

Tribunale di Firenze

Ordinanza 17 dicembre 2007

Il Giudice

designato decidendo sulla domanda avanzata ex art. 700 c.p.c. da *** contro Centro di Fecondazione Assistita Demetra srl,

ha pronunciato la seguente

Ordinanza

Svolgimento del Fatto

Il 25 ottobre 2007 ***** hanno depositato ricorso di urgenza ex art. 700 c.p.c. contro il Centro di Fecondazione Assistita Demetra srl con sede in Firenze. E' stato radicato il contraddittorio e la parte convenuta si è costituita e ha depositato memoria alla udienza del 15 novembre 2007. In quella sede il Giudice designato si è riservato la decisione. La parte ricorrente ha svolto le seguenti domande:

in sede cautelare: "Voglia in via urgente dichiarare il diritto dei ricorrenti a trasferire e impiantare nell'utero della signora C. gli embrioni creati che non presentino in forma conclamata, all'esito della Diagnosi genetica di preimpianto (PDG), la specifica patologia di cui sono portatori i genitori; di realizzare tale trasferimento secondo tecniche e modalità compatibili con un elevato livello di tutela della salute della donna nel caso concreto; di disporre in attesa della definizione del giudizio di merito e in via incidentale dell'eventuale giudizio di legittimità costituzionale, la crioconservazione dei residui embrionali risultati affetti dalla patologia della esostososi, ordinando infine alla parte resistente la prosecuzione del protocollo di procreazione medicalmente assistita finalizzato all'impianto degli embrioni risultati non affetti ovvero portatori sani.

In via subordinata, renda in via d'urgenza ogni provvedimento ritenuto opportuno in relazione al caso di specie, indicando le modalità di esecuzione;

Renda ogni provvedimento relativo e conseguente."

Ha altresì specificato la futura azione di merito come segue:

"Nel futuro giudizio di merito si chiede di accertare il diritto dei ricorrenti: di poter produrre più embrioni così da evitare di reiterare i protocolli di stimolazione ovarica gravosi e invasivi sulla integrità psico-fisica; di avere trasferito unicamente gli embrioni non affetti ovvero portatori sani della specifica patologia alla luce di quanto risultante dall'esecuzione della diagnosi genetica pre-impianto (PDG) al fine di conseguire una gravidanza che sia cosciente e responsabile e tutelando in tal modo il diritto alla salute della madre e del nascituro, nonché il diritto ad autodeterminarsi in maniera consapevole; di aver trasferito gli embrioni che sia con riguardo al numero che alle modalità, risultino compatibili con la tutela del proprio diritto alla salute; di crioconservare gli eventuali embrioni risultati affetti dalla patologia"-

A sostegno della domanda le parti ricorrenti hanno esposto in fatto di essere conviventi, di essere affetti da sterilità/infertilità sine causa come accertato medicalmente; di essere la signora C. affetta da malattia genetica irreversibile denominata Esostososi Multipla ereditaria (anch'esso dato certificato medicalmente); di avere fatto richiesta di ricorso alla procreazione medicalmente assistita presso il centro convenuto e di avere altresì richiesto di procedere alla diagnosi pre-impianto attesa l'alta percentuale di trasmissibilità della malattia all'embrione (pari al 50%); di avere ricevuto il rifiuto della struttura sanitaria alla diagnosi pre-impianto a motivo della entrata in vigore della l. 40/2004 e delle Linee Guida sulla Procreazione medicalmente assistita di cui al DM Ministro della Salute 21 luglio 2004, che nel combinato disposto dagli

artt. 13 e 14 della legge e 7 delle Linee guida vietano la diagnosi pre-impianto consentendo solo una diagnosi osservazionale, assolutamente inutile nel caso di specie. Hanno sostenuto in diritto che la situazione sostanziale dedotta è il diritto alla salute, alla autodeterminazione informata alla procreazione cosciente ed assistita; che il trattamento richiesto tutela tali obiettivi e che la interpretazione delle norme richiamate fondanti un divieto di diagnosi pre-impianto si colloca in contrasto con tali interessi; hanno quindi sottolineato che il divieto non si rinviene nelle disposizioni di cui alla L. 40/2004 e la necessità di disapplicare il DM 21 luglio 2004 contenente Linee Guida modificativo di legge ordinaria e incidente su diritti costituzionalmente garantiti e in subordine la necessità di sollevare questione di costituzionalità delle norme più volte richiamate per contrasto cogli artt. 2, 9, 32 e 33 Cost. per i motivi meglio in atti illustrati; quanto alla tutela di urgenza hanno evidenziato il fumus boni iuri nella fondatezza delle argomentazioni giuridiche svolte e il periculum in mora nella integrità psicofisica della ricorrente, nella legittima aspirazione alla procreazione da porsi in relazione alla età relativamente avanzata, elementi tutti suscettibili di essere lesi irrimediabilmente dal tempo necessario per il processo ordinario di cognizione.

Costituendosi la parte convenuta Centro per la Procreazione Assistita Demetra s.r.l. ha concluso in via principale perchè il Centro venga dichiarato non tenuto spontaneamente alla prestazione sanitaria richiesta e in ipotesi perchè venga sollevata questione di legittimità costituzionale degli artt. di legge più volte citati e perchè venga disapplicato l'art. 13 linee guida pr contrasto cllle norme ordinarie, colle norme costituzionali e colle norme internazionali ed in particolare con al Convenzione di Oviedo. Espone in fatto che se le allegazioni della parte ricorrente in ordine alla salute della donna sono fondate sia in relazione al suo attuale stato fisico che psichico sia alla scarsa percentuale di successo della procedura, attese le specificità della sterilità sofferta, tuttavia il comportamento del Centro è determinato dalla normative e perciò esso non può che produrre al massimo tre embrioni e contemporaneamente impiantarli, essendo ogni altra possibilità preclusa. D'altra parteblà indagine diagnostica osservazionale di cui all'art. 13 Linee Guida è del tutto inutile atteso che la malattia genetica de qua non è rilevabile che con una indagine bioptica. Rileva che il quadro di salute della ricorrente in uno colla situazione creatasi presenta i presupposti della attualità della compromissione del bene salute. Tuttavia operare secondo le leges artis comporta per il sanitario incorrere nel reato di cui all'art. 14 comma 6 l. cit.. Contesta che la diagnosi pre-impianto abbia le finalità eugenetiche che le Linee Guida assumono a base del divieto della indagine pre-impianto. Ciò pone in contrasto la nomativa colla Convenzione di Oviedo che non vieta affatto la diagnosi quando legata a ragione mediche e quindi di salute, diagnosi che è tesa a fare esprimere un consenso informato ad un trattamento sanitario. Sottolinea la incongruenza della esistenza del divieto di diagnosi preimpianto e di contro della ammissibilità a totale carico del SSN della amniocentesi e della villocentesi. Ribadisce che la l. 40/2004 ha espressamente conformato il diritto della donna a ricorrere all'IVG anche nelle modalità della riduzione embrionaria. In diritto rileva che sulla base della interpretazione corrente delle norme (art. 13 comma 2 l. 40 e art. 13 comma 1 lett. B come interpretate dal DM) non è possibile al medico e al biologo operare una interpretazione costituzionalmente orientata senza incorrere in sanzione penale e ciò determina la legittimità del rifiuto al trattamento. Specifica inoltre che alla ricorrente non è preclusa nè la diagnosi post impianto colla conseguenza però di sottoporsi a IGV in caso di ...omissis... l'embrione sano come percentuale grandemente elevata e ciò comporta un anacronismo consistente nella maggior tutela dell'embrione rispetto al feto. Ha con ciò la legge operato una scelta nel merito della pratica terapeutica da effettuare con ciò determinano la incostituzionalità della legge, come deciso tra l'altro colla sentenza 282/2002 sui trattamenti elettroconvulsivanti. E' perciò interesse della convenuta svolgere domande volte ad ottenere la possibilità di eseguire la prestazione, anche in ragione della libertà di ricerca e di cura garantite dalla Costituzione agli artt. 2, 3 e 33 oltrechè dall'art.32 sul diritto alla salute coinvolgente non solo il paziente ma anche il medico, garanzie compromesse e pregiudicate dalla legge. Conclude pertanto come sopra riportato.

La causa è stata riservata in decisione sulla base della documentazione depositata e dalle allegazioni difensive svolte.

Motivi della decisione

I presupposti della tutela cautelare

Fumus boni iuris; fondatezza del diritto dedotto

La parte ricorrente agisce a tutela del diritto alla salute ... omissis... convenuta i dati della sterilità della coppia e della malattia genetica che affligge il membro femminile della stessa. Essi hanno inteso fare ricorso alla fecondazione artificiale e hanno richiesto la diagnosi pre-impianto onde valutare lo stato di salute dell'embrione ed in particolare la sussistenza della malattia a trasmissione ereditaria per decidere di conseguenza se proseguire o meno coll'impianto. E' stato loro opposto dalla parte convenuta la impossibilità di procedere alla diagnosi pre-impianto a tenore della normativa entrata in vigore nel 2004 colla l. 40 e in particolare coi principi dettati dalle Linee Guida ed è stata conseguentemente richiesta la autorizzazione del Giudice per procedere a quanto, secondo le allegazioni della stessa parte convenuta, fa parte della migliore scienza medica.

Il quadro normativo regolante la diagnosi pre-impianto è il seguente:

Articolo 13 l. 40/2004: Sperimentazione sugli embrioni umani.

1. E' vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.
2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano e' consentita a condizione che si perseguano finalita' esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative. ...

Art. 14 comma 5. 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.

Al disposto di legge come ora riportato il DM 21 luglio 2004 ha aggiunto i seguenti comma "E' proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica.

Ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale..."

Deve rilevarsi che l'art. 7 della l. 40 delegava al Ministero della Sanità la emanazione di un decreto di definizione di linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, e non lo autorizzava ad introdurre nuove disposizioni di legge ulteriori alle disposizioni contenute nella l. 40 stessa. Si trattava cioè di un tipico atto di normazione secondaria emanato dal Ministero a carattere non innovativo ma esecutivo.

Ora, il DM non solo ha introdotto il divieto di diagnosi pre-impianto a finalità eugenetiche che a stretto rigore potrebbero considerarsi ricomprese nell'ambito del principio generale di cui al l comma dell'art. 3 di divieto di sperimentazione su embrioni (essendo il significato letterale di eugenetica "scienza che ha per fine il miglioramento genetico della specie umana" e richiamando il concetto scientifico filosofico gli studi che portano alla manipolazione di geni per la creazione di geni ulteriori e diversi), ma ha ulteriormente delimitato l'ambito della diagnosi dell'embrione da impiantare alla indagine osservazionale con ciò precludendo la diagnosi pre-impianto che non ha finalità eugenetiche.

Deve ritenersi che per i principi che governano la normazione secondaria tale regola creata ex novo col regolamento ministeriale abbia costituito una fattispecie di divieto non previsto dalla legge, in contrasto coi principi della legge stessa, in contrasto coi principi costituzionali e da disattendere ex art. 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E.

L'art. 7 come detto prevede che la normazione secondaria abbia ad oggetto le procedure e le tecniche di procreazione medicalmente assistita in linea d'altra parte colla competenza specifica del Ministro della Salute. Tale previsione costituisce il quadro di riferimento del potere regolamentare del Ministro.

Il Ministro viceversa ha creato un ulteriore divieto normativo aggiungendo ulteriori commi all' art. 13 con ciò violando il principio di legalità nonché le regole che presiedono alla gerarchia delle fonti e ai limiti del potere regolamentare ministeriale (art. 17 l. 400/1988) oltretutto ledendo il principio di tassatività che sovrintende la creazione del precetto penale (l'art. 13 infatti qualifica come reato il comportamento violativo dei precetti contenuti nello stesso articolo). Che d'altra parte abbia statuito contro la legge e non oltre la legge è verificabile tramite la disamina della stessa. Come argomentato dalla sentenza del T. Cagliari 22 settembre 2007 citata dal ricorrente, e che integralmente si condivide e la cui motivazione si richiama, la interpretazione del dettato normativo non può che essere una lettura distinta degli ambiti di riferimento dell'art. 13 e dell'art. 14, il primo rivolto alla delimitazione della ricerca scientifica in relazione alla tutela dell'embrione, il secondo volto alla regolamentazione del rapporto tra la coppia che decide di avvalersi della PMA e l'embrione, alla luce dei principi più volte espressi nel corpo della legge, della necessità del trattamento sanitario adeguatamente informato e della procreazione libera e cosciente. La interpretazione ha un riferimento sicuro nel dato testuale laddove nell'art. 13 si regola la sperimentazione sugli embrioni umani avendo quindi a cura il porre dei limiti (sui quali tra l'altro la comunità scientifica ed anche sociale si è espressa con disaccordo) alla ricerca scientifica, mentre nell'art. 14 si è inteso regolare la fecondazione assistita singolarmente attuata delimitando il numero di embrioni da creare e disponendo in materia di trasferimento nell'utero della donna. Inoltre l'art. 14 al comma V prevede la possibilità dei soggetti della coppia di informarsi dello stato di salute degli embrioni. Ora è evidente che tale informazione non può essere collegata ad una fatua curiosità dei futuri genitori, ma deve evidentemente essere posta in relazione alla necessità che i trattamenti terapeutici siano accompagnati dalla informazione necessaria ad esprimere il necessario consenso (né qui importa richiamare la ampia giurisprudenza della S.C. che si è formata sul punto) come d'altra parte espressamente previsto dall'art. 4 lett b) e dall'art. 6 (...in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione...); ancora, la informazione deve essere ancorata alle disposizioni contenute nella legge 194/1978 due volte richiamata all'interno dello stesso art. 14 (1 - È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194. 4. Ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194).

Come noto la legge 194 all'art. 1 riconosce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, e all'art. 4 dispone che "Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la salute fisica e psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della legge 29 luglio 1975 numero 405, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia". E' pertanto evidente, poiché la legge 40 fa salva espressamente (né poteva fare altrimenti stante la attuale vigenza della stessa) la possibilità di ricorso all'IVG per problemi di salute della donna derivanti anche da previsioni di anomalie o malformazioni del feto, poiché tali anomalie vengono comunemente valutate colle tecniche ormai di accesso sociale della amniocentesi e della villocentesi, che altrettanta tutela deve essere riconosciuta alla donna alla quale l'impianto non è stato ancora praticato, coll'accesso alla diagnosi preimpianto. Veramente non solo irrazionale ma addirittura fuori dal senso morale è semplicemente pensare che si debba procedere all'impianto per poi, successivamente alla valutazione clinica del feto, procedere ad un aborto, che questa sarebbe la conseguenza del riconoscere la esistenza di un divieto di diagnosi pre impianto nella legge 40/2004.

Riassumendo quindi devo ritenersi che non solo la legge non preveda un divieto preimpianto, ma addirittura la sottintenda per i motivi che si sono ora detti. In tale situazione il Dm 21 luglio 2004 nella parte in cui aggiunge al comma 3 dell'art.13 l'ulteriore divieto dell'indagine non osservazionale, ha previsto un divieto contra legem, incidendo su normazione primaria superiore che va pertanto disapplicata ex art. 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. B.

D'altra parte tale deve essere la interpretazione della legge che la Corte Costituzionale vuole costituzionalmente orientata. Non può infatti tacersi che altra lettura della norma necessiterebbe il ricorso alla valutazione di costituzionalità. Non solo infatti la necessità di tutelar situazioni uguali in modo uguale, come sopra evidenziato ma anche la tutela della salute di cui all'art. 32 cost. (non può essere ignorato il richiamo della Corte Costituzionale alla tutela prioritaria del già nato rispetto al feto: v. per tutte Corte cost., 18/02/1975, n. 27 "Il danno o pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto, ma non è sempre immediato e non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute della madre che è già persona, e quello dell'embrione che persona deve ancora diventare") e infine la necessità di salvaguardare la pari dignità di uomo e donna (art. 3, I comma), impedendo quello che autorevole dottrina ha definito come la legislazione in ordine al corpo della donna come "luogo pubblico", contro e oltre il so privato convincimento, depongono per la lettura dell'art. 14 nel senso indicato.

Deve quindi ritenersi che la diagnosi primpianto sia assolutamente legittima.

Periculum in mora

Il pericolo nel ritardo è insito nella situazione sostanziale tutelata. E riconosciuto dalla stessa parte convenuta, che la situazione propria della coppia (di sterilità in soggetti di cui uno portatore di malattia genetica invalidante e senza remissione) comporta che il trascorrere del tempo necessario per la tutela ordinaria sia in grado di provocare un vulnus alla salute fisica e psichica di entrambi, vulnus non risarcibile perchè attinente ad un bene della vita.

Deve quindi ordinarsi la esecuzione conformemente alla richiesta del ricorrente, al Centro convenuto, della diagnosi pro-impianto, con trasferimento in utero conformemente alla richiesta della parte ricorrente dei soli embrioni sani, o portatori sani, secondo le tecniche della migliore scienza medica o con crioconservazione degli ulteriori embrioni sino alla definizione dell'istaurando processo di merito.

Le spese di causa attesa, la posizione processuale delle parti, vanno compensate.

P.Q.M.

In accoglimento del ricorso avanzato da *** contro Centro di Fecondazione Assistita Demetra srl,

ordina a Centro di Fecondazione Assistita Demetra srl di procedere alla diagnosi genetica pre-impianto degli embrioni creati tramite fecondazione in vitro dei gameti di C.S.A. e P.G. e di trasferire in utero solo gli embrioni sani o portatori sani rispetto alla patologia di cui soffre la C., con crioconservazione degli embrioni malati sino all'esito della tutela di merito, il tutto secondo le migliori regole della scienza in relazione alla salute della madre.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Firenze, 17 dicembre 2007.

Il giudice

Dr. Isabella Mariani