

N. R.G. 20991/2017 + N. R.G. 21844/2017



TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

PRIMA CIVILE

Il Tribunale in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

dott.ssa Paola Maria Gandolfi	Presidente
dott.ssa Orietta Stefania Miccichè	Giudice
dott.ssa Laura Massari	Giudice Relatore

all'esito dell'udienza del 13 luglio 2017, nei procedimenti riuniti per reclamo ex art.669 terdecies c.p.c. rispettivamente promossi da

n. r.g. 20991/2017 da:

MINISTERO DELLA SALUTE (C.F. 80242250589) con il patrocinio dell'avv. AVVOCATURA STATO MILANO elettivamente domiciliato in VIA FREGUGLIA, 1 20122 MILANO presso il difensore avv. AVVOCATURA STATO MILANO

RECLAMANTE

contro

e

, con il patrocinio dell'avv. prof. Gianni Baldini e dell'avv. Lara Giglio
REGIONE LOMBARDIA (C.F. 80050050154), con il patrocinio dell'avv. Pio Dario Vivone e Maria Emilia Moretti

FONDAZIONE IRCCS CA' GRANDA OSPEDALE MAGGIORE POLICLINICO DI MILANO (C.F. 04724150968), con il patrocinio dell'avv. prof. Valerio Onida e dell'avv. prof. Barbara Randazzo

RESISTENTI

n. r.g. 21844/2017 da:

FONDAZIONE IRCCS CA' GRANDA OSPEDALE MAGGIORE POLICLINICO DI MILANO (C.F. 04724150968), con il patrocinio dell'avv. prof. Valerio Onida e dell'avv. prof. Barbara Randazzo

RECLAMANTE

contro

MINISTERO DELLA SALUTE (C.F. 80242250589) con il patrocinio dell'avv. AVVOCATURA STATO MILANO elettivamente domiciliato in VIA FREGUGLIA, 1 20122 MILANO presso il difensore avv. AVVOCATURA STATO MILANO

e

, con il patrocinio dell'avv. prof. Gianni Baldini e dell'avv. Lara Giglio
REGIONE LOMBARDIA (C.F. 80050050154), con il patrocinio dell'avv. Pio Dario Vivone e Maria Emilia Moretti

RESISTENTI



a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 13. 7.2017, ha emesso la seguente

ORDINANZA

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato il 2 ottobre 2014, hanno evocato in giudizio l'Ospedale Maggiore Policlinico, in persona del legale rappresentante pro-tempore, per far valere il loro diritto ad accedere alla fecondazione medicalmente assistita con diagnosi preimpianto per l'accertamento dello stato di salute dell'embrione e specificatamente rispetto alla patologia congenita ed irreversibile di esostososi multiple ereditarie di cui è affetto

Si è costituita la Fondazione IRCCS Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico di Milano essenzialmente deducendo l'impossibilità di eseguire quanto richiesto dai ricorrenti per problemi di ordine tecnico legati alla mancanza di strumentazione e delle specifiche competenze necessarie.

Con ordinanza riservata il giudice ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, e dell'art. 4 comma 1 della legge 19 febbraio 2004 n. 40, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., nonché con l'art. 117, comma 1 della Costituzione, in relazione all'art. 8 e 14 della CEDU nella parte in cui dette norme non consentono il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, e dunque anche alla diagnosi preimpianto, alle coppie fertili, come i ricorrenti, portatrici di malattia geneticamente trasmissibile.

Con sentenza n. 96/2015 la Corte Costituzionale – decidendo su un *petitum* di contenuto analogo a quello in esame – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, comma 1 e 2, e 4 comma 1 della l. 40/2004, “nella parte in cui non consentono il ricorso alla tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6 comma 1 lettera b) L. 194/1978, accertate da apposite strutture pubbliche”.

Il 24.2.2016 è stato celebrato, in camera di consiglio, il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, con contestuale decisione n. 54/2016 che ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile per carenza di interesse, in ragione delle statuizioni contenute nella sentenza n. 96/2015.

A seguito di riassunzione, il procedimento cautelare è proseguito e con ordinanza del 20.7.2016 il giudice ha ordinato l'integrazione del contraddittorio, ex art. 107 c.p.c., nei confronti della Regione Lombardia e del Ministero della Salute ed ha disposto una consulenza tecnica diretta ad accertare le caratteristiche della malattia geneticamente trasmissibile da cui è affetto il ricorrente.

Si sono costituiti sia la Regione sia il Ministero ed hanno chiesto il rigetto delle domande essenzialmente ritenendo necessario un intervento legislativo per dare attuazione alla decisione della Corte Costituzionale.

Espletata la consulenza, all'esito della discussione, il giudice con ampia e articolata motivazione ha così statuito:

- “a) accerta il diritto di _____ ad ottenere, nell'ambito dell'intervento di procreazione medicalmente assistita, l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni e il trasferimento in utero della _____ solo degli embrioni sani o portatori sani delle patologie il _____ risulta affetto;
- b) dispone che la Fondazione IRCCS Ca' Granda Ospedale Maggiore Policlinico di Milano, in persona del legale rappresentante, esegua, nell'ambito dell'intervento di procreazione medicalmente assistita, l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni e trasferisca in utero della _____, qualora da lei richiesto,



Assume il Ministero che l'ordinanza reclamata sarebbe stata pronunciata in assenza di una specifica disposizione di rango legislativo, l'unica abilitata a disciplinare i diritti inviolabili della persona e che la stessa Corte Costituzionale, sia nella sentenza n.96 del 2015 sia nella precedente n. 162 del 2014, ha precisato che la materia su cui verte il giudizio in oggetto è oggetto di riserva assoluta di legge.

Al contrario va condivisa la impostazione del primo giudice che ha qualificato la sentenza n. 96/2015 -che dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto di giudizio "nella parte in cui non" (come nelle classiche pronunce "additive) e non procede ad individuare un frammento normativo mancante, ma indica il principio generale cui ispirarsi nel riempire di contenuti la lacuna riscontrata, così da rispettare la discrezionalità del legislatore- come "additiva di principio", con cui la Corte "somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola del caso concreto, in attesa di un intervento legislativo" (sent. n. 295 del 1991).

Ne consegue che il giudice è chiamato a fare riferimento ai principi stabiliti nella sentenza n. 96 del 2015 e, in attesa dell'intervento del legislatore, ad individuare la regola del caso concreto, così da garantire una tutela effettiva del diritto leso (ai sensi degli artt. 2, 3 24 Cost, 6, 13 Cedu e 47 della Carta di Nizza). Si rileva inoltre che nella stessa pronuncia n.96/2015, la Corte invoca un futuro intervento del legislatore, ritenendolo però "auspicabile" ed "opportuno", e dunque non indispensabile, per dare immediata precettività alla normativa residua.

Oltre a tali considerazioni svolte dal primo giudice può essere ricordato che con la sentenza additiva di principio, la Corte instaura un dialogo non solo con il legislatore, chiamato a colmare il difetto di normazione, ma anche con i giudici, sui quali ricade, nelle more dell'intervento legislativo, il compito di dare seguito, nella concretezza dei rapporti giuridici, al principio enunciato nella decisione di illegittimità costituzionale.

Inoltre, diversamente da quanto affermato dal Ministero, proprio dal punto 11 del "considerato in diritto" della sentenza n.162 del 2014 si rileva la possibilità di un intervento immediato e diretto dei giudici allo scopo di eliminare eventuali lacune nelle more dell'intervento del legislatore "soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario".

Secondo il Ministero, l'ordinanza inoltre difetterebbe "per un'erronea applicazione dei principi enunciati nella più volte citata sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015 nella parte in cui dispone di effettuare l'indagine presso centri pubblici, mentre la Consulta richiede che siano pubblici i centri ove accertare le patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA (lettera b) del dispositivo)".

Pare sufficiente osservare che nel caso di specie non è mai stata posta in discussione la correttezza della diagnosi della patologia di esostosi multipla ereditaria di cui è affetto il signor

, già accertata presso un centro accreditato e all'esito dell'accertamento tecnico disposto in primo grado, oltre ad essere stata ammessa da tutti i resistenti.

La preoccupazione dell'amministrazione di "evitare possibili forme di lucro" nel caso di specie risulta dunque ampiamente scongiurata.

Infine, il Ministero contesta il requisito della "gravità" della patologia da cui è affetto il sig.

Secondo la Corte Costituzionale n. 96 del 2015 la patologia genetica deve essere valutata "alla stregua del criterio di gravità, di cui all'art.6 comma 1, lettera b) della l. 194/1978".



Come condivisibilmente osservato dal primo giudice “La l. 194 del 1978 diventa, pertanto, il parametro di valutazione per determinare i casi di ammissione alla diagnosi preimpianto di coppie fertili: solo se la donna può abortire dopo la diagnosi prenatale, infatti, il sacrificio del suo diritto alla salute è ingiustificato (e dunque incostituzionale) non essendo bilanciato dalla tutela del nascituro (esposto al rischio dell’aborto). La Corte traccia, pertanto, un evidente parallelismo tra aborto dopo i primi 90 giorni ed accesso alla PMA delle coppie fertili. A tal proposito, giova ricordare che l’art. 6, comma 1, lettera b) l. 194/1978 prevede che: “L’interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”. La norma richiede che le patologie del nascituro: 1) siano state accertate; 2) siano rilevanti; 3) che il pericolo della salute fisica o psichica della donna sia “grave”, così da giustificare l’aborto. Dunque, secondo il giudice costituzionale, è la “realtà e la gravità del danno o del pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione” (per usare le parole della Corte nella sentenza 27 del 1975) la giustificazione costituzionalmente difendibile per consentire una regressione di tutela del concepito. La donna deve, pertanto, accusare “circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la salute fisica o psichica”.”.

Si tratta di una valutazione condivisa dallo stesso Ministero (non contesta infatti che la diagnosi prenatale della patologia di cui è affetto il sig. [redacted] potrebbe consentire alla donna di interrompere la gravidanza oltre i 90 giorni) che tuttavia, se ben si è inteso, sembra prospettare il rischio che con la diagnosi preimpianto si possa “scegliere fra tanti embrioni il migliore, cioè la coppia può scegliere DI CHI essere genitore. E selezionare un embrione in base al codice genetico è, per definizione, un procedimento eugenetico, ... e con tutte le conseguenze rispetto a un quadro legislativo come quello italiano dove non sono previsti interventi eugenetici, esplicitamente vietati dall’articolo 13, comma 3, lettera b), della legge n. 40 del 2004”.

Quest’ultima considerazione non è pertinente poiché la diagnosi preimpianto, nel caso di specie, è volta esclusivamente a selezionare preventivamente gli embrioni privi di quella specifica e grave patologia geneticamente trasmissibile di cui è portatore uno dei genitori, e non quindi alla selezione di un embrione “sano” o dotato di particolari caratteristiche biotipiche per il perseguimento di “illegittimi fini eugenetici”, come ricordato dalla citata sentenza 162/2014.

Il reclamo del Ministero della Salute deve essere per tali ragioni interamente respinto.

Diversa la ragione posta dalla Fondazione IRCCS Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico a sostegno del proprio reclamo.

L’Ospedale ha affermato che “scopo del presente reclamo non è quello di chiedere un ripensamento sulla decisione del giudice monocratico circa l’accertamento del diritto dei ricorrenti ad ottenere, nell’ambito dell’intervento di procreazione medicalmente assistita, l’esame clinico diagnostico sugli embrioni e il trasferimento in utero della [redacted] solo degli embrioni sani o portatori sani delle patologie da cui il signor [redacted] risulta affetto (capo a del dispositivo) ..., ma piuttosto quello di chiedere al Collegio la precisazione dei soggetti sui quali incombe l’onere finanziario per l’effettuazione della prestazione indicata a favore dei ricorrenti”.

La questione, già posta nella prima fase, è stata ribadita in questa sede e in udienza ha trovato ampio spazio di discussione la precisazione del Policlinico di non essere ancora attrezzato per eseguire la prestazione diagnostica della malattia genetica di cui è portatore il signor [redacted],



E' comunque emerso che, se in Lombardia non vi sono, ad oggi, strutture sanitarie in grado (per risorse umane e tecnologiche) di eseguire sia la diagnosi preimpianto della malattia in questione sia il successivo trasferimento degli embrioni sani, vi sono in altre regioni italiane strutture (pubbliche o private convenzionate) ove è possibile o eseguire la diagnosi preimpianto che qui interessa (peraltro con le difficoltà connesse al successivo trasporto degli embrioni sani in altra struttura dove possa aver luogo il trasferimento nell'utero) o eseguire sia la diagnosi sia l'impianto.

Inoltre, è stato ricordato che un paziente residente in una regione può fruire delle prestazioni sanitarie di cui necessita, nell'ambito e a carico del Servizio Sanitario Nazionale, anche in altra regione.

La circostanza che la diagnosi preimpianto e la selezione degli embrioni rispetto alla specifica malattia genetica di cui è portatore il sig. _____ non sia, ancora, prevista fra quelle che debbono essere erogate dal Servizio Sanitario Nazionale poiché non contemplata dai cosiddetti LEA (livelli essenziali di assistenza) o dalla normativa integrativa della Regione Lombardia, la quale abbia previsto altresì le modalità e l'entità del relativo riconoscimento economico a favore della struttura che esegue la prestazione (cosiddetto DRG), non rileva trattandosi di questione superata dall'ordinanza impugnata che sul punto (nello specifico, capi a) e b) del dispositivo) viene confermata in conseguenza del rigetto del reclamo del Ministero e non è stata contestata dal Policlinico.

Va quindi ribadito il diritto di _____ ad ottenere, nell'ambito dell'intervento di procreazione medicalmente assistita, l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni e il trasferimento in utero della _____ solo degli embrioni sani o portatori sani delle patologie il sig. _____ risulta affetto, e mantenuto a carico del Policlinico di Milano l'obbligo di dare esecuzione a quanto necessario al fine di garantire e tutelare il diritto così riconosciuto, in via diretta o anche, e soprattutto, indiretta.

Quanto all'onere economico, il Collegio ritiene di dover evidenziare che non rientra tra i compiti dell'autorità giudiziaria indicare l' "organo pagatore" una volta accertato e riconosciuto che l'onere spetta al Servizio Sanitario Nazionale.

Tuttavia, per chiarezza ed al solo fine di consentire che nel caso di specie il diritto riconosciuto ai signori _____ possa trovare effettiva tutela, nei termini indicati, e non si trovi esposto a rifiuti o dilazioni per finalità di natura prettamente economica che non possono prevalere su un diritto fondamentale quale è quello alla salute, è opportuno precisare che ove permanga la impossibilità per il Policlinico di erogare tempestivamente la prestazione in questione in forma diretta, la stessa struttura sanitaria è tenuta ad assumere le necessarie iniziative per indirizzare la coppia in altra struttura (pubblica o privata convenzionata) attrezzata ad eseguire sia la diagnosi preimpianto sia il trasferimento degli embrioni, con oneri a carico del Servizio Sanitario Nazionale e, quindi, della Regione Lombardia quale regione di residenza dei soggetti interessati.

In tali termini può procedersi ad integrazione del punto c) del dispositivo dell'ordinanza impugnata della quale va confermata ogni altra statuizione.

In ragione della particolarità e novità della questione, possono essere integralmente compensate tra le parti anche le spese della presente fase.

P.Q.M.

rigetta il reclamo del Ministero della Salute;

in parziale accoglimento del reclamo della Fondazione IRCCS Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico di Milano, ad integrazione del punto c) del dispositivo dell'ordinanza del 18.4.2017 (n.58158/2016 R.G.) così provvede:



“c) dispone che, qualora la struttura sanitaria pubblica dovesse trovarsi nell'impossibilità di erogare la prestazione sanitaria tempestivamente in forma diretta, tale prestazione possa essere erogata in forma indiretta nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale, mediante il ricorso ad altre strutture sanitarie, eventualmente anche estranee al territorio della Regione Lombardia, previa adozione di ogni comportamento a ciò necessario, con iniziale onere a carico della Regione Lombardia, luogo di residenza;”;

conferma nel resto l'ordinanza del 18.4.2017 (n.58158/2016 R.G.);

dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente procedimento.

Si comunichi.

Così deciso in Milano il 13 luglio 2017

Il Presidente
Paola Maria Gandolfi

Il giudice estensore
Laura Massari

