

**Quanti sono e quale destino per gli embrioni abbandonati dopo la Sentenza
151/2009 della Corte Costituzionale
(Avv. Sebastiano Papandrea)**

Com'è noto la Sentenza della Corte Costituzionale n. 151/2009 dichiarando l'illegittimità costituzionale di alcune parti della L. 40/2004 ha consentito nuovamente la crioconservazione degli embrioni.

Ciò avviene principalmente per due motivi: il primo è che la Corte Costituzionale introduce quale nuovo parametro di riferimento quello delle "giuste esigenze della procreazione". Dalla lettura della Sentenza viene chiarito che tale parametro corrisponde al diritto della coppia di accedere ad un "valido" tentativo di PMA. Ossia un tentativo che, in base alle conoscenze scientifiche e mediche del momento ed alle possibilità tecniche, dia le migliori garanzie di poter ottenere una gravidanza. In proposito era evidente che la previsione della legge 40 di limitare ad un numero massimo di tre gli embrioni producibili e di provvedere all'unico e contemporaneo impianto, in molti casi (soprattutto con le donne meno giovani) portava ad effettuare tentativi con scarse possibilità di successo, in contrasto con quelle che sarebbero state le migliori pratiche mediche.

Lo stesso limite dei tre embrioni e l'obbligo di simultaneo trasferimento di tutti gli embrioni prodotti produceva, poi, l'effetto di rendere meno sicure per la salute della donna le tecniche di PMA. Di qui l'altro obbligo sancito dalla Sentenza n. 151/09 che il cure di PMA non debbano svolgersi in modo da mettere a rischio la salute della donna.

L'effetto della Sentenza, quindi, è quello di eliminare il limite dei tre embrioni, sostituendolo con l'obbligo del medico di produrre il numero strettamente necessario per un valido tentativo di PMA, da svolgersi in modo da tutelare la salute della donna. Cade, conseguentemente il divieto di crioconservazione degli embrioni.

Balza agli occhi immediatamente un problema: la legge 40/04 nata proprio per impedire la crioconservazione non contiene alcuna norma che indichi quale sia il destino di questi embrioni crioconservati al momento in cui non siano più trasferibili in utero. Non essendo previsto il congelamento di embrioni, se non nell'ipotesi temporanea in cui non si potesse procedere al trasferimento per motivi transitori legati alla salute della donna, non era previsto assolutamente nulla riguardo il destino di quelli non più impiantabili né erano previsti meccanismi per determinare quali embrioni siano da considerare abbandonati.

Sotto quest'ultimo profilo, l'unica norma che parla di embrioni abbandonati, ancora oggi è il Decreto del Ministro della Salute 4 agosto 2004 (in GU n. 200 del 26.08.2004) che tuttavia era finalizzato al trasferimento degli embrioni prodotti prima della legge 40/04 ed in stato di abbandono presso l'Ospedale Maggiore di Milano.

Tale decreto prevedeva che lo stato di abbandono di un embrione e' accertato al verificarsi di una delle seguenti condizioni:

a) il centro che effettua tecniche di procreazione medicalmente assistita acquisisce la rinuncia scritta al futuro impianto degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti prima della normativa attuale con seme di donatore e in assenza di partner maschile);

b) il centro che effettua tecniche di procreazione medicalmente assistita documenta i ripetuti tentativi eseguiti, per almeno un anno, di ricontattare la coppia o la donna che ha disposto la crioconservazione degli embrioni; solo nel caso di reale, documentata impossibilità a rintracciare la coppia, l'embrione potrà essere definito come abbandonato;

A queste ipotesi, tuttavia, potrebbero sommarsene altre. La legge 40/04 infatti non consente l'accesso alle tecniche se non a coppie di sesso diverso, entrambi viventi, coniugati o conviventi e purché la donna non abbia superato l'età potenzialmente fertile.

Il venir meno di uno di questi requisiti, quindi, può divenire ipoteticamente causa di inutilizzabilità dell'embrione crioconservato. Quindi il divorzio o la separazione della coppia, la morte di uno dei partner, il superamento dell'età fertile o, ipotesi poco frequente ma che pure va considerata, il mutamento di sesso di uno dei partner. In questi casi, potrebbe non essere acquisita un'esplicita rinuncia della coppia come previsto dal DM 4 agosto 2004 ma l'embrione, a legislazione invariata non sarebbe più utilizzabile a fini procreativi dalla coppia stessa che lo ha prodotto.

Ecco il motivo per il quale, se da un lato è possibile rispondere alla domanda quanti siano gli embrioni crioconservati è oggi molto più difficile rispondere alla domanda quanti siano in stato di abbandono.

Dai dati del Ministero relativa all'anno 2012, ma pubblicati nel 2014 si evince che il numero di embrioni crioconservati negli ultimi anni si aggira intorno ai 19.000 (di poco inferiore) per anno, mentre il numero di embrioni scongelati per anno si aggira fra i 12.000 ed i 13.000. Dagli stessi dati del Ministero risultavano congelati, fra il 2009 ed il 2012, 61.552 embrioni mentre negli stessi anni ne venivano scongelati 35.289, con una differenza di 26.263.

Difficile tuttavia determinare quanti di questi 26.263 siano in stato di abbandono.

Si tratta, comunque, di alcune migliaia.

Al riguardo, occorre fare anche una considerazione dettata sia dalla diversa disciplina normativa e regolamentare entrata in vigore a seguito della legge 40/04 sia dal progresso scientifico.

Si tratta di embrioni utilizzabili con maggiore sicurezza sanitaria rispetto a quelli conservati anteriormente alla L. 40/2004 sia perché soggetti ad maggiori controlli sanitari, sia a causa dell'introduzione nella crioconservazione della tecnica della "vittrificazione" che consente risultati paragonabili al fresco.

Una delle soluzioni sarebbe quindi quella della donazione degli embrioni a coppie che ne abbiano bisogno.

Si tratta, sostanzialmente delle stesse coppie che si rivolgerebbero all'Eterologa oggi consentita dalla Sentenza della Corte Costituzionale n., 162/2014. Anzi, occorre rilevare che proprio la Sentenza della Corte Costituzionale fa cadere un pregiudizio che si frapponesse all'adozione di norme sulla donazione di embrioni, considerata nella realtà come una "doppia eterologa".

Al riguardo va considerato che a seguito della Sentenza n. 162/14 non residuano nella L. 40 impedimenti alla donazione di embrioni, anche se manca una regolamentazione al riguardo che disciplini le modalità del consenso alla donazione o la possibilità di utilizzare gli embrioni crioconservati anche in assenza di consenso. In proposito, infatti, non può sfuggire che il semplice abbandono dell'embrione (magari desunto attraverso il meccanismo del DM 4 agosto 2004) non può essere equiparato ad una volontà positiva alla donazione che presuppone non solo l'abbandono ma anche il voler consentire che l'embrione sia utilizzato a fini procreativi da altra coppia.

Allo stato sarebbe semplice addivenire ad una norma positiva che preveda la donazione degli embrioni con una disciplina simile a quella della donazione dei gameti quanto a protezione dell'anonimato, controlli sanitari e consensi. Per legge potrebbe poi prevedersi che lo stato di abbandono sia equiparato anche a consenso alla donazione. Una simile soluzione, tuttavia, non è facilmente praticabile poiché imporrebbe particolari tutele e, quantomeno, un consenso preventivo formulato al momento del congelamento. Occorrerebbe anche poter garantire che i donatori siano rintracciabili in caso di eventuali necessità di natura sanitaria.

Altra questione è quella degli embrioni crioconservati da coppie nelle quali sia venuto a mancare uno dei partner. In tal caso potrebbe prevedersi una norma simile a quella contenuta dalla nostra legge sull'adozione, L. 184/1983 che prevede all'art. 25 che "se uno dei coniugi muore o diviene incapace durante l'affidamento preadottivo, l'adozione, nell'interesse del minore, può essere ugualmente disposta ad istanza dell'altro coniuge nei confronti di entrambi, con effetto, per il coniuge deceduto, dalla data della morte e che se, nel corso dell'affidamento preadottivo, interviene separazione tra i coniugi affidatari, l'adozione può essere disposta nei confronti di uno solo o di entrambi, nell'esclusivo interesse del minore, qualora il coniuge o i coniugi ne facciano richiesta".

Una simile soluzione abbisognerebbe di un intervento normativo posto che attualmente sarebbe vietata dall'art. 12 della L. 40/04 che la punisce con sanzione amministrativa. Ovviamente, la soluzione sarebbe più immediata nel caso in cui, in ipotesi di decesso il partner superstite, sia la donna, mentre nell'ipotesi opposta occorrerebbe che il partner superstite abbia intrapreso una nuova convivenza ed occorrerebbe il consenso della nuova partner. Evidentemente si tratta di questione assai marginale potendo riguardare un numero limitatissimo di casi.

Resta, infine, la via dell'utilizzazione per la ricerca. Anche questa, tutt'ora vietata dall'art. 13 della L. 40/04. Tuttavia si tratta di un dibattito da riaprire, magari dopo un periodo di sperimentazione della donazione degli embrioni qualora si veda che la domanda non sia in grado di assorbire tutta la disponibilità di embrioni crioconservati.