

La difesa della morale come giustificazione di limitazioni al rispetto della vita privata, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani

Vladimiro Zagrebelsky*

THE PROTECTION OF MORALS AS A JUSTIFICATION FOR IMPOSING LIMITS TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE
IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: The Author describes how the European Convention authorizes limits to rights and liberties, in particular by mentioning the protection of morals in article 8, the logic and problems of the margin of national appreciation and of the European consensus, with at the end the awkward recognition by the Court of the conclusive role of the majorities in the countries.

KEYWORDS: European Convention on Human Rights; respect for private life; protection of morals; margin of appreciation; European consensus

SOMMARIO: 1. La protezione della morale come possibile limite a quella della vita privata – 2. Il margine di apprezzamento nazionale – 3. Il richiamo al consenso europeo – 4. Apprezzamento nazionale e maggioranza politica nel Paese

1. La protezione della morale come possibile limite a quella della vita privata

I temi che ricadono nel campo vasto, eterogeneo e in certa misura indefinito del biodiritto, sono nella giurisprudenza della Corte europea il regno del margine di apprezzamento nazionale. Nella materia è fondamentale conoscere di cosa si tratti e quale ruolo svolga nell'economia della Convenzione, con l'avvertenza che dalla giurisprudenza della Corte europea si trae il contenuto attuale dei diritti e delle libertà fondamentali che gli Stati europei «riconoscono» e che l'interpretazione data dalla Corte è vincolante per le autorità degli Stati membri del Consiglio d'Europa¹.

I ricorsi che hanno dato occasione alla Corte di interpretare e applicare la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali in tema di biodiritto sono stati generalmente trattati in rapporto all'art. 8 Conv., che stabilisce il diritto al rispetto della vita privata (e familiare). Tale diritto ammette limitazioni purché siano previste dalla legge e siano necessarie in una società democratica in vista di uno o più degli scopi legittimi indicati dalla norma. Sono riferibili a tale area una serie di sentenze della Corte che hanno considerato vicende relative all'aborto (decisione *Boso c. Italia*; sentenze

* Direttore del Laboratorio dei Diritti Umani, Collegio Carlo Alberto di Torino; già giudice della Corte europea dei diritti umani. Mail: v.zagrebelsky@gmail.com. Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Artt. 1, 19 e 32 Conv. Nella giurisprudenza costituzionale, in riferimento all'art. 117 Cost., Corte cost. n. 348 e 349/2007. Faccio rinvio generale alla recente trattazione del tema in V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, II ed., Bologna, 2019.

Tysiác c. Polonia; R.R. c. Polonia; A. B. e C. c. Irlanda; Open Doors c. Irlanda), la maternità surrogata (*Mennesson e Labassee c. Francia; Foulon c. Francia; Bouvet c. Francia*), la PMA (*Dickson c. UK; S.H. c. Austria*) e l'uso degli embrioni congelati (*Evans c. UK; Parrillo c. Italia*); la diagnosi genetica preimpianto (*Costa e Pavan c. Italia*); il suicidio assistito (*Pretty c. Regno Unito; Haas c. Svizzera; Koch c. Germania*) e la cessazione di trattamento vitale (*Lambert c. Francia; Gard e Evans c. Regno Unito; Afiri e Biddari c. Francia*).

In tutti i casi la Corte ha esaminato le vicende soltanto o anche in riferimento allo scopo legittimo dell'interferenza fatto valere dal governo e consistente nella protezione della morale. Ed è affermazione ripetuta nella giurisprudenza della Corte che non è riscontrabile nell'ambito del Consiglio d'Europa una nozione comune di morale. Si tratta inoltre di nozione variabile nel tempo; gli Stati, meglio della Corte, sono chiamati a definirla². E proprio in rapporto alla protezione della morale, come ragione giustificatrice di limitazioni al rispetto della vita privata delle persone, si è sviluppata una giurisprudenza che largo spazio lascia all'apprezzamento nazionale. Del margine di apprezzamento nazionale occorre quindi ora discorrere: esso non riguarda solo modi e limiti della interferenza statale, ma anche la portata stessa della morale cui far riferimento. Per la definizione della morale la Corte non ha elaborato una sua «nozione autonoma» utile per l'applicazione della Convenzione ed eguale nei confronti di tutti gli Stati.

2. Il margine di apprezzamento nazionale

La Corte europea riconosce agli Stati un margine di apprezzamento nell'applicazione della Convenzione in particolare per quanto riguarda la necessità e proporzione delle limitazioni ai diritti. La nozione è comparsa nella giurisprudenza della Corte in casi molto particolari e circoscritti. Quanto alla sospensione degli obblighi dello Stato nei casi di cui all'art. 15 Conv., la Corte già in epoca risalente ha affermato che i limiti del suo controllo emergono con particolare chiarezza rispetto alla competenza degli Stati nel valutare l'esistenza di un «pericolo pubblico che minacci la vita della nazione». In proposito perciò va loro riconosciuto un largo margine di apprezzamento, fermo restando il controllo della Corte affinché non venga superata la misura strettamente necessaria della deroga³. Fu poi la Commissione europea dei diritti umani, nel caso relativo ad alcuni profili del regime linguistico dell'insegnamento in Belgio, a prospettare un'applicazione ampia della nozione, in particolare in quel caso, che riguardava l'art. 14 Conv. Secondo la Commissione il margine di apprezzamento nazionale va riconosciuto agli Stati in rapporto alle clausole che «non definiscono con precisione i diritti» che esse sanciscono. Tali clausole «lasciano agli Stati un certo margine di apprezzamento per ciò che concerne la loro attuazione», «autorizzano restrizioni o eccezioni ai diritti garantiti», «attribuiscono agli Stati, entro certi limiti, la scelta dei mezzi più idonei per attuare un diritto»⁴. La Corte seguì la stessa impostazione affermando che essa non potrebbe ignorare le circostanze di diritto e di fatto che caratterizzano la vita

² *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, §§ 46-48; *Müller c. Svizzera*, 24 maggio 1988, § 36; *Akdas c. Turchia*, 16 febbraio 2010, §§ 23-31.

³ *Lawless c. Irlanda*, 1° luglio 1961, § 22, 36-38; *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, §§ 205-207.

⁴ La posizione della Commissione si trova sintetizzata nella sentenza della Corte, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgio*, 23 luglio 1968, § 4 della parte relativa all'esposizione degli argomenti delle parti sulla portata dell'art. 2 Prot. 1 e artt. 8 e 14 Conv.

sociale nello Stato convenuto in giudizio; se si sostituisse alle autorità nazionali competenti, la Corte perderebbe di vista il carattere sussidiario del meccanismo della Convenzione. In conclusione, secondo la Corte le autorità nazionali, in quanto in contatto diretto con le forze vive del loro paese, sono meglio attrezzate per valutare fatti ed esigenze, rispetto ad una Corte internazionale, e rimangono libere di scegliere le misure che ritengono appropriate, sotto il controllo della Corte europea riguardo alla conformità di tali misure alle esigenze della Convenzione⁵. La Corte d'altra parte ha affermato che il sistema convenzionale non implica l'imposizione di un'uniformità assoluta nell'applicazione della Convenzione⁶.

Il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati riguarda principalmente le ipotesi di limitazioni a un diritto convenzionale che lo Stato assuma siano necessarie sulla base di esigenze legittime riconosciute dalla Convenzione. Si tratta di casi in cui sia in discussione il peso relativo degli interessi in competizione oppure il miglior mezzo per proteggerli, specialmente quando si verta su questioni di natura etica⁷. Possono essere richiamati, come esempi, le sentenze in tema di libertà di espressione e di limite posto per la protezione della morale⁸, o di diritto al rispetto dei beni in rapporto alla utilità pubblica di una limitazione⁹. Altri casi riguardano il bilanciamento tra diritti o libertà convenzionali confliggenti¹⁰. La Corte in proposito ha ritenuto che il riconoscimento del margine di apprezzamento nazionale risponda alla logica della sussidiarietà del sistema convenzionale rispetto ai sistemi nazionali, che per primi sono chiamati ad assicurare i diritti e le libertà della Convenzione. L'intervento della Corte, infatti, è solo previsto quando sia sorta una controversia e dopo che siano state esaurite le vie di ricorso interne. In proposito va però rilevato che il ruolo dello Stato nel riconoscere e assicurare i diritti della Convenzione non si sostanzia in un diritto, ma in un obbligo, che non implica autonomia nella definizione dell'ambito dei diritti e delle possibili loro limitazioni. Questa infatti è rimessa alla Corte (art. 32 Conv.), istituita per assicurare il rispetto degli obblighi degli Stati (art. 19 Conv.)¹¹. Tra la posizione dello Stato e quella della Corte non v'è quindi solo una differenza di successione cronologica e procedurale, ma anche di contenuti. Alla Corte la competenza a interpretare la Convenzione, agli Stati l'obbligo di adeguarvisi.

Al riconoscimento del margine di apprezzamento nazionale la Corte – istituita per condurre un controllo «esterno» rispetto agli Stati - ha aggiunto la rivendicazione di un suo ruolo nel controllo europeo di ragionevolezza, proporzione e salvaguardia della sostanza del diritto di cui si tratta¹². Tuttavia, la Corte europea mostra ritengo nel rivalutare la proporzionalità dell'interferenza statale nel diritto convenzionale oggetto del ricorso e il bilanciamento effettuato in sede nazionale tra diritti contrapposti,

⁵ *Affaire linguistique belge*, cit., § 10 della parte relativa alla interpretazione adottata dalla Corte sulla portata dell'art. 2 Prot. 1 e artt. 8 e 14 Conv.

⁶ *Sunday Times c. Regno Unito (n.1)*, 26 aprile 1979, § 61.

⁷ *Gard c. Regno Unito*, decisione 27 giugno 2017, § 122.

⁸ *Handyside c. Regno Unito*, cit., §§ 46-48.

⁹ *James e altri c. Regno Unito*, 21 febbraio 1986, § 46; *O' Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd c. Irlanda*, 7 giugno 2018, §§ 109, 115, 124.

¹⁰ Come nel caso *Evans c. Regno Unito*, 10 aprile 2007 in cui era in conflitto lo stesso diritto facente capo a persone diverse.

¹¹ *Austin e altri c. Regno Unito*, 15 marzo 2012, § 61.

¹² *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981, § 59.

purché la motivazione offerta dai giudici nazionali nel corso dell'esaurimento delle vie interne non sia manifestamente irragionevole.

Nel suo complesso l'istituto di origine giurisprudenziale che va sotto il nome di margine di apprezzamento risponde in linea di principio a ragionevoli preoccupazioni di definizione dei confini che sono propri a decisioni di natura giudiziaria (tanto più se di una Corte internazionale) rispetto a quelle politiche degli Stati.

La Corte europea afferma che l'ampiezza del margine di apprezzamento nazionale varia secondo le circostanze, le materie e il contesto e che rileva in proposito la presenza o l'assenza di un denominatore comune ai sistemi giuridici degli Stati che fanno parte del sistema della Convenzione. Da un lato il margine di apprezzamento è largo se non vi è consenso tra gli Stati membri sul peso relativo degli interessi in gioco o sul miglior modo di proteggerli, specialmente quando il ricorso solleva questioni morali o etiche delicate¹³. D'altro lato quando sia in gioco un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità dell'individuo, il margine di apprezzamento è stretto¹⁴. Ma si può in proposito osservare che spesso i temi morali sono presenti proprio quando sono in gioco aspetti rilevanti della esistenza e identità dei ricorrenti, cosicché non si saprebbe dire se il margine di apprezzamento debba essere largo o stretto¹⁵.

Per la – inevitabile – vaghezza dei numerosi e concorrenti elementi di cui la Corte tiene conto, il riconoscimento del margine di apprezzamento conduce a risultati imprevedibili nell'applicazione. E ciò non solo quando la Corte ritiene di poter differenziare l'ampiezza di quel margine a seconda delle diverse materie, ma anche quando vengono in esame i medesimi diritti e richiedono contemperamento. Così ad esempio la Corte ha ritenuto, quanto al diritto al matrimonio di persone transessuali dopo il mutamento di sesso, che il margine di apprezzamento nazionale possa riguardare certi aspetti della necessaria regolamentazione, ma non giungere fino a negare la possibilità stessa del matrimonio¹⁶, mentre nel caso del matrimonio tra persone dello stesso sesso (che la Corte ha affermato ormai rientrare nell'ambito dell'art. 12 Conv.) essa ha escluso la violazione del medesimo diritto anche se, nel caso, la legge nazionale impediva il matrimonio in modo assoluto¹⁷.

Nel definire in qualche modo l'ampiezza del margine di apprezzamento nazionale, come si è accennato sopra - almeno in linea di principio - gioca un ruolo essenziale il c.d. consenso europeo. La ricerca del consenso europeo d'altra parte, prima ancora di orientare la Corte nel definire l'ambito del margine lasciato allo Stato nel caso concreto, offre alla Corte un criterio orientativo nell'esercizio dell'ampia discrezionalità creativa che essa si riconosce nel determinare il contenuto (attuale) della Convenzione. Allo scopo di rendere condivisibili le conclusioni cui essa giunge, senza che appaiano espressione di un punto di vista puramente soggettivo, la Corte ricerca e indica gli elementi di appoggio, se non di evidente implicazione, offerti dal panorama del diritto comparato europeo, dal diritto internazionale e, più in generale, dallo sviluppo internazionale della protezione dei diritti fondamentali (considerando ad esempio la giurisprudenza della Corte interamericana o di giurisdizioni supreme o costituzionali

¹³ *Cossey c. Regno Unito*, 27 settembre 1990, § 40.

¹⁴ *Menesson c. Francia*, 26 giugno 2014, §§ 77-81 (riguardante la filiazione); *A. B. e C. c. Irlanda*, 16 dicembre 2010, §§ 229-238 (riguardante l'aborto).

¹⁵ La questione è menzionata (ma senza soluzione) in *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, § 177.

¹⁶ *Christine Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002, §§ 101-104.

¹⁷ *Schalk e c. Austria*, 24 ottobre 2010, §§ 42-64.

europee ed extra-europee)¹⁸. La ricerca del «consenso europeo» come insieme non solo di dati normativi vigenti, ma anche di tendenze sociali, vuol rispondere all'esigenza di contrastare il carattere autoreferenziale della giurisprudenza della Corte e dare solidità alle sue scelte giurisprudenziali. Tuttavia, si tratta di una nozione generica e di difficile accertamento in concreto. La Corte non ricerca l'unanimità di tutti gli Stati europei (rispetto alla quale sarebbe eccentrica la posizione dello Stato cui il ricorso si riferisce), ma assegna rilevanza ai segni, non sempre univoci, di tendenze significative verso il più ampio riconoscimento dei diritti umani. Il fondamento oggettivo del richiamo al «consenso europeo» risulta quindi spesso debole¹⁹.

3. Il richiamo al consenso europeo

Non sempre l'esistenza del «consenso europeo» su un determinato orientamento è tuttavia motivo per la Corte di limitare il margine di apprezzamento nazionale. Esempio è l'atteggiamento adottato dalla Corte in due casi concernenti l'Irlanda e relativi alla restrittiva legislazione esistente all'epoca in materia di aborto²⁰. Nella seconda in ordine di tempo la Corte richiama quanto ritenuto nella prima, riconosce che il «consenso europeo» esprime un orientamento contrario a quello della legislazione irlandese, ma afferma che «*the protection afforded under Irish law to the right to life of the unborn was based on profound moral values concerning the nature of life which were reflected in the stance of the majority of the Irish people against abortion during the 1983 referendum*». La Corte per rispondere all'argomento delle ricorrenti secondo le quali l'orientamento dell'opinione pubblica irlandese sul piano della morale avrebbe nel frattempo mostrato un'evoluzione, si dedica alla ricostruzione di segni di significato opposto per concludere nel senso della insufficienza di indicazioni su «*a change in the views of the Irish people concerning the grounds for lawful abortion in Ireland, as to displace the State's opinion to the Court on the exact content of the requirements of morals in Ireland [...]. Accordingly, the Court finds that the impugned restrictions in the present case, albeit different from those at issue in the Open Door case, were based on profound moral values concerning the nature of life which were reflected in the stance of the majority of the Irish people against abortion during the 1983 referendum and which have not been demonstrated to have changed significantly since then*». Per questi motivi la Corte «*concludes that the impugned restriction therefore pursued the legitimate aim of the protection of morals of which the protection in Ireland of the right to life of the unborn was one aspect*» e «*having regard to the right to travel abroad lawfully for an abortion with access to appropriate information and medical care in Ireland, the Court does not consider that the prohibition in Ireland of*

¹⁸ V. un'esposizione delle fonti internazionali cui la Corte si richiama, in *Demir e Baykara c. Turchia*, 12 novembre 2008, §§ 65-86.

¹⁹ Secondo il risalente orientamento della Corte europea il tenore del «consenso europeo» emerge dall'orientamento della maggioranza degli Stati europei: *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., § 60. Tuttavia, nella pratica della Corte il requisito maggioritario sembra non essere sempre richiesto. V. la ricostruzione critica dell'uso fatto dalla Corte europea del concetto di «consenso europeo» da un suo passato presidente: L. WILDHABER, *No Consensus on Consensus? The practice of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal – HRLJ*, 33, 2013, 248 ss.

²⁰ *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, 29 ottobre 1992, § 63 e *A. B. e C. c. Irlanda*, cit., §§ 222-228, 241

abortion for health and well-being reasons, based as it is on the profound moral views of the Irish people as to the nature of life [...] and as to the consequent protection to be accorded to the right to life of the unborn, exceeds the margin of appreciation accorded in that respect to the Irish State». La Corte quindi ha affermato che la protezione della morale era lo scopo legittimo giustificante le restrizioni all'aborto nella legge irlandese. Per far ciò la Corte ha creduto di poter ricostruire la nozione di moralità propria della società irlandese. E la Corte ha poi ritenuto che le profonde convinzioni morali del popolo irlandese sulla natura della vita, non ostante la loro contrarietà all'inequivoco difforme «consenso europeo», dovessero entrare nel quadro del margine di apprezzamento da riconoscere al governo irlandese. Ma rientra nel ruolo di una Corte indagare, ricostruire, apprezzare la portata della moralità di un popolo (o piuttosto della sua maggioranza)? E non dovrebbero le Corti astenersene, stante l'estrema difficoltà di definire con precisione l'orientamento maggioritario della popolazione di un Paese in riferimento ai valori morali e religiosi? Le statistiche contano poco, le dichiarazioni ufficiali e le pretese delle Chiese, neppure. Il divario fra le formali adesioni a una confessione religiosa e le convinzioni più intime e profonde, così come gli stili di vita pratica, è sovente abissale. Questo significa che ogniqualvolta la Corte affronta tali temi, finisce nell'entrare su un terreno particolarmente scivoloso e si espone a gravi smentite. Come è noto infatti che il popolo irlandese si è espresso con il referendum svoltosi nel 2018, il cui esito ha abrogato la norma costituzionale su cui la legislazione restrittiva si fondava. Nel corso del tempo e particolarmente nel più recente periodo, la giurisprudenza della Corte europea è parsa incline ad ammettere in più ampi ambiti e con maggiore facilità il margine di apprezzamento rimesso agli Stati. Come si è ricordato sopra la Corte l'ha riconosciuto anche quando il consenso europeo fosse inequivocabilmente in senso opposto alla soluzione adottata dallo Stato convenuto in giudizio²¹ o in presenza di una legislazione nazionale che conduca all'annullamento del diritto convenzionale fatto valere²². Una simile tendenza giurisprudenziale è emersa mentre sempre più insistente si faceva la pressione degli Stati nel senso di interpretare la sussidiarietà secondo la nozione, radicalmente diversa, che è propria del diritto dell'Unione europea (criterio di attribuzione delle competenze tra Unione e Stati membri). In tal modo però si giunge a rovesciare in prerogativa degli Stati quello che è un loro obbligo derivante dall'art. 1 Conv. E si rischia di entrare in collisione con la finalità, propria della Convenzione, di «realizzare una più stretta unione fra i suoi membri» in vista della «salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

4. Apprezzamento nazionale e maggioranza politica nel Paese

Un problema grave che si presenta quando il margine di apprezzamento statale viene ammesso dalla Corte, conducendola ad escludere la violazione della Convenzione in casi in cui venga in discussione un tema di moralità, è quello che rinvia al ruolo riconosciuto alla maggioranza della popolazione dello Stato. L'atteggiamento della maggioranza rileva non solo nel definire il contenuto della morale la cui difesa giustifica la limitazione del diritto del ricorrente nel caso sottoposto alla Corte, ma anche si ri-

²¹ A. B. e C. c. Irlanda, cit., §§ 235-241.

²² Schalk e Kopf c. Austria, cit., §§ 62-63.

propone quando, riconosciuto il margine di apprezzamento, lo Stato ne fa uso seguendo l'orientamento maggioritario²³. Due volte quindi il punto di vista rilevante è quello maggioritario. A questo si riferisce la Corte quando afferma che la portata di un diritto o di una libertà è lasciata all'apprezzamento dello Stato o del governo? Così però si legittima una pretesa della maggioranza di imporsi all'insieme delle persone, facendo valere la sua forza, nel governo, nel parlamento e nella società. Ma in materia di diritti fondamentali opera piuttosto il principio contro-maggioritario, con la conseguenza che vi sono limiti entro i quali i prevalenti standard locali di moralità possono imporsi e giustificare interferenze nel diritto dei singoli al rispetto della propria vita privata²⁴. E la giurisprudenza della Corte finisce per rinunciare a svolgere il proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali mediante l'indicazione della via della tolleranza e dell'equilibrio fra i diritti della maggioranza, quelli delle minoranze e quelli dei singoli individui.

La convinzione che le scelte della maggioranza siano di per sé legittime e debbano quindi prevalere va messa in discussione, rinunciando alla falsa idea che vuole che la regola maggioritaria, la tolleranza e la democrazia procedano sempre insieme, senza alcun problema.

²³ *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 settembre 1994, § 48.

²⁴ *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., § 60.