

## Procreazione medicalmente assistita e normativa comunitaria in una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'UE

di Antonio Lanzaro

1. Il tema della PMA e delle problematiche relative ad essa legate che hanno ampiamente formato oggetto di attenzione in ambito internazionale, comunitario e nazionale(1) è ancora al centro di un acceso dibattito legislativo e giurisprudenziale in vari ordinamenti di Stati membri dell'UE. Ciò in virtù delle implicazioni di natura etica, morale e religiosa che il tema presuppone. Proprio in ambito comunitario, la Corte di Giustizia dell'UE ha risolto ultimamente una questione pregiudizialmente proposta dalla Corte di Cassazione austriaca avente ad oggetto la PMA e l'applicazione di due direttive comunitarie, la 92/85 sulla *Tutela della sicurezza e della salute delle lavoratrici gestanti* e la 76/207 relativa alla *discriminazione fondata sul sesso*.

2. Sabine Mayr lavorava come cameriera per la Backerei und Konditorei Gerhard Flockner OHG dal 3 gennaio 2005. Dopo circa un mese e mezzo di trattamento ormonale, si sottoponeva l'8 marzo 2005 ad aspirazione del follicolo. Con certificato medico era posta in congedo dall'8 al 13 marzo 2005, data prevista per il trasferimento nell'utero di due embrioni. Il 10 marzo, intanto, nel corso di una telefonata, l'impresa le annunciava la cessazione del rapporto di lavoro con effetto 26 marzo 2005. Con una lettera dello stesso 10 marzo la signora Mayr informava la società dell'intervento programmato per il 13 marzo. Secondo il giudice remittente, si deve ritenere che alla data della comunicazione del licenziamento gli ovuli prelevati alla ricorrente fossero già fecondati con il seme del partner e si fosse, dunque, già in presenza di embrioni in vitro. Su queste premesse la signora Mayr reclamava dalla società convenuta il pagamento dello stipendio e del rateo annuo: il licenziamento comunicato il 10 marzo 2005 sarebbe stato inefficace, in quanto, a partire dalla fecondazione artificiale degli ovuli, avvenuta l'8 marzo 2005, avrebbe trovato applicazione nei suoi confronti la tutela prevista dall'art. 10, n. 1, del MSchG. La società, da parte sua, chiedeva il rigetto dell'istanza, in quanto al momento della notifica del licenziamento non sarebbe sussistita gravidanza.

In primo grado, il Landesgericht Salzburg (il Tribunale di Salisburgo) accoglieva il ricorso della signora Mayr ritenendo che, conformemente alla giurisprudenza dell'Oberster Gerichtshof, la tutela della donna, sancita dall'art. 10 del MSchG decorresse dalla fecondazione dell'ovulo, compresa la fecondazione in vitro, poiché le finalità del MSchG sarebbe stata di garantire la sussistenza economica della madre(2). La Backerei und Konditorei Gerhard Flockner OHG adiva l'Oberlandesgericht Linz (Corte d'Appello di Linz), che annullava la sentenza di primo grado con l'argomento che, in qualunque momento della gestazione comincino le variazioni ormonali, una gravidanza isolata dal corpo della donna sarebbe impensabile. Di conseguenza, nel caso della fecondazione in vitro, la gravidanza – e, per questo, la tutela contro il licenziamento – inizierebbe con il trasferimento dell'ovulo fecondato nell'utero. Contro la sentenza di appello la signora Mayr presentava ricorso all'Oberster Gerichtshof. Ritenendo che la soluzione della controversia dipendesse dall'interpretazione di norme di diritto comunitario, la Cassazione sottoponeva alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 CE, la seguente questione pregiudiziale: *“Se rappresenti una lavoratrice gestante ai sensi dell'art. 2, lett. A), prima metà della frase, della direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/85/CEE(3), concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, par. 1 della direttiva 89/391/CEE), la lavoratrice che si sottopone ad una fecondazione in vitro, qualora al momento della comunicazione del licenziamento i suoi ovuli siano già stati fecondati con il seme del partner, e si sia quindi già in presenza di embrioni in vitro, ma questi non siano già stati ancora trasferiti nel corpo della donna”*. La questione pregiudiziale in esame si incentra sulla direttiva 92/85/CEE, segnatamente sul suo art. 2, lett. a), che definisce *lavoratrice gestante*

ogni lavoratrice gestante, appunto, che informi del suo stato il proprio datore di lavoro, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali”.

**3.** Le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer si possono così riassumere. Tra le garanzie riconosciute alle lavoratrici cui si applica la direttiva, sostiene l'Avvocato, figura il divieto di licenziamento, per garantire “l'esercizio dei diritti di protezione della sicurezza e della salute”. Ai termini dell'art. 10, gli Stati membri adottano le misure necessarie per vietare il licenziamento di tali lavoratrici nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità, tranne nei casi eccezionali non connessi al loro stato ammessi dalle legislazioni o dalle prassi nazionali e, se del caso, a condizione che l'autorità competente abbia dato il suo accordo (punto 1); qualora la lavoratrice sia licenziata durante tale periodo, il datore di lavoro deve fornire per iscritto giustificati motivi (punto 2).

Sebbene il giudice del rinvio non le menzioni esplicitamente, ai fini della presente controversia rileva anche la direttiva 76/207/CEE(4). All'art. 2, n. 1, in nome del principio della parità di trattamento, essa esclude “qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia”, puntualizzando al n. 3 che le disposizioni della direttiva non ostano “alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità”.

A sua volta, l'art. 5 enuncia che l'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che sia garantito agli uomini e alle donne il medesimo trattamento, senza discriminazioni fondate sul sesso.

La direttiva 76/207 è stata modificata dalla direttiva 2002/73/CE(5), a sua volta abrogata e sostituita dalla direttiva 2006/54/CE. Nessuna di queste due ultime direttive, conclude l'Avvocato Generale, si applica, tuttavia, al caso di specie, poiché i termini per l'attuazione della direttiva 2002/73 e per l'approvazione della direttiva 2006/54(6) sono posteriori ai fatti di causa.

**4.** Vediamo quindi quali sono i punti richiamati nella questione pregiudiziale. Innanzitutto cosa si intende per “lavoratrice gestante”. Ai fini della tutela lavorativa, la direttiva 92/85 si fonda sull'art. 138 del Trattato. All'art. 10 si vieta il licenziamento di una lavoratrice nel periodo “compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità”. A tal fine è importante che l'interessata informi il datore di lavoro. A tal proposito secondo la società convenuta la lavoratrice pur incinta non avrebbe informato il datore di lavoro. Ma il punto cruciale del problema è stabilire effettivamente quando una donna sia incinta e quindi rientrante nella tutela della direttiva. In generale, i ginecologi fanno decorrere la gestazione dal giorno dell'ultima mestruazione, da quello dell'ovulazione ovvero con il concepimento o impianto dello spermatozoo nell'ovulo. Cosicché non c'è ombra di dubbio se si afferma che la gravidanza inizia solo con l'impianto del “conceptus” nel seno materno.

Orbene, secondo una tesi, nell'ipotesi di una fecondazione “in vitro” l'interessata può ripensarci fino al momento stesso del trasferimento dell'ovulo fecondato e quindi non vi sarebbe ancora gravidanza, in quanto non vi sarebbe ancora l'impianto(7).

Secondo altra tesi, nella fecondazione “in vitro” la gravidanza decorrerebbe dal trasferimento nell'utero degli ovociti fecondati in laboratorio e questa operazione richiederebbe cinque o sei giorni. Ma come abbiamo visto, gli embrioni non erano ancora nell'utero della signora Mayr quando le fu notificato il licenziamento.

Infatti, la data del trasferimento degli embrioni nell'utero era prevista nel periodo tra l'8 e il 13 marzo 2005, il tutto da certificato medico presentato all'azienda, mentre con telefonata, come detto in precedenza, quest'ultima annunciava il licenziamento il 10 marzo.

Dopo ampia discussione con interventi vari del Governo greco, austriaco e della Commissione, la Corte che in precedenza aveva esaminato questa discriminazione unicamente rispetto ai licenziamenti di lavoratrici incinte per gravidanza convenzionale, si pronuncia per la prima volta sulla conformità con il diritto comunitario della risoluzione di un contratto di lavoro fondata su una maternità eventuale e futura della lavoratrice e notificata prima del controverso inizio della gestazione. La Corte così conclude: “Una lavoratrice sottoposta a fecondazione *in vitro*

non è una lavoratrice gestante ai sensi dell'art. 2, lett. a), prima metà della frase, della direttiva 92/85/CEE, se, al momento della notifica di licenziamento, i suoi ovuli sono stati fecondati artificialmente, ma ancora non trasferiti nel suo corpo. Nondimeno, il licenziamento di tale lavoratrice integrerebbe una discriminazione contraria alla direttiva 76/207/CEE, se risultasse che è dipeso dalla peculiare circostanza in cui ella versava o dalla sua futura maternità".

#### **Note**

**(1)** Nel nostro paese, dopo un lunghissimo iter parlamentare è stata approvata la legge 40/2004 in materia di PMA.

**(2)** MSchG: è l'acronimo tedesco relativo alla legge federale n. 293 del 1.7.1992.

**(3)** Direttiva del Consiglio 92/85/CEE del 19.10.92 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, in GU L348.

**(4)** Direttiva del Consiglio 76/207/CEE del 9.2.1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, in GU L39.

**(5)** Direttiva del Consiglio e del Parlamento Europeo 2002/73/CE del 23.9.2002 che modifica la Direttiva 76/207.

**(6)** Direttiva del Consiglio e del Parlamento Europeo 2006/54/CE del 5.7.2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento per uomini e donne, in GU L204.

**(7)** La fecondazione in vitro cui si è sottoposta la sig.ra Mayr è una delle tecniche di procreazione assistita attualmente più in uso; essa consta delle seguenti fasi: 1) stimolazione ormonale delle ovaie attraverso iniezioni intramuscolari o sottocutanee, per ottenere più ovuli nello stesso ciclo (cosa imprescindibile poiché non tutti gli ovociti ottenuti diventano embrioni impiantabili); 2) prelievo di ovociti per via transvaginale con sonda ecografica e inserimento di un ago (l'intervento dura circa 15 minuti, in analgesia e la paziente può essere dimessa già dopo 20-30 minuti); 3) coltivazione in vitro dell'embrione: ogni ovulo è messo in provetta con seme idoneo, l'esito dell'operazione può essere verificato l'indomani. Gli embrioni sono tenuti in condizioni ottimali per la fecondazione; 4) trasferimento degli ovociti fecondati nel grembo della donna (nell'utero o nelle tube). Il periodo più propizio all'operazione va dal secondo al sesto giorno dalla fecondazione degli ovociti, secondo le caratteristiche degli embrioni. Il numero degli embrioni trasferiti varia in funzione di più fattori, in media è di due o tre; 5) dopo il trasferimento di un congruo numero di embrioni, congelamento a fini di conservazione degli embrioni in soprannumero, in Instituto Valenciano de Infertilidad, come da Jarabo de Colomer.