

**COUR EUROPEENE DES DROITS DE L'HOMME  
GRANDE CHAMBRE**

**S.H. ET AUTRES C. AUTRIE  
N. 57813/00**

<b>This group of 27 MEP has not been authorised to intervene before the European Court of Human Rights. Therefore, this text has not been submitted to the Court</b>
--

Il 23 febbraio 2011 la grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo dovrà riesaminare la sentenza relativa all'oggetto sopra indicato, pronunciata dalla Prima Camera il 1 aprile 2010. Con tale decisione l'Austria è stata condannata, perché la sua legge sulla procreazione artificiale (*Fortpflanzungshilfegesetz*, n. 275/1992) all'art. 1/1 proibisce in ogni caso la fecondazione eterologa in vitro e anche in vivo qualora il gamete esterno alla coppia sia quello femminile (ovocita).

**GLI ARGOMENTI CON I QUALI LA PRIMA CAMERA HA MOTIVATO LA SUA DECISIONE**

Gli argomenti con i quali la Prima Camera ha motivato la sua decisione sono fondamentalmente due:

A) "Gli Stati non sono obbligati a legiferare in materia di fecondazione artificiale, né a consentire la sua utilizzazione. Tuttavia, se uno Stato decide di autorizzarla, nonostante l'ampio margine di apprezzamento di cui godono le parti contraenti in questa materia, deve adottare un regime giuridico coerente" (n. 74). La Corte ha, perciò, ritenuto incoerente la differenza di trattamento giuridico tra "una coppia che può beneficiare di un'assistenza medica senza far ricorso al dono di ovuli" e la coppia "il cui desiderio di avere un figlio non è realizzabile a causa del divieto di dono di ovuli" (n. 85). Analogamente, la Prima Camera ha ritenuto non ragionevole la differenza di trattamento riservato ad una coppia "che non può soddisfare il suo desiderio di figli se non per mezzo di una fecondazione in vitro con dono di sperma" e quello previsto "per una coppia che può ottenere un dono di sperma per effettuare una fecondazione in vivo" (n. 94)

B) L'adozione crea un rapporto familiare fondato non su un rapporto di sangue, ma su un impegno che si contrappone o sostituisce le relazioni derivanti dalla filiazione parentale. Per questo ben noto stato di cose, la Corte non vede nessun ostacolo insormontabile ad integrare i rapporti familiari derivanti dalle tecniche di procreazione artificiale in discussione nel regime generale del diritto di famiglia e dei collegati rami del diritto" (n. 81).

\* \* \*

Queste argomentazioni sono errate e quindi si auspica che la Grande Camera riformi la decisione della Prima Camera e conseguentemente respinga il ricorso proposto contro l'Austria.

**Replica all'argomento sub. A**

1) L'art. 3 della Convenzione universale sui diritti del fanciullo (ONU, 20 novembre 1989), stabilisce che "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche e private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi,

*l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente*". Nella precedente Dichiarazione universale (ONU, 20 novembre 1959) è scritto: "gli Stati devono dare ai fanciulli il meglio di sé stessi".

Queste disposizioni devono essere prese in considerazione dalla Grande Camera, anche in forza dell'art. 53 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (1950) dove è stabilito che: "Nessuna delle disposizioni della presente convenzione può essere interpretata in modo da pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possono essere riconosciuti in base alle leggi di ogni parte contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi". Analogamente, l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, alla quale l'art. 6 del Trattato di Lisbona attribuisce lo stesso valore giuridico del Trattato stesso, ripete esattamente il contenuto dell'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo.

2) Nel caso della fecondazione artificiale si contrappongono due interessi: quello degli adulti ad avere un figlio e quello dei figli ad avere un padre ed una madre che siano tali nel senso più totale: genetico, affettivo, legale. L'identità personale e familiare del bambino dipende anche dalla coincidenza di questi tre aspetti della genitorialità. Non a caso, si parla di un diritto del figlio alla identità ed alla conoscenza delle proprie origini. Il "meglio" ragionevolmente prospettabile per un figlio è poter chiamare "padre" e "madre" un uomo ed una donna che sono veramente tali sotto ogni aspetto: genetico, affettivo, legale. Il "meglio", dal punto di vista della prognosi al momento in cui inizia la nuova vita, non può essere valutato soltanto in termini giuridici. Non basta che il figlio sia dichiarato "legittimo" dalla legge anche quando la fecondazione è eterologa. Il dato giuridico non impedisce il rischio di fatto di un danno (psicologico, affettivo, educativo) ipotizzabile, specialmente nel caso di possibili crisi familiari, nelle quali l'assenza di una genitorialità genetica può essere gridata contro il figlio con effetti dannosi tanto più gravi se è negata la maternità.

3) È vero che non pochi sono i figli "naturalmente eterologhi", frutto di una libertà sessuale e generativa che lo Stato non può e non vuole limitare. Ma senza la fecondazione artificiale ciò avviene solo con riguardo al padre non alla madre. Inoltre vi è una grande differenza tra la generazione naturale e quella artificiale. La prima deriva da una gesto per sua natura assolutamente privato che, in quanto tale, non può essere sottoposto a controlli dall'esterno, la seconda, invece, implica la partecipazione della società civile, con le sue strutture sanitarie. Perciò è possibile un intervento regolatore dello Stato, in particolare del legislatore. Tutti sono tenuti a rispettare il criterio della "procreazione cosciente e responsabile", ma il dovere di farsi guidare da esso è molto più stringente e controllabile nel caso della fecondazione artificiale. Realizzare il "meglio" per il figlio è la doverosa responsabilità del legislatore.

4) In definitiva tra l'interesse degli adulti (avere un figlio) e quello del bambino (avere genitori veri e conoscibili sotto ogni aspetto), in base alla disposizione dell'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, lo Stato deve, o almeno può, dare prevalenza all'interesse del secondo.

5) In ogni caso la questione qui evidenziata è delicata, è di grande importanza, investe valutazioni che possono essere diverse, ma che comunque sono ragionevoli e che quindi è opportuno siano lasciate apprezzare dai singoli Stati.

6) Perciò ingiustamente la prima Camera ha fatto esclusivamente riferimento agli art. 8 e 14 della Convenzione europea. Essa avrebbe dovuto considerare anche l'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo. Inoltre l'art. 8 della convenzione europea censente l'ingerenza di una autorità pubblica nella vita familiare non solo per proteggere "la salute o la morale", ma anche "per la protezione dei diritti e delle libertà altrui". Orbene: il minore – come dicono alcune leggi nazionali – ad esempio quella italiana sull'adozione (Legge 28 marzo 2001, n. 149), ha diritto di vivere e

crescere nella “propria famiglia”, tale dovendosi intendere quella in cui egli biologicamente è stato generato.

### **Replica all'argomento sub. B**

7) La moderna adozione dei minori non è uno strumento per dare dei figli a chi non ne ha, ma, al contrario, un mezzo per dare una famiglia al minore che non ce l'ha. L'adozione suppone uno stato di abbandono, materiale o morale, del bambino. Chi desidera un figlio non può cercare di ottenerlo ad ogni costo. Egli non può rapirlo, sottraendolo ad un'altra famiglia che, magari, è numerosa. Neppure è lecito comprarlo. Si può adottare un bambino i cui genitori sono morti, oppure che lo hanno abbandonato fisicamente, oppure che non sono in grado in alcun modo di allevarlo ed educarlo adeguatamente. Ma la morte dei genitori, così come il loro abbandono materiale o morale del figlio, non è un bene, non è il “meglio” per il figlio. L'adozione è un rimedio ad un male.

8) Nella procreazione artificiale eterologa un figlio viene generato dal padre o dalla madre biologici o da entrambi con il solo scopo di abbandonarlo. La madre “donatrice” dell'ovocita e il padre “donatore” dello sperma vogliono far nascere un bambino che geneticamente è il loro figlio, ma rifiutano ogni responsabilità verso di lui: lo abbandonano fin dall'inizio.

9) In molte Costituzioni statali è stabilito l'obbligo di mantenere i figli. A titolo esemplificativo si possono citare l'art. 30 della Costituzione italiana, l'art. 6/2 e 3 comma della Costituzione tedesca. La generazione di un figlio determina una responsabilità. Nella procreazione artificiale eterologa questa responsabilità è completamente negata. Non si può, dunque, utilizzare l'istituto giuridico dell'adozione di minori per giustificare la procreazione eterologa.

### **L'ampia libertà degli Stati di apprezzare le situazioni inerenti alla vita familiare**

10) La Corte europea dei diritti dell'uomo più volte ha affermato che in materia familiare gli Stati hanno un ampio margine di apprezzamento che non può essere compresso dall'interpretazione della Corte stessa. Questo principio, affermato da ultimo nella decisione A: B. C. vs Irlanda (16 dicembre 2010), è ripetuto anche, più volte, nella stessa decisione pronunciata il 1 aprile 2010 dalla Prima Camera nel caso che qui stiamo esaminando. Gli argomenti che abbiamo riassunto per criticare quest'ultima sentenza possono non essere condivisi da tutti, ma la loro ragionevolezza non è contestabile. Vi sono delle ragioni serie per ritenere che il divieto di procreazione eterologa non viola il principio di eguaglianza, in quanto esistono elementi che giustificano la diversa considerazione sulla procreazione omologa rispetto a quella eterologa.

11) L'ampio margine di apprezzamento consentito agli Stati deve essere riconosciuto con tanta maggiore forza quanto più la discussione investe i valori che contraddistinguono l'identità culturale, storica e costituzionale di una nazione. Il diritto di famiglia appartiene a quest'area che identifica un popolo. Lo ha affermato con grande forza recentemente la sentenza pronunciata dalla Corte Costituzionale tedesca il 30 giugno 2009 a proposito del Trattato di Lisbona (nn. 249, 251, 252). Laddove la famiglia è riconosciuta come nucleo fondamentale dello Stato (art. 15 della Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo; art. 10 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e art. 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici) è logico che gli Stati siano particolarmente gelosi nel definirne la struttura, in conformità alle loro tradizioni.

12) Le precedenti considerazioni che impongono o almeno consentono un giudizio sulla procreazione artificiale eterologa diverso rispetto a quello riguardante la procreazione artificiale

omologa, valgono sia quando il gamete estraneo alla coppia è femminile (ovocita) sia quando è maschile (sperma), sia nel caso di fecondazione in vitro sia in quello di fecondazione in vivo. In alcuni documenti internazionali si afferma un diritto umano alla identità genetica. Con questa espressione si vuole certamente indicare un diritto ad avere un patrimonio genetico non modificato artificialmente, ma anche un diritto a mantenere e conoscere le relazioni familiari caratterizzate dalla eredità genetica. Il Consiglio d'Europa nella Raccomandazione n. 934 del 1982 afferma “i diritti alla vita e alla dignità dell'uomo sanciti dagli artt. 2 e 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo implicano il diritto di ereditare caratteri genetici che non abbiano subito alcuna modificazione” (art. 4, punto I) e chiede che tale diritto all'intangibilità del patrimonio genetico venga esplicitamente enunciato nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (art. 4, punto II e art. 7, lettera B). Il Parlamento europeo ritorna sul diritto all'identità genetica e lo collega al diritto alla vita e alla famiglia quali diritti basilari del neoconcepito (Risoluzioni del 16 marzo 1989 sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica e della fecondazione artificiale umana ovvero alla propria identità psicologica ed esistenziale) e nel 1998 a proposito della clonazione “riafferma che ogni individuo ha diritto alla propria identità genetica” (Risoluzione sulla clonazione del 15 gennaio 1998 e Risoluzione sulla clonazione del 9 settembre 2000). La paternità e la maternità sono elementi che identificano la persona non solo in senso anagrafico, ma anche in senso psicologico oltre che genetico. Solo in tempi recenti sono stati scoperti i meccanismi della fecondazione attraverso i quali avviene la successione delle generazioni. I 46 cromosomi che identificano la specie umana e che sono presenti in ognuno dei miliardi di cellule che compongono l'organismo umano, sono trasmessi al figlio in uguale misura (23+23) dal padre e dalla madre. Ciascuno di essi consegna al nuovo essere che comincia la vita le caratteristiche fisiche e psichiche di tutta la linea ascendente paterna e materna: dai nonni ai bisnonni, e così via. La fecondazione eterologa interrompe il collegamento determinato dalla linea genetica.

13) Per uno Stato che valuti non positiva per il bene dei figli la procreazione artificiale eterologa può esistere una ragione per introdurre una eccezione a questo principio. Entro l'ambito di libero apprezzamento consentito agli Stati, può accadere che la fecondazione eterologa con gameti maschili sia avvertita come meno dannosa di quella che usa gameti femminili. In primo luogo si osserva che il giudizio sulla coerenza interna di un ordinamento, ove ritenuto ammissibile, dalla Corte di Strasburgo, dovrebbe non tanto condannare lo Stato per aver ammesso senza limiti la fecondazione eterologa, ma, piuttosto, giudicare incoerente l'eccezione al principio che giudica inopportuna la fecondazione eterologa. La prima Camera ha affermato la libertà degli Stati di proibire del tutto la fecondazione artificiale, ed ha anche ammesso che tale potere discrezionale può essere esercitato anche nei confronti di un tipo particolare di fecondazione artificiale. In ogni caso se esiste un potere generale di vietare, deve ammettersi la possibilità di vietare solo in parte. Se ci poniamo all'interno della logica di un singolo ordinamento giuridico, la coerenza deve essere valutata secondo i principi e le valutazioni proprie di questo ordinamento. Conseguentemente, poiché nell'ordinamento giuridico la valutazione generale negativa sulla fecondazione eterologa trova una eccezione nella inseminazione in vivo con seme maschile sarebbe stato più logico segnalare l'incoerenza dell'eccezione e non l'incoerenza della regola. Se, all'interno di un ordinamento un determinato comportamento è giudicato socialmente riprovevole e se si ammette la libertà di esprimere una tale valutazione, la censura dovrebbe investire l'eccezione e non la regola. Se l'eccezione è male, secondo la logica dell'ordinamento austriaco, non è coerente estendere ciò che, appunto in quell'ordinamento viene considerato male.

14) Così come la distinzione tra procreazione omologa ed eterologa può avere un fondamento ragionevole, altrettanto ragionevole è la distinzione tra fecondazione eterologa per parte di madre rispetto a quella che utilizza sperma estraneo alla coppia. Il legame di maternità è un legame che, specialmente nei primi anni di vita del figlio, è più forte di quello paterno. Questa è una esperienza comune ed è un dato confermato dalla psicologia e dalla biologia. Che i piccoli abbiano un

particolare bisogno della madre è certo. Il nuovo essere umano, già nel seno materno, non solo riceve dalla madre alimento, calore e ossigeno, ma egli stesso dona alla madre, come dimostrano recentissime scoperte (.....), cellule staminali del proprio corpo che sono utili alla madre non solo durante la gravidanza ma per tutta la sua vita, anche qualora la gravidanza non giunga al suo esito naturale. Il particolare rapporto del figlio con la madre è segnalato anche dall'allattamento dopo la nascita. Altre recenti scoperte sullo sviluppo intrauterino dei sensi del figlio (in particolare l'udito e l'odorato) provano l'esistenza di una intima relazione tra madre e figlio già prima della nascita. L'unità della maternità genetica, gestazionale, affettiva e legale sembra dunque particolarmente forte. Se osserviamo le cose dal punto di vista degli interessi del figlio e non solo dal punto di vista degli interessi degli adulti un giudizio più sfavorevole riguardo alla procreazione eterologa con uso di ovocita non appartenente alla madre sembra più forte di quando la fecondazione eterologa avviene con l'uso di sperma.

15) La legge austriaca va ancora oltre. Non accetta mai la fecondazione eterologa in vitro, ma consente la fecondazione eterologa in vivo solamente se viene utilizzato il seme maschile. Vale anche in questo caso il ragionamento sopra formulato sul rapporto tra regola ed eccezione. La grande facilità con cui può avvenire la inseminazione e la frequenza in cui avviene di fatto la generazione di un figlio a seguito di un rapporto sessuale della donna con un uomo diverso dal proprio marito o compagno abituale rendono meno censurabile l'eccezione.

\* \* \*

16) I sottoscritti propongono gli argomenti sopra sinteticamente riassunti perché ritengono di fornire un contributo alla giustizia in relazione alla loro responsabilità di parlamentari europei e alle cariche istituzionali che essi rivestono in materia costituzionale, giuridica e scientifica. Il Parlamento Europeo si è occupato più volte della ingegneria genetica e della procreazione medicalmente assistita. Basti ricordare due risoluzioni approvate il 13 marzo 1989 e confermate in seguito (Parlamento europeo, Risoluzione *Tutela dei diritti umani e della dignità dell'essere umano in relazione alle applicazioni biologiche e mediche* del 20 settembre 1996), nelle quali si trova espresso lo stesso giudizio sulla procreazione eterologa qui formulato. I sottoscritti segnalano altresì che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea fa parte del sistema dei diritti umani europeo inaugurato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 e che dunque vi è un interesse ad una armonica relazione fra i due documenti e la giurisprudenza delle Corti di giustizia operanti sia a livello di Consiglio d'Europa sia a livello di Unione Europea.

Per queste ragioni chiediamo che questa nota sia presa in adeguata considerazione da parte della Grande Camera.

Carlo Casini,  
MdPE

(Président de la commission des Affaires Constitutionnelles du Parlement Européen)

Roberta Angelilli, MdPE

(Vice-présidente du Parlement Européen )

Klaus-Heiner Lehne, MdPE

(Président de la commission des Affaires juridiques du Parlement Européen)

Erminia Mazzoni, MdPE

(Président de la commission des Pétitions du Parlement Européen)

Miroslav Mikolášik, MdPE

(Co-président de l'Intergroupe sur la bioéthique du Parlement Européen)

Peter Liese, MdPE

(Président du groupe de travail du Parti Populaire Européen sur la bioéthique)

Barbara Matera, MdPE  
(Vice-présidente de la commission des Droits de la Femme du Parlement Européen)  
Lara Comi, MdPE  
(Vice-présidente de la commission du Marché Intérieur du Parlement Européen)  
Raffaele Baldassarre, MdPE  
(Vice-président de la commission des Affaires juridiques du Parlement Européen)  
Fiorello Provera, MdPE  
(Vice-président de la commission des Affaires Étrangères du Parlement Européen)  
Mario Mauro, MdPE  
(Ancien Vice-président du Parlement Européen)  
Anna Záborská, MdPE  
(Ancienne Présidente de la commission des Droits de la Femme du Parlement Européen)  
Bernd Posselt, MdPE  
Jan Olbrycht, MdPE  
Peter Šťastný, MdPE  
Róza Gräfin von Thun und Hohenstein, MdPE  
Radvilė Morkūnaitė-Mikulėnienė, MdPE  
Bogusław Sonik, MdPE  
Antonello Antinoro, MdPE  
Antonio Cancian, MdPE  
Carlo Fidanza, MdPE  
Crescenzo Rivellini, MdPE  
Clemente Mastella, MdPE  
Gay Mitchell, MdPE  
Martin Kastler, MdPE  
Algirdas Saudargas, MdPE  
Giovanni La Via, MdPE