

TRIBUNALE DI BOLOGNA
PRIMA SEZIONE CIVILE
Nella causa n. 7167/10 R.G.
ORDINANZA

Il giudice,

sentiti i difensori;

richiamati atti e documenti di causa;

analizzate le questioni controverse;

rilevato che i ricorrenti insistono nella domanda, con autorizzazione al Centro medico per effettuare il protocollo, alla luce della sentenza Corte cost., n. 162/2014, mentre la difesa della convenuta si riporta alle conclusioni di cui alla comparsa;

osserva quanto segue.

1.

Il contrasto tra le parti era insorto a seguito del rifiuto opposto dal Centro Medico Tecnobios Procreazione di Bologna (che fa capo alla società convenuta, Tecnobios Procreazione s.r.l.) di eseguire un trattamento di procreazione medicalmente assistita (PMA) in vitro di tipo eterologo, ossia con donazione di gameti (nel caso di specie, di gameti maschili) da parte di un soggetto estraneo alla coppia richiedente.

La controversia riguardava dunque la possibilità per i ricorrenti di accedere alla tecnica di fecondazione assistita richiesta, obiettivamente l'unica idonea, nel caso concreto, a rimuovere le cause di sterilità o infertilità (cfr. l'art. 1, 2° co., l. 19 febbraio 2004, n. 40).

2.

La posizione assunta dal Centro Tecnobios era giustificata dalle disposizioni della legge 19 febbraio 2004, n. 40 che nel suo testo originario vietava espressamente il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (art. 4, 3° co.), puniva con una sanzione amministrativa pecuniaria la condotta di chiunque utilizzasse a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente (ma non i componenti della coppia, art. 12, commi 1° e 8°), disponeva la sospensione dall'esercizio professionale del sanitario condannato per quell'illecito (art. 12, 9° co.).

Peraltro, la n. 40/2004 sin dalla sua entrata in vigore regola, sul piano degli effetti, anche il caso in cui una coppia abbia avuto un figlio grazie alla donazione di gameti (questo l'art. 9 nella sua originaria formulazione: <<Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre. 1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. / 2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. / 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi>>).

Si era osservato in dottrina come l'art. 4, 3° co., l. cit. vietasse la fecondazione con gameti di un donatore terzo ma non l'impianto di embrioni già prodotti.

3.

Nel corso del procedimento è sopravvenuto un fatto nuovo.

Dopo l'ordinanza interlocutoria 22 maggio 2012, n. 150, con decisione deliberata il 9 aprile 2014 la Corte costituzionale, ravvisata la fondatezza delle questioni di legittimità sollevate dai Tribunali di Firenze, di Milano e di Catania, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 4, 3° co., 9, commi 1° e 3° e 12, 1° co. della legge 19 febbraio 2004, n. 40, relativi al divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita (in questi termini si era espresso il comunicato ufficiale diramato dall'ufficio stampa della Consulta lo stesso 9 aprile 2014, all'esito della camera di consiglio).

Più precisamente, come emerso dopo il deposito della motivazione avvenuto il 10 giugno 2014, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale:

1) dell'art. 4, 3° co., l. cit., <<nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili>>;

2) dell'art. 9, 1° co., l. cit., <<limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»>>;

3) dell'art. 9, 3° co., l. cit. <<limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»>>;

4) dell'art. 12, 1° co., l. cit., <<nei limiti di cui in motivazione>>.

4.

Si fa qui integrale rinvio alla motivazione di Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 (di seguito si richiameranno, ove opportuno, alcuni paragrafi del <<considerato in diritto>>).

In estrema sintesi, il giudice delle leggi ha affermato che il divieto assoluto posto dalla l. n. 40/2004, <<privo di adeguato fondamento costituzionale>> e tale da incidere su beni protetti dagli artt. 2, 3 e 31 cost. e dall'art. 32 cost., è contrario al canone di razionalità dell'ordinamento.

5.

La sentenza è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 18 giugno 2014.

Le norme di legge dichiarate illegittime hanno cessato di avere efficacia dal giorno successivo (art. 136 cost.).

6.

Così radicalmente mutato il quadro normativo, è venuto meno l'ostacolo (altrimenti insuperabile in via interpretativa) all'accoglimento della domanda.

7.

Prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004 i trattamenti di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo erano eseguiti, e soggetti ad una sia pur frammentaria regolamentazione, anche in Italia, nei centri privati.

Lo ricorda la stessa Corte costituzionale, dopo aver osservato che la l. n. 40/2004 incide su una molteplicità di interessi di rango costituzionale (cfr. già Corte cost., 26 maggio 2005, n. 205; Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151; ma v. anche n. 347/1998); che il bilanciamento tra questi interessi spetta in primo luogo alla valutazione del legislatore, soggetta ad ogni modo al sindacato di costituzionalità; che il divieto di ricorrere a tecniche di PMA di tipo eterologo <<non costituisce [...] il frutto di una scelta consolidata nel tempo, in quanto è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico proprio dal censurato art. 4, comma 3>>.

Si rimanda al par. 5 della motivazione della sentenza in esame, nel quale si richiamano le circolari ministeriali 1 marzo 1985, 27 aprile 1987, 10 aprile 1992 e l'ordinanza ministeriale 5 marzo 1997.

8.

Una volta annullata con efficacia ex tunc (ossia retroattiva) la norma di cui all'art. 4, 3° co., l. n. 40/2004 (e le altre che la presuppongono), la tecnica di PMA eterologa torna ad essere una pratica lecita.

9.

La Corte costituzionale ha avuto cura nel ribadire che quella di tipo eterologo è una specie di tecnica appartenente allo stesso genere (la procreazione medicalmente assistita) delle altre, di tipo omologo: dunque, va anch'essa ricondotta al quadro normativo delineato dalla l. 19 febbraio 2004, n. 40.

In altri termini, la PMA di tipo eterologo è oggi una delle tecniche consentite per realizzare le finalità previste dalla l. 19 febbraio 2004, n. 40 (cfr. l'art. 1, l. cit.).

Ciò significa, in primo luogo, che interventi di PMA di tipo eterologo possono essere realizzati solo nelle strutture autorizzate (artt. 10, 11, 12, 5° co., l. cit.) e nel rispetto delle disposizioni della l. n. 40/2004 concernenti i presupposti o requisiti oggettivi (art. 4, 1°) e soggettivi (art. 5) e dei principi di gradualità e del consenso informato (art., 4, 2° co.).

Sul punto, si vedano anche i rilievi svolti da Corte cost. n. 162/2004 (par. 11.1).

10.

Per altro verso, la Corte costituzionale, esaminando un'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato in rappresentanza e difesa del Presidente del Consiglio dei Ministri, ha affermato con chiarezza che l'accoglimento delle questioni di costituzionalità non avrebbe determinato alcuna reviviscenza delle circolari o ordinanze emesse dal Ministero (allora)

della Sanità prima che il legislatore intervenisse a disciplinare la materia dalla PMA: si rimanda al par. 10 della motivazione di Corte cost., n. 162/2014.

11.

Lo stretto intreccio (<<inestricabile correlazione>>) tra i profili concernenti l'ammissibilità ed il merito delle questioni sollevate dai giudici remittenti ha portato la Corte costituzionale ad approfondire il tema su cui si incentrava una delle eccezioni di inammissibilità formulate dall'Avvocatura Generale dello Stato: quello degli incolmabili <<vuoti normativi>> determinati dall'eventuale accoglimento delle censure di costituzionalità.

Il problema del possibile (parziale) <<vuoto normativo>> conseguente ad una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 4, 3° co., l. n. 40/2014, ritenuto invero insussistente dai ricorrenti sin dalle prime difese (si richiamano le articolate osservazioni in atti), era stato da tempo discusso anche dalla dottrina italiana (si rimanda all'ampio dibattito innescato da Corte EDU, sez. I, 1 aprile 2010, n. 57813/00, S.H e altri c. Austria, poi riformata dalla Grande Camera con sentenza 3 novembre 2011, e dalla pronuncia dalle ordinanze di rimessione emesse tra il 2010 e il 2011 dai Tribunali di Firenze, Catania e Milano, cui aveva fatto seguito Corte cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150).

Si era così formulato l'auspicio che, nell'ipotesi di accoglimento delle questioni di legittimità, la Corte costituzionale non si limitasse ad un intervento puramente demolitorio, ma fornisse ulteriori indicazioni anche sulla scorta delle tracce di derivazione europea, e che il potere legislativo intervenisse a completare il quadro normativo (già la Corte di Strasburgo, con la decisione CEDU, sez. I, 1 aprile 2010, n. 57813/00, aveva affermato che devono essere presi sul serio i rischi conseguenti all'abuso delle nuove tecniche di PMA così come il problema del contemperamento degli interessi concorrenti dei donatori e del concepito, questioni tutte che <<spetta in primo luogo al legislatore nazionale valutare>>).

12.

Caduto ora il divieto di ricorrere alla PMA di tipo eterologo, vi sono aspetti sui quali, come già rilevato da Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 (v. il par. 12), dovrà intervenire un decreto ministeriale, vincolante per tutte le strutture autorizzate (art. 7, 1° e 2° co., l. n. 40/2004), di aggiornamento delle linee guida <<contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita>> (le ultime, emanate nel 2008, sono addirittura anteriori alla declaratoria di illegittimità pronunciata da Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151) oppure il legislatore. Lo stesso giudice delle leggi ha indicato, ad esempio, i profili riguardanti il numero delle donazioni (<<In relazione al numero delle donazioni è, poi, possibile un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto>>: così Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162) e quello dell'accesso ai dati del donatore in deroga alla regola dell'anonimato (regola da ritenersi oggi operante nell'ipotesi di PMA con donazione di gameti, in applicazione della disciplina di carattere generale della donazione di tessuti e cellule umani: art., 14, d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191).

Questo secondo profilo è correlato alla questione del diritto all'identità genetica del nato a seguito dell'applicazione di tecnica di PMA con donazione di gameti: a tal proposito, Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 ha ricordato la soluzione legislativa raggiunta in materia di adozione (art. 28, 7° co., l. 4 maggio 1983, n. 184, come sostituito dall'art. 177, 2° co., d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196) e l'invito al legislatore contenuto nella sentenza 22 novembre 2013, n. 278 che ha dichiarato illegittimo l'art. 28, l. n. 184/1983 nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, 1° co., d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione.

E' ancora irrisolto il problema della sorte degli embrioni crioconservati c.d. soprannumerari.

Allo stato, risulta che solo la Regione Toscana abbia emesso un atto (amministrativo) conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, e dunque all'inefficacia, dell'art. 4, 3° co., l. n. 40/2004.

In definitiva, su ogni questione ritenuta rilevante, non solo <<in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica>> (art. 7, 3° co., l. cit.) ma anche alle prospettive aperte da Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, le competenti autorità potranno intervenire adottando le soluzioni più opportune in

considerazione degli interessi dei soggetti coinvolti, e dunque anche di quello che trae origine dalla PMA con donazione di gameti.

13.

Ai fini della risoluzione della controversia, e dunque della decisione da assumere nello specifico caso concreto, dopo Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 non si ravvisano ostacoli all'accertamento del diritto affermato dai ricorrenti, ossia quello di accedere alla PMA di tipo eterologo, e che secondo l'interpretazione accolta dalla Corte costituzionale inerisce alla libertà fondamentale della coppia destinataria della l. n. 40/2004 di formare una famiglia con dei figli. Dichiarando infondata l'eccezione di inammissibilità relativa al paventato <<vuoto normativo>>, la Corte costituzionale è stata chiara nell'escludere <<nella specie>> (ossia, con riferimento ai casi concreti sottoposti alla sua attenzione, del tutto assimilabili a quello qui in esame) l'esistenza di incolmabili lacune concernenti la regolamentazione essenziale (<<i>profili di più pregnante rilievo>>) dell'accesso alla PMA con donazione di gameti, sia quanto ai presupposti che quanto agli effetti.

Al contrario, essa ha affermato, da un lato, che <<nella specie sono [...] identificabili più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo, anche perché il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li ha opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi>> e, dall'altro, che <<non>> vi sono <<incertezze in ordine all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica in oggetto>>.

Si rimanda alla motivazione di Corte cost., n. 162/2014, paragrafi 10, 11, 11.1, 12.

Non è un caso che, al contrario di quanto avvenuto, ad esempio, nella vicenda culminata con la già citata sentenza in tema di adozione e anonimato della madre biologica (Corte cost., n. 278/2013), il giudice delle leggi non abbia demandato al legislatore il compito di introdurre apposite disposizioni volte ad eliminare eventuali lacune insuscettibili di essere colmate dai giudici, in via di interpretazione, e, ove ammissibile, anche dalla pubblica amministrazione, ed abbia invece espressamente rimarcato le differenze tra i diversi esiti del giudizio di legittimità costituzionale (v. il par. 11 della motivazione di Corte cost., n. 162/2014; da ultimo, l'intervento del legislatore è stato sollecitato, in altra materia, anche da Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170).

14.

Le osservazioni svolte dalla Corte costituzionale sono convincenti, non solo per l'autorevolezza della fonte e la speciale posizione che essa occupa, ma anche per la puntualità dei riferimenti normativi.

Sulla disciplina applicabile invero si era soffermata, nel corso di questo procedimento, la difesa dei ricorrenti anche con ulteriori richiami: oltre al d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191, recante «Attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/23/CE del 31 marzo 2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani», v. ad es., il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 16, recante «Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani»; il d.lgs. 30 maggio 2012, n. 85, che ha modificato ed integrato il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 16; il decreto del Ministero della salute 10 ottobre 2012, che disciplina «Modalità per l'esportazione o l'importazione di tessuti, cellule e cellule riproduttive umani destinati ad applicazioni sull'uomo».

E' agevole dunque individuare le norme della l. n. 40/2004 direttamente applicabili anche ai casi di accesso alla PMA con donazione di gameti (v. in particolare gli artt. 1, 2° co., 4, 1° co., 5, 1° co., 6, 7, 9, 11, 12, 2°, 3°, 4° 5° e 6°), mentre per gli ulteriori profili da quelle norme non direttamente regolati può farsi riferimento, in via interpretativa, alla <<disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie>> (così Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162).

Sull'applicazione alla donazione di cellule riproduttive delle disposizioni adottate in attuazione della direttiva 2004/23/CE (concernente la definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la

donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani), v. il d. lgs. 6 novembre 2007, n. 191 che, fra l'altro, ha stabilito il principio secondo cui la donazione di tessuti e cellule è volontaria e gratuita (art. 12), ha disposto che <<l'approvvigionamento di tessuti o cellule umani è consentito solo se sono soddisfatti tutti i requisiti previsti dalla normativa vigente in ordine al consenso informato o all'espressione di volontà o all'autorizzazione alla donazione>> (art. 13), ha previsto la regola dell'anonimato (art. 14: <<Protezione dei dati e tutela della riservatezza. - 1. Tutti i dati, comprese le informazioni genetiche, raccolti ai sensi delle disposizioni vigenti e del presente decreto ed ai quali abbiano accesso terzi, sono resi anonimi in modo tale che né il donatore né il ricevente siano identificabili [...]>>), ha dettato regole in tema di selezione, valutazione e approvvigionamento.

Ai fini del d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 16 si intendono per cellule riproduttive <<tutti i tessuti e le cellule destinati ad essere utilizzati ai fini della riproduzione assistita, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di procreazione medicalmente assistita>> (art. 2, d.lgs. cit.). Nei limiti della compatibilità, in ipotesi di PMA con donazione di gameti (salva l'introduzione di una nuova e specifica disciplina) troveranno dunque applicazione le vigenti disposizioni in tema di donazione di cellule riproduttive anche se non proveniente da un partner (si applicheranno dunque i criteri di selezione del donatore di tessuti e/o di cellule e si eseguiranno gli esami di laboratorio richiesti per i donatori in generale), ma pur sempre nel rispetto dei requisiti soggettivi fissati dall'art. 5, l. n. 40/2004 (cfr. l'art. 2, 1° co., lett. b), d. lgs., n. 16/2010). Dunque, l'accesso alla PMA rimane riservato alle coppie formate da soggetti maggiorenni di sesso diverso, coniugati o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

Il d.m. 10 ottobre 2012 (v. l'art. 1, commi 1° e 4°, lett. b)) disciplina anche l'importazione e l'esportazione di <<gameti ed embrioni destinati ad essere utilizzati ai fini della riproduzione assistita nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di procreazione medicalmente assistita>>, disposizioni che oggi non contemplano più il divieto di PMA con donazione di gameti.

I centri italiani autorizzati alla PMA rientrano nel novero degli istituti dei tessuti (v. già l'art. 3, 1° co., lett. q), d.lgs. n. 191/2007), tenuti ad istituire e conservare un apposito registro delle loro attività (v. l'art. 10, d. lgs. ult. cit., anche con riferimento al registro nazionale degli istituti dei tessuti).

L'applicazione della tecnica di tipo eterologo non comporta modifica sostanziale dell'attività da parte delle strutture autorizzate a realizzare interventi di procreazione medicalmente assistita, posto che quella tecnica rientra nel genere della PMA.

Sono attesi adeguamenti normativi non dipendenti dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4, 3° co., l. n. 40/2004. Non risulta emanato il regolamento previsto dall'art. 9, d. lgs. 30 maggio 2012, n. 85 (modifica degli allegati al d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 16). Si attende il recepimento della direttiva 2012/39/UE della Commissione, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani (la comunicazione dell'avvio della procedura d'infrazione n. 2014/0386 è stata notificata il 23 luglio 2014: v. http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0279&tipo=documenti_seduta&pag=allegato_a#).

Ciò non toglie che debba darsi attuazione al diritto riconosciuto da Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, applicando laddove necessario le norme in materia di donazione di tessuti o cellule.

Nessuna incertezza può sorgere in ordine allo status del nato da PMA eterologa (è figlio della coppia che ha espresso la volontà di accedere alla PMA) e all'assenza di relazione parentale rispetto al donatore di gameti. Oltre al novellato art. 8, l. n. 40/2004, si veda l'art. 9, 3° co., che nella sua attuale formulazione così dispone: <<In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi>> (estranea al tema qui in esame è la particolarissima vicenda trattata da Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014).

A garanzia del nascituro, una volta divenuto persona, erano già previste le speciali misure di cui all'art. 9, 1° e 2° co. (divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre) nel segno della autoresponsabilità di chi accede alla PMA.

Restano fermi il divieto di commercializzazione di gameti o embrioni e il divieto di surrogazione di maternità (art. 12, 6° co., l. n. 40/2004) ed il divieto di selezione a scopo eugenetico degli embrioni o dei gameti (art. 13, 3° co., lett. b)) (v. anche il passaggio di Corte cost., n. 162/2014 al par. 9).

Le strutture autorizzate sono in ogni caso tenute a rispettare i principi del codice di deontologia medica (v. in particolare l'art. 44) e le più aggiornate ed accreditate conoscenze tecnico-scientifiche in materia di PMA con donazione di gameti.

La centralità del rapporto tra medico e coppia richiedente (v. in particolare l'art. 6, l. 40/2004 e la rilevanza dell'espressione di volontà sulla base di una adeguata informazione) e la regola di fondo in materia di pratica terapeutica, secondo cui <<deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali>>, erano già state rimarcate da Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, con richiamo anche ai precedenti Corte cost. n. 282/2002 e n. 338/20043 (e sul punto ritorna Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162).
15.

In conclusione, si ravvisa il fumus boni iuris necessario all'accoglimento della domanda.

Come pacifico e documentato, infatti, i ricorrenti si trovano nella condizione prevista dall'art. 4, 1° co., l. n. 40/2004 (i ricorrenti, coniugati dal 2002, sono coppia infertile ai sensi della l. n. 40/2004: v. sub doc. 2 la relazione medica e gli allegati che documentano lo stato di azoospermia).

Come pacifico in atti, in questa situazione l'unico rimedio possibile è il ricorso a tecniche di fecondazione assistita con donazione di gameti maschili.

La coppia aveva già fatto ricorso alla tecnica di PMA di tipo eterologo in Svizzera, ma i vari tentativi non avevano avuto successo.

La società convenuta gestisce una struttura privata autorizzata a realizzare tecniche di PMA di terzo livello.

Sussiste il periculum in mora richiesto dall'art. 700 c.p.c., avuto riguardo alla tecnica di PMA richiesta, all'età della ricorrente (ultraquarantenne) in relazione al tempo decorso e a quello necessario per un giudizio ordinario, alla natura del diritto fatto valere dai ricorrenti.

La domanda cautelare è volta alla rimozione di un limite stabilito dalla l. n. 40/2004 nella sua originaria formulazione ed ora venuto meno. Pertanto, il rimedio di tutela viene congegnato in termini autorizzatori previa statuizione di accertamento. Ne consegue l'obbligo della convenuta di attuare la prestazione richiesta dai ricorrenti nel rispetto delle disposizioni sopra richiamate ed in conformità alle migliori ed accertate pratiche mediche.

Allo stato non risultano aggiornate le linee guida definite col decreto ministeriale 11 aprile 2008 (in G.U., 30 aprile 2008, serie generale, n. 101) né introdotte in materia di PMA altre norme, regolamentari o primarie.

Le parti si atterranno ad eventuali disposizioni che dovessero sopravvenire.

16.

Ogni altra questione è assorbita.

17.

Peculiarità del caso e posizione assunta da parte convenuta giustificano la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Visti gli artt. 700 e 669 octies c.p.c.,

vista Corte cost., 10 giugno 2014, n. 152,

dichiara il diritto dei ricorrenti a ricorrere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo secondo le migliori e accertate pratiche mediche;

autorizza la società convenuta ad applicare la tecnica richiesta dalla coppia ricorrente nel rispetto delle disposizioni richiamate in motivazione e delle più aggiornate ed accreditate conoscenze tecnico-scientifiche in materia di PMA con donazione di gameti;

dichiara interamente compensate le spese processuali.

Si comunichi.

Bologna, 14.8.2014

Il giudice
Antonio Costanzo

ORDINANZA

Il giudice,
sentiti i difensori;
richiamati atti e documenti di causa;
analizzate le questioni controverse;
rilevato che i ricorrenti, richiamata la sentenza Corte cost., n. 162/2014, insistono nelle conclusioni di merito (v. il foglio allegato al verbale), mentre parte resistente ha chiesto dichiararsi l'estinzione del giudizio;
osserva quanto segue.

1.

Il contrasto tra le parti era insorto a seguito del rifiuto opposto dal Centro Medico S.I.S.Me.R di Bologna (che fa capo alla società convenuta, S.I.S.Me.R. s.r.l.) di eseguire un trattamento di procreazione medicalmente assistita (PMA) in vitro di tipo eterologo, ossia con donazione di gameti (nel caso di specie, di ovociti) da parte di un soggetto estraneo alla coppia richiedente. La controversia riguardava dunque la possibilità per i ricorrenti di accedere alla tecnica di fecondazione assistita richiesta, obiettivamente l'unica idonea, nel caso concreto, a rimuovere le cause di sterilità o infertilità (cfr. l'art. 1, 2° co., l. 19 febbraio 2004, n. 40).

2.

La posizione assunta dal Centro Medico S.I.S.Me.R. era giustificata dalle disposizioni della legge 19 febbraio 2004, n. 40 che nel suo testo originario vietava espressamente il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (art. 4, 3° co.), puniva con una sanzione amministrativa pecuniaria la condotta di chiunque utilizzasse a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente (ma non i componenti della coppia, art. 12, commi 1° e 8°), disponeva la sospensione dall'esercizio professionale del sanitario condannato per quell'illecito (art. 12, 9° co.).

Peraltro, la n. 40/2004 sin dalla sua entrata in vigore regola, sul piano degli effetti, anche il caso in cui una coppia abbia avuto un figlio grazie alla donazione di gameti (questo l'art. 9 nella sua originaria formulazione: <<Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre. 1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. / 2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. / 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi>>).

Si era osservato in dottrina come l'art. 4, 3° co., l. cit. vietasse la fecondazione con gameti di un donatore terzo ma non l'impianto di embrioni già prodotti.

3.

Nel corso del procedimento è sopravvenuto un fatto nuovo.

Dopo l'ordinanza interlocutoria 22 maggio 2012, n. 150, con decisione deliberata il 9 aprile 2014 la Corte costituzionale, ravvisata la fondatezza delle questioni di legittimità sollevate dai Tribunali di Firenze, di Milano e di Catania, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 4, 3° co., 9, commi 1° e 3° e 12, 1° co. della legge 19 febbraio 2004, n. 40, relativi al divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita (in questi termini si era espresso il comunicato ufficiale diramato dall'ufficio stampa della Consulta lo stesso 9 aprile 2014, all'esito della camera di consiglio).

Più precisamente, come emerso dopo il deposito della motivazione avvenuto il 10 giugno 2014, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale:

1) dell'art. 4, 3° co., l. cit., <<nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili>>;

2) dell'art. 9, 1° co., l. cit., <<limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»>>;

3) dell'art. 9, 3° co., l. cit. <<limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»>>;

4) dell'art. 12, 1° co., l. cit., <<nei limiti di cui in motivazione>>.

4.

Si fa qui integrale rinvio alla motivazione di Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 (di seguito si richiameranno, ove opportuno, alcuni paragrafi del <<considerato in diritto>>).

In estrema sintesi, il giudice delle leggi ha affermato che il divieto assoluto posto dalla l. n. 40/2004, <<privo di adeguato fondamento costituzionale>> e tale da incidere su beni protetti dagli artt. 2, 3 e 31 cost. e dall'art. 32 cost., è contrario al canone di razionalità dell'ordinamento.

5.

La sentenza è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 18 giugno 2014.

Le norme di legge dichiarate illegittime hanno cessato di avere efficacia dal giorno successivo (art. 136 cost.).

6.

Così radicalmente mutato il quadro normativo, è venuto meno l'ostacolo (altrimenti insuperabile in via interpretativa) all'accoglimento della domanda.

7.

Prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004 i trattamenti di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo erano eseguiti, e soggetti ad una sia pur frammentaria regolamentazione, anche in Italia, nei centri privati.

Lo ricorda la stessa Corte costituzionale, dopo aver osservato che la l. n. 40/2004 incide su una molteplicità di interessi di rango costituzionale (cfr. già Corte cost., 26 maggio 2005, n. 205; Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151; ma v. anche n. 347/1998); che il bilanciamento tra questi interessi spetta in primo luogo alla valutazione del legislatore, soggetta ad ogni modo al sindacato di costituzionalità; che il divieto di ricorrere a tecniche di PMA di tipo eterologo <<non costituisce [...] il frutto di una scelta consolidata nel tempo, in quanto è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico proprio dal censurato art. 4, comma 3>>.

Si rimanda al par. 5 della motivazione della sentenza in esame, nel quale si richiamano le circolari ministeriali 1 marzo 1985, 27 aprile 1987, 10 aprile 1992 e l'ordinanza ministeriale 5 marzo 1997.

8.

Una volta annullata con efficacia ex tunc (ossia retroattiva) la norma di cui all'art. 4, 3° co., l. n. 40/2004 (e le altre che la presuppongono), la tecnica di PMA eterologa torna ad essere una pratica lecita.

9.

La Corte costituzionale ha avuto cura nel ribadire che quella di tipo eterologo è una specie di tecnica appartenente allo stesso genere (la procreazione medicalmente assistita) delle altre, di tipo omologo: dunque, va anch'essa ricondotta al quadro normativo delineato dalla l. 19 febbraio 2004, n. 40.

In altri termini, la PMA di tipo eterologo è oggi una delle tecniche consentite per realizzare le finalità previste dalla l. 19 febbraio 2004, n. 40 (cfr. l'art. 1, l. cit.).

Ciò significa, in primo luogo, che interventi di PMA di tipo eterologo possono essere realizzati solo nelle strutture autorizzate (artt. 10, 11, 12, 5° co., l. cit.) e nel rispetto delle disposizioni della l. n. 40/2004 concernenti i presupposti o requisiti oggettivi (art. 4, 1°) e soggettivi (art. 5) e dei principi di gradualità e del consenso informato (art., 4, 2° co.).

Sul punto, si vedano anche i rilievi svolti da Corte cost. n. 162/2004 (par. 11.1).

10.

Per altro verso, la Corte costituzionale, esaminando un'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato in rappresentanza e difesa del Presidente del Consiglio dei Ministri, ha affermato con chiarezza che l'accoglimento delle questioni di costituzionalità non avrebbe determinato alcuna reviviscenza delle circolari o ordinanze emesse dal Ministero (allora)

della Sanità prima che il legislatore intervenisse a disciplinare la materia dalla PMA: si rimanda al par. 10 della motivazione di Corte cost., n. 162/2014.

11.

Lo stretto intreccio (<<inestricabile correlazione>>) tra i profili concernenti l'ammissibilità ed il merito delle questioni sollevate dai giudici remittenti ha portato la Corte costituzionale ad approfondire il tema su cui si incentrava una delle eccezioni di inammissibilità formulate dall'Avvocatura Generale dello Stato: quello degli incolmabili <<vuoti normativi>> determinati dall'eventuale accoglimento delle censure di costituzionalità.

Il problema del possibile (parziale) <<vuoto normativo>> conseguente ad una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 4, 3° co., l. n. 40/2014, ritenuto invero insussistente dai ricorrenti sin dalle prime difese (si richiamano le articolate osservazioni in atti), era stato da tempo discusso anche dalla dottrina italiana (si rimanda all'ampio dibattito innescato da Corte EDU, sez. I, 1 aprile 2010, n. 57813/00, S.H e altri c. Austria, poi riformata dalla Grande Camera con sentenza 3 novembre 2011, e dalla pronuncia dalle ordinanze di rimessione emesse tra il 2010 e il 2011 dai Tribunali di Firenze, Catania e Milano, cui aveva fatto seguito Corte cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150).

Si era così formulato l'auspicio che, nell'ipotesi di accoglimento delle questioni di legittimità, la Corte costituzionale non si limitasse ad un intervento puramente demolitorio, ma fornisse ulteriori indicazioni anche sulla scorta delle tracce di derivazione europea, e che il potere legislativo intervenisse a completare il quadro normativo (già la Corte di Strasburgo, con la decisione CEDU, sez. I, 1 aprile 2010, n. 57813/00, aveva affermato che devono essere presi sul serio i rischi conseguenti all'abuso delle nuove tecniche di PMA così come il problema del contemperamento degli interessi concorrenti dei donatori e del concepito, questioni tutte che <<spetta in primo luogo al legislatore nazionale valutare>>).

12.

Caduto ora il divieto di ricorrere alla PMA di tipo eterologo, vi sono aspetti sui quali, come già rilevato da Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 (v. il par. 12), dovrà intervenire un decreto ministeriale, vincolante per tutte le strutture autorizzate (art. 7, 1° e 2° co., l. n. 40/2004), di aggiornamento delle linee guida <<contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita>> (le ultime, emanate nel 2008, sono addirittura anteriori alla declaratoria di illegittimità pronunciata da Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151) oppure il legislatore. Lo stesso giudice delle leggi ha indicato, ad esempio, i profili riguardanti il numero delle donazioni (<<In relazione al numero delle donazioni è, poi, possibile un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto>>: così Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162) e quello dell'accesso ai dati del donatore in deroga alla regola dell'anonimato (regola da ritenersi oggi operante nell'ipotesi di PMA con donazione di gameti, in applicazione della disciplina di carattere generale della donazione di tessuti e cellule umani: art., 14, d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191).

Questo secondo profilo è correlato alla questione del diritto all'identità genetica del nato a seguito dell'applicazione di tecnica di PMA con donazione di gameti: a tal proposito, Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 ha ricordato la soluzione legislativa raggiunta in materia di adozione (art. 28, 7° co., l. 4 maggio 1983, n. 184, come sostituito dall'art. 177, 2° co., d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196) e l'invito al legislatore contenuto nella sentenza 22 novembre 2013, n. 278 che ha dichiarato illegittimo l'art. 28, l. n. 184/1983 nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, 1° co., d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione.

E' ancora irrisolto il problema della sorte degli embrioni crioconservati c.d. soprannumerari.

Allo stato, risulta che solo la Regione Toscana abbia emesso un atto (amministrativo) conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, e dunque all'inefficacia, dell'art. 4, 3° co., l. n. 40/2004.

In definitiva, su ogni questione ritenuta rilevante, non solo <<in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica>> (art. 7, 3° co., l. cit.) ma anche alle prospettive aperte da Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, le competenti autorità potranno intervenire adottando le soluzioni più opportune in

considerazione degli interessi dei soggetti coinvolti, e dunque anche di quello che trae origine dalla PMA con donazione di gameti.

13.

Ai fini della risoluzione della controversia, e dunque della decisione da assumere nello specifico caso concreto, dopo Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 non si ravvisano ostacoli all'accertamento del diritto affermato dai ricorrenti, ossia quello di accedere alla PMA di tipo eterologo, e che secondo l'interpretazione accolta dalla Corte costituzionale inerisce alla libertà fondamentale della coppia destinataria della l. n. 40/2004 di formare una famiglia con dei figli. Dichiarando infondata l'eccezione di inammissibilità relativa al paventato <<vuoto normativo>>, la Corte costituzionale è stata chiara nell'escludere <<nella specie>> (ossia, con riferimento ai casi concreti sottoposti alla sua attenzione, del tutto assimilabili a quello qui in esame) l'esistenza di incolmabili lacune concernenti la regolamentazione essenziale (<<i>profili di più pregnante rilievo>>) dell'accesso alla PMA con donazione di gameti, sia quanto ai presupposti che quanto agli effetti.

Al contrario, essa ha affermato, da un lato, che <<nella specie sono [...] identificabili più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo, anche perché il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li ha opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi>> e, dall'altro, che <<non>> vi sono <<incertezze in ordine all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica in oggetto>>.

Si rimanda alla motivazione di Corte cost., n. 162/2014, paragrafi 10, 11, 11.1, 12.

Non è un caso che, al contrario di quanto avvenuto, ad esempio, nella vicenda culminata con la già citata sentenza in tema di adozione e anonimato della madre biologica (Corte cost., n. 278/2013), il giudice delle leggi non abbia demandato al legislatore il compito di introdurre apposite disposizioni volte ad eliminare eventuali lacune insuscettibili di essere colmate dai giudici, in via di interpretazione, e, ove ammissibile, anche dalla pubblica amministrazione, ed abbia invece espressamente rimarcato le differenze tra i diversi esiti del giudizio di legittimità costituzionale (v. il par. 11 della motivazione di Corte cost., n. 162/2014; da ultimo, l'intervento del legislatore è stato sollecitato, in altra materia, anche da Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170).

14.

Le osservazioni svolte dalla Corte costituzionale sono convincenti, non solo per l'autorevolezza della fonte e la speciale posizione che essa occupa, ma anche per la puntualità dei riferimenti normativi.

Sulla disciplina applicabile invero si era soffermata, nel corso di questo procedimento, la difesa dei ricorrenti anche con ulteriori richiami: oltre al d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191, recante «Attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/23/CE del 31 marzo 2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani», v. ad es., il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 16, recante «Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani»; il d.lgs. 30 maggio 2012, n. 85, che ha modificato ed integrato il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 16; il decreto del Ministero della salute 10 ottobre 2012, che disciplina «Modalità per l'esportazione o l'importazione di tessuti, cellule e cellule riproduttive umani destinati ad applicazioni sull'uomo».

E' agevole dunque individuare le norme della l. n. 40/2004 direttamente applicabili anche ai casi di accesso alla PMA con donazione di gameti (v. in particolare gli artt. 1, 2° co., 4, 1° co., 5, 1° co., 6, 7, 9, 11, 12, 2°, 3°, 4° 5° e 6°), mentre per gli ulteriori profili da quelle norme non direttamente regolati può farsi riferimento, in via interpretativa, alla <<disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie>> (così Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162).

Sull'applicazione alla donazione di cellule riproduttive delle disposizioni adottate in attuazione della direttiva 2004/23/CE (concernente la definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la

donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani), v. il d. lgs. 6 novembre 2007, n. 191 che, fra l'altro, ha stabilito il principio secondo cui la donazione di tessuti e cellule è volontaria e gratuita (art. 12), ha disposto che <<l'approvvigionamento di tessuti o cellule umani è consentito solo se sono soddisfatti tutti i requisiti previsti dalla normativa vigente in ordine al consenso informato o all'espressione di volontà o all'autorizzazione alla donazione>> (art. 13), ha previsto la regola dell'anonimato (art. 14: <<Protezione dei dati e tutela della riservatezza. - 1. Tutti i dati, comprese le informazioni genetiche, raccolti ai sensi delle disposizioni vigenti e del presente decreto ed ai quali abbiano accesso terzi, sono resi anonimi in modo tale che né il donatore né il ricevente siano identificabili [...]>>), ha dettato regole in tema di selezione, valutazione e approvvigionamento.

Ai fini del d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 16 si intendono per cellule riproduttive <<tutti i tessuti e le cellule destinati ad essere utilizzati ai fini della riproduzione assistita, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di procreazione medicalmente assistita>> (art. 2, d.lgs. cit.). Nei limiti della compatibilità, in ipotesi di PMA con donazione di gameti (salva l'introduzione di una nuova e specifica disciplina) troveranno dunque applicazione le vigenti disposizioni in tema di donazione di cellule riproduttive anche se non proveniente da un partner (si applicheranno dunque i criteri di selezione del donatore di tessuti e/o di cellule e si eseguiranno gli esami di laboratorio richiesti per i donatori in generale), ma pur sempre nel rispetto dei requisiti soggettivi fissati dall'art. 5, l. n. 40/2004 (cfr. l'art. 2, 1° co., lett. b), d. lgs., n. 16/2010). Dunque, l'accesso alla PMA rimane riservato alle coppie formate da soggetti maggiorenni di sesso diverso, coniugati o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

Il d.m. 10 ottobre 2012 (v. l'art. 1, commi 1° e 4°, lett. b)) disciplina anche l'importazione e l'esportazione di <<gameti ed embrioni destinati ad essere utilizzati ai fini della riproduzione assistita nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di procreazione medicalmente assistita>>, disposizioni che oggi non contemplano più il divieto di PMA con donazione di gameti.

I centri italiani autorizzati alla PMA rientrano nel novero degli istituti dei tessuti (v. già l'art. 3, 1° co., lett. q), d.lgs. n. 191/2007), tenuti ad istituire e conservare un apposito registro delle loro attività (v. l'art. 10, d. lgs. ult. cit., anche con riferimento al registro nazionale degli istituti dei tessuti).

L'applicazione della tecnica di tipo eterologo non comporta modifica sostanziale dell'attività da parte delle strutture autorizzate a realizzare interventi di procreazione medicalmente assistita, posto che quella tecnica rientra nel genere della PMA.

Sono attesi adeguamenti normativi non dipendenti dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4, 3° co., l. n. 40/2004. Non risulta emanato il regolamento previsto dall'art. 9, d. lgs. 30 maggio 2012, n. 85 (modifica degli allegati al d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 16). Si attende il recepimento della direttiva 2012/39/UE della Commissione, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani (la comunicazione dell'avvio della procedura d'infrazione n. 2014/0386 è stata notificata il 23 luglio 2014: v. http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0279&tipo=documenti_seduta&pag=allegato_a#).

Ciò non toglie che debba darsi attuazione al diritto riconosciuto da Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, applicando laddove necessario le norme in materia di donazione di tessuti o cellule.

Nessuna incertezza può sorgere in ordine allo status del nato da PMA eterologa (è figlio della coppia che ha espresso la volontà di accedere alla PMA) e all'assenza di relazione parentale rispetto al donatore di gameti. Oltre al novellato art. 8, l. n. 40/2004, si veda l'art. 9, 3° co., che nella sua attuale formulazione così dispone: <<In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi>> (estranea al tema qui in esame è la particolarissima vicenda trattata da Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014).

A garanzia del nascituro, una volta divenuto persona, erano già previste le speciali misure di cui all'art. 9, 1° e 2° co. (divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre) nel segno della autoresponsabilità di chi accede alla PMA.

Restano fermi il divieto di commercializzazione di gameti o embrioni e il divieto di surrogazione di maternità (art. 12, 6° co., l. n. 40/2004) ed il divieto di selezione a scopo eugenetico degli embrioni o dei gameti (art. 13, 3° co., lett. b)) (v. anche il passaggio di Corte cost., n. 162/2014 al par. 9).

Le strutture autorizzate sono in ogni caso tenute a rispettare i principi del codice di deontologia medica (v. in particolare l'art. 44) e le più aggiornate ed accreditate conoscenze tecnico-scientifiche in materia di PMA con donazione di gameti.

La centralità del rapporto tra medico e coppia richiedente (v. in particolare l'art. 6, l. 40/2004 e la rilevanza dell'espressione di volontà sulla base di una adeguata informazione) e la regola di fondo in materia di pratica terapeutica, secondo cui <<deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali>>, erano già state rimarcate da Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, con richiamo anche ai precedenti Corte cost. n. 282/2002 e n. 338/20043 (e sul punto ritorna Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162).

15.
In conclusione, si ravvisa il fumus boni iuris necessario all'accoglimento della domanda.

Come pacifico e documentato, infatti, i ricorrenti si trovano nella condizione prevista dall'art. 4, 1° co., l. n. 40/2004 (i ricorrenti, conviventi dal 2002 e coniugati dal 2007, sono coppia infertile ai sensi della l. n. 40/2004, come certificato dai sanitari dell'Ospedale di Padova: il coniuge femmina, infatti, è affetta da menopausa precoce; le terapie farmacologiche attuate dal settembre 2006 non avevano dato il risultato sperato ed i medici avevano sconsigliato di proseguirle).

Come pacifico in atti, in questa situazione l'unico rimedio possibile è il ricorso a tecniche di fecondazione assistita con donazione di ovociti.

La coppia aveva già fatto ricorso alla tecnica di PMA di tipo eterologo. A seguito di intervento realizzato in Spagna, nel 2008 la coppia ha avuto un figlio.

La società convenuta gestisce una struttura privata autorizzata a realizzare tecniche di PMA di terzo livello.

Sussiste il periculum in mora richiesto dall'art. 700 c.p.c., avuto riguardo alla tecnica di PMA richiesta, all'età della ricorrente (ultraquarantenne) in relazione al tempo decorso e a quello necessario per un giudizio ordinario, alla natura del diritto fatto valere dai ricorrenti.

La domanda cautelare è volta alla rimozione di un limite stabilito dalla l. n. 40/2004 nella sua originaria formulazione ed ora venuto meno. Pertanto, il rimedio di tutela viene congegnato in termini autorizzatori previa statuizione di accertamento. Ne consegue l'obbligo della convenuta di attuare la prestazione richiesta dai ricorrenti nel rispetto delle disposizioni sopra richiamate ed in conformità alle migliori ed accertate pratiche mediche.

Allo stato non risultano aggiornate le linee guida definite col decreto ministeriale 11 aprile 2008 (in G.U. 30 aprile 2008, serie generale, n. 101) né introdotte in materia di PMA altre norme, regolamentari o primarie.

Le parti si atterranno ad eventuali disposizioni che dovessero sopravvenire.

16.

Ogni altra questione è assorbita.

17.

Peculiarità del caso e posizione assunta da parte convenuta giustificano la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Visti gli artt. 700 e 669 octies c.p.c.,

vista Corte cost., 10 giugno 2014, n. 152,

dichiara il diritto dei ricorrenti a ricorrere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo secondo le migliori e accertate pratiche mediche;

autorizza la società convenuta ad applicare la tecnica richiesta dalla coppia ricorrente nel rispetto delle disposizioni richiamate in motivazione e delle più aggiornate ed accreditate conoscenze tecnico-scientifiche in materia di PMA con donazione di gameti;

dichiara interamente compensate le spese processuali.

Si comunichi.

Bologna, 14.8.2014

Il giudice
Antonio Costanzo