

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

**- Sezione Terza ter -
- sentenza n. 4047/2005**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione Terza Ter

Composto dai Magistrati:

Francesco CORSARO Presidente

Silvestro Maria RUSSO Componente

Stefano FANTINI Componente relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 12320 del 2004 Reg. Gen. proposto da Unità di Medicina della Riproduzione, Piccola Soc. Coop. a r.l., con sede in Catania, in persona del legale rappresentante pro tempore dr. A.G., da Centro Procreazione Assistita Demetra S.r.l., con sede in Firenze, in persona del legale rappresentante pro tempore dr.ssa E. C. e da C.M.C. – Centro Medico Cerva – Studio Professionale Associato, con sede in Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore dr.ssa M. C., tutti rappresentati e difesi dagli Avv.ti Maria Paola Costantini e Sebastiano Papandrea, elettivamente domiciliati in Roma, alla Via Poggio Moiano n. 23 (presso lo studio dell'Avv. Maria Paola Costantini);

CONTRO

Ministero della Salute, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso ope legis dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è pure legalmente domiciliato in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12;

e con l'intervento ad adiuvandum

- della IVF and Genetics S.r.l., con sede in Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Filomena Gallo, ed elettivamente domiciliata in Roma, al Viale Giulio Cesare n. 61, presso lo studio dell'Avv. Maria Paola Costantini;

- dell'Associazione S.I.F.E.S. e M.R. "Società italiana di fertilità e sterilità e medicina della riproduzione - onlus", con sede in Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Maria Paola Costantini, presso la quale è elettivamente domiciliata in Roma, al Viale Giulio Cesare n. 61;

- della Embryo S.r.l., con sede in Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Filomena Gallo, ed elettivamente domiciliata in Roma, al Viale Giulio Cesare n. 61, presso lo studio dell'Avv. Maria Paola Costantini;

e con l'intervento ad opponendum

del Comitato per la tutela della salute della donna, in persona del legale rappresentante A.P. in Roccasalvo, e del Forum delle Associazioni Familiari, in persona del legale rappresentante dr.ssa L. C. S., entrambe rappresentate e difese dagli Avv.ti Aldo Liodice ed Isabella Liodice, presso il loro studio elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Ombrone n. 12, Pal. B;

per l'annullamento

del D.M. 21/7/2004, pubblicato nella G.U.R.I. del 16/8/04, recante "Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita" ai sensi dell'art. 7 della legge 19/2/2004, n. 40.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Salute;

Visti gli atti di intervento ad adiuvandum della IVF and Genetics S.r.l., dell'associazione S.I.F.E.S. e M.R., nonché della Embryo S.r.l.;

Visti gli atti di intervento ad opponendum del Comitato per la tutela della salute della donna e del Forum delle associazioni familiari;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 7.4.2005, il Primo Ref. Stefano Fantini;

Uditi i procuratori delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con atto notificato in data 15/11/04 e depositato il successivo 14/12 le strutture ricorrenti impugnano le Linee guida di cui al D.M. 21/7/04, assumendone l'illegittimità.

Deducono a fondamento del ricorso i seguenti motivi di diritto :

1) Eccesso di potere sotto il profilo dello straripamento di potere; violazione degli artt. 32, 70 e 102 della Costituzione; violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 13 e 14 della legge 19/2/2004, n. 40; eccesso di potere per illogicità manifesta.

Il decreto impugnato non si limita a disciplinare i protocolli medici da utilizzare per le tecniche di procreazione medicalmente assistita, ma si

addentra a disciplinare questioni prive di attinenza con gli aspetti tecnico - organizzativi, che sarebbero state di competenza del legislatore, ovvero dell'Autorità giudiziaria in sede interpretativa.

Generalmente, le Linee guida in campo sanitario contengono raccomandazioni non vincolanti concernenti le buone pratiche mediche o le prassi della medicina basate sull'evidenza scientifica; nel caso di specie, al contrario, è la stessa legge n. 40/04 a sancirne la vincolatività per tutti i centri autorizzati.

Le Linee guida inoltre non possono considerarsi come regolamento di attuazione, non avendo la forma e la natura di un atto normativo.

Di conseguenza, il loro ambito oggettivo avrebbe dovuto essere limitato agli aspetti organizzativi od ai fattori tecnici, senza incidere su aspetti legati alle libertà ed ai diritti fondamentali degli individui.

Così non è nel caso di specie.

In particolare, il provvedimento impugnato prevede che "è proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica. Ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale".

A ben vedere, gli artt. 13 e 14 della legge n. 40/04 non abbisognavano di alcun intervento attuativo da parte delle Linee guida; si tratta, infatti, di norme che non presentano aspetti tecnici da chiarire, ma che pongono divieti e limiti, peraltro ricadenti su diritti fondamentali, anche di rango costituzionale, che non possono essere aggravati con atti amministrativi.

Infatti sia l'art. 13 che l'art. 14 impongono limiti a diritti riconosciuti costituzionalmente (il diritto alla ricerca ed il diritto alla salute) in virtù di un diritto dell'embrione alla dignità umana; il bilanciamento di tali valori non può che essere effettuato dal legislatore.

Va peraltro considerato che l'art. 13 della legge n. 40/04 non vieta la diagnosi, che, in sé considerata, non ha valenza lesiva nei confronti del bene protetto dalla norma, che è l'embrione.

Altra cosa è il divieto di "selezione a scopo eugenetico", volto ad impedire esperimenti comportanti il sacrificio di embrioni "esclusivamente" funzionali al miglioramento della razza.

Il provvedimento impugnato, parlando di diagnosi preimpianto a finalità eugenetica, crea un non senso, risultando dunque inficiato di illogicità; ed invero ogni intervento diagnostico ha solo finalità cognitiva.

Le Linee guida, nella parte in cui consentono esclusivamente l'indagine di tipo osservazionale degli embrioni creati in vitro, svuotano di significato la previsione di cui all'art. 14, I, IV, e V comma, della legge n. 40/04, vietando ogni forma di diagnosi genetica.

Solamente quest'ultima consente infatti di riconoscere anomalie cromosomiche (triploidie e tetraploidie) che comportano per la madre il rischio della mola vescicolare; attraverso l'indagine meramente osservazionale dell'embrione è possibile valutare esclusivamente la compattezza e lo stato di aggregazione delle cellule che formano l'embrione.

L'obbligo imposto dalle Linee guida di limitare le indagini diagnostiche alla mera osservazione al microscopio introduce un divieto non previsto dalla legge, violandone in tale modo la ratio.

I limiti posti dalle Linee guida producono l'impossibilità di diagnosticare malattie genetiche e cromosomiche, determinando anche una discriminazione in ordine alla diagnosticabilità delle malformazioni; alcune sarebbero di fatto ammesse attraverso l'analisi osservazionale, altre precluse.

Viene inoltre ad essere svuotata la portata dell'art. 13, II comma, della legge n. 40/04, che consente la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione con finalità terapeutiche e diagnostiche; ed infatti la

limitazione alla diagnosi osservazionale influirebbe negativamente su tale diritto, rendendolo di fatto non esercitabile.

Ulteriore conseguenza di tale limitazione diagnostica è ravvisabile nella responsabilità in cui può incorrere il medico, stante il diritto della donna a conoscere lo stato di salute del nascituro, con la conseguente possibilità di interrompere o meno la gravidanza ai sensi della legge n. 194/78.

Va ancora considerato che la diagnosi genetica preimpianto non ha finalità eugenetiche, in quanto il suo fine non è quello del miglioramento della razza, bensì l'accertamento volto a vedere se l'embrione presenti le malattie genetiche di cui sono affetti gli aspiranti genitori; si tratta di una finalità di tutela della salute psico-fisica dei genitori, analoga a quella che giustifica l'interruzione della gravidanza.

E, del resto, una delle opzioni interpretative dell'art. 14 della legge n. 40/04 è proprio quella di avere esteso alla fase preimpianto l'operatività della legge n. 194/78.

2) Error in procedendo ed eccesso di potere per illogicità manifesta.

Si aggiunga alle esposte considerazioni l'ulteriore constatazione del fatto che le Linee guida non sono state redatte, come pure previsto dall'art. 7 della legge n. 40/04, dall'Istituto Superiore di Sanità, bensì da una Commissione nominata dal Ministro della Salute, non legittimata a creare norme vincolanti.

Possono essere enucleati i seguenti profili di contrasto tra le Linee guida e la legge; il primo attiene all'obbligo di trasferimento in utero di tutti gli embrioni prodotti (art. 14, III comma), ove invece le Linee guida sanciscono la incoercibilità del trasferimento; inoltre la legge vieta la soppressione dell'embrione, mentre le Linee guida la ammettono ove lo stesso presenti gravi anomalie irreversibili dello sviluppo; in terzo luogo le Linee guida, anziché avere valore di raccomandazioni di ordine tecnico, sono vincolanti, incidendo sulla deontologia medica, oltre che sulla appropriatezza ed adeguatezza della procedura.

Ulteriore profilo di illegittimità del decreto impugnato è ravvisabile nel fatto di non avere individuato le cause di forza maggiore che consentono di escludere l'impianto dell'embrione.

La mancata previsione nelle Linee guida del venire meno di uno dei partners, ed in particolare di quello maschile, una volta fecondato l'ovulo, determina ulteriori incertezze in ordine alla crioconservabilità dell'embrione.

Appare inoltre evidente il differente approccio al tema della diagnosi prenatale delle Linee guida rispetto alla convenzione di Oviedo ed al relativo protocollo addizionale, che pure vengono richiamati; in particolare, la convenzione di Oviedo non considera quale prassi eugenetica la diagnosi preimpianto allorché sia effettuata per "ragioni mediche".

Il provvedimento gravato inoltre impone ai centri privati di provvedere con oneri a proprio carico alla crioconservazione degli embrioni, allorché ammessa, ma in tale modo incide illegittimamente sull'autonomia privata degli stessi, in modo che potrebbe competere solamente alla legge.

Infine deve evidenziarsi che le Linee guida onerano gli specialisti del Centro di redigere la certificazione dello stato di infertilità per l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita; va però considerato che la maggiore parte delle situazioni di infertilità è dovuta a fattori che restano sconosciuti. Ciò induce il medico, al fine di non incorrere in responsabilità, anche di tipo penale, a rendere certificazioni sempre negative. Non può dunque che concludersi nel senso della illegittimità ed irragionevolezza della previsione che obbliga la certificazione anche dei casi di infertilità inspiegata.

Sono intervenute ad adiuvandum la IVF and Genetics S.r.l., l'associazione S.I.F.E.S. e M.R. e la Embryo S.r.l., concludendo per l'accoglimento del ricorso.

Si è altresì costituito in giudizio il Ministero della Salute eccependo l'inammissibilità del ricorso (e conseguentemente anche degli atti di intervento), in quanto proposto avverso atto (una circolare esplicativa) non immediatamente lesivo, nonché per carenza di interesse e difetto

di legittimazione attiva delle strutture ricorrenti, oltre che la sua infondatezza nel merito.

Sono poi intervenuti ad opponendum, con atto ritualmente notificato, il Comitato per la tutela della salute della donna ed il Forum delle associazioni familiari, eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, e comunque la sua infondatezza nel merito.

All'udienza del 7/4/05 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Vanno anzitutto esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e per difetto di legittimazione attiva, articolate dall'Avvocatura dello Stato e dalle associazioni intervenienti ad opponendum.

Con riguardo alla carenza di interesse, conseguente al fatto che l'impugnativa ha ad oggetto una "circolare applicativa", e dunque non lesiva della posizione giuridica delle ricorrenti, ritiene il Collegio che l'eccezione debba essere disattesa.

Ed invero, anche a prescindere dalla correttezza della qualificazione giuridica del D.M. 21/7/04 in termini di circolare, appare indubbio che le Linee guida abbiano carattere immediatamente precettivo.

Ciò si inferisce anzitutto dalla previsione dell'art. 7, Il comma, dellalegge 19/2/2004, n. 40[1], ove è *expressis verbis* affermato che le Linee guida sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate; inoltre l'analisi del testo dimostra che il D.M. 21/7/04 ha un contenuto non meramente ripetitivo delle norme di legge, e dunque non esclusivamente interpretativo, disciplinando le "procedure e le tecniche di procreazione medicalmente assistita".

Conseguentemente, quale che sia il nomen iuris attribuibile alle Linee guida, le stesse non si configurano come atto interno all'Amministrazione, e pertanto inidoneo a ledere posizioni di terzi, in mancanza dell'adozione di ulteriori provvedimenti.

Dette Linee guida hanno un carattere precettivo, che si pone su di un piano diverso da quello, prevalentemente organizzatorio, afferente all'autorizzazione regionale, di cui devono essere dotate le strutture (pubbliche e private) che applicano le tecniche di procreazione medicalmente assistita.

1.1. – In ordine, poi, al difetto di legittimazione attiva delle ricorrenti, si desume dai provvedimenti di autorizzazione versati in atti che le stesse sono strutture che erogano prestazioni sanitarie di chirurgia, urologia, ginecologia ed ostetricia, ed in particolare di "medicina della riproduzione" (qualche residuo dubbio permane per C.M.C. – Centro Medico Cerva), e sono dunque titolari di un interesse qualificato e differenziato rispetto a quello della generalità dei cittadini alla legalità dell'azione amministrativa, che consente anche di riconoscere alle stesse la legittimazione processuale nella materia specifica della procreazione medicalmente assistita, a fronte di un provvedimento che si assume essere lesivo.

2. – Procedendo all'esame del merito del ricorso, con il primo, complesso e poliedrico motivo si deduce l'illegittimità del D.M. gravato per violazione di legge e per plurimi profili sintomatici di eccesso di potere, nell'assunto della natura vincolante delle Linee guida, che hanno invece generalmente natura di raccomandazione, ed in considerazione del fatto che, in materia di diagnosi preimpianto, si pongono in contrasto con gli artt. 13 e 14 della legge 19/2/2004, n. 40, introducendo, in modo inammissibile per un provvedimento amministrativo, una disciplina più restrittiva di quella di rango legislativo.

La censura è infondata, e deve dunque essere disattesa.

Sotto il primo aspetto, si è già in precedenza osservato che è l'art. 7,III comma, della legge n. 40/04 [2] a stabilire che le Linee guida sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate, e proprio per tale carattere risultano ex se impugnabili in sede giurisdizionale.

Il problema diviene dunque di ordine terminologico; può sostenersi che, alla stregua del significato corrente, risulti impropria, in ragione del suo contenuto, la qualificazione del D.M. 21/7/04 in termini di "Linee guida", ma ciò non si traduce in alcun profilo di invalidità, ove,

in sede interpretativa, sia riconoscibile la conformità del provvedimento amministrativo al parametro normativo, ovvero, più generalmente, il rispetto della ratio legis.

Appare nei termini suesposti inconferente la deduzione in ordine alla natura non normativa (e dunque non innovativa dell'ordinamento) del decreto impugnato, dovendo il sindacato giurisdizionale verificare proprio se le Linee guida concernono le procedure di procreazione medicalmente assistita (come richiesto, appunto, dall'art. 7 della legge n. 40/04), o se, al contrario, trascendono tale oggetto, invadendo aree praeter legem.

2.1. - Ciò premesso, ritiene il Collegio che le Linee guida, in tema di diagnosi preimpianto, laddove prescrivono che è proibita ogni diagnosi a finalità eugenetica, consentendo solamente un'indagine di tipo osservazionale dello stato di salute degli embrioni creati in vitro, non si pongano in contrasto con gli artt. 13 e 14 della legge n. 40/04 [3], e con il bilanciamento di valori da tali norme effettuato dettando "misure di tutela dell'embrione".

Allegano le ricorrenti che la legge non vieta la diagnosi preimpianto, ma solamente la "selezione a scopo eugenetico", e che dunque appare illogica e restrittiva in modo fuorviante la prescrizione delle Linee guida che "proibisce ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica".

L'assunto non è condivisibile,

L'art. 13 della legge n. 40/04, in coerenza con la previsione dell'art. 1, secondo cui il concepito è un soggetto di diritto al pari delle persone nate, vieta qualsiasi sperimentazione su embrioni umani e consente la ricerca clinica e sperimentale soltanto per finalità terapeutiche e diagnostiche, volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione, qualora non siano possibili metodologie alternative.

Ciò significa che dal sistema della legge si desume che l'indagine genetica preimpianto (caratterizzata dal prelievo di una cellula per esaminarla) è consentita esclusivamente nell'interesse del concepito.

Le Linee guida, a pag. 18, prevedono solamente l'indagine osservazionale, basata cioè sull'esame al microscopio di eventuali anomalie di sviluppo dell'embrione creato in vitro, ponendo il divieto della diagnosi preimpianto a finalità eugenetica.

Risulta dunque un'apparente difformità tra norma di legge e provvedimento, che sembra, prima facie, avere una portata più restrittiva.

In realtà, occorre considerare come nella pratica, secondo quanto ricorda anche l'Avvocatura dello Stato nella seconda memoria difensiva (pag. 11), e la circostanza risulta incontestata, non esistono ancora terapie geniche che permettono di curare un embrione malato, con possibile incidenza dunque sullo stato di salute del medesimo; di conseguenza, la diagnosi preimpianto invasiva non potrebbe che concernere le sole qualità genetiche dello stesso embrione.

Si noti peraltro che l'art. 7, III comma, della legge n. 40/04 prevede un aggiornamento periodico (almeno ogni tre anni) delle Linee guida in rapporto all'evoluzione tecnico – scientifica, tale da non escludere, in un più o meno prossimo futuro, l'indagine genetica a scopo terapeutico.

Essendo questo, ad oggi, lo stato dell'arte, il divieto di diagnosi preimpianto risulta coerente con la legge n. 40/04, ed in particolare con quanto prescritto dall'art. 13, II comma.

Neppure sussiste una difformità con la convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo nei confronti della biologia e della medicina (ratificata dall'Italia con legge 28/3/2001, n. 145), la quale non prevede regole sulla procreazione assistita, ma si limita a vietare la formazione di embrioni a scopo di ricerca ed a stabilire che, ove uno Stato ammetta la ricerca sugli embrioni, questi debbono ricevere una tutela appropriata.

2.2. – Per le stesse ragioni, non sembra condivisibile l'interpretazione dell'art. 14, V comma, della legge n. 40/04 fornita da parte ricorrente, con particolare riferimento alla conoscenza dello stato di salute degli embrioni da trasferire nell'utero, che verrebbe preclusa dal divieto di analisi preimpianto.

E' infatti chiaro che, a livello ermeneutico, non è consentito estrapolare una norma dal contesto in cui la medesima è inserita; non può di conseguenza postularsi un diritto dei "genitori" alla conoscenza dello stato di salute degli embrioni che prescindano dalla tutela dell'embrione stesso, riconosciuto come soggetto di diritto.

L'argomento si connette strettamente con il problema delle malattie genetiche, essendo evidente che l'impossibilità di effettuare diagnosi preimpianto non permette di selezionare gli embrioni sani in caso di genitori portatori di tali patologie.

Una tale facoltà è preclusa dall'art. 13, III comma, lett. b), della legge, in quanto ricade nel divieto di selezione a scopo eugenetico, pur trattandosi di eugenetica negativa, volta cioè a fare sì che non nascano persone portatrici di malattie ereditarie, e non già a perseguire scopi di "miglioramento" della specie umana.

Non sfugge al Collegio il rigore della soluzione normativa, ma le perplessità dalla stessa ingenerate sono superate dall'impossibilità di rinvenire un fondamento giuridico alla pretesa ad avere un "figlio sano".

Si va, in tale modo, ben oltre la questione della configurabilità di un diritto alla procreazione, che è poi l'interfaccia del desiderio di essere genitori; anche ad ammettersi, per mera ipotesi, l'esistenza di un siffatto diritto alla personalità, non può tuttavia sostenersi, già sul piano della ragionevolezza, che il metodo (artificiale) della procreazione assistita, il cui fine è solamente quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità ed infertilità umane, possa offrire delle opportunità maggiori del "metodo naturale".

Anche rimanendo nel contesto delle coppie portatrici di malattie genetiche, palese sarebbe l'incostituzionalità della legge, che verrebbe a trattare in modo diseguale tale categoria di soggetti, a seconda che siano o meno sterili, in quanto solo nel primo caso, legittimante l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, vi sarebbe la possibilità di scegliere il figlio sano.

Né persuade il tentativo delle ricorrenti, sviluppato anche nella memoria depositata in data 22/3/05, di supportare la propria opzione ermeneutica invocando una eadem ratio con la legge 22/5/1978, n. 194 sulla interruzione volontaria della gravidanza.

E' noto infatti che tale legge, fatta salva dalla legge n. 40/04, consente alla donna di interrompere la gravidanza al ricorrere di un serio o grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre (e non del nascituro); ed è indubbio che la salute psichica della madre possa essere compromessa anche dalla consapevolezza della malattia del figlio.

Anziché una eadem ratio, si evidenzia dunque un dualismo di rationes giuridiche, a seconda che la prospettiva sia il diritto del concepito, od il diritto alla salute della madre.

Il che non è contraddittorio od arbitrario, come bene si intende tenendo conto del consolidato insegnamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui "non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare" (Corte cost. 18/2/1975, n. 27; conformemente anche Corte cost. 10/2/1997, n. 35).

3. - Con il secondo mezzo di gravame si deduce anzitutto l'error in procedendo ravvisato nell'anomalo procedimento di formazione delle Linee guida, la cui elaborazione si deve ad una Commissione ministeriale.

La censura non appare fondata.

E' opportuno ricordare che l'art. 7 della legge n. 40/04 stabilisce che "il Ministro della Salute, avvalendosi dell'Istituto Superiore di Sanità, e previo parere del Consiglio Superiore di Sanità, definisce, con proprio decreto, ... linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecnologie di procreazione medicalmente assistita".

La norma va intesa nel senso che il Ministero della Salute, nella redazione delle Linee guida, è tenuto ad avvalersi delle competenze

tecniche dell'Istituto Superiore di Sanità, e dunque ad acquisire le valutazioni espresse da tale organo.

Ciò è avvenuto nel caso di specie, come è chiaramente desumibile dal preambolo del provvedimento impugnato, ove si dà atto che è stato "sentito l'Istituto Superiore di Sanità circa le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", come pure che è stato acquisito il parere del Consiglio Superiore di Sanità, espresso nella seduta del 14/7/04".

In relazione a quanto specificamente dedotto da parte ricorrente, osserva il Collegio come non appaia revocabile in dubbio il potere discrezionale del Ministero di fare ricorso (anche) ad una Commissione di esperti, specie allorché si verta in presenza di tematiche particolarmente delicate, caratterizzate da un inevitabile margine di opinabilità sotto il profilo scientifico, ed inoltre implicanti la risoluzione di problematiche di natura interdisciplinare (non solo mediche, ma anche giuridiche ed etiche).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, purtuttavia 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.

3.3. - L'ultima sub - censura stigmatizza il fatto che le Linee guida impongano la certificazione dello stato di infertilità per l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita da parte degli specialisti del Centro, con conseguente loro assunzione di responsabilità.

La doglianza deve ritenersi infondata nei termini che seguono.

La preoccupazione di parte ricorrente è quella che le Linee guida abbiano imposto la certificazione anche dello stato di infertilità, che è causa di impossibilità di procreare "inspiegata".

In realtà, le Linee guida, nel titolo "Accesso alle tecniche", devono essere interpretate nel senso di aderire ad un'accezione atecnica di "certificazione", da sintonizzare con la prescrizione dell'art. 4 della legge n. 40/04, che distingue non tanto tra sterilità ed infertilità, quanto piuttosto (ed utilmente, in una prospettiva pragmatica) tra sterilità ed infertilità "inspiegate" e sterilità ed infertilità "derivanti da causa accertata e certificata da atto medico".

Ne consegue che al ricorrere di cause impeditive della procreazione "inspiegate" l'accesso alle tecniche presuppone la mera documentazione con atto medico, mentre nel caso di sterilità ed infertilità da causa accertata l'accesso alle tecniche è accompagnato da idonea certificazione medica.

Le Linee guida non prospettano dunque un problema di "certificazione impossibile" della condizione di infertilità, in ordine alla quale la dichiarazione dei componenti della coppia appare imprescindibile.

4. - In conclusione, alla stregua di quanto precede, il ricorso deve essere respinto per l'infondatezza dei motivi dedotti.

Sussistono comunque giusti motivi per disporre tra tutte le parti la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione III Ter, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso.

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nelle camere di consiglio del 7.4.2005 e del 5/5/2005.

Francesco Corsaro Presidente

Stefano Fantini Componente, Est.