



## **LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO DI STRASBURGO IN MATERIA DI FECONDAZIONE ETEROLOGA**

**(Primo commento a cura dell'avv. Maria Paola Costantini – 9 novembre 2011)**

La Corte di Strasburgo ha deciso il 3 novembre 2011 in merito alla legittimità della Legge Austriaca in materia di Fecondazione assistita di vietare la donazione dei gameti in rapporto all'art. 8 della Convenzione EDU che concerne il rispetto alla vita privata e familiare

La Grande Camera della Corte di Strasburgo ha ritenuto non sussistere la violazione dell'art.8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte dell'Austria e della sua normativa che consente solo la donazione di gamete maschile in vivo e non in vitro e fa divieto della donazione di gamete femminile.

### **Il caso**

La vicenda è in sintesi la seguente: due coppie austriache si rivolgono prima ai giudici del loro paese e poi alla stessa Corte costituzionale austriaca per vedere riconosciuto il loro diritto ad avere un figlio con la fecondazione in vitro e in particolare con la donazione di un gamete. In una delle coppie la moglie è totalmente sterile e ha necessità di ricevere gli ovociti, mentre in un'altra coppia, è il marito a essere sterile, ma necessita della fecondazione in vitro in quanto la moglie ha un problema alle tube di falloppio e quindi non è possibile procedere con una inseminazione semplice. Ora, la legge austriaca prevede la donazione di sperma ma fuori dalle procedure di fecondazione in vitro, mentre vieta in assoluto la donazione di gamete femminile ossia di ovocita. Le due coppie quindi hanno prima tentato di far dichiarare dai giudici austriaci l'incostituzionalità della legge e poi si sono rivolti alla Corte europea di Strasburgo chiedendo che fosse riconosciuto il fatto che la legge austriaca violava la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La pronuncia della Corte di Strasburgo avrebbe valore per il loro caso e l'Austria dovrebbe togliere il divieto di donazione dei gameti maschile e femminile con la fecondazione in vitro.

La Corte europea con la sentenza della Prima sezione il 1 aprile 2010 ha dichiarato la violazione degli art. 8 e 14 della Convenzione da parte della legge austriaca e cioè rispettivamente gli articoli che vincolano gli Stati al rispetto della vita privata e familiare dei suoi cittadini e il principio di non discriminazione dei suoi cittadini che versano in situazioni differenti.

La sentenza della Prima sezione è stata però appellata e quindi fino alla pronuncia definitiva la legge austriaca rimane in vigore.

Essendo stato fatto appello dal governo austriaco, la vicenda è stata sottoposta alla Grande Camera (una sorta di Corte di Cassazione italiana e quindi giudice di ultima istanza) che ha preso in esame la questione. Al processo oltre alle due coppie e al governo austriaco, sono intervenuti la Germania e l'Italia in appoggio all'Austria e una serie di associazioni in appoggio alle coppie. In particolare, sono state ammesse le Associazione Hera – onlus di Catania e SOS Infertilità di Milano, con il collegio di difesa composto da avv. Maria Paola Costantini del Foro di Firenze e dalla prof. Marilisa D'Amico del Foro di Milano e ordinario di diritto costituzionale all'università statale di Milano.

### **Che cosa ha detto la Grande Camera**

La pronuncia – come nel caso della sentenza della prima Sezione emessa il 1 aprile 2010– procede con una analisi attenta della legge austriaca e della situazione della legislazione dei paesi aderenti alla Convenzione europea dei diritti umani (cd CEDU):

- Riconosce che sussiste una distonia tra l'evoluzione della medicina e il consenso della società
- Sottolinea in più punti che la legge è del 1999 e che, pur non sussistendo violazione, è necessario verificare i cambiamenti all'interno della società. Dà indicazione all'Austria di monitorare la situazione.

La Corte di Strasburgo:

- **Ricorda come sussista un diritto di una coppia ad avere un bambino e di accedere alle metodiche di PMA e che tale diritto è sotto la protezione dell'art. 8 della Convenzione EDU (convenzione europea per la tutela dei diritti umani);**
- **Dichiara che esiste un chiaro trend nella legislazione dei paesi che compongono il Consiglio d'Europa e aderiscono alla Convenzione EDU verso l'ammissibilità della donazione dei gameti attraverso la fecondazione in vitro;**
- invita gli Stati a tenere conto della evoluzione della medicina e del consenso sociale che sono in continuo mutamento. **Gli stati sono tenuti a evolversi e a cambiare la legislazione in un campo in cui il diritto è in continua evoluzione.**
- La legge austriaca non viola l'art. 8 poiché **ammette sia la fecondazione in vitro sia la donazione di gamete in vivo del seme maschile**, rispettando in qualche modo il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati.
- riconosce come sia corretto tenere conto del fatto che settori della società austriaca siano ancora incerti su temi eticamente sensibili considerato come in Austria persistano rischi di sfruttamento della donna donatrice e problemi legati alla doppia figura “materna” non essendo stati approntati rimedi legislativi specifici. La Corte sottolinea come sussista la sovranità di ogni Stato a individuare rimedi e tutele.
- Riconosce che nel sistema legale degli stati aderenti al Consiglio d'Europa siano accettate le relazioni atipiche nell'ambito familiare, come nel caso della adozione dove non sussistono legami tra genitori e figli, ma che andrebbe mantenuto il principio del diritto civile sulla certezza della identità della madre.

**Il nodo è il rapporto tra l'evoluzione della scienza e della medicina e la cultura di un paese. La Corte invita l'Austria a monitorare tale rapporto e a mutare la legislazione in virtù dei cambiamenti.** Il criterio – accettato dalla Corte costituzionale austriaca – di tenere insieme l'evoluzione della medicina e il consenso della società implica il fatto che l'Austria dovrà monitorare tale rapporto e procedere alle modifiche in presenza di qualsiasi cambiamento in futuro.

La Corte invita tutti i paesi a tenere in particolare conto lo sviluppo dinamico della medicina e della legge.

### **Le differenze con l'Italia:**

- La legge italiana, al contrario di quella austriaca, fa divieto assoluto della donazione di gameti e in tal senso si può affermare che probabilmente la pronuncia sarebbe stata diversa se riferita all'Italia.
- La Corte costituzionale italiana è chiamata a decidere sulla base dei principi della Costituzione italiana, rivestendo la Convenzione EDU ai sensi dell'art. 117 primo comma della Cost. it. un parametro di interpretazione. Non sussiste alcun obbligo da parte della Corte costituzionale di decidere adeguandosi alla Corte di Strasburgo, poiché la sentenza non ha alcun impatto diretto sulla dimensione italiana riguardando solo l'Austria.
- Due ragionamenti effettuati dalla Corte EDU possono essere utili per l'esame da parte della Corte costituzionale italiana: 1) il riferimento alla natura non drastica della legge austriaca che ammette la fecondazione eterologa in vivo maschile e quindi ha una "maggiore ragionevolezza" rispetto alla legge italiana; 2) il richiamo alla evoluzione della società e alla necessità di adeguare le legislazioni a tale evoluzione;
- I casi portati davanti alla Corte Costituzionale italiana e, in particolare le ordinanze di Catania e di Milano, affrontano la questione della donazione dei gameti sotto diversi profili e soprattutto con una visuale costituzionale italiana che concerne il diritto alla salute, all'autodeterminazione nell'ambito familiare e sanitario oltre al diritto alla non discriminazione tra coppie con problemi differenti di sterilità e infertilità o per condizioni sociali ed economiche. In questo senso, la Corte italiana viene chiamata a verificare sul piano nazionale le questioni in gioco.
- Dal punto di vista legislativo italiano, l'eliminazione del divieto di fecondazione eterologa non comporterebbe il rischio di sfruttamento o di doppia figura genitoriale atteso che la normativa antecedente alla legge 40 potrebbe ritornare in vigore. Tale normativa prevede l'assoluta gratuità nella donazione di gamete; stretti controlli dal punto di vista sanitario; l'anonimato dei donatori. La stessa legge 40 inoltre esplicitamente contiene il divieto di disconoscimento di paternità e prevede l'assenza di legame giuridico tra madre biologica (la donatrice) e il bambino.

## **Alcune considerazioni finali: la sentenza sul caso austriaco in merito alla fecondazione eterologa fornisce all'Italia indicazioni concrete per cambiare la propria legge**

Se oggetto della Corte di Strasburgo fosse stata la legge italiana probabilmente l'esito sarebbe stato diverso: la legge 40 vieta in assoluto la donazione di gamete e non ammette deroghe e possibilità intermedie come nel caso austriaco. La legge austriaca infatti consente la donazione di gamete maschile in vivo.

La Corte ha riconosciuto nuovamente che il diritto a crearsi una famiglia e ad avere bambini con la fecondazione in vitro rientra ed è sotto la protezione dell'art. 8 della Convenzione Edu che concerne il rispetto della vita privata e familiare. Se nel caso dell'Austria tale diritto è parzialmente tutelato, in Italia non è ancora così dato il divieto assoluto di eterologa.

La Corte ricorda in più punti della sentenza – e sussiste un monito per tutti i paesi aderenti alla Cedu e anche per l'Italia - la necessità di continui adeguamenti dal punto di vista legislativo ai cambiamenti della società.

Ora è alla Corte costituzionale italiana che si chiede di tenere conto delle indicazioni provenienti da Strasburgo e di procedere alla modifica della legge 40 per renderla ancora una volta più ragionevole. Si tratta di evitare che più di 10.000 coppie all'anno debbano andare all'estero e incorrano in casi come quello di Cipro dove è stata sequestrata una clinica e dove le coppie italiane cercano ancora oggi di rintracciare i propri embrioni.

La lentezza da parte del Parlamento italiano ad adeguarsi ai mutamenti della nostra società non può violare il diritto alla salute di coppie con sterilità accertata dal punto di vista medico: la donazione di gamete deve essere configurata infatti come trattamento sanitario in grado di rimuovere l'ostacolo ad avere un figlio, come d'altra parte affermano anche le linee guida europee. I casi portati davanti alla Corte costituzionale italiana - una coppia siciliana e una milanese con problemi gravi di salute (menopausa precoce e sterilità maschile genetica) - hanno come oggetto l'eliminazione delle discriminazioni oggi esistenti dal punto di vista sanitario ed economico e il riconoscimento di un diritto di autodeterminazione e di scelta sulla propria vita familiare. La modifica della Legge 40 su questo punto risponderebbe ai criteri di ragionevolezza e di tutela peraltro indicati nella pronuncia di Strasburgo.

Avv. Maria Paola Costantini