

808

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
“O NOVO DIREITO INTERNACIONAL”

ELIS CRISTINA UHRY LAUXEN

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS
E O “TURISMO REPRODUTIVO”

Atribuo ao presente trabalho monográfico
foco o nome A. Em 20.09.2013

Augusto Jagger Jr.
Prof. Augusto Jagger Jr.

Porto Alegre
2013

ELIS CRISTINA UHRY LAUXEN

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS
E O "TURISMO REPRODUTIVO"

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista, pelo Programa de Pós-Graduação *Leto Sensu* "O Novo Direito Internacional", da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Orientador: Silvio Javier Battello Calderón

Porto Alegre

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

ELIS CRISTINA UHRY LAUXEN

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS
E O "TURISMO REPRODUTIVO"

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista, pelo Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* "O Novo Direito Internacional", da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Aprovada em _____ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Ao meu Orientador, Professor Doutor Silvio Javier Battello Calderón, pela motivadora e exímia orientação.

Aos Coordenadores e Professores do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* "O Novo Direito Internacional", pela excelente organização do programa e pelas brilhantes aulas.

"O futuro pertence àqueles que acreditam na beleza de seus sonhos."

Eleanor Roosevelt

RESUMO

Os direitos humanos ocupam lugar de destaque na atualidade, em torno dos quais giram as mais diversas discussões. Os maiores questionamentos decorrem dos impasses encontrados entre a universalidade dos direitos e os aspectos multiculturais, bem como acerca de sua efetividade. A partir da consolidação dos direitos humanos como caráter universal, surgiram muitas indagações no contexto internacional, e considerando que a família foi um dos institutos em que se manifestaram com maior intensidade as transformações científicas, tecnológicas e morais, as maiores dúvidas surgem no âmbito do direito internacional de família, entre as quais, aquelas decorrentes da medicina reprodutiva, em que a busca por opções de tratamento em países estrangeiros desenvolveu o chamado "turismo reprodutivo". Considerando o pluralismo pós-moderno, não há uma metodologia particular para solucionar os problemas, as respostas podem ser encontradas no conjunto de fontes, quais sejam: o ordenamento jurídico interno e internacional, o conjunto de normas e princípios de direitos humanos de caráter universal, os aspectos multiculturais e os processos de integração supranacional.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS HUMANOS; UNIVERSALIDADE; MULTICULTURALISMO; DIREITO INTERNACIONAL DE FAMÍLIA; TURISMO REPRODUTIVO.

ABSTRACT

Human rights, about which many discussions are held, have currently a prominent place. The major questions arise from deadlocks found between the universality of rights and the multicultural aspects, as well as about their effectiveness. Since the consolidation of human rights as universal, there have been many questions in the international context, and considering that the family was one of the institutions in which the scientific, technological and moral transformations have manifested with greater intensity, the major questions arise under the scope of international family law, including those from reproductive medicine, in which the search for treatment options in foreign countries developed the so-called "reproductive tourism". Considering postmodern pluralism, there is not a particular methodology to solve problems, the answers can be found in the set of sources, namely: the internal and international legal order, the set of universal norms and principles of human rights, the multicultural aspects and the processes of supranational integration.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; UNIVERSALITY; MULTICULTURALISM; INTERNATIONAL FAMILY LAW; REPRODUCTIVE TOURISM.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
2. OS DIREITOS HUMANOS NA PÓS-MODERNIDADE	11
2.1. Direitos humanos: universalismo e multiculturalismo	11
2.2. Gerações de direitos humanos e "novos direitos"	16
2.3. O conceito de dignidade humana na cultura contemporânea	20
2.4. As concepções de pessoa e de família no mundo pós-moderno	23
3. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O "TURISMO REPRODUTIVO"	29
3.1. Os sistemas de proteção dos direitos humanos	29
3.2. Ordem pública internacional, fraude à lei e "turismo reprodutivo"	32
3.3. "Europeização do Direito Internacional Privado": uma solução possível para os problemas que permeiam o direito internacional de família?	37
3.4. A busca pela efetividade dos direitos humanos nas situações decorrentes de maternidade por substituição em país estrangeiro	39
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
5. REFERÊNCIAS	45
6. ANEXO – ACÓRDÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS	51

1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos ocupam lugar de destaque na sociedade atual. Todavia, em que pese os direitos humanos universalmente reconhecidos, são enfrentados constantes desafios e indagações acerca do tema. Os maiores questionamentos decorrem dos impasses encontrados entre a universalidade dos direitos e os aspectos multiculturais, bem como acerca da efetiva proteção dos direitos humanos.

Uma vez reconhecidos os direitos humanos como universais, surgem inúmeras indagações acerca dos aspectos internacionais, principalmente no que tange ao direito internacional de família, uma vez que foi um dos institutos mais afetados pelas grandes transformações científicas, tecnológicas e morais. Entre os assuntos que permeiam as questões, encontram-se aqueles decorrentes do progresso da medicina reprodutiva, que origina a busca por técnicas de reprodução assistida em países estrangeiros, desenvolvendo o chamado "turismo reprodutivo".

Os principais problemas que permeiam o direito internacional de família em decorrência da maternidade por substituição, consistem na nacionalidade, filiação, validade dos contratos realizados, homologação de sentença estrangeira e, principalmente, na exploração dos mais vulneráveis, ou seja, mulheres e crianças, violando a dignidade humana.

Nesse contexto, o presente estudo foi dividido em duas partes: a primeira, trata dos direitos humanos na pós-modernidade, trazendo inicialmente os aspectos acerca do universalismo e do multiculturalismo, passando para as gerações de direitos humanos e os "novos direitos", apresentando, a seguir, o conceito de dignidade humana na cultura contemporânea e, finalmente, as concepções de pessoa e de família no mundo pós-moderno.

Na segunda parte, a pesquisa adentra na questão específica de proteção aos direitos humanos no âmbito do direito internacional de família. Inicialmente são apresentados os sistemas de proteção dos direitos humanos, seguindo para a análise da ordem pública internacional e da fraude à lei no que tange ao "turismo

2. OS DIREITOS HUMANOS NA PÓS-MODERNIDADE

2.1. Direitos humanos: universalismo e multiculturalismo

O tema dos direitos humanos consiste numa das questões centrais da sociedade contemporânea. Todavia, os direitos humanos são objeto das mais variadas discussões e, entre os principais questionamentos, encontram-se os impasses entre a universalidade dos direitos e os aspectos multiculturais. É preciso, então, no contexto do mundo pós-moderno e globalizado, encontrar respostas para as indagações acerca do assunto.

Os direitos humanos, na definição de Maria Clara Dias, consistem nos "direitos que atribuímos uns aos outros independentemente de acordos pessoais e de determinações legais." E, acrescenta, que "acerca dos direitos humanos costumamos dizer que estes são direitos atribuídos ao ser humano enquanto tal." Essa característica dos direitos humanos exigiu uma forma distinta de fundamentação e seu reconhecimento como direitos universais, de ordem econômica e social, foi lento e controverso.¹

Da formação à universalização dos direitos humanos, Norberto Bobbio distingue três fases: a primeira, buscada nas obras dos filósofos, entre os quais, John Locke, que defendia que o verdadeiro estado do homem não é o estado civil, mas o estado natural, na qual foram acolhidas as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa. A segunda, que consiste na passagem da teoria à prática, onde a afirmação dos direitos humanos atingiu concretude mas perdeu em universalidade, pois os direitos foram protegidos, mas válidos somente no âmbito dos Estados que os reconheciam. A terceira e última fase ocorreu com a Declaração de Direitos Humanos de 1948, na qual a afirmação dos direitos tornou-se ao mesmo tempo universal e positiva.²

¹ DIAS, Maria Clara. Direitos Humanos. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2009, p. 246.

² BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 10 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 28.

Portanto, a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos somente ocorreu em meados do Século XX. Foi após a Segunda Guerra Mundial que a sociedade percebeu que as violações aos direitos humanos poderiam ser prevenidas se existisse um efetivo sistema de proteção internacional. Como bem assevera Flávia Piovesan

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abate o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral.³

O Século XX presenciou, segundo Celso Lafer, experiências nas quais "os limites entre o aceitável e o inaceitável desbordaram amplamente daquilo que hoje nos parece razoável". E, perfilhando o pensamento de Hannah Arendt, destaca que a mais dramática das experiências foi o totalitarismo. Conforme observa, os horrores do nazismo foram surpreendentes, mas os horrores do stalinismo não foram só surpreendentes como também incongruentes com o marxismo.⁴ De qualquer modo, os horrores da legalidade totalitária e autoritária contribuíram para a consolidação dos direitos humanos.

Contudo, ao retornar à época da elaboração da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, conforme observa Vicente de Paulo Barretto, se verifica que o acordo de culturas diferenciadas somente foi possível acerca de um conjunto de direitos mínimos e de mecanismos de controle que garantiam os direitos dos Estados que firmaram a Declaração. Foi rejeitada a

³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 193-194.

⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 76-78.

possibilidade de direitos humanos universais, válidos e independentes de sua consagração nos textos constitucionais. Como consequência, o centro da questão residia na eficácia ou não desses direitos, ou seja, na capacidade dos Estados fazerem respeitar as declarações internacionais. Assim, os direitos humanos eram caracterizados como princípios que ultrapassavam diferentes culturas, mas que somente poderiam ser considerados como direitos quando incorporados pelos sistemas jurídicos internos.⁵

A Declaração de Direitos Humanos foi enriquecida por pactos políticos e sociais, que acrescentaram um número significativo de direitos. Todavia, se por um lado aumentaram os direitos, também cresceram as sistemáticas violações dos mesmos, pelos próprios Estados que firmaram a Declaração.⁶ Conforme acentua Silvio Battello Calderón, muitas políticas nacionais e supranacionais aumentaram sua atividade para a proteção dos direitos humanos, todavia, a força expansiva dos mercados e a crise do Estado moderno fizeram desaparecer muitas das condições necessárias para sua efetividade.⁷

No atual mundo "globalizado e instantâneo", as relações humanas não estão mais limitadas às fronteiras estatais, de modo que as situações jurídicas transnacionais são cada vez mais frequentes.⁸ Nos últimos anos, os processos tecnológicos foram desenvolvidos em ritmo crescente, incidindo profundamente nas relações humanas. A influência das redes de informação e de comunicação criaram uma consciência no sentido de que nunca havia sido tão necessário criar valores e direitos da pessoa humana como garantias universais. A exigência de uma efetiva universalidade decorre da reivindicação de que os direitos humanos sejam tutelados sem discriminação por razões de raça, língua, sexo, religião ou convicções ideológicas.⁹

⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 241.

⁶ Ibid., p. 241.

⁷ BATTELLO CALDERÓN, Silvio Javier. El orden público en el Derecho Internacional Privado del Mercosur. Córdoba: Advocatus, 2012. p. 227.

⁸ ARAÚJO, Nádya de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 33.

⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. Madrid: Universitas, 2012. p. 104.

Com efeito, atualmente a comunicação acontece em escala global, de modo que as pessoas são capazes de compartilhar os mais diversos interesses e informações, com maior intensidade do que em qualquer época histórica anterior, sente-se a necessidade de que os direitos e liberdades não sejam comprometidos com as fronteiras estatais.¹⁰ E, nesse contexto, o direito internacional deve ser capaz de oferecer respostas adequadas às particularidades presentes nas situações vinculadas às culturas diferenciadas.¹¹

A comunicação intercultural é, portanto, uma forte característica da pós-modernidade.¹² O conflito entre a proteção internacional dos direitos humanos e o relativismo ético e cultural encontra-se cada vez mais presente e a velocidade das mudanças impõe a adequação das regras jurídicas às concepções atuais. É necessário reconhecer que na fase contemporânea não se pode fechar os olhos à realidade e a ela deverão ser adequadas as leis.¹³

A Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948, representou somente o momento inicial da fase final do processo de conversão universal dos direitos homem em direito positivo. A Declaração, conforme Bobbio, "é uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre". Portanto, a comunidade internacional, além de fornecer garantias válidas aos direitos, deve aperfeiçoar continuamente seu conteúdo, de modo a não deixar a Declaração cristalizar-se com fórmulas vazias.¹⁴

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. Madrid: Universitas, 2012, p. 104.

¹¹ DREYZIN DE KLOR, Adriana. El Derecho Internacional de Familia em La Postmodernidad. San José: Editorial Jurídica Continental, 2012, p. 67.

¹² BATTELLO CALDERÓN, Silvio Javier. El orden público en el Derecho Internacional Privado del Mercosur, Córdoba: Advocatus, 2012, p. 233.

¹³ DREYZIN DE KLOR, Adriana. Op. cit., p. 64.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 33.

Portanto, a efetivação dos direitos humanos está diretamente relacionada ao desenvolvimento global da humanidade e, segundo Norberto Bobbio¹⁶

A quem pretenda fazer um exame despreconceituoso do desenvolvimento dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial, aconselharia este salutar exercício: ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si. Será obrigado a reconhecer que, apesar das antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer ainda é longo. E ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado.

A questão do universalismo dos direitos, como bem assevera José Alceblades de Oliveira Júnior, consiste num amplo e difícil debate, que estabelece no plano internacional o problema das relações entre direitos humanos e multiculturalismo. E, perfilhando o entendimento de Vicente de Paulo Barretto, observa que o multiculturalismo, enquanto tema prioritário dos direitos humanos, não pode ser visto como um conflito insolúvel. A dificuldade para efetivar uma ordem internacional de direitos humanos multiculturais é a falta de diálogo e entendimento acerca dos valores mais importantes, se a liberdade, a igualdade ou os fins coletivos devem prevalecer como princípio, norma ou dever obrigatório da sociedade.¹⁶

De acordo com Flávia Piovesan, "a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura de direitos humanos". Essa cultura de direitos humanos, alcançada num "universalismo de confluência", contribuirá para assegurar a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos.¹⁷

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 44.

¹⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alceblades. *Cultura da Democracia para Direitos Humanos Multiculturais*. In: OLIVEIRA JÚNIOR (Org.). *Cultura e Prática dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 10-11.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 223.

O diálogo entre as culturas, além de condição para uma convivência pacífica entre os povos, não implica no rompimento com suas raízes e nem tampouco no enfraquecimento da cultura do passado, mas abre portas para o presente, adaptando-se às novas circunstâncias do mundo globalizado. Portanto, a possibilidade de convivência pacífica entre os grupos com distintas identidades culturais é o desafio que coloca o multiculturalismo como um importante fenômeno nas discussões acerca dos direitos humanos no contexto internacional.¹⁸

2.2. Gerações de direitos humanos e "novos" direitos

As mudanças históricas dos direitos humanos determinaram o surgimento de sucessivas gerações de direitos.¹⁹ Ao longo das gerações, os direitos conquistados estão vinculados ao reconhecimento de novas necessidades dos indivíduos, decorrentes da evolução da sociedade, do processo de industrialização, dos impactos tecnológicos e científicos, e de muitos outros fatores que, direta ou indiretamente, influenciaram nas conquistas. Atualmente, parte dos doutrinadores classifica os direitos humanos em três gerações, enquanto outras correntes defendem a existência de quatro ou, ainda, cinco gerações de direitos.

Os direitos de primeira geração consistem nos direitos do indivíduo perante o Estado, sendo caracterizados como direitos de defesa ou negativos, pois referem-se à não intervenção do Estado na esfera individual da pessoa humana. São principalmente os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. Posteriormente, somaram-se as liberdades de expressão, os direitos de participação política e a algumas garantias processuais, como o devido processo legal, o *habeas corpus*, o direito de petição, etc.²⁰

¹⁸ MEDEIROS, Ana Letícia Barauna Duarte. Multiculturalismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2009, p. 588.

¹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. Madrid: Universitas, 2012, p. 16.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46-47.

Por sua vez, os direitos de segunda geração possuem dimensão positiva, pois não se trata de evitar a intervenção do Estado mas, ao contrário, de propiciar direitos por seu intermédio. Cuidam-se dos direitos à assistência social, saúde, educação, trabalho e também às chamadas "liberdades sociais", como sindicalização, direito de greve, férias, limitação da jornada de trabalho, etc. Contudo, Ingo Sarlet observa que os direitos de segunda geração referem-se à pessoa individual, não devendo ser confundidos como os direitos coletivos ou difusos de terceira geração.²¹

Os direitos de terceira geração diferenciam-se dos anteriores por desprenderem-se, em princípio, da pessoa individual como titular, destinando-se à proteção de grupos humanos, como a família, o povo ou a nação e caracterizando-se como direitos coletivos ou difusos.²² Abrangem temas como o direito à paz, à autodeterminação dos povos, o direitos dos consumidores, os direitos na esfera das biotecnologias e das manipulações genéticas, o direito à qualidade de vida e à liberdade de informação. São os chamados "novos direitos", "direitos de quarta geração", "direitos da era tecnológica" ou, ainda, "direitos emergentes", cujas denominações, conforme Pérez-Luno, incorrem na mesma confusão e imprecisão que tentam superar.²³

Segundo Ingo Sarlet, grande parte dos direitos de terceira dimensão, que estão em amplo processo de desenvolvimento e reivindicação, decorrem do princípio da dignidade humana e estão vinculados às ideias de liberdade e autonomia, bem como de proteção da vida e de outros bens fundamentais contra a intervenção desmensurada do Estado e de particulares. Sua característica defensiva aproxima-se dos direitos de primeira geração, o que evidencia a permanente atualidade dos direitos de liberdade, mesmo que adaptados às exigências contemporâneas.²⁴

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47-48.

²² *Ibid.*, p. 48.

²³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012, p. 17.

²⁴ *Op. cit.*, p. 50.

Por sua vez, a corrente doutrinária que defende a existência de uma quarta geração de direitos humanos, entre os quais Carlos Noronha Silveira, acompanhado por Paulo Bonavides e José Alceblades de Oliveira Júnior, observa que em face do acultramento da pessoa humana e desenvolvimento de suas atividades em todos os estágios de vida, surgem ainda outros direitos, como o direito à democracia, à informação, ao pluralismo de ideias.²⁵

E, finalmente, a quinta geração de direitos humanos, conforme ensina Carlos Noronha da Silveira, perfilhando o entendimento de Erik Jayme e Cláudia Lima Marques, é formada pelos direitos que transcendem as ideias de fraternidade e solidariedade, como base para uma sociedade harmoniosa e para conservar a paz.²⁶

A revolução tecnológica redimensionou as relações dos seres humanos com a natureza, as relações dos seres humanos entre si e a relação do ser humano consigo mesmo. Estas mutações desenvolveram melhorias nas condições vitais da humanidade, contribuindo para reforçar o exercício de determinados direitos. Mas, por outro lado, determinados usos e abusos tecnológicos geram graves ameaças ao ser humano, o que tem exigido a formulação de novos direitos ou atualização e adequação dos direitos existentes aos novos desafios.²⁷

Com efeito, os avanços da ciência e da tecnologia contribuíram decisivamente para o conhecimento mais profundo do ser humano. Todavia, estes processos não estão isentos de riscos e agressões aos direitos e liberdades. E, neste âmbito, as questões relativas aos direitos reprodutivos frente às inovações biotecnológicas, estão entre aquelas que mais geram discussões nesta fronteira de direitos.²⁸

²⁵ NORONHA, Carlos Silveira. Uma síntese dos direitos humanos: da origem à pós-modernidade. Revista da URGS, 2011, v. 28, p. 33-34

²⁶ Ibid., p. 34.

²⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. Madrid: Universitas, 2012, p. 17.

²⁸ Ibid., p. 24.

Muitos são os discursos que envolvem as práticas científicas aplicadas às ciências da vida, de acordo com os interesses visados: os indivíduos, ansiosos por benefícios à saúde, mas preocupados com os riscos inerentes; os pesquisadores, buscando novas descobertas, prestígio e financiamento para as investigações; o mercado, buscando novas fontes de lucro; o Estado e alguns setores da sociedade, preocupados com a segurança pública e, finalmente, o sistema jurídico, visando conciliar e regular os diversos interesses²⁹.

Vários protagonistas circulam no âmbito das inovações biotecnológicas: doadores de materiais, fornecedores, pesquisadores, indivíduos, associações de indivíduos com interesses comuns, indústrias, empresas interessadas no financiamento das pesquisas, transportadoras, governos, além de incontáveis outras pessoas jurídicas e de direito público, que possuem interesses distintos e muitas vezes contrapostos.³⁰ Neste contexto, grandes desafios surgem na tentativa de buscar o equilíbrio entre o desenvolvimento da ciência e os valores éticos, morais, políticos e jurídicos. Nas previsões acerca dos impactos da evolução da ciência na sociedade, Bertrand Russel já afirmava, há décadas, que a ciência não é em si mesma negativa ou positiva, podendo ser utilizada para o bem ou para o mal e seu bom uso dependerá da nossa sabedoria.³¹

Portanto, no contexto do mundo pós-moderno e globalizado, os constantes avanços, retrocessos e contradições precisam ser identificados e analisados, viabilizando a construção e reconstrução de mecanismos que auxiliem na implementação dos direitos humanos na sociedade contemporânea. E, neste âmbito, é preciso encontrar respostas adequadas para a solução dos conflitos entre o universalismo e o multiculturalismo.

²⁹ SCHIOCCHET, Taysa. O humano entre o direito e a genética: pressupostos para o debate legislativo acerca das implicações jurídicas concernentes à criação de bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil. In: CALLEGARI, André Luis, STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo. (Org.) Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 8, 2011, p. 287.

³⁰ SILVA, Evelise Leite Pâncaro da. Contratos de "Bens Vivos": uma realidade desafiadora e instigante, a provocar transformações sociais e jurídicas, e o diálogo das fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). Diálogo das Fontes: dos conflitos à coordenação das normas de direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 372.

³¹ RUSSEL, Bertrand. La visione scientifica del mondo. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 14-16.

2.3. O conceito de dignidade humana na cultura contemporânea

Na cultura contemporânea, a construção do conceito de dignidade humana tem origem, principalmente, no pensamento de Kant, que a considera o traço distintivo da pessoa em relação aos outros seres vivos.³² Conforme o princípio kantiano, o homem jamais deve ser considerado como um meio, mas sempre como um fim em si mesmo.³³

Com efeito, segundo Kant

o homem – e de modo geral todo ser racional – existe como um fim em si mesmo, não meramente como um meio à disposição desta ou daquela vontade para ser usado a seu bel-prazer, mas tem de ser considerado em todas as suas ações, tanto as dirigidas a si mesmo quanto a outros sempre ao mesmo tempo como fim.³⁴

A teoria kantiana permite destacar sete conceitos interligados por uma cadeia argumentativa que levam ao conceito final de dignidade humana, quais sejam: ser racional, *homo noumenon*, personalidade, fim em si mesmo, moralidade, autonomia e liberdade.³⁵

Nesse contexto, todo ser racional deve adotar suas máximas do ponto de vista de si mesmo e de ponto de vista dos outros seres racionais. Dessa maneira é possível um mundo de seres racionais como um reino dos fins, pela legislação de todas as pessoas enquanto membros. Portanto, todo ser racional deve agir como um membro legislador do reino universal dos fins. O princípio formal dessa máxima é "Age como se a tua máxima devesse servir ao mesmo tempo de lei universal."³⁶

³² BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 71.

³³ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. nova com introdução de notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009, p. 241.

³⁴ *Ibid.*, p. 241.

³⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 71.

³⁶ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. nova com introdução de notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009, p. 277-278.

Com isso, é estabelecida a condição inicial para desenvolver o segundo conceito, o de *homo noumenon*. Essa expressão, criada por Kant, é derivada da distinção entre o mundo sensível e o mundo da razão, ou inteligível. No mundo sensível, os seres são submetidos às leis de causalidade natural, da física, onde cada efeito pressupõe uma causa e assim até o infinito sem que se encontre a primeira causa. No mundo inteligível, o mundo das coisas em si, independentes de qualquer fator externo a elas próprias, é necessário admitir outra causalidade, aquela das leis da razão. O homem, ser finito e temporal, é submetido como os demais seres, às leis da natureza, contudo, ele possui a faculdade que o diferencia de todas as demais coisas no universo, que é a razão. O homem, portanto, pertence também ao mundo inteligível, é um *noumeno*, uma coisa em si mesmo.³⁷

Por sua vez, a personalidade se expressa pela liberdade e independência em relação à natureza, considerada como o poder de se encontrar submetido às leis da razão, que são próprias do homem. Toda a humanidade torna-se assim um fim em si mesmo. E, a moralidade, consiste na "relação das ações com a autonomia da vontade, isto é, com a legislação universal possível por meio de suas máximas. "O agir moral será então a expressão da manifestação de uma vontade autônoma e livre".³⁸ Já a autonomia da vontade, para Kant, é a qualidade da vontade pela qual ela é uma lei para si mesma. O princípio da autonomia consiste em não escolher de outro modo senão que as máximas de sua vontade também sejam compreendidas como lei universal.³⁹

E, por fim, a liberdade é considerada a chave no pensamento kantiano para a definição de dignidade humana. Portanto, o homem, pertencente ao mundo inteligível, somente pode considerar o exercício de sua vontade com base na liberdade, independente, portanto, das causas determinantes do mundo sensível. Dessa forma, conforme destaca Vicente de Paulo Barreto, é possível chegar à

³⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 71-72.

³⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. Op. cit., p. 73.

³⁹ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. nova com introdução de notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009, p. 277-278.

definição de dignidade como resultado de uma sequência, que inicia em considerar pessoa como um ser racional até defini-la como um ser dotado de autonomia e liberdade.⁴⁰

Portanto, para Kant, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos, que como seres racionais e morais, dotados de autonomia e liberdade, podem estabelecer leis universais às quais devem submeter-se. A dignidade não tem preço, ou seja, não poderá ser substituída por qualquer coisa equivalente, como bem assevera

No reino dos fins tudo tem ou bem um preço ou bem uma dignidade. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto equivalente, mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade.⁴¹

Conforme salienta Ingo Sarlet, é no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva, nacional e estrangeira, ainda hoje identifica as bases de uma fundamentação e de conceituação de dignidade humana, de modo que constitui um desafio saber até que ponto essa concepção efetivamente poderá ser adotada sem reservas ou ajustes frente à evolução social, econômica, jurídica e, principalmente, no âmbito das inovações biotecnológicas. Acentua, contudo, que é incensurável a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade humana repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.⁴²

No âmbito do direito internacional, a proteção à dignidade da pessoa humana e os princípios decorrentes, como bem observa Nádia de Araújo, passaram a determinar as condições de aplicação do direito estrangeiro nos conflitos de leis.⁴³

⁴⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 73.

⁴¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. nova com introdução de notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009, p. 266.

⁴² SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.), *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2009, p. 214.

⁴³ ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 19.

Portanto, a dignidade humana deve necessariamente constituir o princípio norteador na busca de soluções aos problemas que permeiam o direito internacional.

2.4. As concepções de pessoa e de família no mundo pós-moderno

A idéia de pessoa humana sofreu um profundo questionamento nos últimos anos. Conceitos anteriormente suficientes aguardam uma reconstrução em decorrência dos avanços do conhecimento científico e dos riscos e ameaças capazes de colocar a pessoa em perigo.⁴⁴

Na lição de Vicente de Paulo Barretto e Fernanda Frizzo Bragato

Os termos "pessoa", "eu" (*self*) e "ser humano" são modos distintos de se referir a um indivíduo. Muito embora o conceito de pessoa represente uma forma particular de se analisar o indivíduo, que é, ao mesmo tempo uma entidade biológica e um ser autoconsciente. Portanto, subsiste na pessoa um indivíduo, que é também um ser biológico e autoconsciente, embora possa ser estudado sob diferentes e interdependentes ângulos – moral, jurídico, psicológico, biológico, sociológico. De qualquer sorte, cada conceito tem a sua função própria na medida em que o indivíduo apresenta diferentes propriedades. Considerar os direitos pertencentes aos indivíduos geralmente envolve pensá-los na sua dimensão de pessoas.

O conceito de pessoa foi elaborado no século VI, pelo filósofo romano Boécio, segundo o qual, a pessoa seria uma substância individual de natureza racional, ou seja, um indivíduo dotado de racionalidade. Como observa Bernard Baertschi, o conceito tem origem aristotélica, pois o ser racional é capaz de dominar os próprios atos, "a razão deve governar."⁴⁵

Houve uma sucessão de concepções de homem no contexto de complexas causas históricas, Aristóteles fixou os traços do *zôon politikón* no momento do declínio da *pólis* e Rousseau desenhou a imagem do "homem natural" no início da

⁴⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Leituras de Filosofia do Direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 233.

⁴⁵ BAERTSCHI, Bernard. *Ensaio Filosófico sobre a Dignidade*. Trad. Paula Sílvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009, p. 164-165.

sociedade liberal moderna. Assim, de um lado temos a idéia de homem presente no *ethos* das sociedades políticas e que orienta e regula seu desempenho histórico e, de outro, as teorias do homem como ser político que se formulam em momentos cruciais de ascensão, crise ou declínio, nos quais a sociedade política se interroga sobre a validade e a consistência das idéias fundamentais que dão razão à sua existência.⁴⁶

É em torno do homem como sujeito de direitos que a sociedade política se organiza e se legitimam as forças que a regem e mantêm. O homem, não em seu simples ser natural, mas na segunda natureza, em que é sujeito de direitos e deve exercer a mediação entre a simples força, que é violência, e o poder político, que deve ser justo. O indivíduo político é, por definição, um indivíduo livre.⁴⁷

A liberdade é uma das faculdades que mais caracteriza o ser humano, pois enquanto os demais seres vivos são condicionados por seus instintos, o homem está habilitado a decidir por si mesmo, com base na razão, mas esta capacidade não significa que o indivíduo poderá agir de modo arbitrário. Na precisa lição de Montesquieu, "liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder".⁴⁸

O pensamento moderno inova o conceito de pessoa. Partindo de Boécio, mas ampliando o conceito, Kant conceitua a pessoa como o sujeito cujas ações lhe são imputáveis, caracterizando a personalidade a partir de critérios morais, dependente da liberdade de um ser racional obediente às leis morais. Portanto, Kant introduz no conceito da pessoa, além da racionalidade, a moralidade dos seres racionais, que se submetem à lei pela própria condição de seres autônomos, cujo fundamento é o próprio homem, como um fim em si mesmo.⁴⁹

⁴⁶ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e Direito*. Org. e Int. Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 208.

⁴⁷ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Op. cit.*, p. 207.

⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 165.

⁴⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Leituras de Filosofia do Direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 243.

Na análise de Lima Vaz, a nova concepção de homem da idade moderna foi elaborada conforme a filosofia racionalista e delineada pelas novas teorias morais e políticas. O indivíduo, impossibilitado de atender sozinho às necessidades, submete-se à sociedade, ocorrendo sua elevação à universalidade da vida social. Nesse contexto, de um lado o tema dos direitos humanos torna-se de grande importância para o direito interno e o diálogo entre os Estados e, de outro, a crise das concepções do homem em decorrência das ciências humanas e do predomínio da ideologia individualista, torna difícil criar uma imagem coerente da pessoa humana. A fragmentação da imagem do homem na pluralidade de universos em que se socializa dificulta adequar a liberdade de idéias e os direitos universalmente reconhecidos num sistema de normas e fins aceito pela sociedade. Daí decorre o paradoxo de uma sociedade preocupada em definir uma lista crescente de direitos humanos, contudo impotente para efetivá-los.⁵⁰

Segundo Fábio Konder Comparato, não obstante a Declaração Universal dos Direitos Humanos tenha proclamado que o todo homem tem o direito de ser reconhecido como pessoa em todos os lugares, os avanços tecnológicos não cessam de criar novos e imprevisíveis problemas, à espera de soluções satisfatórias. Desde a fecundação artificial aos processos de engenharia genética surgem infinitas indagações acerca da existência do homem.⁵¹

E, concluindo, Fábio Konder Comparato afirma que, se a pessoa

é fonte e medida de todos os valores; ou seja, se o próprio homem, e não a divindade ou a natureza de modo geral, é o fundamento do universo ético, a História nos ensina que o reconhecimento dessa verdade só foi alcançado progressivamente, e que a sua tradução em termos jurídicos jamais será concluída, pois ela não é senão o reflexo do estado de "permanente inacabamento" do ser humano, de que falou Heidegger.

⁵⁰ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e Direito*. Org. e int. Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 237.

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44-46.

Importa, pois, antes de tudo, refletir sobre os grandes momentos de afirmação da dignidade humana no curso da História.⁵²

Nesse contexto, Habermas salienta os perigos decorrentes das inovações científicas e tecnológicas, em que as pessoas correm o risco de serem fabricadas ao invés de geradas e do uso técnico do corpo, que implica em transformar os seres humanos em máquinas projetadas para alto rendimento e objeto de interesses econômicos. Por estas razões, defende o uso estritamente terapêutico da prática eugênica e propõe a criação de barreiras normativas à intervenção da ciência na vida humana, de modo que a biotecnologia não domine o destino dos indivíduos.⁵³

O conceito de pessoa, portanto, não possui um significado imutável. Assim como o conceito de família que, conforme será analisado a seguir, sofreu grandes alterações, também o conceito de pessoa provavelmente será objeto de reformulações em decorrência dos avanços biomédicos.⁵⁴

Como bem asseverado anteriormente, as grandes mudanças que ocorreram nos últimos anos afetaram profundamente uma das instituições sociais mais antigas - a família. Segundo Miguel Angel Ciuro Caldani, a família é um dos institutos em que se manifestam com maior intensidade as enormes transformações científicas, tecnológicas e morais.⁵⁵

Com efeito, conforme Silvio Venosa, "entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos". No último século, a sociedade cada vez mais

⁵² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: A caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 44-85.

⁵⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Leituras de Filosofia do Direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 235.

⁵⁵ CALDANI, Miguel Angel Ciuro. *Los nuevos paradigmas de la familia internacional*. In: DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*. Córdoba: Advocatus, 2011, p. 13-14.

globalizada, pressupõe modalidade conceitual de família muito diferente das sociedades do passado.⁵⁶ Nesse contexto, destaca que

Novos temas estão hoje a desafiar o legislador, como as inseminações e fertilizações artificiais, os úteros de aluguel, as cirurgias de mudança de sexo, os relacionamentos afelivos entre pessoas do mesmo sexo, a clonagem de células e de pessoas, etc. A ciência evolui com rapidez e por saltos e hoje se esperam respostas mais rápidas do direito, o que não ocorria no passado, quando as alterações eram quase exclusivamente de ordem sociológica e, portanto, gradativas.⁵⁷

A quebra da ideia tradicional de família abre caminho para uma concepção heterogênea, com relações impensadas anteriormente. A família fruto dessa transição, conforme acentua Adriana Dreyzin de Klor, implica necessariamente num redimensionamento na aplicação do direito interno e transnacional, principalmente por constituir-se uma família multicultural. É necessário considerar, ainda, que a globalização necessariamente leva a uma nova maneira de abordar os temas objeto do direito internacional, pois remete a um processo social, econômico, cultural e demográfico que se instala nas nações e, por sua vez, as transcende.⁵⁸

Dai decorrem novas questões e dilemas no contexto do direito internacional de família.⁵⁹ Segundo Silvio Venosa, "o direito internacional de família é um desafio para este milênio." As facilidades do mundo globalizado implicam a utilização de normas internacionais, contudo, a situação é complexa, uma vez que as mesmas não acompanham os avanços tecnológicos. Portanto, são necessários métodos "mais realistas e menos abstratos", pois as codificações nacionais estão distantes de uma harmonização e os tratados e acordos bilaterais já existentes são insuficientes para encontrar soluções às situações existentes.⁶⁰

⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁸ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El Derecho Internacional de Familia em La Postmodernidad*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2012, p. 65.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 98.

⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 13.

Entre os principais problemas que permeiam o direito internacional de família, estão aqueles derivados do progresso da medicina reprodutiva. A busca por opções de tratamento em países estrangeiros desenvolveu o chamado "turismo reprodutivo", em que são buscadas opções de tratamento para a infertilidade em países com legislação mais favorável acerca da questão.⁶¹ A situação gera muitas controvérsias acerca de filiação, nacionalidade, validade contratual, homologação de sentença estrangeira, entre tantas outras dúvidas e problemas que precisam de respostas, principalmente no que tange à dignidade humana.

No contexto do mundo pós-moderno, globalizado e multicultural, resultado das grandes transformações ocorridas em decorrência dos aspectos científicos, tecnológicos e morais, é preciso analisar até que ponto o rol de direitos humanos universalmente conquistados são eficazes. Portanto, no próximo capítulo, serão identificados os mecanismos já existentes para a implementação dos direitos humanos e os possíveis caminhos a serem adotados para sua efetiva proteção.

⁶¹ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El Derecho Internacional de Familia em La Postmodernidad*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2012, p. 98.

3. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O "TURISMO REPRODUTIVO"

3.1. Os sistemas de proteção dos direitos humanos

O processo de universalização dos direitos humanos trouxe a necessidade de criação sistemas de proteção voltados à sua efetivação. Foram criados, assim, o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, formado pelas Nações Unidas, e os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos: Europeu, Americano e Africano.

A Criação das Nações Unidas marcou o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaurou um novo modelo de conduta das relações internacionais. As principais atribuições incluem a manutenção da paz e da segurança mundial, o desenvolvimento das relações amistosas entre os Estados, a cooperação internacional, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção do meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.⁶²

Para execução dos objetivos, as Nações Unidas foram organizadas em diversos órgãos. Os principais órgãos são: a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social e o Secretariado, podendo ser criados órgãos subsidiários, quando necessário, nos termos do artigo 7º da Carta da ONU.⁶³

A ONU é integrada por tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, entre os quais: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção contra a Tortura, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

⁶² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192.

⁶³ *Ibid.*, p. 192.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de San José de Costa Rica, assinada em 1969 e que entrou em vigor em 1978. A Convenção estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos, integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana.⁶⁴

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos prevê uma série de direitos previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, entre os quais destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.⁶⁵

Por sua vez, o sistema africano de direitos humanos é constituído pela Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, adotada pela décima oitava Conferência dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados Africanos, membros da Organização de Unidade Africana, em 1981. Este sistema, contudo, ainda funciona com pouca efetividade prática.⁶⁶

O Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos é considerado atualmente o mais avançado entre os sistemas regionais de proteção, tanto pelo teor da Convenção Europeia de Direitos Humanos como pela farta jurisprudência da Corte Europeia em matéria de proteção dos direitos humanos.⁶⁷

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 326.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 324.

⁶⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, 2010, Vol. 1, p. 56.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 33.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, foi concluída em Roma em 1950, entrou em vigor internacionalmente em 1953 e teve seu sistema de controle reformado pelo Protocolo nº 11, que entrou em vigor 1988. A Convenção tem como finalidade estabelecer padrões mínimos de proteção aos Estados-membros da União Europeia e protege quaisquer pessoas sujeitas à jurisdição dos Estados-parte, independentemente de sua nacionalidade.

Nesse contexto, é oportuno trazer a jurisprudência oriunda da Corte Europeia de Direitos Humanos, que ilustra com clareza o funcionamento do sistema regional europeu de proteção de direitos humanos e o entendimento contemporâneo acerca das questões objeto do presente estudo.

O caso concreto consiste em um casal italiano que buscou acesso às técnicas de reprodução medicamente assistida em seu respectivo país, em razão de ser portador de fibrose cística, conforme já diagnosticado no nascimento da filha atingida pela doença e na gravidez interrompida em decorrência da mesma doença. O acesso ao diagnóstico genético de pré-implantação para selecionar um embrião não afetado pela referida patologia foi negado ao casal, em razão de que não faria parte das doenças contempladas pela lei italiana para autorização da fertilização, de modo que o casal teria que providenciar a fertilização em país estrangeiro ou iniciar uma gravidez por meios naturais e, na hipótese do feto contrair a doença, realizar aborto terapêutico, fato que já havia ocorrido em gravidez anterior. O casal decide, então, ingressar em juízo com o objetivo de obter autorização para realização do procedimento da reprodução assistida.

Na questão em análise, cumpre observar que a maioria dos países europeus permite a fertilização assistida para evitar a transmissão de doenças genéticas, somente a Itália, a Áustria e a Suíça a proibem. Além disso, a lei italiana autoriza a reprodução assistida nas hipóteses em que o homem é portador de doenças sexualmente transmissíveis e virais, como o HIV e Hepatite B e C, em que há risco de infecção da mãe e do feto.

A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que na situação em análise, a lei italiana sobre reprodução medicamente assistida, ao negar o acesso ao diagnóstico genético de pré-implantação para afastamento preliminar de doenças genéticas, teria contrariado o direito dos recorrentes de respeito à vida privada e familiar. Assim, o Tribunal julgou o caso no sentido de que a lei italiana teria violado o disposto no artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁶⁸

A decisão consiste em exemplo de proteção aos direitos humanos pelo sistema regional de proteção. Com efeito, o julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos caracteriza um precedente de efetivação dos direitos com fundamento na Convenção Europeia de Direitos Humanos, que foi aplicada ao caso concreto em decorrência do seu caráter supranacional, para afastar a violação oriunda da legislação interna do Estado-membro.

Como se pode observar, não basta a universalização e a internacionalização dos direitos humanos. Para a efetividade desses direitos, é imprescindível a existência de uma estrutura, com alcance global e regional, para exercer o processo de proteção dos direitos humanos universalmente previstos, sobretudo da dignidade humana.

3.2. Ordem pública internacional, fraude à lei e "turismo reprodutivo"

A reserva da ordem pública, que permeia o direito internacional, é utilizada pelos Estados como forma de proteção, para evitar a aplicação do direito estrangeiro incompatível com a ordem jurídica interna. Conforme ensina Augusto Jaeger Júnior, a cláusula da ordem pública poderá ser aplicada ao caso concreto, quando a aplicação do direito estrangeiro gerar efeitos manifestamente contrários aos valores expressos no direito de um Estado.⁶⁹

⁶⁸ STRASBURGO. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. Seconda Sezione. Ricorso n. 54270/10. Costa e Pavan o. Italia. 28 ago. 2012. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i={\"itemid\":\[\"001-115727\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i={\) Acesso em: 26 jul. 2013.

⁶⁹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45.

Conforme destaca Nádía de Araújo, quando se procura uma solução para uma questão de caráter internacional, é realizada uma análise que precisa considerar sempre o princípio da ordem pública. Deverão ser utilizados princípios como "normas-chave" do sistema jurídico e, nesse contexto, o princípio da dignidade humana funciona como um dos eixos fundamentais dos direitos humanos, no plano internacional, e dos direitos fundamentais, no direito interno. "No momento de aplicar a norma estrangeira, o princípio tem primazia sobre a norma, especialmente se a questão girar em torno da violação à dignidade humana."⁷⁰

Com efeito, perante a complexidade do mundo contemporâneo, Silvio Battello Calderón destaca que a aplicação da ordem pública internacional deve ser vista como um sistema harmônico de regras e de princípios, com preponderância dos últimos sobre os primeiros. Nesse contexto, perfilhando o entendimento de Erik Jayme, apresenta algumas diretrizes a serem observadas na aplicação da ordem pública, com base nas ideias de pluralismo, comunicação, narração e retorno aos sentimentos.⁷¹

O pluralismo se manifesta na tolerância e no reconhecimento moral e jurídico do direito à diferença. Essa diferença se revela nas características culturais específicas das pessoas envolvidas em uma relação jurídica de direito internacional privado, que podem ser de ordem religiosa, ideológica, social, artística, política, entre outras. Por sua vez, a comunicação intercultural consiste numa nova forma de integração internacional, como perspectiva de integração social, econômica e política dos Estados. E, as normas narrativas, decorrentes das novas perspectivas de análise da função social e da promoção dos direitos humanos, assim denominadas por serem normas não obrigatórias e desenvolvidas para projetar os sentimentos ético-jurídicos de uma comunidade, ocupam lugar de destaque na ordem pública por auxiliarem a entender os objetivos finais dos sistemas jurídicos.⁷²

⁷⁰ ARAÚJO, Nádía de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 123.

⁷¹ BATTELLO CALDERÓN, Silvio Javier. *El orden público en el Derecho Internacional Privado del Mercosur*. Córdoba: Advocatus, 2012, p. 231 e 253.

⁷² *Ibid.*, p. 231-239.

O retorno aos sentimentos consiste em outro aspecto importante na fundamentação judicial da ordem pública internacional, principalmente no que tange ao objeto do presente estudo. Conforme observa Silvio Battello Calderón, nos casos de direito de família os sentimentos aparecem muitas vezes como condição sociológica da pessoa a ser preservada e protegida. E, observa ainda, que atualmente a afetividade já é reconhecida com um dos princípios especiais do novo direito de família, o que significa compreender as partes, respeitando as diferenças e valorizando, acima de tudo, os laços de afeto dos seus membros.⁷³

Portanto, a ordem pública internacional transformou-se em instrumento de cooperação, integração e compreensão entre os sistemas jurídicos, cumprindo uma função dinamizadora na busca da melhor solução do caso concreto.⁷⁴ E, no contexto resultante do mundo novo e globalizado, torna-se necessário interpretar regras, valores e princípios, ensejando um verdadeiro diálogo das fontes.⁷⁵

Conforme explica Cláudia Lima Marques, no pluralismo do mundo pós-moderno, "a proposta coordenação das fontes de Erik Jayme é uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema, a fim de estabelecer sua coerência e ressaltar os direitos humanos." É necessária, portanto, uma mudança de paradigma, ao invés da retirada de uma norma em conflito no sistema jurídico, o diálogo promove uma possível convivência entre as mesmas, "ambas sob a luz da Constituição, de seu sistema de valores e dos direitos humanos em geral."⁷⁶

Na mesma linha, Adriana Dreyzin de Klor destaca que ao se pretender resguardar o conteúdo do direito internacional de família, a ordem pública familiar não pode ser considerada isoladamente, mas dentro da ordem pública internacional geral, considerando que o direito é um sistema. Por exemplo, na busca de reconhecimento de documento oriundo de um Estado com noção de direito de

⁷³ BATTELLO CALDERÓN, Silvio Javier. *El orden público en el Derecho Internacional Privado del Mercosur*. Córdoba: Advocatus, 2012.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 255.

⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: dos conflitos à coordenação das normas de direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 18.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 29.

família diversa daquela vigente no Estado destinatário, poderia pressupor tratar-se de tema relativo à ordem pública internacional e, portanto, negar imediatamente o reconhecimento do documento e encerrar o caso, contudo, a solução não é tão restrita. É preciso observar as peculiaridades normativas vigentes nos Estados, as manifestações acerca da identidade cultural, os pactos e declaração que buscam a proteção dos direitos humanos, o objetivo do direito internacional privado e a metodologia correspondente que procura uma solução justa para o problema. Portanto, a questão requer a apreciação de um conjunto de fatores, num verdadeiro de diálogo das fontes.⁷⁷

Ultrapassada essa análise, passa-se a identificar as questões relativas à fraude à lei. Segundo Beat Walter Rechsteiner, "a fraude a lei (*fraus legis*) constitui uma forma de abuso de direito, não sendo admitida perante o direito internacional privado". Os pressupostos para caracterizar a fraude à lei são: a tentativa de evitar a aplicação de determinadas normas de direito interno ou, excepcionalmente, de direito estrangeiro, cujas consequências legais não são desejadas, o planejamento de uma manobra legal extraordinária para obter o resultado desejado, a tentativa de evitar a aplicação de um direito interno, transferindo atividades e praticando atos para e no exterior ou, ainda, a escolha de um foro favorável no estrangeiro com a mesma intenção.⁷⁸

A fraude a lei poderá, contudo, ser admitida, quando tenha como objetivo evitar a aplicação de normas cogentes e imperativas no plano internacional. Nesse aspecto, não está restrita às normas de direito interno, abrangendo também regras de direito estrangeiro. Uma das sanções, nessa situação, poderá ser o não reconhecimento interno de sentença, negócio ou ato jurídico decorrente da respectiva fraude à lei. Todavia, caberá ao julgador ponderar os interesses

⁷⁷ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El Derecho Internacional de Familia em La Postmodernidad*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2012, p. 44.

⁷⁸ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182-183.

conflitantes no caso concreto, de modo que nem sempre ocorrerá sua desconsideração total.⁷⁹

Essa tentativa de fraude à lei foi muito utilizada no âmbito do direito de família nas situações em que os casais procuravam o divórcio no exterior por conta da proibição no país de origem. E, atualmente, essa tentativa de fraude à lei ocorre no âmbito do direito internacional de família, pois as grandes transformações decorrentes dos avanços biotecnológicos, aliadas às facilidades de informação e deslocamento no mundo globalizado, deram origem ao chamado “turismo reprodutivo”.⁸⁰

O chamado “turismo reprodutivo” ou “turismo procriativo” tem origem no desenvolvimento dos métodos de reprodução medicamente assistida, sobretudo nas modalidades de gravidez por substituição. No âmbito internacional, muitos problemas surgem em decorrência da realização de procedimentos de reprodução assistida em países diversos do país de origem por conta de proibições e restrições de alguns países e, em contrapartida, a liberação de outros países.

Entre os problemas decorrentes da maternidade por substituição internacional, encontram-se as questões de filiação e nacionalidade da criança, a validade do contrato realizado, a homologação de sentença estrangeira, a exploração dos mais vulneráveis, ou seja, mulheres e crianças, principalmente quando há intermediários, sem regulação para atuarem na área, colocando em risco a própria dignidade humana.⁸¹

A situação que vem ocorrendo no âmbito da reprodução humana assistida internacional, como tentativa de fraude à lei, demonstra claramente a ausência de respostas adequadas às profundas transformações que ocorreram nos últimos anos.

⁷⁹ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 183.

⁸⁰ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El Derecho Internacional de Familia em La Postmodernidad*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2012. p. 98.

⁸¹ ARAÚJO, Nádja de. VIII Congresso do IBDFAM. 2011. *Maternidade por substituição e outras questões de direito internacional privado de família*. 14 nov. 2011.

De modo que se pode concluir que muitos aspectos do direito internacional de família necessitam de construção e reconstrução.⁸²

3.3. “Europeização do Direito Internacional Privado”: uma solução possível para os problemas que permeiam o direito internacional de família?

O direito internacional privado, na União Europeia, vem sendo progressivamente submetido a um processo de europeização, cujas consequências, como bem observa Augusto Jaeger Júnior, são importantes e variadas. Desse processo resulta a não aplicação das normas autônomas internas dos Estados-membros da União Europeia em determinadas matérias, e sim a vinculação ao processo de integração supranacional, com a finalidade de reduzir as contradições e atritos que produz a diversidade dos direitos autônomos.⁸³

Nesse contexto, ocorreram grandes mudanças no âmbito do direito internacional privado na União Europeia, nos três campos clássicos de atuação: competência judicial internacional, lei aplicável e reconhecimento da execução de decisões estrangeiras. Foram geradas normas, difundidas principalmente na forma de regulamentos comunitários, acerca de competência, reconhecimento e execução de decisões em matérias civis e comerciais, obrigações contratuais, matéria matrimonial e regulação do poder e responsabilidade parental, lei aplicável ao divórcio e separação judicial, obrigações alimentares, regimes matrimoniais e efeitos patrimoniais, sucessões e até mesmo já é pensada uma futura codificação do direito internacional privado.⁸⁴

Por sua vez, os assuntos de família também passaram a ser tratados no espaço comunitário e a União Europeia assumiu a tarefa de unificar o direito internacional privado relativo à matéria. Esse modelo comunitário, como bem observa Augusto Jaeger Júnior, circulará ainda no exterior da União Europeia e

⁸² DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El Derecho Internacional de Familia em La Postmodernidad*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2012, p. 98.

⁸³ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 27 e 62.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 27.

influenciará legisladores e juristas de terceiros países. Além disso, as organizações que se dedicam ao direito internacional privado passarão a considerá-lo como fonte de referência na elaboração de fontes convencionais multilaterais.⁸⁵

Para Luís de Lima Pinheiro, a unificação do Direito Internacional Privado é de grande importância. Entre os principais aspectos positivos, a unificação promove a certeza de previsibilidade sobre a jurisdição competente e sobre o regime aplicável às situações transnacionais, a harmonia internacional de soluções entre os Estados, a tutela de confiança depositada pela definição de uma situação jurídica por uma decisão estrangeira. O autor observa, ainda, que em princípio a unificação deveria ter caráter universal, sob arguição de que os problemas de regulação de situações transnacionais são comuns nas situações intracomunitárias e extracomunitárias, além da ciência do Direito Internacional Privado há muito tempo ter adquirido caráter internacional e universalista, no entanto, em decorrência das dificuldades que tem enfrentado a unificação.⁸⁶

Como bem assevera Augusto Jaeger Júnior, "no plano internacional essa finalidade vem sendo perseguida há muito tempo." As pesquisas acerca do modelo unitário vêm sendo realizadas na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, bem como pelo UNIDROIT – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado e a UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.⁸⁷ Segundo o autor

O ideal de uma uniformidade internacional ainda está muito longe de ser atingido. Contudo, o direito da União Europeia permite, atualmente, considerar que o objetivo da unificação do direito internacional privado pode ser ao menos em parte realizável no plano regional, comunitário, institucional.⁸⁸

⁸⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Curitiba: Juruá, 2012, p. 64.

⁸⁶ PINHEIRO, Luís de Lima. *Um direito internacional privado comum? 2011. Comunicação apresentada no Congresso Internacional "25 anos da União Europeia – 25 anos de Instituto Europeu"*, realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 29 nov. 2011.

⁸⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Op. cit.*, p. 62.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 62.

Como se pode observar, no âmbito da “Europeização do Direito Internacional Privado” poderão ser encontradas respostas às crescentes dúvidas que surgem no direito internacional de família. Esse processo poderá ocorrer através do aumento da aderência dos Estados-membros ao processo de integração supranacional e a utilização desse mecanismo como modelo referência para os países dos demais continentes implementarem em seus processos de integração regional ou aderirem aos estatutos internacionais acerca da matéria ou, ainda, caminhar lentamente para uma unificação em nível universal.

3.4. A busca pela efetividade dos direitos humanos nas situações decorrentes da maternidade por substituição em país estrangeiro

Em que pese a universalidade dos direitos humanos que, conforme demonstrado inicialmente, representam uma lenta conquista, a questão da efetivação dos direitos continua um desafio constante. Conforme acentua Bobbio, o problema com relação aos direitos humanos não é mais o de fundamentá-los, e sim de protegê-los.⁸⁹

Com efeito, como bem observa Bobbio

deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente.⁹⁰

Portanto, o problema atual acerca dos direitos humanos não é mais filosófico, e sim jurídico e político. A questão é saber qual o modo mais seguro de garantir os direitos humanos conquistados, para evitar que embora constem nas declarações, sejam continuamente violados. Não se trata de considerar o problema do

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 62.

fundamento dos direitos humanos inexistente, mas cuja solução não necessita mais ser objeto de preocupação, pois o fundamento foi resolvido a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.⁹¹

Ao analisar a atual conjuntura da universalização dos direitos humanos e sua relação com o direito de família internacional, Adriana Dreyzin de Klor destaca que a partir da consolidação dos direitos humanos como caráter universal, a proteção dos direitos de família deixou de ser um assunto limitado à esfera da competência interna dos Estados, passando a configurar questão internacional. Na atualidade, as características heterogêneas do instituto da família conduzem necessariamente à observância do pluralismo e ao respeito à identidade cultural.⁹²

Conforme analisado no presente estudo, entre os principais aspectos que precisam ser regulados no âmbito do direito internacional de família, encontram-se aqueles decorrentes do progresso na medicina reprodutiva, que apresentam diferentes opções de tratamento para pessoas inférteis que, em razão da diversidade na legislação entre os Estados e das facilidades de informação e deslocamento no mundo globalizado, buscam em países estrangeiros a realização da reprodução medicamente assistida.

A questão permeia o direito internacional de família desde que as técnicas de reprodução medicamente assistida e, principalmente, os acordos de barriga de aluguel, passaram a ser realizados com maior frequência, originando o que se denomina de "turismo reprodutivo".⁹³ O núcleo do problema reside nas amplas diferenças existentes entre as leis nacionais que regem o assunto ou a carência de leis que a regulem.

Ao discorrer sobre a maternidade em substituição a nível internacional, Nádia de Araújo destaca a existência da "indústria procriativa". E, observa que a situação

⁹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 26.

⁹² DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El Derecho Internacional de Familia em La Postmodernidad*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2012, p. 67.

⁹³ *Ibid.*, p. 98.

decorre, principalmente, em razão da ausência ou da diversidade entre as legislações dos Estados acerca da reprodução humana assistida. Por exemplo, na Índia e na Ucrânia existe previsão contratual a respeito da "barriga de aluguel", enquanto países como a Alemanha, Espanha e Itália, expressamente a proíbem. E, ainda outros, como o Brasil, não têm legislação acerca da questão, mas apenas previsões no Código de Ética Médica.⁸⁴

Nesse contexto, a teoria do diálogo das fontes, criada por Erik Jayme e trazida por Cláudia Lima Marques, consiste em importante método que poderá ser utilizado no direito internacional de família. Em face do pluralismo pós-moderno das fontes, os direitos humanos, os direitos fundamentais, constitucionais, os tratados, as leis e os códigos, não mais se excluem, mas se comunicam entre si, sendo analisados e aplicados simultaneamente, de forma coerente e coordenada.⁸⁵

Na mesma linha, ao discorrer sobre a "indústria procriativa", Nádia de Araújo, perfilhando o entendimento de Erik Jayme, acentua que o direito internacional privado é a chave para a proteção da pessoa humana e o maior objetivo deverá ser o diálogo intercultural.⁸⁶

O assunto é de grande relevância e complexidade, sendo objeto de muitas discussões e análises em busca de soluções no âmbito internacional. Estudos e conferências vem sendo realizados cada vez como maior frequência para discutir e analisar possibilidades de solucionar os crescentes problemas no âmbito do direito internacional de família relacionados à maternidade por substituição.⁸⁷

A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado vem realizando estudos para a elaboração de um documento uniforme acerca dos problemas

⁸⁴ ARAÚJO, Nádia de. VIII Congresso do IBDFAM. 2011. Maternidade por substituição e outras questões de direito internacional privado de família. 14 nov. 2011.

⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). Diálogo das Fontes: dos conflitos à coordenação das normas de direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 18-25.

⁸⁶ ARAÚJO, Nádia de. Op. cit.

⁸⁷ Ibid.

oriundos do que chama de "turismo procriativo".⁹⁸ A Conferência Permanente de Direito Internacional Privado, sediada em Haia, é uma instituição dedicada, exclusivamente, ao estudo e desenvolvimento de codificação uniforme do direito internacional privado. Realiza seu trabalho através da realização de convenções sobre matérias específicas.⁹⁹

Considerando o pluralismo pós-moderno, para encontrar respostas aos crescentes problemas no âmbito do direito internacional de família, decorrentes da maternidade por substituição internacional, é preciso que seja identificadas e analisadas uma série de fatores. Trata-se da análise e do diálogo entre um conjunto de fontes, quais sejam: o ordenamento jurídico interno e internacional, o conjunto de normas e princípios de direitos humanos de caráter universal, os aspectos multiculturais, os processos de integração supranacional, e outros aspectos importantes que surgirem em decorrência dos constantes avanços da sociedade, tendo sempre a dignidade humana como fonte maior.

⁹⁸ ARAÚJO, Nádja de. VIII Congresso do IBDFAM, 2011. Maternidade por substituição e outras questões de direito internacional privado de família. 14 nov. 2011.

⁹⁹ *Ibid.*

das fontes que envolvem as questões, tais como o ordenamento jurídico interno e internacional, as regras e princípios de direitos humanos de caráter universal, as características multiculturais, os processos de integração supranacional e tantas outras fontes quantas surgirem no decorrer das transformações do mundo globalizado, tendo sempre como princípio maior a dignidade humana.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **II Conferência ILA Brasil Programação**. 2012. **Direito da Família Internacional. Aspectos internacionais da maternidade de substituição**. 25 mai. 2012.

_____. **VIII Congresso do IBDFAM**. 2011. **Maternidade por substituição e outras questões de direito internacional privado de família**. 14 nov. 2011.

BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio Filosófico sobre a Dignidade**. Trad. Paula Sílvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de Filosofia do Direito**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

_____. (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2009.

BATTELLO CALDERÓN, Silvio Javier. **El orden público en el Derecho Internacional Privado del Mercosur**. Córdoba: Advocatus, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CALDANI, Miguel Angel Ciuro. **Los nuevos paradigmas de la familia internacional**. In: DREYZIN DE KLOR, Adriana. **Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional**. Córdoba: Advocatus, 2011.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Clara. **Direitos Humanos**. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2009, p. 246-248.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. **El Derecho Internacional de Familia em La Postmodernidad**. San José: Editorial Jurídica Continental, 2012.

_____. **Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional**. Córdoba: Advocatus, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law. The moral reading of the american constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Janinni. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HUXLEY, Aldous Leonard. **Brave New World**. 4 ed. Londres: Chatto & Windus, 1978.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Evolução da proteção dos direitos fundamentais na União Europeia: apresentação de casos interessantes**. In: Del' Olmo, Florisbal de Souza; Kaku, William Smith; Suski, Liana Maria Feix (Org.). **Cidadania de Direitos Humanos: tutela**

e efetividade internacional e nacional. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, v. 1, p. 165-185.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international prive post-moderne*. Recueil des Cours, Academie de Droit International de la Haye. The Hague/Boston/London: Hijhoff, 1996.

_____. *O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A Proteção da Pessoa Humana face à Globalização*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPDir/ UFRGS. Porto Alegre, v.1, n.1, mar. 2003, p. 85- 97.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. nova com introdução de notas por Guido Antônio de Almeida, São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

_____. *Groundwork of the Methaphysic of Morals*. New York: Routledge, 2002.

KAUFMANN, Matthias. *Em defesa dos Direitos Humanos: considerações históricas e de princípio*. Trad. Rainer Patriota. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: dos conflitos à coordenação das normas de direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira.** São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

_____. **O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos.** Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, 2010, Vol. 1, p. 32-58.

MEDEIROS, Ana Leticia Barauna Duarte. **Multiculturalismo.** In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2009, p. 588-592.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis.** Tradução Cristina Murachco. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NORONHA, Carlos Silveira. **Uma síntese dos direitos humanos: da origem à pós-modernidade.** Revista da URGs, 2011, v. 28, p. 22-37.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. **Cultura da Democracia para Direitos Humanos Multiculturais.** In: OLIVEIRA JÚNIOR (Org.). **Cultura e Prática dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

_____. **Multiculturalismo.** In: Barretto, Vicente de Paulo; Culetton, Alfredo (Org.). **Dicionário de Filosofia Política.** São Leopoldo: Unisinos, 2010, v. 1, p. 362-366.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica.** Madrid: Universitas, 2012.

PINHEIRO, Luis de Lima. **Um direito internacional privado comum?** 2011. Comunicação apresentada no Congresso Internacional "25 anos da União Europeia – 25 anos de Instituto Europeu", realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 29 nov. 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres*. Revista da EMERJ, v. 15, p. 70-89, 2012.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Massachusetts: Harvard University Press, 1972.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

RUSSEL, Bertrand. *La visione scientifica del mondo*. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.

SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL' OLMO, Florisbal de Souza (Org.). *Diálogo e entendimento: direito multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2009, p. 212-225.

SCHIOCCHET, Taysa. *O humano entre o direito e a genética: pressupostos para o debate legislativo acerca das implicações jurídicas concernentes à criação de bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil*. In: CALLEGARI, André Luis, STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo. (Org.) *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 8, 2011, p. 285-302.

_____; CARLOS, Paula Pinhal de. **Novas tecnologias reprodutivas e direito: mulheres brasileiras entre benefícios e vulnerabilidades**. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 11, p. 249-263, 2006.

SILVA, Evelise Leite Pâncaro da. **Contratos de "Bens Vivos": uma realidade desafiadora e instigante, a provocar transformações sociais e jurídicas, e o diálogo das fontes**. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: dos conflitos à coordenação das normas de direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 353-398.

STRASBURGO. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. Seconda Sezione, Ricorso n. 54270/10. Costa e Pavan c. Italia. 28 ago. 2012. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"itemid\":\[\"001-115727\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)
Acesso em: 26 jul. 2013.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Ética e Direito**. Org. e int. Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ANEXO – ACÓRDÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

© Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, traduzione 52
effettuata da Rita Carnevalli, assistente linguistico e dalla dot.ssa Rita Pucci, funzionario
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.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

© Ministero della Giustizia, Direzione generale del Contenzioso e dei Diritti Umani, traduzione
effettuata da Rita Carnevalli, assistente linguistico, e dalla dot.ssa Rita Pucci, funzionario 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

SECONDA SEZIONE

CAUSA COSTA E PAVAN c. ITALIA

(Ricorso n. 54270/10)

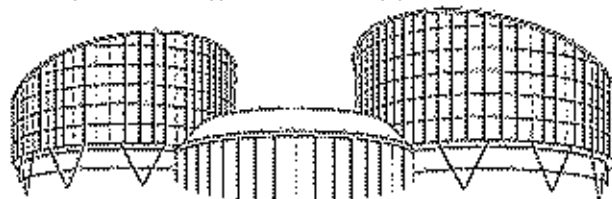
SENTENZA

STRASBURGO

28 agosto 2012

© Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, traduzione 53
effettuata da Rita Carnevali, assistente linguistico e dalla dot.ssa Rita Pucci, funzionario
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.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

*Questa sentenza diverrà definitiva alle condizioni definite nell'articolo 44 § 2
della Convenzione. Può subire modifiche di forma.*

Nella causa Costa e Pavan c. Italia,

La Corte europea dei diritti dell'Uomo (seconda sezione), riunita in una camera composta da:

Françoise Tulkens, *presidente*,
Dragoljub Popović,
Isabelle Berro-Lefèvre,
András Sajó,
Guido Raimondi,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Helen Keller, *giudici*,
Danutė Jočienė,
Işıl Karakaş, *giudici supplenti*.

e da Françoise Elens-Passos, *cancelliere aggiunto di sezione*.

Dopo aver deliberato in camera di consiglio il 10 luglio 2012,

Pronuncia la seguente sentenza, adottata in tale data:

PROCEDURA

1. All'origine della causa vi è un ricorso (n. 54270/10) proposto contro la Repubblica italiana con cui due cittadini di tale Stato, la sig.ra Rosetta Costa e il sig. Walter Pavan ("i ricorrenti"), hanno adito la Corte il 20 settembre 2010 in virtù dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("la Convenzione").

2. I ricorrenti sono rappresentati dagli avvocati Nicolò Paoletti e Ginevra Paoletti del foro di Roma. Il governo italiano ("il Governo") è rappresentato dal suo agente, E. Spatafora, e dal suo coagente, P. Accardo.

3. I ricorrenti, portatori sani della mucoviscidosi, lamentano di non poter accedere alla diagnosi genetica preimpianto al fine di selezionare un embrione che non sia affetto da tale patologia e sostengono che a tale tecnica possono accedere categorie di persone delle quali essi non fanno parte. A questo titolo invocano gli articoli 8 e 14 della Convenzione.

4. Su richiesta dei ricorrenti, il 4 maggio 2011 il presidente ha deciso di trattare il ricorso con priorità (articolo 41 del regolamento).

5. Il 7 giugno 2011 questo ricorso è stato comunicato al Governo. Come consente l'articolo 29 § 1 della Convenzione, è stato inoltre deciso che la camera si sarebbe pronunciata contestualmente sulla ricevibilità e sul merito della causa.

6. In applicazione dell'articolo 44 § 3 del regolamento, il 31 agosto ed il 7 novembre 2011 il presidente ha accolto rispettivamente due domande di intervento di terzi. La prima è stata presentata dal sig. Grégor Puppínck a nome del Centro Europeo per la Giustizia e i Diritti dell'Uomo (ECLJ).

dell'associazione di "Movimento per la vita" e di cinquantadue parlamentari italiani (qui di seguito "il primo dei terzi intervenienti") e la seconda è stata introdotta dall'avv. Filomena Gallo in nome delle associazioni "Luca Coscioni", "Amica Cicogna Onlus", "Cerco un bimbo", "L'altra cicogna" e di sessanta parlamentari italiani ed europei (qui di seguito "il secondo dei terzi intervenienti"). I terzi intervenienti hanno presentato le loro osservazioni rispettivamente il 22 settembre ed il 28 novembre 2011.

IN FATTO

I. LE CIRCOSTANZE DEL CASO DI SPECIE

7. I ricorrenti sono nati rispettivamente nel 1977 e 1975 e risiedono a Roma.

8. Dopo la nascita della loro figlia, nata nel 2006, i ricorrenti appresero di essere portatori sani della mucoviscidosi¹. La figlia era stata colpita da questa patologia.

9. Nel mese di febbraio 2010, avendo iniziato una seconda gravidanza, i ricorrenti, desiderosi di procreare un figlio che non fosse colpito dalla malattia di cui erano portatori, eseguirono una diagnosi prenatale dalla quale risultò che il feto era affetto dalla mucoviscidosi. Decisero quindi di effettuare una interruzione medica di gravidanza ("I.M.G.").

10. I ricorrenti vorrebbero ora accedere alle tecniche della procreazione medicalmente assistita ("P.M.A.") e ad una diagnosi genetica preimpianto² ("D.P.I.") prima che la ricorrente inizi una nuova gravidanza. Tuttavia, ai termini della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, le tecniche della procreazione medicalmente assistita sono accessibili soltanto alle coppie sterili o infertili. La diagnosi preimpianto è vietata a ogni categoria di persone.

11. Con un decreto dell'11 aprile 2008, il Ministero della Salute ha esteso l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie in cui l'uomo è affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili (quali il virus dell'H.I.V., dell'epatite B e C) allo scopo di permettere loro di procreare

¹ Mucoviscidosi, o fibrosi cistica: malattia ereditaria caratterizzata da una anormale viscosità del muco secreto dalle ghiandole pancreatiche e dai bronchi. Questa patologia, che si manifesta nella maggior parte dei casi con attacchi respiratori, evolve più o meno rapidamente verso una grave insufficienza respiratoria, spesso mortale in mancanza di trapianto di polmone. Fonte: Dizionario Medico Larousse.

² Diagnosi genetica preimpianto: identificazione di una anomalia genetica dell'embrione grazie alle tecniche di biologia molecolare nel corso di una fecondazione *in vitro*. Fonte: Dizionario Medico Larousse.

senza il rischio di trasmettere la malattia virale alla donna e/o al feto possibile in caso di procreazione secondo natura.

12. Stando alle informazioni fornite dal Governo e dal primo dei terzi intervenienti, questa operazione si effettua attraverso il "lavaggio di sperma" ad uno stadio precedente a quello della creazione dell'embrione *in vitro*.

II. IL DIRITTO INTERNO PERTINENTE

1. Legge n. 40 del 19 febbraio 2004 ("Norme in materia di procreazione medicalmente assistita")

Articolo 4 § 1 Accesso alle tecniche

« Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico. [...] »

Articolo 5 § 1 Requisiti soggettivi

« [...] possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi. »

Articolo 14 § 5 Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni

« I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero. »

2. Decreto del ministero della Salute n. 15165 del 21 luglio 2004

Misure di tutela dell'embrione

« [...] Ogni indagine riguardante lo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, [della legge n. 40 del 2004] dovrà essere di tipo osservazionale. [...] »

3. Decreto del Ministero della Salute n. 31639 dell'11 aprile 2008

13. In questo decreto, il riferimento alle finalità "di osservazione" menzionate nel decreto del Ministero della Salute n. 15165 del 21 luglio 2004 è stato eliminato.

14. Inoltre, la parte di questo decreto che riguarda la certificazione dello stato di infertilità o sterilità prevede che, ai fini dell'accesso alle tecniche della procreazione medicalmente assistita, quest'ultima deve essere effettuata:

«[...]tenendo conto anche di quelle peculiari condizioni in presenza delle quali - essendo l'uomo portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, epatite B e C - l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infertilità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico, di cui all'art. 4, comma 1 della legge n. 40 del 2004».

4. La sentenza del tribunale amministrativo regionale del Lazio n. 398 del 21 gennaio 2008

15. Con questa sentenza il tribunale annullò per eccesso di potere la parte del decreto del Ministero della Salute n. 15165 del 21 luglio 2004 che limitava qualsiasi indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro* ai soli fini osservazionali. In particolare, il tribunale considerò che la competenza per stabilire il campo di applicazione delle indagini in questione spettasse soltanto al legislatore e non al Ministero in quanto quest'ultimo disponeva di semplici poteri esecutivi.

5. L'ordinanza del tribunale di Salerno n. 12474/09, depositata il 13 gennaio 2010

16. Con questa ordinanza, al termine di una procedura d'urgenza, il giudice designato del tribunale di Salerno autorizzò per la prima volta una coppia di genitori, non sterili e non infertili, portatori sani dell'atrofia muscolare, ad accedere alla diagnosi preimpianto.

17. In particolare il giudice rammentò le novità introdotte dal decreto del Ministero della Salute n. 31639 dell'11 aprile 2008, ossia il fatto che le indagini sullo stato di salute degli embrioni creati *in vitro* non erano più limitate ai soli fini osservazionali e che l'accesso alla procreazione assistita era autorizzato per le coppie in cui l'uomo era portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili.

18. Ritenne quindi che la diagnosi preimpianto non potesse che essere considerata come una delle tecniche di monitoraggio prenatale con finalità conoscitiva della salute dell'embrione. Il divieto di accesso a tale pratica comportava quindi, nel caso dei richiedenti, la responsabilità medica del direttore sanitario del Centro di Medicina della Riproduzione, parte resistente nella procedura, per mancata esecuzione di una prestazione sanitaria.

19. Il giudice considerò anche irragionevole non garantire alla madre il diritto a conoscere se il feto fosse malato tramite diagnosi preimpianto mentre le veniva riconosciuto il diritto di abortire un feto malato.

20. Il giudice ordinò quindi al direttore sanitario di eseguire la diagnosi preimpianto sull'embrione *in vitro* dei richiedenti per verificare se quest'ultimo fosse affetto da atrofia muscolare.

III. IL DIRITTO EUROPEO PERTINENTE

1. *La Convenzione del Consiglio d'Europa sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina ("Convenzione di Oviedo") del 4 aprile 1997*

21. Questa Convenzione nelle sue parti pertinenti è così formulata:

Articolo 12 – Test genetici predittivi

« Non si potrà procedere a dei test predittivi di malattie genetiche o che permettano sia di identificare il soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia sia di rivelare una predisposizione o una suscettibilità genetica a una malattia se non a fini medici o di ricerca medica, e con riserva di una consulenza genetica appropriata. »

22. Il § 83 del Rapporto esplicativo alla Convenzione di Oviedo dispone così:

L'articolo 12, di per sé, non prevede alcun limite al diritto di eseguire test diagnostici su un embrione per stabilire se è portatore di caratteri ereditari che comporteranno una malattia grave per il nascituro.

23. La Convenzione di Oviedo, firmata il 4 aprile 1997, non è stata ratificata dal governo italiano.

2. *La direttiva 2004/23CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione Europea del 31 marzo 2004*

24. Questa direttiva ha stabilito uno standard minimo 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, prevedendo così l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia. Essa riguarda anche gli embrioni oggetto di trasferimenti nell'ambito della diagnosi genetica preimpianto.

3. *Il documento di base sulla diagnosi preimpianto e prenatale pubblicato dal Comitato direttivo per la bioetica (CDBI) del Consiglio d'Europa il 22 novembre 2010 (CDBI/INF (2010) 6)*

25. Il CDBI ha elaborato questo rapporto allo scopo di fornire informazioni sulla diagnosi preimpianto e prenatale e sulle questioni giuridiche ed etiche che l'utilizzo di questa diagnosi solleva in diversi paesi europei. Gli estratti pertinenti di questo documento sono così formulati:

(a) Contesto]

« La fecondazione *in vitro* è praticata dalla fine degli anni 70 per aiutare le coppie che hanno problemi di sterilità. I progressi della medicina della riproduzione offrono oggi

nuovi mezzi per evitare le malattie genetiche, grazie al trasferimento selettivo degli embrioni. All'inizio degli anni '90, la diagnosi genetica preimpianto (D.P.I) in quanto procedura sperimentale è stata introdotta come alternativa possibile alla diagnosi genetica prenatale (D.P.N.) per le coppie che rischiavano di trasmettere una anomalia genetica particolarmente grave, risparmiando loro in questo modo una scelta difficile sulla eventuale interruzione di gravidanza. »

[b) Il ciclo delladiagnosi preimpianto]

« Un "ciclo di diagnosi preimpianto" prevede le seguenti tappe: la stimolazione ovarica, il prelievo di ovociti, la fecondazione *in vitro* di più ovociti maturi [...], il prelievo di 1 o 2 cellule embrionali, l'analisi genetica dei materiali del nucleo delle cellule prelevate e, infine, la selezione e il trasferimento di embrioni non portatori dell'anomalia genetica in questione. »

[c) Utilizzodelladiagnosi preimpianto]

« Il ricorso alladiagnosi preimpianto per indicazioni mediche è stato richiesto da coppie che presentavano un elevato rischio di trasmissione di una specifica malattia genetica di particolare gravità [...] e incurabile al momento della diagnosi. Questo rischio era stato spesso individuato sulla base dei precedenti familiari o dalla nascita di un bambino affetto dalla malattia. Numerose indicazioni monogeniche rispondono attualmente a questi criteri che giustificano l'esecuzione di una diagnosi preimpianto: la mucoviscidosi, la distrofia muscolare di Duchenne, la distrofia miotonica di Steinert, la malattia di Huntington, la amiotrofia spinale infantile e l'emofilia." »

« Nei paesi in cui è praticata, la diagnosi preimpianto è diventata una metodica clinica ben sperimentata per analizzare le caratteristiche genetiche degli embrioni dopo fecondazione *in vitro* e per ottenere informazioni che consentano di selezionare gli embrioni da trasferire. La diagnosi preimpianto è richiesta principalmente dalle coppie portatrici di caratteri genetici che possono trasmettere ai loro discendenti malattie gravi o provocare decessi prematuri, che desiderano evitare una gravidanza che potrebbe non arrivare a termine o porli di fronte alla scelta difficile di una eventuale interruzione nel caso venga rilevato un problema genetico particolarmente grave. »

4. Il rapporto « Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe » redatto dal JRC (Joint Research Centre) della Commissione europea, pubblicato nel dicembre 2007 (EUR 22764 EN)

26. Da questo rapporto risulta che coloro che richiedono la diagnosi preimpianto, che sono cittadini di paesi in cui questa pratica è vietata, si recano all'estero per effettuare la diagnosi in questione. Gli italiani per la maggior parte si dirigono verso la Spagna, il Belgio, la Repubblica Ceca e la Slovacchia.

27. Questo studio evidenzia anche l'incoerenza dei sistemi che vietano l'accesso alladiagnosi preimpianto e autorizzano l'accesso alla diagnosi prenatale e all'aborto terapeutico per evitare patologie genetiche gravi al bambino.

5. Rapporto consuntivo riguardante le malattie rare e l'urgenza di un'azione concertata (Parlamento europeo 23 aprile 2009)

28. Il comunicato stampa di questo rapporto nelle parti pertinenti è formulato come segue:

« I deputati ritengono che un'azione concertata nel campo delle malattie rare a livello dell'UE e a livello nazionale sia una necessità assoluta. Essi sottolineano che l'attuale quadro legislativo dell'UE sia poco adatto a queste malattie e, inoltre, mal definito. Benché le malattie rare contribuiscano fortemente alla morbilità e alla mortalità, esse sono praticamente assenti dai sistemi informativi dei servizi sanitari per mancanza di adeguati sistemi di identificazione e classificazione [...]. In particolare, il Parlamento desidera incoraggiare gli sforzi consentiti per prevenire le malattie rare ereditarie tramite consulenze genetiche ai genitori portatori della malattia: e, quando necessario, "fatta salva la legislazione nazionale vigente e sempre su base volontaria, una selezione di embrioni sani prima dell'impianto". »

6. Elementi di diritto comparato

29. I documenti di cui la Corte dispone (ossia i rapporti del Consiglio d'Europa e della Commissione Europea in materia, paragrafi dal 25 al 27 *supra*) mostrano che la diagnosi preimpianto è vietata, per lo meno, per prevenire la trasmissione di malattie genetiche, nei seguenti paesi: Austria, Italia e Svizzera.

30. Quanto a quest'ultimo paese, la Corte nota che il 26 maggio 2010 il Consiglio federale ha sottoposto a consultazione un progetto volto a sostituire il divieto della diagnosi preimpianto per come è attualmente prevista dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita, con una ammissione controllata. Per realizzare questo cambiamento sarà necessario modificare l'articolo 119 della Costituzione federale.

31. Risulta inoltre che la diagnosi preimpianto è autorizzata nei seguenti paesi: Germania, Belgio, Danimarca, Spagna, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica Ceca, Regno Unito, Federazione Russa, Serbia, Slovenia e Svezia.

32. Questa materia non è oggetto di una specifica regolamentazione nei seguenti paesi: Bulgaria, Cipro, Malta, Estonia, Irlanda, Lettonia, Lussemburgo, Polonia, Romania, Slovacchia, Turchia e Ucraina. La Corte nota che tre di questi paesi (Cipro, Turchia e Slovacchia) autorizzano di fatto l'accesso alla diagnosi preimpianto.

33. Inoltre, la Corte rileva che, nella causa *Roche c. Roche e altri* ([2009] IESC 82 (2009)), la Corte Suprema irlandese ha stabilito che la nozione di bambini non ancora nati ("*unborn child*") non si applica agli embrioni ottenuti nell'ambito di una fecondazione *in vitro*, questi ultimi non beneficiano quindi della tutela prevista dall'articolo 40.3.3. della Costituzione irlandese che riconosce il diritto alla vita del bambino non ancora nato. In questa causa, la ricorrente, avendo già avuto un figlio in seguito ad una fecondazione *in vitro*, aveva adito la Corte Suprema per

ottenere l'impianto di altri tre embrioniotenuti nell'ambito della stessa fecondazione, nonostante mancasse il consenso del suo ex compagno, dal quale nel frattempo si era separata.

7. Elementi pertinenti che risultano dalla "Proposta di legge per modificare la legge del 6 luglio 2007 relativa alla procreazione medicalmente assistita [...]" - Senato del Belgio sessione 2010-2011

34. Questa proposta di legge si prefigge di ampliare l'utilizzo della diagnosi preimpianto al fine di evitare il rischio di far nascere un bambino portatore sano di una malattia genetica grave (l'accesso a questa tecnica per evitare la nascita di bambini affetti da malattie genetiche era già previsto dalla legge belga). I passaggi pertinenti di questo testo sono qui riportati:

« La domanda per la diagnosi preimpianto è aumentata nel corso del tempo ed è ormai una opzione per le coppie che presentano un elevato rischio di dare alla luce un bambino con una grave malattia ereditaria per la quale si può rilevare la mutazione. [...]

Gli autori del progetto parentale privilegiano generalmente la diagnosi preimpianto (DPI) alla diagnosi prenatale (DPN). In effetti [...], "la grave malattia riscontrata nel feto implica una interruzione di gravidanza a partire da tre mesi, che generalmente è fonte di sofferenza psichica per i genitori che verosimilmente hanno già realizzato un investimento affettivo in quell'feto che dovrebbe diventare il loro futuro figlio [...]. È inoltre possibile che più gravidanze successive debbano essere interrotte prima di ottenere un feto non malato [Fonte: Comitato consultivo di bioetica, parere n. 49 relativo all'utilizzo della diagnosi preimpianto.] »

In questo modo, il principale vantaggio della diagnosi preimpianto è quello di permettere di evitare un'interruzione di gravidanza. È stato rilevato che ciò costituisce anche la principale motivazione per la maggior parte delle coppie che vi fanno ricorso, queste coppie spesso hanno già vissuto l'esperienza dolorosa di una interruzione di gravidanza per ragioni mediche.»

IN DIRITTO

1. SULLE ECCEZIONI SOLLEVATE DAL GOVERNO

35. Il Governo eccepisce il difetto della qualità di vittima dei ricorrenti. A suo dire, a differenza dei richiedenti nella causa decisa dal tribunale di Salerno (ordinanza n. 12474/09 depositata il 13 gennaio 2010), i ricorrenti non hanno adito le autorità per poter effettuare una diagnosi preimpianto e non si sono visti opporre un rifiuto da parte delle stesse. Il ricorso costituirebbe quindi un'*actio popularis* e i ricorrenti non avrebbero comunque esaurito le vie di ricorso interne.

36. A dire dei ricorrenti, l'ordinanza in questione costituisce una decisione isolata, emessa da un giudice unico sulla base di una procedura d'urgenza e, comunque, la legge vieta in maniera assoluta l'accesso alla diagnosi preimpianto.

37. La Corte ricorda che, in mancanza di uno specifico rimedio interno, spetta al Governo dimostrare, appoggiandosi sulla giurisprudenza interna, lo sviluppo, la disponibilità, la portata e l'applicazione della via di ricorso da esso invocata (si vedano, *mutatis mutandis*, *Melnitis c. Lettonia*, n. 30779/05, § 50, 28 febbraio 2012 e *McFarlane c. Irlanda* [GC], n.31333/06, §§ 115-127, 10 settembre 2010). Inoltre, il Governo non può invocare l'esistenza di un mezzo d'impugnazione interno in assenza di una giurisprudenza interna che dimostri l'effettività di quest'ultimo nella pratica e nel diritto, tanto meno quando tale giurisprudenza promani da un organo giudiziario di primo grado (*Lutz c. Francia (n. 1)* (n. 48215/99, § 20, 26 marzo 2002).

38. Nel caso di specie, la Corte rileva che l'ordinanza del tribunale di Salerno è stata pronunciata da un giudice di primo grado, non è stata confermata da un organo di grado superiore ed è solo una decisione isolata. In ogni caso, non si può rimproverare validamente ai ricorrenti di non avere presentato una domanda volta ad ottenere una misura che, il Governo lo ammette esplicitamente (si veda il paragrafo 73 *infra*), è vietata in maniera assoluta dalla legge.

39. Infine, senza ombra di dubbio i ricorrenti sono interessati direttamente dalla misura interdittiva controversa: hanno un figlio affetto dalla patologia di cui sono portatori ed hanno già proceduto una volta all'interruzione medica di gravidanza in quanto il feto era colpito da mucoviscidosi.

40. Pertanto, le eccezioni del Governo convenuto non possono essere prese in considerazione.

II. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8 DELLA CONVENZIONE

41. Invocando l'articolo 8 della Convenzione, i ricorrenti lamentano la violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare a motivo del fatto che, per loro, l'unica strada percorribile per generare figli che non siano affetti dalla malattia di cui essi sono portatori sani è iniziare una gravidanza secondo natura e procedere all'interruzione medica di gravidanza ogniqualvolta una diagnosi prenatale dovesse rivelare che il feto è malato.

42. L'articolo 8 della Convenzione dispone così nelle parti pertinenti:

«1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (...).

2. Non può esservi ingerenza di una 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 protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.»

A. Sulla ricevibilità

43. La Corte constata che questo motivo di ricorso non è manifestamente infondato ai sensi dell'articolo 35 § 3 (a) della Convenzione e rileva peraltro che esso non incorre in nessun altro motivo di irricevibilità. È quindi opportuno dichiararlo ricevibile.

B. Sul merito

1. Gli argomenti delle parti

a) Il Governo

44. Il Governo osserva che, in sostanza, i ricorrenti invocano un «diritto ad avere un figlio sano», diritto non tutelato in quanto tale dalla Convenzione. Quindi la doglianza dei ricorrenti sarebbe irricevibile *ratione materiae*.

45. Se, malgrado ciò, la Corte dovesse ritenere che l'articolo 8 trovi applicazione nel caso di specie, il diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata e familiare non sarebbe stato comunque violato. Il divieto di accedere alla diagnosi preimpianto costituisce, infatti, una misura prevista dalla legge, volta al perseguimento di uno scopo legittimo, vale a dire la tutela dei diritti altrui e della morale, e necessaria in una società democratica.

46. Infatti, disciplinando la materia, lo Stato ha tenuto conto della salute del bambino nonché di quella della donna, esposta al rischio di depressioni dovute alla stimolazione e alla puntura ovariche. Inoltre, la misura in questione sarebbe volta a tutelare la dignità e la libertà di coscienza delle professioni mediche ed eviterebbe il rischio di derive eugeniche.

47. Infine, in mancanza di un consenso europeo in materia, gli Stati membri godrebbero di un ampio margine di apprezzamento, stante la natura morale, etica e sociale delle questioni sollevate dal presente ricorso.

b) I ricorrenti

48. Per i ricorrenti, «il diritto al rispetto della decisione di diventare o di non diventare genitore», soprattutto nel significato genetico del termine, rientra nel concetto di diritto al rispetto della vita privata e familiare (*Evans c. Regno Unito* [GC], n. 6339/05, § 71, CEDU 2007-1).

49. Pertanto, lo Stato dovrebbe, da un lato, astenersi da qualsiasi interferenza nella scelta dell'individuo di diventare o meno genitore di un

figlio e, dall'altro, porre in atto le misure necessarie perché una tale scelta possa essere compiuta in piena libertà.

c) I terzi intervenienti

50. Il primo dei terzi intervenienti ribadisce le osservazioni del governo convenuto. Osserva inoltre che, come il divieto di accedere alla diagnosi preimpianto, la possibilità di procedere legalmente ad un'interruzione medica di gravidanza sarebbe intesa a tutelare la vita del nascituro in quanto il sistema prevede alternative all'aborto attraverso l'adozione, ad esempio, di misure sociali. Per giunta, la diagnosi preimpianto implicherebbe la soppressione di più esseri umani, mentre l'aborto ne riguarderebbe uno solo.

51. Il secondo dei terzi intervenienti sostiene che l'accesso all'inseminazione artificiale e poi alla diagnosi preimpianto consentirebbe ai ricorrenti di procreare un figlio non affetto dalla patologia di cui sono portatori, senza ricorrere ad aborti terapeutici. In tal modo, anche la salute della ricorrente sarebbe tutelata.

2. Valutazione della Corte

a) La portata della doglianza formulata dai ricorrenti e la compatibilità *ratione materiae* di questa con i diritti sanciti dall'articolo 8 della Convenzione

52. La Corte rileva innanzitutto che, al fine di stabilire la compatibilità *ratione materiae* della doglianza formulata dai ricorrenti con l'articolo 8 della Convenzione, è fondamentale definire la portata di tale doglianza.

53. La Corte osserva che, a dire del Governo e del primo dei terzi intervenienti, i ricorrenti lamentano la violazione di un «diritto ad avere un figlio sano». Ora, la Corte constata che il diritto da essi invocato è limitato alla possibilità di accedere alle tecniche della procreazione assistita e poi alla diagnosi preimpianto per poter procreare un figlio non affetto da mucoviscidosi, malattia genetica di cui sono portatori sani.

54. Infatti, nel caso di specie, la diagnosi preimpianto non è tale da escludere altri fattori suscettibili di compromettere la salute del nascituro, quali, ad esempio, l'esistenza di altre patologie genetiche o di complicanze derivanti dalla gravidanza o dal parto. Il test in questione è infatti mirato alla diagnosi di una «specifica malattia genetica di particolare gravità [...] e incurabile al momento della diagnosi» (si veda il rapporto del CDBI del Consiglio d'Europa, parte b. «Il Ciclo della diagnosi preimpianto», paragrafo 25 *supra*).

55. La Corte rammenta poi che il concetto di «vita privata» ai sensi dell'articolo 8 è un concetto ampio comprendente, tra gli altri, il diritto dell'individuo ad allacciare e sviluppare rapporti con i simili (*Niemietz c. Germania*, 16 dicembre 1992, § 29, serie A n. 251-B), il diritto allo «sviluppo personale» (*Bensaid c. Regno Unito*, n. 44599/98, §47, CEDU

2001-I), e ancora il diritto all'autodeterminazione (*Pretty c. Regno Unito*, n. 2346/02, § 61, CEDU 2002-III). Anche fattori quali l'identificazione, l'orientamento e la vita sessuale rientrano nella sfera personale tutelata dall'articolo 8 (si vedano, ad esempio, *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981, § 41, serie A n. 45 e *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, 19 febbraio 1997, § 36, Raccolta 1997-I), così come il diritto al rispetto della decisione di diventare o di non diventare genitore (*Evans c. Regno Unito*, sopra citata, § 71, *A. B e C c. Irlanda* [GC], n.25579/05, § 212, CEDU 2010 e *R.R. c. Polonia*, n. 27617/04, § 181, CEDU 2011 (esratti)).

56. Sotto il profilo dell'articolo 8 della Convenzione, la Corte ha inoltre riconosciuto il diritto dei ricorrenti al rispetto della decisione di diventare genitori genetici (*Dickson c. Regno Unito* [GC], n. 44362/04, §66, CEDU 2007-V, con i riferimenti ivi citati) ed ha concluso per l'applicazione del suddetto articolo in materia di accesso alle tecniche eterologhe di procreazione artificiale a fini di fecondazione *in vitro* (*S.H. e altri c. Austria* [GC], n.57813/00, § 82, CEDU 2011).

57. Nel caso di specie, a giudizio della Corte, il desiderio dei ricorrenti di procreare un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori sani e di ricorrere, a tal fine, alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto rientra nel campo della tutela offerta dall'articolo 8. Una tale scelta costituisce, infatti, una forma di espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti. Pertanto, tale disposizione trova applicazione nel caso di specie.

b) L'osservanza dell'articolo 8 della Convenzione

i. Ingerenza «prevista dalla legge» e scopo legittimo

58. La Corte constata che nel diritto italiano, la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita è aperta unicamente alle coppie sterili o infertili nonché alle coppie di cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili (H.I.V., epatite B e C) (si veda l'articolo 4, comma 1, della legge n. 40/2004 e il decreto del ministero della Salute n. 31639 dell'11 aprile 2008). I ricorrenti non rientrano in queste categorie di persone, quindi non possono accedere alla procreazione medicalmente assistita. Quanto all'accesso alla diagnosi preimpianto, il Governo riconosce esplicitamente che, nel diritto interno, l'accesso a questo tipo di diagnosi è vietato a qualsiasi categoria di persone (si veda il paragrafo 73 *infra*). Il divieto in questione costituisce quindi un'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare.

59. A parere della Corte, l'ingerenza è certamente «prevista dalla legge» e può ritenersi intesa al perseguimento degli scopi legittimi di tutela della morale e dei diritti e delle libertà altrui. Ciò non è contestato dalle parti.

ii. Necessità in una società democratica

60. In primo luogo, la Corte osserva che la doglianza dei ricorrenti non riguarda la questione di stabilire se il divieto loro imposto di accedere alla diagnosi preimpianto sia, in sé, compatibile con l'articolo 8 della Convenzione. I ricorrenti denunciano in realtà la sproporzione di una tale misura a fronte del fatto che il sistema legislativo italiano li autorizza a procedere ad un'interruzione medica di gravidanza qualora il feto dovesse essere colpito dalla patologia di cui sono portatori.

61. Per giustificare l'ingerenza, il Governo invoca la preoccupazione di tutelare la salute del «bambino» e della donna nonché la dignità e la libertà di coscienza delle professioni mediche, e l'interesse ad evitare il rischio di derivate eugeniche.

62. Questi argomenti non convincono la Corte. Sottolineando in premessa che il concetto di «bambino» non è assimilabile a quello di «embrione», essa non vede come la tutela degli interessi menzionati dal Governo si concili con la possibilità offerta ai ricorrenti di procedere ad un aborto terapeutico qualora il feto risulti malato, tenuto conto in particolare delle conseguenze che ciò comporta sia per il feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la coppia di genitori, soprattutto per la donna (si veda il rapporto del CDBI del Consiglio d'Europa e i dati risultanti dalla proposta di legge belga, paragrafi 25 e 34 *supra*).

63. Per giunta, il Governo omette di spiegare in quale misura risulterebbero esclusi il rischio di derivate eugeniche e quello di ledere la dignità e la libertà di coscienza delle professioni mediche nel caso di esecuzione legale di un'interruzione medica di gravidanza.

64. È giocoforza constatare che, in materia, il sistema legislativo italiano manca di coerenza. Da un lato, esso vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia (si veda anche il rapporto della Commissione Europea, paragrafo 27 *supra*).

65. Le conseguenze di un tale sistema sul diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti sono evidenti. Per tutelare il loro diritto a mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia di cui sono portatori sani, l'unica possibilità offerta ai ricorrenti è iniziare una gravidanza secondo natura e procedere a interruzioni mediche della gravidanza qualora l'esame prenatale dovesse rivelare che il feto è malato. Nello specifico, i ricorrenti hanno già proceduto una volta all'interruzione medica di gravidanza per tale motivo, nel mese di febbraio del 2010.

66. Pertanto, la Corte non può non tenere conto, da un lato, dello stato di angoscia della ricorrente, la quale, nell'impossibilità di procedere ad una diagnosi preimpianto, avrebbe come unica prospettiva di maternità quella

legata alla possibilità che il figlio sia affetto dalla malattia in questione, e, dall'altro, della sofferenza derivante dalla scelta dolorosa di procedere, all'occorrenza, ad un aborto terapeutico.

67. La Corte osserva poi che nella sentenza *S.H.* (sopra citata, § 96), la Grande Camera ha stabilito che, in materia di fecondazione eterologa, stante l'evoluzione del settore, il margine di apprezzamento dello Stato non poteva essere ridotto in maniera decisiva.

68. Pur riconoscendo che la questione dell'accesso alla diagnosi preimpianto suscita delicati interrogativi di ordine morale ed etico, la Corte osserva che la scelta operata dal legislatore in materia non sfugge al controllo della Corte (si veda, *mutatis mutandis*, *S.H.*, sopra citata, § 97).

69. Nella fattispecie, la Corte rammenta che, a differenza della causa *S.H.* (sopra citata), in cui essa è stata chiamata a valutare la compatibilità della legislazione austriaca, recante divieto di fecondazione eterologa, con l'articolo 8 della Convenzione, nel presente caso, riguardante una fecondazione omologa, la Corte ha il compito di verificare la proporzionalità della misura controversa a fronte del fatto che ai ricorrenti è aperta la via dell'aborto terapeutico (si veda il paragrafo 60 *supra*).

70. Si tratta quindi di una situazione specifica che, stando ai dati di diritto comparato in possesso della Corte, riguarda, oltre all'Italia, solo due dei trentadue Stati oggetto di esame: l'Austria e la Svizzera. Per giunta, in quest'ultimo Stato è attualmente all'esame un progetto di modifica della legge inteso a sostituire il divieto di diagnosi preimpianto, come attualmente previsto, con un'ammissione controllata (paragrafo 30 *supra*).

3. Conclusioni

71. Stante l'incoerenza del sistema legislativo italiano in materia di diagnosi preimpianto nel senso sopra descritto, la Corte ritiene che l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare sia stata sproporzionata. Pertanto, l'articolo 8 della Convenzione è stato violato nel caso di specie.

III. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 14 DELLA CONVENZIONE

72. Invocando l'articolo 14 della Convenzione, i ricorrenti lamentano di subire una discriminazione rispetto alle coppie sterili o infertili o di cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili (quali il virus dell'HIV e quello dell'epatite B e C), le quali possono fare ricorso, secondo i ricorrenti, alla diagnosi preimpianto. L'articolo è così redatto:

«Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella (...) 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 od ogni altra condizione.»

73. A dire del Governo, il diritto italiano vieta l'accesso alla diagnosi preimpianto a qualsiasi categoria di persone. Infatti, il decreto ministeriale dell'11 aprile 2008 si è limitato a consentire alle coppie di cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili di accedere alla fecondazione artificiale al fine di evitare il rischio, derivante dalla procreazione secondo natura, di trasmissione di patologie sessualmente trasmissibili alla madre e al figlio. Le tecniche della procreazione assistita sarebbero utilizzate, in questo contesto, solo per depurare lo sperma dalla componente infettiva. A differenza della diagnosi preimpianto, si tratta quindi di uno stadio precedente a quello della fecondazione dell'embrione.

74. A quest'analisi i ricorrenti non oppongono argomenti specifici.

75. La Corte rammenta che, ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione, la discriminazione deriva dal fatto di trattare in modo diverso, salvo giustificazione oggettiva e ragionevole, persone poste in situazioni paragonabili in una data materia (*Willis c. Regno Unito*, n.36042/97, § 48, CEDU 2002-IV, e *Zurb Adami c. Malta*, n.17209/02, § 71, CEDU 2006-VIII).

76. Nel caso specifico, la Corte constata che, in materia di accesso alla diagnosi preimpianto, le coppie di cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili non sono trattate in modo diverso rispetto ai ricorrenti. Il divieto di accedere alla diagnosi in questione interessa, infatti, qualsiasi categoria di persone. Questa parte del ricorso è quindi manifestamente infondata e deve essere rigettata ai sensi dell'articolo 35 §§ 3 e 4 della Convenzione.

IV. SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

77. Ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione,

«Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, e se il diritto interno 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. Danno

78. I ricorrenti chiedono 50.000 euro (EUR) a titolo di risarcimento del danno morale che avrebbero subito.

79. Il Governo si oppone a tale richiesta.

80. La Corte ritiene che sia opportuno accordare ai ricorrenti congiuntamente 15.000 EUR a titolo di risarcimento del danno morale.

B. Spese

81. I ricorrenti chiedono inoltre 14.767,50 EUR per le spese sostenute dinanzi alla Corte.

82. Il Governo si oppone a tali richieste.

83. Secondo la giurisprudenza della Corte, un ricorrente può ottenere il rimborso delle spese sostenute solo nella misura in cui ne siano accertate la realtà e la necessità, e il loro importo sia ragionevole. Nel caso di specie e tenuto conto dei documenti in suo possesso e della sua giurisprudenza, la Corte ritiene ragionevole la somma di 2.500 EUR per il procedimento dinanzi alla Corte e la accorda ai ricorrenti.

C. Interessi moratori

84. La Corte ritiene opportuno basare il tasso degli interessi moratori sul tasso d'interesse delle operazioni di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea maggiorato di tre punti percentuali.

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE, ALL'UNANIMITÀ,

1. *Dichiara* il ricorso ricevibile per quanto riguarda il motivo di ricorso relativo all'articolo 8 della Convenzione ed irricevibile per il resto;
2. *Dichiara* che vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione;
3. *Dichiara*
 - a) che lo Stato convenuto deve versare ai ricorrenti congiuntamente, entro tre mesi a decorrere dalla data in cui la sentenza sarà divenuta definitiva conformemente all'articolo 44 § 2 della Convenzione, le seguenti somme:
 - i. 15.000 EUR (quindicimila euro), più l'importo eventualmente dovuto a titolo di imposta, per il danno morale;
 - ii. 2.500 EUR (duemilacinquecento euro), più l'importo eventualmente dovuto a titolo d'imposta, per le spese;
 - b) che, a decorrere dalla scadenza di detto termine e fino al versamento, tali importi dovranno essere maggiorati di un interesse semplice ad un tasso equivalente a quello delle operazioni di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea applicabile durante quel periodo, maggiorato di tre punti percentuali;
4. *Rigetta* la domanda di equa soddisfazione per il resto.

Fatta in francese, poi comunicata per iscritto il 28 agosto 2012, in applicazione dell'articolo 77 §§ 2 e 3 del regolamento.

Françoise Elens-Passos
Cancelliere aggiunto

Françoise Tulkens
Presidente