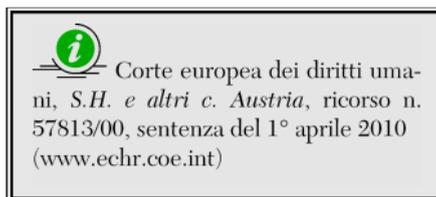


DIRITTI CIVILI E POLITICI

Il divieto di fecondazione eterologa all'esame della Corte europea dei diritti umani

Se in materia di procreazione 'naturale' la Corte europea dei diritti umani procede con estrema cautela, evitando – ancora nel caso *Tysiac c. Polonia* (ricorso n. 5410/03, sentenza del 20 marzo 2007, confermata dalla Grande Camera il 24 settembre 2007; v. il commento di A.Viviani, in questa Rivista 2008 p. 406) – di pronunciarsi nel merito sul tema dell'aborto, essa sembra invece più ardita quando si avventura nel campo della procreazione 'assistita'. Ne è prova la decisione del caso *Evans c. Regno Unito* (ricorso n. 6339/05, sentenza del 7 marzo 2006, confermata dalla Grande Camera il 10 aprile 2007; v. il commento di A.Viviani, in questa Rivista 2008 p. 160), in cui, in assenza di consensus negli Stati europei circa "the scientific and legal definition of the beginning of life", la Corte entra nel merito sul tema della sorte degli embrioni congelati, dichiarando conforme alla Convenzione la normativa britannica che nega all'embrione in vitro il diritto alla vita, affidando quest'ultimo ai 'genitori' e, in caso di disaccordo, allo Stato.

Il 1° aprile 2010 la Corte torna sui c.d. reproductive rights, pronunciandosi, nel caso *S.H. e altri c. Austria* (ricorso n. 57813/00), sulla fecondazione eterologa, con una sentenza destinata a ripercuotersi significativamente sulle normative statali. La vicenda riguarda due coppie che si sono viste negare in Austria l'accesso alla fecondazione in vitro, con seme di donatore e rispettivamente ovulo di donatrice. Di qui, nel 1998, la richiesta al Verfassungsgerichtshof austriaco di un giudizio circa la legittimità costituzionale delle norme della legge sulla procreazione assistita che vietano la fecondazione eterologa (con l'unica eccezione dell'utilizzo di sperma di donatore per la fecondazione in vivo: sez. 3 (1) e (2) Fortpflanzungsmedizinengesetz), per supposta violazione del diritto al rispetto della vita privata e del principio di uguaglianza, protetti dagli artt. 8 e 14 CEDU (oltre che dall'art. 7 della Costituzione austriaca). I giudici costituzionali, nel 1999, dichiarano la legittimità delle norme incriminate. Pur in assenza di giurisprudenza degli organi di Strasburgo, il Verfassungsgerichtshof ritiene che la decisione di una coppia di avere figli ricorrendo alle tecniche di procreazione assistita rientri nell'ambito di protezione dell'art. 8 CEDU. Il divieto di fecondazione eterologa integra bensì



Diritti umani e diritto internazionale

un'ingerenza nella vita privata ad opera dello Stato ma contenuta nei margini di apprezzamento che quest'ultimo può e deve esercitare – ai sensi del par. 2 dello stesso art. 8 – bilanciando i confliggenti interessi della dignità umana, del diritto alla procreazione e del benessere del bambino (comprensivo della salute e dei suoi diritti); non sussisterebbe infine alcuna forma di discriminazione.

Nel 2000, i ricorrenti si rivolgono alla Corte europea: ritengono infatti che il diritto di fondare una famiglia e di procreare attenga alla sfera più intima della persona, nella quale lo Stato non dovrebbe interferire né godere di alcun margine di apprezzamento. Il divieto di fecondazione eterologa violerebbe pertanto l'art. 8 CEDU. Non solo, ma posto che il divieto austriaco ammette un'eccezione per le tecniche in vivo, si crea una discriminazione ai danni di coloro che debbono ricorrere a tecniche in vitro: discriminazione che si ripresenta per chi necessita di fecondazione in vivo con donazione di ovuli, in quanto solo la donazione di sperma è consentita. L'Austria contravverrebbe così anche all'art. 14 CEDU.

Il Governo di Vienna eccipisce il proprio ampio margine di apprezzamento nel campo della medicina riproduttiva, ritenendo il divieto di fecondazione in vitro obiettivamente e ragionevolmente giustificato alla luce dello scopo perseguito: proteggere la salute ed il benessere delle donne e dei bambini, salvaguardare i valori etici e morali della società. Questi scopi, unitamente al rischio di abusi e rincorsa della 'selezione' dei nascituri, legittimano l'interferenza dello Stato, che nella specie rientra nei parametri di proporzionalità richiesti dalla giurisprudenza europea. Esercitando il diritto di intervento previsto dall'art. 36 par. 1 CEDU, il Governo tedesco sottopone alla Corte, a supporto del Governo austriaco, alcune osservazioni in merito al divieto di donazione di ovuli: la legge tedesca sulla protezione dell'embrione (*Embryonenschutzgesetz*), infatti, sanziona penalmente l'impianto nel corpo femminile di un ovulo prelevato da altra donna. La scissione tra maternità biologica e maternità genetica anzitutto è contraria all'interesse del figlio, e al suo diritto di identità e di sviluppo della personalità; inoltre può dare origine a problemi di imputazione della maternità nonché a conflitti tra le madri (si pensi al caso in cui la donatrice si riveli portatrice di malattie genetiche).

La Corte procede anzitutto a chiarire che la decisione di procreare ricorrendo ad assistenza medica rientra nella nozione di 'vita privata' il cui rispetto è garantito dall'art. 8 CEDU. Si tratta, come è noto, di una nozione molto ampia, a cui la Corte ha recentemente ricondotto la decisione di avere o non avere figli (*Evans cit. par. 71*) e di diventare genitore genetico (*Dickson c. Regno Unito [GC]*, ricorso n. 44362/04, sentenza del 4 dicembre 2007, par. 66).

Nel caso qui in esame, tuttavia, il ricorso è fondato non già sull'art. 8, bensì sull'art. 14 CEDU (quantunque in combinato disposto con l'art. 8). Posto che l'art. 14 non presuppone necessariamente la violazione di un diritto sostanziale protetto dalla Convenzione, ma richiede solo che il caso riguardi "il godimento dei diritti ... riconosciuti" dalla CEDU e quindi ricada "within the ambit" di una disposizione della Convenzione (*Petrovic c. Austria*, ricorso n. 20458/92 sentenza del 27 marzo 1998, par. 22, e *Burden c. Regno Unito [GC]*, ricorso n.

13378/05, sentenza del 29 aprile 2008, par. 58), la Corte dichiara applicabile l'art. 14, in combinato con l'art. 8, procedendo all'analisi del caso alla luce, appunto, del divieto di discriminazione.

Come era prevedibile, la Corte parte dalla constatazione della mancanza di consensus tra gli Stati parti della CEDU in relazione alle problematiche connesse alla procreazione assistita. Mentre in alcuni Stati è compiutamente regolamentata, in altri la materia è solo parzialmente disciplinata; in altri ancora, infine, permane un vuoto legislativo. Anche laddove vi sia una normativa, comunque, le tecniche ammesse sono diverse. Se la disciplina austriaca è simile a quella tedesca, in Italia, Lituania e Turchia il divieto di fecondazione eterologa è assoluto, mentre in Svizzera e Norvegia è vietata solo la donazione di ovuli. All'assenza di consensus tra gli Stati la Corte fa corrispondere un margine di apprezzamento assai ampio, sia in ordine alla decisione di intervenire legislativamente in materia, sia – una volta presa la decisione di intervenire – in ordine alla disciplina da adottare: la quale deve nondimeno conformarsi ai dettami della CEDU. Nel caso di specie la Corte ritiene opportuno procedere alla verifica di conformità tenendo distinte le situazioni concrete.

Per quanto concerne la (seconda) coppia che non può accedere a fecondazione in vitro di ovulo da donatrice, la Corte si interroga sulla legittimità e proporzionalità della differenza di trattamento riservato a detta coppia rispetto alle coppie cui è concesso accedere a tecniche di fecondazione artificiale senza ricorso a donazione di ovulo. Considerazioni morali o sociali non sono in sé sufficienti a giustificare il divieto assoluto di una specifica tecnica, quale la donazione di ovuli; ma sono da tenere in alto conto al momento di decidere se ammettere o meno la procreazione assistita tout court. Infatti – la Corte tiene a precisarlo, e si tratta di una precisazione molto importante – “there is no obligation on a State to enact legislation of the kind and to allow artificial procreation” (par. 74). Una volta scontato il rischio di abusi e deciso di legalizzare la medicina riproduttiva, lo Stato non può tuttavia invocare il margine di apprezzamento per dettare una disciplina poco coerente e per certi aspetti discriminatoria. In particolare “a complete ban on the medical technique at issue would not be proportionate unless, after careful reflection, it was deemed to be the only means of effectively preventing serious repercussions” (par. 76). Nel caso austriaco, la Corte non è convinta che il divieto assoluto costituisca “the only or the least intrusive means of achieving the aim pursued”. Quanto poi al rischio, denunciato dal Governo, di sfruttamento delle donne, esso riguarda a ben vedere tutte le tecniche di procreazione assistita, e non solo il caso specifico della donazione di ovuli. Inoltre “potential abuse, which undoubtedly has to be combated, is not a sufficient reason for prohibiting a specific procreation technique as a whole, if there exists the possibility to regulate its use and devise safeguards against abuse” (par. 77): possibilità, questa, effettivamente utilizzata dal legislatore austriaco che vieta la remunerazione del donatore di sperma od ovuli. Un altro rischio ricordato dal Governo è quello di danneggiare la salute della donna per favorire la produzione di ovuli: ma – pre-

cisa la Corte – è questo un rischio a cui la donna va incontro anche nei casi di fecondazione in vitro di tipo omologo, in vista della quale essa è sottoposta a pesanti trattamenti ormonali. Quanto infine alla rilevata scissione tra maternità biologica e maternità genetica, la Corte osserva che il legislatore austriaco si è attenuto al principio civilistico *mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant*, scongiurando così conflitti di maternità.

La procreazione con ovulo di donatrice comporta l'instaurarsi di relazioni familiari atipiche ma ormai note agli ordinamenti giuridici: a partire dal momento in cui è stato accolto l'istituto dell'adozione, infatti, gli Stati riconoscono anche i legami tra soggetti privi di diretti vincoli biologici. Pertanto "there are no insurmountable obstacles to bringing family relations which would result from a successful use of the artificial procreation techniques at issue into the general framework of family law and other related fields of law" (par. 81).

Un ultimo aspetto da valutare riguarda il legittimo interesse del figlio ad essere informato circa la propria ascendenza, che nel caso di donazione di gameti è per lo più impossibile da ricostruire. La Corte ribadisce un concetto ripetutamente enunciato negli ultimi anni: ogni individuo ha diritto alla identità personale, anche attraverso la conoscenza dell'identità dei propri genitori (v. in generale i casi *Gaskin c. Regno Unito*, ricorso n. 10454/83, sentenza del 7 luglio 1989, punti 36 e ss., e *Mikuli c. Croatia*, ricorso n. 53176/99, sentenza del 7 febbraio 2002, punti 53-54; e più in particolare *Jaggi c. Svizzera*, ricorso n. 58757/00, sentenza del 13 luglio 2006, par. 25, su cui v. nostro commento in questa Rivista, 2007, p. 394). Quello di ricevere informazioni circa i propri genitori biologici non si configura però come un diritto assoluto, in quanto lo Stato potrebbe legittimamente proteggere l'anonimato del genitore (v. *Odièvre c. Francia [GC]*, ricorso n. 42326/98, sentenza del 13 febbraio 2003, par. 49). Nulla vieta quindi al legislatore austriaco di trovare un giusto compromesso tra l'interesse del donatore di gameti a restare anonimo e l'opposto interesse del figlio ad ottenere informazioni sul genitore.

In conclusione, a maggioranza di 5 voti a 2, la Corte ravvisa nel divieto di donazione di ovuli una violazione dell'art. 14, combinato con l'art. 8.

Per quanto concerne gli altri ricorrenti, la lesione lamentata riguarda il diniego di fecondazione in vitro con seme di donatore, richiesta dalla coppia per ovviare nel contempo alla sterilità del marito e alla impossibilità della moglie di concepire per vie naturali. La Corte è chiamata a valutare la legittimità del diverso trattamento dei ricorrenti rispetto a coppie ammesse alla fecondazione in vivo con seme di donatore. La fecondazione in vitro con seme di donatore è la combinazione di due tecniche ammesse dal legislatore austriaco: la fecondazione in vitro con gameti della coppia e la donazione di sperma. Per giustificare il divieto della combinazione di due tecniche lecite, il Governo deve essere in grado di fornire argomenti particolarmente convincenti, il che – ad avviso della Corte – non è stato. Neppure l'argomento che poggia sull'inefficacia del divieto di fecondazione eterologa in vivo, che può essere praticata anche senza ausilio

medico (e che del resto è utilizzata già da molto tempo prima dell'intervento legislativo), convince la Corte. Ribadendo che "where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted" (par. 93; v. Evans, cit., par. 77), la Corte (a maggioranza di 6 voti a 1) giunge alla conclusione che il desiderio di avere un figlio è un elemento talmente importante nell'esistenza di un individuo da prevalere su considerazioni di efficienza. La proibizione della fecondazione in vitro con seme di donatore è pertanto sproporzionata rispetto allo scopo perseguito e dunque viola l'art. 14 CEDU, combinato con l'art. 8.

Al di là delle inevitabili ripercussioni sulle leggi statali che – come quella italiana – vietano la fecondazione eterologa (o alcune sue forme), la sentenza della Corte è interessante per il ragionamento seguito. Anziché porsi nell'ormai tradizionale dialettica tra obblighi positivi e margine di apprezzamento, infatti, la Corte ha espressamente negato l'esistenza di obblighi positivi in materia di procreazione assistita: affermazione non del tutto convincente soprattutto perché preceduta dalla riconduzione della materia all'ambito di protezione garantito dall'art. 8, terreno d'elezione della giurisprudenza di Strasburgo relativa agli obblighi positivi (v. il nostro *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003, p. 90 ss.). Quanto poi al ruolo giocato dal margine di apprezzamento, la Corte parte – in mancanza di consensus tra gli Stati – da una ricostruzione estensiva, finendo però col ridurlo al minimo "where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake". In pratica, non essendo chiara l'estensione del margine di apprezzamento in sede di disciplina della procreazione assistita, lo Stato potrebbe essere tentato di non disciplinarla affatto: posto che non esiste alcun obbligo positivo, insomma, lo Stato che non legifera in materia sarebbe al riparo da censure da Strasburgo, molto più dello Stato che legifera. Emblematico il caso dell'Austria, che si trova adesso nella situazione di dover rivedere la propria legge, godendo di un ristrettissimo margine di apprezzamento; con il rischio, nel caso decidesse di rendere assoluto il divieto di fecondazione eterologa, di vedersi nuovamente portata davanti ai giudici di Strasburgo.

Cristina Campiglio