

CONSIGLIO D'EUROPA
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

PRIMA SEZIONE

CASO S. H. E ALTRI c. AUSTRIA

(Ricorso n° 57813/00)

SENTENZA

STRASBURGO

1 aprile 2010

Pendente alla Grande Camera domanda di deferimento

Questa sentenza diventerà definitiva in base alle condizioni definite all'articolo 44 § 2 della Convenzione. Essa può subire modifiche di forma.

Nel caso S. H. e altri c. Austria,

La Corte europea dei diritti dell'uomo (Prima Sezione), riunitasi in una camera composta da:

Christos Rozakis, *Presidente*,

Nina Vajić,

Anatoly Kovler,

Elisabeth Steiner,
Khanlar Hajiyev,
Sverre Erik Jebens,
Giorgio Malinverni, *giudici*,
e André Wampach, *cancelliere aggiunto di sezione*,
Dopo aver deliberato in camera di consiglio l'11 marzo 2010,
Pronuncia la seguente sentenza, adottata in questa data:

PROCEDURA

1. Il caso trae origine dal ricorso (n° 57813/00) contro la Repubblica di Austria inoltrato alla Corte ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("la Convenzione") da parte di quattro cittadini austriaci, S. H., D.H., H. E.-G. e Mr M.G. ("i ricorrenti"), il giorno 8 maggio 2000. Il Presidente della Camera accoglie la richiesta dei ricorrenti di non rivelare i loro nomi (articolo 47 § 3 del regolamento della Corte).

2. I ricorrenti sono 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 F. Trauttmansdorff, Capo del Dipartimento di Diritto Internazionale del Ministro degli Affari Esteri.

3. I ricorrenti lamentano in particolare che le disposizioni della legge austriaca sulla procreazione assistita vietano 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, in violazione dei loro diritti riconosciuti dall'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14.

4. Con una decisione del 15 novembre 2007 la Corte dichiarava i ricorsi delle parti parzialmente ricevibili.

5. Un intervento di terzo è stato realizzato dalla Germania, che ha esercitato il suo diritto di intervento (articolo 36 § 1 della Convenzione e articolo 44 § 1 (b)).

6. L'udienza di merito sul ricorso ha avuto luogo nel Palazzo dei Diritti Umani, a Strasburgo, il 28 febbraio 2008 (articolo 59 § 3).

Sono comparsi dinanzi alla Corte:

(a) *per il Governo*

Ms B. OHMS,
Ms B. GROSSE,
Mr M. STORMANN,
Ms I. HAGER-RUHS,

Rappresentante aggiunto,

Consulenti legali;

(b) *per i ricorrenti*

Mr H. KINZ,
Mr W.L. WEH,

Avvocati.

La Corte esamina le allegazioni degli avvocati Weh, Kinz e Ohms.

IN FATTO

I. LE CIRCOSTANZE DEL CASO DI SPECIE

7. I ricorrenti, sono nati rispettivamente nel 1966, nel 1962, nel 1971 e nel 1971 e vivono in L. e R.

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

9. La prima ricorrente soffre di sterilità alle tube di Falloppio (*eileiterbedingter Sterilität*). Anche il secondo ricorrente, suo marito, è sterile.

10. La terza ricorrente soffre di agonadismo (*Gonadendysgenese*), che significa che non produce assolutamente ovuli. Così lei 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.

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

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

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

14. Il 4 ottobre 1999 la Corte Costituzionale teneva una pubblica udienza alla quale la prima ricorrente, assistita dal suo avvocato, partecipava.

15. Il 14 ottobre 1999 la Corte Costituzionale decideva sul ricorso della prima e della terza ricorrente. La Corte Costituzionale dichiarava che il loro ricorso era parzialmente ricevibile per quanto riguardava il loro caso specifico. A questo proposito dichiarava che le disposizioni del paragrafo 3 della legge sulla procreazione artificiale, che proibiscono l'uso di certe tecniche di procreazione, era direttamente applicabile al caso in esame senza necessità che una decisione di un'autorità giurisdizionale o amministrativa fosse presa.

16. Nel merito la Corte Costituzionale considerava che l'articolo 8 era applicabile al caso di specie. Sebbene non esista giurisprudenza della Corte europea dei diritti

dell'uomo sul problema, era evidente, per la Corte Costituzionale, 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, ricade nella sfera di protezione dell'articolo 8.

17. Le disposizioni impugnate della legge sulla procreazione artificiale interferiscono con l'esercizio di questa libertà nella misura in cui limitano l'opportunità di tecniche mediche di procreazione artificiale. Quanto alla giustificazione di una tale ingerenza, la Corte Costituzionale osservava 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, è stato stabilito, come tratto principale della legislazione, che solo i metodi di fecondazione omologa – come l'uso di ovuli e sperma degli stessi coniugi o conviventi – sono permessi e solo i metodi che non richiedono tecniche particolarmente sofisticate e che non sono troppo lontani dai modi naturali di concepimento. Lo scopo è quello di evitare la formazioni di rapporti familiari inconsueti come nel caso in cui un bambino ha più di una madre biologica (una madre genetica ed una che ha in grembo il bambino) e per evitare il rischio di sfruttamento della donna.

18. L'uso della fecondazione in vitro, opposta alla procreazione naturale, solleva gravi questioni rispetto al benessere dei bambini così concepiti, rispetto alla loro salute ed ai loro diritti, e tocca anche valori etici e morali della società e comporta il rischio di commercializzazione e di riproduzione selettiva (*Zuchtauswahl*).

19. Applicando il principio di proporzionalità ai sensi dell'articolo 8 § 2, tuttavia, tali preoccupazioni non potrebbero portare ad un totale divieto di tutte le possibili tecniche di procreazione medicalmente assistita, in quanto l'estensione degli interessi pubblici implicati dipende in buona misura dalla tecnica eterologa o omologa che si usa.

20. 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 regole 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.

21. Né il legislatore ha trascurato gli interessi di uomini e donne che devono servirsi di tecniche di procreazione artificiale. Oltre alle tecniche strettamente omologhe sono previste inseminazioni con uso di sperma di donatori. Tale tecnica è conosciuta ed utilizzata da molto tempo e non porterebbe a relazioni inconsuete. Inoltre, l'uso di queste tecniche non è limitato alle coppie sposate ma include anche le coppie di conviventi. Tuttavia, nella misura in cui le tecniche omologhe non sono sufficienti per concepire un bambino, gli interessi degli individui coinvolti si pongono in contrasto con il pubblico interesse.

22. La Corte Costituzionale dichiarava anche che il legislatore, che proibisce le tecniche eterologhe, mentre accetta come legittime solo quelle omologhe, rispetta il divieto di discriminazioni contenuto nel principio di eguaglianza. La differenza di trattamento tra le due tecniche si giustifica perché, come sottolineato sopra, non si possono sollevare le stesse obiezioni contro il metodo omologo e contro quello eterologo. Di conseguenza il legislatore non è obbligato a prevedere normative strettamente identiche per i due. Inoltre, il fatto che l'inseminazione mediante donazione

di sperma è permessa mentre la donazione di ovuli no, non solleva questioni di discriminazione perché ancora una volta, come sottolineato sopra, non c'è il rischio di creare relazioni inconsuete che potrebbero pregiudicare il benessere del bambino, come invece c'è nel caso di inseminazione eterologa.

23. Siccome 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 c'è stata nemmeno violazione dell'articolo 12 della Convenzione.

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

II. MATERIALE NON CONVENZIONALE PERTINENTE

A. Il diritto interno: la legge sulla procreazione artificiale

25. La legge sulla procreazione assistita (*Fortpflanzungsmedizingesetz*, Gazzetta Ufficiale 275/1992) regola l'uso delle tecniche mediche per indurre al concepimento di un bambino attraverso mezzi diversi dalla copulazione (paragrafo 1(1)).

26. 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 cellule uovo o di cellule uovo con sperma nell'utero o nelle tube di Falloppio di una donna (paragrafo 1(2)).

27. La procreazione medicalmente assistita 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 (paragrafo 2).

28. Ai sensi del paragrafo 3(1), solo gli ovuli e lo sperma dei coniugi o delle persone che vivono una relazione simile al matrimonio (*Lebensgefährten*) possono essere usati agli effetti 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 (paragrafo 3(2)). In tutte le altre circostanze, ed in particolare allo scopo della fecondazione in vitro, l'utilizzazione della sperma di donatori è proibito.

29. Ai sensi del paragrafo 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.

30. Le ulteriori disposizioni della legge sulla procreazione artificiale stabiliscono, *inter alia*, che la procreazione medicalmente assistita può essere compiuta solo da medici specializzati ed in ospedali o sale operatorie specificamente attrezzati (paragrafo 4) e solo con il consenso espresso e scritto dei coniugi o dei conviventi (paragrafo 8).

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

tecnica di fecondazione in vitro permessa ai sensi della legge sulla procreazione artificiale.

B. La situazione in altri paesi

32. Sulla base del materiale a disposizione della Corte, incluso il documento “Studi sulle soluzioni in 39 Stati sulla procreazione medicalmente assistita e sulla protezione degli embrioni umani” (Consiglio d’Europa, 1998) e le risposte degli Stati membri del Consiglio d’Europa al “Questionario sull’accesso alla procreazione medicalmente assistita” della Commissione di Bioetica, risulta che la fecondazione in vitro è disciplinata dalla legislazione primaria o secondaria in Austria, Azerbaigian, Bulgaria, Croazia, Danimarca, Estonia, Francia, Georgia, Germania, Grecia, Ungheria, Islanda, Italia, Lettonia, olanda, Norvegia, nella Federazione Russa, in Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Ucraina e nel regno Unito. In Belgio, nella Repubblica ceca, in Finlandia, Irlanda, a Malta, in Lituania, Polonia, Serbia e nella Slovacchia tale trattamento è regolato dalla pratica medica, dalle linee guida professionali, da decreti della corona o amministrativi o dai generali principi costituzionali.

33. Lo studio, in particolare, spiega la posizione degli ordinamenti interni con riguardo 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 uovo).

34. 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. I paesi che permettono la donazione di sperma, generalmente, non distinguono nelle loro normative tra utilizzo di sperma per un’inseminazione artificiale e per una fecondazione in vitro. Con riguardo alla donazione di ovuli, essa è vietata in Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera, oltre ai tre paesi sopra menzionati. Da quando la Germania permette la donazione di sperma solo per la fecondazione non in vitro, la situazione giuridica è abbastanza simile a quella dell’Austria.

35. In molti paesi, come Cipro, Lussemburgo, Malta, Finlandia, Polonia, Portogallo e Romania, dove la materia non è regolata, è usata sia la donazione di sperma di ovuli.

36. 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 si stanno sviluppando velocemente. 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 nel 2006, nel 2004 e nel 2006 rispettivamente. In Norvegia la donazione di sperma per la fecondazione in vitro è stata permessa sin dal 2003, non invece la donazione di ovuli.

C. Strumenti del Consiglio d'Europa

37. 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, l'utilizzo di gameti di donatori può essere consentito.”

38. La Convenzione su Diritti umani e biomedicina del 1997 non tratta della questione della donazione di gameti, ma proibisce l'uso di tecniche di riproduzione medicalmente assistita per scegliere il sesso del bambino. Il suo articolo 14 è formulato nel modo seguente:

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

39. Il Protocollo aggiuntivo 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 ed i tessuti riproduttivi.

IN DIRITTO

I. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 14 IN COMBINATO DISPOSTO CON L'ARTICOLO 8

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

41. Queste norme, per la parte che qui rileva, dispongono quanto segue:

Articolo 14: Divieto di discriminazione

“Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.”

Articolo 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare

“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. Argomenti delle parti

1. I ricorrenti

42. I ricorrenti affermano che l'articolo 8 della Convenzione è applicabile e, quindi, anche l'articolo 14. A causa della speciale importanza del diritto a fondare una famiglia e dal diritto alla procreazione, gli Stati contraenti non godono di un margine di apprezzamento totale nel regolare queste materie. Le decisioni che sono assunte dalle coppie desiderose di ricorrere alla procreazione artificiale riguardano la loro sfera più intima e, dunque, il legislatore dovrebbe mostrare moderazione nel disciplinare queste materie.

43. Tutti gli argomenti sollevati dal Governo a difesa della legislazione impugnata sono rivolti contro la procreazione artificiale in generale e, inoltre, non sono convincenti quando si dice di accettare alcune delle tecniche di procreazione mentre di rigettarne altre. 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; tale divieto è previsto in Austria.

44. Il sistema applicato ai sensi della legge sulla procreazione artificiale è incoerente ed illogico poiché le forme di procreazione medicalmente assistita eterologa non sono proibite in generale ma si fa eccezione alla donazione di sperma in relazione a specifiche tecniche. I motivi di questa differenza di trattamento non sono persuasivi. Inoltre, non è chiaro perché la legge in vigore permette l'inseminazione artificiale con un donatore di sperma mentre proibisce categoricamente la donazione di ovuli. In particolare, la distinzione fatta tra inseminazione con sperma donato e fecondazione in vitro con sperma donato è incomprensibile. In tal senso la legge impugnata causa una discriminazione vietata dall'articolo 14.

2. Il Governo

45. Il Governo afferma che l'articolo 14 integra le altre disposizioni sostanziali della Convenzione e dei suoi protocolli. Poiché l'applicabilità dell'articolo 8 non è discussa, ed il governo si riferisce alle dichiarazioni della Corte Costituzionale austriaca, anche l'articolo 14, in combinato disposto con quella norma, è applicabile.

46. Il Governo, inoltre, afferma che, in conformità alla giurisprudenza della Corte, una differenza di trattamento è discriminatoria agli effetti dell'articolo 14 quando non c'è una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè, se non persegue uno “scopo legittimo” o se non c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare. Tuttavia, gli Stati contraenti godono di un certo margine di discrezionalità nel valutare se, e in quale misura, differenze in situazioni analoghe giustificano diversi trattamenti di legge. Il divieto della fecondazione in vitro con sperma o ovuli provenienti da un donatore è oggettivamente e ragionevolmente giustificato. Il divieto, che persegue lo scopo legittimo di proteggere la salute e il

benessere delle donne e dei bambini coinvolti, così come quello di salvaguardare i valori etici e morali della società, è anche proporzionato.

47. Sebbene il diritto al rispetto della vita privata e familiare comprenda anche il diritto a soddisfare il desiderio di un bambino, ciò non significa che uno Stato è obbligato a consentire indiscriminatamente tutti i mezzi tecnicamente praticabili di riproduzione né di prevedere tali mezzi. Nel far uso del margine di discrezionalità loro concesso, gli Stati devono decidere da sé quale bilanciamento deve essere trovato tra gli opposti interessi, alla luce degli specifici bisogni sociali e culturali e delle tradizioni dei loro paesi. La legislazione austriaca ha trovato un giusto equilibrio, prendendo in considerazione tutti gli interessi coinvolti. Un bilanciamento simile permette la procreazione medicalmente assistita ma, allo stesso tempo, stabilisce certi limiti laddove lo stato attuale del progresso medico e sociale non permette ancora un'autorizzazione legale della fecondazione in vitro con sperma o ovuli di terze persone, come desiderano i ricorrenti. Dunque la legge sulla procreazione artificiale è caratterizzata dall'intento di prevenire ripercussioni negative e potenziali abusi e di impiegare il progresso medico 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.

48. Dopo una preparazione approfondita il legislatore ha 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*). Ciò solleva essenziali problematiche rispetto alla salute dei bambini così concepiti e nati, che toccano soprattutto i valori etici e morali della società.

49. Durante la discussione in Parlamento era stato sottolineato che la donazione di ovuli potrebbe portare a conseguenze problematiche come lo sfruttamento e l'umiliazione delle donne, in particolare per quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato. Potrebbe mettersi pressione su una donatrice, che diversamente non avrebbe affrontato la fecondazione in vitro, per realizzare il proprio desiderio di avere un bambino.

50. La fecondazione in vitro solleva anche il problema di relazioni di parentela inconsuete, in cui le condizioni sociali deviano da quelle biologiche, vale a dire la condivisione della maternità in un aspetto biologico ed in uno di "gravidanza" e forse anche in un aspetto sociale. Infine, si deve anche tenere in considerazione che i bambini hanno un legittimo interesse 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 ineffettive nel caso della procreazione medicalmente assistita. Le ragioni che permettono l'inseminazione artificiale, come risulta dal rapporto esplicativo al disegno di legge del Governo relativo alla legge sulla procreazione artificiale, stanno nel fatto che questo metodo di procreazione facilmente applicabile, rispetto agli altri, 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 perseguire gli obiettivi di una legislazione effettiva.

51. Il Governo conclude, quindi, che il divieto della fecondazione in vitro, con sperma o ovuli provenienti da un donatore, è oggettivamente e ragionevolmente giustificato. Il divieto, che persegue lo scopo legittimo di proteggere la salute ed il benessere delle donne e dei bambini coinvolti, così come quello di salvaguardare i valori etici e morali della società, è anche proporzionato. Di conseguenza, i ricorrenti non sono vittime di una discriminazione.

B. Gli argomenti del Governo tedesco

52. Il Governo tedesco afferma che, ai sensi del paragrafo 1(1) della legge tedesca sulla protezione degli embrioni (*Embryonenschutzgesetz*) costituisce reato punibile l'impianto in una donna di un uovo non prodotto da lei.

53. Il divieto è pensato per proteggere il benessere dei bambini assicurando l'identità inequivocabile della madre. Biologicamente, solo le donne sono capaci di partorire. La condivisione della maternità tra una madre biologica ed una madre genetica avrebbe come risultato due madri aventi un ruolo nella procreazione di un bambino. Questa sarebbe una novità assoluta nella natura e nella storia del genere umano. In termini giuridici, storici e culturali, la inequivocabilità della maternità rappresenta un valore fondamentale e sociale di base e, per questa sola ragione, è considerato indispensabile dal legislatore tedesco. Inoltre, la relazione con la madre è ritenuta importante per la ricerca dell'identità del bambino. In conseguenza, il bambino avrebbe grosse difficoltà nell'affrontare il fatto che, in termini biologici, due donne hanno avuto un ruolo nella sua nascita. La maternità condivisa 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. Dunque questo è contrario al benessere del bambino.

54. Un altro pericolo sta nel fatto che la madre biologica, consapevole del *background* genetico, potrebbe ritenere la donatrice dell'uovo responsabile delle malattie o dei difetti del bambino e rifiutarlo. Un conflitto di interessi tra la madre biologica e quella genetica potrebbe andare a detrimento del bambino. Per il donatore, produrre ovuli utilizzabili è una procedura complicata ed invasiva, che potrebbe portare ad un danno fisico e psicologico e ad un rischio della salute del donatore. Un altro conflitto che potrebbe emergere e danneggiare i rapporti tra le madri genetica e biologica ed il bambino è che l'uovo donato risulti fecondo nella provetta mentre la donatrice stessa non riesca ad ingravidarsi attraverso la tecnica della fecondazione in vitro.

55. Per le ragioni sopra menzionate, la maternità condivisa è considerata una seria minaccia per il benessere del bambino, ciò che giustifica il divieto ai sensi della legge sulla protezione degli embrioni.

C. Valutazione della Corte

1. Sull'applicabilità dell'articolo 14 in combinato con l'articolo 8

56. Il Governo conferma che l'articolo 8 è applicabile al caso di specie e, di conseguenza, non si oppone all'applicabilità dell'articolo 14 della Convenzione. A tal riguardo il Governo richiama le dichiarazioni della Corte Costituzionale che, nella sua sentenza del 14 ottobre 1999, aveva ritenuto che la decisione dei coniugi o dei conviventi di concepire un bambino e di ricorrere, pertanto, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ricadeva entro l'ambito di tutela dell'articolo 8.

57. I ricorrenti concordano con il Governo sull'applicabilità dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

58. La Corte ricorda che la nozione di "vita privata" nell'ambito del significato dell'articolo 8 della Convenzione è un concetto elastico che comprende, *inter alia*, il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani (si veda il caso *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 il caso *Bensaid c. Regno Unito*, ricorso n° 44599/98, § 47, ECHR 2001-I) e il diritto di autodeterminarsi (si veda il caso *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n° 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). Esso comprende elementi come i nomi (si veda il caso *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 protetta dall'articolo 8 (si veda, per esempio, il caso *Dudgeon c. Regno Unito*, sentenza del 22 ottobre 1981, Serie A n° 45, pp. 18-19, § 41, e il caso *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 sia di aver un che di non avere un figlio (si veda il caso *Evans c. Regno Unito* [GC], ricorso n° 6339/05, § 71, ECHR 2007-IV).

59. Nel caso *Dickson c. Regno Unito*, che riguardava il rifiuto di tecniche per l'inseminazione artificiale ai ricorrenti, un detenuto e sua moglie, la Corte dichiarava che l'articolo 8 era applicabile in quanto le tecniche di inseminazione artificiale in questione coinvolgevano la loro vita privata e familiare, la cui nozione ricomprende il diritto al rispetto della loro decisione di diventare genitori genetici (caso *Dickson c. Regno Unito* [GC], ricorso n° 44362/04, § 66, ECHR 2007-XIII, con ulteriori riferimenti).

60. 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 rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 8, in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare. Dunque l'articolo 8 della Convenzione è applicabile al caso di specie.

61. Con riguardo all'articolo 14, che è stato richiamato nel caso in esame, la Corte ricorda che esso integra solo le altre disposizioni sostanziali della Convenzione e anche dei suoi Protocolli. Esso non ha un'esistenza indipendente in quanto ha effetto solamente in relazione al "godimento dei diritti e delle libertà" protette da quelle disposizioni (si veda, fra gli altri autorevoli precedenti, il caso *Sahin c. Germania* [GC], ricorso n° 30943/96, § 85, ECHR 2003-VIII). L'applicazione dell'articolo 14 non presuppone necessariamente la violazione di uno dei diritti sostanziali protetti dalla

Convenzione. È necessario, ma anche sufficiente, che i fatti del caso ricadano “nell’ambito” di uno o più degli articoli della Convenzione (si veda il caso *Petrovic c. Austria*, sentenza del 27 marzo 1998, *Reports* 1998-II, § 22 e il caso *Burden c. Regno Unito* [GC], ricorso n° 13378/05 §58, ECHR 2008-...).

62. Siccome i ricorrenti lamentano di essere stati vittime di una discriminazione che è priva di una oggettiva e ragionevole giustificazione come richiede l’articolo 14 della Convenzione, tale disposizione è applicabile in combinato disposto con l’articolo 8.

2. *Sull’osservanza dell’articolo 14 in combinato con l’articolo 8*

63. I ricorrenti sostengono di essere in una situazione simile o analoga a quella delle altre coppie che desiderano servirsi di tecniche di procreazione medicalmente assistita ma che, per le loro condizioni di salute, non hanno bisogno di una donazione di ovuli o di sperma. I ricorrenti, quindi sono stati oggetto di una differenza di trattamento. Deve verificarsi lo scopo alla base di quella differenza di trattamento e, se lo scopo è legittimo, deve verificarsi se il trattamento differenziato è giustificato.

64. La Corte ricorda che, agli effetti dell’articolo 14, una differenza di trattamento è discriminatoria se non ha una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè se non persegue uno “scopo legittimo” o se non c’è una “ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare” (si veda, *inter alia*, il caso *Petrovic*, sopra citato, § 30; e il caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, ricorso n° 33290/96, § 29..., ECHR 1999-IX). In relazione a ciò la Corte osserva che la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce del contesto attuale (si veda, *inter alia*, il caso *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, § 53, Serie A n° 112).

65. La Corte ricorda inoltre che gli Stati contraenti godono di un margine di discrezionalità nello stabilire se ed in quale misura delle differenze in situazioni altrimenti simili giustificano un trattamento differente (si veda il caso *Van Raalte c. Olanda*, 21 febbraio 1997, § 39, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I). Lo scopo di questo margine varierà in rapporto alle circostanze, alla materia e al contesto (si veda il caso *Petrovic*, sopra citato, § 38).

66. I ricorrenti affermano che, a causa della speciale importanza del diritto a fondare una famiglia e del diritto alla procreazione, gli Stati contraenti non godono di un margine di apprezzamento globale nel disciplinare queste materie.

67. Secondo il Governo il legislatore austriaco, nel concepire la disciplina della procreazione assistita e nel decidere in quel contesto quali tecniche di procreazione sono consentite, aveva un margine di discrezionalità particolarmente ampio che è un elemento decisivo per stabilire se una differenza di trattamento in situazioni altrimenti simili persegue uno scopo legittimo.

68. La Corte nota che nel campo della procreazione medicalmente assistita non c’è un approccio uniforme a tale questione fra gli Stati membri della Convenzione (si veda Consiglio d’Europa, Procreazione medicalmente assistita e protezione degli embrioni umani – Studio comparativo sulla posizione di 39 Stati, giugno 1998, CDBI/INF (98) 8). La procreazione medicalmente assistita è regolata nel dettaglio in alcuni Stati, con una certa estensione in altri e in altri Stati non del tutto. Laddove in uno Stato esiste una normativa c’è una grande varietà di tecniche che sono permesse e tecniche che sono proibite. Come si può notare, la stessa posizione dell’Austria esiste nell’ordinamento

della Germania. La donazione di sperma è vietata in Italia, Lituania e Turchia, mentre la donazione di ovuli è vietata in Croazia, Germania, Italia, Lituania, Norvegia, Svizzera e Turchia.

69. Siccome l'utilizzazione della fecondazione in vitro fa emergere delicate questioni etiche e morali contro lo sfondo del veloce progresso medico e scientifico, e siccome le questioni sollevate dal caso in esame riguardano aree in cui non c'è una chiara posizione comune degli Stati membri, la Corte ritiene che il margine di discrezionalità concesso allo Stato convenuto deve essere ampio (si veda il caso *X, Y e Z c. Regno Unito*, 22 aprile 1997, § 44, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II). In linea di principio l'ampia discrezionalità si estende alla sua decisione di intervenire in questa materia e, una volta che è intervenuto, anche alle norme di dettaglio emanate al fine di raggiungere un equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in conflitto (si veda il caso *Evans*, sopra citato, § 75). Tuttavia, le differenze nei vari orientamenti adottati dagli Stati contraenti, come tali, non forniscono alcuna soluzione che rappresenti una legislazione accettabile. Non compete alla Corte esaminare attentamente gli argomenti discussi durante l'*iter* legislativo, né verificare se gli argomenti avanzati dal Governo per giustificare la differenza di trattamento in questione siano pertinenti e sufficienti. Pertanto la Corte dichiara che il caso della prima e del secondo ricorrente e quello della terza e del quarto ricorrente devono essere esaminati separatamente.

a. Il caso della terza e del quarto ricorrente (donazione di ovuli)

70. La terza ricorrente è completamente sterile e non produce ovuli mentre suo marito, il quarto ricorrente, è in grado di produrre sperma adatto per la procreazione. Non è contestabile che, a causa delle loro condizioni di salute, solo la fecondazione in vitro con utilizzo di ovuli provenienti da un donatore potrebbe permettere alla coppia ricorrente di realizzare il loro desiderio di avere un bambino del quale il quarto ricorrente sarebbe il genitore genetico. Tuttavia, il divieto di tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, stabilito nel paragrafo 3 (1) della legge sulla procreazione artificiale, che vieta la donazione di sperma, esclude questa possibilità. Non ci sono eccezioni a questa norma.

71. La giurisprudenza della Corte stabilisce che, per sussumere una questione sul terreno dell'articolo 14, ci deve essere una differenza di trattamento degli individui in situazioni particolarmente simili (caso *D.H. e altri c. Repubblica ceca* [GC], ricorso n° 57325/00, § 175, ECHR 2007). Tale differenza di trattamento è discriminatoria se non c'è una giustificazione oggettiva e ragionevole; in altre parole, se non persegue uno scopo legittimo o se non c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare. Gli Stati contraenti godono di un margine di apprezzamento nello stabilire se e in quale misura le differenze in situazioni altrimenti simili giustificano un trattamento differente (caso *Stec e altri c. Regno Unito*[GC], ricorsi n° 65731/01 e 65900/01, §§ 51-52, ECHR 2006-VI; caso *Burden*, sopra citato, § 60).

72. Così la Corte deve verificare se la differenza di trattamento tra la terza ricorrente e il quarto ricorrente e una coppia che, per realizzare il suo desiderio di avere un bambino, utilizza tecniche di procreazione artificiale senza ricorrere alla donazione di ovuli, ha una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè se persegue uno scopo

legittimo o se c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare.

73. Il Governo sostiene che il divieto di donazione di ovuli per la fecondazione in vitro previsto dal legislatore austriaco persegue uno scopo legittimo ed è proporzionato. Per il governo il legislatore austriaco ha raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati coinvolti. Esso sostiene che il legislatore deve fissare certi limiti alle possibilità offerte dalle tecniche mediche di procreazione artificiale perché devono essere tenuti in considerazione la natura moralmente ed eticamente delicata e le remore di una larga parte della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva.

74. La Corte ritiene che le preoccupazioni basate su considerazioni morali o sull'accettabilità sociale non sono in sé stesse sufficienti ragioni per un divieto assoluto di una specifica tecnica di procreazione artificiale come la donazione di ovuli. Tali ragioni potrebbero essere particolarmente rilevanti nel momento in cui si decide se permettere o no la procreazione artificiale in generale, e la Corte sottolinea che non c'è un obbligo per uno Stato di emanare una normativa del genere né un obbligo di permettere la procreazione artificiale. Tuttavia, una volta che è stato deciso di consentire la procreazione artificiale, e nonostante l'ampio margine di apprezzamento concesso agli Stati contraenti, la normativa concepita per tale materia deve essere formata in un modo coerente che permetta ai diversi interessi coinvolti di essere presi in considerazione adeguatamente ed in conformità con gli obblighi discendenti dalla Convenzione.

75. 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 obiettivi quali la "selezione" dei nascituri; la fecondazione in vitro pone questo rischio. In aggiunta il Governo afferma che c'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, a causa della pressione esercitata sulla donatrice che, diversamente, non avrebbe effettuato la fecondazione in vitro per soddisfare il proprio desiderio di avere un bambino.

76. La Corte ritiene che i rischi connessi alle nuove tecniche in un settore delicato quale è quello della procreazione medicalmente assistita devono essere seriamente considerati e che il primo compito del legislatore interno è di accertare questi rischi dopo aver attentamente soppesato i diversi interessi pubblici e privati coinvolti e i pericoli che dovrebbero essere fronteggiati. Tuttavia, un divieto assoluto delle tecniche mediche in questione non sarebbe proporzionato, a meno che, dopo attenta riflessione, non si ritenga essere l'unico modo per prevenire efficacemente gravi ripercussioni. Nel caso in esame la Corte non è convinta che il divieto assoluto sia l'unico mezzo a disposizione del legislatore austriaco. Dato che la legge sulla procreazione artificiale riserva questo genere di interventi a medici specializzati, che hanno una particolare conoscenza ed esperienza in questo campo e che sono essi stessi limitati dalle norme deontologiche della loro professione, e che la legge sulla procreazione stabilisce ulteriori garanzie al fine di minimizzare i rischi, la Corte dichiara che il divieto della donazione di ovuli e di sperma non può essere considerato il solo mezzo, o il meno intrusivo, per raggiungere lo scopo prefissato.

77. Con riguardo alla tesi sul rischio di sfruttamento delle donne e sull'abuso di queste tecniche, la Corte ritiene che questo è un argomento che non riguarda specificamente le tecniche di procreazione in esame ma sembra essere diretto contro la procreazione artificiale in generale. Inoltre, l'eventuale abuso, che indubbiamente deve essere combattuto, non è una ragione sufficiente per proibire in generale una specifica tecnica di procreazione, se esiste la possibilità di disciplinarne l'utilizzo e di predisporre garanzie contro l'abuso. A tal riguardo la Corte osserva che nell'ordinamento austriaco la remunerazione della donazione di ovuli e sperma è vietata dalla legge.

78. In udienza il Governo sottolinea anche che ottenere ovuli ai fini di una donazione è un intervento medico rischioso e serio che ha gravi ripercussioni per il donatore. La Corte riconosce che il legislatore austriaco si sforza di evitare rischi alla salute non necessari, ma nota in primo luogo che, nel caso della fecondazione in vitro omologa, il rischio corso dalla donna da cui gli ovuli sono presi è lo stesso e tale intervento medico è permesso dalla legge sulla procreazione artificiale. Nella misura in cui l'argomento è collegato a quelli riguardanti il rischio di un abuso della donazione di ovuli o della loro commercializzazione, la Corte ritiene che gli argomenti suddetti siano comunque validi in questo contesto.

79. Il Governo afferma anche che la fecondazione in vitro solleva la questione delle relazioni inconsuete in cui le condizioni sociali deviano da quelle biologiche, vale a dire la divisione della maternità in un aspetto biologico ed in uno di "gravidanza" e forse anche in un aspetto sociale.

80. La Corte osserva che, in conformità alla decisione della Corte Costituzionale del 14 ottobre 1999, il legislatore austriaco è stato guidato dall'idea che la procreazione medicalmente assistita debba aver luogo similmente alla procreazione naturale, e in particolare che il principio generale del diritto privato – *mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant* – debba essere mantenuto per evitare la possibilità che due persone possano sostenere di essere la madre biologica di uno stesso bambino e per evitare liti fra la madre biologica e la madre genetica nel senso più ampio.

81. Lo scopo di assicurare la certezza legale nel campo del diritto di famiglia mantenendo principi risalenti di questo settore dell'ordinamento, come uno dei suoi tratti essenziali, ha certamente i suoi meriti. Nondimeno, relazioni familiari inconsuete, in senso ampio, sono ben note agli ordinamenti degli Stati contraenti. Le relazioni familiari che non seguono il tipico rapporto genitore-figlio basato su un legame biologico diretto, non rappresentano nulla di nuovo e sono già esistite in passato, sin dall'istituzione dell'adozione, che crea rapporti familiari basati non sulla discendenza ma su un contratto, allo scopo di integrare o di sostituire le relazioni familiari biologiche. Grazie a quest'argomento di comune notorietà la Corte conclude che non ci sono ostacoli insormontabili ad includere rapporti familiari, i quali potrebbero derivare da un valido uso delle tecniche di procreazione artificiale in questione, nella struttura generale del diritto di famiglia e dagli altri settori giuridici collegati.

82. Il Governo adduce un ulteriore argomento militante contro la liceità della donazione di ovuli e di sperma per la fecondazione in vitro, e cioè che i figli ha un legittimo interesse ad essere informati circa la propria reale discendenza, che, con ovuli e sperma donati, potrebbe essere impossibile nella maggior parte dei casi in quanto la reale discendenza di un bambino non è rivelata nelle anagrafi.

83. La Corte non è convinta neanche di questo argomento. A tal proposito ricorda che il rispetto per la vita privata richiede che ognuno debba essere in grado di stabilire la propria identità quale singolo individuo e che il diritto del singolo a tale informazione è importante per la formazione della sua personalità (si veda, per esempio, il caso *Mikulić c. Croazia*, ricorso n° 53176/99, §§ 53-54, ECHR 2002-I, e il caso *Gaskin c. Regno Unito*, sentenza del 7 luglio 1989, Serie A n° 160, p. 16, §§ 36-37, 39). Questo comprende il diritto ad ottenere le informazioni necessarie per scoprire la verità su aspetti importanti della propria identità, come l'identità dei propri genitori (si veda il caso *Jäggi c. Svizzera*, ricorso n° 58757/00, § 25, ECHR 2006-..., e il caso *Odièvre c. Francia* [GC], ricorso n° 42326/98, § 29, ECHR 2003-III).

84. Tuttavia, un tale diritto non è assoluto. Nel caso *Odièvre*, sopra citato, che riguardava una nascita anonima e l'impossibilità per il ricorrente di ottenere informazioni sui suoi genitori biologici, la Corte dichiarava che non c'era violazione dell'articolo 8 della Convenzione perché il legislatore francese aveva raggiunto un appropriato equilibrio tra gli interessi pubblici e privati coinvolti (si veda il caso *Odièvre*, sopra citato, § 49). La Corte quindi considera che il legislatore austriaco potrebbe trovare una appropriata ed adeguata soluzione bilanciata tra gli interessi dei donatori che richiedono l'anonimità ed i legittimi interessi nell'ottenere informazioni di un bambino concepito attraverso la procreazione artificiale con ovuli o sperma donato.

85. In conclusione la Corte dichiara che il Governo non ha fornito una giustificazione oggettiva e ragionevole per la differenza di trattamento tra la terza e il quarto ricorrente, i quali risultano ostacolati dal divieto della donazione di ovuli per la procreazione artificiale di cui al paragrafo 3 della legge sulla procreazione artificiale nel realizzare il loro desiderio di avere un figlio, e una coppia che fa uso di tecniche di procreazione assistita senza ricorrere alla donazione di ovuli. Di conseguenza, c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 rispetto alla terza ed al quarto ricorrente.

b. Il caso della prima e il secondo ricorrente (donazione di sperma)

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

87. Tuttavia, il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, sancito dal paragrafo 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 il paragrafo 3(2) della legge consente la donazione di sperma per la fecondazione in vivo.

88. Dunque, la Corte deve verificare se la differenza di trattamento tra la prima e il secondo ricorrente che, per realizzare il loro desiderio di avere un bambino, possono solo ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione in vitro, ed una coppia che può legalmente utilizzare sperma donato per una fecondazione in vivo, ha una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè se persegue uno scopo legittimo o se c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende perseguire.

89. La Corte osserva in principio che questa tecnica di procreazione artificiale combina due tecniche che prese da sole sarebbero permesse dalla legge sulla procreazione artificiale, vale a dire, da un lato, la fecondazione in vitro con gameti della coppia e, dall'altro, la donazione di sperma. Così il divieto di queste tecniche legali richiede, secondo la Corte, argomenti particolarmente persuasivi del Governo.

90. La Corte ritiene che gli argomenti addotti dal Governo per giustificare la donazione di ovuli sono poco pertinenti per esaminare il divieto in questione. Alcuni sono relativi alle preoccupazioni contro la procreazione artificiale in generale, laddove non c'è un divieto assoluto nell'ordinamento austriaco. Altri, 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 familiari inconsuete a causa della maternità condivisa, semplicemente non sono applicabili. Altri, come il rischio della selezione eugenetica e i problemi discendenti dall'interesse legittimo dei bambini concepiti attraverso la donazione di gameti di essere informati sulla loro vera discendenza, sono rivolti contro la donazione di sperma che, tuttavia, è permessa se allo scopo di una fecondazione in vivo.

91. Nel giustificare il divieto della donazione di sperma il Governo ha sottoposto un altro argomento. Le ragioni addotte per giustificare questa differenza di trattamento tra la fecondazione in vitro e l'inseminazione artificiale stanno nel fatto che quest'ultima tecnica era già utilizzata da tempo quando la legge sulla procreazione artificiale è entrata in vigore e, siccome è facile da gestire e non richiede necessariamente medici chirurgici specializzati, poiché l'osservanza del divieto sarebbe impossibile da controllare.

92. Bisogna ricordare che la Convenzione è nata per "garantire diritti non teorici o illusori ma diritti che sono concreti ed effettivi" (si veda, *inter alia*, il caso *Folgerø e altri c. Norvegia* [GC], ricorso n° 15472/02, § 100, ECHR 2007-..., e il caso *Salduz c. Turchia* [GC], ricorso n° 36391/02, § 51, 27 novembre 2008). Di conseguenza la Corte deve prendere in considerazione l'effettività di un determinato caso di ingerenza quando giudica se esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende perseguire. In tal senso la Corte si dichiara competente anche a verificare se le presunte ingerenze dello Stato siano mezzi effettivi per perseguire un obiettivo legittimo.

93. Anche se fosse accettato questo argomento dedotto dal Governo come questione di pura efficienza esso dovrebbe essere bilanciato con gli interessi dei singoli individui coinvolti (si veda il caso *Evans*, sopra citato, § 77; il caso *X. e Y. c. Olanda*, sentenza del 26 marzo 1985, Serie A n° 91, §§ 24 e 27; il caso *Dudgeon*, sopra citato, § 52 e il caso *Christine Goodwin c. Regno Unito*[GC], ricorso n° 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI). Secondo la Corte il desiderio di avere un bambino è un aspetto di particolarmente importante e, nel caso di specie, ha maggior peso degli argomenti dell'efficienza. Così, il divieto in esame difetta di un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende perseguire.

94. La Corte, dunque, dichiara che la differenza di trattamento tra la prima e il secondo ricorrente che, per realizzare il loro desiderio di avere un bambino possono solo ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione in vitro, e una coppia che può legalmente ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione in vitro, non ha una giustificazione oggettiva e ragionevole ed è sproporzionata. Di conseguenza c'è stata

violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 con riguardo alla prima e al secondo ricorrente.

II. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8

95. I ricorrenti lamentano anche che il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, sancito dai paragrafi 3(1) e 3(2) della legge sulla procreazione artificiale, ha violato i loro diritti riconosciuti dall'articolo 8 della Convenzione.

96. Nel caso di specie la Corte ritiene che, viste le considerazioni svolte rispetto all'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, non emergono questioni separate sul terreno del solo articolo 8 della Convenzione

III. SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

97. L'articolo 41 della Convenzione stabilisce:

“Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto dell'Alta Parte Contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.”

A. Danni

98. Senza distinguere tra danni pecuniari e non pecuniari i ricorrenti richiedono una somma di EURO 20,000 per ciascuna coppia. Essi affermano che in conseguenza del divieto previsto dalla legge sulla procreazione artificiale hanno patito una grave sofferenza emotiva. Inoltre, sono stati costretti a ottenere le cure necessarie in altri paesi dove sono facilmente reperibile, in conseguenza di ciò essi hanno sostenuto notevoli costi aggiuntivi. Infine, hanno dovuto abbandonare il loro desiderio di avere un figlio proprio e sono dovuti ricorrere all'adozione, che è stata anche una decisione difficile e dolorosa.

99. Nella misura in cui i ricorrenti reclamano danni non pecuniari il Governo si astiene da ogni commento in quanto la sofferenza dei ricorrenti non si presta ad una valutazione in termini monetari. Nella misura in cui i ricorrenti sembrano reclamare un risarcimento rispetto ai danni pecuniari, il Governo afferma che non c'è un nesso causale tra la violazione dichiarata e i danni reclamati rispetto ai costi sostenuti per la sottoposizione alle cure e per le spese occorse per l'adozione.

100. La Corte non trova alcun nesso causale tra la violazione dichiarata e la doglianza relativa ai danni pecuniari. Di conseguenza, nessun risarcimento spetta con riferimento a questo capo. Tuttavia, i ricorrenti hanno indubbiamente subito danni non pecuniari. Sulla base di un giudizio secondo equità la Corte risarcisce ciascuna coppia ricorrente con EURO 10,000 a titolo di risarcimento per i danni non pecuniari.

B. Costi e spese

101. I ricorrenti reclamano EURO 15,000 per ciascuno per i costi e le spese sostenuti sia per i processi interni sia per il processo dinanzi alla Corte.

102. Il Governo ritiene questa richiesta eccessiva e, sulla base dei propri calcoli, è disposto a pagare complessivamente solo EURO 22.000 (IVA inclusa) per le spese di consulenza di tutti i ricorrenti nei processi interni e nel processo dinanzi alla Corte.

103. La Corte osserva che i ricorrenti non hanno allegato alcuna fattura che potrebbe giustificare un compenso più alto di quello accettato dal Governo. Di conseguenza, la Corte risarcisce per questo capo EURO 18,333 per costi e spese sostenuti da tutti i ricorrenti nei processi dinanzi alle istanze nazionali e dinanzi alla Corte per le parcelle di entrambi gli avvocati comparsi dinanzi alla Corte.

C. Interessi moratori

104. La Corte ritiene appropriato che gli interessi moratori debbano basarsi sul tasso di interesse ufficiale marginale praticato dalla Banca Centrale Europea, al quale si devono aggiungere tre punti percentuali.

PER QUESTE RAGIONI, LA CORTE

1. *Dichiara* per cinque voti contro due che c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 per quanto riguarda la terza e il quarto ricorrente;
2. *Dichiara* per sei voti contro uno che c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 per quanto riguarda la prima e il secondo ricorrente;
3. *Dichiara* all'unanimità che non è necessario esaminare il caso anche sul terreno dell'articolo 8 della Convenzione;
4. *Dichiara* all'unanimità
 - (a) che lo Stato convenuto è obbligato a pagare ad ogni coppia ricorrente, entro tre mesi dalla data in cui la sentenza diverrà definitiva ai sensi dell'articolo 44 § 2 della Convenzione, EURO 10,000 (diecimila euro) a titolo di danni non pecuniari e a pagare a tutti i ricorrenti EURO 18,333 (diciottomilatrecentotrentatré euro), più ogni tassa a carico dei ricorrenti, a titolo di costi e spese;
 - (b) che dal decorso dei tre mesi suddetti fino al pagamento degli interessi semplici sarà pagabile la somma di cui sopra ad un tasso pari al tasso di interesse ufficiale marginale della Banca Centrale Europea durante il periodo di mora più tre punti percentuali;
5. *Rigetta* all'unanimità le restanti domande dei ricorrenti a titolo di equa soddisfazione.

Redatta in inglese e notificata per iscritto il 1° aprile 2010, in applicazione dell'articolo 77 § 2 e 3 del regolamento della Corte.

André Wampach
Cancelliere aggiunto

Christos Rozakis
Presidente

In conformità all'articolo 45 § 2 della Convenzione e all'articolo 74 § 2 del regolamento della Corte, sono allegate alla presente sentenza le opinioni dissenzienti del giudice Steiner e del giudice Jebens.

C.L.R.
A.M.W.

OPINIONE PARZIALMENTE DISSENZIENTE DEL GIUDICE STEINER

Io sono interamente d'accordo con la maggioranza sul fatto che c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 per quanto riguarda la prima e il secondo ricorrente. Invece, non sono d'accordo che c'è stata violazione di questi articoli nel caso della terza e del quarto ricorrente. Secondo la mia opinione il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, sancito dal paragrafo 3(1) della legge sulla procreazione artificiale, è compatibile con l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8.

Il settore della procreazione artificiale è soggetto a sviluppi notevolmente dinamici nella scienza nonché allo sviluppo di una disciplina giuridica per il suo impiego medico. Per questa ragione è particolarmente difficile ottenere una solida base per stabilire l'adeguatezza e l'opportunità delle misure legislative che possono mostrare le loro conseguenze solo dopo un considerevole lasso di tempo. È quindi comprensibile che gli Stati ritengano necessario legiferare con particolare cautela nel campo della procreazione artificiale.

Il legislatore austriaco non ha completamente vietato la procreazione consentendo l'uso di tecniche omologhe di procreazione. In conformità alle dichiarazioni della Corte Costituzionale nella sua decisione del 14 ottobre 1999, il legislatore austriaco era guidato dall'idea che la procreazione medicalmente assistita debba aver luogo similmente alla procreazione naturale, e in particolare che debba essere mantenuto il principio di diritto privato "*mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant*" per evitare la possibilità che due persone possano reclamare di essere la madre dello stesso bambino e per evitare liti tra la una madre biologica e una madre genetica in senso ampio. Così facendo il legislatore ha provato a conciliare il desiderio di rendere accessibili le tecniche di procreazione medicalmente assistita e il disagio avvertito da gran parte della società sul ruolo delle possibilità della moderna medicina riproduttiva, che solleva delicate questioni di natura morale ed etica.

Il legislatore austriaco ha anche adottato specifiche garanzie e precauzioni nella legge sulla procreazione artificiale, come quella di riservare l'impiego delle tecniche di

procreazione artificiale a medici specializzati, che hanno una particolare conoscenza ed esperienza in questo campo e che sono essi stessi limitati dalle norme deontologiche professionali, e quella di vietare la remunerazione della donazione di ovuli e di sperma. Queste misure intendono prevenire i potenziali rischi di una selezione eugenetica e l'abuso di tali tecniche e prevenire il rischio di sfruttamento delle donne in situazioni vulnerabili quali donatrici di ovuli, e si può anche pensare che il legislatore austriaco potrà concepire e adottare ulteriori misure di tutela per ridurre i rischi connessi alla donazione di ovuli come descritti dal Governo. Il Governo sostiene anche che c'è il rischio che si creino relazioni inconsuete in cui le condizioni sociali deviano da quelle biologiche, ma rapporti familiari inconsueti in un ampio senso, che non seguono la tipica relazione genitore-figlio basata su un legame biologico diretto, non sono sconosciuti agli ordinamenti degli Stati contraenti. L'istituto dell'adozione è stato creato tempo fa per fornire un fondamento giuridico a tali relazioni, che sono conosciute in tutti gli Stati membri. In tal senso, una disciplina giuridica regolante in modo soddisfacente le problematiche sollevata dalla donazione di ovuli potrebbe anche essere adottata. Tuttavia, non si può trascurare che la condivisione della maternità fra una madre genetica e una che porta avanti la gravidanza si distingue significativamente dai rapporti basati su un'adozione e aggiunge una nuova questione a questa materia.

Il legislatore austriaco avrebbe potuto concepire una diversa disciplina giuridica per regolare la procreazione artificiale permettendo la donazione di ovuli, la quale potrebbe accordarsi con le sue affermate intenzioni. Si noti, a tal proposito, che quest'ultima soluzione è adottata in certo numero di Stati membri del Consiglio d'Europa (si veda il paragrafo 33, *supra*). Tuttavia, secondo me, la questione principale non è tanto quella della diversa soluzione che il legislatore avrebbe potuto trovare la quale avrebbe probabilmente dato un equilibrio più giusto, ma quella di sapere se il legislatore austriaco, nel fissare l'equilibrio al punto in cui è giunto, abbia ecceduto nel margine di discrezionalità concessogli dall'articolo 14 della Convenzione. Definita tale questione, è di molto importante dire che, mentre, come si notava sopra, non c'è un consenso internazionale circa la liceità dell'utilizzazione del materiale genetico che può essere prelevato, l'Austria non è il solo paese fra gli Stati membri a vietare la donazione di ovuli per gli scopi della procreazione artificiale.

A questo riguardo vorrei sottolineare che gli unici strumenti a livello europeo che trattano della materia della donazione di ovuli per la procreazione artificiale sono i principi adottati nel 1989 da una commissione *ad hoc* di esperti sui progressi delle scienze biomediche. Il principio 11 afferma che, la fecondazione in vitro, di regola, deve effettuarsi usando gameti de componenti della coppia (si veda il paragrafo 36, *supra*). La Convenzione su Diritti umani e biomedicina del 1997 e il protocollo addizionale del 2002 a codesta Convenzione sono lacunosi su questa materia (si vedano i paragrafi 37-38, *supra*). Il divieto della donazione di ovuli da parte della legge sulla procreazione artificiale è compatibile con i sopra menzionati principi.

Così, nel prevedere la norma chiara e di principio nel paragrafo 3 della legge sulla procreazione artificiale, attraverso la quale la donazione di ovuli per gli scopi della procreazione artificiale è proibita senza eccezioni, il legislatore austriaco non ha ecceduto l'ampio margine di discrezionalità concessogli dall'articolo 14 della Convenzione.

OPINIONE DISSENZIENTE DEL GIUDICE JEBENS

Rispettosamente sono in disaccordo con la maggioranza sul fatto che c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 con riguardo ai quattro ricorrenti. Né trovo che ci sia stata violazione del solo articolo 8. Discuto innanzitutto la questione relativa al solo articolo 8.

1. Secondo la mia opinione non c'è dubbio che la decisione dei coniugi o di una coppia convivente di concepire un bambino ricade nell'ambito dell'articolo 8, a prescindere dal fatto che possa essere soddisfatta solo attraverso l'utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita. Tuttavia, la procreazione artificiale solleva questioni complicate, in particolare, non tanto per il ricorso all'assistenza medica in sé, ma perché talvolta può collidere con valori etici radicati e perché può creare il rischio di conseguenze indesiderate. È questa la situazione nel caso di specie, ed è per tali ragioni che il legislatore austriaco ha deciso di vietare l'uso di certi metodi di procreazione.

La legge sulla procreazione artificiale disciplina l'uso di metodi artificiali per concepire un bambino consentendo il ricorso a tecniche mediche conosciute, ma vietando l'utilizzo della donazione di ovuli e di sperma da individui esterni alla coppia stessa per la fecondazione in vitro. Questo riflette lo scopo della legge, che è quello di assistere le coppie sposate e conviventi, incapaci di concepire un figlio con metodi naturali, e allo stesso tempo quello di prevenire risultati indesiderati, come la creazione di relazioni familiari inconsuete, la commercializzazione e la riproduzione selettiva nonché lo sfruttamento delle donne povere. In aggiunta a queste concrete ragioni il legislatore ha tenuto in considerazione il consenso esistente nella società austriaca. Infatti, il divieto dell'utilizzo di materiale donato è stato basato non solo sulle possibilità della moderna medicina riproduttiva, ma anche sulle preoccupazioni della popolazione basate delicate questioni etiche e morali.

Credo che sia chiaro che le ragioni suddette ricadono nei limiti dell'articolo 8 § 2 della Convenzione, coperte in parte dalla "protezione della salute o della morale" e in parte dalla "protezione dei diritti e delle libertà altrui". Con riguardo alla questione della proporzionalità del divieto rispetto allo scopo perseguito, è importante dire che esso ha impedito i ricorrenti della loro unica possibilità di avere biologicamente un figlio proprio. Tuttavia, non sembrano esserci altri mezzi, meno restrittivi, ma comunque effettivi, concretamente praticabili. Inoltre, deve essere preso in considerazione che sebbene l'Austria sia in una minoranza fra gli Stati europei, non c'è un consenso in Europa rispetto alla procreazione artificiale con utilizzo di materiale donato. A causa di ciò, e poiché il caso riguarda una materia questione delicata, allo Stato, secondo la mia opinione, dovrebbe essere concesso un ampio margine di apprezzamento (si veda il caso *Evans c. Regno Unito*[GC], ricorso n° 6339/05, § 77, ECHR 2007-IV). Tenendo presente che il legislatore austriaco ha soppesato attentamente gli interessi in conflitto ed è giunto ad una soluzione ragionevole, la quale consente in modo ampio la procreazione artificiale, non credo che la Corte debba interferire.

2. i ricorrenti richiamano anche l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8. Dato che ho concluso il discorso sull'applicabilità del solo articolo 8, tratto anche dell'applicabilità dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8.

Dalla giurisprudenza della Corte si ricava che un trattamento è discriminatorio, ai sensi dell'articolo 14, se non c'è una giustificazione oggettiva e ragionevole. Tuttavia, una questione può essere sollevata sul terreno dell'articolo 14 se un trattamento diverso si riferisce a situazioni che sono simili in modo rilevante (si veda il caso *D.H. e altri c. Repubblica ceca* [GC], ricorso n° 57325/00, § 175, ECHR 2007-...). Anche se questa è la regola, gli Stati contraenti hanno un certo margine di discrezionalità quando stabiliscono se ed in quale misura un trattamento diverso è giustificato (caso *Stec e altri c. Regno Unito* [GC], ricorso n° 65731/01, §§ 51-52, ECHR 2006-VI, caso *Burden c. Regno Unito* [GC], ricorso n° 13378/05, § 60, ECHR 2008-...).

Tornando ai fatti del caso di specie, noto in primo luogo che tutti i quattro ricorrenti sono trattati diversamente dalle coppie che sono in grado di far uso delle tecniche mediche permesse dalla legge sulla procreazione artificiale, vale a dire quelle che producono ovuli e sperma e che dunque non hanno bisogno di un donatore. Questa è una differenza di trattamento tra persone che si trovano in una situazione simile perché hanno bisogno dell'assistenza medica per concepire un bambino, ma differente per quanto riguarda il metodo che si applica. Più importante è il fatto che questa differenza si riferisce al nucleo duro del divieto nella legge austriaca. Tenendo presente che gli Stati hanno un certo margine di apprezzamento, e che il divieto è basato su ragioni che sono secondo me accettabili, non sono in grado di concludere che c'è stata una violazione rispetto alla differenza di trattamento appena discussa.

La prima e il secondo ricorrente, che hanno bisogno di una donazione di sperma per realizzare il loro desiderio di avere un figlio, lamentano inoltre che sono stati discriminati perché la legge sulla procreazione artificiale vieta l'uso di sperma donato per la fecondazione in vitro, ma permette la donazione di sperma per l'inseminazione artificiale. Ritengo che questi ricorrenti si trovino in una situazione simile a quella delle coppie che possono utilizzare il metodo dell'inseminazione, in quanto entrambe le coppie hanno bisogno della donazione di sperma. La ragione della differenza di trattamento è in parte storica, in quanto la tecnica dell'inseminazione viene usata da molti anni, e in parte concreta, perché l'inseminazione è così facile da eseguire che un divieto non sarebbe effettivamente controllabile. Richiamando ancora il margine di discrezionalità degli Stati in questa materia, sono convinto che il legislatore austriaco non ha permesso in via eccezionale la donazione di sperma, ma ha valutato la realtà e ha evitato che la legge potesse essere ineffettiva. In tali condizioni ritengo comunque che sia davvero inopportuno restringere le possibilità di una parte delle coppie di ottenere assistenza, discriminando un gruppo rispetto all'altro.