

## DIRITTI CIVILI E POLITICI

### Il diritto di fondare una famiglia, la fecondazione assistita e i... passi indietro della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani

Nel novembre del 2011 la Grande Camera si è pronunciata con una decisione molto attesa in materia di fecondazione artificiale e diritto alla vita familiare nel caso *SH e altri c. Austria*, ribaltando il verdetto a suo tempo pronunciato dalla Prima Sezione nel 2010 (sentenza del 1° aprile 2010, v. il commento di C. Campiglio in questa Rivista 2010, p. 624). Si tratta indubbiamente di una decisione che solleva questioni delicate dal punto di vista sia della sensibilità della pubblica opinione che del ruolo della Corte europea dei diritti umani quale 'guardiano della Convenzione'. Non sorprende quindi che i giudici di Strasburgo abbiano fatto ricorso al concetto di 'margine di apprezzamento' ed a quello di 'consenso fra gli Stati' per giungere ad una conclusione. Tuttavia, proprio l'uso di questi strumenti interpretativi lascia piuttosto perplessi, per non dire insoddisfatti.

Il ricorso prende avvio dalla contestazione della legge austriaca sulla fecondazione medicalmente assistita (*Fortpflanzungsmedizingesetz*, Federal Law Gazette 275/1992, e successive modifiche) che prevede un divieto assoluto di utilizzo di ovuli provenienti da donatrici, così come un divieto di utilizzo di sperma donato, nei casi in cui si faccia ricorso alla tecnica della fecondazione in vitro (IVF). Data l'esistenza di simili restrizioni normative, due coppie sterili, che avevano bisogno del ricorso alla IVF l'una con la donazione degli ovociti, l'altra con la donazione di sperma, si erano viste negare l'accesso a queste tecniche mediche e, dopo una pronuncia negativa nei loro confronti da parte della Corte costituzionale austriaca, si erano rivolte alla Corte europea dei diritti umani, lamentando la violazione dell'art. 8 e dell'art. 14 della CEDU. Il 10 marzo del 2010 la Prima sezione della Corte europea si era pronunciata in favore dei ricorrenti dichiarando (con sei voti contro uno, in un caso, e cinque voti contro due, nell'altro) che la legislazione nazionale violava l'art. 14 della CEDU, letto in combinato disposto con l'art. 8. A seguito di questa decisione, il Governo austriaco aveva presentato ricorso di fronte alla Grande Camera ed era stato affiancato dall'intervento in causa della Germania e dell'Italia. Secondo lo Stato, infatti, non vi era stata alcuna violazione dell'art. 8 poichè "[e]ven though the right to respect for private life also comprised the right to fulfil the wish for a child, it did not follow that the State was under an obligation to permit indiscriminately all technically feasible means of reproduction or even to provide such means. In making use of the margin of appreciation afforded to them, the States



Corte europea dei diritti umani [GC], *SH e altri c. Austria*, ricorso n. 57813/00, sentenza del 3 novembre 2011 ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int))

had to decide for themselves what balance should be struck between the competing interests in the light of the specific social and cultural needs and traditions of their countries" (par. 63). Secondo i ricorrenti originari, invece, la legislazione nazionale era incoerente ed illogica nel suo divieto assoluto di IVF eterologa, tenuto conto che la donazione di sperma era riconosciuta in altre tecniche di fecondazione assistita e la scelta del legislatore veniva così a creare una distinzione di trattamento fra coppie sterili, priva di giustificazioni e tale da comportare un'interferenza illegittima nel diritto a fondare una famiglia, inteso come diritto assoluto in base all'art. 8 per il quale lo Stato non gode di margine di apprezzamento (par. 57-58). Secondo il Governo italiano "Article 8 did not protect a person's or a couple's right to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose. Thus, there was no positive obligation under that provision for Contracting States to make available to infertile couples all existing medical techniques of procreation. The lack of a European consensus on the question of medically assisted procreation conferred a wide margin of appreciation on the Contracting States" (par. 73).

L'approccio della Grande Camera alla questione del diritto di una coppia a fondare una famiglia anche attraverso le pratiche della fecondazione medicalmente assistita può essere ricostruito in base a tre passaggi logici fondamentali, che ci pare meritino particolare attenzione.

Preliminarmente, tuttavia, la Corte si pone il problema dell'applicabilità dell'art. 8 e si chiede se le condizioni ed i limiti posti dalla disciplina nazionale sulla fecondazione medicalmente assistita rappresentino un'ipotesi di interferenza dei diritti degli individui o se non possano piuttosto consistere in una violazione degli obblighi positivi imposti dalla stessa norma (par. 82-85). Non sorprende che la Corte ritenga che la materia rientri effettivamente nel campo di applicazione dell'art. 8, fatto del resto non contestato dalle parti, data la giurisprudenza pregressa in casi analoghi (v. Corte [GC], *Evans c. Regno Unito*, ricorso n. 6339/05, sentenza del 14 aprile 2007; e *A, B e C c. Irlanda*, ricorso n. 25579/05, sentenza del 16 dicembre 2010; *Dickson c. Regno Unito*, ricorso n. 44362/04, sentenza del 4 dicembre 2007). Quanto alla seconda questione, secondo i giudici di Strasburgo "[t]he boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In particular, in both instances regard must be had to the fair balance to be struck between the competing interests" (par. 87). Nel caso di specie si afferma, quindi, che il divieto per le coppie sterili di ricorrere alla fecondazione in vitro eterologa debba considerarsi come una interferenza nel diritto individuale alla vita familiare, in quanto vero e proprio impedimento normativo alla realizzazione del diritto, e debba pertanto essere valutato alla luce dei parametri di legittimità di cui all'art. 8.2 della CEDU. Non sembra, però, che da questa scelta i giudici facciano derivare particolari conseguenze, né che parlare di 'interferenza', anziché di 'obbligo positivo', comporti una maggiore severità nei confronti della libertà di manovra concessa agli Stati nel dare applicazione al principio per cui ciascun individuo ha diritto a

fondare una famiglia. Anzi è proprio da questa scelta che derivano i tre passaggi logici nel ragionamento della Corte cui facevamo sopra riferimento.

Nel primo passaggio, che definirei di 'ossequio' alla sovranità statale, la Corte osserva: "the Court's task is not to substitute itself for the competent national authorities in determining the most appropriate policy for regulating matters of artificial procreation (par. 92) [...] The Court considers that concerns based on moral considerations or on social acceptability must be taken seriously in a sensitive domain like artificial procreation" (par. 100). Per quanto i giudici di Strasburgo non siano nuovi ad affermazioni di questo genere, specie nella ricostruzione dei contenuti dell'art. 8, nella decisione in oggetto pare che gli aspetti morali giochino un ruolo fondamentale. La Corte è, infatti, consapevole delle forti critiche ricevute in anni recenti da parte degli Stati membri per il suo 'attivismo' in ambiti particolarmente sensibili per una società, quale quella europea dei nostri giorni, dove le contrapposizioni fra valori etici diversi si fanno sempre più profonde ed evidenti. In un simile contesto i giudici di Strasburgo, specie la Grande Camera, paiono avvertire l'esigenza di 'calmare le acque' e rassicurare gli Stati sull'equilibrio del sistema europeo di tutela dei diritti umani, attraverso un ricorso particolarmente ampio al noto, e spesso giustamente criticato, concetto di margine di apprezzamento. Essi sembrano, così, preferire una posizione di 'relativismo morale' di fronte a questioni che gli Stati membri ritengono delicate e che coinvolgono scelte legislative complesse, capaci di sollevare accesi dibattiti nell'opinione pubblica e nei parlamenti nazionali. Questo approccio si rintraccia, ad esempio, nella decisione della Grande Camera sul caso Lautsi c. Italia o in quella sul caso A, B e C c. Irlanda, ma sembra, in qualche misura, una rinuncia, da parte della Corte, a tentare di costruire quell'ordine pubblico europeo più volte evocato nella sua giurisprudenza (E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010).

L'aver sottolineato, da parte dei giudici della Grande Camera, che non spetta alla Corte prendere posizione su materie "based on moral considerations", implica, come sopra osservato, il ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento.

Il secondo aspetto fondamentale in questa decisione è dunque l'affermazione della Corte secondo la quale di fronte a casi che sollevano questioni di carattere morale il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati membri è particolarmente ampio. A nulla vale l'argomentazione dei ricorrenti che "because of the special importance of the right to found a family and the right to procreation, the Contracting States enjoyed no margin of appreciation at all in regulating these issues" (par. 93). I giudici sostengono, invece, il margine di apprezzamento è limitato solo nelle ipotesi in cui "a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake", mentre ciò non accade laddove "the case raises sensitive moral or ethical issues" (par. 94) (in merito si vedano le affermazioni nei casi Evans, sopra citato al par. 77; Fretté c. Francia, ricorso n. 36515/97, sentenza del 26 febbraio 2002; Christine Goodwin c. Regno Unito, ricorso n. 28957/95, sentenza dell'11 luglio 2002). Implicitamente – ma forse sarebbe stato meglio es-

sere più chiari sul punto – i giudici sostengono dunque che il diritto a procreare, ed in particolare il diritto a ricorrere alla scienza medica per la procreazione, non coincide del tutto con il diritto a fondare una famiglia, ricompreso nelle garanzie previste nell'art. 8, ed è pertanto passibile di una minore tutela nell'ambito della CEDU. Queste affermazioni sul ruolo del concetto di margine di apprezzamento meritano una certa attenzione. Come noto la teoria del margine di apprezzamento è da tempo oggetto di studio e critica da parte della dottrina (in merito si ricordano A. McHarg, "Reconciling Human Rights and Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", in *Modern Law Review* 1999, p. 671 ss.; H. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Human Rights Jurisprudence*, Dordrecht, 1996; R. St. J. Macdonald, "The Margin of Appreciation", in *The European System for the Protection of Human Rights*, R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (eds.), Dordrecht, 1993; G. Letstas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007). In particolare, è stato affermato come il ricorso a questo concetto, da un lato, serva a dare una veste teorica alla necessità di operare un bilanciamento, che rispetti il principio di proporzionalità, fra la tutela degli interessi individuali e quella degli interessi generali richiamati, ad esempio, nel secondo comma dell'art. 8; ma, dall'altro, rappresenti un escamotage per consentire alla Corte di non prendere una posizione su questioni che paiono complesse e delicate. Non è un caso, infatti, se il ricorso a questa teoria è evidente proprio nelle situazioni in cui la tutela delle posizioni individuali si scontra con il sentire morale delle comunità nazionali o di parte di esse. Ora, è chiaro come l'idea del margine di apprezzamento, e quindi di una discrezionalità più o meno ampia lasciata allo Stato, rispetto al modo di adeguarsi ai parametri stabiliti dalla CEDU, non sia di per sé da valutare in modo negativo, né necessariamente foriera di un livellamento verso il basso degli standard di tutela. Del resto, un meccanismo di imposizione top down, da parte della Corte europea, delle scelte etiche sull'esercizio dei diritti individuali non appare convincente. Tuttavia, il ricorso al margine di apprezzamento dovrebbe avvenire con estrema cautela, per non comportare il rischio di uno svilimento del ruolo della Corte. Laddove la Corte, come in questo caso, sostiene che le scelte legate alla fecondazione medicalmente assistita provocano "unease ... among large sections of society as to the role and possibilities of modern reproductive medicine" (par. 99), dovrebbe tentare di offrire un fondamento fattuale di tali affermazioni, per poter giustificare la loro rilevanza nella valutazione della legittimità delle scelte statali: chi sono e quante sono, in realtà, queste fasce dell'opinione pubblica contrarie al ricorso alla fecondazione in vitro eterologa? Allo stesso tempo, è evidente che ciò che pensa l'opinione pubblica non può rappresentare, di per sé, un parametro di valutazione idoneo rispetto alla garanzia dei diritti individuali, in quanto potrebbe essere spinta dall'esigenza di mantenere in vita atteggiamenti ed opinioni in varia misura discriminatori, certamente non in linea la prassi della stessa Corte europea. Discriminatorie ci appaiono, ad esem-

pio, le dichiarazioni del Governo italiano, intervenuto in causa, in base alle quali "to call maternal filiation into question by splitting motherhood would lead to a weakening of the entire structure of society" (par. 73). In queste frasi, infatti, appare a nostro avviso evidente il tentativo di perpetrare una visione della donna/madre nella società che lascia piuttosto perplessi circa la compatibilità di questo stereotipo con il reale rispetto del principio di parità di genere (sul punto cfr. anche A. Timmer, "Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights", in *Human Rights Law Review* 2011, p. 707 ss.).

La Corte meglio allora avrebbe fatto ad interrogarsi con maggiore chiarezza su cosa si celi dietro il dibattito all'interno degli Stati in materia di fecondazione assistita, invece di limitarsi ad affermare che, poiché un tale dibattito esiste ed ha anche un carattere etico, genera un'ampia discrezionalità per lo Stato nell'applicazione dell'art. 8. Invece la Corte risolve il problema giustificando il ricorso alla teoria del margine di apprezzamento attraverso un ulteriore strumento interpretativo: quello della valutazione del 'consenso' esistente fra gli Stati membri sulla questione dei limiti e delle condizioni per gli individui dell'utilizzo delle tecniche di fecondazione assistita.

Arriviamo così al terzo passaggio logico di questa decisione che pare ancora meno convincente dei due che lo hanno preceduto. Afferma, infatti, la Grande Camera, in modo piuttosto contraddittorio, che esiste "an emerging consensus in the legislation of the Contracting States allowing sperm and ova donation for the purpose of in vitro fertilization"; tuttavia aggiunge che "[t]hat emerging consensus is not, however, based on settled and long-standing principles established in the law of the member States but rather reflects a stage of development within a particularly dynamic field of law and does not decisively narrow the margin of appreciation of the State (par. 96)". Quello che i giudici sembrano sostenere, dunque, è che il consenso fra Stati membri, per poter essere preso in considerazione come parametro capace di limitare il margine di apprezzamento di cui essi godono, deve essere fondato su principi consolidati nel tempo. Questa presa di posizione, che non appare neppure supportata dalla prassi precedente della stessa Corte, desta forti perplessità. In primo luogo perché, di nuovo, non è sostenuta da un'indagine fattuale adeguata, in secondo luogo perché non si definisce in nessun modo cosa debba intendersi per "long-standing principles" e si lascia così aperta la strada per gli Stati ad un ricorso quasi illimitato al margine di apprezzamento, come fanno notare anche i giudici Tulkens, Hivelä, Lazarova Trajkovska e Tsotsoria nella loro opinione dissenziente ("The Court thus takes the unprecedented step of conferring a new dimension on the European consensus and applies a particularly low threshold to it, thus potentially extending the States' margin of appreciation beyond limits. The current climate is probably conducive to such a backward step", v. par. 8 ).

Date queste premesse logiche e teoriche poco solide, l'analisi successiva, che porta la Grande Camera a dichiarare che non vi è stata violazione delle norme della CEDU, si fonda su argomenti del tutto opinabili, facendo propria, in larga

parte, la posizione del Governo austriaco. Il primo argomento è quello per cui la donazione di ovuli può produrre situazioni di sfruttamento delle donne, che, per difficoltà economiche ed emarginazione, potrebbero vendere i propri ovuli, ovvero i propri ovuli in eccesso, per poter sostenere le spese di una fecondazione in vitro (par. 66). Tale argomento pare, in verità, piuttosto debole, poiché lo Stato dispone di strumenti sufficienti ad evitare il concretizzarsi di simili rischi e suona piuttosto paternalistico nei confronti delle donne in generale.

Il secondo argomento, è quello per cui una divisione fra madre genetica e madre biologica porrebbe il problema del sorgere di "unusual relationships in which the social circumstances deviated from the biological ones". L'accettazione di detta obiezione, supportata anche dal Governo italiano, è a mio parere l'aspetto più debole di tutta la decisione della Grande Camera. L'idea che il rispetto del principio *mater semper certa est* sia, nel terzo millennio, il parametro di valutazione del diritto a fondare una famiglia si scontra con tutti i cambiamenti già avvenuti nella società europea e di cui la Corte ha sempre tenuto conto. Si pensi ad esempio alle decisioni che la Corte ha preso negli anni per garantire la posizione degli individui anche all'interno di relazioni familiari non propriamente 'usuali' dal riconoscimento dei diritti dei figli naturali nati fuori dal matrimonio (caso *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74, sentenza del 13 giugno 1979; *Vermeire c. Belgio*, ricorso n. 12849/87, sentenza del 29 novembre 1991; *Kroon et al. C. Paesi Bassi*, ricorso n. 18535/91, sentenza del 27 ottobre 1994), ai diritti delle coppie omosessuali (*Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76, sentenza del 22 ottobre 1981), ai diritti dei transessuali (Corte [GC], *Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, sentenza del 11 luglio 2002), alle questioni legate all'adozione (O. c. *Regno Unito*, ricorso n. 9276/81, sentenza dell'8 luglio 1987; *EB c. Francia*, ricorso n. 43546/02, sentenza del 22 gennaio 2008, v. nostro commento su questa Rivista 2008, p. 653) In tutte queste decisioni, la Corte non si è mai preoccupata che si creassero legami familiari diversi rispetto a quelli considerati 'normali', ma ha piuttosto concentrato la propria attenzione sulla necessità di tutelare in maniera efficace la posizione dei singoli, anche in contrapposizione con ciò che la maggioranza dell'opinione pubblica ritiene moralmente accettabile. Anche laddove la Corte ha riconosciuto la necessità di porre limiti ai diritti degli individui, essa ha comunque, stabilito, ad esempio, che una coppia omosessuale ha una relazione affettiva degna di ricevere tutela in quanto 'vita familiare', secondo quanto previsto dallo stesso art. 8 (*Schalk e Kopf c. Austria*, ricorso n. 30141/04, sentenza del 24 giugno 2010, v. commento di C. Ragni su questa Rivista 2010, p. 639). Proprio nei casi di una possibile discriminazione per motivi sessuali, la Corte negli ultimi anni ha tenuto un atteggiamento abbastanza rigoroso riducendo il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati (*J. Schokkenbroek*, "The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation", in *Human Rights Law Journal* 1998, p. 20 ss.).

Ora a noi pare che la decisione che qui si commenta rappresenti un passo indietro ed un adeguarsi ad un concetto di rapporti familiari 'normali', che non rispondono affatto all'idea della Convenzione come strumento vivente. Tanto più

che, se la Corte accetta l'idea che la fecondazione eterologa con donazione di ovuli può comportare il rischio di creare rapporti sociali complessi, in cui vi è una diversità fra madre genetica e madre biologica, capace di creare 'confusione' anche a livello giuridico, è poi costretta ad un ragionamento ancora più involuto nella situazione che gli altri ricorrenti portano alla sua attenzione, quando è la fecondazione in vitro con donazione di sperma ad essere proibita dalla legge austriaca. Qui, infatti, non è ben chiaro come si possa sostenere che una simile scelta legislativa non ecceda il margine di apprezzamento e non sia discriminatoria, dato che la fecondazione in vivo eterologa è possibile. Dal punto di vista delle relazioni che si creano fra genitori biologici e non, da un lato, e figli, dall'altro, non vi è alcuna differenza che possa derivare dal fatto che l'embrione si è formato fuori o dentro l'utero, quando si fa ricorso al seme di un donatore.

La scelta della Grande Camera produce quindi indubbiamente, a nostro avviso, il risultato di discriminare fra coppie con problemi di sterilità, poiché in caso di fecondazione in vivo si può usare seme donato, non altrettanto se si ricorre alla fecondazione in vitro. E se si ha bisogno di donazione di ovuli, questa non è mai possibile, di fatto creandosi un trattamento diverso fra sterilità maschile e femminile. Né risulta chiaro come mai la donazione di seme, e la conseguente assenza del genitore biologico, non dovrebbe creare nel bambino lo stesso rischio di turbamento psicologico che la Corte e il Governo austriaco ritengono ci sia nel caso di donazione di ovuli.

L'unico aspetto positivo ci pare l'apertura che la Corte lascia per un futuro cambiamento di impostazione nel paragrafo finale della decisione, laddove essa afferma: "[i]n this connection the Court reiterates that the Convention has always been interpreted and applied in the light of current circumstances (see *Rees c. Regno Unito*, ricorso n. 9532/81, sentenza del 17 ottobre 1986, par. 47). Even if it finds no breach of Article 8 in the present case, the Court considers that this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States" (par. 118). Come dire che se i giudici austriaci si fossero pronunciati nel 2010, anziché nel 1999, la decisione a Strasburgo sarebbe stata diversa.

Alessandra Viviani