

## **SCHEMA PROVVEDIMENTO E SINTESI DELLA VICENDA**

**Tribunale di ROMA**

**Ord. ex art. 700 c.p.c. 15/01/2014**

**Giudice: Dr.ssa Filomena Albano**

**Ricorrenti: P. e C. con gli Avv.ti Filomena Gallo e Angioletto Calandrini**

\*\*\*

### **FATTO**

La Sig.ra XXXX risulta portatrice sana di distrofia muscolare di Becker, malattia genetica ereditata dal padre con un rischio di trasmettere tale patologia alla prole del 50% come certificato in atti del giudizio attraverso apposita consulenza genetica richiesta dai coniugi all'Università di Tor Vergata di Roma. Nell'agosto del 2012, la coppia scopriva di aspettare un figlio che, tuttavia, all'esito dell'esame dei villi coriali risultava affetto dalla suddetta patologia. La Sig.ra XXXXX doveva intraprendere il doloroso percorso d'interruzione della gravidanza. Considerati gli esiti negativi della prima gravidanza spontanea, i coniugi, al fine di avere un figlio ed escludere la trasmissione della patologia al feto nonché il conseguente trauma di un aborto terapeutico, si rivolgevano al Centro di Tutela della Salute della Donna e del Bambino S. Anna per potere accedere ad un trattamento di procreazione medicalmente assistita (PMA) e, nell'ambito di questa, alla diagnosi genetica preimpianto (PGD) in modo da ottenere informazioni sullo stato di salute dell'embrione prima del suo impianto in utero. Con comunicazione del 28/01/2013, il dirigente responsabile del Centro riteneva che la coppia, non risultando affetta da sterilità od infertilità, non poteva accedere ai trattamenti previsti ai sensi della L. 40/04 "*norme in materia di procreazione medicalmente assistita*". Pertanto, rifiutava di praticare i trattamenti richiesti. Avverso tale rifiuto i ricorrenti si rivolgevano al Tribunale con ricorso d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. ritenendo che attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della L.40/04 si potesse consentire l'accesso alle tecniche di PMA anche alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili al fine di poter eseguire indagini diagnostiche sull'embrione. A tal proposito evidenziavano che in un caso analogo la Corte Edu, il 28.08.2012 nel caso dei coniugi Costa e Pavan c./Italia, aveva accertato che lo Stato italiano nella parte in cui consentiva alle sole coppie sterili o infertili (o quelle in cui l'uomo è portatore di malattie virali trasmissibili, come da linee Guida 11.04.2008, n. 31639) l'accesso alle tecniche di PMA, aveva violato gli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e l'art. 14 (divieto di discriminazione) della CEDU. Ciò, secondo i ricorrenti, fatto emergere l'incoerenza del sistema normativo italiano che da un parte vieta l'impianto dei soli embrioni che sia risultati non affetti da malattia e dall'altro, consente alla donna di interrompere la gravidanza quando venga accertato che il feto risulti affetto dalla medesima patologia, con sproporzione dell'ingerenza del diritto nazionale rispetto alla vita privata e familiare della ricorrenti. I ricorrenti, pertanto, chiedevano al Giudice di ordinare d'urgenza al Centro convenuto di consentire l'accesso alle tecniche di PMA e nell'ambito di queste alla diagnosi genetica preimpianto, adottando ogni provvedimento opportuno e necessario in relazione al caso in esame mediante la disapplicazione dell'art. 4

co. 1 L. 40/04, per contrasto con gli artt. 8 e 14 Cedu, in forza dell'art. 6 co. 2 del Trattato di Lisbona e dell'integrazione del sistema Cedu nell'ordinamento comunitario. In via subordinata si chiedeva di sollevare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 commi 1e 2 e dell'art. 4 co. 1 L. 40/04 per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. e per violazione degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost. limitatamente alle parole “sterilità e infertilità”. Pertanto, le questioni sollevate dai ricorrenti riguardavano due distinti profili: a) da un lato, con riguardo al primo profilo l'art. 4 della L. 40/04, circoscrive il ricorso alle tecniche di PMA ai soli casi di sterilità ed infertilità della coppia, nonché, secondo le nuove linee guida dettate dal Ministero della Salute nel 2008 anche i casi in cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessa trasmissibili; b) con riguardo al secondo profilo, l'art. 13 della L. 40/04 contempla la c.d. diagnosi genetica preimpianto consistente nella identificazione di un'anomalia genetica dell'embrione attraverso tecniche di biologia molecolare, volta alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso.

\*\*\*\*

## IN DIRITTO

### A) Accesso alla diagnosi genetica preimpianto per identificazione di anomalia genetica trasmissibile al feto (artt. 13 Legge 40/04)

Con riguardo alla possibilità di ammettere l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto delle coppie di cui uno o entrambi i coniugi siano affetti o portatori sani di malattie genetiche trasmissibili al feto, ritiene il Tribunale di Roma, accogliendo le argomentazioni sostenute nel ricorso introduttivo, che ciò sia possibile attraverso una lettura dell'art. 13 della L. 40/04 costituzionalmente orientata peraltro già affermatasi in giurisprudenza. Pertanto con riferimento **all'art. 13 co. 1 (*divieto di sperimentazione su ciascun embrione umano*)** il Tribunale di Roma osserva come tale norma consenta la c.d. selezione preimpianto nell'ipotesi di rischio di trasmissione al feto di una grave patologia di cui risultino portatori i genitori, non ravvisando nella legge un divieto espresso di diagnosi genetica preimpianto (cfr. Trib. Cagliari ord. 24.09.2007, Trib. Firenze ord. 17.12.2007, Trib. Firenze ord. 11.07.2008, Trib. Firenze ord. 23.08.2008, Trib. Milano ord. 8.03.2009, Trib. Salerno ord. 9.01.2009) e condividendo, sostanzialmente, le argomentazioni ed i principi affermati dai giudici intervenuti ripetutamente sui vari aspetti controversi della materia rilevando: l'assenza di un esplicito divieto di PGD nella legge, la previsione di un consenso informato da parte delle coppie, la distinzione contemplata dalla medesima norma tra la ricerca scientifica e l'accertamento a fini terapeutici e diagnostici, finalizzato alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione, che impone di ritenere il divieto circoscritto alla sola finalità di ricerca; l'abrogazione, ad opera delle linee guida del 2008, della previsione originaria contenuta nelle linee guida del Ministero della Salute del 2004, secondo cui l'indagine sull'embrione doveva essere solo di tipo “osservazionale”, ed infine la necessità di un giusto bilanciamento tra l'integrità dell'embrione ed il diritto costituzionalmente garantito della donna alla salute affermato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 151 del 2009.

Per il Tribunale la diagnosi genetica preimpianto sarebbe indirettamente ammessa anche dall'art. 13 co. 2 della L. 40 che consente espressamente, quale eccezione al divieto posto dal co. 1 “*La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si persegano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso.*” e dal successivo art. 14 co. 5 che impone all'operatore sanitario di informare le parti sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire in utero. Dalla lettura congiunta delle due disposizioni emerge il diritto delle parti ad essere informate finalizzato a prestare il loro eventuale consenso all'impianto in utero della donna degli embrioni fecondati in vitro in forza del generale principio del consenso informato per ogni trattamento sanitario. Tale fondamentale diritto prevede non solo il diritto alla diagnosi degli embrioni ma altresì il diritto di rifiutare l'impianto degli embrioni malati. In questo modo si tutela sia il diritto all'autodeterminazione dei soggetti coinvolti, sia il diritto alla salute della gestante risultando evidente che embrioni affetti da gravi patologie genetiche potrebbero consentire di proseguire la gravidanza nella piena consapevolezza della donna, causare un aborto spontaneo o compromettere seriamente l'integrità psicofisica della stessa sottoponendola ad una forte pressione psicologica che potrebbe costringerla ad un'interruzione della gravidanza.

La legge inoltre non prevede alcuna preclusione alla selezione preimpianto poiché il divieto imposto dal 3 co. dello stesso art. 13 (*Sono, comunque, vietati: a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge; b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo*) è imposto al solo fine di impedire il perseguitamento di finalità eugenetiche consentendo le finalità diagnostiche e terapeutiche contemplate dal co. 2 in linea con quanto previsto dalla L. 194/78 che permette alla donna di procedere all'interruzione volontaria della gravidanza in tutti i casi in cui il parto o la maternità comportino un serio pericolo per la sua salute psicofisica o anche in relazione a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito. In tale prospettiva la selezione risulta del tutto eventuale in quanto la diagnosi può essere preordinata a ottenere informazioni non necessariamente finalizzate all'interruzione della gravidanza ma anche a consentire alla coppia e in particolare alla coppia una adeguata preparazione psicologica in relazione ai problemi del nascituro. Tale divieto risulterebbe di tutta evidenza illogico ed incongruente con il predetto sistema normativo ove si considerino i rischi altrettanto rilevanti per la salute della donna legati alla diagnosi prenatale (amniocentesi, villocentesi ecc.), tecnica invasiva e diffusa nella pratica ma perfettamente legittima nel bilanciamento degli interessi tutelati. Da ultimo la legittimità della diagnosi genetica preimpianto trova fondamento nella sentenza n. 151 del 2009 della Consulta che ha posto in primo piano la tutela della salute

psicofisica della donna ritenendo la tutela della salute dell'embrione non in senso assoluto ma in relazione all'individuazione di un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze della procreazione.

**B) Accesso alle tecniche di PMA per le coppie fertili ma portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili (art. 1 co. 1 e 2 e art. 4 co. 1 L. 40/04) Contrasto con (artt. 2, 3 e 32 Cost. nonché art. 117 Cost e artt. 8 e 14 Cedu)**

**Le previsioni della L. 40/04.**

L'art. 1 commi 1 e 2 della suddetta legge nel disciplinare le finalità poste dalle norme in materia di procreazione medicalmente assistita, prevedono: “*Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.*”. Con riguardo alla disciplina dell'accesso alle tecniche, l'art. 4 prevede che: “*Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico.*”. L'interpretazione letterale delle suddette disposizioni porterebbe a concludere che fuori dei casi espressamente contemplati (sterilità ed infertilità) non sarebbe consentito l'accesso alle tecniche di PMA.

**LE ARGOMENTAZIONI DEL GIUDICE**

Il giudice ritiene che le disposizioni di cui agli artt. 4 e art. 1 commi 1 e 2 della L. 40/04 che circoscrivono il ricorso alle tecniche ai soli casi di infertilità e sterilità, siano in contrasto con gli art. 2, 3 e 32 Cost. violino il diritto all'autodeterminazione nelle scelte procreative, il principio di uguaglianza, di ragionevolezza e il diritto alla salute, costringendo le coppie fertili, portatrici di malattia geneticamente trasmissibile, come nel caso in esame, ad instaurare una gravidanza naturale e successivamente a praticare un eventuale aborto. Ritiene, altresì, che le suddette disposizioni si pongano in contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. in relazione agli artt. 8 e 14 Cedu.

Al riguardo, evidenzia il giudice, come il Trib. Salerno con la sentenza del 9 gennaio 2009 in un caso simile abbia ritenuto di poter superare il dato letterale della L. 40/04 autorizzando una coppia non sterile né infertile ad accedere alle tecniche di PMA e alla diagnosi genetica preimpianto. Recentemente lo stesso Tribunale di Roma con ord. 26.09.2013 ha accolto l'istanza cautelare dei coniugi Costa e Pavan a sottoporsi alla PMA disapplicando l'art. 4 L. 40/04, in attuazione del “giudicato formale” formatosi a seguito della sentenza della Corte Edu resa tra le stesse parti in causa. Come già detto, a giudizio dei giudici di Strasburgo, il diritto dei coniugi di generare un figlio non affetto da malattia genetica di cui gli stessi sono portatori, rientra nell'ambito di operatività della tutela offerta dall'art. 8 Cedu costituendo un'espressione della vita

privata e familiare. La Corte Edu ha, infatti, censurato l'incoerenza del sistema legislativo italiano che da un lato ammette la possibilità di ricorrere all'aborto terapeutico ove il feto risulti malato, dall'altro non consente alle coppie portatrici di malattia genetica di accedere alle tecniche di PMA e conseguentemente alla PGD, esponendo in tal modo, la coppia ad una scelta dolorosa e a pericolo la salute della donna e del concepito. Tuttavia nel valutare la possibilità di superare il limite imposto dalla L. 40/04 attraverso la disapplicazione delle suddette disposizioni (artt. 1 commi 1 e 2 e art. 4 co. 1) o una lettura costituzionalmente orientata delle stesse, il giudice ritiene di non poter procedere in tale senso. **Con riguardo alla disapplicazione degli artt. 1 commi 1 e 2 e dell'art. 4 co. 1 per contrasto con le norme della Cedu, ritiene il Tribunale di Roma che le disposizioni della Cedu non possono essere assimilate al diritto comunitario non avendo, tale sistema pattizio, creato un ordinamento giuridico soprnazionale.** Pertanto pur risultando vincolante per lo Stato risulta non produttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno impedendo ai giudici nazionali di disapplicare le norme interne in contrasto. Anche a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione secondo cui “*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*” le norme Cedu avrebbero assunto il rango di norma sub-costituzionale cioè subordinate alla Costituzione ma sovraordinate alla legge per cui eventuali contrasti tra le norme interne e norme Cedu non porrebbero problemi di successioni di leggi nel tempo o valutazioni di collocazione gerarchica tra le stesse bensì questioni di legittimità costituzionale di cui dovrebbe conoscere la Corte Costituzionale per eventuale contrasto con l'art. 117 Cost. Pertanto il giudice ordinario non potendo disapplicare deve prima verificare se il contrasto risulti superabile in sede interpretativa adeguando la norma legislativa alla norma interposta (norma Cedu) e ove ciò non risulti possibile, deve sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna dinanzi alla Corte costituzionale rispetto all'art. 117 co. 1 Cost. Ritiene inoltre il Tribunale di Roma, di non poter procedere alla disapplicazione delle norme interne (artt. 1 commi 1 e 2 e art. 4 co. 1 L. 40/04) in contrasto con la Cedu neppure a seguito della ratifica del Trattato di Lisbona, in quanto pur risultando i principi della Cedu comuni a tutti gli Stati membri e pur avendo disposto l'art. 6 par. 2 del TUE che: “*L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*”, tale ultima statuizione rimarrebbe allo stato improduttiva di effetti non essendo ancora avvenuta l'adesione e quindi la “comunitarizzazione” della Cedu. Pertanto ha ritenuto il Giudice che i diritti fondamentali enunciati dalla Cedu siano parte della diritto UE quali principi generali, ma il contenuto di tali diritti non comporta che nel contrasto tra le suddette normative il giudice, dando prevalenza alle norme Cedu, debba procedere a disapplicare la normativa interna che risulti in contrasto con le stesse. Né ritiene il Giudice rimettente di poter superare per via interpretativa il contrasto tra le norme della L.40/04 summenzionate e gli artt. 2, 3 e 32 Cost. nonché con gli artt. 8 e 14 Cedu, stante il dato letterale che renderebbe “difficile” estendere, per via interpretativa, il ricorso alle tecniche di PMA anche alle coppie fertili ma portatrici di patologie geneticamente trasmissibili, quali i ricorrenti nel giudizio de quo, ai quali difetta l'elemento soggettivo. Ciò in quanto “*il ricorso alle tecniche di*

*procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità da causa accertata e certificata da atto medico*". Una tale opzione interpretativa restrittiva sarebbe, ad avviso del giudice, confortata anche dall'uso, nella disposizione in questione, del verbo "circoscrivere". Né a tal fine risulterebbe utile l'ampliamento del concetto di infertilità operato dalle nuove Linee Guida del Ministero della Salute (D.M. 11.04.2008, n. 31639). Secondo il Tribunale, sarebbe infatti diversa la condizione di un uomo malato o portatore di HIV, HCV o HBV, da quella di una coppia fertile portatrice di una patologia genetica trasmissibile. Il primo si troverebbe nella impossibilità di avere un rapporto sessuale senza correre il rischio di infettare la partner o il feto, mentre per la coppia non sussisterebbe alcun rischio di contagio connesso alla procreazione.

Pertanto il giudice, attesa la rilevanza della questione, rilevato che i ricorrenti sono una coppia fertile, attesa la prima gravidanza spontanea interrotta con aborto terapeutico, il rischio di trasmettere la patologia genetica ereditaria, distrofia muscolare di Becker, al figlio con probabilità del 50% come da certificazione medica in atti del giudizio, attesa anche l'età della diagnosi e la necessità di dover applicare la L. 40/04, ha ritenuto non manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 1 commi 1 e 2 e dell'art. 4 co. 1 L. 40/04 attesa l'irragionevolezza e l'illogicità di tali disposizioni rispetto agli artt. 2, 3 e 32 Cost. nonché dell'art. 117 co. 1 Cost. in relazione agli articoli 8 e 14 Cedu

\*\*\*\*

### CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il Tribunale di Roma ritiene dunque fondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 1 commi 1 e 2 e dell'art. 4 co. 1 L. 40/04:

- A) Quanto al contrasto con l'art. 2 Cost. poichè tra i diritti soggettivi inviolabili vi è il diritto della coppia a un figlio "sano" e il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative. Tale diritto sarebbe irrimediabilmente leso dalla limitazione del ricorso alle tecniche di PMA da parte di coppie che, pur non sterili o inferti, rischiano però concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie genetiche trasmissibili di cui sono portatori. Tale limite risulta una ingerenza nella vita della coppia come stabilito anche dall'art. 8 Cedu nell'interpretazione fornita dalla Corte Edu nel caso Costa e Pavan c.Italia;
- B) L'esclusione della PMA delle coppie fertili portatrici di patologia trasmissibile risulta in contrasto con l'art. 3 Cost., inteso come principio di ragionevolezza, quale corollario del principio di uguaglianza comportando la conseguenza irragionevole, paradossale ed incoerente di costringere queste coppie, desiderose di avere un figlio non affetto dalla patologia di cui, nel caso di specie, i ricorrenti ben conoscono gli effetti, di avere una gravidanza naturale e ricorrere alla scelta tragica dell'aborto terapeutico del feto, consentita dalla L. 194/78. Gli artt. 1 commi 1 e 2 e l'art. 4 co. 1 L. 40/04 risultano quindi in contrasto

con l'art. 3 cost., inteso come necessaria coerenza interna dell'ordinamento giuridico italiano, atteso che da un lato la L. 194/78 permette, nel caso in cui il feto risulti affetto da gravi patologie, l'aborto terapeutico, che potrebbe avere conseguenze ben più gravi per la salute psicofisica della donna rispetto alla selezione dell'embrione successiva alla PGD, dall'altro la L. 40/04 impedisce alle coppie fertili il ricorso alla PMA, presupposto per accedere alla diagnosi genetica preimpianto. Il divieto di accesso alla PMA risulta altresì in contrasto con l'art. 3 Cost. sotto il profilo della discriminazione delle coppie fertili, portatrici di malattia geneticamente trasmissibile, rispetto alle coppie sterili o infertili (o in cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili), che invece possono ricorrere alle tecniche di PMA;

- C) Quanto al contrasto con l'art. 32 Cost. sotto il profilo della tutela della salute della donna, costretta per realizzare il desiderio di mettere al mondo un figlio non affetto da patologia, a una gravidanza naturale e a un eventuale aborto terapeutico, con conseguente aumento di rischi per la salute fisica e compromissione della integrità psichica, a causa della scelta dolorosa di procedere eventualmente alla interruzione volontaria della gravidanza, in assenza di un adeguato bilanciamento tra la tutela della salute della donna e quella dell'embrione;
- D) Quanto all'art. 117 co. 1 in relazione all'art. 8 della Cedu atteso che consentire l'aborto terapeutico in fattispecie simili al caso de quo che ha conseguenze ben più gravi nella sfera psicofisica della donna rispetto alla diagnosi genetica preimpianto, esclude la funzionalità del divieto imposto dall'art. 4 della L. 40/04 che si risolve nell'incoraggiamento del ricorso all'aborto del feto, rispetto allo scopo perseguito dalla legge, consistente nella tutela del nascituro, traducendosi in un'indebita ingerenza nella vita privata e familiare dei ricorrenti che deve ritenersi non proporzionale e non necessaria alla protezione dei diritti dei ricorrenti;
- E) Gli artt. 1 commi 1 e 2 e l'art. 4 co. 1 L. 40/04 risultano altresì in contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 14 Cedu, sotto il profilo della discriminazione delle coppie fertili, portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, rispetto alle coppie sterili o infertili o in cui l'uomo risulti affetto da patologie sessualmente trasmissibili, che invece possono ricorrere alle tecniche di PMA in base alla legge e conseguentemente accedere alla PGD, quest'ultima ritenuta lecita in base alla interpretazione costituzionalmente orientata dell'art 13 della L. 40/04 operata dal giudice rimettente.