

Traduzione © a cura del Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, eseguita da Concetta Argirò, assistente linguistico

Permission to re-publish this translation has been granted by the Italian Ministry of Justice for the sole purpose of its inclusion in the Court's database HUDOC

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
GRANDE CAMERA
CAUSA S.H. ED ALTRI c. AUSTRIA
(Ricorso n. 57813/00)

SENTENZA
STRASBURGO - 3 novembre 2011

La presente sentenza è definitiva. Può subire modifiche di forma.

Nella causa S.H. ed altri c. Austria,
La Corte europea dei diritti dell'uomo, riunita in una Grande Camera, composta da:
Jean-Paul Costa, presidente,
Nicolas Bratza,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Elisabeth Steiner,
Elisabet Fura,
Danutė Jočienė,
Ján Šikuta,
Dragoljub Popović,
Ineta Ziemele,
Päivi Hirvelä,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Ledi Bianku,
Nona Tsotsoria,
Işıl Karakaş,
Guido Raimondi,
Vincent A. de Gaetano, giudici,
e da Michael O'Boyle, cancelliere aggiunto,

Dopo aver deliberato in camera di consiglio il 23 febbraio 2011 e il 5 ottobre 2011,

Rende la seguente sentenza, adottata in quest'ultima data:

PROCEDURA

1. All'origine della causa vi è un ricorso (n. 57813/00) proposto contro la Repubblica d'Austria con il quale quattro cittadini austriaci, sig.ra S.H., sig. D.H., sig.ra H. E.-G. e sig. M.G. ("i ricorrenti"), hanno adito la Corte l'8 maggio 2000 ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("la Convenzione"). Il Presidente della Grande Camera accoglie la richiesta dei ricorrenti di non

rivelare i loro nomi (articolo 47 § 3 del regolamento della Corte).

2. I ricorrenti sono stati rappresentati da H.F. Kinz e W.L. Weh, entrambi avvocati a Bregenz. Il Governo austriaco ("il Governo") è rappresentato dal proprio Agente, l'Ambasciatore H. Tichy, Capo del Dipartimento di Diritto Internazionale del Ministero degli Affari Europei e Internazionali.

3. I ricorrenti lamentavano in particolare che le disposizioni della legge austriaca sulla procreazione assistita che vieta la donazione di ovuli e di sperma per la fecondazione in vitro, l'unica tecnica medica con la quale essi avrebbero potuto concepire un bambino, violavano i loro diritti riconosciuti dall'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14.

4. Il ricorso è stato assegnato alla Prima Sezione della Corte (articolo 52 § 1 del regolamento). Il 15 novembre 2007 è stato dichiarato parzialmente ricevibile da una Camera di detta Sezione composta dai seguenti giudici: Christos Rozakis, Loukis Loucaides, Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Giorgio Malinverni, nonché da Søren Nielsen in qualità di Cancelliere di sezione. L'11 marzo 2010 una Camera di detta Sezione, composta dai seguenti giudici: Christos Rozakis, Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni, nonché da André Wampach in qualità di Cancelliere aggiunto di sezione, a seguito di udienza sul merito (articolo 54 § 3), ha pronunciato una sentenza nella quale riteneva con sei voti contro uno che vi era stata una violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'art. 8 per la prima e il secondo ricorrente, con cinque voti contro due che vi era stata una violazione di tali disposizioni per la terza e il quarto ricorrente, e all'unanimità che non fosse necessario esaminare il ricorso anche ai soli sensi dell'Articolo 8.

5. Il 4 ottobre 2010, accogliendo la richiesta del Governo datata 1 luglio 2010, la Grande Camera, in composizione collegiale, ha deciso di deferire il caso alla Grande Camera ai sensi dell'Articolo 43 della Convenzione.

6. La composizione della Grande Camera è stata stabilita secondo le disposizioni dell'articolo 26 §§ 4 e 5 della Convenzione e dell'articolo 24 del regolamento.

7. Sia i ricorrenti che il Governo hanno presentato delle osservazioni scritte (art. 59 § 1 del regolamento). Sono stati inoltre ricevuti i commenti dei Governi tedesco e italiano e delle organizzazioni non governative Hera ONLUS, il European Centre for Law and Justice e Aktion Leben, alle quali era stato concesso dal Presidente di intervenire nella procedura scritta (articolo 36 § 2 della Convenzione e articolo 44 § 2 del regolamento).

8. Il 23 febbraio 2011 si è tenuta un'udienza pubblica nell'edificio Palazzo dei Diritti dell'Uomo, a Strasburgo, (art. 59 § 3 del Regolamento della Corte).

Dinanzi alla Corte sono comparsi:

(a) per il Governo

B. OHMS, Agente Aggiunto,

M. STORMANN, G. DOUJAK, Consulenti;

(b) per i ricorrenti

H.F. KINZ, W.L. WEH, Avvocati,

S. HARG, C. EBERLE, Consulenti;

La Corte ha sentito le dichiarazioni degli avvocati Weh, Kinz e Ohms.

IN FATTO

I. LE CIRCOSTANZE DEL CASO DI SPECIE

9. I ricorrenti sono nati rispettivamente nel 1966, 1962, 1971 e 1971 e risiedono in L. e in R.

10. La prima ricorrente è sposata con il secondo ricorrente e la terza ricorrente con il quarto ricorrente.

11. La prima ricorrente soffre di sterilità alle tube di Falloppio (eileiterbedingter Sterilität). Produce ovuli, ma, a causa del blocco alle tube di Falloppio, questi non arrivano all'utero, e di conseguenza una fecondazione naturale è impossibile. Il secondo ricorrente, suo marito, è sterile.

12. La terza ricorrente soffre di agonadismo (Gonadendysgenesie), che significa che non produce assolutamente ovuli. Pertanto è completamente sterile ma ha un utero pienamente sviluppato. Il quarto ricorrente, suo marito, al contrario del secondo ricorrente, può produrre sperma idoneo alla procreazione.

13. Il 4 maggio 1998 la prima e la terza ricorrente presentarono un ricorso (Individualantrag) alla Corte Costituzionale (Verfassungsgerichtshof) per un giudizio di costituzionalità sul articolo 3(1) e sul articolo 3(2) della legge sulla procreazione artificiale (Fortpflanzungsmedizingesetz – si veda il diritto interno pertinente, infra).

14. Le ricorrenti sostennero dinanzi alla Corte Costituzionale di essere state direttamente pregiudicate dalle suddette disposizioni. La prima ricorrente affermava di non potere concepire un bambino in modo naturale; cosicché l'unica strada aperta per lei e suo marito era la fecondazione in vitro utilizzando lo sperma di un donatore. Tuttavia, tale tecnica medica non era ammessa dall'articolo 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale. Anche la terza ricorrente affermava di essere sterile. Soffrendo di agonadismo, non produceva affatto ovuli. Così, l'unica strada aperta per il concepimento di un bambino era quella di ricorrere ad una tecnica medica di procreazione assistita come la fecondazione eterologa, che comportava l'impianto nel suo utero di un embrione concepito con ovuli di un donatore e con sperma del quarto ricorrente. Tuttavia, tale metodo non era permesso dalla legge sulla procreazione artificiale.

15. La prima e la terza ricorrente sostennero dinanzi alla Corte Costituzionale che l'impossibilità di usare le tecniche mediche sopra menzionate, per la procreazione medicalmente assistita, violava il loro diritto riconosciuto dall'articolo 8 della Convenzione. Esse richiamarono anche l'articolo 12 della Convenzione e l'articolo 7 della Costituzione federale che garantisce la parità di trattamento.

16. Il 4 ottobre 1999 la Corte Costituzionale tenne una pubblica udienza alla quale partecipò la prima ricorrente, assistita dal suo avvocato.

17. Il 14 ottobre 1999 la Corte Costituzionale decise sul ricorso della prima e della terza ricorrente. Dichiarò che il loro ricorso era parzialmente ricevibile per quanto riguardava il loro caso specifico. A questo proposito dichiarò che le disposizioni dell'articolo 3 della legge sulla procreazione artificiale, che proibiscono l'uso di certe tecniche di procreazione, erano direttamente applicabili al caso in esame senza la necessità di una decisione da parte di un'autorità giudiziaria o amministrativa.

18. Nel merito la Corte Costituzionale concluse che l'articolo 8 era applicabile al caso di specie. Sebbene non esista giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul problema, per la Corte Costituzionale era evidente che la decisione dei coniugi o delle coppie conviventi di concepire un bambino e di fare uso di tecniche di procreazione

medicalmente assistita, alla fine, ricadeva nella sfera delle garanzie dell'articolo 8.

19. Le disposizioni impugnate della legge sulla procreazione artificiale interferiscono con l'esercizio di questa libertà nella misura in cui limitavano l'opportunità di tecniche mediche di procreazione artificiale. Quanto alla giustificazione di una tale ingerenza, la Corte Costituzionale osservò che il legislatore, quando ha emanato la legge sulla procreazione artificiale, aveva provato a trovare una soluzione per bilanciare gli interessi contrapposti della dignità umana, del diritto alla procreazione e del benessere dei bambini. Così, fu stabilito, come elemento fondamentale della legislazione, che erano permessi solo i metodi di fecondazione omologa – come l'uso di ovuli e sperma degli stessi coniugi o conviventi – e i metodi che non richiedevano tecniche particolarmente sofisticate e che non erano troppo lontani dai modi naturali di concepimento. Lo scopo era quello di evitare la formazione di rapporti famigliari atipici come nel caso in cui un bambino ha più di una madre biologica (una madre genetica e una "uterina") e di evitare il rischio di sfruttamento della donna.

20. L'uso della fecondazione in vitro, rispetto alla procreazione naturale, sollevava gravi questioni riguardo al benessere dei bambini così concepiti, alla loro salute e ai loro diritti, e toccava anche valori etici e morali della società e comportava il rischio di commercializzazione e di riproduzione selettiva (Zuchtauswahl).

21. Tuttavia, applicando il principio di proporzionalità ai sensi dell'articolo 8 § 2, tali preoccupazioni non potevano portare ad un totale divieto di tutte le possibili tecniche di procreazione medicalmente assistita, in quanto l'estensione degli interessi pubblici implicati dipendeva in buona misura dalla tecnica eterologa o omologa in uso.

22. Per la Corte Costituzionale il legislatore non aveva oltrepassato il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri nello stabilire la possibilità dei metodi di fecondazione omologa quale regola di inseminazione mentre la donazione di sperma quale eccezione. Questo compromesso rifletteva lo stato dell'arte della scienza medica e del consenso della società. Ciò non significa, tuttavia, che tali criteri non siano soggetti ad evoluzioni di cui il legislatore dovrebbe tener conto in futuro.

23. Né il legislatore aveva trascurato gli interessi di uomini e donne che devono servirsi di tecniche di procreazione artificiale. Oltre alle tecniche strettamente omologhe erano previste inseminazioni con uso di sperma di donatori. Tale tecnica era conosciuta e utilizzata da molto tempo e non portava a relazioni atipiche. Inoltre, l'uso di queste tecniche non era limitato alle coppie sposate ma includeva anche le coppie di conviventi. Tuttavia, nella misura in cui le tecniche omologhe non erano sufficienti per concepire un bambino, gli interessi degli individui coinvolti si ponevano in contrasto con il pubblico interesse.

24. La Corte Costituzionale dichiarava anche che il legislatore, che proibiva le tecniche eterologhe, mentre accettava come legittime solo quelle omologhe, rispettava il divieto di discriminazioni contenuto nel principio costituzionale di eguaglianza. La differenza di trattamento tra le due tecniche si giustificava perché, come sottolineato sopra, non si potevano sollevare le stesse obiezioni contro il metodo omologo e contro quello eterologo. Di conseguenza il legislatore non era obbligato a prevedere normative strettamente identiche per le due tecniche. Inoltre, il fatto che l'inseminazione mediante donazione di sperma era permessa mentre la donazione di ovuli non lo era, non sollevava questioni di discriminazione in quanto con la donazione di sperma non sussisteva il rischio di creare relazioni atipiche che potevano pregiudicare il benessere del bambino.

25. Poiché le disposizioni impugnate della legge sulla procreazione artificiale erano giudicate in linea con l'articolo 8 della Convenzione e con il principio di uguaglianza riconosciuto dalla Costituzione federale, non vi era stata nemmeno violazione dell'articolo 12 della

Convenzione.

26. Questa decisione fu notificata all'avvocato della prima e della terza ricorrente l'8 novembre 1999.

II. DIRITTO INTERNO PERTINENTE

A. Il diritto interno: la legge sulla procreazione artificiale

27. La legge sulla procreazione assistita (Fortpflanzungsmedizingesetz, Gazzetta Ufficiale 275/1992) regola l'uso delle tecniche mediche che permettono il concepimento di un bambino attraverso mezzi diversi dalla copulazione (articolo 1(1)).

28. Questi metodi comprendono: (i) l'introduzione di sperma negli organi riproduttivi di una donna, (ii) l'unificazione di un ovulo e di uno sperma fuori dal corpo di una donna, (iii) l'introduzione di cellule vitali nell'utero o nelle tube di Falloppio di una donna e (iv) l'introduzione di ovociti o di ovociti e spermatozoi nell'utero o nelle tube di Falloppio di una donna (articolo 1(2)).

29. La procreazione medicalmente assistita è ammessa solo all'interno di un matrimonio o di una relazione simile al matrimonio e può essere compiuta se ogni altro possibile e ragionevole trattamento, mirante all'induzione della gravidanza mediante rapporto, fallisce o non ha alcuna ragionevole possibilità di successo (articolo 2).

30. Ai sensi dell'articolo 3(1), solo gli ovuli e lo sperma dei coniugi o delle persone che vivono una relazione simile al matrimonio (Lebensgefährten) possono essere usati ai fini della procreazione medicalmente assistita. In circostanze eccezionali, lo sperma di un terzo può essere usato per un'inseminazione artificiale per introdurre sperma negli organi riproduttivi di una donna (articolo 3(2)). Questo metodo è noto come fecondazione in vivo. In tutte le altre circostanze, ed in particolare allo scopo della fecondazione in vitro, l'utilizzazione dello sperma di donatori è proibita.

31. Ai sensi dell'articolo 3(3), gli ovuli o le cellule vitali possono essere usati solo nelle donne da cui provengono. In tal modo la donazione di ovuli è sempre vietata.

32. Le ulteriori disposizioni della legge sulla procreazione artificiale stabiliscono, tra l'altro, che la procreazione medicalmente assistita può essere compiuta solo da medici specializzati ed in ospedali o sale operatorie specificamente attrezzati (articolo 4) e solo con il consenso espresso e scritto dei coniugi o dei conviventi (articolo 8).

33. Nel 1999 la legge sulla procreazione artificiale veniva integrata da una legge federale che istituiva un fondo per il finanziamento delle tecniche di fecondazione in vitro (Bundesgesetz mit dem ein Fonds zur Finanzierung der In-vitro-Fertilisation eingerichtet wird – Gazzetta Ufficiale Parte I n° 180/1999) al fine di sovvenzionare le tecniche di fecondazione in vitro permessa ai sensi della legge sulla procreazione artificiale.

34. Le questioni sulla maternità e sulla paternità sono regolate dal Codice Civile (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch). Secondo l'articolo 137b, adottato contemporaneamente all'entrata in vigore della legge sulla procreazione artificiale, la madre di un bambino è colei che lo ha dato alla luce. L'articolo 163 stabilisce che il padre di un bambino è la persona di sesso maschile che ha intrattenuto rapporti sessuali con la madre per un lasso di tempo determinato (tra 180 e 300 giorni) prima della sua nascita. Se la madre si è sottoposta alla procreazione medicalmente assistita utilizzando lo sperma di un donatore, il padre è colui che ha espresso il proprio consenso a tale trattamento, ovvero, il

marito o il partner di sesso maschile. Il donatore dello sperma non può in alcun modo essere riconosciuto come il padre del bambino..

B. La situazione in altri Paesi

35. Il seguente quadro generale del diritto e della prassi in materia di procreazione artificiale in Europa si basa essenzialmente sui seguenti documenti: “Procreazione medicalmente assistita e Tutela dello Studio Comparato dell’Embrione Umano sulla Situazione di 39 Stati” (Consiglio d’Europa, 1998), le risposte degli Stati Membri del Consiglio d’Europa al “Questionario sull’Accesso alla Procreazione Medicalmente Assistita” del Comitato Direttivo di Bioetica” (Consiglio d’Europa, 2005) e un’indagine condotta nel 2007 dall’IFFS (Federazione Internazionale delle Società di Fertilità).

36. Secondo tali documenti, sembrerebbe che in Austria, Azerbaijan, Bulgaria, Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Germania, Grecia, Ungheria, Islanda, Italia, Lettonia, i Paesi Bassi, Norvegia, Federazione Russa, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Ucraina e Regno Unito la fecondazione in vitro era (fino al 2007) regolata da una normativa primaria e secondaria. In Belgio, Repubblica Ceca, Irlanda, Malta, Lituania, Polonia, Serbia e Slovacchia questo tipo di trattamento era regolato da prassi cliniche, linee guida professionali, regi decreti o decreti amministrativi o da principi costituzionali generali.

37. Lo studio spiega in particolare la posizione degli ordinamenti interni rispetto a sette tecniche diverse di procreazione assistita: l’inseminazione artificiale all’interno della coppia, la fecondazione in vitro all’interno della coppia, l’inseminazione artificiale con sperma donato, la donazione di ovuli, la donazione di ovuli e sperma, la donazione di embrioni e l’iniezione intracitoplasmica di sperma (una procedura di fecondazione in vitro in cui un singolo sperma è iniettato direttamente in un ovulo).

38. Come si può notare, la donazione di sperma è attualmente vietata solo in tre Paesi: Italia, Lituania e Turchia, i quali vietano nel complesso la fecondazione assistita eterologa. In generale, i Paesi che permettono la donazione di sperma non distinguono nel loro ordinamento tra l’utilizzo di sperma ai fini di un’inseminazione artificiale o di una fecondazione in vitro. La donazione di ovuli è vietata in Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera, oltre ai tre Paesi sopra menzionati.

39. In molti Paesi, come Cipro, Lussemburgo, Malta, Finlandia, Polonia, Portogallo e Romania, dove la materia non era regolata (fino al 2007), viene praticata sia la donazione di sperma che di ovuli.

40. Un raffronto tra lo studio del 1998 del Consiglio d’Europa e un rapporto del 2007 condotto dalla Federazione Internazionale delle Società di Fecondazione mostra che nel campo della procreazione medicalmente assistita le disposizioni di legge sono in rapida evoluzione. In Danimarca, in Francia e in Svezia la donazione di sperma e ovuli, che era precedentemente vietata, è ora permessa a partire dall’entrata in vigore di nuove normative rispettivamente nel 2006, nel 2004 e nel 2006. In Norvegia la donazione di sperma per la fecondazione in vitro è stata permessa sin dal 2003, ma non la donazione di ovuli.

C. Strumenti del Consiglio d’Europa

41. La regola 11 dei principi adottati da una commissione ad hoc, formata da esperti nel progresso delle scienze biomediche, un organismo professionale nell’ambito del Consiglio d’Europa che ha preceduto l’attuale Commissione di Bioetica (CAHBI, 1989), statuisce:

“1. Di regola la fecondazione in vitro dovrà essere effettuata utilizzando gameti dei membri della coppia. La stessa regola può applicarsi ad ogni altra procedura che richiede ovuli in vitro o embrioni in vitro. Tuttavia, in casi eccezionali, definiti dagli Stati membri, può essere consentito l'utilizzo di gameti di donatori. ”

42. La Convenzione sui diritti umani e biomedicina del 1997 non tratta la questione della donazione di gameti, ma vieta di ricorrere a tecniche di riproduzione medicalmente assistita per scegliere il sesso del bambino. Il suo articolo 14 recita:

“L'utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita non sarà consentito per scegliere il sesso del nascituro, eccetto per evitare una grave malattia ereditaria collegata al sesso.”

43. Il Protocollo addizionale alla suddetta Convenzione, sul trapianto di organi e di tessuti di origine umana, del 2002, che promuove la donazione di organi, esclude espressamente dal suo ambito di applicazione gli organi e i tessuti riproduttivi.

D. Strumenti dell'Unione Europea

44. La Direttiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio datata 31 marzo 2004 sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani, tesa ad assicurare gli aspetti riguardanti la qualità e la sicurezza dei tessuti e delle cellule umani destinati all'applicazione sull'uomo, nel suo preambolo prevede quanto segue: “(12) La presente direttiva non dovrebbe interferire con le decisioni degli Stati membri relativamente all'uso o non uso di particolari tipi di cellule umane, comprese le cellule germinali e le cellule staminali dell'embrione. Se però uno Stato membro autorizza un uso particolare di tali cellule, la presente direttiva disporrà l'applicazione di tutte le disposizioni necessarie alla tutela della sanità pubblica, in considerazione dei rischi specifici di tali cellule in base alle conoscenze scientifiche e alla loro natura particolare, e garantirà il rispetto dei diritti fondamentali. Inoltre, la presente direttiva non dovrebbe interferire con le disposizioni degli Stati membri che definiscono il termine giuridico di "persona" o "individuo". ”

IN DIRITTO

I. SULL'ECCEZIONE PRELIMINARE DEL GOVERNO

45. Il Governo sostiene, come già fatto dinanzi alla Camera, che i mariti rispettivamente della prima e della terza ricorrente non avevano esaurito i rimedi interni così come previsto dall'articolo 35 della Convenzione, poiché hanno ommesso di presentare una richiesta alla Corte Costituzionale di controllo della legittimità costituzionale dell'articolo 3 della legge sulla procreazione artificiale.

46. I ricorrenti hanno contestato questa tesi facendo riferimento alla decisione sulla ricevibilità del 15 novembre 2007 con la quale la Corte ha rigettato secondo loro in maniera definitiva l'eccezione del Governo di non esaurimento dei rimedi interni.

47. La Grande Camera prende atto che, nella sua decisione sulla ricevibilità del 15 novembre 2007, la Camera ha rigettato l'eccezione del Governo di non esaurimento riguardo al secondo e quarto ricorrente. Con detta decisione, dichiarava quanto segue:

“La Corte ribadisce che l'applicazione della regola di esaurimento dei rimedi interni deve

tener debito conto del fatto che è applicata nel contesto di un meccanismo di salvaguardia dei diritti umani che le Parti contraenti hanno convenuto di istituire. Di conseguenza, la Corte ha riconosciuto che l'articolo 35 § 1 deve essere applicato con una certa flessibilità e senza eccessivo formalismo. La regola non è né assoluta né in grado di essere applicata automaticamente. Nel controllo del suo rispetto, è emerso che è essenziale considerare le specifiche circostanze di ciascun caso. Tra le altre cose, questo significa che la Corte deve effettivamente tener conto del contesto giuridico e politico generale in cui i rimedi operano, nonché le circostanze personali del ricorrente (si veda *Mentes ed Altri c. Turchia*, sentenze del 28 novembre 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-VIII, p. 2707, § 58).

La Corte osserva che la prima e la terza ricorrente si sono rivolte alla Corte Costituzionale per un controllo della legittimità costituzionale dell'articolo 3 della legge sulla procreazione artificiale. Nell'ambito di tale procedura, hanno dimostrato che esse, insieme ai rispettivi coniugi, avevano preso la ferma decisione di sottoporsi al processo di procreazione medicalmente assistita poiché a causa delle loro naturali condizioni mediche il concepimento di un bambino non era possibile e che pertanto erano direttamente toccate dal divieto in questione. Sebbene il secondo e quarto ricorrente non abbiano preso parte al procedimento dinanzi alla Corte Costituzionale, la loro situazione personale era intrinsecamente collegata a quella delle rispettive mogli. Quindi, la Corte ritiene sufficiente che quest'ultime abbiano avviato il procedimento presentando il loro caso, e di conseguenza anche quello dei rispettivi coniugi, dinanzi alla competente autorità giudiziaria nazionale.

La Corte pertanto conclude che tutti i ricorrenti hanno esaurito le vie di ricorso interne ai sensi dell'articolo 35 § 1 della Convenzione."

48. La Grande Camera non vede alcun motivo per discostarsi dalle conclusioni della Camera. Di conseguenza, rigetta l'eccezione preliminare del Governo.

II. DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8 DELLA CONVENZIONE

49. I ricorrenti lamentano che il divieto di tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, stabilito nell'articolo 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale, ha violato i loro diritti garantiti dall'articolo 8 della Convenzione.

50. L'articolo 8 della Convenzione, nelle sue parti, recita:

"1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare ...

2. Non può esservi ingerenza di un'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 e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui."

A. La sentenza della Camera

51. Nella sua sentenza del 1 aprile 2010, la Camera ha concluso che vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 nei confronti della prima e terza ricorrente nonché nei confronti del secondo e quarto ricorrente.

52. Secondo la Camera, l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 era applicabile al caso di specie poiché il diritto di una coppia di concepire un bambino utilizzando la procreazione medicalmente assistita ricadeva nell'ambito dell'articolo 8 in quanto tale

scelta era chiaramente l'espressione della loro vita privata e familiare.

53. Riguardo alla conformità con l'articolo 14, la Camera osservava che, vista la mancanza di un approccio uniforme al presente quesito da parte degli Stati Contraenti e la natura delicata delle questioni morali ed etiche di cui trattasi, gli Stati Contraenti avevano in questo campo un margine di discrezionalità particolarmente ampio. Tale ampio margine di discrezionalità riguardava sia la sua decisione di intervenire o meno nella materia specifica sia le regole dettagliate da esso stabilite per raggiungere un bilanciamento tra gli opposti interessi pubblici e privati. La Camera aveva esaminato la situazione della prima e del secondo ricorrente e, separatamente, della terza e del quarto ricorrente.

54. Riguardo alla situazione della terza e del quarto ricorrente, i quali necessitavano di una donazione di ovuli per esaudire il loro desiderio di avere un bambino, la Camera riteneva che le preoccupazioni basate su considerazioni morali o sull'accettabilità sociale di questa tecnica non sono in sé stesse ragioni sufficienti per un divieto assoluto di una specifica tecnica di procreazione artificiale e che solo in circostanze eccezionali si può ritenere che un tale divieto assoluto costituisca una misura proporzionata. La Camera riteneva che riguardo ai rischi di donazione di ovuli invocati dal Governo, come ad esempio il rischio di sfruttamento delle donne in particolare quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato o la "selezione" di bambini, la legge sulla procreazione artificiale conteneva già sufficienti tutele. Riguardo ad altre preoccupazioni specifiche indicate dal Governo, come ad esempio la creazione di relazioni atipiche in cui vi è una divisione della maternità tra madre genetica e madre biologica, questi problemi possono essere superati adottando delle norme appropriate. La Camera concludeva pertanto che vi era stata una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8.

55. Riguardo alla situazione della prima e del secondo ricorrente, i quali necessitavano di una donazione di sperma per la fecondazione in vitro per esaudire il loro desiderio di avere un bambino, la Camera osservava innanzitutto che tale tecnica di procreazione artificiale comprendeva due tecniche che, prese singolarmente, erano consentite dalla Legge sulla Procreazione Artificiale, ovvero, la fecondazione in vitro con ovuli e sperma della coppia stessa da un lato e dall'altro la donazione di sperma per il concepimento dal vivo. Il divieto della combinazione di queste due tecniche lecite richiedeva pertanto argomenti particolarmente persuasivi. La maggior parte degli argomenti presentati dal Governo non erano tuttavia specifici della donazione di sperma per la fecondazione in vitro. Quanto alla tesi del Governo secondo la quale l'inseminazione artificiale non in vitro è utilizzata da tempo, è facile da gestire e il suo divieto sarebbe stato pertanto difficile da monitorare, la Camera riteneva che il fatto della mera efficienza aveva meno peso rispetto agli interessi particolarmente importanti delle persone private coinvolte e concludeva che la differenza nel trattamento in questione non era giustificata. La Camera concludeva che vi era stata una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 anche in tal senso.

B. Tesi delle parti

1. I ricorrenti

56. Dal punto di vista dei ricorrenti, l'articolo 8 della Convenzione era applicabile al loro caso. Asserivano inoltre che la normativa impugnata costituiva una diretta ingerenza nei loro diritti di cui all'articolo 8 in quanto, in assenza di tale normativa, il trattamento medico da essi richiesto – fecondazione in vitro con la donazione di ovuli o sperma – costituiva una

tecnica medica prontamente disponibile che aveva fatto rilevanti progressi negli ultimi anni ed era diventata molto più affidabile rispetto al passato. Non si trattava dunque di un obbligo positivo ma di un caso classico di ingerenza, che non era necessaria in una società democratica e che era sproporzionata.

57. Data la particolare importanza del diritto di fondare una famiglia e di procreazione, gli Stati Contraenti non avevano alcun margine di discrezionalità nella regolamentazione di tali questioni. Le decisioni che devono essere adottate dalle coppie che desiderano utilizzare la procreazione artificiale hanno riguardato la sfera più intima della loro vita privata e pertanto il legislatore dovrebbe dare particolare prova di fermezza nella regolamentazione di questa materia.

58. Tutti gli argomenti sollevati dal Governo riguardavano la procreazione artificiale in generale e, inoltre, non risponderebbero in modo convincente al quesito che si pone circa il motivo per cui alcune tecniche di procreazione assistita dovrebbero essere autorizzate e altre vietate. Il rischio dello sfruttamento delle donatrici, a cui il governo si riferisce, non è pertinente in circostanze come quelle del caso di specie. Per combattere ogni potenziale abuso nella società austriaca è sufficiente vietare la remunerazione della donazione di ovuli o sperma; divieto peraltro già previsto in Austria. Inoltre, l'argomento che la donazione di ovuli conducesse a relazioni atipiche in cui la maternità di un bambino concepito attraverso la procreazione artificiale è condivisa tra la madre genetica e la madre che ha dato alla luce il bambino e risultasse in uno stress emotivo per il bambino non era persuasivo, poiché oggi molti bambini crescono in situazioni famigliari in cui essi sono geneticamente affini ad un solo genitore.

59. I ricorrenti affermavano inoltre che il sistema applicato ai sensi della legge sulla procreazione artificiale era incoerente ed illogico, poiché non vi era alcun divieto categorico sulle forme eterologhe della procreazione medicalmente assistita in quanto erano state fatte delle eccezioni di donazione di sperma in relazione a tecniche specifiche. Il motivo di questa differenza di trattamento non era convincente. In tale contesto va rilevato che esisteva un fondo pubblico per il finanziamento della fecondazione in vitro, forse perché l'utilizzo di questa tecnica era di interesse pubblico, mentre nel contempo delle severe limitazioni erano state imposte sul suo utilizzo.

60. Per quanto concerne la situazione giuridica della procreazione artificiale negli Stati Contraenti, i ricorrenti asserivano che vi era ora un consenso generale a favore della donazione di ovuli e sperma. Pertanto, il divieto della donazione di ovuli e sperma della legge austriaca violava l'articolo 8 della Convenzione.

2. Il Governo

61. Riguardo all'applicabilità dell'articolo 8 della Convenzione, il Governo faceva riferimento alle dichiarazioni della Corte Costituzionale secondo le quali nella nozione di vita privata nel significato dell'articolo 8 § 1 della Convenzione rientra il desiderio di una coppia di coniugi o di conviventi di avere dei figli che costituisce una delle forme essenziali di espressione della loro personalità di esseri umani. Esso ha pertanto accettato che l'articolo 8 si applicasse al caso di specie.

62. Dal punto di vista del Governo, la questione di stabilire se il provvedimento di cui trattasi debba essere considerato un'ingerenza di un'autorità pubblica o una presunta violazione di un obbligo positivo potrebbe essere lasciata aperta in quanto i principi applicabili erano gli stessi per entrambi i casi. Nelle due ipotesi, era necessario stabilire un armonioso equilibrio

tra gli opposti interessi privati e pubblici e in entrambi i contesti lo Stato aveva un certo margine di discrezionalità che, in assenza di uno standard comune stabilito dagli Stati contraenti, era particolarmente ampio. Tuttavia, il divieto di specie aveva un fondamento giuridico nel diritto interno e perseguiva un fine legittimo, segnatamente la tutela dei diritti di altri, in particolare dei donatori potenziali.

63. Dal punto di vista del Governo, il perno centrale del caso non era se vi potesse essere un eventuale ricorso alla procreazione medicalmente e tecnicamente assistita e quali limiti lo Stato potesse fissare a tal riguardo, ma in che misura lo Stato debba autorizzare ed accettare la cooperazione di terzi nell'adempimento del desiderio di una coppia nel voler concepire un bambino. Anche se il diritto al rispetto della vita privata comprendeva altresì il diritto di realizzare il desiderio di avere un figlio, ciò non significa che lo Stato avesse l'obbligo di consentire indiscriminatamente tutti i mezzi tecnicamente realizzabili di riproduzione né tantomeno di metterli a disposizione delle persone interessate. Il margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati dovrebbe permettere loro di stabilire un armonioso equilibrio tra gli opposti interessi alla luce degli specifici bisogni e tradizioni sociali e culturali dei loro Paesi.

64. Considerando tutti gli interessi del caso, il legislatore austriaco aveva stabilito un armonioso equilibrio in linea con l'articolo 8 della Convenzione. Tale equilibrio aveva consentito la procreazione medicalmente assistita e nel contempo prevedeva alcune restrizioni laddove la fase raggiunta nello sviluppo medico e sociale non consentiva ancora il riconoscimento giuridico della fecondazione in vitro con lo sperma o ovulo di terze persone, così come richiesto dalle ricorrenti donne. La legge sulla procreazione artificiale è pertanto caratterizzata dall'intento di prevenire ripercussioni negative e potenziali abusi e di impiegare i progressi medici solo a scopi terapeutici e non per altri obiettivi, come la "selezione" dei nascituri, così il legislatore non può e non deve trascurare le remore esistenti in molte parti della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva.

65. Dopo una preparazione approfondita il legislatore aveva trovato un'adeguata soluzione in un'area controversa, prendendo in considerazione la dignità umana, il benessere dei bambini e il diritto alla procreazione. La fecondazione in vitro offre grandi possibilità per una scelta selettiva di ovuli e sperma, che potrebbero infine portare ad una riproduzione selettiva (Zuchtauswahl). Questa tecnica solleverebbe gravi questioni relative alla salute dei bambini così concepiti e ai valori etici e morali della società.

66. Durante la discussione in Parlamento era stato sottolineato che la donazione di ovuli dipende dalla disponibilità degli stessi e potrebbe portare a conseguenze problematiche come lo sfruttamento e l'umiliazione delle donne, in particolare quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato. D'altro canto, le donne che ricorrono al trattamento della fecondazione in vitro potrebbero essere costrette a fornire più ovuli di quelli strettamente necessari per il loro trattamento, ciò al fine di permettere loro di sostenerne il costo.

67. La fecondazione in vitro sollevava inoltre il problema di relazioni di parentela atipiche, in cui le condizioni sociali erano in contrasto con quelle biologiche, in quanto la maternità viene ad assumere tre aspetti distinti, ovvero un aspetto biologico, un aspetto "uterino" e forse anche un aspetto sociale. Infine, si doveva anche tenere conto del legittimo interesse dei bambini ad essere informati sulla loro vera discendenza che, con ovuli e sperma donati, potrebbe essere nella maggior parte dei casi impossibile. Con l'utilizzo di ovuli e sperma donati, nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, la reale discendenza di un bambino non è rivelata nelle anagrafi e le norme di tutela che disciplinano le adozioni sono

inefficaci nel caso della procreazione medicalmente assistita.

68. Come risulta dal rapporto esplicativo al disegno di legge del Governo relativo alla legge sulla procreazione artificiale, le ragioni che permettono l'inseminazione artificiale consistono nel fatto che essendo facilmente applicabile rispetto agli altri, questo metodo di procreazione non può essere controllato efficacemente. Inoltre, questa tecnica è usata già da tempo. Così, un divieto di questa semplice tecnica non sarebbe osservato e conseguentemente non rappresenterebbe un mezzo adeguato per realizzare gli obiettivi perseguiti dalla legge.

C. Interventi da parte di terzi

1. Il Governo tedesco

69. Il Governo tedesco afferma che, ai sensi dell'articolo 1(1) della legge tedesca sulla protezione degli embrioni (Embryonenschutzgesetz) costituisce reato l'impianto in una donna di un ovulo non prodotto da lei.

70. Lo scopo del divieto era quello di proteggere il benessere dei bambini assicurando l'identità inequivocabile della madre. Distinguere tra una madre biologica e una madre genetica avrebbe come conseguenza che due donne avrebbero un ruolo nella procreazione di un bambino e si contrasterebbe con il principio consolidato dell'inequivocabilità della maternità che rappresenta un valore fondamentale e sociale di base. Tale distinzione e la conseguente ambiguità dell'identità della madre potrebbero compromettere lo sviluppo della personalità del bambino e potrebbero creare notevoli problemi nella ricerca della sua identità. Ciò è pertanto contrario al benessere del bambino.

71. Un altro pericolo sta nel fatto che la madre biologica, consapevole del bagaglio genetico, potrebbe ritenere la donatrice dell'ovulo responsabile delle malattie o dei difetti del bambino e rifiutarlo. Un altro conflitto che potrebbe sorgere e danneggiare i rapporti tra la madre genetica e quella biologica con il bambino è costituito dal fatto che l'ovulo donato risulti fecondo nella provetta mentre la donatrice stessa non riesca a rimanere incinta attraverso la tecnica della fecondazione in vitro. Per i motivi sopra esposti, detta distinzione della maternità è considerata una seria minaccia per il benessere del bambino, ragione per la quale sono giustificati i divieti ai sensi della legge sulla protezione degli embrioni

2. Il Governo italiano

72. Il Governo italiano dichiara che la legislazione italiana sulla procreazione medicalmente assistita ha una differenza di fondo rispetto a quella austriaca. La legge italiana vieta generalmente l'utilizzo di qualsivoglia metodo eterologo di procreazione medicalmente assistita e, riguardo ai metodi omologhi, questi sono consentiti a condizione che la coppia sia sterile.

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. La procreazione medicalmente assistita implica anche seri rischi. La donazione di gameti potrebbe esporre le donne economicamente svantaggiate a pressioni e incoraggiare il traffico di ovuli. Studi scientifici hanno inoltre dimostrato che esiste un collegamento tra la fecondazione in vitro e le nascite premature. Infine, accettare che la filiazione materna possa essere dissociata la rimetterebbe in causa e farebbe vacillare le fondamenta della società.

3. Hera ONLUS e SOS Infertilità Onlus

74. Hera Onlus e SOS Infertilità Onlus sostengono che l'infertilità dovrebbe essere affrontata come un aspetto della salute umana. Limitare l'accesso alla fecondazione eterologa in vitro ha costituito il rifiuto all'accesso al trattamento disponibile e dunque una ingerenza nei diritti garantiti dall'articolo 8 della Convenzione. Dal loro punto di vista, il divieto all'accesso alla procreazione eterologa medicalmente assistita non era necessaria per prevenire le ripercussioni sullo sviluppo psichico e sociale del bambino. Tenuto conto delle severe norme di qualità e di monitoraggio stabilite dall'Unione Europea, un'interdizione totale sull'accesso ai diversi trattamenti eterologi non è sicuramente il mezzo migliore disponibile per un equilibrio armonioso tra gli opposti interessi coinvolti. Vi era inoltre un ulteriore effetto secondario negativo dell'interdizione, segnatamente il fenomeno del "turismo procreativo", vale a dire che le coppie che si recano all'estero per il trattamento sull'infertilità sono esposte al rischio di norme di qualità basse e di stress finanziario ed emotivo.

4. The European Centre for Law and Justice

75. Il centro European Centre for Law and Justice ("il ECLJ") ha dichiarato che la Convenzione non impone agli Stati membri alcun obbligo positivo di dare accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita. Tuttavia, pur assumendo che, rifiutando di consentire il trattamento eterologo sulla fecondazione in vitro, lo Stato abbia interferito con i diritti previsti dall'articolo 8 della Convenzione, tale ingerenza era proporzionata.

76. Dal loro punto di vista, gli Stati contraenti godevano di un ampio margine di discrezionalità per ciò che concerne le questioni morali ed etiche delicate, in assenza di un consenso europeo su questa materia. Il ECLJ aveva sottolineato che l'Austria non ha imposto un divieto categorico sulla procreazione medicalmente assistita, ma permetteva alcuni metodi mentre altri metodi non consentiti in Austria erano prontamente disponibili all'estero. Inoltre, le coppie sterili possono esaudire il loro desiderio di avere un figlio attraverso l'adozione.

5. Aktion Leben

77. Aktion Leben ha dichiarato che la fecondazione in vitro utilizzando gameti, in particolare ovuli di donatori, implica considerevoli rischi clinici e solleva questioni delicate e problematiche della filiazione multipla. Inoltre, la donazione di ovuli incrementerebbe il rischio di sfruttamento delle donne, di commercializzazione del corpo femminile e implica interventi medici molto rischiosi per i donatori. Gli atipici rapporti familiari così sviluppati

potrebbero influire negativamente sulla famiglia e sui rapporti sociali esistenti. La fecondazione in vitro potrebbe inoltre provocare problemi di identità al bambino così concepito e, nel caso di donazione di sperma, potrebbe provocare il rischio di un trauma al bambino che volesse stabilire dei rapporti con il padre biologico.

D. Valutazione della Corte

1. Sull'applicabilità dell'articolo 8

78. Il Governo riconosce che l'articolo 8 era applicabile al caso di specie. A tal riguardo, fa riferimento alle dichiarazioni della Corte Costituzionale la quale, nella sua sentenza del 14 ottobre 1999, ha ritenuto che la decisione di coniugi o di coppie conviventi di concepire un bambino e a tal fine utilizzare tecniche di procreazione medicalmente assistita rientra nell'ambito del loro diritto al rispetto della loro vita privata e conseguentemente nell'ambito della tutela dell'articolo 8.

79. I ricorrenti concordano con il Governo sull'applicabilità dell'articolo 8 della Convenzione.

80. La Corte ricorda che la nozione di "vita privata" ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione è un concetto ampio che comprende, tra l'altro, il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani (si veda la causa Niemietz c. Germania, sentenza del 16 dicembre 1992, Serie A n° 251-B, p. 33, § 29), il diritto allo sviluppo della propria personalità (si veda la causa Bensaid c. Regno Unito, ricorso n° 44599/98, § 47, CEDU 2001-I) e il diritto all'autodeterminazione (si veda la causa Pretty c. Regno Unito, ricorso n° 2346/02, § 61, CEDU 2002-III). Esso comprende elementi come i nomi (si veda la causa Burghartz c. Svizzera, sentenza del 22 febbraio 1994, Serie A n° 280-B, p. 28, § 24), l'identità sessuale, l'orientamento sessuale e la vita sessuale, che ricadono nell'ambito della sfera della personalità tutelata dall'articolo 8 (si veda, per esempio, la causa Dudgeon c. Regno Unito, sentenza del 22 ottobre 1981, Serie A n° 45, pp. 18-19, § 41, e la causa Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito, sentenza del 19 febbraio 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, p. 131, § 36), nonché il diritto al rispetto della decisione di avere o meno un figlio (si veda la causa Evans c. Regno Unito [GC], ricorso n° 6339/05, § 71, CEDU 2007-IV), e la causa A, B e C c. Ireland [GC], no. 25579/05, § 212, sentenza del 16 dicembre 2010).

81. Nella causa Dickson c. Regno Unito, riguardante il rifiuto di dare accesso ai ricorrenti, un detenuto e sua moglie, alle tecniche per l'inseminazione artificiale, la Corte dichiarava che l'articolo 8 era applicabile in quanto le tecniche di inseminazione artificiale in questione riguardavano la loro vita privata e familiare, la cui nozione ricomprende il diritto al rispetto della loro decisione di diventare o meno genitori genetici (si veda la causa Dickson c. Regno Unito [GC], ricorso n° 44362/04, § 66, CEDU 2007-XIII, con ulteriori riferimenti).

82. La Corte, quindi, considera 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. L'articolo 8 della Convenzione è pertanto applicabile al caso di specie.

2. Sulla questione di stabilire se la causa verte su un obbligo positivo o una ingerenza

83. Nella causa X, Y e Z c. Regno Unito (22 aprile 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-II) la Corte osservava che non vi era alcun approccio generalmente condiviso tra le Alte

Parti contraenti riguardo al modo in cui il rapporto sociale tra un bambino concepito mediante l'inseminazione artificiale con donatore e la persona che ha svolto il ruolo di padre dovesse trovare riscontro nella legislazione. Infatti, secondo le informazioni a disposizione della Corte, sebbene la tecnologia sulla procreazione medicalmente assistita fosse nella disponibilità dell'Europa già da alcuni decenni, molte delle questioni che ha fatto emergere, in particolare quella sulla filiazione, sono rimaste oggetto di dibattito. Per esempio, non vi era alcun consenso tra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa sulla questione di stabilire se gli interessi di un bambino così concepito fossero meglio tutelati con l'anonimato del donatore dello sperma o se il bambino dovesse avere il diritto di conoscere l'identità del donatore (§ 44). La Corte conclude che le questioni del caso toccavano aree in cui vi era scarsa omogeneità tra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa e, in generale, la legislazione sembrava trovarsi in una fase di transizione (ibidem).

84. La suddetta sentenza è stata resa nel 1997, poco prima che i ricorrenti, nel maggio 1998, depositassero un ricorso presso la Corte Costituzionale austriaca per un controllo della legittimità dell'articolo 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale nel caso di specie. Dal materiale a disposizione della Corte, risulta che dalla decisione della Corte Costituzionale nel caso di specie vi sono stati molti progressi nella scienza medica ai quali alcuni Stati contraenti hanno dato una risposta nella loro legislazione. Tali cambiamenti potrebbero pertanto avere delle ripercussioni sulla valutazione dei fatti operata dalla Corte. Tuttavia, non spetta alla Corte considerare se il divieto della donazione di sperma e ovuli in questione sarebbe o meno giustificato dalla Convenzione. Ciò che spetta alla Corte decidere è se tali divieti fossero giustificati al momento in cui sono stati presi in considerazione dalla Corte Costituzionale austriaca (si veda la causa J. M. c. Regno Unito, n. 37060/06, § 57, 28 settembre 2010; *mutatis mutandis*, la causa Maslov c. Austria [GC], n. 1638/03, § 91, 23 giugno 2008; e la causa Schalk e Kopf c. Austria, n. 30141/04, § 106, 22 novembre 2010). Tuttavia, nulla impedisce alla Corte di prendere in considerazione gli eventuali successivi sviluppi.

85. Il passo successivo nell'analizzare se la legislazione impugnata fosse conforme all'articolo 8 della Convenzione è quello di rilevare se essa abbia dato luogo ad una ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare (obblighi negativi dello Stato) o ad una inadempienza da parte dello Stato di osservare un obbligo positivo in tal senso.

86. I ricorrenti asseriscono che la legislazione impugnata costituisce una diretta ingerenza nei loro diritti di cui all'articolo 8 in quanto, in assenza di tale legislazione, il trattamento medico da essi richiesto – fecondazione in vitro con la donazione di ovuli o sperma – era una tecnica medica comune e prontamente disponibile. Secondo il Governo, la questione di stabilire se la misura di specie debba essere ritenuta una ingerenza da parte di un'autorità pubblica o una presunta violazione di un dovere positivo potrebbe essere lasciata aperta in quanto entrambi gli obblighi sono soggetti agli stessi principi.

87. La Corte ricorda che sebbene l'oggetto dell'articolo 8 è essenzialmente quello di proteggere l'individuo da ingerenze arbitrarie da parte di autorità pubbliche, esso non obbliga meramente lo Stato ad astenersi da tale ingerenza. In aggiunta a tale impegno soprattutto negativo, vi potrebbero essere degli obblighi positivi inerenti ad un effettivo rispetto per la vita privata e familiare. Tali obblighi potrebbero implicare l'adozione di misure volte ad assicurare il rispetto della vita privata e familiare anche nella sfera dei rapporti degli individui tra di loro. I confini tra gli obblighi positivi e negativi dello Stato ai sensi dell'articolo 8 non si prestano ad una definizione precisa. I principi applicabili sono ciononostante simili. In particolare, in entrambi i casi è necessario stabilire un armonioso

equilibrio tra gli interessi opposti (si veda la causa Odièvre c. France [GC], n. 42326/98, § 40, CEDU 2003-III, e la causa Evans, sopra citata, § 75).

88. La Grande Camera ritiene che la legislazione di specie può essere vista come una norma che solleva la questione di stabilire se pesa sullo Stato l'obbligo positivo di consentire certe forme di procreazione artificiale utilizzando sperma o ovuli di terzi. Tuttavia, la questione può anche essere vista come una ingerenza dello Stato nei diritti dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare come conseguenza del divieto di cui all'art. 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale di certe tecniche di procreazione artificiale che erano state sviluppate dalla scienza medica ma di cui non potevano avvalersene a causa di tale divieto. La Corte esaminerà questo motivo di ricorso sotto il profilo dell'ingerenza nel diritto dei ricorrenti di avvalersi delle tecniche di procreazione artificiale secondo gli articoli 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale poiché ciò è stato loro di fatto impedito dalla normativa che essi hanno cercato invano di impugnare davanti ai tribunali austriaci. In ogni caso, come già notato, i principi applicabili alla giustificazione di cui all'articolo 8 § 2 sono simili per entrambi approcci analitici adottati (si veda Evans, sopra citato, § 75, e Keegan c. Irlanda, causa del 26 maggio 1994, § 49, CEDU, Serie A n. 290).

3. Sulla conformità all'articolo 8 § 2

89. Tale ingerenza viola l'articolo 8 della Convenzione salvo che non possa essere giustificata ai sensi del paragrafo 2 dello stesso articolo, ovvero sia "conforme alla legge", persegua uno o più scopi legittimi tra quelli elencati, e sia "necessaria in una società democratica" al fine di raggiungere l'obiettivo o gli obiettivi interessati.

(a) Prevista dalla legge e scopo legittimo

90. La Corte ritiene che il provvedimento in questione fosse previsto dalla legge, segnatamente dall'articolo 3 della Legge sulla Procreazione Artificiale, e che perseguisse uno scopo legittimo, segnatamente la protezione della salute o della morale e la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Ciò non è in discussione tra le parti, che hanno concentrato i loro argomenti sulla necessità dell'ingerenza.

(b) Necessità in una società democratica e il relativo margine di discrezionalità

91. A tal riguardo, la Corte ricorda che al fine di stabilire se i provvedimenti impugnati fossero "necessari in una società democratica" deve considerare se, alla luce del caso nel suo insieme, i motivi addotti per giustificarli erano pertinenti e sufficienti ai fini dell'articolo 8 § 2 (si veda, tra le molte altre autorità, la causa Olsson c. Svezia (n. 1), 24 marzo 1988, § 68, Serie A n. 130; la causa K. e T. c. Finlandia [GC], n. 25702/94, § 154, CEDU 2001-VII; la causa Kutzner c. Germania, n. 46544/99, § 65, CEDU 2002-I; e la causa P. C. e S. c. Regno Unito, n. 56547/00, § 114, CEDU 2002-VI).

92. Nei casi derivanti da ricorsi individuali, il compito della Corte non è quello di esaminare sommariamente la relativa legislazione o prassi; deve, per quanto possibile, limitarsi, senza tralasciare il contesto generale, ad esaminare le questioni sollevate dal caso concreto di cui è investita (si veda la causa Olsson c. Svezia (n. 1), sopra citato, § 54). Di conseguenza, il compito della Corte non è quello di sostituirsi alle competenti autorità nazionali per stabilire la politica più appropriata per la regolamentazione della procreazione artificiale.

93. I ricorrenti sostengono che a causa dell'importanza particolare del diritto di fondare una famiglia e del diritto alla procreazione, gli Stati contraenti non godevano di alcun margine di discrezionalità nella regolamentazione di tali questioni.

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).

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.

96. 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. 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). 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. A tal riguardo, la Corte ritiene che la situazione della prima e del secondo ricorrente e quella della terza e del quarto ricorrente debbano essere esaminate separatamente. La Corte ritiene opportuno iniziare l'esame della situazione dalla terza e quarto ricorrente.

(c) La terza e il quarto ricorrente (donazione di ovuli)

98. La terza ricorrente è completamente sterile mentre suo marito, il quarto ricorrente, può produrre sperma idoneo per la procreazione. Non è in discussione che, date le loro condizioni mediche, solamente la fecondazione in vitro con l'utilizzo di ovuli di un donatore consentirebbe loro di esaudire il loro desiderio di avere un figlio di cui almeno uno dei ricorrenti sarebbe il genitore genetico. Tuttavia, il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro previste dall'articolo 3(1) della legge sulla procreazione artificiale, che non consente la donazioni di ovuli, elimina tale possibilità. Non esiste alcuna eccezione a questa regola.

99. Il Governo sostiene che il divieto della donazione di ovuli per la fecondazione in vitro stabilito dal legislatore austriaco fosse necessario in una società democratica. Il legislatore austriaco aveva stabilito un armonioso equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in questione. Questi doveva fissare alcuni limiti alle possibilità offerte dalle tecniche mediche sulla procreazione artificiale in quanto doveva tenere conto della natura moralmente ed eticamente delicata delle questioni di cui trattasi e le remore esistenti in molte parti della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva.

100. La Corte ritiene che le preoccupazioni basate sulle considerazioni morali o sull'accettabilità sociale devono essere seriamente considerate in un campo delicato come quello della procreazione artificiale. Tuttavia, queste non sono di per sé motivi sufficienti per un totale divieto di una tecnica specifica di procreazione artificiale quale la donazione di ovuli. Nonostante l'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati contraenti, il quadro giuridico concepito per questo scopo deve essere plasmato in modo coerente cosicché si tenga adeguatamente conto dei diversi interessi legittimi coinvolti.

101. Il Governo sostiene inoltre che le avanzate tecniche mediche di fecondazione artificiale, come la fecondazione in vitro, implicano il rischio di non essere impiegate solo a scopi terapeutici ma anche per altri fini quali la "selezione" dei nascituri; la fecondazione in vitro pone questo rischio. In aggiunta il Governo afferma che vi è il rischio che la donazione di ovuli possa portare allo sfruttamento e all'umiliazione delle donne, in particolare di quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato. Inoltre potrebbero essere esercitate pressioni sulla donna che, al contrario, non si troverebbe nella posizione di potersi permettere la fecondazione in vitro per la produzione di più ovuli del necessario (si veda l'articolo 66 sopra). La tecnica della fecondazione in vitro, che richiede che degli ovuli siano estratti dalla donna, è rischiosa e ha serie ripercussioni sulla donna che si sottopone a tale intervento; il legislatore deve prestare particolare attenzione per ridurre tali rischi laddove terze persone, come i donatori, siano coinvolte.

102. I ricorrenti sostengono che i rischi per la salute sui quali contava il Governo nell'affermare la necessità dell'ingerenza potrebbero essere ridotti, o addirittura prevenuti, da ulteriori misure che il legislatore austriaco potrebbe adottare ma che, in ogni caso, non erano sufficienti a non considerare gli interessi dei ricorrenti nell'esaudire il loro desiderio di avere un figlio.

103. La Corte ritiene 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.

104. A tal riguardo la Corte osserva che il legislatore austriaco non ha escluso completamente la procreazione artificiale poiché consente l'utilizzo di tecniche omologhe. Secondo le dichiarazioni della Corte Costituzionale nella sua decisione del 14 ottobre 1999, il legislatore austriaco era guidato dall'idea che la procreazione medicalmente assistita dovrebbe aver luogo in modo analogo alla procreazione naturale e, in particolare, che il principio basilare del diritto civile – *mater semper certa est* – dovrebbe essere mantenuto evitando la possibilità che due persone possano asserire di essere la madre biologica dello stesso bambino ed evitare controversie tra una madre biologica e quella genetica in senso lato. Nel fare ciò, il legislatore ha tentato di conciliare il desiderio di rendere disponibile la procreazione medicalmente assistita e le remore di una larga parte della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva, che solleva questioni di natura moralmente ed eticamente delicata.

105. La Corte osserva inoltre che il legislatore austriaco ha stabilito delle salvaguardie e delle precauzioni specifiche ai sensi della legge sulla procreazione artificiale, segnatamente, riservare l'utilizzo delle tecniche di procreazione artificiale a medici specialisti con una particolare competenza ed esperienza in questo campo i quali sono vincolati dalla loro etica professionale (si veda l'articolo 32 sopra) e vietando la remunerazione della donazione di ovuli e sperma. Tali misure sono tese a prevenire i rischi potenziali della selezione eugenetica e il loro abuso e a prevenire il rischio dello sfruttamento delle donne, quali le donatrici di ovuli, in situazioni vulnerabili. Il legislatore austriaco potrebbe teoricamente concepire e promulgare altre misure o garanzie per ridurre il rischio collegato alla donazione di ovuli descritto dal Governo. Riguardo al rischio riferito dal Governo circa la creazione di rapporti caratterizzati da una discordanza tra la realtà sociale e quella biologica, la Corte osserva che relazioni famigliari atipiche in senso lato, che non rientrano nello schema classico genitore-figlio basato su un diretto legame biologico, non sono sconosciute agli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti. L'istituto dell'adozione è stato istituito nel tempo per fornire un quadro giuridico soddisfacente a tali rapporti ed è conosciuto in tutti gli Stati membri. Pertanto, avrebbe potuto essere adottato un quadro giuridico che regolasse in modo soddisfacente i problemi derivanti dalla donazione di ovuli. Tuttavia, la Corte non può non tenere conto del fatto che la distinzione della maternità tra la madre genetica e quella "uterina" si differenzia in modo significativo dal rapporto genitore-figlio adottivo e aggiunge un nuovo aspetto alla questione.

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".

(d) La prima e il secondo ricorrente (donazione di sperma)

108. La prima ricorrente soffre di infertilità alle tube di Falloppio e il secondo ricorrente, suo marito, è altrettanto sterile. E' pacifico che, a causa delle loro condizioni di salute, solo la fecondazione in vitro con utilizzo di sperma di un donatore potrebbe permettere alla coppia ricorrente di realizzare il proprio desiderio di avere un bambino di cui almeno uno dei due ricorrenti sarebbe genitore genetico.

109. Tuttavia, il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, sancito dall'articolo 3(1) della legge sulla procreazione assistita, che nel caso della prima e del secondo ricorrente non ammette la donazione di sperma, esclude questa possibilità. Nello stesso tempo l'articolo 3(2) della legge consente la donazione di sperma per la fecondazione in vivo.

110. La Corte ricorda che uno Stato può, fermo restando quanto disposto dall'articolo 8 della Convenzione, adottare una legislazione che regoli aspetti importanti della vita privata che non preveda un bilanciamento degli opposti interessi per ciascun caso specifico. Laddove tali importanti aspetti siano in gioco, l'adozione da parte del legislatore di norme di natura assoluta volte a promuovere la certezza del diritto non è incompatibile con l'articolo 8 (si veda la causa Evans, sopra citata, § 89).

111. La Camera ha attribuito particolare importanza al fatto che questo tipo di procreazione artificiale (donazione di sperma per il trattamento in vitro) combinava due tecniche che, prese da sole, erano permesse dalla legge sulla procreazione artificiale, vale a dire, da un lato, la fecondazione in vitro e, dall'altro, la donazione di sperma per il concepimento in vivo. Essa ha ritenuto che il divieto della combinazione di due tecniche mediche che, se applicate separatamente, erano consentite, richiedeva argomenti particolarmente persuasivi. Il solo argomento che, secondo la Camera, era specifico di tale divieto, era che l'inseminazione artificiale in vivo veniva utilizzata già da tempo, era facile da gestire e il suo divieto sarebbe stato pertanto difficile da monitorare. Tale argomento riguardava meramente la questione dell'efficienza, che non può prevalere sugli interessi

particolarmente importanti delle persone interessate, ragion per cui la Camera ha concluso che la differenza nel trattamento in questione non era giustificata (si vedano §§ 92-93 della Sentenza della Camera).

112. La Grande Camera non è convinta di questo ragionamento. Essa ritiene che nell'esaminare la conformità del divieto di una specifica tecnica di procreazione artificiale ai requisiti della Convenzione, deve essere preso in considerazione il quadro giuridico di cui fa parte ed il divieto deve essere esaminato in questo contesto più ampio.

113. E' vero che alcuni degli argomenti invocati dal Governo in difesa del divieto della donazione di gameti per la fecondazione in vitro possono riguardare solamente il divieto della donazione di ovuli, come la prevenzione dello sfruttamento delle donne in condizioni vulnerabili, la limitazione di eventuali rischi per la salute delle donatrici di ovuli e la prevenzione di relazioni famigliari atipiche legate alla distinzione tra diverse maternità. Permangono tuttavia le perplessità di fondo sollevate dal Governo, vale a dire, che il divieto della donazione di gameti che prevede l'intervento di terzi in un processo medico altamente tecnico era una questione controversa nella società austriaca e solleva questioni complesse di natura sociale ed etica nelle quali non esisteva ancora un consenso nella società e che doveva tenere conto della dignità umana, il benessere dei bambini così concepiti e la prevenzione delle ripercussioni negative o del potenziale abuso. La Corte ha già concluso (supra) che il divieto della donazione di ovuli per la fecondazione in vitro, che si fondava su tali motivi, era compatibile con i requisiti dell'articolo 8 della Convenzione e, nel prendere in considerazione il quadro generale in cui rientrava il divieto in questione, era pertinente al caso di specie.

114. Il fatto che il legislatore austriaco, nell'emanazione della legge sulla procreazione artificiale che sanciva la decisione di non consentire la donazione di sperma o di ovuli per la fecondazione in vitro, non vietava al contempo la donazione di sperma per la fecondazione in vitro – una tecnica tollerata da lungo tempo e comunemente accettata dalla società – è un elemento importante nel bilanciamento dei rispettivi interessi e non può ridursi a una semplice questione di efficacia del controllo dei divieti. Dimostra piuttosto l'approccio attento e cauto del legislatore austriaco nel tentare di conciliare le realtà sociali con la sua posizione di principio in materia. A tal riguardo la Corte osserva inoltre che la legislazione austriaca non vieta in alcun modo di rivolgersi all'estero per richiedere il trattamento contro la sterilità che utilizza tecniche di procreazione artificiale non permesse in Austria e che, nell'eventualità di un trattamento con esito positivo, il Codice Civile contiene norme molto chiare sulla paternità e la maternità rispettose dei desideri dei genitori (si veda, *mutatis mutandis*, la causa A. B. e C. c. Irlanda, sopra citata, § 239).

(e) Conclusioni della Corte

115. Alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte pertanto conclude che il legislatore austriaco non ha all'epoca ecceduto il margine di discrezionalità concessogli né per quanto riguarda il divieto di donazione di ovuli ai fini della procreazione artificiale né per quanto riguarda il divieto di donazione di sperma per la fecondazione in vitro previsto dall'articolo 3 della Legge sulla Procreazione Artificiale.

116. Ne consegue che non vi è stata alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione per quanto riguarda tutti i ricorrenti.

117. Ciononostante, la Corte osserva che il parlamento austriaco non ha, ad oggi, proceduto ad un esame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale,

considerando la rapida evoluzione della scienza e della società a tal riguardo. La Corte nota inoltre che la Corte Costituzionale austriaca, nel constatare che il legislatore si era conformato al principio di proporzionalità di cui all'articolo 8 § 2 della Convenzione, aggiungeva che il principio adottato dal legislatore per consentire metodi omologhi di procreazione artificiale come regola e l'inseminazione con sperma donato come eccezione rifletteva lo stato della scienza medica dell'epoca e il consenso che esisteva nella società. Ciò non significa comunque che tali criteri non possano essere oggetto di sviluppi di cui il legislatore dovrà tenere conto in futuro.

118. Il Governo non ha indicato se le autorità austriache abbiano di fatto dato seguito a questo aspetto della decisione della Corte Costituzionale. A tal riguardo la Corte ricorda che la Convenzione è stata sempre interpretata e applicata alla luce delle circostanze attuali (si veda la causa *Rees c. Regno Unito*, 17 Ottobre 1986, § 47, Serie A n. 106). Anche se la Corte non evince alcuna violazione dell'articolo 8 nel caso di specie, essa ritiene che questa materia, in cui il diritto sembra essere in costante evoluzione e che è particolarmente soggetta ad un rapido sviluppo per ciò che attiene alla scienza e al diritto, richiede un esame permanente da parte degli Stati Contraenti (si veda la causa *Christine Goodwin*, sopra citata, § 74, CEDU 2002 VI, e la causa *Stafford c. Regno Unito [GC]*, n. 46295/99, § 68, CEDU 2002 IV).

III. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 14 DELLA CONVENZIONE IN COMBINATO DISPOSTO CON L'ARTICOLO 8

119. I ricorrenti lamentano che il divieto di tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro previsto dall'articolo 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale, ha violato i loro diritti garantiti dall'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8.

120. Nelle circostanze del caso di specie, la Corte ritiene che la sostanza dei motivi di ricorso dei ricorrenti sia stata sufficientemente valutata nel quadro di esame delle loro affermazioni secondo l'articolo 8 della Convenzione. Ne consegue che non vi è alcuna ragione di esaminare separatamente i medesimi fatti dal punto vista dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE

1. Rigetta, all'unanimità, l'eccezione preliminare del Governo;
 2. Dichiara, con tredici voti contro quattro, che non vi è stata alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione;
 3. Dichiara, all'unanimità, che non è necessario esaminare il ricorso anche ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.
- Fatta in inglese e francese, e pronunciata in pubblica udienza a Strasburgo, Palazzo dei Diritti dell'Uomo, il 3 novembre 2011.

Michael O'Boyle
Cancelliere Aggiunto

Jean-Paul Costa
Presidente

Conformemente all'articolo 45 § 2 della Convenzione e all'articolo 74 § 2 del Regolamento della Corte, alla presente sentenza sono allegate le seguenti opinioni separate:

- (a) Opinione separata del giudice de Gaetano;
 - (b) Opinione dissenziente comune dei giudici Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska e Tsotsoria .
- J.-P.C.
M.O.B.

OPINIONE SEPARATA DEL GIUDICE DE GAETANO

1. Ho votato con la maggioranza nella presente causa in quanto ritengo che i fatti non rivelano una violazione dell'articolo 8, né in effetti dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8. Ciononostante, ho seri dubbi in merito ad alcune implicazioni del ragionamento della maggioranza.

2. La dignità umana – dalla quale scaturisce la nozione del valore inerente della vita umana – è al cuore medesimo dell'insieme della Convenzione. Essa può, naturalmente, rilevare più direttamente ed immediatamente alcune disposizioni della Convenzione rispetto ad altre. Una di tali disposizioni è l'articolo 8. Per rispondere alla questione, di cui ai paragrafi 85 e seguenti, di sapere se la causa deve essere esaminata dal punto di vista di una "ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto per le loro vite familiari...o di un inadempimento da parte dello Stato di un obbligo positivo a tal riguardo", bisognerebbe innanzitutto stabilire i giusti parametri dell'articolo 8. Mentre non v'è alcun dubbio che la decisione di una coppia di concepire un bambino è una decisione che appartiene alla vita privata e familiare di tale coppia (e, nel contesto dell'articolo 12, al diritto della coppia di formare una famiglia), né l'articolo 8 né l'articolo 12 possono essere interpretati come conferenti il diritto a concepire un bambino a qualunque costo. Ritengo che il "desiderio" di un bambino non possa divenire un obiettivo assoluto che prevalga sulla dignità della vita umana.

3. Nella causa Dickson c. Regno Unito, di cui al paragrafo 81 della sentenza, la Corte ha in effetti dichiarato che la procreazione separata dall'atto coniugale rientrava nell'ambito dell'articolo 8. A mio avviso, tale decisione non ha dato risalto alla dignità umana ma si è semplicemente limitata a metterla in disparte rispetto ai progressi della scienza medica. L'atto personale tra un uomo e una donna, che costituisce la procreazione umana, è stato invece ridotto ad una tecnica medica o di laboratorio.

4. La presente sentenza suggerisce (si veda il paragrafo 106) che un "consenso europeo" sulla materia in esame è una considerazione importante per stabilire se vi sia stata o meno una violazione della Convenzione (nel caso di specie dell'articolo 8). Ed ancora, tale suggerimento devia l'attenzione dalla necessità di chiedersi se un particolare atto od omissione o limitazione faccia progredire o retrocedere la dignità umana (a parte il fatto che la storia ci insegna che il "consenso europeo" ha in passato portato ad atti di flagrante ingiustizia sia in Europa che altrove). Analogamente, è irrilevante sapere se il parlamento austriaco si sia o meno impegnato ad esaminare in modo approfondito "la normativa che regola la procreazione artificiale, tenendo conto dell'evoluzione rapida della scienza o della società" (si veda il paragrafo 117).

5. La procreazione artificiale (in opposizione alla procreazione naturale medicalmente assistita) solleva, naturalmente, altre questioni che vanno oltre la portata della presente sentenza, come il congelamento e la distruzione di embrioni umani.

6. Quali che siano i progressi della medicina e delle altre scienze, il riconoscimento dei valori e della dignità di ciascun individuo potrebbero richiedere il divieto di alcuni atti in nome dei valori inalienabili e della dignità intrinseca di tutti gli esseri umani. Tale divieto – come i divieti contro il razzismo, la discriminazione illegittima e l'emarginazione dei malati e dei disabili – non è una negazione dei diritti umani fondamentali ma un riconoscimento positivo ed un progresso degli stessi.

PARERI DISSENZIENTI DEI GIUDICI TULKENS, HIRVELÄ, LAZAROVA TRAJKOVSKA E TSOTSORIA

(Traduzione)

1. Per quanto riguarda la questione particolarmente sensibile e delicata della procreazione medicalmente assistita (PMA), non condividiamo la conclusione della maggioranza secondo la quale non vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione nei confronti dei quattro ricorrenti.

2. Nel caso di specie, alla prima coppia non è stato consentito di utilizzare ovuli donati e alla seconda coppia non è stato consentito di utilizzare sperma donato, conformemente alla Legge sulla Procreazione Artificiale del 1992 che stabilisce che solamente i gameti dei coniugi (o di persone che vivono sotto il vincolo coniugale) possono essere utilizzati, vietando pertanto la PMA con un donatore terzo.

3. E' importante anzitutto notare, tuttavia, che come la Camera, la Grande Camera conferma ed estende l'applicabilità dell'articolo 8 della Convenzione alla presente situazione. Infatti, sin dalla sentenza *Evans c. Regno Unito* del 10 aprile 2007 (Grande Camera), la nostra Corte ha accettato che il concetto di vita privata, secondo quanto previsto dall'articolo 8 della Convenzione, copra il diritto al rispetto della decisione di avere o non avere un figlio (si veda § 71). Inoltre, nella sentenza *Dickson c. il Regno Unito* del 4 dicembre 2007 (Grande Camera), che riguardava la possibilità di praticare l'inseminazione artificiale, la Corte ha concluso che l'articolo 8 era applicabile sulla base che la tecnica di procreazione in questione riguardava la vita privata e familiare delle persone interessate, specificando che tale nozione incorporava il diritto al rispetto della loro decisione di diventare genitori genetici (si veda il § 66). Nella fattispecie, la Corte dichiara che "il diritto di una coppia di concepire un figlio e di utilizzare la procreazione medicalmente assistita a tal fine è altresì protetto dall'articolo 8, come tale una scelta è l'espressione della vita privata e familiare" (si veda l'articolo 82 della sentenza). Tale riconoscimento è ancor più importante in quanto, a differenza della Camera, la Grande Camera limita successivamente il suo esame all'articolo 8 visto singolarmente, considerando che la sostanza delle doglianze dei ricorrenti rientrano in tale articolo. L'articolo 8 della Convenzione appare pertanto svolgere un ruolo ora più ampio in merito alle questioni legate alla procreazione e alla riproduzione.

4. In una materia in continua evoluzione, sia dal punto di vista scientifico e medico sia in termini sociali ed etici, una caratteristica del caso di specie è il fattore tempo. La decisione della Corte Costituzionale austriaca che rigettava il ricorso presentato dai ricorrenti è stata adottata il 14 ottobre 1999. In tale decisione la Corte osservava che "le scelte che il legislatore [del 1992] aveva fatto rispecchiavano lo stato della scienza medica dell'epoca ed il consenso della società. Questo non significava, tuttavia, che tali criteri non erano soggetti ad evoluzioni di cui il legislatore avrebbe dovuto tener conto in futuro" (si veda il paragrafo 22 della sentenza). Il ricorso è stato presentato alla nostra Corte l'8 maggio 2000 e la

sentenza della Camera è stata adottata l'1 aprile 2010. In tali particolari circostanze, troviamo sia artificiale per la Corte limitarsi ad esaminare la situazione così come esisteva quando la Corte Costituzionale pronunciò la sentenza nel 1999 e nel contesto dell'epoca, deliberatamente privando la sentenza della Grande Camera, pronunciata alla fine del 2011, di qualsiasi valore reale. Vero è che la sentenza si preoccupa di specificare che "nulla impedisce alla Corte di prendere in considerazione per la sua valutazione gli sviluppi intervenuti successivamente" (si veda il paragrafo 84 della sentenza), tuttavia tale specificazione rimane in realtà una lettera morta.

5. Troviamo questo approccio, per il quale non esiste nella giurisprudenza della Corte alcun sostegno decisivo – infatti è proprio il contrario (si veda, tra l'altro, la causa *Yaşa c. Turchia*, 2 settembre 1998, § 94, Reports of Judgments and Decisions 1998 VI, e la causa *Maslov c. Austria* [GC], n. 1638/03, §§ 91 e 92, 23 giugno 2008) – ancor più problematico in quanto l'idea di fondo delle argomentazioni della Grande Camera si basano sul consenso in Europa riguardante la donazione di gameti (ovuli e sperma) che, come ben sappiamo, si è evoluta in modo considerevole (si vedano paragrafi 35 e seguenti della sentenza). Inoltre, la sentenza riconosce chiaramente il seguente punto: "Dal materiale a disposizione della Corte, sembrerebbe che dopo la decisione della Corte Costituzionale nel caso di specie, la scienza medica abbia registrato enormi progressi ai quali alcuni Stati contraenti hanno dato riscontro nella loro legislazione. Tali cambiamenti potrebbero pertanto avere delle ripercussioni sulla valutazione dei fatti da parte della Corte" (si veda il paragrafo 84 della sentenza). Non hanno tuttavia avuto successive ripercussioni.

6. Più specificamente, e a nostro avviso questo elemento ha un certo peso, la maggioranza nota espressamente che il parlamento austriaco non ha ad oggi proceduto ad un riesame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale alla luce dell'evoluzione rapida che la scienza e la società conosce a tal riguardo, nonostante il fatto che la Corte Costituzionale – nel 1999 – avesse precisato che tali criteri erano soggetti a sviluppi che il legislatore avrebbe di fatto dovuto prendere in considerazione (si veda il paragrafo 117 della sentenza). Ebbene, sono trascorsi dieci anni e nessun seguito è stato dato alla questione in alcun modo. Ciononostante, la Grande Camera considera che il legislatore abbia rispettato il principio di proporzionalità di cui all'articolo 8 § 2 della Convenzione limitandosi ad invitare "gli Stati Contraenti ad un esame costante" (si veda il paragrafo 118 della sentenza).

7. Anche se fosse accettabile nel 2011 di tenere conto in via esclusiva della situazione esistente nel 1999, sarebbe comunque necessario che il consenso in Europa così come esisteva all'epoca sia attentamente verificato al fine di determinare l'ampiezza del margine di discrezionalità in quanto "laddove un particolarmente importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo sia in gioco, il margine consentito ad uno Stato sarà di norma limitato" (si veda il paragrafo 95 della sentenza). Pertanto, ad esempio, nella sentenza *Connors c. Regno Unito* del 27 maggio 2004 la Corte ricordava che il margine "tenderà ad essere più ristretto laddove il diritto il gioco sia cruciale all'effettivo godimento "dell'intimità" o dei "diritti fondamentali" dell'individuo (si veda § 82), che è chiaramente il caso in questione.

8. Anche secondo uno studio comparato sulla procreazione medicalmente assistita effettuato dal Consiglio d'Europa in 39 Paesi nel 1998, la donazione di ovuli era vietata all'epoca solamente in otto Paesi mentre la donazione di sperma in cinque Paesi. Nonostante ciò, la Corte ritiene che "il consenso non sia, tuttavia, basato su principi consolidati nella legislazione degli Stati membri ma che rifletta piuttosto una fase dell'evoluzione nell'ambito di un campo particolarmente dinamico del diritto e non limita in

modo decisivo il margine di discrezionalità dello Stato” (si veda il paragrafo 96 della sentenza). Per la prima volta in assoluto la Corte conferisce una nuova dimensione al consenso europeo e gli fissa una soglia particolarmente bassa, lasciando al margine di discrezionalità degli Stati una estensione potenzialmente illimitata. L’attuale clima conduce probabilmente ad un tale passo indietro. Le differenze dell’approccio della Corte rispetto al valore determinante del consenso europeo ed in qualche misura l’atteggiamento lassista per ciò che riguarda gli elementi obiettivi utilizzati per determinare il consenso [\[1\]](#) sono qui spinti al loro limite, generando grave incertezza giuridica.

9. E’ da rilevare che in un rapporto riguardante un meeting sugli “Medical, ethical and social aspects of assisted reproduction” organizzato dall’Organizzazione Mondiale della Sanità già nel 2001, gli autori evidenziano che “[è] un fatto comunemente accettato che l’infertilità colpisce più di 80 milioni di persone in tutto il mondo. In linea generale, una coppia su dieci soffre di infertilità di primo o secondo grado” ed “è quindi un elemento centrale nelle vite delle persone che ne soffrono. E’ una fonte di sofferenza sia a livello sociale che psicologico sia per gli uomini che per le donne e può mettere a dura prova il rapporto della coppia” [\[2\]](#). Oggi, “la società deve affrontare le nuove sfide messe in rilievo da [una] rivoluzione tecnologica [nel campo della produzione assistita] e le sue implicazioni sociali” [\[3\]](#). A tal riguardo, ci sembra importante richiamare l’articolo 12 § 1 e l’articolo 15 § 1 b) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966) il quale riconosce il diritto di tutti di godere dei benefici del progresso scientifico e relative applicazioni, ed il diritto di tutti al massimo livello possibile di salute fisica e mentale. Infine, ciò che è in gioco qui non è una questione di scelta tra tecniche diverse ma, più fondamentalmente, la limitazione dell’accesso alla fecondazione in vitro eterologa che costituisce un rifiuto di accesso al trattamento disponibile..

10. Nonostante il fatto che i dati dell’epoca supportassero maggiormente l’approccio opposto, e senza prendere in considerazione i progressi che erano occorsi nel frattempo, la Grande Camera afferma senza alcuna esitazione che non vi è ancora “una chiara posizione comune tra gli Stati membri” e che il margine di discrezionalità concesso allo Stato convenuto “debba essere di ampio raggio”, permettendogli in tal modo di conciliare le realtà sociali con le sue posizioni di principio. Questo tipo di ragionamento implica che tali fattori debbano oramai lasciare il passo al consenso europeo, che è una svolta pericolosa nella giurisprudenza della Corte considerando che uno dei compiti della Corte è precisamente quello di contribuire all’armonizzazione in tutta Europa dei diritti garantiti dalla Convenzione [\[4\]](#).

11. Insieme al consenso europeo, il margine di discrezionalità è quindi l’altro pilastro del ragionamento della Grande Camera. Ciò è talvolta descritto come ampio o esteso (si veda il paragrafo 97 della sentenza), ed è talvolta invocato senza alcun aggettivo qualificante (si vedano i paragrafi 106 e 115 della sentenza), lasciando trasparire una certa esitazione circa il giusto peso da attribuire a tale concetto e alla gravità della limitazione in questione. Ne consegue che la posizione della Corte è poco chiara ed incerta, o persino offuscata. Mentre il riconoscere che il legislatore avrebbe potuto fornire soluzioni giuridiche accettabili o forse più equilibrate alle difficoltà associate alla donazione di ovuli e sperma, la Grande Camera si limita ad esaminare se, con l’adozione della soluzione impugnata, esso oltrepassava il margine di discrezionalità (si veda il paragrafo 106 della sentenza). E’ nostro parere che la questione non sia questa. Da un lato, dove gli Stati hanno autorizzato la PMA, la Corte deve verificare se il relativo beneficio sia concesso in conformità con i loro obblighi ai sensi della Convenzione e se essi abbiano scelto i mezzi meno lesivi dei diritti e delle libertà. Il margine

di discrezionalità va di pari passo con il controllo europeo. Dall'altro lato, in un caso delicato come quello presente, la Corte non dovrebbe utilizzare il margine di discrezionalità come "sostituto pragmatico di un approccio studiato a fondo del problema della portata del sindacato giurisdizionale." [5]. Infine, attraverso l'effetto combinato del consenso europeo e del margine di discrezionalità, la Corte ha scelto un approccio minimo – o anche minimalista – che difficilmente illuminerà i tribunali nazionali.

12. Uno degli argomenti sostenuti dal Governo e accettato dalla maggioranza è a nostro avviso particolarmente problematico, vale a dire, che "secondo il diritto austriaco non esiste alcun divieto a recarsi all'estero per sottoporsi al trattamento dell'infertilità che utilizza tecniche di procreazione artificiale non consentite in Austria e che, qualora il trattamento abbia esito positivo, il Codice Civile contiene norme chiare sulla paternità e maternità che rispettano i desideri dei genitori (si veda il paragrafo 114 della sentenza) [6].

13. Noi riteniamo che l'argomento secondo il quale le coppie possono recarsi all'estero (senza tenere conto delle potenziali difficoltà pratiche o dei costi) non affronta la questione reale, che è quella dell'ingerenza nella vita privata dei ricorrenti a seguito del divieto assoluto che esiste in Austria, omette di soddisfare in pieno i requisiti della Convenzione riguardanti il diritto dei ricorrenti di conformità con l'articolo 8. Inoltre, avallando il ragionamento del Governo secondo il quale, nel caso in cui il trattamento all'estero abbia esito positivo, la paternità e la maternità del bambino saranno regolate dal Codice Civile secondo i desideri dei genitori, la Grande Camera mina considerevolmente la forza degli argomenti basati "sulle remore di una larga parte della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva", in particolare per ciò che concerne la creazione di rapporti familiari atipici (si veda il paragrafo 113 della sentenza). Da ultimo, se le preoccupazioni per garantire il migliore interesse del bambino – presumibilmente compromesso dal ricorso ai mezzi di riproduzione vietati – scompaiano in quanto si è oltrepassato il confine, lo stesso vale per le preoccupazioni riguardanti la salute della madre invocata più volte dal Governo convenuto per giustificare il divieto.

14. Per tutti i motivi sopra esposti, concludiamo che nel caso di specie vi è stata una violazione dell'articolo 8 della Convenzione nei confronti dei quattro ricorrenti.

[1] "Il ruolo del consenso nel sistema della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo", Dialogo tra Giudici, Corte Europea dei Diritti Umani, Consiglio d'Europa, 2008.

[2] E. VAYENA et al. (eds.), *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Geneva, World Health Organisation, 2002, p. XIII.

[3] M.F. FATHALLA, "Current challenges in assisted reproduction", in E. VAYENA et al. (eds.), *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, op. cit., p. 20.

[4] C.L. ROZAKIS, "The European Judge as Comparatist", *Tul. L. Rev.*, vol. 80, no. 1, 2005, p. 272.

[5] Parere congiunto dissenziente dei Giudici Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann e Ziemele, allegato alla sentenza *Evans c. Regno Unito* [GC] del 10 aprile 2007, punto 12.

[6] Si veda, su questo punto, R.F. STORROW, "The pluralism problem in cross-border reproductive care", *Human Reproduction*, vol. 25, no. 12, 2010, pp. 2939 et seq.