



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione:	Diritti, Costituzione e CEDU – Vita umana – <i>Inizio vita</i>
Titolo:	<i>Il divieto di fecondazione eterologa davanti alla Corte di Strasburgo: un campanello d'allarme per la legge 40 ?</i>
Autore:	ANTONELLO CIERVO
Sentenza di riferimento:	Decisione del 1° aprile 2010, I sezione, S. H. e altri c. Austria (ricorso n. 57813/00)
Parametro convenzionale:	Articoli 8 e 14
Parole chiave:	Procreazione medicalmente assistita, fecondazione omologa, fecondazione eterologa, fecondazione <i>in vivo</i> , fecondazione <i>in vitro</i> , non discriminazione

Con questa importante sentenza del 1° aprile 2010, la I sezione della Corte di Strasburgo è ritornata su alcune questioni che riguardano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti PMA) da parte di coppie sterili e/o infertili.

La decisione in commento risulta di grande interesse per il giurista italiano, poiché affronta il tema del divieto di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo nella legislazione austriaca – un divieto previsto anche dalla legge italiana - e della sua compatibilità con la CEDU.

Prima di entrare nel merito della questione però, riteniamo sia utile svolgere una breve premessa: la legge austriaca n. 293 del primo luglio 1992 - "*Bundesgesetz mit dem Regelungen über die medizinisch Fortpflanzung*" ("*Fortpflanzungsmedizingesetz*" – d'ora in avanti FmedG) - ha regolamentato l'accesso alle tecniche di PMA per le coppie sterili e/o infertili stabilendo, sin



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

dall'articolo 1, comma 1, n. 1 che esse consistono *"...nell'applicazione di metodi medici intesi a dare inizio ad una gravidanza non originata con rapporto sessuale"*.

L'articolo 2 consente l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie regolarmente sposate o conviventi, quando sia stata accertata medicalmente l'impossibilità di una gravidanza anche attraverso l'utilizzo di terapie sanitarie meno invasive.

In linea di principio, la FmedG consente soltanto la fecondazione omologa anche se, nell'ipotesi in cui lo sperma del coniuge/convivente non abbia capacità procreativa, può essere utilizzato quello di un terzo donatore attraverso una fecondazione *in vivo*, cioè con innesto dello sperma direttamente nell'utero della donna. In ogni caso, la legge (art. 3, nn. 2 e 3 FmedG) vieta la donazione di ovuli, la fecondazione eterologa *in vitro* e la maternità surrogata. L'articolo 8, invece, consente di accedere alle tecniche di PMA utilizzando le cellule embrionali donate da terzi, ma soltanto con il consenso certificato di questi ultimi ed in seguito all'autorizzazione da parte di un'autorità giudiziaria, ovvero con un atto notarile.

La PMA può essere svolta solo in strutture ospedaliere appositamente autorizzate (art. 4, n. 2 FmedG) ed è comunque riconosciuto, ad un medico o ad un infermiere, il diritto all'obiezione di coscienza purché ciò non determini una discriminazione per coloro che si sottopongono a tali terapie (art. 6, nn. 1 e 2 FmedG).

Infine, le coppie che accedono alla PMA possono chiedere agli istituti sanitari competenti la diagnosi pre-impianto dell'embrione, mentre la donna ha sempre la possibilità di revocare, anche in via informale, il proprio consenso all'impianto *in vivo* fino al momento dell'introduzione del seme nel proprio utero.

A fronte di questo quadro normativo molto chiaro e dettagliato, le due coppie di ricorrenti si sono rivolte alla Corte di Strasburgo al fine di dichiarare la FmedG in contrasto con gli articoli 8 e 14 della CEDU. Per quanto riguarda la situazione clinica della prima coppia, la donna era affetta da una restrizione delle tube di falloppio, mentre l'uomo era infertile: poiché la legge austriaca



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

consente la donazione di sperma ed il suo utilizzo solo attraverso tecniche di impianto diretto nell'utero, cioè *in vivo*, la coppia si lamentava del fatto che nel loro caso soltanto il ricorso ad un'eterologa *in vitro* avrebbe consentito l'inizio della gravidanza.

Per quanto riguarda la seconda coppia ricorrente, invece, la donna era affetta da gonadismo e per poter avere un figlio avrebbe dovuto non solo ottenere una donazione di ovuli, ma anche ricorrere ad una fecondazione *in vitro*, condizioni queste entrambe vietate dalla FmedG.

Sia la prima che la seconda coppia di ricorrenti, quindi, vedeva limitato, seppur per motivi diversi, il proprio diritto ad accedere alle tecniche di PMA in ragione del divieto di fecondazione eterologa *in vitro* stabilito dalla legislazione austriaca. Ad avviso dei ricorrenti, una simile limitazione sarebbe in contrasto con gli articoli 8 e 14 della CEDU, anche perché non si capisce per quale motivo *"... the legislation in force allowed for artificial insemination with donor sperm, while it categorically prohibited ova donation. In particular the distinction made between insemination with sperm from donors and in vitro fertilisation with donor sperm was incomprehensible. Thus, the impugned legislation constituted discrimination prohibited by Article 14"* (punto 44 della sentenza).

Il governo austriaco, rifacendosi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto, ha affermato che in questo caso il margine di apprezzamento statale è molto ampio e, quindi, il divieto di fecondazione *in vitro* stabilito dalla FmedG deve considerarsi oggettivamente e ragionevolmente giustificato, poichè esso persegue lo scopo legittimo di tutelare non solo la salute ed il benessere fisico delle donne, ma anche quello dei bambini che nasceranno grazie alla PMA, oltre ai "valori morali" della società austriaca.

Anche se il diritto al rispetto della vita privata comprende il diritto ad avere un bambino, il legislatore austriaco con la FmedG avrebbe ben ponderato i beni giuridici in gioco: tale equilibrio ha condotto a limitare l'accesso alle tecniche di PMA eterologhe, al fine di evitare ripercussioni negative sul potenziale cattivo uso delle tecniche medesime, come ad esempio una possibile "selezione eugenetica" degli embrioni da impiantare nell'utero della donna da parte del personale



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

medico. Al di là di questi profili di tipo etico, ad avviso del governo austriaco, il divieto assoluto di donazione degli ovuli introdotto con la FmedG aveva come scopo anche quello di garantire il millenario principio giuridico in base al quale *"mater semper certa est"*.

La Corte di Strasburgo, nel rilevare la violazione degli articoli 8 e 14 della CEDU, letti in combinato disposto tra di loro, ritiene comunque opportuno svolgere una serie di argomentazioni differenti per quanto riguarda le due coppie di ricorrenti.

Incominciando dalla seconda coppia, che si era vista negata la possibilità di ricorrere alle tecniche di PMA in ragione del divieto di donazione degli ovuli previsto dalla FmedG, i Giudici rilevano che le preoccupazioni di ordine morale esposte dal governo austriaco non siano di per sé sufficienti a giustificare il divieto totale di accesso ad una determinata tecnica di fecondazione eterologa.

Infatti, nel momento in cui uno Stato prende la decisione di legiferare in un determinato ambito, nonostante l'ampio margine di apprezzamento di cui gode ai sensi della CEDU, la legge che verrà emanata deve comunque avere un'intrinseca coerenza e garantire così, in maniera adeguata, i diversi interessi coinvolti.

La Corte, pertanto, rileva che il divieto assoluto di donazione di ovuli non era certo l'unica soluzione che avrebbe potuto adottare il legislatore nazionale al fine di evitare la selezione "eugenetica" degli embrioni, anche perché gli stessi codici deontologici medici austriaci già vietano agli operatori del settore di compiere simili interventi selettivi.

Per quanto riguarda, invece, il possibile rischio di un abuso nell'impiego di queste tecniche ed il possibile sfruttamento di donne economicamente disagiate, indotte dalla legge a vendere i loro ovuli per vivere, i Giudici rilevano che questo argomento non riguarda specificamente le tecniche di PMA, ma sembra essere una giustificazione preconcepita nei confronti della fecondazione assistita *tout court*. Ad avviso della Corte, infatti, l'abuso potenziale delle suddette tecniche è sempre



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

possibile e va contrastato, ma questo non è un motivo di per sé sufficiente a vietare una specifica tecnica procreativa.

Su questo punto il governo austriaco era ritornato nel corso dell'udienza, quando aveva esposto un ulteriore argomento contro la possibilità di donazione degli ovuli, affermando che anche i bambini nati dalle tecniche di PMA hanno un legittimo interesse ad essere informati circa la loro discendenza reale che, invece, in questi casi, sarebbe difficile se non impossibile da accertare.

Al riguardo, la Corte afferma che tale diritto del minore non è assoluto e, sul punto, cita il caso *Odièvre* contro Francia, avente ad oggetto l'impossibilità per il richiedente di ottenere informazioni circa i suoi genitori biologici, un caso questo in cui la Corte non aveva riscontrato alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione, poiché il legislatore francese aveva raggiunto un giusto equilibrio nel bilanciare gli interessi in gioco nella fattispecie concreta.

Passando poi alla situazione della prima coppia ricorrente, i Giudici rilevano che i coniugi non avevano potuto accedere alle tecniche di PMA poiché la fecondazione eterologa, ai sensi della legge austriaca, poteva avvenire solo *in vivo* e non *in vitro*.

Ad avviso della Corte, in questo caso bisogna considerare se la differenza di trattamento tra una coppia che, per soddisfare il proprio desiderio di avere un bambino, può ricorrere alla donazione di sperma per la fecondazione *in vitro* e un'altra coppia che, invece, legittimamente può usufruire della donazione di sperma per una fecondazione *in vivo*, sia una differenza giustificabile e ragionevole, ovvero se la legislazione nazionale, sancendo un divieto assoluto di fecondazione eterologa *in vitro*, persegua uno scopo illegittimo e sproporzionato rispetto agli obiettivi garantiti dalla legge.

Nel giustificare il divieto di donazione di sperma nel caso di una fecondazione *in vitro* ma non nel caso di quella *in vivo*, il governo austriaco ha ribadito le motivazioni già esposte in precedenza. Nella fattispecie concreta, tuttavia, ha addotto un ulteriore argomento che è stato considerato dalla Corte di tipo "efficientistico". Ad avviso del governo austriaco, infatti, la



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

fecondazione *in vivo* essendo già in uso da molto tempo negli ospedali austriaci - ancor prima che la FmedG entrasse in vigore – poteva essere consentita anche dalla FmedG; inoltre, tale tipologia di PMA sarebbe più facile da eseguire, non essendo richiesta l'assistenza di un medico chirurgo qualificato durante l'erogazione del trattamento sanitario.

La Corte rigetta totalmente questo approccio al problema ed afferma a chiare lettere che *"Even if one were to accept this argument submitted by the Government as a question of mere efficiency it must be balanced against the interests of private individuals involved. In this respect the Court reiterates that where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted [...]. In the Court's view the wish for a child is one such particularly important facet and, in the circumstances of the case, outweighs arguments of efficiency. Thus, the prohibition at issue lacked a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised"* (paragrafo 93 della sentenza).

Alla luce di questi rilievi, la Corte ritiene che la differenza di trattamento subita dalle due coppie di ricorrenti, rispetto ad una coppia che legittimamente poteva usufruire della donazione di sperma per la fecondazione *in vivo* ai sensi della FmedG, non trova alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole nel testo della Convenzione e, pertanto, è da considerarsi sproporzionata. Per questo motivo, ad avviso dei Giudici, in entrambe le fattispecie è riscontrabile una violazione dell'articolo 14 della CEDU, letto in combinato disposto con l'articolo 8.

La sentenza S. H., come si è già avuto modo di sottolineare, risulta di estremo interesse per lo studioso italiano, poiché anche la nostra legge 40 del 2004, all'articolo 4, comma 3, vieta il ricorso a qualsiasi tecnica di fecondazione assistita di tipo eterologo. A prima lettura, quindi, la sentenza in commento si potrebbe considerare come un campanello di allarme per la nostra legislazione la quale, nel prevedere un divieto così categorico, rischia, sulla base degli argomenti svolti dalla Corte di Strasburgo, di porsi in contrasto con il testo della CEDU.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la legislazione austriaca era assai diversa rispetto a quella attualmente in vigore in Italia: per questo motivo, ritengo che, pur essendo quella della Corte di Strasburgo una decisione molto importante, non assumerà grande rilevanza all'interno dell'ordinamento italiano.

In Austria, infatti, la fecondazione eterologa non era vietata *tout court*, era invece vietata la fecondazione *in vitro* con il seme di un terzo, oltre che la donazione di ovuli da parte delle donne: la Corte di Strasburgo, nel caso *de quo*, si è limitata ad osservare che nel momento in cui si ritiene possibile accedere soltanto ad una particolare tecnica di fecondazione eterologa, quella *in vivo* con sperma di un terzo, una simile scelta diventa discriminatoria nei confronti di tutte quelle coppie che, invece, potrebbero avere un figlio soltanto con una fecondazione *in vitro*, utilizzando lo sperma o gli ovuli di terzi donatori.

Insomma, la discriminazione si verifica nel momento in cui la legislazione nazionale consente di accedere soltanto ad alcune tecniche di fecondazione eterologa e non ad altre, senza che si riscontri un giustificato motivo al riguardo: la normativa italiana, invece, non prevede alcuna eccezione, poichè vieta in maniera assoluta il ricorso ad ogni tipologia di fecondazione eterologa.

Profili di diritto interno

Legge n. 40/2004

D. M. sanità 11 aprile 2008 (Linee – guida)

Corte costituzionale: ordinanza n. 97/2010; sentenza n. 151/2009; ordinanza n. 369/2006.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 1437/2007

TAR Lazio, sezione III-quater, sentenza n. 398/2008

Precedenti

Dickson c. Regno Unito, n. 44362/04, IV sezione, sentenza del 18 aprile 2006.

Evans c. Regno Unito, n. 6339/05, IV sezione, sentenza del 7 marzo 2006.

Odièvre c. Francia, n. 42326/98, Grande Camera, sentenza del 13 febbraio 2003.

Riferimenti bibliografici

C. Campiglio, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004 pp. 531 – 554.

A. Ciervo, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2008, pp. 3669 - 3710.

M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 2004, pp. 453 – 466.

F. Mannella, *L'inseminazione artificiale eterologa davanti alla Corte costituzionale: una soluzione interlocutoria insoddisfacente*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, pp. 1138 – 1140.

R. Romboli, *Circa il disconoscimento di paternità da parte di marito consenziente all'inseminazione eterologa della moglie*, in *Foro italiano*, I, 1998, pp. 3042 – 3044.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

C. Tripodina, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante
«norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Diritto pubblico*, 2004, pp. 501 -
548.

(17. 05. 2010)