

Archivio selezionato: Sentenze Tribunale

Autorità: Tribunale Bologna sez. I

Data: 21/05/2014

n.

Classificazioni: Responsabilità contrattuale e/o extracontrattuale (in genere)

TRIBUNALE DI BOLOGNA
Prima Sezione Civile

Nella causa n. 2571/13 R.G.

promossa da

WW (avv. Boris Vitiello)

contro

AZIENDA OSPEDALIERO UNIVERSITARIA DI BOLOGNA POLICLINICO S. ORSOLA -
MALPIGHI

(avv. Cristina Caravita).

O R D I N A N Z A

Fatto

FATTO E DIRITTO

1. - Il procedimento trae origine dal contrasto insorto tra la signora WW., vedova JJ, e l'Azienda Ospedaliero - Universitaria di Bologna Policlinico S. Orsola - Malpighi (di seguito anche, per brevità, Azienda Ospedaliera o Policlinico S. Orsola) in ordine al trasferimento in utero di embrioni crioconservati da sedici anni: più precisamente, in ordine al trasferimento chiesto dalla signora WW alcuni mesi dopo la morte del marito.

2. - Col ricorso ex art. 700 c.p.c. la signora WW., richiamato fra l'altro il parere favorevole del Comitato di Bioetica dell'Università degli Studi di Bologna, ha chiesto che il giudice ordini all'Azienda Ospedaliera di disporre il trasferimento intrauterino degli embrioni creati nel 1996, crioconservati e da allora custoditi nel Centro di Pr. medicalmente assistita del Policlinico S. Orsola.

Secondo parte convenuta invece il ricorso va respinto per le ragioni illustrate in memoria e per quelle espone in udienza.

La ricorrente ha affermato che si tratta di << embrioni in relazione ai quali ella e il di lei marito hanno, come risulta dagli atti, manifestato sempre per iscritto, e da ultimo nel 2010, interesse all'impianto, come prescrive a partire dal 2004 la legge di riferimento, su moduli predisposti ed inviati dal summenzionato Centro, presso il quale la ricorrente e il sig. JJ, ora deceduto, fecero accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita nel 1996>>.

3. - Non si pone dunque un problema di inseminazione post mortem (affrontato anche in altri ordinamenti: cfr. a proposito del c.d. caso Warren, la decisione 6 marzo 2014 della High Court of Justice - Family division, <http://www.familylawhub.co.uk/default.aspx?i=ce3850>;

ma sulla soluzione - negativa - accolta dal legislatore italiano, v. Trib. Bologna, 31 maggio 2012).

Né si discute in questa sede delle possibilità di successo dell'applicazione della tecnica di procreazione medicalmente assistita nelle condizioni date (il diverso caso della responsabilità contrattuale da perdita degli embrioni in attesa di trasferimento è stato esaminato da Trib. Milano, 21 maggio 2013, in Nuova giur. civ. comm., 2013, 12, 1088) o della appartenenza degli embrioni (sul diritto alla restituzione di gameti, v. Trib. Roma, sez. II, 28 giugno 2013).

Resta sullo sfondo, e non ha immediato rilievo ai fini della decisione, il problema riguardante il

destino degli embrioni crioconservati residuali (v. ad es. i documenti del Comitato Nazionale di Bioetica: "Considerazioni bioetiche in merito al c.d. "ootide", 15 luglio 2005; "L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)", 18 novembre 2005; "Destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili", 26 ottobre 2007).

4. - Si richiamano atti e documenti di causa, noti alle parti.

Si richiamano dunque le articolate argomentazioni in diritto proposte dai difensori e la discussione svoltasi in udienza.

Lo studio del caso ha richiesto approfondimenti ulteriori.

5. - La questione posta dalla domanda della signora WW., da valutare alla luce della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è estremamente delicata.

Occorre partire dai dati di fatto.

Non si rinvencono, nell'esperienza italiana, precedenti in termini.

Quelli menzionati dalle parti non sono esattamente sovrapponibili al caso concreto (la vicenda esaminata da Trib. Bologna, ord. 9 maggio 2000, in Fam. dir., 2000, 614, rifletteva in realtà un contrasto tra la donna e l'uomo, coniugi separati), se non altro perché risalenti ad un periodo anteriore all'entrata in vigore della l. n. 40/2004 (v. appunto, in tema di impianto di embrione dopo la morte del marito, Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in Foro it., 1999, I, 1653; in Fam. dir., 1999, 52 e 384; in Dir. fam. pers., 1999, I, 226 e 1175; in Nuova giur. civ. comm., 1999, I, 221: la morte del marito era sopravvenuta nel corso della applicazione della tecnica, dopo l'impianto del primo dei tre embrioni prodotti - e crioconservati per essere impiantati uno dopo l'altro fino alla gravidanza - e durante il termine di attesa necessario ad eseguire il secondo trasferimento).

Nel caso di specie, non si discute propriamente della possibilità per la donna di chiedere l'impianto dell'embrione qualora nel corso dell'applicazione delle tecniche di p.m.a. intervenga la morte del marito o del compagno (sul punto parte della dottrina si è espressa favorevolmente) e dunque se sia necessaria o meno la permanenza in vita di entrambi i membri della coppia non solo al momento del ricorso alla p.m.a. ma anche << in ogni fase>> di applicazione delle tecniche.

Piuttosto, si tratta di stabilire se la domanda della signora WW., proposta dopo la morte del marito e a distanza di sedici anni da un precedente trattamento (che si era concluso nell'aprile 1996), risponda alle finalità, e dunque rientri nell'ambito di applicazione, della l. n. 40/2004: in altri termini se vi sia stata una richiesta di accesso alle tecniche di p.m.a. rispondente alle condizioni e conforme alle modalità previste dalla vigente disciplina (cfr. l'art. 1, l. n. 40/2004).

6. - In fatto, si rileva che:

- la signora WW., nata il (omissis...) (omissis...) 1964, ed il signor JJ., nato il (omissis...) (omissis...) 1933, contraggono matrimonio nel 1998 (questa almeno è la data menzionata nel ricorso e nella dichiarazione sostitutiva di atto notorio allegata, doc. 1; non sono stati prodotti certificati di stato civile; in ogni caso, e dunque anche se la data sia riportata per errore materiale, nel 1996 il codice di deontologia medica consentiva la fecondazione assistita in presenza di coppie eterosessuali stabili e non necessariamente coniugate);

- a quanto si afferma nel ricorso, già << durante il loro rapporto di convivenza>> i signori JJ. e WW. avevano deciso << di avviare un percorso genitoriale>> ma, << dopo diversi tentativi>>, si erano accorti << di non poter concepire in maniera

naturale, per impedimenti di salute>> (il doc. 3 fa riferimento ad endometriosi);

- nel 1996 i signori JJ. e WW. si rivolgono al Centro di fecondazione assistita del Policlinico S. Orsola e, sottoscritti i moduli per il consenso informato (doc. 2), fanno ricorso alla tecnica di p.m.a. denominata FIVET (fertilizzazione in vitro e trasferimento degli embrioni in utero);

- l'11 aprile 1996 vengono impiantati in utero tre degli undici embrioni utilizzabili, mentre i restanti otto vengono sottoposti a congelamento: la relazione 11 aprile 1996 a firma della responsabile del centro attesta che << in data odierna si è concluso il trattamento di fecondazione assistita della signora WW. di anni 31>> e riporta la seguente indicazione: << Se il trattamento è giunto a conclusione [...]. In caso di test di gravidanza negativo, si consiglia di: rivalutazione del caso in accordo con l'equipe medica del centro FIVET>> (doc. 3);

- l'impianto degli embrioni, però, non ha esito positivo: non vi è gravidanza;

- la coppia non richiede più l'applicazione della tecnica di p.m.a.;

- gli otto embrioni prodotti in soprannumero ma non impiantati rimangono crioconservati;

- viene approvata la l. 19 febbraio 2004, n. 40, che tra l'altro stabilisce limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni, vieta la crioconservazione (salva l'ipotesi residuale di impossibilità del trasferimento nell'utero degli embrioni << per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione>>; così l'art. 14, 3° co., l. cit., secondo cui in questo caso la crioconservazione degli embrioni <<è consentita [...] fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile>>) e fissa in tre il numero massimo di embrioni da creare in vista di un << un unico e contemporaneo impianto>>; cfr. l'art. 14, su cui nel 2009 interverrà la Corte costituzionale (Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, 2° co., limitatamente alle parole << ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre>>, e dell'art. 14, 3° co., nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna);

- entrata in vigore la legge, viene emanato il d.m. 4 agosto 2004 che individua due tipologie di embrioni crioconservati (quelli in attesa di un futuro impianto e quelli per i quali sia stato accertato lo stato di abbandono) e prescrive ai centri in cui si effettuano tecniche di p.m.a. di contattare periodicamente la coppia per stabilire se l'embrione potrà essere definito abbandonato o meno; nello stesso anno vengono adottate le linee guida in tema di p.m.a., come previsto dall'art. 7, l. n. 40/2004;

- interpellati dal Centro di infertilità e p.m.a. del Policlinico S. Orsola, come previsto dal d.m. 4 agosto 2004, i signori JJ. e WW. sottoscrivono congiuntamente in due occasioni (l'ultima risale al 27 luglio 2010, doc. 5 di parte ricorrente) il << modulo B di dichiarazione di interesse al futuro impianto di embrioni>>. In un'altra occasione (nel 2009) era stata la sola signora WW. a firmare il modulo: così riferisce il Parere del Comitato di bioetica dell'Università di Bologna (doc. 6). Nella relazione 1 febbraio 2013 della responsabile del Centro, si legge: <<[...] A seguito della entrata in vigore della Legge 40/2004 e dei relativi decreti ministeriali tra i quali quello che sanciva l'obbligo di eseguire un censimento degli embrioni crioconservati, alla coppia JJ - WW sono state inviate periodicamente raccomandate con ricevuta di ritorno con la richiesta di esprimere la propria volontà in relazione al destino degli embrioni crioconservati. La coppia JJ - WW ha risposto nel 2006, 2009 e 2010 con lettere informative nelle quali esprimeva la propria volontà di mantenere gli embrioni crioconservati essendo interessata ad un loro futuro impianto>>;

- il (omissis...) (omissis...) 2011 muore il signor JJ;

- il 27 marzo 2012 la signora WW. si presenta agli ambulatori del Centro per ottenere lo scongelamento degli embrioni crioconservati nel 1996 ed il loro trasferimento: presentatasi alla visita di programmazione da sola, riferisce di aver perso il marito da pochi mesi e manifesta il desiderio di sottoporsi al trasferimento degli embrioni crioconservati;

- nonostante il parere favorevole del Comitato di Bioetica dell'Università, la direzione sanitaria del Policlinico nega l'autorizzazione ad effettuare la prestazione richiesta dalla signora WW.

7. - Elementi contrari all'accoglimento della domanda si ricavano dalle disposizioni della l. 19 febbraio 2004, n. 40 concernenti i c.d. requisiti soggettivi e la rilevanza della volontà nell'accesso alla p.m.a.

8. - Secondo l'art. 5, l. n. 40/2004, l'accesso alle tecniche di p.m.a. è riservato a << coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi>> (v. anche la previsione sanzionatoria di cui all'art. 12, 2° co., l. cit., nonché l'art. 12, 3° co., secondo cui per accertare i requisiti previsti dall'art. 5 il medico di avvale di << una dichiarazione sottoscritta dai soggetti richiedenti>>).

La ratio della norma viene individuata nell'esigenza di garantire al nato di avere, con buona probabilità, una coppia (eterosessuale) di genitori (diversa la soluzione adottata in altri Paesi). Si parla in proposito di diritto alla doppia figura genitoriale.

Dunque, dopo l'entrata in vigore della l. n. 40/2004 non è più consentito l'accesso alla p.m.a. da parte di donne sole (v. anche il Codice di deontologia medica 16 dicembre 2006, art. 44; è attesa la presentazione del nuovo codice deontologico 2014).

L'esistenza della coppia è alla base delle richieste volte all'applicazione della tecnica c.d. di fecondazione eterologa (sul punto è intervenuta la Corte costituzionale con sentenza deliberata il 9 aprile 2014: è atteso il deposito della motivazione). La giurisprudenza ha ritenuto che possa accedere alla p.m.a. (e alla diagnosi pre-impianto con selezione degli embrioni) anche la coppia non sterile o infertile portatrice di malattie genetiche trasmissibili (v. da ultimo, sulla scorta della sentenza 28 agosto 2012 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Trib. Roma, ord. 23 settembre 2013, che richiama altri precedenti di merito; Trib. Roma, ord. 14-15 gennaio 2014, ha invece ritenuto di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 1° e 2° co., e dell'art. 4, 1° co., nella parte in cui non consentono il ricorso a tecniche di p.m.a. a coppie fertili portatrici di patologie geneticamente trasmissibili).

La necessità della richiesta proveniente da una coppia si ricava da altre disposizioni della l. n. 40/2004.

L'art. 4, 1° co., lett. b) in tema di << accesso alle tecniche>> ha cura di precisare che tra i principi in base ai quali vengono applicate le tecniche di p.m.a. vi è quello del << consenso informato, da realizzare ai sensi dell'articolo 6>>.

L'art. 6 è richiamato anche da altre disposizioni della legge.

Se l'accesso alla p.m.a. è riservato alle coppie eterosessuali (art. 5), l'uomo e la donna devono esprimere << una volontà consapevole e consapevolmente espressa>> (art. 6, 1° co., l. cit.).

Ed è per questo che l'informazione dettagliata da parte del medico sui punti elencati dall'art. 6, 1° co., primo periodo, l. cit. (ossia << sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità

di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro) deve essere data ai << soggetti di cui all'articolo 5, ossia alla coppia che ricorre alla p.m.a., non solo << prima del ricorso; ma anche << in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita;

L'art. 6 fa riferimento alla coppia e al suo rapporto c. 1 medico o il responsabile della struttura anche:

- nella seconda parte del 1° co. (<< Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa);

- nei commi da due a cinque (<<2. Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate./3. La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo./4. Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione./5. Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge);

La coppia deve essere informata anche sulle << conseguenze giuridiche della decisione di accedere alla p.m.a., ad esempio in ordine alla irrevocabilità del consenso una volta che l'ovulo è stato fecondato o al rapporto di filiazione (cfr. gli artt. 8 e 9). L'informazione << dettagliata ed attuale (da rendersi << ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, art. 6, 5° co., ed << in ogni fase di applicazione delle tecniche, art. 6, 1° co.) è il presupposto per la formazione di una volontà consapevole ed adeguata all'importanza della scelta.

L'informazione alla coppia va data anche prima del trasferimento di embrioni nell'utero. L'art. 14, la cui portata è stata ridefinita da Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, tuttora stabilisce al 5° comma che: << 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;

I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di p.m.a. hanno lo stato di figli della << coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6 (così l'art. 8).

L'applicazione di tecniche di p.m.a. << senza aver raccolto il consenso secondo le modalità di cui all'art. 6 costituisce illecito amministrativo soggetto alla sanzione pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro (art. 12, 4° co.).

9. - Nel caso di specie non si rinviene una chiara, espressa, formale ed attuale volontà della coppia

(cfr. ancora l'art. 8 sullo stato di figlio della coppia) di ricorrere alla p.m.a. come invece richiesto dalla l. n. 40/2004, dovendosi valutare l'attualità con riferimento al momento in cui entrambi i soggetti, coniugi o conviventi, esprimono per iscritto e congiuntamente la volontà consapevole (anche delle implicazioni giuridiche) di accedere alla tecniche di p.m.a. (art. 6, 5° co., da leggere anche in collegamento con quanto previsto dal 1° co.): la signora WW., infatti, ha chiesto l'applicazione della tecnica (più precisamente: l'impianto in utero degli embrioni prodotti sedici anni prima) solo dopo la morte del marito.

La peculiarità (e difficoltà) del caso sta nel fatto che molti anni prima, e comunque prima dell'intervento del legislatore italiano, la coppia era ricorsa, senza successo, alla fecondazione assistita e che anche dopo la morte del signor JJ. vi sono embrioni utilizzabili.

È vero che nel 1996 i signori JJ. - WW avevano chiesto di accedere alla p.m.a.

È altresì vero, però, che da allora, concluso il trattamento di fecondazione assistita senza gravidanza (cfr. la relazione 11 aprile 1996, doc. 3), e per oltre un quindicennio, la coppia è rimasta inerte e non si è più rivolta al Centro di procreazione.

In particolare, non vi è stata da parte dei coniugi JJ. - WW alcuna manifestazione di volontà, espressa congiuntamente e per iscritto, corrispondente alle modalità stabilite dalla l. n. 40/2004 e preceduta da adeguata informazione (v. inoltre l'art. 12, 4° co.: << Chiunque applica tecniche di procreazione medicalmente assistita senza avere raccolto il consenso secondo le modalità di cui all'articolo 6 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro>>).

E quel lungo silenzio, quella mancanza di iniziativa, non sono comportamento significativo di una volontà della coppia di riprendere il percorso già intrapreso e concluso (senza successo) prima della l. 40/2004, volontà che avrebbe dovuto essere manifestata con espressa dichiarazione e per iscritto (sulla limitata rilevanza degli << atti concludenti>> in tema di fecondazione c.d. eterologa, v. l'art. 9, 1° co., ora colpito dalla dichiarazione di illegittimità pronunciata dalla Corte costituzionale con sentenza deliberata il 9 aprile 2014).

La l. n. 40/2004 ha previsto un intervallo minimo (sette giorni) tra manifestazione della volontà ed applicazione della tecnica (art. 6, 3° co., l. cit.) ma non un termine massimo entro cui procedere al trasferimento degli embrioni, anche perché di regola non consente, o meglio non consentiva nella sua originaria versione, la crioconservazione; per altro verso, l'art. 14 nella sua originaria formulazione ammetteva un unico e contemporaneo impianto (2° co.) salva l'ipotesi residuale di cui al 3° co., giustificata dalla necessità di proteggere la salute della donna ed implicante comunque un trasferimento << da realizzare non appena possibile>> (ma sul punto è intervenuta Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151). La legge presuppone che l'impianto in utero avvenga a breve termine dalla produzione dell'embrione, decorso il necessario periodo di attesa, non appena possibile.

Concluso senza gravidanza il trattamento richiesto dalla coppia nel 1996, il nuovo impianto avrebbe dovuto essere chiesto da entrambi i coniugi (ed eseguito dopo la richiesta non appena possibile: v. di seguito il par. 13) ma ciò non è avvenuto.

10. - La ricorrente ha però affermato che:

- il consenso espresso dalla coppia nel 1996, teso anche all'impianto di embrioni, è valido ancora oggi;

- i moduli firmati dalla coppia sino al 2010 non fanno venir meno il consenso già dato ed anzi esprimono l'interesse anche del signor JJ. al futuro impianto degli embrioni crioconservati;

- il momento in cui deve sussistere il requisito soggettivo della presenza in vita di entrambi i

componenti della coppia è quello della fecondazione dell'ovulo, mentre è irrilevante la successiva morte del marito o del compagno, così come la successiva revoca della volontà;

- le linee guida affermano che << la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati>> (sul punto, v. anche il richiamo alle linee guida operato dal parere del Comitato di bioetica);

- occorre considerare il << limite esterno>> del << diritto dell'embrione ad una famiglia composta da entrambe le figure genitoriali>>, limite costituito dal << diritto alla vita dell'embrione stesso>> e dal << diritto alla procreazione del potenziale genitore>>.

Su tali premesse la ricorrente ha sostenuto che la sanzione prevista dall'art. 12, 2° co., è << irrogabile a chi consenta l'accesso alle tecniche di p.m.a. in violazione dell'art. 5 della legge e non certo a chi consenta un impianto a una donna, pur vedova, che abbia già fatto accesso alle tecniche di p.m.a., in costanza di matrimonio, anni addietro, prima dell'approvazione della stessa legge>>.

Questa conclusione dà per scontato che la richiesta di trasferimento degli embrioni fatta da una vedova sia conforme all'art. 5 se la coppia aveva già fatto accesso alla p.m.a. prima della l. n. 40/2004.

11. - Considerati gli argomenti svolti dalla ricorrente, si tratta allora di stabilire, in primo luogo:

a) se la volontà manifestata dalla coppia nel 1996 produca i suoi effetti anche oggi, consentendo così alla signora WW. di accedere (nuovamente) alla p.m.a. dopo la morte del marito;

oppure

b) se la dichiarazione di interesse al futuro impianto di embrioni equivalga a quella manifestazione di consapevole volontà espressa dalla coppia che è richiesta dalla l. n. 40/2004.

12. - Le indicazioni desumibili dal dato normativo portano a dare risposta negativa ad entrambi gli interrogativi.

13. - Secondo l'impostazione assunta dal legislatore italiano del 2004 ed alla quale ci si deve attenere (diversa potrebbe essere la valutazione dal punto di vista medico o da quello bioetico), la richiesta di trasferimento degli embrioni fatta dalla signora WW. dopo la morte del marito non è mero svolgimento della decisione maturata dalla coppia nel 1996 né può considerarsi completamento o fase conclusiva del procedimento finalizzato alla realizzazione della gravidanza promosso in quel lontano anno.

Da un lato, il trattamento di fecondazione in vitro allora applicato si era concluso l'11 aprile 1996 e la coppia non aveva più fatto alcuna richiesta.

Dall'altro, la l. n. 40/2004, pur occupandosi della delicata questione degli embrioni crioconservati (basti qui richiamare le disposizioni transitorie contenute nell'art. 17), non ha previsto alcuna speciale disciplina per l'accesso alla p.m.a. da parte delle coppie che in precedenza avevano già fatto ricorso alla fecondazione assistita ed ottenuto embrioni (allora lecitamente) crioconservati, così mostrando di volere, in linea di principio, sottoporre alle nuove disposizioni di carattere generale anche situazioni di fatto analoghe a quella in cui si trovavano allora i signori JJ. - WW.

In questa chiave, la previsione sanzionatoria di cui al comma 2° (se non anche quella di cui al comma 4°, che sembra però relativa ad una fattispecie assorbita da quella descritta, appunto, al 2° co. e soggetta a più grave sanzione), ossia di un articolo la cui rubrica è "Divieti generali e

sanzioni", risulta applicabile, attesa la sua portata generale, anche al caso di specie, posto che:

- la domanda di applicazione della tecnica proveniente dalla (sola) vedova del signor JJ. non soddisfa il requisito della permanenza in vita di entrambi i componenti della coppia (art. 12, 2° co.: << Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro>>);

- quel requisito si accerta mediante una dichiarazione sottoscritta dai soggetti che chiedono di accedere alla p.m.a. (art. 12, 3° co.: << Per l'accertamento dei requisiti di cui al comma 2 il medico si avvale di una dichiarazione sottoscritta dai soggetti richiedenti. In caso di dichiarazioni mendaci si applica l'articolo 76, commi 1 e 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445>>);

- non è possibile la raccolta del consenso se non con le modalità previste dall'art. 6 (art. 12, 4° co.: << Chiunque applica tecniche di procreazione medicalmente assistita senza avere raccolto il consenso secondo le modalità di cui all'articolo 6 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro>>).

Sugli << elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato in caso di richiesta di accesso alla procreazione medicalmente assistita>>, anche con riferimento a << le diverse tecniche impiegabili e le procedure/fasi operative di ciascuna tecnica>>, v. il d.m. 16 dicembre 2004, n. 336, in G.U., 21 febbraio 2005, n. 42.

Come già detto, in linea di principio la l. n. 40/2004 aveva vietato la crioconservazione degli embrioni (art. 14, 1° co.: i commi 2° e 3° sono stati dichiarati in parte costituzionalmente illegittimi da Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151) ma si era occupata di quelli formati (e conservati) prima della sua entrata in vigore.

A tal proposito, le disposizioni transitorie di cui all'art. 17 avevano previsto un'attività di raccolta dei dati riguardanti il numero di embrioni già prodotti prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina (<<1. Le strutture e i centri iscritti nell'elenco predisposto presso l'Istituto superiore di sanità ai sensi dell'ordinanza del Ministro della sanità del 5 marzo 1997, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 55 del 7 marzo 1997, sono autorizzati ad applicare le tecniche di procreazione medicalmente assistita, nel rispetto delle disposizioni della presente legge, fino al nono mese successivo alla data di entrata in vigore della presente legge./2. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, le strutture e i centri di cui al comma 1 trasmettono al Ministero della salute un elenco contenente l'indicazione numerica degli embrioni prodotti a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita nel periodo precedente la data di entrata in vigore della presente legge, nonché, nel rispetto delle vigenti disposizioni sulla tutela della riservatezza dei dati personali, l'indicazione nominativa di coloro che hanno fatto ricorso alle tecniche medesime a seguito delle quali sono stati formati gli embrioni. La violazione della disposizione del presente comma è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 25.000 a 50.000 euro>>) e l'adozione di un decreto ministeriale avente ad oggetto la definizione delle modalità e dei termini di conservazione di quegli embrioni (<<3. Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, le modalità e i termini di conservazione degli embrioni di cui al comma 2>>).

Era stato così emanato il decreto 4 agosto 2004 del Ministro della Salute, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", pubblicato in G.U. 26 agosto 2004 n. 200 (sugli effetti conseguenti a Corte cost., n. 151/2009, v. la relazione finale 8 gennaio 2010 della

Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di p.m.a. nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, in http://www.iss.it/binary/rpma/cont/08.Decreto_embrioni_abbandonati_n._200_del_4_Ago_2004.pdf).

Il decreto 4 agosto 2004:

- aveva distinto, all'art. 1, due diverse tipologie di embrioni crioconservati, quelli in attesa di un futuro impianto e quelli in stato di abbandono (<<1. Ai fini dell'art. 17, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, concernente norme in materia di procreazione medicalmente assistita, con il presente decreto si individuano due diverse tipologie di embrioni crioconservati: embrioni che sono in attesa di un futuro impianto; embrioni per i quali sia stato accertato lo stato di abbandono./2. Lo stato di abbandono di un embrione è accertato al verificarsi di una delle seguenti condizioni: a) il centro che effettua tecniche di procreazione medicalmente assistita acquisisce la rinuncia scritta al futuro impianto degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti prima della normativa attuale con seme di donatore e in assenza di partner maschile); b) il centro che effettua tecniche di procreazione medicalmente assistita documenta i ripetuti tentativi eseguiti, per almeno un anno, di ricontattare la coppia o la donna che ha disposto la crioconservazione degli embrioni; solo nel caso di reale, documentata impossibilità a rintracciare la coppia, l'embrione potrà essere definito come abbandonato>>);

- si era occupato all'art. 2 della crioconservazione delle due tipologie di embrioni (<<1. Gli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto sono crioconservati presso gli stessi centri dove le tecniche sono state effettuate./2. Gli embrioni definiti in stato di abbandono sono, invece, trasferiti dai centri di procreazione medicalmente assistita unicamente alla Biobanca Nazionale situata presso il Centro trasfusionale e di immunologia dei trapianti dell'Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico "Ospedale Maggiore" di Milano, ove sarà attivato in maniera centralizzata un centro di crioconservazione degli embrioni stessi>>; cfr. inoltre l'art. 3, d.m. cit. sui compiti dell'Istituto superiore di sanità);

- all'art. 3, aveva posto a carico dei centri di p.m.a. gli oneri derivanti dal congelamento e quelli derivanti dalla crioconservazione degli embrioni (<< Sono a carico di ciascun centro di procreazione medicalmente assistita gli oneri derivanti dal congelamento degli embrioni e gli oneri derivanti, in attesa di futuro impianto, dalla loro crioconservazione>>).

Il tema della crioconservazione degli embrioni << compresi tutti quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004>> era stato affrontato anche dalle linee guida del 2004 definite in attuazione dell'art. 7, l. n. 40/2004.

Dunque, pur consapevole del problema della sorte degli embrioni c.d. sovrannumerari crioconservati prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina (quando cioè la materia era regolata dai codici di deontologia medica e poteva accedere alla p.m.a. anche la donna single), il legislatore del 2004 non aveva previsto un termine entro il quale le coppie che avevano già fatto accesso alla p.m.a. avrebbero potuto (e dovuto, secondo lo schema dell'onere) chiedere il trasferimento di quegli embrioni (diversa la scelta fatta in altri Paesi e quella auspicata dalla risoluzione del Parlamento europeo concernente la fecondazione artificiale in "vivo" e in "vitro" approvata il 16 marzo 1989) né aveva riservato ad esse speciali modalità di accesso al trattamento o comunque disposizioni ad hoc, pur ipotizzando un loro interesse ad un "futuro impianto" (così il dm. 4 agosto 2004) degli embrioni crioconservati e per questo censiti ex art. 17, 2° co. (sugli embrioni in stato di abbandono, v. anche le linee guida).

In altri termini, anche per quelle coppie, certamente ammesse (a differenza delle donne single, stante il divieto di cui agli artt. 5 e 12, 2° co., l. cit.) ad accedere alla p.m.a. << nel rispetto delle disposizioni>> (art. 17, 1° co.) e dunque << alle condizioni e secondo le

modalità>> (art. 1, 1° co.) previste dalla l. n. 40/2004, vale(va) la nuova disciplina, finalizzata a << la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana>> nel rispetto de << i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito>> (così ancora l'art. 1, 1° co; sulla << tutela dell'embrione>>, v. gli artt. 13 e 14).

In assenza di speciali disposizioni (l'art. 17 si era limitato a prevedere il censimento degli embrioni già prodotti) ed in conformità al principio di irretroattività (art. 11, disp. prel., c.c.), non era invece applicabile a quelle coppie la nuova regola - pur priva di espressa sanzione - della irrevocabilità della volontà dopo il momento della fecondazione dell'ovulo (art. 6, 3° co., l. n. 40/2004), il che ha escluso in radice ogni problema di possibile conflitto tra doverosità della conclusione (o di una reiterazione) del trattamento di p.m.a. con trasferimento in utero degli embrioni già prodotti (anche in soprannumero) e diritto di autodeterminazione (sul punto, v. ora i dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 6, 3° co., espressi da Trib. Firenze, ord. 7 dicembre 2012, in Guida dir., 2013, 8, 20; ma vi è un diffuso consenso in dottrina circa l'inconfigurabilità di un trasferimento coattivo dell'embrione contro la volontà della donna).

Le coppie che avevano già ottenuto la formazione di embrioni (avessero o meno completato il trattamento c. 1 trasferimento in utero: e nel caso della coppia JJ - WW il trattamento si era concluso) erano quindi libere di decidere se richiedere l'impianto oppure no e di farlo senza un preciso termine fissato dal legislatore.

Ciò significa, da un lato, che il consenso espresso dalla coppia nel 1996, esauriti i propri effetti (salvi quelli riguardanti la conservazione degli embrioni), non era più valido ed efficace dopo la l. n. 40/2004 (e per la stessa crioconservazione presso il centro di p.m.a. in vista di un futuro impianto dopo la l. n. 40/2004 è stata chiesta - sia pure in termini di non rinuncia - una manifestazione di interesse) e, dall'altro, che per accedere alla p.m.a. dopo il 10 marzo 2004, anche solo al fine di attivare unicamente la fase di applicazione della FIVET consistente nel transfer (scongelo degli embrioni e trasferimento nella cavità uterina di quelli che riescono a sopravvivere: e non si trattava di una scelta scontata, soprattutto a distanza di molto tempo), i signori JJ. - WW avrebbero dovuto esprimere, congiuntamente e per iscritto, il c.d. consenso informato (la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di p.m.a., art. 6, 2° co.) una volta ricevute le informazioni che il medico, a norma dell'art. 6, 1° co., deve dare non solo << prima del ricorso>> ma anche << in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita>> (sull'informazione in vista del trasferimento in utero, sia pure in un contesto che vietava la crioconservazione e che è stato in parte modificato da Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cfr. anche l'art. 14, 5° co., rimasto inalterato e da ritenersi applicabile anche nelle ipotesi di scongelamento di embrioni: << 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>>).

Questa conclusione, a ben vedere, è alla base dell'ulteriore argomento difensivo svolto dalla ricorrente, ossia di quello che fa leva sulla sottoscrizione da parte dei coniugi del modulo contenente la dichiarazione di interesse ad un futuro impianto.

Dunque, se lo avessero voluto, i coniugi JJ. - WW avrebbero ben potuto chiedere l'applicazione della FIVET mediante l'impianto degli embrioni che erano stati formati in occasione dell'accesso alle tecniche di p.m.a. avvenuto nel 1996 ed in un ben diverso contesto normativo, quando cioè mancava una regolamentazione legislativa della materia della fecondazione assistita ed opera di supplenza era svolta dai codici deontologici. Questa richiesta avrebbe dovuto essere presentata a norma dell'art. 6, 3° co., l. n. 40/2004 (e del d.m. 16 dicembre 2004, n. 336), dopo aver ricevuto le informazioni previste dall'art. 6, 1°, 2° e 5° co. e - attese le peculiarità del caso - quelle di cui tratta l'art. 14, 5° co. (<< 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>>).

Il consenso espresso, la volontà manifestata dalla coppia nel 1996 non possono allora dirsi perduranti sino al 2012, e ciò non tanto a causa del lunghissimo lasso di tempo intercorso, ma perché quel consenso (che aveva reso possibile l'esecuzione ed il completamento del trattamento di p.m.a. nonché la crioconservazione degli embrioni residuali) aveva già prodotto i suoi effetti, effetti non del tutto coincidenti con quelli previsti dalla legge n. 40/2004 (è sufficiente rilevare che nel 1996 non operava il divieto di crioconservazione - cfr. l'art. 14 nella originaria formulazione - e che la regola dell'irrevocabilità del consenso - della volontà, dice il testo normativo - dopo la fecondazione dell'ovulo è stata introdotta dall'art. 6, 3° co., l. cit.), ed in ogni caso perché la coppia dopo il 10 marzo 2004 avrebbe dovuto esprimere per iscritto la volontà di accedere (nuovamente) alla p.m.a. (artt. 4, 2° co., lett. b), 5, 6, 8, 12).

14. - Sostiene la ricorrente che lei ed il marito hanno sempre espresso l'interesse al futuro impianto degli embrioni crioconservati, << a testimonianza della [...] ferma volontà mai interrotta di continuare quel percorso avviato nel 1996>> (cfr. il parere espresso dal Comitato di Bioetica: << Nel caso specifico, l'accesso alla p.m.a. era avvenuto all'epoca da parte di entrambi i coniugi ed il percorso intrapreso si era concluso con la generazione di embrioni in sovrannumero che, per scelta della coppia, sono rimasti crioconservati per molti anni. L'attuale richiesta della donna non configura quindi un accesso ex novo al procedimento di p.m.a. da parte di una persona singola, né una fecondazione post mortem, bensì il completamento di un percorso iniziato molti anni or sono quando il marito era ancora in vita>>), e che da ultimo ciò era stato manifestato per iscritto con la sottoscrizione in data 27 luglio 2010 del modulo B trasmesso dal Centro di p.m.a.

Il doc. 5 prodotto dalla ricorrente, e già richiamato dalla signora WW. nella domanda di trasferimento intrauterino presentata dopo la morte del marito, attesta in effetti che nel 2010 la coppia si era detta interessata al futuro impianto degli embrioni crioconservati dal 1996 presso il centro del Policlinico S. Orsola, ma una simile dichiarazione, già sotto il profilo del contenuto, non equivale a richiesta della coppia di applicazione della tecnica di p.m.a.: il suo unico effetto è quello di evitare che l'embrione sia considerato in stato di abbandono (art. 1, d.m. 4 agosto 2004) e di porre a carico dei "centri dove le tecniche sono state effettuate" l'obbligo (e gli oneri) della crioconservazione (artt. 2 e 3, d.m. 4 agosto 2004).

15. - La ricorrente ha osservato come il modulo B trasmesso dal Centro (e sottoscritto dalla coppia) riportasse un avviso (nota bene) secondo cui <<È sufficiente l'espressione di volontà della donna>> (v. il doc. 5).

Più in generale ha affermato che:

- il requisito soggettivo della presenza in vita di entrambi i componenti della coppia deve sussistere al momento della fecondazione dell'ovulo, mentre è irrilevante la successiva morte del marito o del compagno così come la revoca della volontà procreativa (la ricorrente richiama testualmente la motivazione di TAR Lazio, sez. III ter, 9 maggio 2005, n. 3452 riguardante le prime linee guida in materia di p.m.a., ossia quelle contenute nel d.m. 21 luglio 2004);

- l'art. 14, 1° co., l. cit. vieta la soppressione degli embrioni;

- l'art. 6, 3° co., l. cit. consente la revoca della volontà di accedere alle tecniche solo fino al momento della fecondazione dell'ovulo;

- le linee guida recitano testualmente che << La donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati>>.

In sintesi, sostiene la ricorrente, << se la volontà espressa congiuntamente dai coniugi può essere revocata solo fino alla fecondazione dell'ovulo, sembra evidente che una volta che l'embrione sia formato la donna possa procedere all'impianto dell'embrione. La morte del marito,

cioè, non inficia la procedura: se la sua revoca non è stata espressa da vivo, non si comprende perché la morte possa costituire causa automatica di revoca del consenso (o, addirittura, espressione - presunta - di tale volontà di revoca)>>.

16. - I rilievi così svolti dalla ricorrente non consentono l'accoglimento del ricorso.

17. - Nel caso di specie, il richiamo all'art. 14, 1° co., l. cit. non è significativo né decisivo: non si discute infatti di soppressione degli embrioni né di loro destinazione ad altri fini (di questo ultimo aspetto si occuperà la Corte costituzionale, avendo il Tribunale di Firenze - con riferimento al particolare caso di ricorrenti interessati a destinare gli "embrioni malati o comunque non biopsabili" a finalità di ricerca scientifica e biomedica - sollevato questione di legittimità costituzionale rispetto a varie disposizioni contenute negli artt. 6 e 13 della l. n. 40/2014 e riguardanti l'irrevocabilità del consenso e i limiti alla ricerca sugli embrioni: Trib. Firenze, ord. 7 dicembre 2012, in G.U., 17 luglio 2013, n. 29, in Guida dir., 2013, 8, 20; sul caso Parrillo contro Italia, ancora pendente, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 maggio 2013 - Ricorso n. 46470/11 - Parrillo c. Italia; il tema della irrevocabilità del consenso è esaminato anche da Trib. Roma, 19 luglio 2013, menzionata in Fam. dir., 2013, 1136 con la data 19 settembre 2013, che - in un particolarissimo caso di fecondazione eterologa realizzata all'estero con trasferimento in utero dell'embrione, preesistente e congelato, ottenuto c. 1 seme di un donatore in un momento in cui era insorta crisi coniugale - ha concluso nel senso del rigetto della domanda di disconoscimento di paternità; sulla diversa scelta operata dal parlamento britannico e sul bilanciamento tra interessi confliggenti, v. Corte europea diritti dell'uomo, 10 aprile 2007, n. 6339, in Nuova giur. civ. comm., 2007, 1238, e in Fam. pers. succ., 2007, 667).

Il sistema derivante dalla l. n. 40/2004 prevede infatti una diversa alternativa (la crioconservazione degli embrioni in attesa di un futuro impianto e quella degli embrioni orfani, come li chiama l'art. 5 del d.m. 4 agosto 2004): e non importa in questa sede approfondire i problemi irrisolti (v. supra par. 3) o quelli che potranno conseguire alla rimozione del divieto di fecondazione c.d. eterologa.

D'altronde, dopo l'entrata in vigore della l. n. 40/2004 i coniugi JJ. - WW (come gli altri coniugi o conviventi nella medesima situazione) erano liberi di richiedere o meno il trasferimento degli embrioni crioconservati.

18. - Gli argomenti tratti dalla motivazione di TAR Lazio, sez. III ter, 9 maggio 2005, n. 3452, e richiamati dalla ricorrente a sostegno della domanda, non sono attinenti ai peculiari problemi riguardanti il caso concreto.

Quella decisione, infatti, nel ravvisare un vuoto di disciplina (&& nulla dispone la legge&&) rispetto ad una fattispecie non contemplata dal legislatore (la morte dell'uomo dopo la formazione dell'embrione) e nell'espore il risultato in una interpretazione di più disposizioni (gli artt. 5, 6, 3° co., 12, 2° co., 14, 1° co., l. n. 40/2004), aveva analizzato il && caso in cui il marito o compagno deceda nel corso del procedimento fecondativo, ed in particolare dopo che l'embrione si sia formato&&: il tutto sul presupposto, implicito, che la coppia avesse fatto accesso alla p.m.a. nel rispetto della l. n. 40/2004, esprimendo una volontà irrevocabile dopo il momento della fecondazione dell'ovulo, e che, dunque, potesse al più ipotizzarsi l'eccezionale evenienza della crioconservazione ex art. 14, 3° co. in vista di un trasferimento && da realizzarsi non appena possibile&&.

Nel caso qui in esame, invece, si discute (non di un fatto - la morte del marito o del compagno - sopravvenuto nel corso di un procedimento fecondativo avviato dopo il 10 marzo 2004 e destinato a concludersi nell'arco di un breve tempo, ma) di un nuovo accesso alla p.m.a. (della richiesta di impianto di embrioni crioconservati formulata dalla sola vedova) dopo che un primo trattamento era già stato eseguito in tutte le sue fasi sino al trasferimento degli embrioni in utero (senza però ottenere la gravidanza) molti anni prima (più di quindici) ed in data anteriore a quella dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004.

Si riporta di seguito il par. 10 della sentenza con cui TAR Lazio aveva respinto per infondatezza i motivi di ricorso contro il d.m. 21 luglio 2004 proposti da una associazione rappresentativa degli interessi di centri e professionisti che svolgono attività di procreazione medicalmente assistita:

<<10. - Con l'ottavo motivo di ricorso si lamenta la mancata indicazione al medico del comportamento da tenere nel caso di crioconservazione di materiale genetico appartenente ad individuo non più vivente, e cioè, in particolare, nel caso in cui, tra il momento dell'inseminazione ed il momento di trasferimento in utero, uno dei partners sia deceduto. La censura è infondata, e probabilmente inammissibile se non altro per carenza di interesse, in quanto la soluzione sembra già rinvenibile da un'attenta esegesi della legge n. 40/04. È vero, infatti, che l'art. 5 di tale corpus normativo prevede come requisito soggettivo per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, tra l'altro, che i componenti della coppia siano entrambi viventi; ed è altrettanto vero che l'art. 12, II comma, commina una sanzione amministrativa a chi "applica" le predette tecniche a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi, ma nulla dispone la legge per il caso in cui il marito o compagno deceda nel corso del procedimento fecondativo, ed in particolare dopo che l'embrione si sia formato. Se si considera inoltre che l'art. 14, I comma, della legge in esame vieta la soppressione di embrioni, e che l'art. 6, III comma, stabilisce la inefficacia della revoca della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita dopo la fecondazione dell'ovulo, non può che desumersi, in via interpretativa, che il momento in cui deve sussistere il requisito soggettivo della presenza in vita di entrambi i componenti della coppia sia quello della fecondazione dell'ovulo, risultando irrilevante la successiva morte del marito o del compagno, al pari della revoca della volontà procreativa. Bene si intende come, anche in tale caso, prevale la tutela dell'embrione, i cui diritti sono espressamente assicurati dall'art. 1 della legge n. 40/04>> (TAR Lazio, sez. III ter, 9 maggio 2005, n. 3452).

Negli stessi termini si era espressa la di poco successiva pronuncia TAR Lazio, sez. III ter, 23 maggio 2005, n. 4047:

<<3.1. - Viene altresì allegato, sia pure in modo dubitativo, come "profilo di incertezza", il contrasto tra la legge che prevede l'obbligo di trasferimento in utero di tutti gli embrioni, e le Linee guida le quali ammettono l'incoercibilità dell'impianto, e conseguentemente la soppressione dell'embrione. L'assunto è infondato. Le Linee guida contengono, invero, una precisazione della legge n. 40/04, prevedendo nel titolo relativo alle "Misure di tutela dell'embrione" la non coercibilità dell'impianto nel caso in cui dall'indagine osservazionale vengano evidenziate gravi anomalie dell'embrione. Si afferma, in sostanza, in conformità del principio costituzionale secondo cui nessun atto medico può essere effettuato senza il consenso del paziente, la non coercibilità dell'impianto di embrione; in tale caso la coltura in vitro deve essere mantenuta fino al suo estinguersi. Quanto poi alla mancata specificazione delle cause di forza maggiore relative allo stato di salute della donna che consentono la crioconservazione dell'embrione fino alla data del trasferimento, cui fa riferimento l'art. 14, III comma, della legge n. 40/04, ritiene il Collegio che la stessa non sia tecnicamente possibile, se non altro in considerazione della imprevedibilità e varietà delle situazioni che possono verificarsi. Appare anzi inevitabile rimettere al prudente apprezzamento del "caso per caso" una siffatta valutazione medica, che, altrimenti, verrebbe inammissibilmente "irreggimentata" da una previsione, la quale non potrebbe che avere carattere indicativo. Ciò che appare chiara è la ratio legis: la limitazione a tre degli embrioni prodotti è direttamente consequenziale al divieto della crioconservazione; pertanto, dopo la fecondazione in vitro, gli embrioni devono essere trasferiti nell'utero materno. Siccome peraltro ciò avviene dopo un certo lasso temporale, nel quale potrebbe verificarsi qualche causa impeditiva del trasferimento, la legge prevede, in modo ragionevole, a tutela della vita dell'embrione, il suo congelamento, in attesa del possibile trasferimento.

3.2. - Non sussiste, ad avviso del Collegio, neppure il profilo di incongruenza, ravvisato nella mancata disciplina, da parte delle Linee guida, del caso in cui il partner maschile venga meno, una volta fecondato l'ovulo. Occorre al riguardo considerare che seppure l'art. 5 della legge n. 40/04 prevede come requisito soggettivo per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente

assistita che i componenti della coppia siano entrambi viventi, ed il successivo art. 12, II comma, commina anche una sanzione amministrativa a chi "applica" le predette tecniche a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi, pur tuttavia nulla è disposto per il caso in cui il marito o compagno deceda nel corso del procedimento fecondativo, ed in particolare dopo che l'embrione si sia formato. Se si considera inoltre che l'art. 14, I comma, della legge in esame vieta la soppressione di embrioni, e che l'art. 6, III comma, stabilisce l'inefficacia della revoca della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita dopo la fecondazione dell'ovulo, non può che desumersi, in via interpretativa, che il momento in cui deve sussistere il requisito soggettivo della presenza in vita di entrambi i componenti della coppia sia quello della fecondazione dell'ovulo, risultando irrilevante la successiva morte del marito o del compagno, al pari della revoca della volontà procreativa>>.

Va ricordato che dopo l'annullamento di TAR Lazio n. 3452/2005 pronunciato da Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2007, n. 1437, il ricorso contro le linee guida del 2004 è stato riesaminato (e accolto limitatamente ad un motivo non rilevante in questa sede) da TAR Lazio sez. III quater, 21 gennaio 2008, n. 398, che ha così deciso:

<< Infondato, invece, è l'ottavo motivo di ricorso con il quale la W. lamenta la mancata indicazione al medico del comportamento da tenere nel caso di crioconservazione di materiale genetico appartenente ad individuo non più vivente, vale a dire a soggetto deceduto tra il momento dell'inseminazione e quello del trasferimento in utero. L'articolo 5 della legge n. 40 del 2004, disciplinante i requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita stabilisce che possono accedervi coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi, mentre l'articolo 12, comma 2, della predetta legge, contenente divieti e sanzioni, prevede la comminatoria di una sanzione pecuniaria per l'ipotesi di applicazione delle tecniche in questione a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi. Le due previsioni normative richiamate però nulla dicono a proposito del caso in cui, una volta avviata la tecnica di procreazione medicalmente assistita, l'uomo deceda, soprattutto dopo la formazione dell'embrione. Intervengono, in tal caso, sia l'articolo 14, comma 1, della predetta legge, che vieta la soppressione degli embrioni sia l'articolo 6, comma 3, che prevede l'inefficacia della revoca della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita dopo la fecondazione dell'ovulo sicché deve ritenersi che la presenza in vita del partner o meglio dei componenti la coppia sia richiesta soltanto prima dell'inizio della procedura>>.

Ciò conferma che l'interpretazione accolta dal giudice amministrativo riguarda un caso - ossia quello del decesso dell'uomo intervenuto nel corso dell'applicazione della tecnica richiesta in conformità alla l. n. 40/2004 (dopo la fecondazione dell'ovocita) e prima del suo compimento (prima del trasferimento in utero dell'embrione o degli embrioni) - ben diverso da quello qui in esame.

La domanda proposta dalla signora WW è invece volta ad una nuova applicazione della tecnica, richiesta nel vigore della l. n. 40/2004 (a differenza della prima) dopo la morte del marito e a distanza di quindici anni dalla conclusione del precedente trattamento.

19. - Nel particolare caso in discussione l'argomento di parte ricorrente che fa leva sulla irrevocabilità del consenso mostra alcuni limiti e non appare persuasivo.

Non solo perché l'art. 6, 3° co., l. cit. è disposizione entrata in vigore dopo che i coniugi JJ. - WW avevano manifestato congiuntamente la volontà di sottoporsi al programma di procreazione assistita sottoscrivendo un modulo (compreso nella cartella clinica del 1996, prodotta dalla ricorrente come doc. 2) con il quale la coppia dichiarava fra l'altro: << Siamo informati di poterci ritirare da questo programma in ogni momento e per qualsiasi ragione e che abbiamo ricevuto tutte le informazioni fino ad oggi conosciute>>.

Ma anche, e soprattutto, perché nel caso di specie non si pone in senso proprio un problema di

revocabilità o meno del consenso (non ci si trova di fronte ad un contrasto tra i due membri della coppia), quanto piuttosto di permanenza in vita di uno dei membri della coppia (cioè del soggetto che aveva dato il consenso al trattamento poi concluso e alla crioconservazione degli embrioni soprannumerari, ma che non si era espresso a proposito di un nuovo impianto) nel momento in cui, mutato oltretutto il quadro normativo, viene nuovamente richiesta dall'altro membro l'applicazione della tecnica di p.m.a. (sia pure con l'immediato impianto degli embrioni crioconservati dal 1996 e dunque senza passare attraverso la fase della fecondazione dell'ovocita).

Sotto il primo profilo, si rileva che al tempo in cui i coniugi JJ. - WW fecero accesso alla fecondazione assistita i centri di p.m.a. si attevano al codice di deontologia medica del 1995 (v. in particolare l'art. 41: << Fecondazione assistita - La fecondazione assistita ha lo scopo precipuo di ovviare alla sterilità al fine legittimo della procreazione. Sono vietate nell'interesse del bene del nascituro: a) tutte le forme di maternità surrogata; b) forme di fecondazione artificiale al di fuori di coppie eterosessuali stabili; c) pratiche di fecondazione assistita in donne in menopausa non precoce; d) forme di fecondazione artificiale dopo la morte del partner./Inoltre è proscritta ogni pratica di procreazione assistita ispirata a pregiudizi razziali; non è consentita alcuna selezione del seme ed è bandito ogni sfruttamento commerciale, pubblicitario, industriale di gameti, embrioni e tessuti embrionali o fetali./Infine sono vietate pratiche di fecondazione assistita in studi, ambulatori o strutture sanitarie privi di idonei requisiti>>; doc. 6 di parte convenuta) e mancava una previsione legislativa che sancisse l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo. In quel contesto l'ordinanza 9 maggio 2000 del Tribunale di Bologna (qui richiamata a riprova della opinabilità della questione) aveva fondato la sua motivazione, fra l'altro, proprio sulla legittimità della revoca del consenso al trasferimento di embrioni crioconservati fatta dal marito separato: << il consenso alla procreazione artificiale è stato espresso nel presupposto e nella convinzione che il figlio sarebbe nato nell'ambito di una famiglia nella quale il nascituro avrebbe potuto godere e fruire dei suoi diritti costituzionalmente garantiti quale quello primario e fondamentale di avere una figura paterna e un riferimento per un integrale ed equilibrato sviluppo della sua personalità diritto garantito dall'art. 30 della nostra Costituzione. Imporre una paternità al (omissis...), in queste condizioni, costituirebbe una palese ed inammissibile violazione del suo diritto fondamentale ed alla procreazione come atto consapevole libero e responsabile e nel contempo integrerebbe una grave lesione e violazione dei diritti costituzionalmente garantiti del nascituro>> (in quel caso, dopo un primo trattamento FIVET con trasferimento in utero di embrioni non seguito da gravidanza i coniugi si erano separati e il marito si era opposto ad un nuovo trasferimento degli embrioni soprannumerari crioconservati, trasferimento chiesto invece dalla moglie dopo oltre cinque anni dal primo tentativo e dopo tre anni dalla separazione consensuale: Trib. Bologna, ord. 9 maggio 2000, in Corr. giur., 2001, 1216, e in Nuova giur. civ. comm. 2001, I, 475, era stata confermata da Trib. Bologna, ord. 26 giugno 2000, in Corr. giur., 2001, 9, 1221). Peraltro, anche di recente, e dunque nel vigore della l. n. 40/2004, il Tribunale di Bologna, con ord. 17 gennaio 2014 confermata dal collegio, ha ritenuto il consenso del marito necessario per attuare un nuovo trasferimento di embrioni, a distanza di anni dal precedente tentativo, ed ha concluso affermando che il dissenso del coniuge - in quel caso prossimo a chiedere la separazione - è di ostacolo all'accoglimento della richiesta di impianto fatta dalla sola donna).

È dunque difficile sostenere che la volontà espressa nel 1996 dal signor JJ. fosse irrevocabile, ed ancor più arduo ritenere che lo fosse dopo l'entrata in vigore della l. n. 40/2004, quando in realtà nessuna volontà è stata manifestata.

Sotto il secondo profilo si rileva che il signor JJ. non ha mai dato il consenso (non ha voluto e dunque chiesto che si procedesse) ad un nuovo impianto a distanza di molti anni dal primo (e tanto meno lo ha dato ad un impianto dopo la propria morte), mentre la richiesta da parte della signora WW è stata avanzata solo dopo la morte del marito.

Si è visto come la volontà espressa dalla coppia nel 1996 non fosse sottoposta ad una regola legale di irrevocabilità.

Si è altresì osservato che per accedere alla p.m.a. dopo l'entrata in vigore della l. n. 40/2004 la coppia avrebbe dovuto (anche nell'ipotesi di richiesta di impianto degli embrioni crioconservati: e non era una scelta obbligata né l'unica praticabile in caso di nuovo accesso alla p.m.a.) rivolgersi nuovamente al centro autorizzato manifestando la volontà richiesta dall'art. 6: si potrebbe discutere della sufficienza o meno della volontà della sola donna, ai fini dell'impianto degli embrioni già formati e conservati per anni, a fronte del mancato consenso dell'uomo (o della revocabilità o meno del consenso dopo una richiesta congiunta da parte dei coniugi), ma quel caso non si è verificato perché nessuna richiesta è stata fatta al Centro di p.m.a.

La richiesta della signora WW è stata presentata quando il marito era già deceduto, quando cioè non vi era più una coppia.

20. - Sostiene la ricorrente che i coniugi non hanno mai revocato il consenso all'impianto di embrioni e sono rimasti uniti finché la morte non li ha separati e che la sottoscrizione dei modelli B non comporta il venir meno del consenso già dato.

Ma la questione non riguarda la revoca del consenso espresso nel 1996: il problema nasce dal fatto che da allora, ed in particolare dopo l'entrata in vigore della l. n. 40/2004, i coniugi JJ. - WW non hanno espresso alcuna volontà in ordine al trasferimento degli embrioni.

21. - Su tali premesse non appare convincente il richiamo a quanto previsto dalle linee guida, adottate in base all'art. 7, l. n. 40/2004.

I dubbi circa la natura giuridica e le ambiguità nel rapporto con la fonte primaria erano già stati analizzati dalla dottrina a proposito delle linee guida del 2004.

Per quanto qui rileva, deve osservarsi che già le linee guida del 2004 adottate con d.m. 21 luglio 2004 contenevano - nella parte riguardante << crioconservazione degli embrioni: modalità e termini>> - l'affermazione secondo cui << la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati>> (<http://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/>)

Dopo le indicazioni riguardanti il << Trasferimento di gameti ed embrioni fra centri>> (<<1. in caso di trasferimento di gameti o embrioni è responsabilità del centro ricevente accertare l'esistenza del consenso dei soggetti da cui provengono i gameti e da cui sono stati generati gli embrioni all'uso e alla conservazione dei gameti e degli embrioni trasferiti;

2. in occasione del trasferimento fra centri, devono essere messe in atto procedure per preservare la qualità e la sicurezza dei gameti e degli embrioni. I centri di conservazione, trattamento e ricerca devono garantire il corretto trasferimento dei gameti ed embrioni>>) vi erano, appunto, quelle relative a << Crioconservazione degli embrioni: modalità e termini>>: << Si dovranno considerare due diverse tipologie di embrioni crioconservati: la prima, quella degli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto, compresi tutti quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, e la seconda, quella degli embrioni per i quali sia stato accertato lo stato di << abbandono>>. In entrambi i casi le spese da sostenere per il congelamento saranno a carico del Centro di procreazione medicalmente assistita. Si verificheranno condizioni diverse solo per la conservazione./Per definire lo stato di abbandono di un embrione si deve verificare una delle seguenti condizioni: a) il centro deve avere una rinuncia scritta al futuro impianto degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti con seme di donatore e in assenza di partner maschile, prima della normativa attuale) oppure b) il centro deve documentare i ripetuti tentativi eseguiti per almeno un anno di ricontattare la coppia o la donna in relazione agli embrioni crioconservati. Solo nel caso di reale, documentata impossibilità a rintracciare la coppia l'embrione potrà essere definito come abbandonato./La donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati./Tutti gli embrioni che sono in attesa di un futuro

impianto verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate e i relativi oneri sono carico dei medesimi centri./Gli embrioni che verranno definiti in stato di abbandono saranno crioconservati in maniera centralizzata con oneri a carico dello Stato./Per tutti gli embrioni al momento già crioconservati e per quelli che in eccezionali condizioni potrebbero essere conservati dall'entrata in vigore della presente legge ci si atterrà alle modalità di crioconservazione esposte nelle presenti linee guida>>.

Analoghe le indicazioni contenute nelle linee guida 2008 (decreto Ministero Salute 11 aprile 2008, in G.U., 30 aprile 2008; <http://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/>; http://www.iss.it/binary/lrpalcont104.linee_guida_legge_40_anno_2008_G.U.pdf).

Ad avviso della ricorrente, la previsione contenuta nelle linee guida consente l'accoglimento della domanda.

La convenuta propone invece una diversa interpretazione nel senso che, attesa la sua collocazione nella sezione dedicata a << Crioconservazione degli embrioni: modalità e termini>> (che segue quella su << Trasferimento di gameti ed embrioni fra centri>>), la proposizione in esame va intesa quale riferita al diritto della donna al trasferimento dell'embrione crioconservato in altro centro di conservazione, poiché non fa riferimento al trasferimento in utero, mentre i periodi immediatamente precedente e successivo quando trattano di trasferimento intrauterino parlano di impianto.

Anche a non voler accogliere la lettura proposta dalla convenuta, l'indicazione secondo cui << La donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati>> va in ogni caso ricondotta al sistema delineato dalla legge n. 40/2004, non potendo una fonte sottordinata regolare una fattispecie (e stabilire una disciplina) non prevista da (e incompatibile con) la regolamentazione introdotta da quella sovraordinata.

A quella proposizione non può darsi un valore assoluto: si finirebbe altrimenti per giungere ad un risultato sicuramente precluso dalla l. n. 40/2004, ossia quello di ritenere legittimo il trasferimento intrauterino su richiesta della "singola donna" (cfr. l'art. 1, 2° co., lett. a), d.m. 4 agosto 2004) degli embrioni prodotti prima della l. n. 40/2004, quando invece il legislatore italiano consente l'accesso alla p.m.a. solo alle coppie (la questione non muta nella prospettiva della c.d. fecondazione eterologa, su cui è intervenuta la Corte costituzionale con sentenza deliberata il 9 aprile 2004 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 4, 3° co., 9, 1° e 3° co., e 12, 1° co., l. 19 febbraio 2004, n. 40, di cui si attende la motivazione).

Le linee guida, il cui ambito di operatività è delimitato dall'art. 7, l. n. 40/2004, non possono dunque superare un divieto posto dalla legge né introdurre requisiti (oggettivi o soggettivi) di accesso alla p.m.a. non previsti dalla norma di rango superiore (sul rapporto tra decreto ministeriale di adozione delle linee guida e l. n. 40/2004, v. la già citata sentenza TAR Lazio sez. III quater, 21 gennaio 2008, n. 398).

Resta dunque da comprendere il senso di quanto riportato dalle linee guida. Ciò significa, fra l'altro, individuare il soggetto o i soggetti nei cui confronti l'affermato diritto al trasferimento vada fatto valere (e si può ipotizzare un contrasto c. 1 centro di p.m.a. o con l'uomo - coniuge o compagno - che ha fornito il seme, ad es. in relazione alla regola della c.d. irrevocabilità del consenso: ma vedi, fra i precedenti di merito prima citati, anche Trib. Bologna, ord. 17 gennaio 2014, confermata da Trib. Bologna, ord. 12 maggio 2012) e stabilire quale sia il tempo in cui quel diritto vada esercitato.

In ogni caso, ogni possibile interpretazione di quel passo delle linee guida non può che condurre ad un risultato compatibile con la disciplina posta dalla legge.

Ma se così è, rimane non superato l'ostacolo derivante dalla mancanza di una coppia nel momento

in cui la richiesta di trasferimento degli embrioni, crioconservati in occasione di un precedente (e remoto) trattamento, viene fatta dalla donna solo dopo la morte del marito o del compagno.

Indicazioni derivanti dalla dottrina e dalla giurisprudenza (sia pure in termini generali) sono favorevoli alla liceità del trasferimento quando la morte dell'uomo sopraggiunga nel corso dell'applicazione della tecnica richiesta congiuntamente dalla coppia. Ma il caso in esame, per le ragioni già illustrate nella descrizione dei fatti rilevanti, è del tutto diverso.

In conclusione, le linee guida non forniscono elementi a favore dell'accoglimento della domanda.

22. - Restano da esaminare gli argomenti di carattere più generale svolti dalla ricorrente in termini di bilanciamento degli interessi, tutela del diritto alla procreazione, interesse o diritto alla vita dell'embrione.

Ma quel bilanciamento di interessi è già stato operato dal legislatore (cfr. l'art. 1, l. n. 40/2004) laddove ha consentito l'accesso alla p.m.a. solo a coppie i cui componenti siano entrambi viventi (artt. 5, 12, 2° co., l. cit.), negandolo invece alla "singola donna" (questa l'espressione contenuta nel d.m. 4 agosto 2004) ed anche a quelle che avevano ottenuto, prima della l. n. 40/2004, embrioni prodotti con seme di donatore e in assenza di partner maschile.

Per altro verso, il legislatore aveva lasciato le coppie che versavano in una condizione analoga a quella dei signori JJ. - WW libere di scegliere se richiedere un nuovo impianto degli embrioni crioconservati oppure no.

In questa chiave, l'affermazione della ricorrente, secondo cui << la scelta della donna, anche dopo la morte del marito, di chiedere l'impianto dell'embrione... non può che essere tutelata dall'ordinamento giuridico in quanto volta proprio a dare prosecuzione alla vita dell'embrione; con ciò dando un senso alla crioconservazione ed evitando quello che ovunque è deprecato, ossia il suo abbandono>>, non appare convincente ai fini della soluzione del problema di diritto perché priva di riscontro normativo e contrastante c. 1 divieto di accesso alla p.m.a. da parte della donna single che avesse ottenuto embrioni prodotti e crioconservati prima della l. n. 40/2004.

Per altro verso, la chiara opzione del legislatore in ordine ai c.d. requisiti soggettivi non consente all'interprete di indagare (come aveva fatto ante legem da Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999 e con riferimento ad un fatto storico diverso da quello qui in esame) circa il fondamento dell'interesse del nascituro alla doppia figura genitoriale o la possibile coesistenza di diversi modelli familiari e di operare un contemperamento tra i diversi interessi confliggenti (indagine questa non influenzata dall'esito del giudizio di costituzionalità in tema di fecondazione c.d. eterologa, perché in quel caso vi è comunque una coppia di genitori richiedenti la p.m.a.).

Su tali premesse, appaiono irrilevanti le ragioni (ignote) che indussero i coniugi JJ. - WW a non chiedere l'impianto (rispetto al quale pure avevano manifestato un interesse per il futuro) così come le circostanze relative alla scomparsa del signor JJ. (in fatto è pacifico che il marito della ricorrente è morto dopo una lunga malattia).

23. - Mancando il *fumus boni iuris*, il ricorso va respinto.

24. - Peculiarità del caso concreto, mancanza di specifici precedenti, difficoltà della questione di diritto, portano a ravvisare giusti motivi per la compensazione delle spese.

PQM
P.Q.M.

Il Tribunale di Bologna, nel contraddittorio delle parti, ogni diversa domanda, istanza ed eccezione respinta:

- rigetta il ricorso;

- dichiara integralmente compensate tra le parti le spese processuali.

Si comunichi.

Bologna, 21 maggio 2014

Pubblicazione del 21 MAGGIO 2014

Utente: SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA SCUOLA

www.iusexplorer.it - 14.02.2022

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2022. Tutti i diritti riservati.