

**Ufficio Referenti per la Formazione Decentrata del  
Distretto di Torino  
Diritto Europeo**

La giurisprudenza delle Corti europee  
e interpretazione del giudice nazionale:  
dalla procreazione assistita  
all'interruzione delle cure

**Torino, 25 ottobre 2012**

**Il diritto alla vita nella giurisprudenza delle Alte Corti<sup>1</sup>**

(Testo provvisorio)

Dott. Roberto Conti  
Consigliere della Corte di Cassazione

---

<sup>1</sup> Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dai Referenti distrettuali per la formazione decentrata della Corte di Appello di Torino il giorno 25 ottobre 2012 sul tema

## INDICE

1. Diversità e pluralità di approcci al tema.
2. Il diritto alla vita nella CEDU.
3. L'intreccio fra diritto alla vita-art.2 CEDU- e autodeterminazione-art.8 CEDU-.
4. Dalla dottrina del consenso nella giurisprudenza della Corte dei diritti umani a proposito di vita, morte e...dintorni...
5. Corte dir. uomo, 1 aprile 2010, *S. e H. c. Austria* e Corte dir. Uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, *S.e H. c. Austria*.
6. A che serve la dottrina del consenso?
7. Il ruolo del giudice nelle vicende che ruotano attorno alla "vita". *Sfida* fra legislatore e giudici o coordinata cooperazione? *La concordia* fra le Corti sul caso Englaro.
8. La giurisprudenza CEDU come fonte del diritto.
9. A mo' di conclusione.

### **1. Diversità e pluralità di approcci al tema.**

Per affrontare il tema assegnatomi si potrebbero scegliere diverse prospettive, tutte assai accattivanti.

Si potrebbe, ad esempio, muovere dall'esame di un caso particolare- la sentenza Englaro- e così proseguire nell'analisi del confronto dialogico tra Corte di Cassazione, Corte costituzionale, Corte diritti uomo per giungere all'esame del tema che guarda al ruolo del giudice e del legislatore sul tema del fine vita.

Parimenti possibile sarebbe muovere dalla questione del *quando comincia la vita* cercando di individuare la o le fonti normative privilegiate capaci di sciogliere il nodo interpretativo e di sistematizzare dei principi di ordine generale, per poi verificare le scelte attuative del legislatore interno- anche in un'ottica *de jure condendo*-, quelle dei giudici nazionali in sede di applicazione della legislazione ordinaria, magari poi comparandole con quelle della Corte dei diritti umani o di altre Corti nazionali od internazionali.

Si potrebbe, ancora, privilegiare una prospettiva didascalica o compilativa, fondata sull'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che si è occupata di tematiche legate al fine vita o all'inizio della vita per poi enucleare, se possibile, una o più radici comuni all'interno di tali decisioni in modo da successivamente compararle con i meccanismi di protezione interna e vagliarne, eventualmente, le convergenze o le diversità per poi verificare gli effetti ultimi a livello di tutela giurisdizionale dei singoli.

Mi interrogavo, anche, sull'utilità di rappresentare, in posizione neutrale, le forti contrapposizioni di ordine etico, morale e religioso che generalmente accompagnano tematiche di questo tipo e che anche nell'esperienza della formazione consiliare hanno spesso visto aspramente contrapposti esponenti dell'una o dell'altra corrente di pensiero. Io stesso ho avuto la ventura di coordinare un *match* fra i Professori D'Agostino e Mori particolarmente acceso.

Nemmeno peregrino poteva risultare un approccio "di sistema" che, muovendo dalla particolare giornata che oggi si celebra, tenta di indagare sui rapporti fra ordinamento interno e carte dei diritti fondamentali, per poi verificare in concreto se esiste diversità di tutela rispetto al diritto alla vita ed a nascere - più o meno sano- tra il livello nazionale e quello sovranazionale e, in caso di esito positivo di tale test, vagliare le possibili logiche di *composizione*, richiamando il meccanismo gerarchico che dovrebbe governare, secondo la Corte costituzionale, i rapporti ordinamento interno-CEDU, ovvero quello decisamente più rispettoso della dignità umana e della inconfigurabilità di posizioni piramidali all'interno dei vari meccanismi di protezione dei diritti fondamentali che chi scrive predilige da tempo sulla base di talune coordinate mutate da una dottrina assai attenta ai fenomeni dei meccanismi che governano i rapporti fra i sistemi, improntato al perseguimento del "maggior livello di tutela" dei diritti fondamentali.

Le personali riflessioni che seguono perseguono il tentativo, spero non velleitario, di considerare, in modo unitario, in tutto o in parte le prospettive nella duplice speranza di aiutare la riflessione di chi ascolta -e non certo di fornire risposte definitive- su temi talmente impegnativi da apparire a tratti imperscrutabili agli occhi di un qualsiasi accorto operatore di giustizia che ad essi si accosta, ma anche di dimostrare che il ruolo del *giudiziario* nel processo di attuazione e concretizzazione dei diritti fondamentali, anche grazie alla spinta vigorosa proveniente dalle giurisdizioni sovranazionali- Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte di Giustizia) è andato enormemente crescendo fino al punto da modificare, in fatto, le coordinate sulle quali i giuristi delle generazioni passate e della mia stessa generazione- che certo non è preistorica- hanno edificato il loro modo di essere giudici.

## 2. Il diritto alla vita nella CEDU.

Suol dirsi che il diritto alla vita, tutelato dall'art.2 CEDU<sup>2</sup>, appartiene al c.d.nocciolo duro della Convenzione, esso contemplando una prerogativa che ogni Paese aderente deve sempre e comunque garantire, essendosi appunto in presenza di un "valore fondamentale delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa-cfr.Corte dir.uomo 27 settembre 1995, *Mc Cann e altri c.Regno Unito*; in particolare v.Corte dir.uomo, 9 novembre 2006, *Luluyev c.Russia*: "*The Court reiterates that Article 2, which safeguards the right to life and sets out those circumstances in which deprivation of life may be justified, ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention, to which no derogation is permitted. Together with Article 3, it also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe*" -.Nè si manca di sottolineare che l'art.2 CEDU deve essere interpretato ed applicato in modo da offrire una protezione concreta ed effettiva –sent. *Luluyev*, cit.p.76 -.

Sul tema del *quando comincia la vita*, la Corte dei diritti dell'uomo ha mantenuto una posizione assai cauta, in ragione delle diversità di disciplina previste nei singoli Paesi, ritenendo che l'art.2 non consente di ritenere che nel concetto di persona sia ricompreso quello del bimbo mai nato<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Art.2 CEDU:«1. Il diritto alla vita di ogni persona e' protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il delitto è punito dalla legge con tale pena. 2. La morte non si considera inflitta in violazione di quest'articolo quando risulta da un ricorso alla forza reclusi assolutamente necessario: a. per assicurare la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; b. per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; c. per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione».

<sup>3</sup> Rassume la posizione della Corte la sentenza dell'8 luglio 2004, *Vo. C.Francia-* ric.n.53924/00- che si riporta per estratto nei punti salienti- v. per altre decisioni rilevanti il paragrafo relativo alla dottrina del consenso-: "...75. Unlike Article 4 of the American Convention on Human Rights, which provides that the right to life must be protected "in general, from the moment of conception", Article 2 of the Convention is silent as to the temporal limitations of the right to life and, in particular, does not define "everyone" ("*toute personne*") whose "life" is protected by the Convention. The Court has yet to determine the issue of the "beginning" of "everyone's right to life" within the meaning of this provision and whether the unborn child has such a right. To date it has been raised solely in connection with laws on abortion. Abortion does not constitute one of the exceptions expressly listed in paragraph 2 of Article 2, but the Commission has expressed the opinion that it is compatible with the first sentence of Article 2 § 1 in the interests of protecting the mother's life and health because "if one assumes that this provision applies at the initial stage of the pregnancy, the abortion is covered by an implied limitation, protecting the life and health of the woman at that stage, of the 'right to life' of the foetus" (see *X v. the United Kingdom*, Commission decision cited above, p. 253).76. Having initially refused to examine *in abstracto* the compatibility of abortion laws with Article 2 of the Convention (see *X v. Norway*, no. 867/60, Commission decision of 29 May 1961, Collection of Decisions, vol. 6, p. 34, and *X v. Austria*, no. 7045/75, Commission decision of 10 December 1976, DR 7, p. 87), the Commission acknowledged in *Brüggemann and Scheuten* (cited above) that women complaining under Article 8 of the Convention about the Constitutional Court's decision restricting the availability of abortions had standing as victims. It stated on that occasion: "... pregnancy cannot be said to pertain uniquely to the sphere of private life. Whenever a woman is pregnant her private life becomes closely connected with the developing foetus" (ibid., p. 116, § 59). However, the Commission did not find it "necessary to decide, in this context, whether the unborn child is to be considered as 'life' in the sense of Article 2 of the Convention, or whether it could be regarded as an entity which under Article 8 § 2 could justify an interference 'for the protection of others' " (ibid., p. 116, § 60). It expressed the opinion that there had been no violation of Article 8 of the Convention because "not every regulation of the termination of unwanted pregnancies constitutes an interference with the right to respect for the private life of the mother" (ibid., pp. 116-17, § 61), while emphasising: "There is no evidence that it was the intention of the Parties to the Convention to bind themselves in favour of any particular solution" (ibid., pp. 117-18, § 64).77. In *X v. the United Kingdom* (cited above), the Commission considered an application by a man complaining that his wife had been allowed to have an abortion on health grounds. While it accepted that the potential father could be regarded as the "victim" of a violation of the right to life, it considered that the term "everyone" in several Articles of the Convention could not apply prenatally, but observed that "such application in a rare case – e.g. under Article 6, paragraph 1 – cannot be excluded" (p. 249, § 7; for such an application in connection with access to a court, see *Reeve v. the United Kingdom*, no. 24844/94, Commission decision of 30 November 1994, DR 79-A, p. 146). The Commission added that the general usage of the term "everyone" ("*toute personne*") and the context in which it was used in Article 2

I principi espressi dalla Corte dei diritti umani in tema di diritto alla vita sono stati riassunti in modo davvero incisivo, di recente, nella sentenza *Giuliani e Gaggio c. Italia*-25 agosto 2009-ric.n. 23458/02- che ha riguardato la vicenda del giovane Giuliani, ucciso in occasione del ben noto G8 di Genova<sup>4</sup>.

---

of the Convention did not include the unborn. As to the term “life” and, in particular, the beginning of life, the Commission noted a “divergence of thinking on the question of where life begins” and added: “While some believe that it starts already with conception, others tend to focus upon the moment of nidation, upon the point that the foetus becomes ‘viable’, or upon live birth” (*X v. the United Kingdom*, p. 250, § 12). The Commission went on to examine whether Article 2 was “to be interpreted: as not covering the foetus at all; as recognising a ‘right to life’ of the foetus with certain implied limitations; or as recognising an absolute ‘right to life’ of the foetus” (ibid. p. 251, § 17). Although it did not express an opinion on the first two options, it categorically ruled out the third interpretation, having regard to the need to protect the mother’s life, which was indissociable from that of the unborn child: “The ‘life’ of the foetus is intimately connected with, and it cannot be regarded in isolation of, the life of the pregnant woman. If Article 2 were held to cover the foetus and its protection under this Article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant woman. This would mean that the ‘unborn life’ of the foetus would be regarded as being of a higher value than the life of the pregnant woman” (ibid., p. 252, § 19). The Commission adopted that solution, noting that by 1950 practically all the Contracting Parties had “permitted abortion when necessary to save the life of the mother” and that in the meantime the national law on termination of pregnancy had “shown a tendency towards further liberalisation” (ibid., p. 252, § 20). 78. In *H. v. Norway* (cited above), concerning an abortion carried out on non-medical grounds against the father’s wishes, the Commission added that Article 2 required the State not only to refrain from taking a person’s life intentionally but also to take appropriate steps to safeguard life (p. 167). It considered that it did not have to decide “whether the foetus may enjoy a certain protection under Article 2, first sentence”, but did not exclude the possibility that “in certain circumstances this may be the case notwithstanding that there is in the Contracting States a considerable divergence of views on whether or to what extent Article 2 protects the unborn life” (ibid.). It further noted that in such a delicate area the Contracting States had to have a certain discretion, and concluded that the mother’s decision, taken in accordance with Norwegian legislation, had not exceeded that discretion (p. 168). 79. The Court has only rarely had occasion to consider the application of Article 2 to the foetus. In *Open Door and Dublin Well Woman* (cited above), the Irish Government relied on the protection of the life of the unborn child to justify their legislation prohibiting the provision of information concerning abortion facilities abroad. The only issue that was resolved was whether the restrictions on the freedom to receive and impart the information in question had been necessary in a democratic society, within the meaning of paragraph 2 of Article 10 of the Convention, to pursue the “legitimate aim of the protection of morals of which the protection in Ireland of the right to life of the unborn is one aspect” (pp. 27-28, § 63), since the Court did not consider it relevant to determine “whether a right to abortion is guaranteed under the Convention or whether the foetus is encompassed by the right to life as contained in Article 2” (p. 28, § 66). Recently, in circumstances similar to those in *H. v. Norway* (cited above), where a woman had decided to terminate her pregnancy against the father’s wishes, the Court held that it was not required to determine “whether the foetus may qualify for protection under the first sentence of Article 2 as interpreted [in the case-law relating to the positive obligation to protect life]”, and continued: “Even supposing that, in certain circumstances, the foetus might be considered to have rights protected by Article 2 of the Convention, ... in the instant case ... [the] pregnancy was terminated in conformity with section 5 of Law no. 194 of 1978” – a law which struck a fair balance between the woman’s interests and the need to ensure protection of the foetus (see *Boso*, cited above). 80. It follows from this recapitulation of the case-law that in the circumstances examined to date by the Convention institutions – that is, in the various laws on abortion – the unborn child is not regarded as a “person” directly protected by Article 2 of the Convention and that if the unborn do have a “right” to “life”, it is implicitly limited by the mother’s rights and interests. The Convention institutions have not, however, ruled out the possibility that in certain circumstances safeguards may be extended to the unborn child. That is what appears to have been contemplated by the Commission in considering that “Article 8 § 1 cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination are, as a principle, solely a matter of the private life of the mother” (see *Brüggemann and Scheuten*, cited above, pp. 116-17, § 61) and by the Court in the above-mentioned *Boso* decision. 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 woman, a mother or a father in relation to one another or *vis-à-vis* an unborn child.”

<sup>4</sup> la Grande Camera della Corte EDU, con decisione a maggioranza ha escluso la violazione (sostanziale) dell’obbligo positivo di protezione che grava sullo Stato in relazione all’uso dell’arma da parte dell’agente dei carabinieri, all’inadeguatezza del quadro normativo che disciplina l’uso della forza e delle armi in Italia, alle prospettate carenze organizzative dell’operazione di controllo correlate alla vicenda occorsa al Giuliani. Si è ancora ritenuto, da parte dei giudici, insussistente la violazione (procedurale) dell’art. 2 Cedu in relazione alle indagini sulle dinamiche della morte del giovane, una volta ritenuta scriminata la condotta dell’agente che aveva esploso il colpo.

Si è infatti in quell'occasione ribadito che l'articolo 2, che garantisce il diritto alla vita ed espone le circostanze nelle quali può essere giustificato infliggere la morte, si colloca fra gli articoli fondamentali della Convenzione e non vi può essere autorizzata alcuna deroga. Combinato con l'articolo 3 CEDU, esso sancisce *uno dei valori fondamentali delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa*.

Le circostanze nelle quali la privazione della vita può essere giustificata impongono quindi all'interprete di essere interpretati in maniera restrittiva. Anche l'oggetto e lo scopo della Convenzione, in quanto strumento di tutela degli esseri umani, richiedono di comprendere e applicare l'articolo 2 in modo da renderne le esigenze concrete ed effettive (McCann e altri c. Regno Unito, 27 settembre 1995, §§ 146-147, serie A no 324). Il testo dell'articolo 2, esaminato nel suo contesto globale, mostra che non soltanto copre l'omicidio intenzionale, ma anche le situazioni nelle quali è possibile dover far « ricorso alla forza », fatto che può involontariamente procurare la morte. Il ricorso deliberato o volontario alla forza omicida tuttavia è soltanto uno dei fattori da prendere in considerazione quando si tratta di valutare la necessità. Il ricorso alla forza deve essere reso « assolutamente necessario » per raggiungere uno degli obiettivi di cui ai commi a) b) e c) del paragrafo 2. Questi termini indicano che occorre applicare un criterio di necessità più stretto e imperioso di quello normalmente adoperato per stabilire se l'intervento dello Stato sia « necessario in una società democratica » a titolo del paragrafo 2 degli articoli da 8 a 11 della Convenzione.

In particolare, la forza utilizzata deve essere strettamente proporzionata agli scopi così permessi (McCann e altri succitata, §§ 148-149). A tale proposito la Corte ha ricordato che l'uso della forza da parte di agenti dello Stato per raggiungere uno degli obiettivi enunciati nel paragrafo 2 dell'articolo 2 della Convenzione può essere giustificato in relazione a validi scopi ed obiettivi considerati all'epoca degli eventi, anche se successivamente rivelatisi non adeguati. Affermare il contrario significherebbe imporre allo Stato ed ai suoi agenti incaricati dell'applicazione delle legge un onere irrealistico che rischierebbe di essere esercitato a spese della loro e dell'altrui vita (McCann e altri succitata, § 200).

E' stato quindi puntualmente ribadito che la prima frase dell'articolo 2 § 1 costringe lo Stato non soltanto ad astenersi dal procurare volontariamente ed illegalmente la morte, ma anche a prendere, nell'ambito del suo ordinamento giuridico interno, *le misure necessarie alla tutela della vita delle persone sotto la sua giurisdizione* (Kiliç c. Turchia, no 22492/93, § 62, CEDH 2000 III). Il che si esprime attraverso il concetto di *obbligo positivo di protezione*.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti reiteratamente sottolineato, anche con riferimenti ad altri diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, la rilevanza dello strumento dell'*obbligo positivo* a carico dello Stato, che non deve rimanere passivo di fronte agli obblighi assunti, ma deve adottare le misure ragionevoli ed adeguate per proteggere i diritti riconosciuti. Si è quindi significativamente osservato che la Convenzione europea sui diritti dell'uomo non garantisce solo una serie di "*libertà da*" (per effetto delle quali sullo Stato incombe un divieto di ingerenza), ma anche corrispondenti "*libertà di*" che lo Stato ha l'obbligo di assicurare attraverso condotte positive.

Va ancora chiarito che la Corte europea è ferma nel riconoscere la tutela offerta dall'art.2 è particolarmente ampia, fino a ricomprendere i casi nei quali non si è verificata la morte di un uomo ma la condotta violatrice era astrattamente idonea ad uccidere<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup>Corte dir. uomo, 23 ottobre 2012, *Yotova c. Bulgaria*- ric.n. 43606/04-, in un caso nel quale il ricorrente, di origine rom, gravemente danneggiato, da alcuni aggressori, non aveva potuto fruire di una risposta adeguata da parte delle autorità che non aveva accertato l'identità dei responsabili né l'eventuale finalità razziale dell'attentato dal quale era derivata un'invalidità del 75 %: "...9. La Cour rappelle en outre que la protection de cette disposition de la Convention peut être invoquée non pas uniquement en cas de décès de la victime d'un agissement violent. L'article 2 entre également en jeu dans des situations où la personne concernée a été victime d'une conduite qui, par sa nature même, a mis sa vie en danger, même si elle a finalement survécu (*Makaratzis c. Grèce* [GC], n° 50385/99, § 55, CEDH 2004-XI, et *Soare et autres c. Roumanie*, n° 24329/02, §§ 108 et 109, 22 février 2011). Par ailleurs, la Cour a déjà conclu dans un certain nombre d'affaires que la force employée contre les requérants était « potentiellement mortelle » même en l'absence d'engagement de leur pronostic vital (*Evrin Öktem c. Turquie*, n° 9207/03, §§ 39-43, 4 novembre 2008, et *Trévalec c. Belgique*, n° 30812/07, §§ 57-61, 14 juin 2011). En l'espèce, la Cour note que la requérante a été blessée par un tir de

A tale proposito l'obbligo dello Stato impone il dovere fondamentale di assicurare il diritto alla vita, predisponendo un quadro *giuridico e amministrativo* che possa dissuadere dal commettere azioni dannose per la persona e basandosi su un meccanismo d'applicazione concepito per prevenirne, reprimere e sanzionare le violazioni.

Proprio tale prospettiva induce la Corte a considerare con particolare attenzione i casi di suicidio verificatisi in occasione del servizio militare<sup>6</sup> o comunque di omicidio commesso da appartenenti alle forze dell'ordine<sup>7</sup>.

Non mancano precedenti che si sono occupati dell'obbligo generale dello Stato di prevenire condotte omicidiarie da parte di soggetti condannati a pena detentiva che si trovavano in regime di in permesso<sup>8</sup> o in stato di liberazione condizionale<sup>9</sup>.

---

plombs de chasse à la poitrine et à l'épaule et au bras gauches. Les projectiles ont causé la rupture de vaisseaux sanguins et de nerfs et une importante hémorragie (paragraphe 13, 14 et 28 ci-dessus). Dans son rapport d'expertise, rédigé à la demande de l'enquêteur, l'expert médical a estimé que, si la requérante n'avait pas reçu une aide médicale urgente et adéquate, ces blessures auraient pu lui être fatales (paragraphe 28 ci-dessus). La requérante a gardé des séquelles permanentes de cet incident et a été officiellement reconnue invalide par une commission médicale spécialisée (paragraphe 14 *in fine* ci-dessus). La Cour estime dès lors que la force employée par l'assaillant de la requérante était d'une nature et d'une intensité susceptibles de mettre en danger la vie de celle-ci. L'article 2 de la Convention trouve donc à s'appliquer en l'espèce.

<sup>6</sup> Cfr. Corte dir.uomo, 17 giugno 2008, *Abdullah Yilmaz c. Turchia*- ric.n.21899/02, in [www.dirittiuomo.it](http://www.dirittiuomo.it), p.55 e 56: "... La Corte afferma nuovamente che, nella prima fase del suo primo paragrafo, l'articolo 2 della Convenzione pone a carico degli Stati l'obbligazione positiva di prendere preventivamente tutte le misure necessarie a proteggere le persone che rientrano nella loro giurisdizione contro le azioni altrui o, all'occorrenza, contro esse stesse (Keenan c. Regno Unito n.27229/95, p. 89, Kılınc e altri, § 40, e Salgın, § 76). Tale obbligazione, che vale senza dubbio nel campo del servizio militare obbligatorio (v. anche Alvarez Ramón c. Spagna implica innanzitutto per gli Stati l'obbligo primordiale di attuare un quadro legislativo e amministrativo di prevenzione. Tale quadro deve riservare un posto particolare ad una regolamentazione che sia adattata al livello di rischio per la vita legato alla natura di certe attività e missioni militari, ma ugualmente all'elemento umano che entra in gioco. Così quando uno Stato impone il servizio nazionale obbligatorio ai suoi cittadini, deve dare dimostrazione della massima diligenza, in particolar modo per quanto riguarda l'utilizzo delle armi, e assicurare i trattamenti e le misure ai soldati che soffrono di turbe psichiche. La regolamentazione sopra indicata deve dunque esigere l'adozione di misure d'ordine pratico volte alla protezione effettiva dei soldati esposti ai pericoli legati alla vita militare e prevedere delle procedure adeguate che permettano di individuare le mancanze e gli errori che potrebbero essere commessi in tale settore da parte dei responsabili a tutti i livelli (*Kılınc e altri*, § 41, e *Salgın*, cit., § 77)."

<sup>7</sup> Corte dir.uomo, 19 aprile 2012, *aço Gorgiev c. Rep. Macedonia*- ric.n. 49382/06-.

<sup>8</sup> Corte dir.uomo, 24 ottobre 2002, *Mastromatteo c. Italia*-ric.n.37703/97- p.69 ss.: "...La situazione esaminata nelle cause "Osman" e "Paul e Audrey Edwards" riguardava l'esigenza della protezione personale di uno o più individui identificabili in anticipo come potenziali bersagli di un atto letale.

Il caso in specie si distingue da quei casi in quanto qui non si tratta di determinare se ci fosse la responsabilità da parte delle autorità per non essere riuscite a fornire la protezione personale ad A. Mastromatteo; ciò che è in questione è l'obbligo di offrire una protezione generale alla società contro le potenziali azioni di una o più persone che scontano una pena detentiva per un reato violento e di definirne l'estensione.

70. La Corte deve prima determinare se il sistema di misure alternative alla reclusione faccia sorgere di per sé la responsabilità dello Stato ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione per la morte di un passante, che sia stata cagionata da detenuti che scontavano pene per reati violenti ed ai quali, in base a quel sistema, era stato accordato un permesso di uscita.

71. La Corte osserva che l'omicidio di A. Mastromatteo è stato commesso da M. R., aiutato e istigato da G.M. e da G.B. - Soltanto M.R. e G.M. erano detenuti, il primo era in permesso di uscita ed il secondo beneficiava del regime di semi-libertà. Di conseguenza, solo il comportamento di quei due criminali può potenzialmente implicare la responsabilità dello Stato di avere mancato al dovere di proteggere la vita.

72. Una delle funzioni essenziali di una pena detentiva è quella di proteggere la società, per esempio impedendo ad un criminale di essere recidivo e così di causare ulteriori danni. Allo stesso tempo la Corte riconosce il fine legittimo di una politica di progressiva reintegrazione sociale delle persone condannate a pene detentive. In quest'ottica essa riconosce il merito di misure – come per esempio i permessi temporanei di uscita – che permettono la reintegrazione sociale dei detenuti, anche nel caso in cui essi fossero stati condannati per reati violenti. La Corte osserva a tale riguardo che nel sistema italiano prima che un detenuto possa beneficiare di un permesso di uscita, deve avere scontato un periodo minimo di reclusione, la cui durata dipende dalla gravità del reato per il quale è stato condannato. Inoltre, ai sensi dell'articolo 30ter (8) della Legge penitenziaria, il permesso carcerario può essere accordato ad un detenuto solo se egli ha tenuto una buona condotta in carcere e se il suo rilascio non rappresenta un pericolo per la società. A tale riguardo, la

Una vicenda che ha destato particolare scalpore è stata quella dell'omicidio commesso da Angelo Izzo mentre era in regime di semilibertà<sup>10</sup>. In tale ultimo caso la Corte è tornata sul tema della necessità o meno che la protezione piena dell'art.2 impone altresì la condanna dei responsabili dello Stato che hanno reso possibile la condotta omicidiaria del condannato<sup>11</sup>.

---

semplice assenza di provvedimenti disciplinari non è sufficiente a giustificare la concessione di misure che ne facilitino la reintegrazione, in quanto al detenuto è richiesto di mostrare una volontà sincera di partecipare al programma di reintegrazione e di riabilitazione. La valutazione della pericolosità di un detenuto per la società è lasciata al giudice responsabile dell'esecuzione della pena, il quale è obbligato a consultare le autorità penitenziarie. Una tale valutazione deve essere basata non solo sulle informazioni fornite dalle autorità penitenziarie, ma anche sulle informazioni disponibili presso la polizia quando il giudice ritenga che ciò sia necessario." La Corte ritenne all'esito che il regime delle misure di reinserimento applicabile in Italia non contrastava con l'articolo 2 della Convenzione.

<sup>9</sup> Corte dir. uomo, 17 gennaio 2012, *Choreftakis e Choreftaki c. Grecia*- ric.n. 46846/08.-In tale vicenda il figlio dei ricorrenti era stato pugnalato a morte per la strada nel maggio 2008. L'autore del reato si trovava allora in libertà condizionale. Era già stato oggetto di varie condanne penali per fatti gravi, di cui una all'ergastolo con una pena secondaria di dieci anni e nove mesi. Nel gennaio 2006 una corte d'assise aveva esaminato la sua domanda di cumulo delle pene e fissato la pena della reclusione a suo carico in ventisei anni circa. Nell'agosto 2007 il direttore del carcere aveva presentato una domanda di liberazione condizionale del condannato. La sezione istruttoria del tribunale correzionale aveva rigettato la domanda. Il condannato aveva interposto appello avverso tale decisione. Nel gennaio 2008 la sezione istruttoria della corte d'appello aveva invalidato la decisione e accolto la richiesta di liberazione condizionale. Nel caso in esame la Corte ha escluso che il sistema greco di liberazione condizionale fosse basato su un automatismo, escludendo la violazione dell'art.2 CEDU.

<sup>10</sup> Corte dir. uomo, 15 dicembre 2009, *Maiorano e altri c. Italia*- ric.n.28634/06-, p.104 ss.: "...104. L'obbligo dello Stato va al di là del suo dovere fondamentale di assicurare il diritto alla vita creando una legislazione penale concreta che dissuada dal commettere reati contro la persona e poggiando su di un meccanismo di applicazione concepito per prevenirne, reprimere e sanzionare le violazioni (*Natchova e altri c. Bulgaria* [GC], nos 43577/98 e 43579/98, § 160, CEDH 2005-VII). Così, in alcune circostanze ben definite, l'articolo 2 può porre a carico delle autorità l'obbligo positivo di adottare preventivamente misure di ordine pratico per proteggere l'individuo la cui vita è minacciata da comportamenti criminali altrui (*Mastromatteo* succitata, § 67 in fine, *Branko Tomašić e altri c. Croazia*, no 46598/06, § 50, 15 gennaio 2009, e *Opuz c. Turchia*, no 33401/02, § 128, 9 giugno 2009).105. Tuttavia ciò non significa che da tale disposizione si possa dedurre un obbligo positivo di impedire qualsiasi potenziale violenza. Tale obbligo deve essere interpretato in modo tale da non imporre alle autorità un onere insopportabile o eccessivo, tenendo conto delle difficoltà che la polizia riscontra nell'esercitare le sue funzioni nelle società contemporanee e anche della imprevedibilità del comportamento umano e delle scelte operative che debbono essere effettuate in termini di priorità e di risorse (*Osman* succitata, § 116).106. Pertanto, non ogni addotta minaccia contro la vita obbliga le autorità, per quanto riguarda la Convenzione, ad adottare misure concrete per prevenirne la realizzazione. La Corte ha affermato che sorge un obbligo positivo ove sia stabilito che le autorità sapevano o avrebbero dovuto saper e che esisteva una minaccia reale e immediata per la vita di uno o di più individui e che esse, nell'ambito dei loro poteri, non hanno adottato le misure che ragionevolmente avrebbero senza dubbio avviato a questo rischio".

<sup>11</sup> Cfr.p.127 sent.*Maiorino*, cit.: "...esta da determinare se, nelle particolari circostanze della presente causa, le autorità avessero anche l'obbligo positivo di stabilire la responsabilità degli agenti dello Stato coinvolti (vedere, mutatis mutandis, *Branko Tomašić* succitata, § 64).

128. Se il diritto di far perseguire o condannare penalmente dei terzi non può essere ammesso di per sé (*Perez c. Francia* [GC], no 47287/99, § 70, CEDH 2004-I), la Corte ha più volte dichiarato che un sistema giudiziario come quello richiesto dall'articolo 2 può comportare, ed in alcune circostanze deve comportare, un meccanismo di repressione penale. Tuttavia, se la lesione al diritto alla vita o all'integrità fisica non è volontaria, l'obbligo positivo che scaturisce dall'articolo 2 di porre in essere un sistema giudiziario efficace non richiede necessariamente in tutti i casi un ricorso di natura penale. Nel contesto specifico delle negligenze sanitarie, tale obbligo può essere adempiuto anche se, per esempio, il sistema giuridico in causa offre agli interessati un ricorso innanzi alle giurisdizioni civili, solo o congiuntamente ad un ricorso innanzi alle giurisdizioni penali, al fine di stabilire la responsabilità dei medici in causa e, eventualmente, ottenere l'applicazione di ogni appropriata sanzione civile, quale il versamento del risarcimento danni e la pubblicazione della sentenza. Possono anche essere previste delle misure disciplinari ( *Calvelli e Ciglio* succitata, § 51, *Lazzarini e Ghiacci c. Italia* (dec.), no 53749/00, 7 novembre 2002, Vo c. Francia [GC], no 53924/00, § 90, CEDH 2004 VIII, *Tarariyeva c. Russia*, no 4353/03, § 75, CEDH 2006 ...). Lo stesso principio si applica all'eventuale responsabilità degli agenti dello Stato per i decessi che si verificano in conseguenza della loro negligenza (*Branko Tomašić*, succitata, § 64).129. In un'indagine su un decesso presumibilmente imputabile ad agenti o autorità dello Stato, è necessario che le persone responsabili dell'indagine siano indipendenti da quelle coinvolte nei fatti. Questo presuppone non soltanto una indipendenza gerarchica o istituzionale, ma anche una indipendenza pratica (*Paul e Audrey Edwards* succitata, § 70, e *Mastromatteo* succitata, § 91).130. Nel caso di specie, sono stati avviati dei procedimenti disciplinari a carico dei giudici del tribunale di sorveglianza di Palermo che si sono conclusi con l'infrazione da parte del CSM della sanzione disciplinare dell'ammonizione (precedenti paragrafi 60-62). Tuttavia,



Come mostra il testo stesso dell'articolo 2, il ricorso dei poliziotti alla forza omicida può essere giustificato in alcune circostanze. Tuttavia, *“l'articolo 2 non dà carta bianca. La mancanza di un inquadramento attraverso delle regole e l'abbandono ad un'azione arbitraria da parte degli agenti dello Stato sono incompatibili con un effettivo rispetto dei diritti dell'uomo. Questo significa che le operazioni di polizia, oltre ad essere autorizzate dal diritto nazionale, devono essere sufficientemente delimitate da questo delitto, nell'ambito di un sistema di garanzie adeguate ed effettive contro l'arbitrio e l'abuso della forza (Makaratzis, § 58).”*

Tenuto conto della importanza della tutela accordata dall'articolo 2, la Corte ha sempre ritenuto di dovere esaminare con estrema attenzione i casi in cui viene inflitta la morte, e prendere in considerazione non soltanto gli atti degli agenti dello Stato ma anche tutte le circostanze del caso, in particolare la preparazione e il controllo degli atti in questione (*Mc Cann e altri s.*, §§ 147-150 ; *Andronicou e Constantinou*, § 171).

Una delle declinazioni più rilevanti del diritto alla vita di matrice convenzionale è quella che si esprime *nell'obbligo di inchiesta effettiva* sulle circostanze che hanno cagionato la morte.

L'obbligo di proteggere il diritto alla vita imposto dall'articolo 2 della Convenzione, combinato con il dovere generale che incombe allo Stato in virtù dell'articolo 1 di « riconoscere ad ogni persona sotto la sua giurisdizione i diritti e le libertà definiti nella (...) Convenzione » implica ed esige di condurre *“una forma di indagine efficace quando il ricorso alla forza abbia comportato la morte di un uomo (vedere, mutatis mutandis, McCann e altri succitata, § 161, e Kaya c. Turchia, 19 febbraio 1998, § 105, Recueil 1998-I). Una simile inchiesta deve aver luogo in ogni caso in cui vi è stata la morte di un uomo a seguito del ricorso alla forza, sia che gli autori siano agenti dello Stato che terze persone (Tahsin Acar c. Turchia [GC], no 26307/95, § 220,).”*

In particolare, secondo la Corte le investigazioni devono essere approfondite, imparziali e rigorose (*McCann e altri*, §§ 161-163, e *Çakıcı c. Turchia* [GC], no 23657/94, § 86).

La Corte non ha mancato di chiarire che la natura e il livello dell'esame del caso deve rispondere al criterio minimo di *effettività dell'indagine*, pur dipendendo dalle circostanze della fattispecie. Questi sono valutati in base a tutti i fatti pertinenti e tenuto conto delle realtà pratiche del lavoro di indagine.

In linea generale, affinché l'inchiesta possa essere considerata « effettiva » è necessario che le persone che ne sono responsabili e quelle che effettuano le investigazioni siano indipendenti da quelle coinvolte negli eventi. Questo non soltanto presuppone la mancanza di qualsiasi legame gerarchico o istituzionale, ma anche un'indipendenza pratica (*Ramsahai e altri c. Paesi Bassi* [GC], no 52391/99, § 325, CEDH 2007-... ; *McKerr c. Regno Unito*, no 28883/95, § 128, CEDH 2001 III ; *Hugh Jordan c. Regno Unito*, no 24746/94, § 120, CEDH 2001 III ; *Aktaş c. Turchia*, no 24351/94, § 301, CEDH 2003 V). Ciò perché in tali casi *“...è in gioco l'adesione dell'opinione pubblica al monopolio del ricorso alla forza posseduto dallo Stato.”*

L'indagine deve essere effettiva anche nel senso che essa deve permettere di stabilire se il ricorso alla forza fosse giustificato o no nelle circostanze (vedere, per esempio, la sentenza *Kaya succitata*, § 87) e di identificare e sanzionare i responsabili. Si tratta, prosegue la Corte, di un *obbligo di mezzi, non di risultato*. Le autorità devono aver preso tutte le misure ragionevoli a loro disposizione per essere sicure di ottenere prove relative ai fatti in questione, ivi comprese, fra altre, le

---

questa decisione aveva ad oggetto soltanto alcuni aspetti specifici del fascicolo (ossia il fatto che nella motivazione dell'ordinanza del 9 novembre 2004 non si sia tenuto conto della inosservanza da parte di Izzo delle prescrizioni relative al permesso di uscita del 7 novembre 2003 e delle ragioni che avevano portato al suo allontanamento dal penitenziario di Campobasso). In particolare, il CSM non si è pronunciato sul fatto che le dichiarazioni di Biundo e i risultati delle indagini condotte dalla prefettura di Campobasso non fossero state utilizzate per una eventuale revoca della semilibertà, elemento che la Corte ha considerato essenziale nel suo ragionamento relativo alla violazione dell'aspetto sostanziale dell'articolo 2 della Convenzione (precedenti paragrafi 119-120). La denuncia con la quale i ricorrenti evidenziavano queste omissioni è stata archiviata (precedenti paragrafi 64-67 e a carico delle autorità di Campobasso non è stata promosso alcun procedimento disciplinare. 131. Alla luce di quanto detto fin qui, la Corte ritiene che l'azione disciplinare promossa dal ministro della Giustizia non abbia interamente adempiuto l'obbligo positivo dello Stato di accertare l'eventuale responsabilità dei suoi agenti coinvolti nei fatti.”

deposizioni dei testimoni oculari, le perizie e, eventualmente, una autopsia idonea a fornire un resoconto completo e preciso delle ferite e un'analisi obiettiva delle constatazioni cliniche, soprattutto della causa del decesso (riguardo alle autopsie, v. Corte dir.uomo, *Salman c. Turchia* [GC], no 21986/93, § 106, CEDH 2000-VII; riguardo ai testimoni, vedere per esempio *Tanrikulu*, succitata, § 109; riguardo alle perizie, v. *Gül c. Turchia*, no 22676/93, § 89, 14 dicembre 2000).

In caso di forza letale usata nell'ambito di un'operazione di polizia o militare, è poi necessario accertare non solo se il ricorso ad una tale forza fosse legittimo, ma anche se l'operazione controversa fosse delimitata da regole ed organizzata in modo da ridurre il più possibile il rischio di privare della vita le persone interessate (su tale ultimo p.v., *Şimşek e altri c/Turchia*, nn. 35072/97 e 37194/97, § 106, 26 luglio 2005).

La particolare profondità della tutela riconosciuta al diritto alla vita impone, poi, *implicitamente l'esigenza di celerità e di ragionevole diligenza* nella conduzione delle relative investigazioni (*Yaşa c. Turchia*, 2 settembre 1998, §§ 102-104, Recueil 1998 VI ; Cakıcı succitata, §§ 80, 87 e 106 ; Tanrikulu succitata, § 109; Mahmut Kaya c. Turchia, no 22535/93, §§ 106-107, CEDH 2000-III). L'esistenza -possibile o addirittura prevedibile in relazione alla delicatezza delle vicende- di ostacoli o delle difficoltà che impediscono all'indagine di progredire in una situazione particolare non elide la necessità che, in caso di indagine sul ricorso alla forza omicida, vi sia *una rapida risposta delle autorità*, questa dovendosi ritenere *essenziale per preservare la fiducia del pubblico nel rispetto del principio di legalità e per evitare qualsiasi parvenza complicità o tolleranza relativamente ad atti illegali*.

Per le stesse ragioni, secondo la Corte europea il pubblico deve avere un sufficiente diritto di controllo sull'inchiesta o sulle sue conclusioni, di modo che la responsabilità possa essere messa in causa sia in pratica che in teoria. Il richiesto livello di controllo del pubblico può variare da una situazione all'altra. In tutti i casi, tuttavia, i parenti della vittima devono poter partecipare alla procedura nella misura necessaria alla tutela dei loro interessi legittimi.

Per questi motivi il riconoscimento di qualsiasi lacuna dell'indagine che ne indebolisca la sua capacità di stabilire la causa del decesso o le persone responsabili rischia di far concludere che essa non è compatibile con l'art.2 CEDU (Aktaş, succitata, § 300).

### **3.L'intreccio fra diritto alla vita-art.2 CEDU- e autodeterminazione-art.8 CEDU-**

La Corte è stata chiamata a verificare l'idoneità dei sistemi penali nazionali che regolano in vario modo gli effetti prodotti da condotte di "aiuto" a parenti o familiari in gravi condizioni di salute alla commissione di atti suicidari-c.d. suicidio assistito-.

Il caso sicuramente più noto esaminato dalla Corte dei diritti umani è quello *Pretty c.Regno Unito*<sup>12</sup>.

In tale occasione i giudici di Strasburgo hanno affermato taluni principi che possono considerarsi assolutamente fermi e che possono così sintetizzarsi:

- a) la tutela del diritto alla vita, senza il quale il godimento di uno qualsiasi degli altri diritti e libertà garantiti dalla Convenzione sarebbe illusorio, non impone la tutela del *profilo negativo* e dunque non conferisce un diritto diametralmente opposto, vale a dire un diritto di morire, né fa nascere un diritto all'autodeterminazione nel senso che darebbe ad *ogni individuo* il diritto di scegliere la morte piuttosto che la vita»-p.39-;
- b) non è possibile dedurre dall'articolo 2 della Convenzione un diritto di morire, sia per mano di un terzo o con l'assistenza di una pubblica autorità; ciò è confermato del parere nella recente

---

<sup>12</sup> La ricorrente, affetta da SLA che le impediva ogni movimento, aveva maturato il proposito di porre fine alla propria esistenza. Al fine di permettere alla sua cliente di suicidarsi con l'aiuto del marito, l'avvocato della ricorrente, con una lettera del 27 luglio 2001 e scritta in nome della signora Pretty, aveva invitato il Direttore della Pubblica Accusa "Director of Public Prosecutions" (« DPP ») a prendere l'impegno di non incriminare il marito della ricorrente se quest'ultimo, aderendo ai desideri di sua moglie, aiutasse la ricorrente a suicidarsi. Non ottenendo detto assenso, la ricorrente propose ricorso all'autorità giudiziaria inglese che in tutti i suoi gradi lo rigettò.

Raccomandazione 1418 (1999) reso dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa. Nè la liceità di pratiche di suicidio assistito in alcuni dei Paesi contraenti giustifica il riconoscimento del "diritto a morir"-p.41-;

c) non esiste, in relazione alla tutela offerta dall'art.3 CEDU contro i trattamenti degradanti ed offensivi della persona, un obbligo dello Stato di salvaguardare la persona che si trova a dovere subire sofferenze gravi al proprio stato di salute dal pericolo di gravissime sofferenze alle quali lo stesso va incontro a causa della malattia. La Corte, pur riconoscendo la particolare condizione di chi, a causa della malattia, non può commettere un atto suicidiario, ha ritenuto che detta condizione non è tale da esigere dallo Stato un obbligo di consentire a terzi condotte di aiuto al suicidio. Affermare una diversa interpretazione dell'art.3 CEDU significherebbe obbligare lo Stato ad approvare atti volti ad interrompere la vita -p.55-. Pertanto l'articolo 3 della Convenzione non impone allo Stato convenuto nessun obbligo positivo di impegnarsi a non perseguire il marito della ricorrente se aiuta la moglie a suicidarsi o di istituire un sistema legale per qualsiasi altra forma di suicidio assistito;

d) nemmeno può prospettarsi in tali casi una lesione del diritto al rispetto della vita privata e familiare<sup>13</sup>.

La nozione di "vita privata" contemplata dall'art.8 CEDU è talmente ampia, da comprendere l'integrità fisica e morale della persona, gli aspetti dell'identità fisica e sociale di un individuo - identificazione sessuale, nome, orientazione sessuale e vita sessuale - il diritto allo sviluppo personale e il diritto di instaurare e intrattenere relazioni con altri esseri umani e il mondo esterno, al suo interno trova spazio anche il diritto all'autodeterminazione in quanto tale. Secondo la Corte "la facoltà per ognuno di condurre la propria esistenza come vuole può anche includere la possibilità di dedicarsi ad attività fisicamente e moralmente pregiudizievoli o pericolose per la propria persona." In ambito sanitario, il rifiuto di accettare un trattamento particolare potrebbe, inevitabilmente, condurre ad un esito fatale, ma l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente, *se è un adulto e sano di mente*, costituirebbe un attentato all'integrità fisica dell'interessato che può mettere in discussione i diritti protetti dall'articolo 8, paragrafo 1, della Convenzione<sup>14</sup>. Dunque, per la Corte "*un individuo può rivendicare il diritto di esercitare la scelta di morire rifiutando di consentire ad un trattamento che potrebbe avere l'effetto di prolungargli la vita*"- p.64-. Anche la scelta della persona che a causa del carattere devastante di una malattia, desidera attenuare tale sofferenza esercitando una scelta che consiste nel mettere fine alla sua esistenza con l'assistenza del marito merita rispetto secondo la Corte, in quanto "il modo in cui ha scelto ella di trascorrere gli ultimi istanti della sua esistenza fa parte dell'atto di vivere ed ella ha il diritto di chiedere che venga rispettato"- p.64-. Ciò perché "*La dignità e la libertà dell'uomo sono l'essenza stessa della Convenzione. Senza negare in nessun modo il principio della sacralità della vita protetto dalla Convenzione, la Corte rileva che è sotto il profilo dell'articolo 8 che la nozione di qualità di vita si riempie di significato. In un'epoca in cui si assiste ad una crescente sofisticazione della medicina e ad un aumento delle speranze di vita, numerose persone temono di non avere la forza di mantenersi in vita fino ad un'età molto avanzata o in uno stato di grave decadimento fisico o mentale agli antipodi della forte percezione che hanno di loro stesse e della loro identità personale.*"

---

<sup>13</sup> Art.8 CEDU: 1 Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2 Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine o alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

<sup>14</sup> V. anche Corte edu, Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia, 10 giugno 2010, ove si è ritenuto che La libertà di accettare o rifiutare uno specifico trattamento medico, o di scegliere una forma alternativa di trattamento costituisce aspetto essenziale del principio di autodeterminazione e di autonomia personale; ragion per cui un paziente adulto e capace è libero di decidere se sottoporsi a un trattamento chirurgico, di ricevere una trasfusione. Tale libertà è talmente piena da giustificare la possibilità del paziente di fare scelte che siano coerenti con i propri punti di vista e valori, per quanto irrazionali, stolte o imprudenti queste scelte possano apparire ad altri

Tale conclusione non impedisce alla Corte di escludere che il sistema britannico violi l'art.8 nella parte in cui punisce la condotta di aiuto al suicidio.

Non esclude, infatti, che tale disciplina rappresenta un'ingerenza nell'esercizio di un diritto garantito dall'art.8, ma ritiene che la stessa risponda ai criteri che lo stesso art.8 fissa per ritenere giustificata detta ingerenza. Secondo la Corte, infatti, gli Stati hanno il diritto di controllare, tramite l'applicazione del diritto penale generale, le attività pregiudizievoli per la vita e la sicurezza dei terzi (vedi anche la sentenza *Laskey, Jaggard e Brown* precitata, paragrafo 43). *Più grave è il danno subito e maggiore sarà il peso che avranno sulla bilancia le considerazioni di salute e di sicurezza pubblica di fronte al principio concorrente dell'autonomia personale.* Secondo la Corte, "la disposizione legislativa contestata nella fattispecie, vale a dire all'articolo 2 della legge del 1961, è stata concepita per salvaguardare la vita, proteggendo le persone deboli e vulnerabili – specialmente quelle che non sono in grado di adottare decisioni con cognizione di causa – contro gli atti che mirano a porre fine alla vita o ad aiutare a morire. Certamente la condizione delle persone che soffrono di una malattia in fase terminale varia di caso in caso. *Ma molte di tali persone sono fragili, ed è proprio la vulnerabilità della categoria a cui appartengono che fornisce la ratio legis della disposizione in oggetto. Spetta, in primo luogo, agli Stati di valutare il rischio di abuso e le probabili conseguenze degli abusi eventualmente commessi che un'attenuazione del divieto generale di suicidio assistito o la creazione di eccezioni al principio implicherebbe. Esistono rischi manifesti di abuso, nonostante le argomentazioni sviluppate in merito alla possibilità di prevedere barriere e procedure di protezione.*"-p.74-. La natura generale del divieto di suicidio assistito non è dunque sproporzionata.

Alla Corte non sembra arbitrario che il diritto rispecchi l'importanza del diritto alla vita vietando il suicidio assistito e prevedendo un sistema di applicazione e di valutazione da parte della giustizia che consente di valutare in ciascun caso concreto tanto l'interesse pubblico ad avviare un'azione giudiziaria quanto le esigenze giuste e adeguate del castigo e della dissuasione. Né sproporzionato è risultato il rifiuto dell'Autorità inquirente di impegnarsi anticipatamente ad esonerare da ogni azione penale il marito della ricorrente.. Per tali ragioni l'ingerenza in esame è stata ritenuta giustificata in quanto "necessaria, in una società democratica", alla protezione dei diritti altrui<sup>15</sup>.

Ecco, dunque, la dimostrazione di quanto si diceva all'inizio circa la naturale propensione dei diritti, anche quelli considerati come assoluti, a subire operazioni di bilanciamento da parte del giudice- in questo caso della Corte di Strasburgo- sulle quali non si mancherà di tornare.

Per ora appare però utile sottolineare come l'art.8 CEDU contenga altresì una proiezione di natura procedimentale rispetto al diritto all'autodeterminazione, recentemente esplicitata dalla Corte dei diritti umani nel caso *Kock c. Germania- Corte dir. Uomo* 19 luglio 2012-.

La Corte, in questo caso, ha riconosciuto la violazione dell'art.8 in danno del marito di una malata terminale che aveva chiesto di acquistare un farmaco letale per porre fine alle sofferenze del coniuge. Tale rifiuto dei giudici nazionali di esaminare nel merito la domanda del ricorrente integra una violazione del diritto del ricorrente alla tutela della propria vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>16</sup>. La Corte non ha, invece, esaminato nel merito la

---

<sup>15</sup> v. anche le conformi conclusioni espresse da Lord Hope nel giudizio interno: "... Il rispetto della "vita privata" di una persona, la sola parte dell'articolo 8 che è in discussione, si rapporta al modo in cui vive una persona. La maniera in cui una persona decide di finire la propria vita fa parte dell'atto di vivere, e lei ha il diritto di chiedere il rispetto di ciò. A questo riguardo, la signora Pretty possiede un diritto all'autonomia. In questo senso, la sua vita privata si trova in gioco, anche se, confrontata ad una malattia in fase terminale, lei tende a scegliere la morte piuttosto che la vita. Ma cosa diversa è estrapolare da questi termini un'obbligazione positiva di dare attuazione al suo desiderio di mettere fine ai suoi giorni mediante il suicidio assistito. Io penso che ciò sarebbe estendere all'eccesso il senso delle parole."

<sup>16</sup> Corte dir. uomo, 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*: "...La Corte inizierà la sua analisi in base all'aspetto processuale dell'articolo 8 of the Convenzione. La Corte osserva, all'inizio, che sia il Tribunale amministrativo sia la Corte Amministrativa d'Appello hanno rifiutato di esaminare nel merito la richiesta del ricorrente in quanto egli non poteva invocare diritti propri a norma del diritto nazionale e dell'articolo 8 della Convenzione, né aveva egli titolo a proseguire il ricorso della sua defunta moglie dopo la sua morte. Mentre il Tribunale amministrativo di Colonia, in un *obiter dictum*, ha espresso l'opinione che il rifiuto dell'Istituto Federale era stato legittimo e conforme all'articolo 8 della Convenzione (vedi paragrafo 18, supra), né la Corte Amministrativa d'Appello né la Corte Costituzionale Federale

pretesa volta a verificare l'esistenza di una violazione sostanziale dell'art.8 CEDU, ritenendo che il ricorrente non fosse legittimato a far valere tale violazione, afferendo al diritto personale della persona sofferente<sup>17</sup>.

Gli aspetti sostanziali di cui si è appena detto con riguardo all'art.8 CEDU sono stati invece affrontati, peraltro in modo omologo rispetto alla vicenda *Pretty c. Regno Unito*, nel più recente caso *Haas c. Svizzera*-Corte dir. Uomo 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera* (ric. n. 31322/07).

In tale vicenda il ricorrente, affetto da parecchi anni da un grave disturbo di bipolarismo, intendendo porre fine alla propria dolore esperienza, si era rivolto ai sanitari per ottenere una sostanza letale (pentobarbitale sodico) per la quale era necessaria la prescrizione medica senza tuttavia riuscirci. Anche le autorità giudiziarie alle quali si era rivolto il ricorrente avevano rigettato le richieste, ritenendo che il diritto di decidere la propria morte doveva essere distinto dal diritto a ottenere da parte dello Stato o di terzi un'assistenza al suicidio, diritto che non poteva ricavarsi dalla Convenzione.

La Corte europea, condividendo l'impostazione del Tribunale federale elvetico, ha stabilito che la Svizzera non ha violato i diritti di un soggetto al quale era stato impedito di acquistare un farmaco letale per suicidarsi per il quale era necessaria una prescrizione medica.

In diritto – Articolo 8: il diritto di un individuo di decidere in quale modo e in quale momento la sua vita deve terminare, a condizione che egli sia in grado di formare liberamente la propria volontà a questo proposito e di agire di conseguenza, è uno dei corollari del diritto al rispetto della sua vita privata.

Tuttavia, l'oggetto della presente controversia era un altro: si trattava di stabilire se, in base all'art. 8 CEDU, lo Stato avesse l'«obbligo positivo» di fare in modo che il ricorrente potesse ottenere la sostanza che gli avrebbe consentito di togliersi la vita senza dolore e senza rischi d'insuccesso.

A questo proposito, la Corte ha messo in luce che si è ben lontani da un consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa circa il diritto di un individuo di scegliere quando e in che modo terminare la propria esistenza. Se l'assistenza al suicidio è stata depenalizzata (almeno in parte) in diversi Stati membri, la maggior parte di questi sembra dare più peso alla protezione del diritto alla vita delle persone che alla loro possibilità di porvi fine. La Corte ha quindi ritenuto che il margine di apprezzamento degli Stati in questo settore sia considerevole.

I giudici di Strasburgo, se hanno ammesso che il ricorrente può desiderare di volersi suicidare in maniera sicura, dignitosa e senza inutili sofferenze, hanno comunque manifestato la convinzione che la condizione posta dall'ordinamento svizzero (una prescrizione medica) per procurarsi una dose di pentobarbitale sodico avesse uno scopo legittimo: proteggere le persone da decisioni prese

---

avevano esaminato nel merito l'originaria richiesta. 66. La Corte conclude che i giudici amministrativi – nonostante un *obiter dictum* fatto dal giudice di primo grado – hanno rifiutato di esaminare nel merito la doglianza originariamente presentata da B.K. ai giudici nazionali. 67. La Corte osserva inoltre che il Governo non ha eccepito che il rifiuto di esaminare nel merito questa causa fosse necessario per uno degli interessi legittimi di cui all'articolo 8, comma 2. Né può la Corte constatare che l'ingerenza nel diritto del ricorrente servisse uno dei fini legittimi elencati in quel paragrafo.”

68. Segue che vi è stata violazione del diritto del ricorrente di cui all'articolo 8 di vedere la sua richiesta esaminata dai giudici nel merito.”

<sup>17</sup> Cfr. p.69 e 70 sent.*Koch*: “...Quanto all'aspetto sostanziale della doglianza di cui all'articolo 8, la Corte reitera che l'oggetto e il fine che sono alla base della Convenzione, come indicato all'articolo 1, è che i diritti e le libertà dovrebbero essere garantiti dallo Stato Contraente all'interno della sua giurisdizione. È fondamentale per il meccanismo di tutela istituito dalla Convenzione che gli stessi sistemi nazionali forniscano una riparazione alle violazioni delle sue disposizioni, mentre la Corte esercita un ruolo di controllo soggetto al principio della sussidiarietà (compara, tra altri precedenti, *Z. e Altri c. Regno Unito*, ric. n. 29392/95, § 103, CEDU 2001-*V e A. e Altri c. Regno Unito* [GC], n. 3455/05, § 147, CEDU 2009). La Corte ritiene che questo principio sia ancora più pertinente se la doglianza riguarda una questione per cui lo Stato gode di un significativo margine di apprezzamento. La ricerca comparativa dimostra che la maggioranza degli Stati Membri non consente alcuna forma di assistenza al suicidio (compara paragrafo 26, supra e Haas, citato supra, § 55). Solo quattro Stati esaminati consentivano ai medici di prescrivere un farmaco letale per consentire a un paziente di togliersi la vita. Segue che gli Stati Parti della Convenzione sono lungi dall'aver raggiunto un'unanimità a tale riguardo, fatto che indica il considerevole margine di apprezzamento goduto dallo Stato in questo contesto (compara anche Haas, citato supra, § 55).”

precipitosamente e prevenire gli abusi inerenti a un sistema che facilita l'accesso al suicidio assistito.

La Corte europea ha condiviso l'argomentazione del Tribunale federale, secondo la quale il diritto alla vita obbliga gli Stati ad approntare una procedura volta ad assicurare che la decisione di togliersi la vita sia effettivamente corrispondente alla consapevole volontà dell'interessato. L'esigenza della prescrizione medica, rilasciata sulla base di un esame psichiatrico completo, è un mezzo che permette di adempiere a quell'obbligo.

Nel caso di specie, occorre quindi verificare se al ricorrente fosse stato garantito un accesso effettivo a una perizia medica che gli avrebbe consentito di ottenere il pentobarbitale sodico (nel caso contrario, il suo diritto di scegliere il momento e la maniera di morire sarebbe stato meramente teorico e illusorio).

La Corte si è detta non convinta dell'asserzione dell'interessato secondo cui questi sarebbe stato impossibilitato a trovare uno specialista pronto ad assisterlo.

Tenuto conto dell'insieme di queste considerazioni e del margine di apprezzamento del quale dispongono le autorità nazionali in questo campo, la Corte ha giudicato che, anche a supporre che gli Stati abbiano un «obbligo positivo» di adottare delle misure volte ad agevolare chi desidera togliersi la vita, le autorità svizzere non hanno violato quest'obbligo nel caso di specie.

La Corte ha ribadito che rientra nelle prerogative tutelate dall'art 8 CEDU il diritto di un individuo a porre fine alla propria esistenza allorché la scelta sia frutto di una libera e ben ponderata volontà. Tuttavia, i giudici europei hanno ritenuto che il sistema elvetico, nel quale è già consentito il suicidio assistito, non viola la CEDU, anche sottolineando che la legislazione interna *attuava un corretto bilanciamento fra interesse del singolo e bisogni della collettività*, dovendo le autorità del Paese adottare misure che assicurino un accesso controllato a certi farmaci.

#### **4. Dalla dottrina del consenso nella giurisprudenza della Corte dei diritti umani a proposito di vita, morte e... dintorni...**

Il caso *Haas* appena ricordato consente di aprire una parentesi, a sommo avviso di chi scrive assai importante, su una tematica fondamentale per capire il ruolo della Corte dei diritti umani, ma in definitiva della stessa CEDU, nel sistema di protezione di diritti che toccano la persona umana nella sfera etica.

Nell'escludere, infatti, che la legislazione elvetica avesse inciso, vulnerandolo, sul diritto del soggetto a commettere un atto suicidiario, tale conclusione è stata giustificata in relazione all'assenza di *consenso* negli Stati contraenti.

Infatti, la Corte ha osservato che non esiste, allo stato, fra gli Stati membri *un consenso* in ordine al diritto di un individuo di scegliere quando e come porre fine alla propria esistenza.

In Svizzera l'incentivo e l'assistenza al suicidio sono punibili solo quando l'autore di tali atti è stato spinto da motivi egoistici. Nel Benelux è stato depenalizzato l'atto di suicidio assistito solo in circostanze limitate. In altri Paesi sono ammessi solo gli atti di assistenza "passiva", mentre la grande maggioranza degli Stati membri sembra dare più peso alla vita privata dell'individuo ed alla sua scelta personale.

Sulla base di tali considerazioni la Corte ha concluso che il margine di apprezzamento degli Stati membri in questo settore era notevole. Per questo motivo, secondo la Corte, nel bilanciamento tra le conseguenze dolorose che possono derivare a chi fallisce il tentativo di suicidio ed i rischi che possano verificarsi degli abusi correlati all'accesso indiscriminato a farmaci capaci di cagionare la morte da parte di soggetti che possono non essere nelle condizioni per decidere consapevolmente del proprio destino, ha ritenuto immune da vizi la legislazione interna svizzera.

Orbene, la tematica del "consenso" e del margine di apprezzamento riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo ai Paesi contraenti in caso di mancanza di "consenso" incide profondamente sulle modalità da seguire per interpretare la CEDU.

Chiarito, *in limine*, che sulla questione il terreno diventa assai scivoloso, non foss'altro che per la difficoltà di individuare con precisione le modalità di acquisizione degli elementi conoscitivi da parte della Corte europea<sup>18</sup>, le caratteristiche che questo *consenso* deve presentare, l'estensione dello stesso e le sue ricadute<sup>19</sup>, può dirsi, in prima approssimazione, che la dottrina del *consenso* ha l'obiettivo di salvaguardare le tradizioni storico - giuridico - sociali di un Paese aderente alla CEDU al quale viene riconosciuto, anzitutto, il potere di adottare misure limitative di diritti fondamentali, stimando che le autorità nazionali si trovino in una posizione migliore rispetto al giudice europeo per individuare i limiti correlati alla sicurezza nazionale ed alla salute - v. caso *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978 -.

Una seconda categoria riguarda, invece, le questioni di carattere etico, morale o religioso, per le quali non è possibile riscontrare nella legislazione domestica dei vari Paesi contraenti concezioni europee uniformi - si pensi ai casi in tema di moralità<sup>20</sup>, di inizio vita<sup>21</sup>, di aborto<sup>22</sup>, di rilevanza del consenso alla distruzione di embrione da parte del partner della donna<sup>23</sup>, di fine vita<sup>24</sup>, di transessuali<sup>25</sup>, di voto ai prigionieri<sup>26</sup>, di adozione sulla base di kafala vietata in base alla legge di provenienza del minore<sup>27</sup> e di adozione da parte di omosessuale<sup>28</sup>, per i quali non si riscontra un terreno comune e condiviso nei singoli Paesi.

---

<sup>18</sup> Per tale motivo un'apposita Divisione costituita all'interno della Corte europea è istituzionalmente tenuta a compilare, in taluni casi, dei rapporti informativi sulla regolamentazione di una materia all'interno dei singoli Paesi aderenti che viene prima trasmessa al giudice dello Stato contraente che siede alla Corte europea per la valutazione finale di conformità e poi offerta ai giudici che devono decidere il caso presso la singola Camera o presso la Grande Camera. Un ruolo rilevante viene anche attribuito dalle ricerche svolta da ONG che possono in taluni casi intervenire nel procedimento innanzi a Strasburgo - art. 40 dello Statuto della Corte dei diritti umani.

<sup>19</sup> V., di recente, K. DZEHTSIAROU, *Consensus from within the Palace Walls*, in UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper, 17 settembre 2010, n. 40/2010.

<sup>20</sup> Caso *Dudgeon c. Regno Unito* -ric. n. 7525/76-.

<sup>21</sup> Caso *Vo. c. Francia* -ric. n. 53924/00-.

<sup>22</sup> V., da ultimo, Corte dir.uomo 30 ottobre 2012, P e S c. POLONIA: "...While the Court has held that Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to abortion, it has found that the prohibition of abortion when sought for reasons of health and/or well-being falls within the scope of the right to respect for one's private life and accordingly of Article 8 (see A, B and C v. Ireland [GC], no. 25579/05, § 245, 16 December 2010, § 214). In particular, the Court held in this context that the State's obligations include both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals' rights, and the implementation, where appropriate, of specific measures."

<sup>23</sup> In Corte dir. uomo *Evans c. Regno Unito* -ric. n. 6339/05-, a proposito della distruzione di embrioni congelati sulla base del consenso di uno solo dei partners, la CtEDU ebbe a chiarire che "...given the lack of European consensus ..., the fact that the domestic rules were clear and brought to the attention of the applicant and that they struck a fair balance between the competing interests, there had been no violation of Article 8 of the Convention."

<sup>24</sup> Caso *Pretty c. Regno Unito* - ric. n. 2346/02-

<sup>25</sup> Caso *Christine Goodwin c. Regno Unito* (-ric. n. 28957/95-.

<sup>26</sup> Caso *Hirst c. Regno Unito* -ric. n.74025/01-.

<sup>27</sup> Corte dir.uomo, 4 ottobre 2012, *Harroudj c. Francia*, ric.43631/09, p.44: "...La marge d'appréciation dont disposent les Etats contractants est de façon générale ample lorsque les autorités publiques doivent ménager un équilibre entre les intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il n'existe pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger

<sup>28</sup> In *Fretté c. France* - ric. n. 36515/97- § 41, la CtEDU ebbe a precisare che "It is indisputable that there is no common ground on the question. Although most of the Contracting States do not expressly prohibit homosexuals from adopting where single persons may adopt, it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States uniform principles on these social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. The Court considers it quite natural that the national authorities, whose duty it is in a democratic society also to consider, within the limits of their jurisdiction, the interests of society as a whole, should enjoy a wide margin of appreciation when they are asked to make rulings on such matters. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. Since the delicate issues raised in the case therefore touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage, a wide margin of appreciation must be left to the authorities of each State ... *This margin of*

Recenti sono le pronunzie rese dalla CtEDU in materia di fecondazione eterologa<sup>29</sup> e di matrimonio fra persone dello stesso sesso, decise in entrambe le occasioni facendo espresso riferimento alla *dottrina del consenso* e facendone derivare conseguenze differenti.

### **5.Corte dir. uomo, 1 aprile 2010, S.e H. c.Austria e Corte dir. Uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, S.e H. c.Austria .**

La Corte europea è stata chiamata a decidere due ricorsi presentati da due coppie che non avevano potuto fare ricorso, in Austria, a pratiche di fecondazione eterologa<sup>30</sup>.

In particolare, nella prima coppia la donna soffriva di sterilità tubarica ed il marito era pure infertile-rendendo necessaria la fecondazione *in vitro* con ricorso alla donazione di spermatozoi -, mentre nella seconda il marito non aveva problema di fertilità ma la moglie era totalmente infertile(non producendo ovuli)-pur avendo un normale sviluppo uterino-, sicchè l'unica possibilità di procreazione della coppia era legata alla fecondazione *in vitro* con ricorso alla donazione di ovuli di una donatrice.Il desiderio dei due coppie di procreare si scontrò, però, con il divieto di fecondazione eterologa sancito dalla legge austriaca sulla procreazione artificiale.

I quattro ricorrenti avevano peraltro lamentato innanzi alla Corte costituzionale che il divieto previsto dalla legislazione nazionale incideva sul loro diritto a procreare.Infatti, nel primo caso era contemplato uno specifico divieto di fecondazione *in vitro* mediante l'uso di sperma del donatore-ammesso dalla legislazione interna nel caso di fecondazione *in vivo*-, mentre nel secondo la tecnica dell'embrio trasfert attraverso l'impianto in utero di un ovocita di una donatrice fecondato dallo spermatozoo del marito incontrava analogo divieto nella legge anzidetta.

La Corte costituzionale austriaca aveva però disatteso le doglianze dei ricorrenti – fondate sulla violazione degli artt.8 e 12 CEDU e sull'art.7 della Costituzione-.Secondo quel giudice

---

*appreciation should not, however, be interpreted as granting the State arbitrary power, and the authorities' decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of Article 14 of the Convention."*

<sup>29</sup> Corte dir.uomo, 1 aprile 2010, S. H. e altri c. Austria, - ric. n. 57813/00 - ha ritenuto che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di fare uso di procreazione medicalmente assistita per tal fine rientra nella sfera di applicazione dell'articolo 8, in quanto tale scelta è chiara espressione della vita privata e familiare-p.60-. Si trattava, a questo punto, di verificare se i divieti introdotti nella legislazione austriaca che impedivano alle due coppie ricorrenti di soddisfare il loro desiderio di avere un figlio potessero reggere al vaglio di razionalità imposto dal rispetto del principio di non discriminazione ed in particolare di capire se la diversità di trattamento perseguiva obiettivi legittimi ed era proporzionata e giustificata, tenendo in considerazione non solo la giurisprudenza CEDU, ma soprattutto la circostanza che la Convenzione è uno strumento vivo, da interpretare alla luce delle condizioni attuali. Nel compiere tale indagine la Corte è partita dalla considerazione che gli Stati contraenti godono di un margine di apprezzamento per valutare se e in quale misura le differenze in situazioni altrimenti simili possono giustificare un trattamento diverso. E fin qui la Corte esclude la correttezza dell'assunto dei ricorrenti favorevole a ritenere che a causa della particolare importanza del diritto di fondare una famiglia e il diritto alla procreazione, gli Stati contraenti non godevano di alcun margine di apprezzamento nella disciplina di tali questioni. Anzi, è la Corte a riconoscere che il legislatore austriaco, nel definire il quadro della procreazione artificiale e le tecniche ammesse aveva a disposizione un margine di apprezzamento particolarmente ampio per valutare se una disparità di trattamento in situazioni altrimenti simili perseguisse uno scopo legittimo-p. 67-.

<sup>30</sup> Sembra utile ricordare che la procreazione assistita- o fecondazione artificiale- è l'insieme delle tecniche che permettono di ovviare a stati patologici che ostacolano la fertilità o sterilità della persona. Per *sterilità* si intende l'incapacità di concepire e fecondare dovuta a vari fattori, collegati per lo più alla mancata produzione di cellule geminali, allo stato patologico di queste ultime ovvero a malformazioni o processi infiammatori delle vie genitali. Il concetto di *infertilità* è invece collegato all'incapacità della donna di condurre a termine una gravidanza, pur essendo la donna biologicamente capace di concepire. Nel procedimento di *fecondazione*- costituito dall'unione fra l'ovocita - o gamete femminile- e lo spermatozoo- o gamete maschile- si distingue l'inseminazione *in vivo* -che si produce iniettando gli spermatozoi in utero, sicchè l'incontro con l'ovulo avviene in modo naturale- dalla fecondazione *in vitro* -detta FIVET, *Fertilizzazione In Vitro con Embryo Transfer*-, nella quale il contatto fra spermatozoi ed ovocita avviene in provetta e l'*embrione* - uovo fecondato dal concepimento all'VIII settimana- che si produce viene successivamente trasferito in utero-. Al concetto di *fecondazione omologa*- nella quale l'ovulo e lo spermatozoo appartengono alla coppia- si contrappone quello di *fecondazione eterologa*- nel quale l'ovulo o lo spermatozoo appartengono ad un donatore estraneo alla coppia.



costituzionale il parametro dell'art.8 CEDU- pur correttamente richiamato dai ricorrenti ancorchè non vi fosse un diritto vivente in materia da parte della Corte europea- non poteva dirsi vulnerato in quanto la legislazione austriaca aveva cercato di trovare un giusto equilibrio fra i concorrenti valori in campo- dignità umana, diritto alla procreazione e interesse superiore del minore- .Secondo questa prospettiva solo il metodo della fecondazione omologa era in grado di salvaguardare il concetto tradizionale di concepimento naturale, impedendo la creazione di relazioni personali inusuali con soggetti diversi dalla madre biologica, evitando il rischio di sopraffazione della donna e salvaguardando i valori etici e morali della società. Il compromesso raggiunto dal legislatore austriaco, che pure riduceva il rischio di commercializzazione e di riproduzione selettiva e salvaguardava il desiderio delle coppie di avere un figlio ammettendo la fecondazione *in vivo* con donazione di sperma, era peraltro pienamente corrispondente a ciò che in quel momento storico la società e la scienza medica ritenevano, nulla vietando che in futuro lo stesso legislatore avrebbe potuto prendere in considerazione ulteriori sviluppi.

Né tali scelte normative si ponevano in contrasto il divieto di discriminazione ammettendo la fecondazione omologa poiché la differenza di trattamento era giustificata visto che le obiezioni al metodo della fecondazione eterologa non potevano porsi nei confronti della fecondazione omologa e che la possibilità di donazione dello sperma- a differenza della donazione di ovociti- non creava alcuna discriminazione non sussistendo alcun rischio di creazione di relazioni inusuali idonee ad incidere sul benessere del futuro bambino che si sarebbero invece create per effetto dell'inseminazione eterologa.

E' in questo contesto che si inseriva la decisione della Corte europea.

Come già accennato, i parametri richiamati dai ricorrenti erano gli artt.8 e 14 CEDU.

L'approccio seguito dalla Corte nell'esaminare la conformità della legislazione austriaca agli artt.8 e 4 CEDU merita di essere attentamente valutato.

Il giudice di Strasburgo muove, infatti, da un approccio comparatistico - nel quale è pure compreso il documento "La procreazione medicalmente assistita e la tutela dello studio dell'embrione umano in 39 Stati membri", osservando che il trattamento IVF è regolato dalla legislazione primaria o secondaria in diversi Paesi contraenti e che possono isolarsi sette diverse pratiche suscettibili di sussumersi nel concetto di procreazione medicalmente assistita: a) fecondazione artificiale all'interno di una coppia; b) fecondazione in vitro all'interno di una coppia; c) fecondazione artificiale con: c1) donatore di seme; c2) donazione di ovuli; c3), donazione di ovuli e di sperma; c4) donazione di embrioni; d) intracitoplasmatica Sperm Injection (procedura di fecondazione in vitro in cui si inietta un singolo spermatozoo direttamente in un uovo). La donazione di sperma è attualmente vietata in Italia, Lituania e Turchia che pure vietano la fecondazione assistita eterologa. La donazione di ovuli risulta vietata in Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera, oltre ai tre paesi già ricordati.

Fatte le superiori premesse, il giudice europeo ha passato in rassegna le difese dei ricorrenti, del Governo austriaco e di quello tedesco che addirittura sancisce la rilevanza penale della condotta di donazione di ovulo femminile.

Il Governo austriaco, in particolare, aveva incentrato il suo ragionamento sull'insussistenza di ragioni discriminatorie fra il trattamento riservato dalla legge nazionale ai casi evocati dai quattro ricorrenti e le ipotesi lecite di procreazione assistita. Per far ciò sostenne che gli Stati contraenti godevano di un certo margine di apprezzamento nel valutare se e in quale misura le differenze in situazioni altrimenti simili giustificavano diversi trattamenti in diritto. Ora, il divieto di fecondazione in vitro con sperma od ovuli da un donatore era oggettivamente e ragionevolmente giustificato oltretutto proporzionato, perseguendo il legittimo obiettivo di tutelare la salute e il benessere delle donne e dei bambini interessati, nonché la salvaguardia etica generale e dei valori morali della società. La legislazione austriaca, in questa prospettiva, avrebbe tenuto conto di tutti gli interessi in gioco, raggiungendo un giusto equilibrio in un settore controverso, tenendo conto della dignità umana, del benessere del bambino e del diritto alla procreazione evitando altresì lo sfruttamento e l'umiliazione delle donne- soprattutto di quelle economicamente svantaggiate- ed

evitando la divisione della maternità genetica da quella biologica, con pericolose ripercussioni sul sano sviluppo del minore.

Il governo tedesco sosteneva, per suo conto, la piena legittimità della normativa interna secondo la quale costituiva fatto penalmente rilevante la condotta di inserimento in utero di un uovo prodotto da una donatrice. Secondo questa prospettiva tale divieto intendeva tutelare un principio universale e risalente, fondato sul consenso sociale che evitava, peraltro spiacevoli reazioni della madre biologica allorchè questa avesse conosciuto eventuali malformazioni o malattie del figlio.

La Corte ha ritenuto di dovere esaminare autonomamente i due ricorsi proposti dalle due coppie riconoscendo, in termini generali, la rilevanza dell'art.8 CEDU che comprende nella nozione di "vita privata" il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani, il diritto di autodeterminazione, il diritto al nome, all'identificazione di genere, il diritto all'orientamento sessuale ed alla vita sessuale.

In questa prospettiva, il giudice europeo ha ritenuto che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di fare uso di procreazione medicalmente assistita per tal fine rientra nella sfera di applicazione dell'articolo 8, in quanto tale scelta è chiara espressione della vita privata e familiare- p.60-

Si trattava, a questo punto, di verificare se i divieti introdotti nella legislazione austriaca che impedivano alle due coppie ricorrenti di soddisfare il loro desiderio di avere un figlio potessero reggere al vaglio di razionalità imposto dal rispetto del principio di non discriminazione ed in particolare di capire se la diversità di trattamento perseguiva obiettivi legittimi ed era proporzionata e giustificata, tenendo in considerazione non solo la giurisprudenza CEDU, ma soprattutto la circostanza che la Convenzione è uno strumento vivo, da interpretare alla luce delle condizioni attuali.

Nel compiere tale indagine la Corte è partita dalla considerazione che gli Stati contraenti godono di un margine di apprezzamento per valutare se e in quale misura le differenze in situazioni altrimenti simili possono giustificare un trattamento diverso. Fin qui la Corte esclude la correttezza dell'assunto dei ricorrenti favorevole a ritenere che a causa della particolare importanza del diritto di fondare una famiglia e il diritto alla procreazione, gli Stati contraenti non godevano di alcun margine di apprezzamento nella disciplina di tali questioni. Anzi, è la Corte a riconoscere che il legislatore austriaco, nel definire il quadro della procreazione artificiale e le tecniche ammesse aveva a disposizione di un margine di apprezzamento particolarmente ampio per valutare se una disparità di trattamento in situazioni altrimenti simili perseguisse uno scopo legittimo-p.67- proprio per l'assenza di un *common ground* in materia all'interno delle legislazioni dei Paesi contraenti ed anzi per l'esistenza, all'interno di 39 fra gli Stati aderenti, di una grande varietà di tecniche ammesse o proibite (già sopra ricordate) e la rilevanza, in materia, di delicate questioni morali ed etiche in un contesto di rapida evoluzione sviluppi medici e scientifici.

In definitiva la Corte riconosceva agli Stati un ampio margine di manovra dello Stato in ordine all'*an* ed al *quomodo* delle scelte, al fine di realizzare un equilibrio tra gli interessi in competizione. Ma tale margine di apprezzamento non esimeva la Corte dal valutare se la soluzione adottata sia conforme alla CEDU e se gli argomenti utilizzati nel corso del corso dell'iter legislativo per giustificare la disparità di trattamento in questione sono pertinenti e sufficienti.

La Corte ha quindi ritenuto che il governo austriaco non aveva offerto una giustificazione ragionevole ed obiettiva per la disparità di trattamento tra il terzo e quarto ricorrente, ai quali, a causa del divieto di donazione di ovuli per la procreazione artificiale, ai sensi del punto 3 della legge sulla procreazione artificiale, era stato impedito di soddisfare il desiderio di un bambino. Da qui la violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 per quanto riguarda il terzo e quarto ricorrente.

Ad analoghe conclusioni la Corte giungeva esaminando il ricorso del dei due ricorrenti- donna infertile e marito sterile) e valutando come incongrua – ed inadeguati gli argomenti esposti dal governo austriaco - la disparità di trattamento correlata alla legge austriaca che escludeva la

possibilità di donazione per la fecondazione *in vitro*, consentendo solo la donazione di sperma per la fecondazione in vivo.

Ma tale margine di apprezzamento, nella decisione appena ricordata, non ha impedito alla Corte di valutare se la soluzione adottata fosse conforme alla CEDU e se gli argomenti utilizzati nel corso del corso dell'iter legislativo per giustificare la disparità di trattamento in questione fossero pertinenti e sufficienti.

Tale posizione è stata capovolta dalla Grande Camera della Corte europea –Corte dir. uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011- che, intervenendo su impulso del Governo austriaco e ribaltando la decisione dell'aprile 2010, ha escluso la violazione reclamata dai ricorrenti.

Qui interessa sottolineare, ancora una volta, il ruolo giocato dal “consenso”.

Infatti, il Governo italiano, che questa volta è intervenuto nel procedimento, aveva evocato l'assenza di regolamentazione uniforme proprio per sollecitare una revisione della decisione adottata dalla Camera<sup>31</sup>.

La Corte europea, dopo avere riconosciuto che “il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 8, in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare” richiama espressamente l'assenza di consenso ed il notevole margine di discrezionalità degli Stati su temi etici per escludere il contrasto della legge austriaca con l'art.8 CEDU<sup>32</sup>.

Per fare ciò i giudici di Strasburgo hanno proceduto ad un esame comparatistico delle legislazioni europee<sup>33</sup> ed hanno dato di un progressivo allargamento in Europa del fronte favorevole alla

---

<sup>31</sup> cfr. Corte dir. uomo, 3 novembre 2001, S.e H.c. Austria, p.73: “...Secondo il Governo italiano, l'articolo 8 non tutela il diritto delle persone o delle coppie a concepire un bambino e ad utilizzare la procreazione medicalmente assistita a tal fine. Non vi è, pertanto, un obbligo positivo per gli Stati contraenti di rendere disponibile alle coppie sterili tutte le tecniche mediche di procreazione esistenti. L'assenza di un consenso europeo sulla procreazione medicalmente assistita ha conferito agli Stati Contraenti un ampio margine di discrezionalità, permettendo loro di adottare decisioni sulle proprie scelte politiche in relazione a una materia così complessa da avere implicazioni scientifiche, giuridiche, etiche e sociali a lungo termine. La fecondazione in vitro, che ha avuto un effetto diretto sulla vita umana e sulle fondamenta della società, è chiaramente un materiale altamente sensibile rispetto al quale nessun consenso europeo era stato espresso.”

<sup>32</sup> Cfr. p.94 sent. ult.cit.: “...94. La Corte ricorda che nel determinare l'ampiezza del margine di discrezionalità di cui godono gli Stati nel decidere le cause ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione è necessario prendere in considerazione diversi fattori. Laddove un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo sia in gioco, il margine consentito allo Stato è di norma limitato (si veda Evans, sopra citato, § 77 e le cause ivi citate). Laddove, tuttavia, non esiste alcun consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, sia per ciò che riguarda l'importanza relativa degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli, in particolare laddove la causa sollevi questioni di sensibilità morale o etica, il margine è più ampio (si veda la causa Evans, sopra citato, § 77; la causa X. Y. e Z. c. Regno Unito, sopra citato, § 44; la causa Frette c. Francia, n. 36515/97, § 41, CEDU 2002-I; la causa Christine Goodwin c. Regno Unito [GC], n. 28957/95, § 85, CEDU 2002 VI; e la causa A. B. e C. c. Irlanda, sopra citata, § 232). Grazie al loro diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro Paesi, le autorità dello Stato sono, in linea di massima, in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per pronunciarsi non solo “sull'esatto contenuto dei requisiti della morale” nel loro paese, ma anche sulla necessità di una limitazione destinata a dar loro una risposta (si veda la causa A. B. e C. c. Irlanda, ibidem, con ulteriori riferimenti). Di norma vi è un ampio margine di discrezionalità se allo Stato è richiesto di stabilire un armonioso equilibrio tra opposti interessi privati e pubblici o tra diritti tutelati dalla Convenzione (si veda la causa Evans, sopra citata, § 77, e la causa Dickson, sopra citata, § 78).”

<sup>33</sup> Cfr. p.95 sent. ult.cit.: “...95. A tal riguardo, la Corte osserva che, secondo la “Procreazione medicalmente assistita e lo Studio Comparato sulla Protezione dell'Embrione Umano relativamente alla situazione in 39 Stati” compilato dal Consiglio d'Europa nel 1998 sulla base delle risposte degli Stati Membri del Consiglio d'Europa al Comitato Direttivo sulla Bioetica, la donazione di ovuli era espressamente vietata in Austria, Germania, Irlanda, Norvegia, Slovacchia, Slovenia, Svezia e Svizzera e la donazione di sperma in Austria, Germania, Irlanda, Norvegia, e Svezia. Attualmente, la donazione di sperma è vietata, oltre che in Austria, solamente in tre Paesi: Italia, Lituania e Turchia, mentre la donazione di ovuli è vietata in tali Paesi e in Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera. Tuttavia, la legislazione in questo campo, qualora ne esistesse una, varia considerevolmente. Mentre la procreazione medicalmente assistita è regolata in modo dettagliato in alcuni Paesi, essa lo è solo in una certa misura in altri Paesi ed in altri ancora non lo è affatto.”

fecondazione in vitro<sup>34</sup>. Tuttavia, questa evoluzione non abilita a ritenere il contrasto delle scelte adottate dal legislatore austriaco con il quadro dei valori tutelati a livello convenzionale<sup>35</sup>. Certo, a questo punto il giudice europeo avverte la preoccupazione di rimanere “fuori” dal controllo delle scelte legislative e per questo cerca comunque di ritagliarsi uno spazio di operatività<sup>36</sup>. Esaminando il caso della donazione di ovuli, la Corte ha quindi riconosciuto che *“il campo della procreazione artificiale conosce una evoluzione particolarmente rapida sia dal punto di vista scientifico sia nella regolamentazione delle sue applicazioni mediche. E’ per questa ragione che è particolarmente difficile stabilire una solida base per valutare la necessità e adeguatezza di misure legislative, le cui conseguenze potrebbero divenire ovvie solamente dopo un considerevole lasso di tempo. E’ quindi comprensibile che gli Stati trovino necessario agire con particolare cautela nel campo della procreazione artificiale.”* Ma questa valutazione è rimasta, ancora una volta, condizionata dalla rilevanza etica della questione e dall’assenza di consenso a livello europeo<sup>37</sup>.

## **6. A che serve la dottrina del consenso?**

Corte dir. uomo, 24 giugno 2010, *S. e K. c. Austria* ( ric. n. 30141/04) ha ritenuto che proprio l’assenza di consenso sul delicato tema dei matrimoni fra coppie omosessuali, rendeva la legislazione austriaca - omologa sul punto a quella italiana (esaminata da Corte cost. n. 138/2010) immune dal controllo ai sensi dell’art.12 CEDU.

Tale disposizione, che pure andava riletta alla luce dell’art. 9 della Carta di Nizza, non poteva tuttavia giustificare la tesi dei ricorrenti in quanto l’assenza di consenso in materia fra i Paesi contraenti ampliava il margine di apprezzamento dei singoli Stati e non consentiva una lettura della disposizione convenzionale tale da ritenere esistente un diritto delle coppie omosessuali a contrarre matrimonio.

---

<sup>34</sup> Cfr.p. 96 set.ult.cit.: “...La Corte concluderebbe che vi è ora una chiara tendenza nella legislazione degli Stati contraenti verso l’approvazione della donazione di gameti per la fecondazione in vitro, tendenza che rispecchia un emergente consenso europeo.

<sup>35</sup> Tale emergente consenso non è, tuttavia, basato su principi consolidati stabiliti nel diritto degli Stati membri ma riflette piuttosto una fase di sviluppo all’interno di un campo del diritto particolarmente dinamico, e non limita in modo decisivo il margine di discrezionalità dello Stato. □97. Poiché l’utilizzo della fecondazione in vitro ha sollevato e continua a sollevare questioni delicate di ordine etico e morale che rientrano in un contesto di progressi rapidissimi in campo medico e scientifico, e poiché le questioni sollevate dalla presente causa vertono su aree in cui non vi è ancora una omogeneità tra gli Stati membri, la Corte ritiene che il margine di discrezionalità di cui deve disporre lo Stato convenuto sia ampio (si veda la causa X Y e Z c. Regno Unito, sopra citata, § 44). In linea di massima, il margine dello Stato si estende sia alle sue decisioni di legiferare in materia che, eventualmente, alle regole dettagliate da esso previste ai fini di un equilibrio tra gli opposti interessi pubblici e privati (si veda la causa Evans, sopra citata § 82).

<sup>36</sup> Cfr.p.97 sent. Cit.: “...Tuttavia, questo non significa che le soluzioni del legislatore non possano essere soggette ad analisi della Corte. Spetta alla Corte esaminare attentamente gli argomenti presi in considerazione nel corso del processo legislativo che hanno condotto alle scelte fatte dal legislatore e determinare se un armonioso equilibrio sia stato stabilito tra gli opposti interessi dello Stato e quelli di coloro che sono direttamente toccati da tali scelte legislative.

<sup>37</sup> Cfr.p. 106 e 107 sent.: “...106. La Corte ammette che il legislatore austriaco avrebbe potuto concepire un diverso quadro giuridico per la regolamentazione della procreazione artificiale che avrebbe consentito la donazione di ovuli. A tal riguardo nota che quest’ultima soluzione è stata adottata in diversi Stati membri del Consiglio d’Europa. Tuttavia, il fulcro della questione secondo il disposto dell’articolo 8 della Convenzione non è se una diversa soluzione avrebbe potuto essere adottata dal legislatore che avrebbe presumibilmente stabilito un più armonioso equilibrio, ma se, nello stabilire un armonioso equilibrio al punto in cui lo ha fatto, il legislatore austriaco sia andato oltre il margine di discrezionalità di cui godeva ai sensi di detto articolo (si veda la causa Evans, sopra citata, § 91). Per risolvere tale questione, la Corte ha attribuito una certa importanza, come sopra evidenziato, al fatto che non esiste un solido consenso in Europa sulla questione di stabilire se la donazione di ovuli per la fecondazione in vitro debba essere consentita. □107. A tal riguardo, la Corte osserva inoltre che i soli strumenti a livello europeo che trattano la questione della donazione di ovuli per la procreazione artificiale sono i principi adottati dal comitato ad hoc di esperti sul progresso in scienze biochimiche del 1989, di cui l’undicesimo stabilisce che, in linea di principio, la fecondazione in vitro deve essere effettuata con i gameti della coppia. La Convenzione sui Diritti dell’Uomo e Biomedicina del 1997 e il suo Protocollo Addizionale del 2002 non si esprimono sulla questione. La Direttiva 2004/23/CE dell’Unione Europea prevede esplicitamente che “tale Direttiva non dovrebbe interferire con le decisioni degli Stati Membri riguardanti l’utilizzo o non utilizzo di qualsiasi tipo specifico di cellule umane, ivi comprese cellule germinali e cellule staminali embrionali”.”

L'assenza di tale approccio comune, attraverso un'operazione di *self-restraint* della Corte europea, lascia dunque spazio ad un potere di apprezzamento da parte dei singoli Paesi sulle stesse questioni<sup>38</sup> che ancora di recente la Corte europea mostra di tenere presente in tema di aborto<sup>39</sup>. Altre volte, l'esame comparatistico della Corte, dal quale è emersa la peculiarità del sistema normativo interno, ha indotto la Corte a ritenere di potere verificare l'esistenza della violazione anche in casi eticamente sensibili. Proprio nei confronti dell'Italia si iscrive la vicenda *Costa e Pavan c. Italia*-Corte dir. uomo 28 agosto 2012, ric.54270/2010- nella quale la Corte, dopo avere riconosciuto che "il desiderio dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori sani e di ricorrere, a tal fine, alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto rientra nel campo della tutela offerta dall'articolo 8. Una tale scelta costituisce, infatti, una forma di espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti", ha ritenuto comunque di potere verificare la violazione<sup>40</sup>.

Questo, agli occhi della Corte, non vuol dire abdicare al proprio ruolo di garante dei diritti umani in favore delle istituzioni nazionali, ma significa soltanto riservarsi il potere di "...ricercare se le misure adottate a livello nazionale si giustificano nel loro principio e sono proporzionate. Per delimitare l'ampiezza di questo margine di valutazione, la Corte tiene conto della posta in gioco, cioè la protezione dei diritti e libertà altrui, gli imperativi dell'ordine pubblico, la necessità di mantenere la pace civile ed un vero pluralismo religioso, indispensabile per la sopravvivenza di una società democratica."<sup>41</sup>

In definitiva, tale dottrina si spiega evidenziando che al crescere del consenso rispetto ad una questione corrisponde un sindacato estremamente incisivo della Corte dei diritti umani per valutare la compatibilità dell'interferenza introdotta dallo Stato in difformità dalla regolamentazione uniforme raggiunta a livello europeo.

---

<sup>38</sup> E' prevalente nella giurisprudenza CtEDU l'affermazione che la mancanza di consenso all'interno dei singoli Stati in ordine ad una materia legittima un ampio margine di apprezzamento in favore dei singoli contraenti. Nel caso *Odièvre c. France*, la Corte europea precisava, infatti, che "[M]ost of the Contracting States do not have legislation that is comparable to that applicable in France, at least as regards the child's permanent inability to establish parental ties with the natural mother if she continues to keep her identity secret from the child she has brought into the world. However, ... some countries do not impose a duty on natural parents to declare their identities on the birth of their children and ... there have been cases of child abandonment in various other countries that have given rise to renewed debate about the right to give birth anonymously. In the light not only of the diversity of practice to be found among the legal systems and traditions but also of the fact that various means are being resorted to for abandoning children, the Court concludes that States must be afforded a margin of appreciation to decide which measures are apt to ensure that the rights guaranteed by the Convention are secured to everyone within their jurisdiction."

<sup>39</sup> Cfr. Corte dir.uomo, 30 ottobre 2012, *P.S. c. Polonia*, p.97, cit.: "...The Court has already found that there is indeed a consensus amongst a substantial majority of the Contracting States of the Council of Europe towards allowing abortion and that most Contracting Parties have in their legislation resolved the conflicting rights of the foetus and the mother in favour of greater access to abortion (see **(A, B and C v. Ireland [GC]**, cited above, §§ 235 and 237). In the absence of such a common approach regarding the beginning of life, the examination of national legal solutions as applied to the circumstances of individual cases is of particular importance for the assessment of whether a fair balance between individual rights and the public interest has been maintained".

<sup>40</sup> "...Pur riconoscendo che la questione dell'accesso alla diagnosi preimpianto suscita delicati interrogativi di ordine morale ed etico, la Corte osserva che la scelta operata dal legislatore in materia non sfugge al controllo della Corte (si veda, *mutatis mutandis*, S.H., sopra citata, § 97). □69. Nella fattispecie, la Corte rammenta che, a differenza della causa S.H. (sopra citata), in cui essa è stata chiamata a valutare la compatibilità della legislazione austriaca, recante divieto di fecondazione eterologa, con l'articolo 8 della Convenzione, nel presente caso, riguardante una fecondazione omologa, la Corte ha il compito di verificare la proporzionalità della misura controversa a fronte del fatto che ai ricorrenti è aperta la via dell'aborto terapeutico (si veda il paragrafo 60 supra). □70. Si tratta quindi di una situazione specifica che, stando ai dati di diritto comparato in possesso della Corte, riguarda, oltre all'Italia, solo due dei trentadue Stati oggetto di esame: l'Austria e la Svizzera. Per giunta, in quest'ultimo Stato è attualmente all'esame un progetto di modifica della legge inteso a sostituire il divieto di diagnosi preimpianto, come attualmente previsto, con un'ammissione controllata".

<sup>41</sup> Corte dir. uomo 26 settembre 1996, *Manoussakis ed altri c. Grecia* - ric. 18748/91- § 44.

Per converso, l'assenza di tale condivisione sui grandi temi etico -sociali riduce l'ambito di operatività della Corte ad un controllo *minimale*, espandendo il sindacato delle autorità nazionale - espresso attraverso il loro margine di apprezzamento - e, conseguentemente, l'ambito delle interferenze introdotte a livello statale. Ciò che ha fatto dire che il margine di apprezzamento è complementare al consenso, nel senso che ad un margine di apprezzamento lieve corrisponderà un consenso ampio, e viceversa.

Agli occhi della Corte, il *common ground* si collega intimamente alla possibilità di dare alla CEDU una lettura evolutiva, sicchè in assenza del consenso tale interpretazione non deve ritenersi possibile<sup>42</sup>.

Esaminando i dati virtuosi di tale dottrina<sup>43</sup>, può dirsi che ad essa è sottesa, per un verso, la consapevolezza che un valore fondamentale vive in funzione dell'epoca nella quale è chiamato ad operare e, dunque, in ragione del *consenso* che sullo stesso si riscontra, di guisa che l'accresciuta sensibilità rispetto ad un valore finisce col giustificare l'innalzamento del suo livello di protezione anche nei confronti di chi non ha spontaneamente aderito alla manifestazione espressa dalla maggioranza<sup>44</sup>.

Una simile impostazione guarda con favore all'interpretazione evolutiva di un valore fondamentale da parte di chi è chiamato ad individuarne le portate, marginalizzando una visione "fissa" dei valori e del loro grado di protezione.

---

<sup>42</sup> Cfr. Corte dir. uomo, 24 giugno 2010, *S. e K. c. Austria*, cit., p. 46: "... Quantunque la Corte abbia spesso sottolineato che la Convenzione era uno strumento vivente che doveva essere interpretato alle condizioni attuali, essa ha solo usato tale approccio per sviluppare la sua giurisprudenza quando ha percepito una convergenza di standard tra gli Stati Membri.."

<sup>43</sup> Per cui v. J. Murray, *Consensus: concordance, or hegemony of the majority?*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>44</sup> Questi principi sono stati espressi recentemente da Corte dir. uomo, 27 ottobre 2009, *Bayatian c. Armenia*, ove a conferma del carattere dinamico della CEDU e delle necessità di vagliare le diverse sensibilità esistenti all'interno dei Paesi aderenti si legge, proprio in una vicenda in cui si discuteva della conformità a CEDU di un'obiezione di coscienza fondata su motivi religiosi, al par. 62 che "*The Court reiterates that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (Tyrer v. the United Kingdom, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, § 31). It is legitimate when deciding whether a certain measure is acceptable under one of its provisions to take account of the standards prevailing amongst the member States of the Council of Europe (see T. v. the United Kingdom, no. 24396/94, § 24724/94, 16 December 1999)*". In quella circostanza, il giudice europeo ritenne peraltro che la mancata previsione di un sistema alternativo all'obbligo del servizio militare, pur previsto in altri Paesi contraenti, non potesse risultare tale da giustificare una rivisitazione della giurisprudenza espressa in materia della Corte europea. V., a proposito delle discriminazioni fra uomo e donna in tema di benefici per la maternità, Corte dir. uomo, 7 ottobre 2010, *Konstantin Markin c. Russia*, § 49: "...The Court notes that, in the *Petrovic v. Austria* case, a distinction on the basis of sex with respect to parental leave allowances was found not to be in violation of Article 14. In that case a broad margin of appreciation was granted to the respondent State because of the great disparity in the 1980s between the legal systems of the Contracting States in the sphere of parental benefits. The Court held that at the material time there was no European consensus in this field, as the majority of Contracting States did not provide for parental leave or related allowances for fathers (see *Petrovic*, cited above, §§ 38 to 42). However, in the more recent case of *Weller v. Hungary* the Court took a step away from the approach adopted in the *Petrovic* case and found that the exclusion of natural fathers from the entitlement to receive parental allowances, when mothers, adoptive parents and guardians were entitled to them, amounted to discrimination on the ground of parental status (see *Weller*, cited above, §§ 30 to 35). It is also significant that since the adoption of the judgment in the *Petrovic* case the legal situation as regards parental leave entitlements in the Contracting States has evolved. In an absolute majority of European countries the legislation now provides that parental leave may be taken by both mothers and fathers (see paragraphs 26 to 30 above). In the Court's opinion, this shows that society has moved towards a more equal sharing between men and women of responsibility for the upbringing of their children and that men's caring role has gained recognition. The Court considers that it cannot overlook the widespread and consistently developing views and associated legal changes to the domestic laws of Contracting States on this issue (see, *mutatis mutandis*, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 104, ECHR 1999-VI). It follows that the respondent State can no longer rely on the absence of a common standard among the Contracting States to justify the difference in treatment between men and women as regards parental leave. Nor can the reference to the traditional perception of women as primary child-carers provide sufficient justification for the exclusion of the father from the entitlement to take parental leave if he so wishes. Accordingly, the Court concludes that no convincing or weighty reasons have been offered by the Government to justify the difference in treatment between men and women as regards entitlement to parental leave."

Essa, d'altra parte, è consapevole che la protezione dei diritti fondamentali non può essere sganciata dal terreno nel quale essa opera. La ricerca comparatistica, peraltro complessa, sembra così dimostrare l'esigenza di collegare direttamente la giurisprudenza europea alle tradizioni culturali dei singoli Paesi, dalle quali la stessa Corte non può fare a meno.

Appaiono evidenti, sul punto, le simmetrie rispetto alla scelta della Corte di Giustizia di estrapolare i diritti fondamentali dalle *tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*.

Anche in quell'occasione la Corte ha ritenuto di fare ricorso al metodo comparativo per legittimare l'opera - pretoria - di protezione dei diritti fondamentali utilizzando, peraltro, la formula generica in modo sostanzialmente "libero", senza che alcuno potesse mai dubitare del modo con il quale tale attività per così dire *maieutica* veniva realizzata. Il *consenso* che la Corte a volte ricerca è, allo stesso modo, caratterizzato da un certo margine di incertezza che, tuttavia, non riesce a minarne completamente la valenza espansiva che invece possiede.

In definitiva, per tornare al problema che qui si sta affrontando, non pare potersi revocare in dubbio che sono proprio le caratteristiche del sistema di protezione dei diritti umani voluto dalla CEDU a riconoscere ai giudici nazionali un sindacato ampio sull'individuazione del contenuto di tali valori che non può prescindere dall'ambito - sociale, politico, giuridico - nel quali tali valori sono applicati. Il che, ovviamente, non lascia spazio ad operazioni al ribasso, ma semmai giustifica, in capo al soggetto chiamato a dare attuazione ai diritti CEDU, un ambito operativo di una certa ampiezza che trova, appunto, nella dottrina del *consenso* una chiara dimostrazione.

Appare per converso chiaro - e la questione è stata ben sottolineata in dottrina - il (duplice) rischio di tale operazione, rappresentato per un verso dall'approccio *minimalistico* del giudice europeo, al quale consegue un abbassamento del livello di protezione ed il progressivo aumento di diversità tra le regolamentazioni dei diritti fondamentali a livello dei singoli Stati, variando detta protezione al variare della nazione.

In tali occasioni, l'assenza di un terreno comune può determinare, attraverso il margine di apprezzamento riconosciuto ai singoli Stati, una regressione delle forme di tutela nei confronti delle minoranze che saranno per ciò stesso soggette alla maggioranza.

Ma il pericolo maggiore di siffatta dottrina è forse quello di far dipendere dal "consenso" l'esigenza di protezione elevata dei diritti fondamentali.

Affermare, infatti, che l'assenza di un *common ground* può giustificare il mancato innalzamento della tutela significa, in definitiva, affidare ad un dato numerico o elettivo la protezione di valori fondamentali che, invece, vanno tutelati anche oltre il consenso dei destinatari e, anzi, contro la maggioranza se tale maggioranza finisca con il porsi su un binario lesivo di siffatti valori.

Rimane, conclusivamente, la sensazione che è la Corte dei diritti umani a sentire, forte, l'esigenza di "dialogare" con i singoli Stati, con le loro legislazioni e con le loro tradizioni culturali e con i suoi giudici, investiti come sono non solo di adeguare il loro modo di essere ai valori convenzionali ma, soprattutto, di fare vivere tali valori in modo concreto, effettivo, efficace, nelle vicende umane che si pongono quotidianamente al loro cospetto.

Ciò che sembra in linea, ancora una volta, con una visione dei rapporti fra giudici nazionali e CEDU leggermente diversa da quella che sembra patrocinare la Corte costituzionale.

## **7. Il ruolo del giudice nelle vicende che ruotano attorno alla "vita". Sfida fra legislatore e giudici o coordinata cooperazione. La *concordia* fra le Corti sul caso Englaro.**

Sullo sfondo, in apparenza, è fino ad ora rimasto il ruolo della componente giudiziaria nella protezione dei diritti di cui si è qui discusso. Ma si è trattato di una scelta coerente con le premesse iniziali. Preme, piuttosto, qui soffermarsi sulle decisioni giudiziarie che hanno accompagnato la vicenda Englaro<sup>45</sup>. Ciò in una prospettiva non rivolta a verificarne i contenuti di sostanza, ma

---

<sup>45</sup> Cass., Sez. I civile, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, in Foro it., 2008, I, 125. Sulla decisione v. F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in Il diritto di famiglia e delle persone, n. 1/2008, 107 ss.; G. ANZINI, *Consenso ai trattamenti medici e "scelte di fine vita"*, in *Danno resp.*, 10/2008, 957 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in Dir. pen.proc., 2008,

semmai ad indagare su quello che le sentenze Englaro hanno rappresentato per gli operatori del diritto. La decisione del 2007 resa dalla Cassazione è spesso additata come esempio di travalicamento, attraverso il canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata, dei compiti del giudice interno e dell'obbligo sullo stesso ricadente di applicare e non "creare" la legge.

Essa, forse più di ogni altra questione, probabilmente per le implicazioni umane vissute con sofferenza da un'intera Nazione, consente di focalizzare le critiche, aspre, che vengono mosse ad un uso che si assume "disinvolto" del canone ermeneutico dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

Il giudice comune, secondo tale prospettiva, verrebbe a realizzare, attraverso il caso concreto, una vera e propria manipolazione, con l'*arma* dell'interpretazione, dei *valori* e dell'ordine di priorità in cui sono disposti, giungendo, saccheggiando orientamenti giurisprudenziali "altri" che poco o nulla avrebbero rilievo nell'ordinamento interno, a risultati frutto di preferenze soggettive e di intuizioni emozionali capaci, addirittura, di aggirare il comando legislativo ed il vincolo di soggezione alla legge, fino al punto di mortificare il significato proprio del controllo incidentale di legittimità costituzionale<sup>46</sup>.

Anzi, e più specificamente, il valore- nel caso concreto, quello della dignità umana- diventerebbe "allora il canone - guida per un'interpretazione evolutiva della legge, il fine che giustifica l'aggiramento della formalità giuridica, il fondamento su cui poggia la pretesa a una prestazione nei confronti della pubblica amministrazione o l'imposizione di un limite all'attività conformativa di questa, la ragione giustificativa dell'apposizione di vincoli non positivamente previsti a diritti di libertà"<sup>47</sup>.

In definitiva, la dottrina appena ricordata, ricordando ulteriori pronunce che muovono dalla "valorizzazione ermeneutica" del "valore" dignità umana, ha osservato che detto canone "sembrerebbe rivestire la funzione di un criterio interpretativo residuale, correttivo, in qualche misura assimilabile all'argomento fondato sull'equità, mostra chiaramente come l'applicazione diretta di valori costituzionali possa spingere il giudice ad accreditare interpretazioni chiaramente esterne al perimetro dei significati astrattamente riconducibili alla lettera delle previsioni normative, con un aggiramento del vincolo di soggezione alla legge e una mortificazione del significato proprio del controllo incidentale di legittimità costituzionale"<sup>48</sup>.

Né è mancato chi si è fatto portavoce delle preoccupazioni espresse sul "fatto che la decisione sulla vita di una persona provenga da un tribunale sulla base di una discutibile ricostruzione della volontà"<sup>49</sup>.

Del resto, proprio all'indomani della vicenda Englaro esaminata dalla Corte di Cassazione nel 2007, la Camera dei Deputati ed il Senato della Repubblica sollevavano conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale.

Nel ricorso della Camera si contestava lo "straripamento di potere" messo in atto dagli organi giurisdizionali che erano intervenuti. Ci si doleva, per quel che più qui interessa, dell'uso che i giudici avevano fatto degli artt. 13 e 32 Cost., poichè dette norme non potevano sorreggere le conclusioni cui è giunta l'Autorità giudiziaria, posto che «anche a considerare l'ipotesi che i principi costituzionali siano suscettibili di applicazione diretta in sede giudiziaria, detta eventualità non può che risultare circoscritta al caso in cui il loro contenuto precettivo sia univoco ed auto sufficiente,

---

1039 ss.; A PROTO PISANI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, I, 987 ss.; F. MAZZARELLA, *Appunti storico-giuridici in margine a due recenti pronunce sul diritto alla vita*, in *Foro it.*, I, 786 ss.; P. BECCHI, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2009, 379 ss.

<sup>46</sup> G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza 26 ottobre 2009, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>47</sup> G. SCACCIA, *op. ult. cit.*, 11.

<sup>48</sup> G. SCACCIA, *op. ult. cit.*, 13.

<sup>49</sup> ANRÒ, *Il caso Englaro di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo: un confronto con la Corte di giustizia delle Comunità europee circa la legittimazione ad agire delle associazioni a difesa dei diritti dell'uomo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it),



come tale in grado di assolvere *ex se* alla funzione di criterio esauriente di qualificazione della fattispecie”.

Nel ricorso del Senato si chiariva, ancora, che «il proposito del ricorso è unicamente quello di dimostrare che la sentenza ha fissato un principio di diritto debordando verso le attribuzioni del Legislativo e superando, quindi, i limiti che l'ordinamento pone al Potere Giudiziario, e non quello di un invito al riesame del processo logico seguito dalla Cassazione per giungere alla sua pronuncia»: non si tratterebbe perciò di rilevare un *error in iudicando*, ma l'esorbitanza dai «confini stessi della giurisdizione»; in tale ottica, la censura rivolta agli «errori interpretativi dell'organo giudiziario» costituirebbe «passaggio essenziale al fine di mettere in evidenza il momento e il modo in cui il giudice» avrebbe ecceduto dalla funzione sua propria»<sup>50</sup>.

Sulla vicenda può essere interessante consultare il comunicato del Primo Presidente della Corte di Cassazione del 18 luglio 2008<sup>51</sup>, ove tra l'altro si legge che “La Corte di Cassazione non ha in alcun modo travalicato il proprio specifico compito istituzionale di rispondere alla domanda di giustizia del cittadino, assicurando la corretta interpretazione della legge, nel cui quadro si collocano in modo primario i principi costituzionali e la Convenzione di Oviedo”.

Quindi, la Corte costituzionale, con ordinanza n. 334/2008, dichiarava inammissibili i due conflitti di attribuzione<sup>52</sup>.

L'11 novembre 2008 la Corte di Cassazione dichiarava inammissibile il ricorso del P.M. di Milano contro la decisione della Corte di appello del 25 giugno 2008 per difetto di legittimazione dello stesso P.M. a ricorrere.

E' poi nota l'iniziativa governativa volta ad elidere gli effetti delle pronunzie giurisdizionali ed il rifiuto opposto dal Presidente della Repubblica<sup>53</sup> all'emanazione del decreto-legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 6 febbraio 2009 che vietava lo stop all'alimentazione e all'idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente, motivato in forza del «fondamentale principio della distinzione e del reciproco rispetto tra poteri ed organi dello Stato non consente di disattendere la soluzione che per esso è stata individuata da una decisione giudiziaria definitiva sulla base dei principi, anche costituzionali, desumibili dall'ordinamento giuridico vigente»<sup>54</sup>.

E' però la decisione di irricevibilità resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo del ricorso presentato contro l'Italia da alcuni soggetti che assumevano di avere subito un pregiudizio diretto

---

<sup>50</sup>Sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it) sono reperibili i resoconti stenografici della discussione che ha condotto al promuovimento del conflitto e, in particolare, la Relazione della 1<sup>a</sup> Commissione permanente ove si assumeva, tra l'altro che “il potere giudiziario si sia materialmente sostituito al potere legislativo, al quale solo spetta la funzione <<nomogenetica>> a fronte di quella <<nomofilattica>> attribuita al primo” poi aggiungendosi che “..La sentenza della Corte di Cassazione [...] sembra configurarsi, insomma, come atto sostanzialmente legislativo, innovativo dell'ordinamento normativo vigente”. V. anche intervento sen. Pardi (pag.12 resoc.):”...Lo Stato costituzionale in cui viviamo e vorremmo vivere ha al vertice dell'ordinamento, non la legge, ma la Costituzione e il patrimonio di diritti che essa garantisce ai singoli: una dotazione di diritti originaria, indipendente e protetta nei confronti della legge. Nello Stato costituzionale il ruolo del giudice, che lo si voglia o no, non è quello del mero applicatore della legge, la bocca della legge: egli è chiamato a valutarne la costituzionalità e a dettare la regola del caso concreto attraverso le tecniche del bilanciamento e l'applicazione diretta dei principi costituzionali”.

<sup>51</sup>V. il comunicato intitolato La Cassazione precisa sul caso Englaro, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>52</sup> V. sul punto, S. SPINELLI, *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale a margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3/2009, 1488 ss.. V. anche G. SORRENTI, *La decisione e la regola. Prime note su alcune tendenze in atto nel sistema politico (a margine del caso Englaro)* e C. SALAZAR, *Riflessioni sul caso Englaro*, entrambi in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); A. PACE, *L'inutilità pratica della legge “per” Eluana*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); A. CERRI, *Osservazioni in margine al caso Englaro*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>53</sup> A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>54</sup> Cfr. C. BOLOGNA, *Sentenze in forma di legge? Il caso Englaro e la lezione americana della vicenda di Terri Schiavo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); A. GHIRIBELLI, *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti-legge: il “Caso Englaro”*, in <http://www.giurcost.org/studi/ghiribelli.htm>.

dalla decisione resa dalla Corte di appello di Milano del giugno 2008 –Corte dir.uomo, 16 dicembre 2008, *Ada Rossi e altri c. Italia*) (ric.n.55185/08)- a presentare aspetti di notevole importanza.

I ricorrenti nel procedimento innanzi al giudice di Strasburgo- tutori di persone in stato vegetativo, associazioni composte da parenti e amici di persone gravemente disabili e medici, psicologi e avvocati che assistono queste persone, associazione di tutela dei diritti dell'uomo, ACMID-Donna Onlus- avevano sostenuto che la decisione della corte d'appello di Milano che autorizzava il padre di Eluana Englaro ad interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiale di quest'ultima, avrebbe colpito «eticamente, psicologicamente, socialmente e giuridicamente le persone affette da gravi lesioni cerebrali, provocando loro dei danni gravi e ingiusti. Tali danni che non potrebbero essere calcolati, determinano una discriminazione gravissima per le persone gravemente disabili, che sarebbero danneggiate e soprattutto privi di tutela alla mercé di terzi che possono liberamente decidere della loro vita». Le associazioni ricorrenti, inoltre si erano fatte portatrici di « un interesse collettivo fondamentale delle persone in stato vegetativo» e «avrebbero pienamente diritto di adire la Corte perché venga riconosciuta la dignità umana delle persone in stato vegetativo o colpite da disabilità gravi, oltre che degli individui totalmente incapaci». In virtù dello stretto legame tra le loro situazioni e quelle della Englaro gli interessati si reputavano quindi «vittime dirette e indirette delle violazioni degli articoli 2 e 3 della Convenzione commesse dallo Stato italiano». Secondo detti ricorrenti, «...I provvedimenti giurisdizionali rischierebbero, a loro avviso, di costituire dei precedenti giurisprudenziali costitutivi di un pericolo reale e estremamente grave per le persone giuridicamente incapaci.»<sup>55</sup>

La Corte è stata così chiamata a verificare, in via preliminare se i ricorrenti avessero o meno la qualità di vittima come indicata nell'art.34 CEDU, a tenore del quale «La Corte può essere investita di un ricorso fatto pervenire da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli (...)». Ed in questo contesto, i giudici di Strasburgo, dopo avere ricordato che la tutela innanzi al giudice di Strasburgo può generalmente essere sollecitata sulla base di una situazione di già accertata violazione di un diritto di matrice convenzionale e non in caso di rischio di una violazione futura della CEDU, hanno sostenuto che «dal fascicolo di tutti i ricorsi emerge che i ricorrenti non hanno alcun legame diretto con E.E. Essi non hanno vincoli familiari con la giovane donna e non agiscono dinanzi alla Corte per perseguire o sostenere, ad esempio, un ricorso introdotto da E.E. In merito alle associazioni, né quest'ultima né suo padre – e tutore – ne sono membri. Inoltre, la procedura giudiziaria interna, di cui i ricorrenti criticano il risultato e temono le conseguenze, non li coinvolge direttamente.»

Ma quel che più rileva è stata l'affermazione per cui «... la decisione della corte di appello di Milano del 25 giugno 2008 è un atto giudiziario che per sua natura riguarda solo le parti costituite in giudizio e i fatti costituenti oggetto di questo. I ricorrenti non potrebbero dunque essere considerati *vittime dirette* delle violazioni allegate.» Escluso così il carattere di vittima diretta nei ricorrenti, la Corte è passata ad esaminare l'eventuale ricorrente in capo agli stessi ricorrenti della qualità di «vittime potenziali» anch'essa coniata dal giudice di Strasburgo. Anche tale possibilità è stata disconosciuta dalla Corte europea tanto con riferimento alle persone fisiche che alle associazioni ricorrenti.

Dopo avere premesso che gli artt.2 e 3 CEDU impongono agli Stati contraenti l'obbligo «positivo» di tutelare il diritto alla vita e di impedire trattamenti disumani e degradanti, la Corte ha tenuto a chiarire che «*L'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente se adulto e sano di spirito o di colui che ne è tutore se incapace giuridicamente è ricondotta ad un offesa*

---

<sup>55</sup> I ricorrenti denunciarono altresì la violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione poiché il procedimento nazionale avviato dal padre di Eluana non sarebbe stato equo nella misura in cui, in particolare, le autorità adite non avevano proceduto a una nuova indagine sull'attualità e l'irreversibilità dello stato vegetativo della giovane donna. Infine, i ricorrenti lamentano la violazione degli articoli 5, 6 e 7 della Convenzione di Oviedo e dell'articolo 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili («la Convenzione ONU»).

*all'integrità fisica dell'interessato che può compromettere in particolare i diritti protetti dalle disposizioni invocate dai ricorrenti.*"

Se dunque non poteva dubitarsi che i sei ricorrenti erano tutti rappresentati dai loro rispettivi tutori che avevano chiaramente espresso, attraverso le argomentazioni contenute nei ricorsi, la loro opposizione a ogni procedura atta ad interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiale dei loro congiunti gravemente disabili non poteva parimenti disconoscersi che *"la corte d'appello di Milano non ha affatto imposto, con la sua decisione del 25 giugno 2008, un qualsivoglia ordine di interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiale di E.E., ma ha dichiarato legittima la richiesta di autorizzazione del padre della giovane donna. Per giungere a tale conclusione, la corte d'appello ha constatato il carattere irreversibile dello stato vegetativo e ha ritenuto che la richiesta fosse l'espressione reale, fondata su prove chiare, concordanti e convincenti, della volontà della persona rappresentata come risultante dall'indagine sul suo stile di vita, sulle sue convinzioni e sul suo modo di concepire la dignità della persona, prima di cadere in uno stato di incoscienza."* La Corte ritiene che nel caso in specie i ricorrenti non hanno prodotto in giudizio delle prove ragionevoli e convincenti circa la probabilità che si realizzi una violazione relativamente a ciò che li riguardava personalmente. Le decisioni giurisdizionali di cui i ricorrenti temevano gli effetti erano state adottate dalla Corte di cassazione e dalla corte d'appello di Milano *"con riguardo a circostanze concrete e particolari, relative ad una terza persona."* Doveva pertanto ritenersi che *"se le autorità giudiziarie nazionali competenti fossero state chiamate a pronunciarsi sulla questione del mantenimento del trattamento medico dei ricorrenti, esse non avrebbero potuto non considerare né la volontà dei malati espressa tramite i loro tutori – che hanno chiaramente preso posizione in difesa del diritto a vivere dei loro congiunti –, né i pareri dei medici specialisti. Proprio come la corte di appello di Milano nel caso di E.E., le autorità giudiziarie sarebbero vincolate, nell'analisi dei fatti, dai criteri fissati dalla Corte di cassazione nella sua decisione del 4 ottobre 2007."* La Corte ha pure escluso la qualità di *vittima potenziale* in capo alle associazioni che, pur svolgendo una missione importante occupandosi, senza alcuno scopo lucrativo, dell'assistenza, della riabilitazione nella misura del possibile delle persone in stato vegetativo, della comunicazione delle informazioni sulle condizioni psicofisiche di queste persone, così come della sensibilizzazione della collettività ai problemi che esse comportano nel quotidiano, soprattutto per le famiglie che li hanno in carico, non potevano dirsi in alcun modo pregiudicate nell'attuazione delle loro prerogative dalle sentenze italiane già ricordate.

In definitiva, "I giudici europei escludono che gli effetti delle decisioni sul caso Englaro possano essere lesivi dei diritti di cui alla CEDU perché il criterio adottato non è uniforme per tutti ed è, anzi, calibrato sulla soggettività dei diretti interessati"<sup>56</sup>.

Una soggettività che racchiude un concetto ampio di salute, dinamicamente rivolto a superare la nozione oggettiva ed invece progressivamente rivolto ad includere tutto ciò che costituisce esplicitazione dell'esperienza individuale, dell'universo di valori culturali, religiosi, familiari, con i quali la salute deve armonizzarsi (Ferrando, Zatti).

Esce confermato da tale pronuncia di irricevibilità il carattere "casistico" della giurisdizione già messo in evidenza da Corte cost.n.334/2008, ma anche il valore della pronuncia giurisdizionale, l'*unicum* che ad essa è sotteso.

Il che, a ben considerare, non è punto debole, ma costituisce il vero tratto caratterizzante della pronuncia giudiziaria, nella quale la ricerca di un principio risulterà sempre più problematico quante volte il giudice sarà riuscito a scandagliare nel profondo la vicenda, tutte le sue componenti, i suoi risvolti, anche i più intimi e peculiari.

## **8. La giurisprudenza CEDU come fonte del diritto.**

---

<sup>56</sup> FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, Pol.dir., 2012, n.1.,13.

Per non tradire le premesse iniziali circa la diversità di approcci seguita per affrontare il tema assegnatomi sembra opportuna, proprio alla luce di quanto esposto nel precedente paragrafo, un'ulteriore riflessione sul ruolo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Le considerazioni svolte sembrano, in definitiva, ulteriormente valorizzare il ruolo del giudice comune nazionale nel processo di attuazione ed implementazione dei diritti fondamentali, sfatando l'idea che dietro a questo *attivismo giudiziario* vi sia il pericolo di una deriva antidemocratica antitetica ai canoni di certezza del diritto.

Rispetto al perenne dissidio fra legalità (della legge) e giustizia (del giudice), occorre rassegnarsi a considerare la certezza del diritto (legislativo) come una verità perduta nel passaggio dalla dimensione monocentrica dell'universo giuridico ottocentesco alla dimensione policentrica di quella che viene definita l'età della decodificazione<sup>57</sup>, ulteriormente caratterizzata dall'avvento delle Carte dei diritti fondamentali e dalle Corti europee che tali diritti applicano "insieme" ai giudici nazionali.

Oggi, infatti, il modello giudiziario non intende, per sua scelta, prevalere sugli altri modelli. Esso, piuttosto, gioca alla pari il proprio ruolo, in un'era nella quale, come ha scritto la Ferrarese, *ogni istituzione è destinata a perdere tratti erculei*, a favore di strutture multipolari di tipo orizzontale che emarginano quelle piramidali di tipo verticale<sup>58</sup>.

Che nelle attività di interpretazione conforme delle quali si è andato dicendo vi sia un ché di creativo appare dunque innegabile<sup>59</sup>, cosiccome innegabile risulta l'individuazione nel *prodotto del giudiziario* di un risultato che, a pieno titolo, rientra fra le fonti del diritto.

Tale prospettiva è stata, di recente, perfettamente scolpita da Cass., S.U. penali, n. 18288 del 21 gennaio 2010, *Beschi*.

Viene così progressivamente delineandosi il ruolo della giurisprudenza come "*fonte del diritto*"<sup>60</sup>, non potendosi qui nemmeno approfondire gli effetti che simile inquadramento potrà produrre nel sistema, pur già vedendosi all'orizzonte il possibile panorama<sup>61</sup>, soprattutto dopo la recente presa di posizione della Corte costituzionale a proposito della rilevanza, quale *ius superveniens*, della giurisprudenza della Grande Camera della Corte dei diritti umani<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> G. MARINI, *Crisi della legge e interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 172.

<sup>58</sup> M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, 198 e 199.

<sup>59</sup> C. L. ROZAKIS, *Il giudice europeo come comparatista*, in *Giudici e diritto straniero*, cit., 460, a proposito del ruolo della Corte europea: "...E' ovvio che questa peculiarità del funzionamento della corte, che la rende corte comparatistica per eccellenza, ha in sé alcune caratteristiche della *creazione* del diritto, in particolare se si considera che il giudice europeo mantiene, in definitiva, la facoltà di determinare quale sia il comune denominatore delle tendenze giuridiche europee, e di indirizzarsi di conseguenza verso l'una o l'altra soluzione".

<sup>60</sup> R. CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, in <http://unifi.academia.edu/documents/0176/1870/2010CaponiDecrIngiunTerminiOpposizioneAcademiaJudicium.pdf>, pag. 5: "... l'impostazione più lineare, che intendo seguire, discende dall'idea che il precedente giudiziario – anche quello destinato ad esplicitare una efficacia meramente persuasiva – sia fonte di norme giuridiche che integrano l'ordinamento giuridico di riferimento, poiché il diritto si caratterizza per il fatto di «consistere nella creazione di un complesso di 'norme' destinate ad operare nell'ambito della struttura sociale di una comunità e nel conferire ai precetti che esse esprimono una particolare 'efficacia', la quale le rende più o meno strettamente 'vincolanti' (quando il vincolo è più tenue, si parla di efficacia 'persuasiva' delle norme)». L'A. ricorda poi, sui medesimi concetti, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1977, 532 ss., 533 e G. Gorla, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. del Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 489 ss.V., anche R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 91 e ss.; G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, cap I; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007.

<sup>61</sup> Ci si riferisce alla recente ordinanza con la quale le Sezioni Unite della Cassazione penale (ord. /2012) hanno rimesso gli atti alla Corte costituzionale per valutare l'estensibilità degli effetti della sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo *Scoppola c. Italia* del settembre 2009 a soggetti condannati con sentenza passata in giudicato alla pena dell'ergastolo prima della sentenza stessa, involgendo ancora una volta il tema della retroattività della *lex mitior*, ponendosi il problema di chiarire se il giudice dell'esecuzione possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in materia, di quella più favorevole.

<sup>62</sup> Cfr. Corte cost. 22 maggio 2012 n. 150.

A ben considerare, Corte cost.n.150/2012, che ha rimesso ai giudici remittenti la valutazione degli effetti prodotti da Corte dir.uomo 13 novembre 2011 in tema di fecondazione eterologa- cit.-dopo che quegli stessi giudici, nel sollevare varie questioni, connesse *anche* ma non solo all'art.117 1^ comma Cost., avevano fatto perno sulla pronuncia della Corte europea poi modificata dalla Grande Camera, segna probabilmente un ulteriore passo verso la parificazione del diritto scritto a quello vivente delle Corti, aprendo scenari non ancora ben definiti e definibili.

L'avere infatti evocato, a giustificazione di tale scelta di restituzione<sup>63</sup>, la propria giurisprudenza in ordine al "valore" della giurisprudenza CEDU più volte affermato dalla Corte costituzionale a partire dalle sentenze gemelle<sup>64</sup> accanto a quella in tema di *ius superveniens*<sup>65</sup> rende oltremodo evidente come il piano prescelto dal giudice delle leggi sia estremamente delicato, nè consente di identificare tutta la portata delle conseguenze che tale scelta potrà determinare<sup>66</sup>. Anzi, a volere essere coerenti, tale scelta sembra costituire ulteriore argomento a favore dell'accentramento in capo al giudice comune del sindacato di convenzionalità per considerazioni espone nei precedenti paragrafi.

Che si tratti, peraltro, di una fonte dotata di caratteri peculiari sembra innegabile<sup>67</sup>. I tratti distintivi dell'attività giurisdizionale rispetto a quella legislativa sono ben noti ed evidenti.

---

<sup>63</sup> "...siffatta conclusione si impone: in primo luogo, perché costituisce l'ineludibile corollario logico-giuridico della configurazione offerta da questa Corte in ordine al valore ed all'efficacia delle sentenze del giudice europeo nell'interpretazione delle norme della CEDU che, come sopra precisato, i remittenti hanno correttamente considerato, al fine di formulare le censure in esame; in secondo luogo, in quanto una valutazione dell'incidenza sulle questioni di legittimità costituzionale del *novum* costituito dalla sentenza della Grande Camera (la cui rilevanza è, peraltro, resa palese anche dall'approfondita lettura, significativamente divergente, offertane dalle parti nelle memorie depositate in prossimità dell'udienza pubblica) svolta per la prima volta da questa Corte, senza che su di essa abbiano potuto interloquire i giudici *a quibus*, comporterebbe un'alterazione dello schema dell'incidentalità del giudizio di costituzionalità, spettando anzitutto ai remittenti accertare, alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo, se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto;"

<sup>64</sup> "...la sopravvenienza della sentenza della Grande Camera impone di ricordare che la giurisprudenza di questa Corte è costante nell'affermare che la questione dell'eventuale contrasto della disposizione interna con la norme della CEDU va risolta, per quanto qui interessa, in base al principio in virtù del quale il giudice comune, al fine di verificarne la sussistenza, deve avere riguardo alle «norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo» (tra le molte, sentenza n. 236 del 2011, richiamando le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 e tutte le successive pronunce che hanno ribadito detto orientamento), «specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione» (da ultimo, sentenza n. 78 del 2012), poiché il «contenuto della Convenzione (e degli obblighi che da essa derivano) è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni essa ha elaborato» (per tutte, sentenze n. 311 del 2009 e n. 236 del 2011), occorrendo rispettare «la sostanza» di tale giurisprudenza, «con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi» (*ex plurimis*, sentenze n. 236 del 2011 e n. 317 del 2009), ferma la verifica, spettante a questa Corte, della «compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione» (sentenza n. 349 del 2007; analogamente, tra le più recenti, sentenze n. 113 e n. 303 del 2011);"

<sup>65</sup> "...deve essere ordinata la restituzione degli atti al giudice *a quo*, affinché questi proceda ad un rinnovato esame dei termini della questione, qualora all'ordinanza di rimessione sopravvenga una modificazione della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio (tra le tante, ordinanze n. 14, n. 76, n. 96, n. 117, n. 165, n. 230 e n. 386 del 2002), ovvero della disposizione che integra il parametro costituzionale (per tutte, ordinanze n. 516 del 2002 e n. 216 del 2003), oppure qualora il quadro normativo subisca considerevoli modifiche, pur restando immutata la disposizione censurata (tra le tante, ordinanza n. 378 del 2008);

che, alla luce di siffatti principi, la diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all'interpretazione accolta dalla sentenza della Prima Sezione, espressamente richiamata dai remittenti – operata all'interno dello stesso giudizio nel quale è stata resa quest'ultima pronuncia – incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e costituisce un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta;

<sup>66</sup> V. sul punto, di recente, A.RUGGERI, ...

<sup>67</sup> R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, Relazione al convegno organizzato dal CSM in occasione del ventennale della morte di Rosario Livatino, Agrigento 17 e 18 settembre 2010, sul tema *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *www.csm.it*: "...La produzione del diritto ad opera del legislatore e del giudice avviene certamente con forme e modalità diverse ed entrambi i soggetti operano nell'ordinamento secondo differenti forme di responsabilità e

A parte l'elemento – cardine - rappresentato dalla motivazione della decisione, del quale a parte si dirà, l'agire giudiziario si caratterizza essenzialmente per il divieto di *non liquet* e per la non volontarietà della risposta, mai suscitata da iniziativa del giudice ma, tutt'al contrario, stimolata necessariamente da una domanda giudiziale. In più, l'approdo giurisdizionale è generalmente accompagnato dalla "difesa" delle parti, attraverso la quale il giudice, nella posizione peculiare che egli occupa all'interno del processo, può vagliare gli argomenti delle parti al fine di offrire il miglior prodotto possibile rispetto al caso concreto.

E che tutto ciò non mini, affatto, la certezza del diritto, nella dimensione che essa assume nei tempi moderni, ma anzi ne assuma caratteri di assoluta necessità sembra autorevolmente giustificato dalla posizione assunta negli dalla Corte costituzionale e, più recentemente, dalle parole stesse della Corte dei diritti umani.

Nel caso *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009, cit., la Corte, nel fornire un'interpretazione dell'art. 7 CEDU decisamente diversa da quella offerta in altri precedenti, afferma che il suo ruolo contempla anche quello di garantire effettività di tutela, confinando l'esigenza di certezza del diritto.

Si legge, infatti, ai punti 100 e 101 della motivazione, che "...in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione" ed aggiunge che "La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme".

Affermare, allora, come fa la Corte dei diritti umani che "...è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto *fonte di diritto*<sup>68</sup>, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale<sup>69</sup>" non è solo *verità banale*, come scriveva Cappelletti<sup>70</sup>, ma significa, a sommosso giudizio di chi scrive, delineare lo statuto del potere giurisdizionale del terzo millennio in modo assolutamente *conforme* a quanto si è andato dicendo in ordine ai rapporti del giudiziario con il *legislativo*<sup>71</sup>.

---

di legittimazione democratica. L'atto legislativo, ... è rivolto direttamente a produrre diritto ed impone una regola per il futuro, mentre l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previgenti, con l'effetto solo indiretto di produzione normativa e, mentre il primo è fondato sulla volontà politica, il secondo trova il suo fondamento nella forza della ragione ed è qualificabile come fonte culturale. La legittimazione dell'attività di produzione del diritto da parte del legislatore si ricollega al rapporto di rappresentanza diretta del corpo elettorale, al quale esso risponderà delle proprie scelte e pertanto le modalità dell'intervento sono tali che spetterà solo ad esso stabilire se farlo, quando farlo e con quale specifico contenuto.... Diversa è invece da ritenere la fonte di legittimazione dell'attività normativa, nel senso detto, del giudice, il quale incontra innanzi tutto una serie di vincoli e di limiti, a partire ovviamente dalla lettera della legge, dalle regole dell'interpretazione comunemente accettate, nonché, con la dovuta cautela, da quella che Ross chiama la "tradizione culturale", vale a dire i fattori morali, economici, politici e culturali propri di un paese, nel momento in cui il giudice è chiamato a giudicare. "

<sup>68</sup> Si invidia ad altra sede l'approfondimento sulla recente pronuncia resa dalla Corte cost.- sent.n.230/2012- sul ruolo della modifica di un orientamento giurisprudenziale da parte delle Sezioni Unite penali rispetto a precedente giudicato di condanna.

<sup>69</sup> Aggiunge ancora la Corte che "...Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC], n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, CEDU 2001 II). La portata della nozione di prevedibilità dipende in larga misura dal contenuto del testo in questione, dall'ambito che esso ricopre e dalla qualità dei suoi destinatari. La prevedibilità di una legge non si oppone a che la persona interessata sia portata a ricorrere a consigli illuminati per valutare, a un livello ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato"

<sup>70</sup> M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?, Studio dedicato alla memoria di Tullio Ascarelli e di Alessandro Pikelis*, Milano, 1984.

<sup>71</sup> M. BINI, *L'Interpretazione giurisprudenziale in Italia come fonte del diritto: il caso dei contratti collettivi di diritto comune*, in <http://www.giuri.unige.it/corsistudio/dottdiritto/documents/Bini.pdf>: "... il mito del giudice bocca della legge

E' stato sottolineato, ancora di recente, che nell'attuale condizione i diritti fondamentali tendono a trovare condizione e sviluppo *prevalentemente* nell'opera giudiziaria e non tanto e solo nell'azione del legislatore o della Corte costituzionale<sup>72</sup>.

In questa prospettiva, la *lettura* delle norme interne alla luce dei canoni fondamentali scolpiti nelle *Carte dei diritti fondamentali* rende sempre più marcato il convincimento che il diritto è quello che viene dichiarato nelle aule giudiziarie e che nello Stato costituzionale l'asse giurisdizionale si è caratterizzato per un notevole rafforzamento<sup>73</sup>.

Se, come si è visto, vi è un'esigenza diffusa di fornire al destinatario della protezione dei diritti delle risposte sufficientemente precise alle proprie istanze di giustizia e se queste risposte non possono giungere (solo) dalla legge, l'esigenza di procedere ad un'interpretazione che chiarisce il senso della disposizione in relazione alle diverse fonti che devono trovare applicazione finisce con il diventare consustanziale all'operato del giudice. Di tanto sono consapevoli, come si è detto sopra, la Corte di Giustizia e, come si è visto, il giudice di Strasburgo e la Corte costituzionale.

E dunque, può questo sistema delinarsi come antidemocratico, spogliando i cittadini e chi loro rappresenta del potere di decidere ciò che è giusto e ciò che non è giusto?

Il quesito è, ancora una volta, di difficile soluzione.

Si può solo osservare che l'attività di enucleazione dei valori fondamentali riservata ai giudici (nazionali e non) è una prospettiva individuata dal complesso delle legislazioni che a diverso livello si occupano dei diritti fondamentali. Non altro. E tale sistema, in definitiva, porta il giudice a partecipare a scelte della democrazia da un osservatorio assai particolare ed in posizione privilegiata, proprio perché autonomo ed indipendente rispetto alla vicenda che si pone al suo vaglio.

La figura del giudice *custode* dei diritti umani è il frutto di un processo di costituzionalizzazione del diritto che legittima pienamente l'opera del *giudiziario*.

Ciò non significa affatto, però, espropriare la funzione legislativa delle sue prerogative, anzi. Proprio l'assenza del vincolo del precedente impone alla normazione di fare la propria parte, tracciando il solco o la cornice entro cui gli indirizzi giurisprudenziali hanno quindi modo di affermarsi e svolgersi<sup>74</sup>.

Quando però il legislatore omette di provvedere tempestivamente od offre "solchi" indecifrabili, non chiari, non precisi, l'operato giudiziale, mai attivato senza l'impulso della parte, non può non farsi carico di offrire la protezione dei diritti fondamentali che le Carte dei diritti, per lo più in modo precettivo, impongono.

---

non può coesistere con la società moderna. Partendo dal presupposto rilevato da alcuni autori<sup>70</sup> che oggi al legislatore non spetta più una posizione di assoluto monopolio, ma soltanto di preminenza nella formazione del diritto, non si può negare che anche il giudice oggi, nelle società moderne partecipa strutturalmente al processo formativo del diritto, nella continua ricerca tra esigenze di giustizia, di colmare le lacune normative, di adeguare la disciplina alla realtà che muta più veloce dei processi legislativi e il rispetto della ripartizione classica dei poteri dello stato e l'ossequio al principio della certezza del diritto e di legalità.

<sup>72</sup> G. SORRENTI, *La Costituzione "sottintesa"*, Relazione svolta al Seminario dal titolo *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), pag.42 del paper.

<sup>73</sup> A. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in *"Itinerari" di una ricerca su l sistema delle fonti*, XIII, Studi dell'anno 2009, Torino, 267: "...Se...il cuore pulsante dell'ordinamento, in ambito nazionale come pure in ambiti a questo trascendenti, è dato dal riconoscimento dei diritti fondamentali...., non si vede come possa considerarsi ammissibile una ricostruzione dell'ordine delle fonti che faccia a meno del costante riporto delle fonti stesse (rectius, ...delle norme) ai diritti e, in genere, ai principi fondamentali dell'ordinamento. Questa operazione, tuttavia, non può farsi in vitro, ma solo in vivo, ragionando appunto non già delle fonti (e dei loro rapporti) bensì delle norme. E' chiaro che tutto ciò va verificato, e chi solo può farlo nel migliore dei modi, in considerazione dei casi, son i giudici. Sta tutta qui la ragione per cui l'essenza della teoria costituzionale può...cogliersi unicamente nel diritto costituzionale vivente, attraverso dunque la necessaria conversione della teoria delle fonti nella teoria dell'interpretazione."

<sup>74</sup> A. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, cit., 277.

Il punto è che questo operato giudiziario si alimenta incessantemente di pronunzie e decisioni di Corti nazionali e sovranazionali, tanto che è oggi obiettivamente difficile individuare un "confine" fra ciò che è riservato al giudice nazionale e ciò che spetta ai giudici stranieri e/o sovranazionali.

La situazione attuale trova, d'altra parte, perenne implementazione quando ad entrare in gioco sono i diritti fondamentali.

Saranno, dunque, i "circuiti delle Corti costituzionali"<sup>75</sup>, il "dialogo" fra i giudici nazionali e non, della Corte di Giustizia e delle Corti sovranazionali del quale si è già riferito, ma anche l'incontro della decisione giudiziaria con la società che la accoglie e con gli studiosi che vi si accostano a costituire una valvola di sicurezza affinché l'agire giudiziario non trasmodi nell'arbitrio.

Ciò consente, forse, di fornire qualche considerazione a chi ha in modo netto rappresentato l'esigenza di "ripristinare i confini" tradizionali per evitare il *caos*<sup>76</sup>.

### 9.A mo' di conclusione.

Quasi al termine di queste riflessioni, non resta che evidenziare anche l'analisi sopra svolta, conferma la lenta, progressiva ed inarrestabile, metamorfosi del *giudiziario*<sup>77</sup> trova nei diritti fondamentali il punto di emersione di una riflessione che vede, allo stato, accapigliarsi non poco i costituzionali- e non solo loro-, alcuni fermi nel riconoscere il primato" della *Carta* sulle altre *carte* dei diritti fondamentali- si badi, il minuscolo non è refuso ma voluta materializzazione dell'idea della Costituzione che sovrasta ogni altro strumento che si occupa dei diritti fondamentali- altri – e sopra tutti Antonio Ruggeri - indirizzati a sottolineare la vocazione *plurale* della Carta, la sua capacità straordinaria di aprirsi all'apporto che giunge dalle altre *Carte*, le quali giocano *alla pari*, in un moto perpetuo che si colora di operazioni di bilanciamento fra valori *caso per caso*, con la prima, perché è la prima a volere che quelle Carte contribuiscano all'attuazione dei diritti, fino al punto di considerare che proprio l'espansione massima della Carta costituzionale può realizzarsi se e quando le altre Carte, ove capaci di offrire nicchie di tutela più estese, vengano concretamente attuata *in nome* della Costituzione e non *contro* la Costituzione, per ampliare le soglie di tutela di un diritto fondamentale<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> R. Caponi, *Democrazia, integrazione europea, circuiti delle Corti Costituzionali dopo (dopo il Lissabon-urteil)*, cit., 404; M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, cit., 121 ss.

<sup>76</sup> V., appunto, U. Vincenti, *op. cit.*, 145 ss.

<sup>77</sup> FLICK, *Eutanasia: dovere di vivere, diritto di morire, oppure...?*, in <http://www.dillinger.it/eutanasia-59914.html>: "...Sempre più spesso, nella realtà, i diritti non nascono da una affermazione legislativa, in termini di mediazione generale, perché il legislatore è sempre meno in grado di affrontare questi temi. Essi nascono invece da affermazioni giurisprudenziali; mi riferisco non tanto al giudice costituzionale, quanto anche al giudice ordinario (si pensi alle pronunce dei giudici ordinari in tema di testamento biologico e di danno esistenziale) e al giudice sovranazionale nel cosiddetto multilevel. Il caso di Eluana Englaro, così come sempre più numerose pronunce della Corte di giustizia o della Corte Cedu, sono esempi evidenti di questa evoluzione.

Anche la Corte Costituzionale si è indirizzata su questa via: prima con le sentenze interpretative; poi, con quelle additive e di principio; infine, con l'invito ai giudici di interpretare la legge in modo conforme alla Costituzione; qualche volta, addirittura, invitando i giudici a decidere il caso concreto attraverso l'applicazione diretta della Costituzione.

<sup>78</sup> E' assai oneroso citare computatamente i numerosi scritti in cui RUGGERI ha esposto il suo pensiero. V., comunque, solo a titolo esemplificativo, RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss; v. anche il suo *La Corte costituzionale "equilibrata", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*: "...pur non potendosi fare, in alcun caso o modo, una "graduatoria" tra principi ugualmente fondamentali, si deve tuttavia convenire a riguardo del fatto che il principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, risultante dagli artt. 10 ed 11, è, sì, un *principio-fine*, gli obiettivi della pace e della giustizia tra le nazioni ponendosi quali indeclinabili e caratterizzanti in modo stabile l'azione politica dello Stato, ma è anche, strutturalmente, un *principio-mezzo*, siccome servente nei riguardi della coppia assiologica costituita da libertà ed eguaglianza, nella quale poi si specchia e mirabilmente esprime quello che ai miei occhi appare essere un valore autenticamente "supercostituzionale", la dignità della persona umana"



Questo bilanciamento fra diritti fondamentali, sanciti da strumenti normativi ( talvolta ) inseriti in sistemi giuridici distinti (ma pur sempre collegati)<sup>79</sup>, che pure richiama, come metro fondamentale, i canoni dell'interpretazione adeguatrice del diritto<sup>80</sup> e della ragionevolezza<sup>81</sup>, in una prospettiva che supera, ancora una volta, le coordinate fisse inaugurate dalla gerarchia delle fonti, sembra valere, per le considerazioni sopra dette, anche quando si parla del diritto alla vita ed all'autodeterminazione. Ed è proprio il composito esame della vicenda Englaro, ad avviso di chi scrive, a confermare tale conclusione.

E a me pare essere proprio questo un punto fermo, non sempre adeguatamente considerato quando si discute di diritti fondamentali, per i quali si usa il termine *assoluto* senza avvedersi che l'assolutezza tende progressivamente a ridursi ogni volta che di fronte ad un diritto fondamentale si para davanti altro valore parimenti fondamentale e per questo bisognoso di pari tutela.

Il che vale anche per diritti fondamentali come la vita e l'autodeterminazione.

Si guardi, quanto al primo, al composito quadro normativo rappresentato dall'art.2,3, 8 e 15 par.2 CEDU ed alla stessa possibilità che lo Stato chieda ai suoi cittadini di mettere al servizio della collettività la vita dei propri soldati – come si constata periodicamente pensando ai caduti nelle operazioni di *peacekeeping*- o degli appartenenti alle forze dell'ordine(Ruggeri). E vale ancor di più quando in discussione è il diritto all'autodeterminazione.

Questa forte tendenza a " bilanciare", messa bene in evidenza dalla dottrina(RUGGERI, TANCREDI) coinvolge, dunque, anche quei diritti che, all'apparenza, sembrano doversi considerare incompressibili e semmai destinati ad essere oggetto di interpretazioni che ne determinano il contenuto ma che, in effetti, mascherano vere e proprie operazioni di bilanciamento.

Questa esigenza di bilanciamento che esce, a mio avviso, evidente dall'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo trova, passando dal piano teorico a quello pratico e dell'esperienza, ai miei occhi conferma in un episodio accadutomi poco tempo fa.

Trovatomi in una corsia di ospedale per assistere mio padre in un reparto di cardiologia e terapia intensiva, ho involontariamente assistito ad una discussione accorata tra i componenti di un nucleo familiare che si trovava in vacanza in Sicilia su come realizzare il trasferimento del loro congiunto, colpito da infarto- rispettivamente marito e padre degli stessi-. Essendo proprio accanto a quei familiari, ho ascoltato le argomentazioni che ognuno di loro esternava circa l'opportunità o meno di assecondare la scelta del malato- marito e padre di quelle persone- di trasferirsi in Toscana con la nave ancorchè i medici avessero espresso, in modo netto, la necessità dell'uso del mezzo aereo.Ascoltando le argomentazioni della moglie, che sottolineava la piena capacità di mente del marito e riteneva di dovere rispettare comunque la scelta, consapevole, del marito e quelle di alcuni dei figli che, invece, sostenevano la necessità assoluta di discostarsi dalla decisione del padre

---

<sup>79</sup> Generalmente ci si troverà di fronte a diritti comprimibili, talaltra a diritti *assoluti*, rispetto ai quali si sfruttano tecniche interpretative dietro alle quali si celano, ancora una volta, operazioni di bilanciamento: cfr. TANCREDI, *La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: «It's all balancing»*, in *Ragion pratica*, 2007, 2, 383 ss.; TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. intern.*, 2006, 644 ss. Sul tema del bilanciamento v. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, 142 ss.; CERRI, *Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»: spunti ed ipotesi per una distinzione*, in *Giur. cost.*, 1987, 1860 ss.; GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 11 ss.

<sup>80</sup> In termini critici, sul punto, GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Interpretazione e diritto giudiziale. Regole, modelli, metodi*, a cura di BESSONE, Torino, 1999, 321 ss.

<sup>81</sup> Cfr. Cass., sez. III, 5 settembre 2006, n. 19069, che, nell'esaminare la vicenda collegata all'azione proposta da un genitore per l'indebita pubblicazione della fotografia del figlio minore, edita senza il consenso, ha riconosciuto alla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dalla l. 27 maggio 1991, n. 176, ed ai diritti in essa sanciti dagli artt. 3 e 16 un valore preminente, aggiungendo che il diritto alla riservatezza del minore deve essere "... nel bilanciamento degli opposti valori costituzionali (diritto di cronaca e diritto alla privacy) considerato assolutamente preminente, secondo le indicazioni derivanti dalle norme ora richiamate [la Convenzione surricordata n.d.r.], laddove si riscontri che non vi sia l'utilità sociale della notizia (quindi con l'unico limite del pubblico interesse)".

proprio a causa delle condizioni in cui lo stesso versava e del “rischio” al quale andava incontro, ha fatto ulteriormente radicare nel mio animo la convinzione che il fascio di rapporti familiari - *lato sensu* intesi- che ruotano attorno al paziente costituiscono, al pari di quelli connessi al ruolo del sanitario, elementi indefettibili nel processo di emersione della “migliore scelta possibile” che può essere eventualmente sollecitata al giudice in tema di cure.

In questa prospettiva, pensare all'autodeterminazione come diritto non solo inviolabile, ma sempre e comunque destinato a prevalere su altri valori che dovessero, nel caso concreto, emergere è una prospettiva che non riesco a ritenere completamente appagante, piuttosto immaginando che quando sono in discussione valori fondamentali le regole ferree e scritte del diritto devono forse lasciare il posto a regole più elastiche, ma non per questo meno cogenti, tutte governate dal principio, questo sì indefettibile e non bilanciabile, della dignità dell'uomo<sup>82</sup>, del rispetto, del dialogo.

Colpiscono, ancora, le pagine che Antonio Ruggeri ha scritto con la consueta chiarezza e profondità sul tema<sup>83</sup>. Egli muove dal dato di partenza per cui non può dubitarsi che l'autodeterminazione sia un principio o valore fondamentale, collocato sotto l'ombrello dell'art.2 Cost., ma poi aggiunge che questo valore “non è solo, ad esso affiancandosi e con esso richiedendo di doversi variamente bilanciare valori diversi”.

La presenza di una componente *deontica* in ciascun valore fondamentale, una componente di doverosità “riportabile alla dignità della persona umana per un verso, alla solidarietà per altro” induce Ruggeri a considerare che nello stesso diritto fondamentale alla vita ed all'autodeterminazione convive una prospettiva di doverosità non compiutamente disponibile quando in gioco dovesse esserci la dignità dell'uomo<sup>84</sup>.

Non so dire se questa prospettiva sia quella *giusta* ma, doverosamente, sento di doverla qui rappresentare, fuori da ogni logica di appartenenza ideologica -che, d'altra parte, finirebbe con l'essere comunque pernicioso- poiché in essa colgo non solo tutta la complessità della materia, ma anche l'emersione di quelle stesse istanze solidaristiche che, a vario titolo, fuoriescono dalla discussione della famiglia toscana di cui ho detto, nella quale i figli rappresentavano, con le loro istanze, un interesse che era del padre malato, ma anche loro personale, a poter godere del padre, a fare di tutto per salvaguardarlo da una situazione di *rischio* prospettata dal sanitario, avvertito, questa volta sì, come vero arbitro della vita del congiunto e dunque, anch'egli come portatore di un valore. Interessi, tutti questi che, se posti davanti ad un giudice, avrebbero dovuto e potuto trovare composizione attraverso una saggia ponderazione dei diversi interessi, seguendo, probabilmente, le tecniche del bilanciamento fra valori.

---

<sup>82</sup> Da ultimo, sul punto, RUGGERI, *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), p.6 del dattiloscritto. In precedenza dello stesso A., *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, in [http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/12-05-2009/RUGGERI-Relazione-Bari\\_29-30\\_04\\_09.pdf](http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/12-05-2009/RUGGERI-Relazione-Bari_29-30_04_09.pdf): “[la dignità] ...è un *prius* logico ed assiologico di ogni disciplina positiva relativa ai diritti umani, un autentico valore “supercostituzionale” ed anche – potrebbe dirsi – “precostituzionale”, non riuscendosi neppure ad immaginare un ordinamento che voglia avere al proprio centro la persona umana che non punti, costantemente e con ogni risorsa di cui dispone, alla salvaguardia della dignità”.

<sup>83</sup> RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, i [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>84</sup> RUGGERI, op.ult. cit.: “... diritto alla vita, di cui ciascuno di noi può fare ciò che vuole. Non è, però, esattamente così. In disparte una generale riserva che può farsi nei riguardi di graduatorie siffatte e fermo restando che il godimento dei diritti presuppone ovviamente la vita, quest'ultima acerte condizioni è disponibile (o, diciamo meglio, “ragionevolmente disponibile”), la dignità no. Lo stesso Stato – com'è stato, ancora da ultimo, opportunamente rammentato – può chiedere ai suoi cittadini, nel momento in cui li chiama alla difesa della Patria, il sacrificio della vita (o, diciamo meglio, la sottoposizione al rischio della morte) ma non può, in alcun caso o modo, chiedere loro di rinunciare alla propria dignità.”