionale con i contenuti della Convenzione, tra i quali particolare rilievo assume il diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'articolo 8. Preliminarmente, però, la Corte deve affrontare, secondo uno schema argomentativo che accomuna tutti i casi appena citati, una serie di questioni destinate inevitabilmente ad orientarne lo scrutinio: la possibilità di sussumere gli interessi delle persone (o delle coppie) nella sfera procreativa (che si esprime mediante le tecniche di PMA) all'interno dell'ambito applicativo dell'articolo 8, rendendo ciò necessario una valutazione dei contenuti normativi della nozione di 'vita privata'; la natura (positiva o negativa) degli obblighi che derivano agli Stati dall'articolo

¹³ Ho utilizzato questa espressione in S. Penasa, "La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale", *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2009, pp. 817-842.

¹⁴ Anche la giurisprudenza costituzionale francese sembra orientata in tal senso, cfr. di recente la decisione n. 2012-249 relativa alla legge sul prelievo e utilizzo del cordone ombelicale (per un commento sul punto, D. Paris, "La disciplina del prelievo e dell'uso del cordone ombelicale al vaglio del Conseil Constitutionnel. Brevi osservazioni a margine della décision n. 2012-249 QPC", *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3, 25 settembre 2012, pp. 6 ss.

8; la concreta estensione del margine di apprezzamento che deve essere riconosciuto agli Stati nei casi concreti.

1. La progressiva espansione del contenuto normativo dell'articolo 8 CEDU

L'influenza del fattore tecnologico in ambito normativo-giurisprudenziale emerge in modo evidente dalla definizione che la Corte EDU fornisce dell'ambito di applicazione dell'articolo 8. Tradizionalmente definito dalla stessa Corte EDU come “*broad term*”¹⁵, il concetto di vita privata può essere definito come “*living concept*”, partecipando –per quanto inteso e applicato dalla giurisprudenza CEDU– della natura di living instrument che caratterizza la Convenzione nel suo complesso, destinata ad essere interpretata alla luce delle condizioni presenti al momento della decisione (“*to be interpreted in the light of present-day conditions*”, punto 64 della sentenza della prima Sezione nel caso *S.H.*)¹⁶.

Il fenomeno di progressiva espansione che tradizionalmente caratterizza l'ambito di applicazione del concetto di vita privata, il quale corrisponde in termini concreti ad una corrispondente estensione degli interessi individuali considerati dalla Corte EDU meritevoli della protezione garantita dall'articolo 8 CEDU, riguarda anche il contesto procreativo. L'accesso (generalmente inteso) alle tecniche di PMA rappresenta solo la più recente –ma non inedita– fase di tale processo espansivo¹⁷: le radici nelle quali affonda il rilievo giuridico degli interessi personali (o di coppia) nell'ambito della PMA sono ormai consolidate nella più risalente giurisprudenza della Corte EDU, e corrispondono all'affermazione da parte di quest'ultima del diritto al pieno sviluppo della personalità quale nucleo essenziale e originario del concetto di vita privata¹⁸. Anche a livello CEDU, il riconoscimento –seppur non testuale– del diritto al pieno sviluppo della personalità viene a porsi quale “catalizzatore normativo” delle nuove

¹⁵ Da ultimo, nel caso *Knecht c. Romania*, no. 10048/10, Terza Sezione, 2 ottobre 2012 (non definitiva), punto 54.

¹⁶ Per una attenta analisi della teoria del ‘living instrument’, A. Mowbray, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 5, n. 1, 2005, pp. 60 ss. Ciò viene peraltro riconosciuto quantomeno indirettamente anche a livello di giurisdizioni costituzionali nazionali, cfr. la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 349 del 2007, nella quale ha affermato che le norme CEDU devono essere intese come interpretate dalla Corte EDU.

¹⁷ Cfr. M. Ejkholt, “The Right to Found a Family as a Stillborn Right to Procreate?”, *Medical Law Review*, n. 18, 2010, p. 145.

¹⁸ Cfr. P. Van Dijk and others, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerp, 2006, IV ed., p. 66.

istanze soggettive (o di coppia) che emergono dallo sviluppo sociale o tecnologico della realtà disciplinata. Tale tendenza sembra esprimersi in modo evidente rispetto al fenomeno procreativo.

Su tali basi, la Corte ha affermato –nel caso *Evans*– che il concetto di vita privata (e non familiare in modo significativo) “*incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent*”, in quanto espressione di “*individual’s physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see Pretty, cited above, § 61)*” (punto 71¹⁹). L’apertura compiuta dalla Corte (Grand Chamber) nel caso *Evans* rispetto alla sussunzione del diritto al rispetto della decisione di diventare o meno genitore al più generale ambito di applicazione del rispetto della vita privata costituisce l’anello intermedio di una catena di progressiva espansione concettuale ed argomentativa, direttamente condizionata dal corrispondente sviluppo delle applicazioni tecnico-scientifiche al campo riproduttivo, che ha come precedente il caso *Dickson c. Regno Unito* (2003) e come successive fasi di progressione i casi *S.H. e altri c. Austria* (2011), *Costa e Pavan c. Italia* (agosto 2012) e *Knecht c. Romania* (ottobre 2012).

Il caso *Dickson* riguarda la richiesta da parte di una persona detenuta di avere accesso assieme alla propria compagna alle tecniche di PMA, al fine di soddisfare il proprio interesse a diventare genitori genetici. Secondo la Corte “*the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives, which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents*”, richiamando – anche per rafforzare la continuità teleologica-argomentativa – la sentenza *Evans*²⁰. Un ulteriore anello della catena concettuale che la Corte EDU è venuta a forgiare attraverso la propria giurisprudenza, che quantomeno rispetto all’ambito applicativo dell’art. 8 CEDU può essere definita coerente²¹, viene aggiunto da tale sentenza. Il generale diritto di diventare (o meno) genitori viene

¹⁹ M. Ford, “*Evans v. United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy?*”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, n. 1, 2008, p. 178, nel commentare la sentenza prospetta l’ipotesi che dalla giurisprudenza CEDU si possa ricavare “*a hierarchy of fundamental rights, in which the rights engaged in Evans may have less weight than those rights, such as the right to refuse medical treatment or the right to seek a termination of pregnancy, which involve physical integrity or self-determination*”.

²⁰ Nella quale la Corte EDU riconosce l’esistenza di un “*little consensus*” e si sofferma sulla natura del concetto di vita privata/familiare, il quale è “*not clear cut, especially as far as the positive obligations inherent in that concept were concerned, and varied considerably from case to case*” (punto 41).

²¹ Diverso come vedremo il discorso relativo all’applicazione in tale contesto della teoria del consensus, chiave di volta della determinazione in concreto del margine di apprezzamento nazionale. Criticamente, cfr. ancora M. Eijkholt, *cit.*

specificato, a seguito della spinta propulsiva proveniente dal progresso scientifico-tecnologico, fino a ricomprendere anche il diritto di diventare genitori genetici attraverso le tecniche di PMA, in modo da garantire un legame genetico (diverso sia da quello biologico che da quello sociale) con il figlio nato da PMA²².

Da ciò deriva, secondo la Corte, un obbligo positivo per gli Stati Membri (punto 69 della sentenza), “*inherent in an effective respect for private and family life*”, che richiede non solo la mera astensione da azioni impeditive, ma anche “*the adoption of measures designed to secure respect for private and family life even in the sphere of the relations of individuals between themselves*” (punto 70). Basandosi sulla distinzione tra titolarità e godimento effettivo dei diritti riconosciuti dalla CEDU, e in modo coerente rispetto alla struttura dello stesso articolo 8, la Corte è quindi chiamata a verificare, secondo un livello di pervasività e profondità inversamente proporzionale (almeno in teoria) all'estensione del margine di apprezzamento nazionale, se “*a fair balance was struck between the competing public and private interests involved*” (punto 71). Ma su tale aspetto ci si soffermerà nel

²² Ciò comporta questioni del tutto peculiari, venendo ad aumentare la complessità degli interessi – privati e pubblici – che rilevano in tale ambito: non solo l'interesse a conoscere le proprie origini biologiche quale espressione del diritto all'identità personale e quello del donatore di gameti a restare anonimo, ma anche quello della coppia a utilizzare le tecniche per realizzare il diritto a diventare genitori. Il quadro che la Corte EDU deve affrontare e' quindi multidimensionale, all'interno del quale diversi fasci di beni giuridici si intrecciano. Significativa in tale senso la decisione della Grande Camera nel caso *S.H.* Pur riconoscendo che – analogamente a quanto accaduto con la disciplina giuridica della adozione – sarebbe astrattamente possibile introdurre un quadro normativo in grado di risolvere le questioni derivanti dalla donazione di gameti (in particolare femminili) rispetto alla determinazione della maternità, giunge ad una diversa interpretazione. Infatti, non sarebbe possibile equiparare la disciplina della adozione e quella della PMA, dal momento che la scissione della maternità tra la sua dimensione genetica e quella connessa alla gravidanza si distingue in modo significativo dalle relazioni genitoriali che derivano dalla adozione (punto 105): la donazione di gameti per procreazione in vitro introduce un elemento inedito che, pur se non esplicitato dalla Corte (punto 106), sembra corrispondere all'ulteriore distinzione tra maternità biologica e maternità genetica, ancora una volta derivante dall'applicazione delle nuove tecnologie in ambito medico al contesto riproduttivo (sul punto, C. Murgò, “La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 3, 2012, pp. 233 ss.; A. Diurni, “La fecondazione eterologa al vaglio della Corte Europea”, *Famiglia, Persone e Successioni*, n. 6, 2011, pp. 409 ss.). Tale elemento deve essere preso in considerazione dal legislatore nazionale, al quale – secondo la Corte – proprio a fronte dell'elevata criticità etica e sociale ma anche (e in modo determinante) del costante progresso scientifico-tecnologico che caratterizza il contesto della PMA, va riconosciuto un ampio margine di discrezionalità, anche in considerazione dell'assenza di un consensus tra gli Stati Membri in materia. L'interferenza con il diritto della coppia di avere accesso alle tecniche di PMA non è quindi illegittima *ex se*, ma va apprezzata in concreto, al fine di valutare se sia stato raggiunto un *fair balance* tra gli interessi, privati e pubblici (tra cui, secondo la Corte, va ricompreso anche l'interesse dello Stato a garantire la certezza delle relazioni genitori-figli nati da PMA), coinvolti.

paragrafo successivo.

Nei successivi casi *S.H. e Costa e Pavan* la Corte EDU allarga ulteriormente lo spettro concettuale, e quindi l'ambito di tutela, riferito all'articolo 8 CEDU. In *S.H. c. Austria*²³ la Grand Chamber, dopo avere fatto riferimento, secondo un andamento argomentativo tipico della sua giurisprudenza, ai vari contenuti che il concetto di vita privata è venuto ad assumere (punto 80, richiamando *Evans e Dickson*), afferma una inedita dimensione del diritto di diventare genitori, connessa ma non coincidente con il diritto a diventare genitori genetici sancito in *Dickson*: il diritto di utilizzare le tecniche di PMA al fine di concepire un figlio quale espressione della vita privata e familiare (punto 82²⁴). Pertanto, il diritto di usufruire delle tecniche di PMA sembra assumere, nell'ottica della Corte, una natura funzionale, in quanto il suo riconoscimento (e la sua protezione) sono finalizzati a garantire l'effettivo esercizio del diritto alla procreazione. Pur, come noto, dichiarando la compatibilità della legislazione austriaca con la CEDU, la Corte afferma la configurabilità tanto del diritto a procreare²⁵ quanto della sua condizione di effettività: il diritto ad avere accesso alle tecniche di PMA.

In *Costa e Pavan c. Italia* (2012²⁶) la Corte EDU aggiunge un anello ulteriore alla catena degli interessi che ricadono all'interno dell'articolo 8 CEDU. Dimostrando ancora una volta l'efficacia connotativa del fattore tecnologico rispetto alla determinazione degli interessi personali giuridicamente meritevoli di protezione, la Corte afferma come rientri

²³ Per un commento, K. D. Brudy, "Recent Developments: S.H. v. Austria: European Court of Human Rights Holds That the Right to Family Life and Sexism Trump Governmental Limitations on Artificial Procreation", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n. 19, 2011, pp. 691 ss.; E. Dolcini, "Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviano la questione alla Corte Costituzionale", *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2011, pp. 40 ss.; L. Violini, "Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile", *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2010, pp. 632-638.

²⁴ "The right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life". Pur, come noto, riconoscendo la compatibilità della legislazione austriaca con la CEDU, la Corte richiama un consolidato principio della propria giurisprudenza, in base al quale – come rilevato in precedenza in relazione al caso *Dickson* – esiste in capo agli Stati Membri anche un obbligo positivo di adottare misure funzionali ad assicurare in concreto il rispetto della vita privata e familiare (punto 87).

²⁵ Pur quando definito "désir", come nel caso *Costa e Pavan*, su cui subito *infra*.

²⁶ S. Penasa, "The Italian regulation on Assisted Reproductive Technologies facing the European Court of Human Rights: the case of *Costa and Pavan v. Italy*", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 37, 2012, pp. 155-178. La sentenza della Sesta Sezione è divenuta definitiva l'11 febbraio 2013, quando la Grand Chamber ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato dal Governo italiano.

nell'ambito dell'articolo 8 CEDU anche “*le désir des requérants de procréer un enfant qui ne soit pas atteint par la maladie génétique dont ils sont porteurs sains et de recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée et au D.P.I.*” (punto 57).

Tale processo di progressivo allargamento dell'ambito di applicazione dell'articolo 8 sembra corrispondere al parallelo sviluppo delle conoscenze scientifiche e delle applicazioni tecnologiche nell'ambito riproduttivo. Nel momento in cui le tecniche di PMA diventano uno strumento ordinario al fine di favorire la procreazione, esse iniziano ad essere interpretate quale via alternative dell'esercizio del diritto alla procreazione, elemento che deve essere tenuto in considerazione tanto dai legislatori nazionali quanto dalla stessa Corte EDU. Una volta riconosciuto il diritto a procreare²⁷, la riconduzione all'ambito applicativo dell'articolo 8 CEDU delle sue articolazioni funzionali sembra essere –logicamente prima che giuridicamente– inevitabile: dal diritto alla procreazione (*Evans*) deriva il diritto a diventare genitori genetici (*Dickson*); dal diritto a diventare genitori genetici consegue il diritto ad avere accesso alle tecniche di PMA (*S.H.*); quest'ultimo è connesso al diritto (desiderio) di procreare un figlio che non sia affetto da malattie genetiche di cui i genitori siano portatori (*Costa e Pavan*). Ulteriore questione è rappresentata dai limiti che i legislatori nazionali incontrano nel momento in cui decidano di disciplinare l'esercizio in concreto di tali interessi.

2. Il rapporto (ondivago) tra consensus e margine di apprezzamento nazionale

Come noto, il secondo comma dell'articolo 8 CEDU non esclude la limitazione dei diritti connessi al rispetto della vita privata e familiare sancito dal primo comma da parte dei legislatori nazionali, quando soddisfino le condizioni contenute nella Convenzione²⁸. La questione del margine di apprezzamento²⁹ da attribuire ai legislatori nazionali coinvolge anche –

²⁷ Come riconosciuto da M. Eijkholt, “The Right to Found a Family as a Stillborn Right to procreate?”, *cit.*, p. 142, “another quality of Article 8 is that its protection would apply to everyone, unlike Article 12, and not be limited to a selected group of claimants, i.e. only to couples”.

²⁸ Come noto, il secondo comma dell'articolo 8 CEDU prevede che “There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

²⁹ On the theory of margin of appreciation, see Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia,

con caratteri del tutto peculiari, come vedremo– il contesto della PMA. In tale ambito, la relazione di reciprocità inversa sussistente tra margine di apprezzamento e teoria del consensus assume una connotazione specifica, che sembra risentire in modo decisivo della speciale complessità sociale, etica e scientifica che lo caratterizza. Ciò produce, come anche nel contesto della IVG (cfr. *A, B e C c. Irlanda*), esiti applicativi difficilmente prevedibili³⁰, che ne finiscono con l'accentuare la natura "elusiva"³¹. Non risultano infatti sempre chiari da un lato la natura –quantitativa o qualitativa– dei criteri sui quali si fonda e dall'altro il modo in cui questi ultimi vengono applicati ai casi concreti. Inoltre, risulta poroso il confine, decisivo però per attribuirvi rilievo normativo, tra consensus a "*clear common trend in the legislation of Contracting states*"³².

Per quanto riguarda la prima questione, la natura quantitativa o piuttosto qualitativa dei criteri utilizzati per individuare l'esistenza di un consensus tra gli Stati, la giurisprudenza della Corte EDU relativa al contesto riproduttivo sembra esprimere tendenze non sempre coincidenti, dovendosi supporre che sia la natura concreta delle questioni di volta in volta affrontate che ne orientano l'approccio (in particolare, ma non solo, il livello di criticità sociale, etica e scientifica espressa). Più nel dettaglio, tanto rispetto alla determinazione dei parametri quantitativi sulla base dei quali definire l'esistenza del *consensus*, quanto rispetto ai criteri qualitativi destinati a valutarne gli effetti rispetto all'ampiezza del margine nazionale di apprezzamento non sembra possibile ricavare dai casi analizzati un approccio univoco, se non quello che porta a riconoscere l'intrinseca natura instabile e flessibile di tale dottrina³³.

Basandosi sulle indicazioni reiteratamente offerte dalla Corte EDU rispetto all'estensione da riconoscere al margine di apprezzamento

2002; A. Legg, *The margin of appreciation in International human Rights Law*, Oxford University Press, 2012.

³⁰ Secondo S. Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006), 224, "*the most striking characteristic of the doctrine remains its casuistic, uneven, and largely unpredictable nature*"; criticamente, J.A. Brauch, "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", *Columbia Journal of European Law*, n. 11, 2004, p. 113, per il quale il margine di apprezzamento consiste in una "*standardless, unpredictable doctrine, incompatible with the rule of law*".

³¹ A.L. Lecis, "Consenso europeo, chi è costui? L'individuazione del consensus standard da parte della Corte Edu tra interpretazione evolutiva e margine d'apprezzamento", *www.diritticomparati.it*, novembre 2011; J. Gerards, "Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine", *European Law Journal*, vol. 17, n. 1, 2011, pp. 107 ss.

³² *S.H. e altri c. Austria*, tanto la Sesta Sezione quanto la Grand Chamber (punto 96).

³³ Ex plurimis, G. Letsas, "The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR", *European Journal of International Law*, vol. 1, n. 5, 2004, p. 296.

nazionale, appare opportuno proporre un tentativo di razionalizzazione dell'approccio della Corte, al quale concorrono una serie di fattori che devono essere attentamente valutati (*ex plurimis*, punto 77 *Evans*) ma che subiscono costanti riadattamenti e integrazioni (punto 94 del caso *S.H. c. Austria*, Grand Chamber³⁴).

a) *“Where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted”*³⁵

Quando una dimensione particolarmente essenziale dell'esistenza o dell'identità di un individuo è coinvolta, il margine nazionale di apprezzamento deve essere di norma ristretto. Questa rappresenta la regola generale, che si fonda sul riconoscimento del particolare rilievo che gli interessi individuali connessi alla dimensione privata e familiare assumono, la quale costituisce da un lato una barriera nei confronti dell'esercizio discrezionale del potere normativo statale, in particolare quando esso intervenga in senso limitativo del loro esercizio, e dall'altro come apertura che consente l'ingresso nel perimetro di garanzia dell'articolo 8 CEDU di nuovi interessi ed istanze (cfr. il contesto procreativo), in quanto espressione del diritto al libero svolgimento della propria personalità ed identità.

b) *“Where (...) there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it (...) the margin will be wider”*

Quale eccezione al principio generale appena enunciato, la mancanza di un consenso tra gli Stati Membri richiede un allargamento di tale margine. Come detto in precedenza, il rapporto tra definizione del consensus e ampiezza del margine di apprezzamento nazionale non appare sempre facilmente prevedibile, potendosi riscontrare all'interno della giurisprudenza CEDU tendenze contrastanti³⁶. Ciò potrebbe fare

³⁴ J. Kratochvíl, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, n. 3, 2011, pp. 324-357, propone una sistematizzazione dell'utilizzo di tale principio sulla base dei diversi tests che la Corte EDU viene ad applicare.

³⁵ *Ex plurimis*, *X e Y c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1985; *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981; *Christine Goodwin c. Regno Unito*, Grand Chamber, 2002; *Pretty*, *cit.*

³⁶ G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007, p. 81 ss., propone una sistematizzazione del principio del margine di apprezzamento basata sul modo in cui viene utilizzata: “the substantive concept of the doctrine, is to address the relationship between individual freedoms and collective goals. The (...) structural concept, is to address the limits or intensity of the review of the European Court of Human Rights in view of its status as an international tribunal”.

concludere che la teoria del consensus rappresenta esclusivamente uno dei criteri utilizzati dalla Corte in tale ambito, condizionato da una serie di elementi soggettivi (ad esempio il *time factor* o le fonti di cognizione utilizzate)³⁷; ma che non sia criterio esclusivo nè determinante, subendo l'influenza spesso decisiva di fattori ed elementi fattuali che incidono sull'assessment della Corte dal punto di vista qualitativo, quali ad esempio il livello di criticità sociale, etica e –in particolare in ambito medico-scientifica che la specificità del contesto da disciplinare solleva (cfr. subito *infra* il punto 3)³⁸.

Tale conclusione deriva dall'analisi dell'utilizzo della teoria del consensus che la Corte svolge nell'ambito procreativo (inteso in senso ampio, fino a comprendere la sfera dell'identità sessuale) dal punto di vista della sua dimensione quantitativa. Se ci si pone dal punto di vista della idoneità del consensus a limitare il margine di apprezzamento nazionale quando quest'ultimo venga esercitato in ambiti eticamente e socialmente sensibili quali la PMA o l'IVG, l'analisi della giurisprudenza sembra escludere un impatto decisivo, evidenziandosi la natura ontologicamente soggettiva (quando non arbitraria) della teoria del consensus.

In particolare, dal punto di vista dei criteri di natura quantitativa, non appare chiaro quale sia il grado di convergenza tra normative nazionali necessario a qualificare l'esistenza di un "*clear common trend in the legislation of Contracting states*"³⁹. Prendendo la teoria del consenso sul serio, ciò rappresenta un elemento decisivo sia in senso di coerenza argomentativa che di attendibilità dello scrutinio relativo alla compatibilità della legge nazionale con il secondo comma dell'articolo 8 CEDU. Il caso *S. H.* risulta particolarmente interessante da questo punto di vista.

La Corte infatti sembra adottare un criterio rigidamente quantitativo, affermando l'esistenza di una evidente convergenza in materia di donazione di gameti a scopo di fecondazione in vitro, ma specificando al contempo

³⁷ P. Martens, "Perplexity of the National Judge Faced with the Vagaries of European Consensus", *Dialogues between Judges*, European Court of Human Rights, Strasbourg, 2008, p. 97, citato da Dzehtsiarou (cfr. nota 35), riconosce che "*the presence or absence of a consensus may be a subsidiary argument, a test of acceptability or a factor in legitimizing a solution that has already been justified by its conformity with the Convention, but should not be a primary component of the Court's scrutiny*".

³⁸ K. Dzehtsiarou, "Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Public Law*, n. 2, 2011, p. 534, afferma che la teoria del consensus "*is a legitimising method of reasoning because it brings clarity and foreseeability to case law in relation to almost all Convention rights, although it has never been the sole basis of a judgment and therefore plays a subsidiary, albeit important, legitimising role*".

³⁹ Sul concetto di 'common trends', J. Gerards, Pluralism, "Deference and the Margin of Appreciation Doctrine", *European Law Journal*, *cit.*, p. 109.

che tale tendenza non è venuta consolidandosi al punto da configurarsi come *consensus*. Pertanto, una mera convergenza non è idonea a limitare il margine di apprezzamento nazionale, dal momento che non si sarebbe in presenza di “*settled and long-standing principles established in the law of the member States but rather reflects a stage of development within a particularly dynamic field of law and does not decisively narrow the margin of appreciation of the State*”⁴⁰. Tuttavia, allargando l’indagine ad ambiti analoghi dal punto di vista della criticità etica e sociale (riconoscimento dei figli naturali e rettificazione del sesso), l’approccio della Corte appare diverso, facendo propendere per la natura se non arbitraria altamente discrezionale della applicazione della teoria del *consensus*⁴¹.

Particolarmente significativo appare il confronto con il precedente rappresentato dal caso *Mazurek v. France* (trattamento dei figli nati al di fuori del matrimonio). In tale sentenza, la Corte ha affermato, al fine di superare un proprio precedente (*Rasmussen v. Denmark*, 28 novembre 1984) che era stato dedotto dal governo resistente al fine di dimostrare l’insussistenza di un *consensus* tra gli Stati Membri, l’esistenza di una “*distinct tendency in favour of eradicating discrimination against adulterine children*”, la quale non può essere ignorata nella –necessariamente dinamica– interpretazione delle disposizioni della CEDU (punto 52). In questo caso, quindi, l’esistenza di una evidente tendenza comune agli Stati Membri viene presa in considerazione e finisce con l’orientare la decisione finale della Corte EDU. La Corte sembra “accontentarsi” di un *trend* all’interno delle legislazioni nazionali anche nella sentenza *Goodwin v. UK*, nella quale si afferma che “*the Court accordingly attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexual*” (punto 85⁴²).

Per altro verso, i casi *X, Y, Z v. UK* e *Evans* sembrano invece adottare il medesimo approccio proposto dalla *Grand Chamber* in *S.H.*⁴³.

⁴⁰ *S.H. e altri c. Austria*, Grand Chamber (punto 96).

⁴¹ J. García Roca, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, 2007, p. 142, si esprime in termini di “*cláusula demasiado imprecisa y discrecional, un criterio de decisión no reglado y de aplicación irregular*”.

⁴² Cfr. A. Morawa, “The ‘Common European Approach’, ‘International Trends’, and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on *Goodwin and I v. the United Kingdom*”, *German Law Journal*, n. 3, 2002.

⁴³ Cfr. K. Dzehtsiarou, “Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *cit.*, p. 542, il quale afferma che “*in the*

La conclusione anticipata *supra* sembra confermata: in ambiti caratterizzati da una elevata sensibilità sociale ed etica (oltre che complessità scientifica), l'individuazione del *consensus* tra gli Stati Membri non appare di per sé sufficiente per limitare l'ampio margine di apprezzamento che deve essere riconosciuto ai legislatori nazionali⁴⁴.

c) *“Particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues”*

Ciò avviene in particolare quando, come nei casi analizzati, la questione *“raises sensitive moral or ethical issues”*⁴⁵. Tale fattore viene ad assumere all'interno dell'assessment svolto dalla Corte un rilievo autonomo e potenzialmente decisivo, secondo una tendenza confermata anche dalla giurisprudenza estranea al contesto procreativo. Depongono in tal senso tanto quanto affermato dalla Corte nel caso *Dickson* e nel caso *S.H.*⁴⁶.

In *Dickson* la Grand Chamber connette formalmente il *“wide margin”* da riconoscere agli Stati alla complessità delle questioni affrontate ed alla necessità di compiere in ambiti eticamente sensibili *“choices of social strategy”* (punto 78): in questo caso, *“the authorities direct knowledge of their society and its needs means that they are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest”*⁴⁷. Significativamente, il carattere complesso delle scelte normative da compiere finisce con l'incidere anche sul grado di profondità dello scrutinio compiuto dalla Corte al fine di stabilire se le autorità nazionali abbiano garantito un *“fair balance”* tra gli interessi pubblici e privati coinvolti. Secondo la Corte, infatti, in questo caso scatterebbe una sorta di presunzione quasi assoluta di compatibilità con la CEDU, in quanto *“the Court would generally respect the legislatures policy choice unless it*

majority of cases ‘European consensus’ is used in the sense of a trend”.

⁴⁴ Cfr. P. Gallagher, *“The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation”*, *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper*, n. 52, 2012, <http://ssrn.com/abstract=1982661>, p. 11.

⁴⁵ K. Dzehtsiarou, *“European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”*, *German Law Review*, vol. 12, n. 10, 2011, p. 1733.

⁴⁶ K. Dzehtsiarou, *“Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights”*, cit., p. 552, significativamente individua un tipo specifico di *consensus* – *“consensus among experts”* – al quale la Corte EDU si riferisce *“when it has to assess scientific development”*, richiamando il caso *Goodwin c. Regno Unito*. In ogni caso, secondo l'Autore citato, esso viene utilizzato *«supplementary rather than decisive evidence»* (Ivi, p. 553).

⁴⁷ Questo approccio sembra confermare quanto affermato da P. Carozza, *“Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”*, *American Journal of International Law*, vol. 97, n. 1, 2003, p. 40, secondo il quale il margine di apprezzamento sarebbe fondato sul principio di sussidiarietà.

is 'manifestly without reasonable foundation'" (punto 78). Argomentazione speculare viene svolta anche dalla Grand Chamber in *S.H.*

In questo caso il riferimento non è alla necessità di compiere "choices of social strategies", ma la Corte conferma in ogni caso che spetta alle autorità nazionali svolgere questo tipo di bilanciamento, giungendo ad affermare, in modo conforme alla propria giurisprudenza precedente e simile a quanto affermato anche dalle corti costituzionali nazionali in casi analoghi, come essa non sia chiamata a sostituire le opzioni normative compiute a livello nazionale con una propria –autonoma– valutazione del rapporto tra interessi coinvolti.

Secondo la Corte, infatti, afferma in *S.H.* da un lato che "by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the "exact content of the requirements of morals" in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them"⁴⁸. Per altro verso, e di conseguenza, "the Court's task is not to substitute itself for the competent national authorities in determining the most appropriate policy for regulating matters of artificial procreation" (punto 92).

L'influenza di tale criterio assume nell'ambito medico-scientifico una dimensione ulteriore, già presente in *Evans* ma venuta consolidandosi nella successiva giurisprudenza in materia di PMA. Ci si riferisce a ciò che nell'introduzione è stato definito fattore tecnologico e al suo impatto tanto sulla realtà da regolare quanto –di conseguenza– sugli strumenti di regolazione: il costante sviluppo delle conoscenze scientifiche e progresso delle applicazioni tecnologiche nel contesto procreativo non contribuisce esclusivamente ad allargare l'ambito di applicazione dell'articolo 8 CEDU (*supra*), ma svolge una funzione orientativa anche rispetto all'ampiezza del margine di apprezzamento nazionale.

Quest'ultimo infatti subisce una rilevante estensione quando l'ambito di applicazione sia caratterizzato, oltre che da "sensitive moral and ethical issues", anche da un "background of fast-moving medical and scientific developments" (*Evans*, punto 59). Tale elemento viene, all'interno della valutazione compiuta dalla Corte EDU, ad affiancarsi alla teoria del consensus, finendo per orientarne in modo decisivo gli effetti rispetto al margine di apprezzamento. Si potrebbe ipotizzare che esso costituisca, in caso di non assoluta omogeneità normativa, il parametro di riferimento al fine di attestare l'ampiezza della discrezionalità del legislatore nazionale⁴⁹:

⁴⁸ Sul punto, in termini generali, G. Itzcovich, "One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: The Lautsi Case", *Human Rights Law Review*, 2013, in corso di stampa.

⁴⁹ Utilizza l'espressione «area of discretion» per riferirsi al margine di apprezzamento, J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1993, p. 151.

tanto più l'oggetto di disciplina sia caratterizzato da un costante evoluzione scientifico-tecnologica, tanto più il margine di apprezzamento tende ad espandersi. Evidenti indici in tal senso provengono da *Evans* ed *S.H.*

Tuttavia, il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento nazionale sulla base di tali fattori emergenti non appare essere, quanto meno secondo la teoria dello schema argomentativo proposto dalla Corte EDU, "a costo zero" per il legislatore nazionale. L'ampia discrezionalità garantita nella individuazione dei contenuti della disciplina e della definizione del bilanciamento tra interessi, che incontra l'unico limite –pur variamente collocato– della non manifesta irragionevolezza o arbitrarietà (cfr. *Evans*), sembra infatti subire una rilevante limitazione rispetto alle modalità concrete attraverso le quali viene esercitata.

Dalla giurisprudenza CEDU emergono indizi concordanti che portano alla definizione di un 'onere procedurale' in capo al legislatore nazionale, nel momento in cui si trovi ad affrontare "*social, ethical and scientific sensitive issues*", parafrasando la Corte. Pur trattandosi di un trend giurisprudenziale ancora in via di consolidamento, ma che trova significative sponde a livello di giurisprudenza costituzionale nazionale (Italia e Francia), sembra che la Corte EDU sia venuta ad individuare un ulteriore criterio per definire il margine di apprezzamento, che diviene, in sede di scrutinio dell'esercizio di tale margine, anche un parametro di valutazione (almeno potenziale, cfr. *S.H. Grand Chamber*) delle scelte discrezionali operate a livello nazionale. Il legislatore nazionale è chiamato a dimostrare di avere svolto, all'interno del procedimento decisionale secondo forme variamente individuabili, una attività di raccolta, analisi e valutazione dello status quo riscontrabile a livello scientifico-tecnologico, in modo da "introdurre" concretamente la complessità scientifica, che lo legittima verso scelte altamente discrezionali, nel processo decisionale, che ne sarà quindi condizionato, o quanto meno orientato. Il soddisfacimento di tale condizione sembra fondare una presunzione di compatibilità delle scelte discrezionali con la CEDU.

In *Evans* la Corte, nel definire l'ampiezza del margine di apprezzamento, ritiene rilevante che "*the 1990 Act was the culmination of an exceptionally detailed examination of the social, ethical and legal implications of developments in the field of human fertilisation and embryology, and the fruit of much reflection, consultation and debate*" (punto 86), anche mediante l'integrazione del tradizionale procedimento legislativo da parte di meccanismi extra-legislativi, di natura tecnica e indipendente, in grado di fornire elementi cognitivi e valutativi che orientino e supportino il legislatore rispetto a materie altamente complesse e tecniche⁵⁰. Appare

⁵⁰ "*The potential problems arising from scientific progress in storing human embryos were addressed as early as the Warnock Committee's Report of 1984*", punto 87.

chiaro come, da un lato, la Corte EDU prenda in considerazione tale elemento procedurale quale criterio funzionale a determinare l'ampiezza del margine di apprezzamento; per altro verso, nel momento in cui se ne attestino il soddisfacimento, tale criterio opera quale parametro utile a valutare la compatibilità delle scelte normative operate, che se soddisfatto introduce una sorta di presunzione favorevole difficilmente superabile. Tale aspetto sembra trovare conferma in almeno altre due decisioni.

Da un lato, in *S.H.* la Grand Chamber, dopo avere sancito la compatibilità della disciplina austriaca in materia di PMA con l'articolo 8 CEDU, svolge alcune riflessioni relative al metodo della legislazione in ambito medico-scientifico. In particolare, sembra emergere il principio in base al quale tale ambito, che è soggetto a uno sviluppo particolarmente dinamico della scienza e del diritto, deve essere tenuto costantemente monitorato da parte degli Stati Membri⁵¹. Secondo tale prospettiva, quindi, anche la mancata configurabilità del consensus assume una dimensione potenzialmente inedita. Il fattore, rappresentato dal continuo progresso delle scoperte medico-scientifiche e dal mutare della risposta sociale alle questioni etiche sollevate dalla medicina riproduttiva, che, legittima un ampio riconoscimento di discrezionalità politica ai legislatori nazionali, rendendo di fatto difficoltoso il consolidamento di un comune atteggiamento degli Stati Membri nel disciplinare tale ambito, potrebbe svolgere, se i principi appena descritti venissero confermati dalla giurisprudenza successiva, anche una funzione di ri-orientamento delle modalità di esercizio del potere normativo statale.

Il legislatore è chiamato a tenere conto della natura dinamica del contesto medico-scientifico, la quale sembra orientare l'esercizio della discrezionalità politica: spetta al legislatore prevedere dei meccanismi decisionali e normativi, i quali consentano la valutazione periodica degli eventuali progressi scientifici, in modo da adeguare l'impianto normativo ai medesimi. Tuttavia, è bene sottolinearlo, tale principio non ha impedito alla Corte, nonostante avesse riconosciuto l'inadempimento di tale onere procedurale da parte del legislatore austriaco, di affermare la piena compatibilità della normativa con la CEDU.

d) "There will also usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights"

In ogni caso, il margine di apprezzamento tende ad essere "wide" quando

⁵¹ "The Court considers that this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States (see Christine Goodwin, cited above, punto 74)".

lo Stato è chiamato a effettuare un bilanciamento tra interessi pubblici e privati concorrenti (cfr. il caso *Odièvre c. Francia*, n. 42326/98, 2003, punti 44-49). Alla Corte, anche di fronte ad un ampio margine di apprezzamento, non è tuttavia escluso il potere di valutare in concreto se la legislazione nazionale abbia assicurato un “*fair balance between the competing interests*” (*Evans* 83)⁵². Il grado di incisività dello scrutinio nel merito delle scelte discrezionali sembra essere direttamente proporzionale alla configurabilità nel caso concreto degli indici appena descritti, secondo uno schema ricorrente in ciascuna delle decisioni analizzate⁵³. Tuttavia, è possibile riscontrare alcuni significativi scostamenti rispetto al principio sancito in *Dickson* (punto 78), che sembra suggerire un giudizio a maglie larghe: in caso di mancanza di consensus e di questioni eticamente sensibili, nonché scientificamente incerte, l'incompatibilità con la CEDU scatterebbe esclusivamente nel caso di scelte manifestamente irragionevoli. In particolare sono due le decisioni rilevanti, che riguardano rispettivamente elementi diversi della teoria del margine di apprezzamento.

In *Dickson*, secondo un approccio basato sull'effettività della tutela che vedremo caratterizzare anche le decisioni in materia di IVG, pur riconoscendo un ampio margine di apprezzamento (cfr. punto 78 e il riferimento alle “*choices of social strategy*”), la Corte non rinuncia a svolgere una valutazione in concreto del bilanciamento raggiunto dalla *Policy* inglese in materia, verificando se la disciplina garantisca effettivamente “*real weighing of the competing individual and public interests*” (punto 82). La Corte non si accontenta di avere attestato l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento, ma entra nel bilanciamento compiuto a livello nazionale, concludendo, sulla base di una analitica valutazione delle condizioni richieste alle persone coinvolte al fine di avere accesso alle tecniche di PMA, che “*the Policy set the threshold so high against them from the outset that it did not allow a balancing of the competing individual and public interests and a proportionality test*” (punto 82). La scelta compiuta è quindi non proporzionata, in quanto gli interessi individuali risultano eccessivamente sacrificati rispetto all'interesse generale perseguito (il *best interest of the child* nato da PMA). La Corte individua anche la ragione

⁵² In *S.H.* la Grand Chamber afferma che spetta comunque alla Corte di valutare “*carefully the arguments taken into consideration during the legislative process and leading to the choices that have been made by the legislature and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by those legislative choices*” (punto 97).

⁵³ Per una approfondita analisi del percorso argomentativo condotto dalla Corte in *Evans*, cfr. J. Bomhoff, L. Zucca, “*Evans v. UK. European Court of Human Rights*”, *European Constitutional Law Review*, n. 2, 2006, pp. 424-442, I quali ne sottolineano gli aspetti inediti in particolare rispetto allo scrutinio del ‘fair balance’, esprimendosi in termini di “*incommensurability and formalism*” (p. 441).

di tale s-bilanciamento: la mancata attuazione, considerata la natura non legislativa dell'atto (una *Policy* del *Secretary of State*), all'interno del procedimento decisionale di qualsiasi valutazione funzionale "to weigh the relevant competing individual and public interests or assess the proportionality of the restriction" (punto 83). L'assenza di tale 'ex ante assessment' porta ad un superamento della presunzione di compatibilità basata sull'assenza di un consensus e sulla natura socialmente sensibile della materia, provocando la dichiarazione di incompatibilità della misura restrittiva con l'articolo 8 CEDU.

Se in *Dickson* lo scrutinio era basato sul criterio di proporzionalità-adequatezza della disciplina, nel caso *Costa e Pavan c. Italia* la Corte EDU svolge quello che appare molto simile ad un giudizio di proporzionalità nel senso della coerenza esterna della norma oggetto di scrutinio (punto 69). L'incompatibilità con l'articolo 8 CEDU in questo caso non scaturirebbe infatti da una violazione del rispetto dovuto alla vita privata in ambito procreativo da parte del divieto legislativo (divieto assoluto, secondo l'interpretazione della Corte EDU, di diagnosi preimpianto) considerato *ex se*, ma in quanto posto in relazione sistematica con la concomitante norma che consente, a parità di condizioni (al fine cioè di individuare eventuali condizioni del feto che mettano a rischio la salute o la vita della donna), la diagnosi prenatale e quindi l'eventuale interruzione volontaria di gravidanza (punto 64). Nonostante la Corte faccia esplicito riferimento alla propria giurisprudenza precedente, che ha assunto un atteggiamento molto deferente rispetto alle scelte compiute a livello nazionale (in particolare *S.H. Grand Chamber*), la prospettiva e il grado di incisività dello scrutinio sembrano mutare. Infatti, se la *Grand Chamber* in *S.H.* di fatto rinuncia a valutare nel merito la proporzionalità del bilanciamento assicurato dalla legislazione austriaca, sulla base dei parametri descritti supra, in *Costa e Pavan* la giurisprudenza CEDU sembra muovere un passo in avanti: la Corte varca la soglia della valutazione dell'esercizio di discrezionalità legislativa nazionale e decide di utilizzare il criterio della coerenza esterna (o sistematica) del divieto imposto dalla legge italiana in materia di PMA, analizzandolo in termini sistematici rispetto alla liceità della IVG in base a condizioni analoghe.

La prospettiva risulta evidentemente diversa: se in *S.H.* l'oggetto dello scrutinio era la compatibilità del divieto di donazione di gameti con l'articolo 8 CEDU, in questo caso consiste nella coerenza esterna del divieto di effettuare la diagnosi preimpianto, al fine di valutarne la proporzionalità e adeguatezza all'interno di un quadro normativo più generale (la disciplina della IVG). L'incompatibilità è pertanto declinata in termini di incoerenza "di sistema" della normativa italiana, che comporta una mancanza di proporzionalità e quindi una indebita interferenza con la

vita privata dei ricorrenti⁵⁴.

III. IVG: IL DIRITTO AD AVERE ACCESSO AD UN ABORTO LEGALE E OBBLIGHI PROCEDURALI POSITIVI DEGLI STATI. I CASI *TYSIAC C. POLONIA, A., B. E C. C. IRLANDA, R.R. C. POLONIA E P. E S. C. POLONIA*

Appare ora opportuno utilizzare il caso della giurisprudenza in materia di IVG al fine di verificare le conclusioni alle quali si è giunti tanto rispetto alla attuale estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU e del margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati nel contesto procreativo.

Per quanto riguarda il primo aspetto, che si potrebbe definire quale la capacità di valorizzare la *vis expansiva* del concetto di vita privata all'interno dell'ambito delle scelte procreative (in questo caso intese in senso negativo), dalla giurisprudenza emerge come la funzione di catalizzatore di nuove istanze soggettive subisca –nel contesto della IVG– se non un indebolimento, quanto meno una specificazione. Si potrebbe dire che, diversamente di quanto avviene nel contesto della PMA, caratterizzato da un fenomeno di progressiva espansione degli interessi rilevanti, non si assiste ad una qualificazione *de plano* in termini di “diritto” dell'interesse della donna ad abortire: un dato costante è infatti la negazione della riconducibilità all'articolo 8 CEDU di un diritto della donna ad abortire, o attraverso una esplicita affermazione⁵⁵, o attraverso la dichiarazione di non conferenza della questione rispetto al caso⁵⁶. Come vedremo, ciò non significa che la posizione giuridica della donna sia considerata priva di tutela. Tuttavia, la natura e le forme di tale protezione, pur passando comunque attraverso l'articolo 8 CEDU, assumono caratteri peculiari, valorizzando la dimensione procedurale delle garanzie offerte da tale articolo al concetto di vita privata.

Il mancato riconoscimento di un diritto ad abortire non deve

⁵⁴ Anche la Prima Sezione in *S.H.* ha assunto un approccio simile, che poi è stato ribaltato dalla Grand Chamber: “*a complete ban on the medical technique at issue would not be proportionate unless, after careful reflection, it was deemed to be the only means of effectively preventing serious repercussions*” (punto 76).

⁵⁵ “*Article 8 cannot (...) be interpreted as conferring a right to abortion*” (caso *A., B. e C. c. Irlanda*, punto 214; analogamente *P. e S. c. Polonia*, punto 96).

⁵⁶ “*It is not the Court's task in the present case to examine whether the Convention guarantees a right to have an abortion*”, cfr. *Tysiack*, punto 104.

sorprendere, quanto meno da una prospettiva europea (diverso, come noto, l'approccio della Corte Suprema degli Stati Uniti, cfr. *Roe v. Wade*⁵⁷), risultando coerente con quanto affermato dalla costante giurisprudenza costituzionale nazionale⁵⁸. Tale mancata qualificazione in termini di diritto soggettivo non coincide con un vuoto di tutela, ma corrisponde piuttosto ad una valutazione comparativa del complesso degli interessi che entrano in gioco nel bilanciamento da effettuare in tale ambito. In tal senso, il perimetro del bilanciamento subisce una estensione, coinvolgendo interessi che non rilevano (quanto meno rispetto ai casi decisi dalla Corte EDU) nel contesto della PMA. In particolare, assume una centralità decisiva rispetto alla qualificazione degli interessi in gioco lo speciale rapporto che si instaura tra donna e feto, non solo da un punto di vista biologico ma anche (e soprattutto) da una prospettiva giuridica⁵⁹.

La complessità del bilanciamento derivante dal rapporto tra donna e feto incide, come vedremo, su diversi livelli. Rispetto all'applicazione dell'articolo 8, come detto, non incide sull'*an* della protezione, quanto sul *quomodo*. Pur non riconoscendo la Convenzione alcun diritto a un determinato livello di assistenza sanitaria, tuttavia la Corte fa riferimento ad un obbligo positivo per lo Stato di garantire la tutela effettiva della "*physical and psychological integrity*" della donna anche nel caso di ricorso alla IVG per motivi connessi alla condizione di salute della medesima (*Tysiac*, punto 107). In tale contesto, anche la condizione del feto rileva, dal momento che "*since whenever a woman is pregnant her private life becomes closely connected with the developing foetus*" (*Tysiac*, punto 106). I fasci di interessi protetti dall'articolo 8 assumo pertanto una dimensione plurale, che deve essere tenuta in considerazione all'interno del bilanciamento effettuato e che, come vedremo subito *infra*, incide anche sulla determinazione del margine di apprezzamento nazionale e sulla sua applicazione discrezionale. Come sottolineato dalla Corte nel caso *A, B e C*, "*article 8 cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination pertain uniquely to the woman's private life as, whenever a woman is pregnant, her private life becomes closely connected with the*

⁵⁷ Per un'analisi comparata delle due giurisprudenze, F. Fabbrini, "The European Court of Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the right to abortion: *Roe v. Wade* on the other side of the Atlantic?", *Columbia Journal of European Law*, vol. 18, n. 1, 2011, pp. 1-72. Cfr. anche E. Finney, "Shifting Towards a European *Roe. Wade*: Should Judicial Activism Create an International Right to Abortion with *A., B. and C. v. Ireland*", *University of Pittsburgh Law Review*, n. 72, 2010, pp. 398-430.

⁵⁸ Cfr. ad esempio la Corte costituzionale italiana, sentenza 27 del 1975, ma anche il Tribunal Constitucional spagnolo, sentenza n. 53 del 1985.

⁵⁹ Cfr. E. Wicks, "*A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights*", *Human Rights Law Review*, vol. 11, n. 3, 2011, pp. 560.

developing foetus" (punto 213), affermando la necessità di assicurare un attento bilanciamento tra il diritto della donna al rispetto della propria vita privata e gli altri diritti concorrenti, compresi quelli del feto⁶⁰.

Come detto in precedenza (punto 2.2.4.), secondo giurisprudenza costante della Corte, tanto più numerosi sono gli interessi rilevanti e complesso il bilanciamento, tanto più il margine di apprezzamento nazionale tende ad espandersi, pur con i limiti sottolineati supra. Tale schema viene applicato anche all'ambito della IVG, rispetto al quale la Corte riconosce, pur con una discutibile interpretazione della teoria del consensus che ne conferma la natura imprevedibile, un ampio margine di apprezzamento agli Stati. Come vedremo, però, non si tratta di una delega in bianco, dal momento che la Corte –analogamente pur con parametri diversi al caso *Costa e Pavan*– valuta nel merito il tipo di bilanciamento effettuato, applicando un giudizio di congruenza ed adeguatezza delle misure adottate rispetto alle finalità enunciate⁶¹. Tale approccio dimostra come l'ambito di applicazione delle norme CEDU, teoria del consensus e ampiezza del margine di apprezzamento siano questioni logicamente connesse secondo una relazione di progressiva e mutua continuità argomentativa. Tale connessione emerge chiaramente dalla giurisprudenza in materia di IVG. Se da un lato, come detto, la relazione tra madre e condizione del feto condiziona l'applicazione del consensus e la natura del bilanciamento orienta la determinazione dell'ampiezza del margine di apprezzamento, allo stesso modo la qualificazione dell'interesse della madre protetto dall'articolo 8 CEDU influenza il grado di scrutinio compiuto dalla Corte nel valutare l'esercizio di discrezionalità normativa a livello nazionale.

1. L'applicazione del consensus tra disciplina della IVG e la questione relativa a "when the right to life begins"

Appare opportuno soffermarsi sul caso *A, B, C v. Ireland*, perchè introduce ulteriori elementi di novità all'interno della teoria del consensus edificata dalla Corte EDU⁶². In tale decisione, più che l'elemento quantitativo

⁶⁰ "The woman's right to respect for her private life must be weighed against other competing rights and freedoms invoked including those of the unborn child" (punto 213). Cfr. Anche il caso *R.R. c. Polonia*, punto 181 ("It is also clear from an examination of these cases that the issue has always been determined by weighing up various, and sometimes conflicting, rights or freedoms claimed by a mother or a father in relation to one another or vis-à-vis the foetus").

⁶¹ In termini generali, Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002, p. 193.

⁶² Cfr. L. Busatta, "La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito", *Diritto pubblico comparato ed*

nella determinazione del *consensus*, sembra rilevare il ruolo qualitativo del medesimo rispetto alla sua funzione limitativa della discrezionalità legislativa nazionale. La Corte infatti si basa su due fondamenti argomentativi: l'assenza di un rapporto automatico ("a vasi comunicanti") tra consenso e margine di apprezzamento; la specificità del contesto di riferimento, il quale propone questioni socialmente ed eticamente sensibili che inevitabilmente incidono sul tradizionale rapporto tra consenso internazionale e discrezionalità statale. La Corte per un verso riconosce l'esistenza di un sostanziale consenso ("*amongst a substantial majority of the Contracting States*") favorevole all'ammissibilità dell'interruzione volontaria di gravidanza, seppur in base a requisiti e criteri differenziati (punto 235). Tuttavia, dopo avere affermato la sussistenza di un *consensus* tra gli Stati Membri, afferma come ciò non sia sufficiente per limitare l'ampio margine nazionale di apprezzamento⁶³.

Nemmeno il fatto che "*the national laws referred to that most Contracting Parts*" abbiano di fatto risolto il conflitto tra posizione giuridica del nascituro e della madre attraverso un bilanciamento "*in favour of greater legal access to abortion*" rappresenta un fattore decisivo al fine di orientare lo scrutinio della compatibilità dell'approccio irlandese con la CEDU (punto 237). Come giunge la Corte a tale conclusione, che sembra rinunciare del tutto alla dimensione quantitativa del *consensus*, in altre occasioni adottata⁶⁴? Ciò avviene attraverso il riferimento ad un ulteriore aspetto che caratterizza tale ambito, e che deriva direttamente dalla natura complessa e multidimensionale degli interessi coinvolti: non si tratta, come affermato reiteratamente dalla Corte, di tutelare esclusivamente il diritto della madre, quanto di definire un ragionevole bilanciamento con i concomitanti interessi, tra i quali rientra anche l'eventuale diritto alla vita del feto. Tale

europo, n. 2, 2011, pp. 445-454; S. McGuinness, "A, B, and C to D (for delegation!)", *Medical Law Review*, n. 19, 2011, pp. 476-491; E. Wicks, "A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 11, n. 3, 2011, pp. 556-566.

⁶³ F. de Londras, K. Dzehtsiarou, "II. Grand Chamber of the European Court of human Rights, A,B & C v Ireland, Decision of 17 December 2010", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, 2013, pp., 250-262, propongono, in termini critici ("*trumping constitutionalism would in fact represent a mechanism by which the role of the Court and the Convention in European constitutionalisation would be undermined*", p. 262), il concetto di "*internal trumping consensus*" (definito dagli Autori come "*a widespread (although not unanimous) attitude to a legal issue that is held by the majority of people within the respondent State*", p. 253), in grado, a differenza di altri precedent citati (*Tyrer c. Regno Unito*, n. 5856/72, 25 aprile 1978 e *Dudgeon c. Regno Unito*, n. 7525/76, 23 settembre 1981), di superare quello esistente tra gli Stati Membri.

⁶⁴ E. Wicks, "A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights", *cit.*, p. 562, si riferisce a questo scostamento in termini di "*unwelcome new approach that threatens to undermine the evolutive nature of the Convention's obligations*".

ricostruzione si riflette sull'applicazione della teoria del consensus, che diviene anch'essa multidimensionale. Se rispetto alla disciplina dell'aborto legale gli Stati lo hanno raggiunto, ciò non avviene rispetto all'ulteriore –decisiva all'interno del ragionamento svolto dalla Corte– questione relativa a *“when the right to life begins”* (cfr. *A, B e C; R.R.*, punto 186; ma prima *Vo. c. Francia e Boso c. Italia*). Rispetto a tale questione, un consensus non sarebbe ricostruibile⁶⁵, non rientrando al contempo tra le funzioni della Corte fornire una risposta autonoma e generalmente applicabile⁶⁶. E tale assenza di consensus, interpretato alla luce della base della intima relazione che si instaura tra la madre e il feto durante la gravidanza che incide sulla determinazione dell'ambito di applicazione dell'articolo 8 CEDU (cf. supra), risulta decisiva, privando di rilievo l'ampia convergenza in materia di disciplina della IVG: *“since the rights claimed on behalf of the foetus and those of the mother are inextricably interconnected (see the review of the Convention case law at paragraphs 75-80 in the above-cited Vo v. France [GC] judgment), the margin of appreciation accorded to a State's protection of the unborn necessarily translates into a margin of appreciation for that State as to how it balances the conflicting rights of the mother”* (punto 237⁶⁷).

⁶⁵ *“Of central importance is the finding in the above-cited Vo case, referred to above, that the question of when the right to life begins came within the States' margin of appreciation because there was no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life”* (punto 237). *“There is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life (Vo v. France)”* (R.R. c. Polonia, punto 186). In *Vo c. Francia* la Corte ha posto un principio che è stato quindi costantemente applicato nella giurisprudenza successiva, second cui *“the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention, a “living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions” (see Tyrer v. the United Kingdom, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, § 31, and subsequent case-law). The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate (see paragraph 83 below) and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life (see paragraph 84 below)”* (punto 82).

⁶⁶ *“Having regard to the foregoing, the Court is convinced that it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention”* (*Vo c. Francia*, punto 85). *“The Court recalls that it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals including on the question of when life begins. By reason of their “direct and continuous contact with the vital forces of their countries”, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the “exact content of the requirements of morals” in their country, as well as on the necessity of a restriction intended to meet them”* (*A, B e C c. Irlanda*, punto 223).

⁶⁷ *“It follows that, even if it appears from the national laws referred to that most Contracting Parties may in their legislation have resolved those conflicting rights and interests in favour of greater legal access to abortion, this consensus cannot be a decisive factor in the Court's*

La permeabilità tra i due aspetti e la conformazione degli interessi da bilanciare finiscono con l'incidere in modo decisivo sulla nozione di consensus, legittimando un ampio (anche se “*not unlimited*”, *A., B. e C.*, punto 238) margine di apprezzamento nazionale⁶⁸.

2. Lo scrutinio dell'esercizio del margine di apprezzamento: diritto (della donna) ad avere accesso ad un aborto legale e obbligo positivo (dello Stato) di garantirne la effettività in senso procedurale

Resta da analizzare l'ultima delle descritte relazioni di mutua influenza tra gli elementi contenuti nel tradizionale percorso argomentativo della Corte: il rapporto tra l'individuazione dell'interesse della donna che rientra nell'ambito di tutela dell'articolo 8 CEDU e il grado di inciviltà dello scrutinio, oltre che la natura dei parametri utilizzati per effettuarlo, dell'esercizio in concreto del margine di apprezzamento a livello nazionale.

Se –come detto– un diritto soggettivo ad abortire non appare configurabile nel contesto CEDU, la Corte tuttavia una dimensione del rispetto alla vita privata che corrisponde al “*right to a lawful abortion*” (*A B C*, punto 264; *P. e S.*, punto 200), secondo quanto previsto dalle legislazioni nazionali. Pertanto, sembra che la Corte da un lato non riconosca l'esistenza di un preesistente e generale diritto all'aborto, che possa essere fatto valere in quanto tale nei confronti delle autorità nazionali (cfr. la dismissal dei primi due casi in *A, B e C*), ma che – per altro verso – affermi la configurabilità di un diritto ad avere accesso alla IVG, nei limiti, per le finalità e secondo le condizioni previste dalla legge nazionale.

Il diritto della donna sorgerebbe quindi nel momento in cui la materia viene regolata, restando in capo al legislatore nazionale un ampio margine

examination of whether the impugned prohibition on abortion in Ireland for health and well-being reasons struck a fair balance between the conflicting rights and interests, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention” (Ivi). Cfr. analogamente anche *R.R. c. Romania*, punto 186. Criticamente rispetto a tale linea argomentativa, F. Rey Martinez, “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia ‘A, B y C v. Irlanda’, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, n. 2, 2011, pp. 748 ss.

⁶⁸ Nel caso concreto, la Corte EDU ha riconosciuto che “*the impugned restriction therefore pursued the legitimate aim of the protection of morals of which the protection in Ireland of the right to life of the unborn was one aspect*” (punto 227). Nella opinione dissenziente dei giudici Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelia, Malinverni e Poalelungi si sottolinea che “*it is the first time that the Court has disregarded the existence of a European consensus on the basis of “profound moral views”. Even assuming that these profound moral views are still well embedded in the conscience of the majority of Irish people, to consider that this can override the European consensus, which tends in a completely different direction, is a real and dangerous new departure in the Court’s case-law*”.

di discrezionalità nel decidere se e come intervenire⁶⁹. Tale diritto consiste nella garanzia dell'accesso alle tecniche di IVG⁷⁰, configurandosi in capo allo Stato un obbligo positivo di assicurare le condizioni procedurali e istituzionali che ne garantiscano l'effettività⁷¹: “*While Article 8 contains no explicit procedural requirements, it is important for the effective enjoyment of the rights guaranteed by this provision that the relevant decision-making process is fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded by it*” (*Tysiak*, punto 113)⁷². Nel contesto della IVG, tale obbligo si declina nella necessità di prevedere “*a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals' rights and the implementation, where appropriate, of specific measures in an abortion context*”⁷³.

La Corte sembra proporre un'interpretazione ‘a geometria variabile’ del margine di apprezzamento, che si espande *ex ante*, rispetto alla decisione relativa all'*an* e al *quantum* dell'intervento normativo⁷⁴, ma tende a ridursi *ex post*, nel momento in cui la decisione di intervenire sia stata presa⁷⁵. In questo ultimo caso, l'esercizio di discrezionalità normativa non appare più libero nel fine, ma piuttosto vincolato (orientato) rispetto agli strumenti normativi adottati. La Corte esprime tale condizionamento in modo chiaro e consolidato nelle sentenze prese in esame, fissando un principio generale in materia, relativo al quomodo dell'intervento discrezionale: “*While a broad margin of appreciation is accorded to the State as to the*

⁶⁹ “(...) a broad margin of appreciation is accorded to the State as to the decision about the circumstances in which an abortion will be permitted in a State” (*A B C*, punto 249).

⁷⁰ La natura del quale sembra entrare in relazione con il diritto al rispetto della propria integrità fisica e psichica (*Tysiak*, punto 107) e autonomia personale (*ex plurimis*, R.R. “*in the context of pregnancy, the effective access to relevant information on the mother's and foetus' health, where legislation allows for abortion in certain situations, is directly relevant for the exercise of personal autonomy*”, punto 197).

⁷¹ Su tale aspetto, M. Cocconi, “Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 2010, 1127 ss., fa riferimento ad una “interpretazione delle garanzie procedurali, da parte della Corte europea, come condizioni essenziali per l'esercizio del margine di apprezzamento statale”.

⁷² Ad esempio, garantendo che “*having regard to the particular circumstances of the case and notably the nature of the decisions to be taken, an individual has been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide her or him with the requisite protection of their interests*”. Analogamente, R.R. (punto 191) e *A B C* (punto).

⁷³ *A B C*, punto 245; *Tysiak*, punto 110.

⁷⁴ Tanto che la Corte non viene a sindacare la rigidità *ex se* del sistema irlandese e polacco, facendolo rientrare in un legittimo margine di apprezzamento nazionale.

⁷⁵ In controtendenza rispetto ad altra consolidata giurisprudenza, secondo la quale “*where the State is required to take positive measures, the choice of means is in principle a matter that falls within the Contracting States' margin of appreciation*” (*Fadeyeva c. Russia*, 2005), su cui J. Kratochvil, “The Inflation of the Margin of Appreciation”, *cit.*, p. 333.

decision about the circumstances in which an abortion will be permitted in a State (paragraphs 231-238 above), once that decision is taken the legal framework devised for this purpose should be “shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention” (S.H. and Others v. Austria, no. 57813/00, § 74, 1 April 2010)”.

In altre parole, e la Corte non avrebbe potuto essere più chiara, *“once the legislature decides to allow abortion, it must not structure its legal framework in way which would limit real possibilities to obtain it”⁷⁶. Al contrario, è chiamato, a meno di non porsi in contrasto con l’articolo 8 CEDU, a garantire “a procedural framework enabling a pregnant woman to exercise her right of access to lawful abortion”⁷⁷.*

Dalla giurisprudenza analizzata è possibile anche dedurre una serie di condizioni che possano garantire l’effettivo accesso al servizio di IVG, che la Corte definisce *“positive obligations to safeguard the applicant’s right to respect for her private life in the context of a controversy as to whether she was entitled to a therapeutic abortion” (Tysiac, punto 128⁷⁸): a) “measures affecting fundamental human rights be, in certain cases, subject to some form of procedure before an independent body competent to review the reasons for the measures and the relevant evidence” (Tysiac, punto 117); b) le procedure devono garantire alla donna “at least the possibility to be heard in person and to have her views considered” (Ivi); c) la decisione deve essere contenuta in un atto scritto (Ivi); d) “the procedures in place should therefore ensure that such decisions are timely so as to limit or prevent damage to a woman’s health which might be occasioned by a late abortion” (Tysiac, punto 118).*

Come per il caso *Costa e Pavan* in materia di PMA, la Corte EDU valuta in concreto le scelte discrezionali del legislatore. Ma se in quell’occasione il parametro utilizzato corrispondeva al giudizio di proporzionalità e coerenza esterna della disciplina nazionale, in questi casi lo scrutinio viene svolto sulla base del parametro di adeguatezza degli strumenti normativi rispetto alle finalità enunciate dalla legge (o come nel caso irlandese, dalla

⁷⁶ *Tysiac*, punto 116.

⁷⁷ *R.R.*, punto 202, nel quale la Corte chiarisce che *“if the domestic law allows for abortion in cases of foetal malformation, there must be an adequate legal and procedural framework to guarantee that relevant, full and reliable information on the foetus’ health is available to pregnant women”.*

⁷⁸ Pur sottolineando, in *A B C*, che *“while it is not for this Court to indicate the most appropriate means for the State to comply with its positive obligations”* (punto 266).

Costituzione⁷⁹) e di effettività della tutela assicurata⁸⁰.

IV. VERSO LO SCRUTINIO DELLE MODALITÀ DI ESERCIZIO DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO NAZIONALE IN SENSO PROCEDURALE?

Dall'analisi svolta emerge chiaramente, confermando quanto detto relativamente alla PMA, la tendenza ad una qualificazione del margine di apprezzamento in senso procedurale, configurandosi, in ambiti caratterizzati da elevata criticità sociale, etica e scientifica, un'attività normativa libera nelle finalità ma (parzialmente) vincolata rispetto alle modalità di esercizio del potere decisionale discrezionale.

Tali oneri procedurali devono essere soddisfatti *ex ante*, richiedendo all'interno del processo decisionale meccanismi che garantiscano l'effettiva conoscenza e valutazioni delle ragioni di complessità sociale/etica e scientifico-tecnologica (i quali se adottati, come visto, garantiscono una sorta di presunzione forte di legittimità dell'intervento). In tal senso, è sufficiente ricordare quanto affermato in precedenza rispetto alla valutazione che la Corte EDU ha effettuato (*Evans*, ma anche *A B C*) della natura e struttura del procedimento decisionale, attribuendo un'efficacia legittimante delle scelte discrezionali alla natura partecipata ed inclusiva del medesimo. Tale approccio è confermato, *a contrario*, seppur in termini generali piuttosto che concreti (dal momento che la Corte in questo caso "salva" la normativa austriaca), dal caso *S. H.*, nel quale –come ricordato– la Grand Chamber attribuisce al legislatore nazionale un onere procedurale di verificare lo stato della scienza medica, la quale si presenta ontologicamente in costante progresso e evoluzione, e di tenerne conto nell'esercizio del proprio potere legislativo. La Corte sembra fissare un ulteriore parametro metodologico, indirizzato tanto ai legislatori nazionali, i quali devono tenerne conto quando esercitano il proprio potere normativo ("*a number of Contracting States have responded in their legislation*"), quanto a sé stessa e alla propria giurisprudenza (*S. H.*, Grand Chamber, punto 84). È interessante notare come la medesima sollecitazione fosse presente anche nella sentenza della Corte costituzionale austriaca dalla quale è

⁷⁹ L'articolo 40.3.3 della Costituzione irlandese prevede che "*the State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right*".

⁸⁰ Per la connessione tra il 'practical and effective method' e la natura degli obblighi positivi in capo agli Stati, A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004.

scaturito il ricorso alla Corte EDU⁸¹: sintomo, questo, di una tendenziale convergenza -quanto meno giurisprudenziale- verso l'affermazione di principi metodologici comuni, i quali vengono a porsi quali parametri di valutazione dell'esercizio della discrezionalità legislativa in ambito biomedico⁸². Il Parlamento austriaco non ha adempiuto alle indicazioni di metodo contenute nella decisione del tribunale austriaco, ed in tal senso la Corte EDU sembra concludere -pur non derivandone alcuna conseguenza nel caso concreto- che il legislatore nazionale in questo caso possa non avere rispettato il principio in base al quale tale ambito, che è soggetto a uno sviluppo particolarmente dinamico della scienza e del diritto, deve essere tenuto costantemente monitorato da parte degli Stati Membri (punto 118).

L'approccio procedurale emerge dalla giurisprudenza CEDU anche in relazione alla fase di attuazione normativa, attraverso la predisposizione di meccanismi e criteri che assicurino l'effettivo accesso ai servizi previsti a livello legislativo (*A B C*, punto 245 e 246⁸³), al fine di evitare che "a discordance between the social reality and the law" (*A B C*, punto 248) e "the lack of effective and accessible procedures to establish a right to an abortion" (*R.R.*, punto 210) incidano irragionevolmente sul rispetto della vita privata delle persone coinvolte, traducendosi in una "striking discordance between the theoretical right to a lawful abortion (...) on grounds referred to in this provision and the reality of its practical implementation" (*R.R.*, punto 210).

La necessità di assicurare, una volta che si sia intervenuti a livello normativo al fine di bilanciare gli interessi concorrenti, tanto pubblici (la vita del feto, la certezza delle relazioni familiari) quanto privati (il rispetto della vita privata in tutte le sue specifiche emanazioni in ambito procreativo), sulla base di un tendenzialmente ampio margine di apprezzamento, condizioni normative e meccanismi istituzionali-procedurali che ne garantiscano l'attuazione effettiva rappresenta un elemento comune nella giurisprudenza CEDU in materia di IVG e di PMA. Infatti, nel caso *Dickson* la Corte EDU dichiara l'incompatibilità della normativa inglese in materia

⁸¹ "This, however, did not mean that these criteria would not be subject to developments which the legislature would have to take into account in the future", punto 117.

⁸² Cfr. la ormai consolidata giurisprudenza costituzionale italiana inaugurata con la sentenza n. 282 del 2002.

⁸³ "These obligations may involve the adoption of measures, including the provision of an effective and accessible means of protecting the right to respect for private, including both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals' rights and the implementation, where appropriate, of specific measures in an abortion context" e "the question to be determined by the Court is whether there is a positive obligation on the State to provide an effective and accessible procedure allowing the third applicant to establish her entitlement to a lawful abortion in Ireland and thereby affording due respect to her interests safeguarded by Article 8 of the Convention".

di accesso alle tecniche di PMA nel contesto carcerario dopo avere effettuato una valutazione della adeguatezza delle misure attuative della medesima, rilevando come “*the Policy as structured effectively excluded any real weighing of the competing individual and public interests, and prevented the required assessment of the proportionality of a restriction, in any individual case*” (punto 84⁸⁴).

⁸⁴ La Corte quindi conclude affermando che “*the absence of such an assessment as regards a matter of significant importance for the applicants (see paragraph 72 above) must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation so that a fair balance was not struck between the competing public and private interests involved*” (punto 85). Cfr. anche la giurisprudenza in materia di parto anonimo, in particolare i casi *Odievre c. Francia* (2004) e *Godelli c. Italia* (2012, per un commento D. Paris, “Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del Conseil constitutionnel e della Corte europea dei diritti dell'uomo (con alcuni spunti per una rilettura dell'inquadramento costituzionale dell'interruzione volontaria di gravidanza)”, *Forum on line di Quaderni costituzionali*, 17 ottobre 2012). In *Godelli*, la Corte EDU rimprovera al legislatore italiano di non avere previsto dei meccanismi di flessibilizzazione del sistema che, pur garantendo l'anonimato della madre, assicurino al contempo una adeguata protezione del diritto del figlio ad avere accesso – secondo condizioni e modalità specifiche – a informazioni che consentano l'effettivo esercizio del diritto all'identità personale (D. Paris, *ult. cit.*, parla espressamente di “monito inequivocabile al legislatore a modificare la normativa in oggetto» derivante dalla sentenza della Corte EDU). Significativamente, la Corte non si limita a dichiarare la mancanza di proporzionalità e ragionevolezza della disciplina italiana (punto 71), ma sembra proporre – anche attraverso il riferimento al modello legislativo francese – una serie di innovazioni che potrebbero assicurare un adeguato bilanciamento: a) la distinzione tra informazioni identificative e non identificative (eventualmente attraverso un procedimento in grado di anonimizzare o di garantire la non riconducibilità dei dati alla madre); b) la reversibilità del segreto, offrendo – secondo lo schema tipico del consenso informato – la possibilità per la madre di permettere l'accesso da parte del figlio alle informazioni relative alla propria origine biologica, anche quando identificativi; c) sul modello francese, l'istituzione di un organo pubblico indipendente, che si ponga come medium tra la posizione della madre e quella del figlio (cfr. il caso *Gaskin c. Regno Unito*, no. 10454/83, 7 luglio 1989, nel quale si afferma – in riferimento ad un caso di richiesta di accesso a dati personali raccolti da uffici dei servizi sociali – che “*such a system is only in conformity with the principle of proportionality if it provides that an independent authority finally decides whether access has to be granted in cases where a contributor fails to answer or withholds consent*”. Inoltre, pur in contesto non assimilabile, è possibile fare riferimento al caso *Mikulic c. Croazia*, no. 53176/99, Prima Sezione, 7 febbraio 2002, nel quale la Corte fissa il principio generale di tutela mediata di natura istituzionale-procedurale del diritto a conoscere le proprie origini, affermando che lo Stato ha il dovere di prevedere strumenti alternativi al fine di consentire ad una autorità indipendente di assicurare la celerità delle operazioni di determinazione della paternità in caso di ricorso giurisdizionale; cfr. Stefanelli, 2010, 426 ss.).

L'esempio francese⁸⁵, ma anche quello anglosassone e spagnolo⁸⁶, dimostrano che i principi enunciati dalla Corte EDU relativamente all'esercizio del potere legislativo in ambiti caratterizzati da una continua evoluzione scientifico-sociale iniziano ad essere recepiti e metabolizzati –pur con concrete modalità di attuazione diverse e distinti livelli di effettività– negli ordinamenti nazionali degli Stati Membri, tanto da potersi dedurre che tali principi potranno essere assunti –in futuro– quali autonomi parametri di valutazione della compatibilità delle opzioni legislative tanto con la CEDU quanto con le costituzioni nazionali⁸⁷.

TITLE

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN FRONT OF THE FACTOR SCIENTIFIC ANALYSIS OF RECENT CASE LAW ON MEDICALLY ASSISTED PROCREATION VOLUNTARY INTERRUPTION OF PREGNANCY

SUMMARY

I. THE IMPACT OF TECHNOLOGICAL FACTOR IN THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND SOCIAL REALITY: THE CASE OF THE PHENOMENON IN THE PROCREATIVE ECHR SYSTEM.- II. MEDICALLY ASSISTED PROCREATION: CASE EVANS, DICKSON, SH COSTA E-PAVAN. EXPANSION OF THE CONCEPT OF 'PRIVACY' PROCREATIVE THE PHENOMENON AND USE OF THE THEORY OF CONSENSUS WAVERING: 1. The gradual expansion of the normative content of Article 8 ECHR. 2. The ratio (wavering) between consensus and national margin of appreciation: a) *"Where a Particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted"*. b) *"Where (...) there is no consensus Within the member States of the Council*

⁸⁵ In particolare, la recente riforma della Loi de bioethique (LOI n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique), nella quale un intero Capitolo (IX) della legge del 2011 è dedicato alla *"applicazione e valutazione della legge relativa alla bioetica"*, nel quale si prevede che il Parlamento francese debba riesaminare la legge almeno entro sette anni dall'entrata in vigore della medesima e che dopo sei anni dall'entrata in vigore un organo parlamentare (*l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*) sia chiamato a valutare l'applicazione della legge (articolo 46). Inoltre, la legge prevede che ogni progetto di riforma legislativa relativo a questioni etiche e sociali determinate dal progresso della conoscenza nei campi della biologia, della medicina e della sanità devono essere preceduti da un dibattito pubblico attraverso il meccanismo degli *États généraux de la bioéthique* (articolo 45).

⁸⁶ Sia consentito il rinvio a S. Penasa, "Regulating ART: The Rise of a (Common?) 'Procedure-Oriented' Approach Within EU", *Global Jurist*, vol. 12, n. 1, 2012, pp. 1-21.

⁸⁷ Cfr. la giurisprudenza costituzionale italiana in materia medico-sanitaria, in particolare le sentenze nn. 282 del 2002 e 151 del 2009.

*of Europe, either as to the relative Importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it (...) the margin will be wider". c) "Particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues". d) "There Will Also usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights".- III. IVG: THE RIGHT TO HAVE ACCESS TO A LEGAL ABORTION PROCEDURE OF POSITIVE AND OBLIGATIONS OF THE MEMBER. CASES *TYSIAC C. POLAND, A., B. E C. C. IRELAND, R.R. C. POLAND AND P. E S. C. POLAND*: 1. The application of the discipline of consensus between IVG and the question of "When the right to life begins". 2. The poll's margin of appreciation of the year: the right (of the woman) to have access to a legal abortion and positive obligation (the State) to ensure its effectiveness in the procedural sense.- IV. TOWARDS THE POLL MODE OF OPERATING MARGIN IN THE NATIONAL ASSESSMENT PROCEDURE?*

KEY WORDS

European Court of Human Rights; Medically assisted procreation; Legal abortion.

ABSTRACT

In the first part of the paper will analyze some recent judgments of the Court of Human Rights, identified in two contexts with respect to which the scientific-technological factor plays a decisive role both in relation to the content of national legislation regarding the assessment of compatibility between them and ECHR: the PMA and the IVG. In conducting the analysis, will be followed by three strands, which correspond to traditional questions of jurisprudence of the ECHR, but they seem to assume - in such contexts - dimensions and new perspectives: the scope of the notion of 'private and family life' protected Article 8 ECHR and the relationship between theory of consensus and national margin of appreciation, the strength and the techniques used by the ECHR in assessing the actual exercise of discretion.

Fecha de recepción: 01/05/2013

Fecha de aceptación: 13/05/2013

