

DOCUMENTO

Tribunale di Roma Ordinanza del 23 febbraio 2005

TRIBUNALE DI ROMA

Prima sez. civile

Giudice Angela Salvio

Premesso in fatto. - Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato in data 15 febbraio 2005, proposto ante causam dai coniugi M.M. e S.M., nei confronti dell'Associazione professionale Y, è stato chiesto, in via di urgenza, di «ordinare e/o autorizzare all'associazione ... l'utilizzo del numero necessario, o comunque più opportuno, di gameti del sig. M. per il tentativo di procreazione dei ricorrenti e il congelamento degli ovociti fecondati e non utilizzati prima che i medesimi assumano i connotati di embrione, al fine di non precludere la possibilità di effettuare, in caso di fallimento del tentativo di procreazione previsto per il 25 febbraio 2005, un ulteriore tentativo di procreazione assistita o; comunque, in caso di esito positivo, di consentire ai ricorrenti di effettuare un successivo tentativo di procreazione assistita, dopo l'eventuale primo parto».. -

I ricorrenti hanno esposto: che nel mese di aprile 2004 il sig. M.; affetto da una grave forma di azoospermia, è stato sottoposto ad un intervento di biopsia testicolare per asportare alcuni spermatozoi; attualmente crioconservati presso la struttura della suddetta clinica, al fine di effettuare un intervento di fecondazione in vitro che, stante le gravi disfunzioni del M., gli spermatozoi ottenuti dal detto intervento sono in assoluto gli unici di cui dispongono i ricorrenti per effettuare un tentativo di procreazione; che; stante la detta circostanza, i ricorrenti, con comunicazione del 1 febbraio 2005, hanno chiesto all'associazione resistente di utilizzare il maggior numero di gameti per il tentativo di procreazione previsto per il giorno 22-24 febbraio 2005 e di effettuare il congelamento degli ovociti fecondati e non utilizzati, come soluzione più adeguata per aumentare le possibilità di successo del tentativo di fecondazione assistita, come riconosciuto dal personale medico della resistente; che con nota dell'8 febbraio 2005 la resistente ha manifestato l'intenzione di non accogliere l'istanza dei coniugi M., stante l'incertezza normativa in materia e le gravi sanzioni previste dalla normativa, di non voler congelare gli ovociti fecondati e non utilizzati e di voler effettuare il tentativo di fecondazione in vitro utilizzando soltanto tre spermatozoi del ricorrente; che l'interpretazione della normativa della 1. 40/04 effettuata dall'associazione resistente non tiene conto che il divieto di congelamento sancito dal legislatore si riferisce esclusivamente agli embrioni, mentre non sussiste, a livello normativo, nessuna previsione in ordine alla crioconservazione degli spermatozoi messi a contatto con gli ovociti, che è cosa diversa dall'embrione il quale può (eventualmente) formarsi soltanto dopo il decorso di almeno quattordici giorni dal contatto tra i gameti della coppia; che il diniego da parte dell'associazione resistente creerebbe un pregiudizio grave ed irreparabile ai ricorrenti, siccome tutte le speranze dei ricorrenti sono riposte nella corretta ed efficiente utilizzazione del seme del sig. M.

Instauratosi il contraddittorio, si è costituita l'associazione resistente deducendo la sostanziale convergenza in ordine all'interpretazione scientifica del problema, rispetto a quella fornita dai ricorrenti; che, tuttavia, stante l'incertezza della normativa riguardo alla possibilità del congelamento degli ovociti fecondati, essa costituisce un impedimento all'effettuazione della prestazione medica richiesta; ha concluso rimettendosi alla decisione del giudice.

Ritenuto in diritto. - La travagliata storia parlamentare e politica della 1. 19 febbraio 2004 n. 40, come evidenzia la lettura dei lavori parlamentari, sia nella XII commissione affari sociali della camera dei deputati, sia riguardanti il dibattito delle assemblee parlamentari, ha prodotto una normativa che se, ha l'indubbia encomiabile finalità di tentare, la regolamentazione Giuridica del settore assai delicato della procreazione medicalmente assistita - dove, secondo quanto più volte si legge negli interventi dei parlamentari; era imperante il far west -, tuttavia è apparsa, fin dalla sua entrata in vigore, non appagante e non risolutiva per trovare un punto di approdo definitivo e condiviso riguardanti la soluzione effettiva del problema dell'infertilità o sterilità di coppia e la soluzione pratica dei problemi conseguenti alle pratiche di fecondazione assistita in modo ragionevole e secondo i principi basilari della buona pratica medica, oltre ad aver disatteso le preoccupazioni del mondo scientifico (v. in particolare il parere fatto pervenire in parlamento, firmato da illustri scienziati ed allegato ai verbali della prima discussione alla camera dei deputati nella seduta del 27 marzo 2002).

La questione oggetto del presente giudizio non è che una delle tante problematiche che la legge stessa pone nella fase dell'applicazione, atteso che la terminologia e concetti utilizzati nella normativa sono stati impiegati in modo atecnico e senza nessun riferimento alle attuali acquisizioni scientifiche della biologia (dell'embriologia in particolare) e della medicina in materia; l'art. 7 ha trasferito al ministro della salute il potere di definire, con proprio decreto, avvalendosi dell'istituto superiore di sanità e previo parere del consiglio superiore di sanità le linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di

procreazione medicalmente assistita; vincolanti per tutte le strutture autorizzate e da aggiornare periodicamente, almeno ogni tre anni.

All'art. 14, 1°, 2° e 3° comma, è previsto: «È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni ... Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'art. 7, 3° comma, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento da realizzare non appena possibile»; all'8° comma viene stabilito «è consentita la crioconservazione dei gameti maschile e femminile, previo consenso informato e scritto».

Secondo l'interpretazione della norma da ultimo richiamata, prospettata dai ricorrenti, la norma vieta il congelamento degli embrioni ma, siccome consente il congelamento dei gameti, maschili e femminili, senza altro aggiungere, deve ritenersi consentito il congelamento dei gameti, maschile e femminile, uniti dopo la fecondazione dell'ovocita, ma per la quale unione non può ancora parlarsi di embrione, che è tale, secondo le acquisizioni della scienza, dopo circa due settimane dalla fecondazione.

La non assimilabilità sul piano concettuale scientifico dell'ovocita fecondato (o fertilizzato) allo zigote e all'embrione, è un dato obiettivo e certo, desumibile con sicurezza nel decreto del ministro della salute del 21 luglio 2004, contenente, in attuazione dell'art. 7 della legge, le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ove per ogni tecnica descritta vengono indicate le diverse fasi di ciascuna di esse.

Inoltre, in sede di interrogatorio libero del legale rappresentante dell'associazione medica resistente, sono stati approfonditi le modalità e il procedimento previsto per la realizzazione della pratica di fecondazione con il metodo della microiniezione intracitoplasmatica dello spermatozoo (ICSI), che è la tecnica, di III livello, necessaria nel caso in questione, stante le gravi patologie della sfera riproduttiva del sig. M., come documentate in atti (è affetto dalla sindrome a sole cellule del Sertoli in cui l'epitelio germinale è totalmente distrutto).

Il prof. E. G., a domande specifiche e circostanziate sulla tecnica predetta, ha descritto accuratamente tutte le fasi della ICSI, fornendo la descrizione pratica sia delle operazioni compiute dal medico, sia degli effetti prodotti; in particolare ha evidenziato che la fecondazione dell'ovocita a seguito dell'iniezione intracitoplasmatica (inseminazione) è soltanto eventuale, è che, comunque, produce il seguente effetto: «circa sedici-diciotto ore dopo andiamo a controllare se gli ovociti sono fertilizzati, ossia se all'interno degli ovociti appaiono i due materiali genetici, ciascuno fatto da ventitré cromosomi, ancora completamente separati, tanto è vero che sono completamente circondati da una membrana»; ha, poi, aggiunto: «Teoricamente, nella fase di ovocita fertilizzato; si potrebbe prelevare il pacchetto cromosomico di uno degli individui e sostituirlo con un altro a dimostrazione che sono, ancora due patrimoni. genetici separati» inoltre: «Nel caso concreto si dovrebbero congelare, gli ovociti fertilizzati, cioè quelli che hanno due nuclei distinti. Il congelamento andrebbe effettuato nelle diciotto ore successive all'inseminazione, termine imperativo per consentire la conservazione della qualità del materiale genetico».

Proseguendo nella descrizione della tecnica ICSI ha aggiunto che «dopo altre diciotto ore - dalla fertilizzazione - può accadere che i due patrimoni genetici si fondano nello zigote, anzi nella specie umana ciascuna parte del materiale genetico maschile e femminile, rompe la membrana e i cromosomi si affiancano. Lo zigote è la prima cellula embrionaria. Nella ICSI dagli studi effettuati, la prima divisione cellulare, derivante dallo zigote, avviene non prima di venti ore... l'impianto in utero viene effettuato in quarantotto-settantadue ore dall'inseminazione». Dalle successive divisioni cellulari ha origine l'embrione.

Se dal punto di vista tecnico e scientifico i concetti di ovocita fecondato ed embrione sono diversi, va verificato, secondo i canoni interpretativi forniti dall'art. 12 preleggi, se effettivamente il legislatore abbia inteso considerare detta differenza allorquando ha disposto il divieto di crioconservazione e di soppressione per gli embrioni e la creazione di un numero di embrioni nel massimo di tre da utilizzare contestualmente per un unico impianto e ha consentito il congelamento dei gameti cioè delle cellule sessuali maschili e femminili, al fine di accertare se il divieto possa non estendersi all'ovocita fecondato ovvero se il congelamento consentito possa includere i gameti, maschile e femminile, uniti nell'ovocita fecondato.

Come è già stato esposto nella premessa, tutta la l. 40104 non contiene nessuna definizione ed illustrazione scientifica in ordine ai concetti utilizzati.

L'interpretazione letterale della norma di cui all'art. 14, isolata da tutto il contesto della disciplina introdotta, pertanto, non appare evidentemente sufficiente ad individuarne in maniera chiara la portata percettiva della norma; va, allora, utilizzato l'altro criterio indicato nell'art. 12 preleggi e va individuata l'intenzione del legislatore e la ratio della norma, anche considerandola inserita nel contesto globale della legge in seno alla quale è collocata la norma da interpretare.

Già esaminando i lavori parlamentari, particolarmente utili per illuminare le finalità perseguite, trattandosi di una legge assai recente, la natura di garanzia molto avanzata nei confronti del concepito, appare del tutto evidente nella relazione che ha accompagnato il disegno di legge confluito nel testo unico approvato alla camera il 18 giugno 2002, ove si affermava: «la presente proposta di legge che pone le premesse per lo statuto dell'embrione umano e stabilisce a quali condizioni è lecita la procreazione medicalmente assistita, si basa su tre concetti fondamentali: 1) l'embrione umano è soggetto umano in atto fin dalla fecondazione dell'ovulo; 2) la difesa dell'istituto familiare quale cellula fondamentale della società e centro vitale per la continuità della specie; 3) la difesa del diritto del nascituro ad avere un padre e -una madre che lo allevino, lo amino, lo educino e gli assicurino il necessario sostentamento fino alla maggiore età».

La realtà oggettiva che la legge si proponeva di regolamentare era quella di un settore ove avvenivano pratiche non controllate e non controllabili, in cui le tecniche di fecondazione praticate per assicurare maggiori probabilità di successo ed evitare dannose stimolazioni ovariche plurime, utilizzavano un numero elevato di ovociti fecondati, con congelamento degli embrioni da essi ottenuti in eccesso, da utilizzare eventualmente ove i primi tentativi non fossero andati a buon fine, che, aveva comportato negli anni un gran numero di embrioni in soprannumero e abbandonati nei vari centri (la cui sorte è stata, poi, regolamentata dal decreto ministeriale del 21 luglio 2004).

L'intera legge, per quanto le espressioni utilizzate siano state smussate nelle letture successive al senato ed alla camera, ha tradotto in termini giuridici proprio i cennati principi ispiratori e ha introdotto una disciplina ferrea per stroncare il fenomeno degli embrioni soprannumerari e abbandonati con il divieto del congelamento e della distruzione.

La legge si apre all'art. 1 con il riconoscimento dei diritti del «concepito» elevato a soggetto di diritti, diversamente con quanto disposto dall'art. 1 c.c. e in contrasto con quanto previsto nella legge sull'interruzione volontaria di gravidanza.

È la stessa legge, poi, che offre criteri testuali per l'individuazione del momento nel quale ha inizio il concepimento secondo quella che è l'intenzione del legislatore; infatti all'art. 6 che prevede il consenso informato per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita prevede: «La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura ... La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo», sempre con l'evidente finalità di evitare che ripensamenti successivi possano privare il concepito di una o entrambe le figure genitoriali (anche se non sono chiarite le conseguenze di un eventuale rifiuto successivo).

È quindi la legge e la ratio palese delle cennate norme che offrono i criteri per l'individuazione del momento al quale deve essere collegato l'inizio della protezione dell'embrione, in quanto appare evidente che il legislatore ha scelto la soluzione di tutela del concepito già dal momento della fecondazione dell'ovulo, considerato quale inizio dello sviluppo dell'essere umano.

Ne discende che l'interpretazione dell'art. 14 non può prescindere dallo spirito complessivo della legge e dalle finalità dalla stessa perseguite; ciò consente di affermare che l'espressione letterale di embrione utilizzata dalla norma in parola sia sganciata dall'accezione e dai contenuti propri utilizzati nel mondo scientifico e che la volontà della legge sia quella di tutelare anche l'ovocita fecondato quale potenziale embrione, con la conseguenza che il divieto di congelamento dell'ovocita fecondato rientra nella previsione di divieto di congelamento dell'embrione.

Tale opzione interpretativa appare coerente con la finalità dell'intera normativa, ove si consideri che gli ovociti prodotti in soprannumero, sulla base della normativa richiamata, sono assoggettati alla medesima disciplina della non sopprimibilità degli embrioni; infatti, se il consenso non è più revocabile una volta avvenuta la fecondazione dell'ovulo, si entra, per disposizione normativa, in una sfera di facoltà non più disponibili dai soggetti interessati e di protezione assoluta da parte dell'ordinamento del prodotto del concepimento che comporta per ciò evidentemente il divieto di distruzione.

D'altra parte, la stessa impostazione dei ricorrenti, che chiedono di ordinare all'associazione medica il congelamento degli ovociti fecondati anche «per effettuare un successivo tentativo di procreazione assistita, dopo l'eventuale primo parto», che consente di rendere ancora più chiaro che, il detto congelamento, nella sostanza, realizzerebbe la stessa finalità che attraverso il divieto di congelamento degli embrioni il legislatore ha inteso reprimere ovvero la creazione di embrioni in soprannumero e abbandonati.

È superfluo osservare che il fatto che sia consentita la crioconservazione dei gameti maschili e femminili, a parte l'argomento letterale chiaro, alla luce di quanto detto, non può significare altro se non che le cellule sessuali maschili e femminili possono essere congelate, senza nessuna tutela particolare, e con la possibilità che i soggetti ne possano liberamente disporre, non oltre, però, il momento della fecondazione dell'ovocita.

Questa è la scelta di principio operata dal legislatore, sulla quale, tuttavia, appare auspicabile un ripensamento del legislatore, in quanto la valutazione complessiva della disciplina contenuta nella legge non si presenta in armonia con altri principi egualmente recepiti dall'ordinamento stesso e facenti parte del

patrimonio culturale; scientifico e della buona pratica medica del paese; essa, inoltre, pur consentendo l'accesso alle tecniche, con le rigidissime limitazioni che impone, da una parte fa diminuire enormemente la possibilità di ottenere dei risultati utili, dall'altra accresce i sacrifici e i rischi per la salute; fisica e psichica, di chi decide di ricorrere a quelle tecniche dopo un percorso umano sicuramente assai doloroso e difficile.

Su, alcune delle questioni aperte, dalla legge in argomento in particolare anche sulle norme oggetto del presente giudizio e sui divieti e limiti in esse contenuti, la Corte costituzionale, con sentenze nn. 46, 47, 48 e 49 del 2005 ha ritenuto ammissibile il referendum abrogativo teso alla rimozione di una serie di limiti all'accesso e allo svolgimento delle procedure di procreazione medicalmente assistita.

La parola, dunque, spetterà al popolo sovrano e al parlamento per un eventuale intervento modificativo che valga ad evitare il ricorso alle urne:

Per quanto sopra detto, il ricorso va respinto.

In conseguenza, in ordine al tentativo di procreazione assistita dei ricorrenti previsto per il 25 febbraio 2005, la prestazione medica dell'associazione resistente, in base alla normativa in vigore, dovrà essere limitata alla creazione di tanti ovociti fecondati che consentano la creazione di un massimo di tre embrioni, mentre non potrà essere effettuato il congelamento degli ovociti fecondati, stante il divieto normativo.