

# Eterologa, un'ordinanza del tribunale rinvia la questione alla corte costituzionale

06/10/2010

Avv. Filomena Gallo, Prof. Avv. Gianni Baldini

Il Tribunale di Firenze ha sollevato il dubbio di costituzionalità relativamente alla norma della Legge 40 con la quale si vieta alle coppie sterili di accedere alla fecondazione eterologa. La richiesta era stata avanzata da una coppia coniugata il cui partner era affetto da azoospermia causata da terapie fatte in età adolescenziale. La coppia, dopo essere stata in cura in Svizzera e in altri centri stranieri, si è rivolta all'Associazione Luca Coscioni per essere assistita legalmente nella richiesta di poter effettuare le cure nel proprio Paese. La coppia su indicazione dell'associazione nomina propri legali Avv. Filomena Gallo e il Prof. Avv. Gianni Baldini, che presentano ricorso d'urgenza presso il Tribunale di Firenze.

“Il Giudice ha riconosciuto le istanze mosse dalla coppia dopo aver rilevato profili di manifesta irragionevolezza del divieto assoluto di PMA eterologa per l'evidente sproporzione mezzi-fini; di illegittima intromissione del legislatore in aspetti intimi e personali della vita privata - spiega il professor Baldini docente di Biodiritto nell'Università di Firenze - questa sentenza è infatti assolutamente coerente con le precedenti pronunce in materia e ritiene che l'articolo relativo al divieto di fecondazione eterologa sia contrario alla Costituzione e rimanda gli atti alla Corte affinché provveda alla relativa declaratoria. Questo pronunciamento prende atto dell'intervenuta approvazione del Trattato di Lisbona - aggiunge Baldini - nel quale si afferma che le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sono direttamente applicabili nel nostro ordinamento ”.

La coppia aveva chiesto aiuto dopo aver appreso del caso dell'Austria che era stata condannata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo proprio relativamente al divieto di eterologa. “Abbiamo deciso di raccogliere questa sfida nonostante fosse la più difficile tra tutte quelle necessarie a far riscrivere nella Legge 40 perché ci sembrava che i tempi ormai fossero maturi e che si stesse creando una sensibilità finalmente europea a questo problema come dimostra anche il Nobel dato a Stoccolma ad Edwards che riconosce come questa medicina raccolga in realtà istanze e aspirazioni profondamente umane - spiega l'Avvocato Filomena Gallo - Il tribunale di Firenze ha riconosciuto che è irragionevole e discriminatorio non consentire a chi è totalmente sterile di conseguire, utilizzando le tecniche disponibili, il fine procreativo di coppia. Ed è per questo che, se il giudice italiano non ritiene di poter procedere ad un'interpretazione della legge nazionale in contrasto con la normativa comunitaria, deve sollevare la questione di costituzionalità sottolineando un conflitto netto tra la norma e i diritti dell'Uomo”.

Concludono gli Avvocati difensori: “Non vi è stata alternativa alla rimessione della questione alla Corte Costituzionale, perché come avvenuto in altre occasioni, possa essere restituita certezza ed uniformità di decisioni in questa delicatissima e fondamentale materia.”

Avv. Filomena Gallo 333 4567091  
Prof. Avv. Gianni Baldini 335 5912109  
Si allega scheda tecnica

Scheda tecnica  
COMUNICATO STAMPA  
\*\*\*

TRIBUNALE DI FIRENZE  
Ordinanza 1 settembre 2010 G.I. Dott. D. Paparo

**IL DIVIETO DELLA FECONDAZIONE ETEROLOGA (art. 4 l. 40/04) E' CONTRARIO A COSTITUZIONE**

A distanza di oltre due anni dalle ordinanze di rimessione sulla legge 40/04 alla Consulta adottate dal Tribunale di Firenze, ordinanze che hanno consentito alla Corte di riscrivere l'art. 14 della legge eliminando l'obbligo dei tre embrioni, del loro contemporaneo impianto e il divieto di crioconservazione

degli embrioni sovranumerari, sempre dal foro fiorentino arriva un colpo, se possibile ancora più duro alla legge: per la prima volta nel nostro paese un giudice ordinario ritiene costituzionalmente illegittimo il divieto di procreazione assistita di tipo eterologoprevisto dall'art. 4 l. 40/04, sospende il processo e rimette gli atti alla Corte.

Lo spunto è offerto da una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dell'aprile scorso che ha dato ragione a due coppie austriache che chiedevano di effettuare la PMA eterologa vietata dalla legge statale condannando lo Stato Austriaco oltre che al risarcimento dei danni alla necessità di eliminare tale illegittimo divieto dal sistema.

## STRUTTURA DELL'ORDINANZA

### Premessa

Viene riconosciuta la piena vigenza e della fondatezza nell'ordinamento italiano dei diritti asseriti dalla ricorrente:

- a) Condizione di sterilità assoluta con conseguente impossibilità di procreare senza l'utilizzo di materiale genetico altrui per via naturale;
- b) irragionevole e discriminatorio non consentire a chi è sterile in maniera assoluta di conseguire, utilizzando le tecniche disponibili, il fine procreativo di coppia;
- c) Discendenza genetica e diritto all'informazione del nato non sono situazioni assolute e devono essere temperate col diritto alla procreazione e alla costituzione di una famiglia;
- d) il diritto del minore di conoscere le proprie origini genetiche deve essere temperato con il diritto all'anonimato del donatore (analogamente a quanto previsto per l'adozione);

### Fatto

Una coppia sposata dal 2004 nella quale il marito è affetto da azoospermia severa a seguito di cure pregresse risalenti all'infanzia, con conseguente sterilità assoluta che rende impossibile avere un figlio, unica possibilità risulta l'eterologa, stante il divieto in Italia di PMA eterologa inizia un lungo calvario all'estero in paesi dove tale metodica è consentita. Dopo aver sostenuto ingenti costi economici per rivolgersi a strutture mediche all'estero, appreso della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che condannava lo Stato Austriaco a rimuovere il divieto alla PMA eterologa contenuta nella sua legge perché contraria all'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione, si rivolge al Centro Medico Demetra srl di Firenze chiedendo in applicazione di tale sentenza l'esecuzione dell'intervento di PMA eterologa.

Il Centro rifiuta l'esecuzione dell'intervento vietato dalla Legge 40/04 e la coppia si rivolge all'associazione Luca Coscioni tramite Soccorso civile fornisce l'assistenza legale per l'affermazione dei diritti lesi dalla legge 40/04. La coppia viene assistita dall' Avv. Filomena Gallo e dal Prof. Avv. Gianni Baldini di Firenze, legali, peraltro delle coppie e associazioni che ha portato la Consulta a pronunciarsi sulla incostituzionalità dell'art. 14 L. 40/04.

Con il ricorso ex art. 700 c.p.c. la difesa della coppia chiede che il Tribunale di Firenze, preso atto della sentenza adottata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 1<sup>a</sup> sez, SH e altri/Austria, del 1 aprile 2010, ritenuta la rilevanza della medesima nel giudizio, valutata l'impossibilità di operare in via di interpretazione l'adeguamento della norma di cui all'art. 4 c. 3 L. 40/04 a quanto previsto dalla Convenzione e deciso dalla Corte voglia dichiarare il diritto dei ricorrenti a :

- a) ricorrere alle metodiche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo;
- b) utilizzare il materiale genetico di terzo donatore anonimo acquisito direttamente dalla coppia ovvero dal centro secondo quanto previsto dai DLGS 191/07 e DLGS 16/10, per la fecondazione degli ovociti della Sig.ra;
- c) sottoporsi ad un protocollo di PMA adeguato ad assicurare le più alte chances di risultato utile compatibilmente a quanto stabilito dalla sentenza Corte Cost. 151/09;
- d) sottoporsi ad un trattamento medico eseguito secondo tecniche e modalità compatibili con un elevato livello di tutela della salute della donna nel caso concreto;
- e) disporre, in attesa della definizione del giudizio di merito e in via incidentale dell'eventuale giudizio di legittimità costituzionale, la crioconservazione degli embrioni prodotti e destinati al ciclo di PMA di tipo eterologo.

In ogni caso, ritenuta la portata della pronuncia della Corte Europea quale canone ermeneutico generale con valore sub-costituzionale, disapplicare l'art. 4 c. 3 L. 40/04 per contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU, per l'effetto dichiarare il diritto dei ricorrenti come formulato supra, e sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 c. 3 L. 40/04 per contrasto con l'art. 11 e 117 Cost. e 2,3,13,32 Cost. Intervengono ad adiuvandum nel procedimento le associazioni Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica, Amica Cicogna, Cerco un bimbo e con atto a parte l'associazione Liberididdecidere.

Il giudice ritiene del tutto fondate le richieste della coppia e a fronte della esplicita tassatività ed inderogabilità delle disposizioni di legge nell'impossibilità di una interpretazione diversa da quella letterale, sospende il processo e rimette gli atti alla Corte costituzionale.

#### Motivazione e dispositivo

Il giudice accogliendo le motivazioni dei ricorrenti cui pure il centro medico si associa, ritiene di condividere le motivazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella Sentenza 1 aprile 2010 pronunciata contro l'Austria rilevante, in punto di diritto, anche per il nostro ordinamento. In particolare: Premesso che, come confermato dalla Sentenza Corte cost. 311/2009 in caso di contrasto tra norma interna e norma della Convenzione europea il giudice nazionale comune deve procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale. Quando l'eventuale contrasto non sia componibile in via d'interpretazione deve sollevare questione di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta.

Nel caso di specie secondo il Giudice europeo e il Tribunale di Firenze il divieto di fecondazione eterologa risulta, illegittimo, irragionevole e discriminatorio per le seguenti ragioni. A) pur non essendovi l'obbligo per gli Stati di adottare una legislazione in materia di PMA ove questa vi sia la sua disciplina dovrà essere coerente in modo da prevedere una adeguata considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti; B) Il divieto assoluto di PMA eterologa configura una sproporzione fini-mezzi posto che esso non rappresenta l'unico modo per evitare il rischio di sfruttamento delle donne, di abuso delle tecniche, di realizzazioni di parentele atipiche configurandosi la scelta priva di giustificazioni ragionevoli; C) l'obiettivo di mantenere una certezza in materia di diritto di famiglia deve considerare che rapporti familiari atipici (non basati sulla discendenza biologica, come l'adozione) già sono ampiamente praticati con la conseguenza che l'ipotesi in esame dovrebbe considerarsi ex se del tutto lecita; D) Il diritto del bambino a conoscere la sua discendenza biologica non è un diritto assoluto, dovendo essere temperato con altri interessi pubblici e privati coinvolti (diritto alla procreazione, diritto all'anonimato del donatore etc) anche attinenti alla privatezza della propria vita familiare (art. 8 CEDU e art. 2 e 30 Cost); E) E' evidente l'effetto discriminatorio che il divieto assoluto è idoneo ad introdurre tra coppie affette da problematiche di sterilità/infertilità medicalmente superabili e soggetti affetti da sterilità assoluta (art. 14 CEDU e art. 3 Cost)

#### COMMENTO

Da quanto precede deriva che il Giudice facendo proprie le istanze dei ricorrenti, ritenuta la impossibilità di procedere ad una applicazione diretta della sentenza CEDU -pur in presenza della formale adesione del sistema CEDU all'Unione Europea stabilito dall'art. 6 del Trattato di Lisbona del 1.12.2009 secondo il giudicante, in contrasto con quanto invece sostenuto dal TAR Lazio sent 1198/10 e Cons Stato 1220/10, in assenza di specifico accordo che disciplini le modalità di funzionamento del sistema tale diretta applicabilità deve ritenersi esclusa-, verificata l'impossibilità di comporre il contrasto tra la stessa e la normativa interna (art. 4 comma 3 l. 40/04), ritiene che l'unica via sia quella della rimessione alla Consulta. Dunque dopo aver rilevato profili di manifesta irragionevolezza del divieto assoluto di PMA eterologa per l'evidente sproporzione mezzi-fini; di palese discriminazione tra coppie sterili in dipendenza della gravità della patologia; di illegittima intromissione del legislatore in aspetti intimi e personali della vita privata, il Tribunale di Firenze in assoluta coerenza con le proprie precedenti pronunce in materia, ritiene che l'art. 4 c. 3 L. 40/04 sia contrario a Costituzione e rimanda gli atti alla Corte affinché provveda alla relativa declaratoria.

Posto che e la CEDU ha ritenuto illegittimo e discriminatorio il divieto assoluto di PMA eterologa in violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione sui diritti dell'uomo, accolta la rilevanza della pronuncia nell'ordinamento interno, il giudizio della Consulta non potrà che essere conforme a pena di aprire un conflitto senza precedenti con la Corte Europea e la Convenzione stessa.

Insomma un altro duro colpo all'assetto della legge 40/04 che rischia di perdere un altro pezzo molto importante

Avv. Prof. Gianni Baldini

Avv. Filomena Gallo