

Il consenso informato al trattamento di P.M.A. e la sua irrevocabilità a proposito di alcune recenti ordinanze... “da ignorare”*

Franca Meola**

SOMMARIO: 1. Le ragioni per le quali, in certi “casi”, è meglio “ignorare”. – 2. La (ir-)rilevanza della contraria volontà del *partner* maschile al prosieguo di un progetto genitoriale già avviato a mezzo P.M.A. in alcune recenti decisioni dei giudici di merito. – 3. La dubbia impostazione giudiziale della *querelle* concernente la revocabilità del consenso al trattamento di P.M.A. – 4. La contrarietà del divieto di revoca del consenso di cui all’art. 6, comma 3, ult. cpv., L. n. 40/2004, ai principi fondamentali in materia di consenso informato. – 5. La vacillante “solidità” dell’art. 6, L. n. 40/2004, alla luce di una lettura sistematica del disposto di cui ai commi 1 e 3. – 6. L’incidenza della disciplina del consenso alla P.M.A. sul benessere psichico del *partner* maschile della coppia: ulteriori dubbi di costituzionalità. – 7. Procreazione e autodeterminazione: quale, in questa prospettiva, l’incidenza della revoca del consenso sul trattamento di P.M.A.? – 8. Le preminenti ragioni di tutela dell’embrione in un opinabilissimo bilanciamento di interessi. – 9. Per una riscrittura, in via legislativa, della disciplina del consenso (e la sua revoca) al trattamento di P.M.A. in prospettiva costituzionale: qualche considerazione di sintesi.

ABSTRACT:

Il saggio prende spunto da alcune recenti ordinanze dei giudici di merito e riflette criticamente sul rilievo giudizialmente accordato alla volontà del *partner* maschile della coppia, che, dopo aver prestato il proprio assenso al ricorso alle tecniche di P.M.A., prima che tale trattamento si completi a

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Avvocato, cultore della materia in Diritto Pubblico e Diritto costituzionale, cultore della materia in Bioetica, cultore della materia in Diritto costituzionale; franca.meola@libero.it; avvocato.meola@alice.it.

mezzo dell'impianto in utero degli embrioni formati, scelga di interrompere non soltanto il legame di coppia ma anche e soprattutto la ricerca del figlio, revocando il consenso originariamente manifestato ai fini dell'impiego delle nuove metodiche procreative. In questa prospettiva l'attenzione si focalizza sull'art. 6, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004, e dalla lettura che di tale disposto è stata offerta in via giudiziaria trae motivo per marcarne i molti profili di criticità, che si palesano anzitutto nella scelta a favore di uno sforzo interpretativo della lettera della legge in luogo di una più proficua remissione degli atti alla Corte costituzionale, al fine di vagliare la fondatezza dei dubbi posti da quello stesso dettato normativo.

The paper takes its cue from some recent orders of the judges of merit and critically reflects on the judicial relief granted to the will of the male partner of the couple, who, after having given his consent to the use of MAP techniques, before this treatment is completed by means of the implantation in utero of the formed embryos, chooses to interrupt not only the couple bond but also and above all the search for the child, revoking the consent originally expressed for the purpose of using the new procreative methods. In this perspective, attention is focused on art. 6, paragraphs 1 and 3, of law no. 40 of 2004, and from the reading of this provision that was offered in court, he draws reason to highlight the many critical profiles, which are revealed above all in the choice in favor of an effort to interpret the letter of the law in place of a more profitable remission of the acts to the Constitutional Court, in order to assess the validity of the doubts posed by that same legislative provision.

1. Le ragioni per le quali, in certi “casi”, è meglio “ignorare”

Già anni fa, confrontandosi con uno dei temi ancora oggi tra i più controversi dell'ampio panorama delle questioni connesse alla diffusione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi, P.M.A.), uno dei giuristi più attenti a cogliere la problematicità delle vicende di inizio vita definiva il provvedimento giudiziale che andava commentando un'ordinanza “da ignorare”¹.

Esaminandone attentamente i contenuti, l'esimio studioso, compendiava così, già nel titolo, la propria contrarietà nei riguardi dell'autorizzazione concessa in via pretoria dal Tribunale capitolino all'impiego della maternità surrogata, ed ancor più l'opinabilità di uno sforzo interpretativo, che, mai come nel caso di specie, si palesava frutto di un attivismo giudiziario, che, in quanto non richiesto dalla fattispecie, e neppure necessario, pareva piuttosto aver soddisfatto esigenze di protagonismo del giudicante.

Sebbene espressa in relazione ad un provvedimento incidente su una problematica assolutamente diversa, l'aggettivazione scelta nell'occasione dal giurista al fine di definire il rilievo dell'ordinanza che andava annotando pare ad oggi ben prestarsi a spiegare la portata non meno controversa della decisione recentemente assunta da alcuni giudici di

¹ Il riferimento è al commento offerto, a margine dell'ordinanza pronunciata in tema di maternità surrogata dal Tribunale di Roma il 17 febbraio 2000, da L. d'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del tribunale civile di Roma da ignorare*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2000, n. 2, p. 706 ss.

merito a favore del trasferimento degli embrioni crioconservati nell'utero della *partner* femminile di coppie non più unite, ma separate, anche giudizialmente. E ciò nonostante l'assenza di un perdurante assenso da parte del *partner* maschile, ed anzi a fronte della revoca del consenso da questi originariamente espresso a favore del ricorso alle nuove metodiche procreative².

In effetti, per quanto “forte” e “severa”, la scelta lessicale *de qua* pare quella in grado più di altre di cogliere al meglio non soltanto la naturale contrarietà che, anzitutto sul piano etico, suscita un provvedimento giudiziale costrittivo di una paternità non voluta ed afflittivo dell'effettivo interesse del figlio che verrà alla luce, ma anche e soprattutto le molte e diverse perplessità che lo stesso solleva sul piano squisitamente giuridico. In questa prospettiva, anzi, tale scelta si presta a denunciarne efficacemente e con immediatezza l'opinabilità anzitutto in termini di rispondenza al diritto vigente, quindi di riconducibilità al diritto vivente, ed infine sul piano della conformità al più corretto bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti che vengono in rilievo in tema.

Qualunque sia, infatti, tra quelle appena indicate, la prospettiva entro la quale si decide di calare l'analisi dei contenuti delle predette ordinanze, le considerazioni di sintesi che esse infine sollecitano evidenziano nell'operato dell'interprete molti profili di criticità, che si palesano anzitutto nella scelta a favore di uno sforzo interpretativo della lettera della legge in luogo di una più proficua remissione degli atti alla Corte costituzionale, al fine di vagliare la fondatezza dei dubbi posti da quello stesso dettato normativo³. Sicché, pur contribuendo ad accendere la discussione su una delle tante questioni di certa problematicità ancora oggi legate ad un dettato normativo da sempre oggetto di critiche e scardinamento, le decisioni *de quibus* hanno finito per perdere l'opportunità di farsi, al contempo, strumenti di implementazione, all'interno del sistema, di regole giuridiche effettivamente espressive di quello spirito della legge e di quel sistema valoriale con cui pure i magistrati sono stati chiamati a confrontarsi.

² Il richiamo è a Tribunale di Perugia, ordinanza cautelare del 28 novembre 2020, inedita; Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza cautelare dell'11 ottobre 2020; nonché Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021. Il testo delle ordinanze pronunciate dal Tribunale di S. Maria C.V. è pubblicato sul sito della rivista *Biolaw Journal*, al sito *Biodiritto.org*.

³ Per una disamina delle questioni poste dai casi giudiziari in commento, ed un'analisi dei dubbi di costituzionalità sollevati dalle conferenti disposizioni legislative (specificamente, art. 5, comma 1, ed art. 6, commi 1 e 3, L. n. 40/2004), sia consentito il rinvio a F. MEOLA, *Quando si dice non più Ragionando sugli artt. 5, comma 1, e 6, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004*, in *BiolawJournal – Rivista di Biodiritto*, n. 1 del 2021, sul sito *Biodiritto.org*.

2. La (ir-)rilevanza della contraria volontà del *partner* maschile al prosieguo di un progetto genitoriale già avviato a mezzo P.M.A. in alcune recenti decisioni dei giudici di merito

Pur a fronte della riconoscibilità, all'interno delle ordinanze in commento, di talune specificità argomentative che valgono a marcarne la singolarità, è indubbio che le vicende giudiziarie da cui queste stesse ordinanze sono state provocate hanno ugualmente richiamato l'attenzione dell'interprete sulla rilevanza della contraria volontà del *partner* maschile al prosieguo di un progetto genitoriale già avviato, manifestata attraverso la revoca, pur tardiva, del consenso originariamente prestata al ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

In entrambi i casi, infatti, protagonista della vicenda dedotta alla cognizione giudiziaria è una coppia il cui rapporto, fin da subito caratterizzato da un alto tasso di conflittualità, sfocia infine nell'avvio di un giudizio di separazione, ma soprattutto, per quel che qui rileva, nel rifiuto da parte dell'uomo di quella ricerca di genitorialità che, pure, agli inizi, era stata concordemente avviata dai coniugi e da questi perseguita a mezzo del ricorso alle nuove tecnologie riproduttive.

I fatti e le questioni da essi poste hanno così catalizzato l'interesse dei giudici nei riguardi delle prescrizioni normative concernenti, tra l'altro, le modalità di prestazione del consenso al trattamento di P.M.A., ma anche (e soprattutto) la sua revoca.

Tuttavia, proprio rispetto a tali profili, l'approccio definitorio dei magistrati che con essi si sono confrontati pare infine sollevare molte più questioni di quante, con le loro pronunce, quegli stessi magistrati abbiano avuto la pretesa di risolvere.

3. La dubbia impostazione giudiziale della *querelle* concernente la revocabilità del consenso al trattamento di P.M.A.

Ad inverare tale giudizio è certo il modo in cui i giudici impostano e risolvono la *querelle* concernente la revocabilità del consenso al trattamento di P.M.A. alla luce del dato letterale della L. n. 40/2004, ed in particolare della disposizione (art. 6) che, dopo aver specificato le modalità di espressione del consenso della coppia a tal tipo di trattamento, stabilisce infine che la volontà di avvantaggiarsi delle nuove metodiche procreative può essere revocata da ciascuno dei *partners* «fino al momento della fecondazione dell'ovulo» (art. 6, comma 3, ult. cpv.).

Per quanto si tratti di una previsione normativa che, come si evidenzierà di qui a breve, pone problemi di forte pregnanza teorica, nelle argomentazioni addotte dai giudici al fine di definire le vicende giudiziarie dedotte alla propria cognizione la dubbia portata di tale disposizione viene scalzata da una lettura del testo che non solo confuta ogni perplessi-

tà in ordine alla conformità e non contraddizione dello stesso a precisi diritti e principi fondamentali, ma finisce per attribuire ad esso una valenza paradigmatica, in quanto strumentale a garantire la tutela di quel concepito che, *in incipit*, la legge pure addita quale soggetto meritevole di tutela⁴. Alla volontà della coppia, divenuta irrevocabile, viene infatti riconosciuta, unitamente alla funzione determinativa della maternità e paternità, anche quella attributiva dello *status filiationis*⁵. Sicché, chiosano i giudici, deve perciò stesso escludersi «la rilevanza di comportamenti e di eventi successivi alla fecondazione dell'ovulo»⁶; ed in questo senso deve negarsi peso alla scelta di interrompere la ricerca del figlio, manifestata dal *partner* maschile della coppia attraverso la revoca del consenso originariamente manifestato ai fini dell'impiego delle tecniche di P.M.A.

Benché apparentemente robusto e consequenziale, l'impianto argomentativo che sorregge il *decisum* dei giudici, e spinge infine a definire quella procreativa come una libertà che «si è esercitata e si è esaurita con la fecondazione»⁷, presta in realtà il fianco a molte critiche, anche piuttosto severe, che, dalla rilettura del disposto dell'art. 6 della L. n. 40 del 2004 in chiave costituzionale, traggono motivo per evidenziare i tanti dubbi che la disposizione *de qua* pone anzitutto alla luce dei principi fondamentali che governano il “consenso informato” quale condizione di legittimità nel/del trattamento sanitario, oltre che bene-interesse tutelabile di per sé, indipendentemente dalla tutela del bene salute. Né, in questa prospettiva, sono poche le criticità messe in evidenza alla luce della necessità di una lettura sistematica del disposto di cui ai commi 1 e 3 del dettato dell'articolo in esame. Tuttavia, ad alimentare perplessità di ancora maggiore spessore riguardo alla correttezza dell'impostazione offerta dai giudici riguardo alla revoca del consenso già prestato al trattamento di P.M.A. è soprattutto l'evidente sua contrarietà alla tutela di quel diritto alla salute, che, nella sua dimensione psichica, può certo ritenersi potenzialmente leso dalla realizzazione di un progetto di filiazione che la previsione dell'irrevocabilità del consenso a seguito della fecondazione pare chiaramente tratteggiare in termini di costrizione anziché libertà. Ciò che, del resto, finisce per negare l'uguale tutela accordata dal testo costituzionale altresì alla scelta di non procreare, ovvero di non essere obbligati ad una genitorialità non voluta.

Sullo sfondo, peraltro, si staglia una questione ancor più dubbia, ovvero la rispondenza della regola della non revocabilità del consenso alle tecniche di P.M.A. successivamente alla fecondazione dell'ovulo a quella che, a favore dell'embrione, viene definita, con affer-

⁴ Art. 1, comma 1, legge n. 40 del 19 febbraio 2004, contenente *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, pubblicata in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004: «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, *compreso il concepito*» (nel testo, corsivo nostro).

⁵ Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza cautelare dell'11 ottobre 2020, cit., p. 5.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza cautelare dell'11 ottobre 2020, cit., p. 6.

mazione assolutamente controvertibile, un'esigenza di «protezione assoluta, parificabile a quella di un vero e proprio soggetto di diritto»⁸.

In questo senso, quindi, i casi giudiziari che da ultimo hanno acceso l'attenzione della riflessione dottrinale sulla questione del consenso al trattamento di P.M.A. e la sua revoca non hanno semplicemente offerto ragioni per un ripensamento del conferente dettato legislativo che, anche in prospettiva *de jure condendo*, risulti utile a renderne il contenuto rispondente al quadro normativo di riferimento, ed *in primis* all'insieme dei principi e dei valori costituzionali conferenti in tema. Piuttosto, hanno costituito un'importante occasione di riflessione in vista del recupero della più corretta prospettazione giuridica del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e delle finalità che esso soddisfa, nonché della specificazione di quale sia il più giusto bilanciamento fra i diritti di tutti i soggetti coinvolti nella vicenda procreativa, “compreso il concepito”.

4. La contrarietà del divieto di revoca del consenso di cui all'art. 6, comma 3, ult. cpv., L. n. 40/2004, ai principi fondamentali in materia di consenso informato.

Come è noto, al disposto legislativo che, consentendo la revoca del consenso prestato da ciascuno dei *partners* della coppia legittimata all'accesso alla P.M.A. solo fino al momento della fecondazione dell'ovulo, obbliga poi a procedere all'impianto in utero degli embrioni formati, la giurisprudenza costituzionale ha, ad oggi, consentito di derogare solo nell'ipotesi in cui l'esecuzione del trattamento di P.M.A. risulti, per ragioni sopravvenute, contraria all'interesse alla salute della madre⁹.

In particolare, secondo quanto deciso dalla Corte, che nell'occasione più direttamente interviene sulla disposizione in tema di crioconservazione degli embrioni¹⁰, il relativo divieto, nella sua assolutezza, può essere derogato in tutti i casi in cui il medico rilevi fondati rischi per la salute della donna nel procedere al loro impianto¹¹, sicché, in questa stessa ipotesi, la previsione che limita l'interruzione del trattamento di P.M.A. alla sola ipotesi di

⁸ Tribunale di Perugia, ordinanza cautelare del 28 novembre 2020, cit., p. 4.

⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, in Consultaonline.it.

¹⁰ Come si ricorderà, con la sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., i giudici costituzionali hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 14, limitatamente alle parole “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre” e del comma 3 dello stesso articolo nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna.

¹¹ Per una puntuale disamina dei contenuti di tale decisione si rinvia a: G. DI GENIO, *Il primato della scienza del diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forumcostituzionale.it*; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) di decidere*, in *Consultaonline.it*; D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Consultaonline.it*; S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in *Forumcostituzionale.it*.

una revoca del consenso precedentemente prestato a questo stesso trattamento, espressa prima della fecondazione dell'ovulo, risulta naturalmente superata.

Inopinabilmente, così sentenziando, i giudici costituzionali hanno superato molte delle più severe critiche rivolte dalla dottrina quanto alla rispondenza del dettato legislativo in questione a taluni beni e diritti di rilievo assolutamente fondamentale¹². Ed hanno altresì inevitabilmente inciso sull'operatività dell'art. 6, comma 3, o meglio sull'ambito applicativo di tale ultima prescrizione.

Tuttavia, per quanto si sia trattato di un primo importante intervento caducatorio, correttivo di uno dei maggiori profili criticità del testo, non pochi sono i dubbi di legittimità costituzionale che ad oggi¹³ possono ancora porsi relativamente alla previsione di cui all'art. 6, comma 3, in punto di irrevocabilità del consenso al trattamento medico di P.M.A. dopo la fecondazione dell'ovulo¹⁴.

Su tale questione, infatti, pur al tempo sollevata dal giudice remittente, la Corte costituzionale, sempre nella sentenza n. 151/2009, non si è espressa, evidenziandone piuttosto l'inammissibilità in ragione del difetto di motivazione sulla rilevanza nel giudizio *a quo*¹⁵. In questo modo, la decisione dei giudici costituzionali ha lasciato del tutto irrisolto il problema del consenso (o meglio della sua revoca) al trattamento di P.M.A., sia sotto il profilo sistematico che sotto quello pratico-operativo, in quanto la relativa decisione è pur sempre demandata al medico, in base ad un'opzione di carattere squisitamente tecnico-scientifica, legata alle condizioni fisiche della donna e al possibile pericolo per la sua salute, e non al soggetto direttamente interessato al trattamento.

¹² Su cui vedi *infra*, paragrafo 8.

¹³ È bene ricordare che, in tempi successivi alla sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., la Corte Costituzionale è stata nuovamente chiamata a valutare la disposizione del comma 3 dell'art. 6 della Legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita (P.M.A.) nella parte in cui si stabilisce che la richiesta di procedere alla PMA "può essere revocata fino al momento della fecondazione dell'ovulo" dal Tribunale di Firenze (ordinanza n. 166 del 7 dicembre 2012, in G.U. in Gazzetta Ufficiale, 17 luglio 2013, Prima serie speciale n. 29, pp. 65-76). In particolare, tale questione è stata riproposta dal Tribunale fiorentino unitamente alla richiesta di annullamento del divieto di sperimentazione sugli embrioni di cui all'art. 13 commi 1 e 2 della medesima Legge 40/2004. Anche in tale occasione, però, la Corte non ha affrontato, nel merito, i dubbi di costituzionalità che, al riguardo, sono stati dedotti alla propria cognizione; sicché, ad oggi, la questione *de qua* risulta ancora non giudicata.

¹⁴ Si tratta di dubbi la cui fondatezza è decisamente negata da C. CASINI, M. CASINI, *Sulla pretesa incostituzionalità dell'art. 6, terzo comma, della Legge n. 40 del 2004*, in *Diritto, mercato, tecnologia (Dimt.it)*, 19 febbraio 2016. Agli occhi di tali studiosi, infatti, la *ratio legis* sottesa all'art. 6, comma 3, L. n. 40/04 è assolutamente robusta, tale da resistere solidamente alle cesure di incostituzionalità formulate dai giudici di merito. In particolare, rendendo esplicita tale *ratio*, da loro definita addirittura «evidente», i giuristi citati spiegano: «con la fecondazione un nuovo essere umano inizia la sua esistenza. Esso è un soggetto titolare di diritti (art. 1), il primo dei quali è quello alla vita: non può dunque essere distrutto, né esposto a rischio di distruzione. Inoltre nascono in favore del nuovo essere umano obblighi soprattutto nei soggetti che lo hanno generato. Il dovere di "mantenerlo" è addirittura di rango costituzionale, sancito com'è dall'art. 30 Cost. ("È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori del matrimonio"). In ordine alla PMA questo dovere è particolarmente intenso, dal momento che il figlio è venuto all'esistenza per libera e meditata decisione ed è stato anche strenuamente ricercato».

¹⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., punto 8 del *Considerato in diritto*.

In buona sostanza, la modifica introdotta dalla Consulta con la sentenza n. 151/2009 non ha in alcun modo inciso, con riferimento al disposto dell'art. 6, L. n. 40/2004, sul problema del rispetto dei principi fondamentali in materia di consenso informato quale condizione di legittimità nel/del trattamento sanitario, che, invece, devono trovare nella fattispecie piena operatività, non vertendosi in ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio (T.S.O.)¹⁶. E neppure ha inciso sul piano della garanzia del consenso informato, quale bene-interesse tutelabile di per sé, indipendentemente dalla tutela del bene salute¹⁷, in quanto espressione di quella libertà di autodeterminazione che l'art. 32 Cost. costruisce in termini di diritto fondamentale.

In relazione a tali profili, quindi, la disposizione *de qua*, sebbene sprovvista di sanzione¹⁸, finisce per determinare un grave *vulnus* all'interno del sistema, quale oggi finemente definito dalle pronunce delle supreme magistrature.

Qui, immediato è il richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che, a far data dalla sentenza n. 438/2008, ha chiaramente evidenziato come la riconducibilità della pratica del consenso informato negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, in cui trova fondamento, pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona, quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto nonché delle eventuali terapie alternative¹⁹.

¹⁶ Si tratta di un principio esplicitato in molte disposizioni di carattere fondamentale, sia a livello interno che internazionale e sovranazionale, quali: gli artt. 2, 13, comma 1, e 32, comma 2, Cost.; l'art. 3 Carta dei Diritti fondamentali dell'U.E.; nonché l'art. 5 Convenzione di Oviedo. Esso, inoltre, torna in numerose disposizioni normative sub-costituzionali, quali: l'art. 33, commi 1 e 5, della legge n. 833/1978, sull'*Istituzione del servizio sanitario nazionale*; l'art. 4 della legge n. 458/1967, sul *Trapianto del rene tra persone viventi*; l'art. 14 della legge n. 194/1978, contenente *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*; l'art. 2 della legge n. 164/1982, avente ad oggetto *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*; l'art. 121 del d.P.R. n. 309/1990 – *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*; gli artt. 1 e 2 d.m. 27 aprile 1992 - *Disposizioni sulle documentazioni tecniche da presentare a corredo delle domande di autorizzazione all'immissione in commercio di specialità medicinali per uso umano, in attuazione della direttiva n. 91/507/CEE*. Tale diritto ha inoltre trovato riconoscimento in molte e significative sentenze, a far data dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 438/2008 (su cui, anche per rimandi alla dottrina a commento, vedi *infra*). A questa si affiancano le decisioni della Corte di Cassazione nn. 10014/1994; 364/1997; 7027/2011; 5444/2006; 26972/2008; 10741/2009; 2847/2010.

¹⁷ Corte di Cassazione, sentenza n. 2847/2010, cit.

¹⁸ Assolutamente peculiare è la chiave di lettura che, per questa parte della disposizione in commento, è stata offerta da C. CASINI, M. CASINI, *Sulla pretesa incostituzionalità dell'art. 6, terzo comma, della Legge n. 40 del 2004*, cit. Secondo tali studiosi, infatti: «Saggiamente la Legge 40/2004 prevede la irrevocabilità del consenso dopo la generazione dell'embrione, ma non prevede nessuna sanzione per il caso che la donna non voglia il trasferimento in utero. Nessuna coazione è possibile. Di fatto il consenso della donna è necessario, ma la norma dell'art. 6/3 resta una guida all'azione, particolarmente importante. Il diritto conosce le norme qualificate "men che perfette", quelle cioè che prescrivono un comportamento ma non lo sanzionano e non lo attuano in modo alternativo. Ma come è noto la funzione del diritto positivo è prima di tutto preventiva, vuole essere, appunto, una "guida all'azione". La norma non è quindi inutile. L'esclusione della coercibilità non esclude la ragionevolezza e la legittimità costituzionale della norma che afferma e disciplina l'obbligo».

¹⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 438 del 23 dicembre 2008, punto 4 del *Considerato in diritto*.

Proprio in applicazione di tali principi, la Corte di Cassazione²⁰ ha quindi esplicitamente sancito che il diritto al consenso informato, in quanto diritto irrettrabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal personale sanitario, a meno che non ricorrano situazioni di urgenza, a seguito di un intervento concordato e programmato e per il quale sia stato richiesto ed ottenuto il consenso, che pongano in gravissimo pericolo la vita della persona, ovvero si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. La stessa Corte, anzi, ha precisato che l'acquisizione del consenso al trattamento terapeutico rappresenta per il sanitario un obbligo assolutamente inderogabile, tale cioè che non assume alcuna rilevanza, per escluderlo, la circostanza che l'intervento *absque pactis* sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto²¹.

In particolare, però, per quel che qui rileva, è importante marcare che, alla luce di una giurisprudenza oramai granitica, il consenso informato deve essere presente in ogni fase del trattamento sanitario. Esso, cioè, «deve essere presente sia nella fase di formazione del consenso, sia nella fase antecedente che in quella di esecuzione del contratto, riconducibile (come in altri settori) alla clausola generale di buona fede del nostro ordinamento civilistico *ex artt. 1175, 1337, 13745 c.c.*»²².

Si tratta di un profilo che, nell'economia del tema trattato, riveste un'assoluta centralità. Se, infatti, si parte dal presupposto, legislativamente accolto (art. 1, legge n. 40/2004), che le tecniche di P.M.A. sono un trattamento medico²³, appare giocoforza incontrovertibile che anche in relazione ad esse debbano trovare applicazione i principi validi per qualsiasi trattamento sanitario, in forza dei quali il consenso libero ed informato del paziente, in qualità di presupposto legittimante l'intervento del medico, deve sussistere prima, e durante tutto il trattamento, non vertendosi in ipotesi di T.S.O.

Né tale conclusione pare possa seriamente esser messa in discussione, posto che, laddove la si confutasse, si finirebbe per ciò stesso per contraddire la scelta legislativa che in quel presupposto riposa, e quindi per negare quella peculiare configurazione delle tecniche di P.M.A. che, in realtà, emergendo *in apicibus*, rappresenta addirittura una delle direttrici di sviluppo del dettato normativo di cui alla legge n. 40 del 2004. Chiamato, infatti, a stabilire se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle nuove tecnologie riproduttive meriti di essere sempre e comunque soddisfatto, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate, il legislatore ha chiaramente ed espressamente configurato il ricorso alle tecniche *de quibus* come rimedio alla sterilità

²⁰ Corte di Cassazione, n. 16543/2011.

²¹ *Ibidem*.

²² Così, Corte di Cassazione, sentenza n. 10741/2009.

²³ Decisamente critici nei riguardi della configurabilità della P.M.A. quale trattamento terapeutico sono C. CASINI, M. CASINI, *Sulla pretesa incostituzionalità dell'art. 6, terzo comma, della Legge n. 40 del 2004*, cit. Gli illustri studiosi, infatti, giudicano «assai discutibile che la PMA possa essere assimilata ad una vera e propria terapia», in quanto «anche se nasce un figlio la sterilità resta e non è sanata». E del resto, «anche se una conturbante selezione embrionale può evitare la nascita di un figlio affetto dalle malattie potenzialmente ereditate dai genitori, la malattia resta».

o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile, escludendo quindi in maniera netta che la P.M.A. possa rappresentare una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera determinazione degli interessati²⁴.

Conseguentemente, la previsione di cui all’art. 6, comma 3, ultimo capoverso, che, in relazione a tale tipo di trattamento, esclude la possibile revoca del relativo consenso a seguito della fecondazione dell’ovocita, sebbene già di per sé sprovvista di sanzione per l’ipotesi di violazione, e sia pur oggi sicuramente ridotta nella sua portata, per effetto della previsione di una valutazione medica comparativa inerente la prioritaria tutela della salute della donna, rappresenta comunque una palese violazione dell’enunciato principio regolativo del rapporto medico/paziente, posto che il paziente viene espropriato della possibilità di revocare l’assenso al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico/fisica²⁵.

Né, in senso contrario, pare possa fondatamente argomentarsi, al pari di quanto fanno invece i giudici di merito, che, nel caso di specie, la disciplina sul consenso informato sia stata volontariamente derogata dal legislatore in ragione dei rilevanti interessi oggetto di tutela, sì da consentire limiti alla sua naturale revocabilità in ogni fase del trattamento²⁶. È questa infatti una chiave interpretativa alquanto opinabile, e non tanto perché contrasta con il dettato letterale della legge. Piuttosto, qui il richiamo alla deroga pare semplicemente strumentale a corroborare l’idea di una (presunta) preminenza accordata dal legislatore all’embrione, dimenticando i diritti e gli interessi degli altri soggetti coinvolti nella vicenda procreativa, comunque meritevoli di tutela, e la conseguente esigenza di un loro giusto bilanciamento, di fatto sconfessata, al pari dei dubbi di legittimità che, già per i profili qui accennati, sono stati evidenziati con riferimento al dettato legislativo in esame.

Ed invece, proprio per tali profili, sono più che evidenti le perplessità che, in punto di legittimità, da sempre, e quindi anche nell’ambito dei giudizi in esame, avrebbero seriamente e fondatamente consentito di provocare un incidente di costituzionalità, ed è anche solo intuitivo l’importante apporto che l’esito di tale giudizio avrebbe offerto all’impostazione della questione oggetto d’analisi; sicuramente più di quanto abbia da trarsi da quell’opinabile sforzo interpretativo in cui i giudici hanno inutilmente preferito insistere.

²⁴ Cfr. art. 1, L. 40/2004, cit.

²⁵ In questo senso, Tribunale di Firenze, ordinanza n. 166 del 7 dicembre 2012, cit.

²⁶ Così, Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021, cit., p. 6.

5. La vacillante “solidità” dell’art. 6, L. n. 40/2004, alla luce di una lettura sistematica del disposto di cui ai commi 1 e 3

Del resto, i dubbi in ordine alla “solidità” della previsione normativa in esame paiono chiaramente rafforzarsi alla luce di una pur necessaria lettura sistematica del disposto di cui all’art. 6 della legge n. 40 del 2004.

Questo, infatti, al comma 1, pone, a carico del medico preposto al trattamento di P.M.A., l’obbligo di fornire, a chi vi si sottopone, tutte le informazioni prescritte dalla legge stessa. Al riguardo, anzi, la disposizione *de qua* appare alquanto puntuale laddove precisa che tali informazioni devono vertere «sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all’applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l’uomo e per il nascituro», ovvero lì dove puntualizza che queste stesse informazioni «devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate». Lo scopo, dichiarato ma anche solo intuitivo, è quello di garantire «il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa».

Ebbene, ripensata alla luce di tale previsione, la regola dell’irrevocabilità del consenso di cui al comma 3 pare assolutamente stridente con la necessità da parte del medico di acquisire, da parte di chi è interessato al trattamento, il consenso utile all’espletamento di ogni fase della procedura di P.M.A.

In particolare, l’irrelevanza in cui di fatto è confinata la diversa volontà che il soggetto manifesta al trattamento a seguito della fecondazione dell’ovocita rende alquanto incomprensibile la *ratio* di quell’obbligo informativo che, anche a seguito della formazione dell’embrione, grava comunque sul personale medico.

In questo senso, dunque, accedere all’interpretazione giudiziale proposta, che spezza la continuità logico-giuridica tra le previsioni di cui al 1 e 3 comma dell’articolo in esame, significa fondamentalmente scontrarsi con una discrasia che non può dirsi affatto “apparente”.

Sostenere, infatti, che «il disposto dell’art. 6, 1° e 3° comma, deve essere interpretato tenendo conto della *ratio legis*, volta alla tutela non solo degli interessi privatistici dei soggetti coinvolti ma anche pubblicistici di ordine etico e sanitario», sicché «l’interpretazione logica impone dunque di ritenere che, ferma la necessità per la struttura di adempiere agli obblighi informativi per ogni fase del trattamento, il consenso dovrà essere rinnovato solo in caso di rilevate problematiche o anomalie del processo»²⁷ significa in realtà contraddire appieno la scelta legislativa che, come già evidenziato, ha *expressis verbis* configurato il ricorso alle tecniche *de quibus* quale trattamento terapeutico di contrasto alla sterilità e/o

²⁷ Così, Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021, cit., p. 7.

infertilità, sì da ricondurre le questioni ad esso collegate nell'alveo delle regole preposte alla salvaguardia del diritto alla salute, costituzionalmente tutelato all'art. 32 Cost.

Né, ad avallare l'interpretazione qui criticata pare utile richiamare il dettato del "Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'art. 6, comma 3, della legge 10 febbraio 2004, n. 40"²⁸.

In realtà, tale richiamo, che per i giudici elide la necessità di integrare il consenso già pre-stato, ferma restando la necessità di fornire alle parti le informazioni relative alle singole fasi, non pare per nulla risolutivo. Esso, infatti, finisce semplicemente per spostare i dubbi di legittimità su palesati dal piano legislativo a quello regolamentare, senza affatto consentire un più saldo ancoraggio della disposizione in esame.

Per quel che qui rileva, però, quanto appena osservato costituisce soprattutto un'ulteriore importante riprova della necessaria declinazione del trattamento di P.M.A. in termini di trattamento terapeutico, con l'ovvia conseguenza che è alla stregua di tale impostazione, sposata dalla dottrina ancor prima di esser positivizzata dal legislatore, che risulta necessario valutare e risolvere le diverse problematiche che esso solleva, anzitutto con riferimento al rispetto al diritto alla salute ed all'autodeterminazione di chi vi si sottopone.

6. L'incidenza della disciplina del consenso alla P.M.A. sul benessere psichico del *partner* maschile della coppia: ulteriori dubbi di costituzionalità

In effetti, sebbene già radicati nelle considerazioni appena svolte, i motivi di dubbio manifestati nei riguardi della previsione che delimita le possibilità di revoca del consenso originariamente prestato dalla coppia all'accesso alle tecniche di P.M.A., additando nella fecondazione dell'ovulo il termine ultimo ai fini di una sua utile espressione, paiono tra l'altro irrobustirsi laddove se ne valuti l'incidenza sul bene fondamentale alla salute.

Qui, peraltro, il riferimento non è più alla sola esigenza di tutela della vita e dell'integrità fisica della donna, già oggetto di un significato e delicato *balancing test* da parte della Corte, che, come già osservato, su di esso si è infine espressa con la sentenza n. 151/2009. Piuttosto, la particolare attenzione che, nell'occasione, è stata rivolta dal giudicante alla tutela del bene psico/fisico della madre, pare fondatamente aprire alla possibilità che l'eccezione di incostituzionalità sulla quale la Corte si è pronunciata venga oggi riformulata in

²⁸ Si tratta del regolamento emanato con decreto 28 dicembre 2016, n. 265, in G.U. n. 40 del 17.02.2017, a proposito del quale i giudici evidenziano come esso «all'art. 1, dopo aver elencato gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato, prevede, al comma secondo, che "senza necessità di integrare il consenso già acquisiti", gli elementi informativi di cui al comma 1, lettere c), f), g), h) ed o), sono forniti in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita».

relazione alla salvaguardia del benessere psichico del padre; benessere che potrebbe risultare gravemente compromesso in conseguenza dei limiti per questa via opposti dall'art. 6, comma 3, ultimo capoverso alla possibilità di rifiutare l'impianto in utero della *partner* degli embrioni già formati.

Né a tale rilievo potrebbe negarsi spessore in ragione della dimensione solo psichica e non anche fisica del bene salute che verrebbe negativamente inciso dal prosieguo del trattamento medico in assenza del consenso di chi vi è sottoposto.

Una simile interpretazione, infatti, cozzerebbe in pieno con la definizione che del bene "salute" è accolta a livello costituzionale, e con la pienezza della tutela che il testo fondamentale offre di esso, definendolo, unico tra i tanti, diritto "fondamentale" (art. 32, comma 1, Cost.).

Del resto, in ragione della ricchezza semantica del termine, in cui attualmente confluiscono anche i valori etici, morali e religiosi della persona, cui pure vengono paramtrate le scelte concernenti il benessere psico/fisico della stessa, non pare dubbio che alla salute possa oggi correttamente guardarsi come all'espressione più significativa di quella *Weltanschauung*, che correntemente compendia la percezione piena che ognuno ha di sé e della realtà in cui è calato e con la quale si rapporta.

Dal canto suo, la stessa Corte costituzionale ha più volte affermato, in maniera chiara e decisa, che il diritto alla salute, su cui la disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita è destinata naturalmente ad incidere, va inteso "nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica"²⁹, precisando, altresì, che la tutela di quella psichica "deve essere di grado pari a quello della salute fisica"³⁰. E sempre la Corte ha pure ricordato che tale nozione corrisponde a quella sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo la quale: "Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano" (Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946)³¹.

Sicché, argomentare, come fanno i giudici, che eventuali problematiche psicologiche a danno di chi rifiuti la prosecuzione del progetto genitoriale vadano sconfessate alla luce delle uguali problematiche che possono interessare l'altro genitore «per non vedere realizzato il progetto di filiazione nonostante l'affidamento determinato dal consenso e l'avvenuta fecondazione»³² significa di fatto eludere il problema, senza che lo stesso possa dirsi risolto alla luce di quel bilanciamento degli interessi delle parti con la tutela dell'aspettativa di vita dell'embrione, cui i giudici espressamente si riferiscono e che, invece,

²⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 251 del 04 luglio 2008. Analogamente, sentenze n. 113 del 06 aprile 2004; n. 253 del 18 luglio 2003. I testi di tutte queste sentenze sono reperibili sul sito Consultaonline.org.

³⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 167 del 10 maggio 1999, in Consultaonline.org.

³¹ Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, cit., punto 7 del *Considerato in diritto*.

³² Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021, cit., p. 6.

per le ragioni di cui si dirà appresso, rappresenta uno dei profili di maggiore criticità delle decisioni in commento.

7. Procreazione e autodeterminazione: quale, in questa prospettiva, l'incidenza della revoca del consenso sul trattamento di P.M.A.?

Né quello alla salute è l'unico diritto che, anche solo potenzialmente, rischia di essere pregiudicato in ragione dei limiti entro i quali la legge accorda rilievo al rifiuto opposto all'impianto in utero degli embrioni formati a seguito della fecondazione.

Piuttosto, ad essere in discussione è altresì quel diritto all'autodeterminazione che, in materia procreativa, si declina altresì quale diritto a non generare, *quid est* ad una genitorialità non imposta, oggi comunemente riconosciuto quale diritto fondamentale, espressione della libertà e dell'autonomia della persona, che, pur in assenza di un esplicito suo richiamo a livello costituzionale, internazionale, ovvero sovranazionale, trova comunque, nel nostro ordinamento, un deciso fondamento nel combinato disposto dagli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione³³, ed anzitutto dell'art. 2, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili della persona umana.

Ed è proprio in funzione della esigenza primaria di tutelare la persona umana in una delle sue funzioni più intime e private, che il momento procreativo, quale espressione massima della personalità del soggetto, ha finito per acquistare sempre maggiore rilevanza, atteggiandosi non solo come diritto nei confronti dello Stato per l'apprestamento e la predisposizione dei mezzi e delle strutture che rendano possibile ed effettiva tale facoltà naturale, ma anche e soprattutto come diritto svincolato e libero da qualsivoglia intervento pubblico o privato diretto a coercire o condizionare il singolo nell'esercizio concreto di tale diritto³⁴. Ferma, dunque, la rilevanza ed il chiaro fondamento costituzionale del diritto in esame, è peraltro indubbio che, nelle nuove modalità in cui oggi viene esercitato, per mezzo dell'impiego di tecniche sempre più sofisticate, quali quelle messe a punto dalla medicina riproduttiva, esso incontra i limiti naturalmente derivanti dalla necessità di rispettare gli altri valori fondamentali costituzionalmente garantiti. E tra questi, *in primis*, il diritto del nascituro a fruire e godere della doppia figura genitoriale, per essere istruito, educato e mantenuto da entrambi i genitori, nell'ambito di un contesto di coppia, per la garanzia di un equilibrato ed armonico sviluppo psico-fisico.

³³ A livello legislativo, tale diritto trova una sua importante espressione nell'art. 1 della legge n. 194 del 1978, contenente *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, che, per la prima volta, sancisce l'impegno dello Stato a garantire l'esercizio del «diritto alla procreazione cosciente e responsabile».

³⁴ Per una trattazione attenta ed esaustiva del tema, si rinvia al recente lavoro monografico di M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, *passim*.

È questo un bilanciamento che, sebbene in anni precedenti all'approvazione della legge n. 40 del 2004, ha trovato una sua definizione in un'ordinanza del Tribunale di Bologna³⁵, che, ad oggi, non soltanto resta l'unico precedente giurisprudenziale effettivamente e direttamente riferibile ai casi indagati, ma anche quello che pare meglio indagare la problematica in esame.

Il giudice bolognese, infatti, è il primo che, occupandosi di un caso di fecondazione artificiale *in vitro* (F.I.V.E.T.), con crioconservazione degli embrioni, afferma chiaramente che, nell'ipotesi considerata, «i diritti fondamentali e personalissimi di entrambi i genitori biologici, all'esercizio della libera determinazione alla paternità o alla maternità, devono essere necessariamente collocati sullo stesso piano e ricevere pari dignità e tutela costituzionale»³⁶. Diversamente, infatti, da quanto accade in caso di procreazione naturale, in cui è il concepimento «l'evento che fa iniziare nella donna la gravidanza», con la creazione dell'embrione ed il suo successivo annidamento ed attecchimento nell'utero della stessa, sicché è irrilevante se, con l'accoppiamento, sia stato fecondato un ovocita che poi non ha attecchito in utero, «nella fecondazione artificiale *in vitro*, le due fasi fondamentali e sostanzialmente diverse, sono visibili ed apprezzabili separatamente»³⁷. E di fatto, in tale ipotesi, al momento della fecondazione dell'ovocita *in vitro*, con conseguente creazione di un embrione, segue la fase del suo trasferimento nell'utero della donna che, in caso di annidamento, determinerà l'avvio della gravidanza vera e propria.

Ebbene, osserva il giudicante, «fino a quando non vi sia stato il trasferimento dell'embrione nell'utero della donna con determinazione dell'inizio della gravidanza, i diritti fondamentali dei genitori biologici sull'embrione, che è frutto dell'unione dei rispettivi gameti, ed i diritti fondamentali alla libera autodeterminazione alla procreazione, devono essere valutati, garantiti e tutelati sullo stesso piano paritetico». E ciò perché è solo dopo il trasferimento dell'embrione nel corpo della donna e con l'insorgenza della gravidanza che il diritto alla maternità o meno della donna prevale decisamente sul diritto alla paternità dell'uomo. Ed in questo senso depone anche il disposto della legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, in cui la scelta di accedere alle pratiche abortive, nel rispetto dei presupposti e delle condizioni legislativamente fissate, è rimessa esclusivamente alla madre, che è la sola a poter esercitare al riguardo la propria libertà di autodeterminazione, sia pur entro i limiti normativamente stabiliti.

Conseguentemente, in caso di fecondazione *in vitro*, ed in assenza di una gravidanza, i diritti di entrambi i *partners* della coppia non possono che essere considerati paritetici e perciò ricevere pari tutela.

³⁵ Tribunale di Bologna, ordinanza 9 maggio 2000.

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*

E ciò in omaggio al diritto alla libera ed incoercibile autodeterminazione alla procreazione, la cui gravidanza è stata ribadita ancora di recente dalla Corte costituzionale, secondo cui: «la determinazione di avere o meno un figlio [...] concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali»³⁸.

Proprio se riletta in tale prospettiva, la soluzione offerta dal giudice bolognese, sia pur precedente all'approvazione della legge in tema di accesso alle tecniche di P.M.A., pare oggi offrire argomenti utili per tornare a riflettere sul “peso” che, nel bilanciamento imposto dalla fattispecie considerata, deve riconoscersi al diritto di autodeterminazione in ambito procreativo, ed in particolare sulle ragioni che possono infine spiegare il preminente rilievo accordato alla scelta di non avere un figlio.

Sotto tale profilo, in effetti, è indubbio che, sotteso al consenso originariamente prestato al ricorso alle tecniche di procreazione artificiale, vi sia, da parte di chi lo presta, l'intimo convincimento di far nascere il figlio in una famiglia in grado di garantire al nato la possibilità di godere e fruire dei suoi diritti costituzionalmente garantiti, tra i quali, tra l'altro, quello primario e fondamentale ad una famiglia, e, con essa, un riferimento fondamentale per un integrale ed equilibrato sviluppo della sua personalità, così come garantito dall'art. 30 della Costituzione.

Ma quando a tale convincimento subentra una diversa consapevolezza in ordine non soltanto alla solidità del rapporto di coppia, ma anche e soprattutto in relazione alla scelta di un figlio, che non è più oggetto di ricerca e desiderio, non pare possa dubitarsi, al pari di quanto evidenziato dal Tribunale bolognese, che imporre la genitorialità al *partner* costituirebbe una palese ed inammissibile violazione del suo diritto fondamentale alla procreazione come atto consapevole, libero e responsabile, oltre a causare una grave lesione e violazione dei diritti costituzionalmente garantiti del nascituro.

Più precisamente, la coercizione alla procreazione e l'imposizione della genitorialità, oltre a risultare violativi del principio di autodeterminazione ai danni di chi abbia revocato il proprio assenso al ricorso alle tecniche di P.M.A., potrebbero ingenerare grave danno al successivo sviluppo psico-fisico del nascituro, oltre che suoi precisi diritti quale quello di godere di una famiglia in grado di mantenerlo, istruirlo ed educarlo.

Ecco allora che, anche per tali profili, le perplessità sollevate in relazione all'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, L. n. 40/2004, ben avrebbero potuto fondare un controllo di costituzionalità della disposizione *de qua* che, nelle more di un sempre auspicabile intervento legislativo, “emendi”, per le ragioni indicate, il testo di tale articolo, riconducendone le previsioni nell'alveo costituzionale.

³⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, cit., punto 6 del *Considerato in diritto*.

8. Le preminenti ragioni di tutela dell'embrione in un opinabilissimo bilanciamento di interessi

Né, al fine di confutare i dubbi e le perplessità fin qui sollevati, può fondatamente argomentarsi, al pari di quanto sostenuto invece dai giudici di merito, che il legislatore ha inteso conferire tutela preminente alla vita e allo sviluppo dell'embrione³⁹, a ciò orientando l'intero testo legislativo in tema di accesso alla P.M.A., e quindi anche la disciplina del consenso e la sua revoca al trattamento in questione⁴⁰.

L'argomento, che ripropone l'annosa e *vexata quaestio* della tutela dell'embrione, è di assoluta centralità.

Esso peraltro deve oggi tener conto di quanto, riguardo alle esigenze ed i limiti di tutela dell'embrione, risulta dall'elaborazione di un'ormai significativa giurisprudenza costituzionale.

Qui, il riferimento è anzitutto alla sentenza n. 151 del 2009 più volte ricordata. È in occasione di tale decisione, infatti, che la Corte afferma espressamente che la tutela dell'embrione non è assoluta⁴¹, e che, anzi, neppure la legge n. 40/2004 la ritiene tale⁴². Piuttosto, secondo i giudici costituzionali, tale tutela è «limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento» con gli ulteriori beni ed interessi emergenti in ambito⁴³.

³⁹ Si tratta di un'affermazione su cui c'è unanimità di vedute da parte del Tribunale di Perugia (ordinanza cautelare del 28 novembre 2020, cit., p. 4), e del Tribunale di S. Maria C.V. (ordinanza cautelare dell'11 ottobre 2020, cit., pp. 7, 8; ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021, cit., p. 5).

⁴⁰ Completamente diversa è l'impostazione che alla questione indagata viene data da C. CASINI, M. CASINI, *Sulla pretesa incostituzionalità dell'art. 6, terzo comma, della Legge n. 40 del 2004*, cit., i quali ritengono opportuno applicare anche alla discussione sull'art. 6 comma 3 l'orientamento che, a proposito dello *status* dell'embrione e del tipo di tutela da accordare ad esso, emerge dalla sentenza 229/2015. In questa, osservano studiosi, «si scrive chiaramente che l'embrione non è una cosa». E tale puntualizzazione, ai loro occhi, acquista subito un valore paradigmatico. Spiegano, infatti, che quella in questione è «una affermazione coerente con l'altra recentissima decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che nella causa "Parrillo c. Italia" del 27 agosto 2015 ha stabilito che l'embrione non può essere oggetto di proprietà. Se non né una cosa, non è un oggetto; se non è un oggetto, non può essere che un soggetto. In effetti è quanto si legge nella sentenza 229/2015, sia pure con l'annotazione che il bilanciamento del diritto alla vita dell'embrione con altri beni, anche essi costituzionalmente protetti, può condurre ad un affievolimento della "soggettività" (*rectius*: della tutela) dell'embrione. In ogni caso, anche in questa logica, la qualità di soggetto non viene meno». Ed aggiungono: «Va ricordato che la indicazione della sentenza 229/2015 è coerente con i pareri ripetutamente formulati dal Comitato nazionale di bioetica (22 giugno 1996 su "Identità e statuto dell'embrione umano"; 11 aprile 2003 su "Ricerche utilizzanti embrioni umani e cellule staminali"; 15 luglio 2005 su "Considerazioni bioetiche in merito al c.d. Ootide"; 18 novembre 2005 su "Adozione per la nascita di embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (PMA)"; 16 dicembre 2005 su "Aiuto alle donne in gravidanza e depressione post-partum") e con la precedente sentenza costituzionale n. 27 del 18 febbraio 1975 in tema di aborto, specialmente secondo la interpretazione precisata nella successiva decisione della Consulta n. 35 del 10 febbraio 1997».

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

⁴² Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

⁴³ Sotto tale profilo, un approccio assolutamente diverso nei riguardi della pronuncia *de qua* è quello di C. CASINI, M. CASINI, *Sulla pretesa incostituzionalità dell'art. 6, terzo comma, della Legge n. 40 del 2004*, cit., i quali, a proposito dei riflessi di tale decisione sul piano della tutela dell'embrione, osservano che, sebbene nell'occasione la Corte abbia annullando il limite massimo di tre embrioni generabili nell'unità di un ciclo e l'obbligo del loro immediato trasferimento, al contrario essa non ha annullato «il principio, ivi scritto, di un dovere di trasferimento, manifestato dalle parole "da realizzare non

La Corte, insomma, non nega rilievo alla dignità dell'embrione, né tantomeno disconosce il fondamento costituzionale della sua tutela.

Anzi, in una sua successiva pronuncia, chiarisce in maniera inequivoca che «la dignità dell'embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.»⁴⁴.

Tuttavia, come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell'embrione deve, secondo la Corte, essere oggetto di bilanciamento⁴⁵.

Ed in questa prospettiva la giurisprudenza costituzionale è assolutamente chiara nel circoscrivere la relativa discrezionalità legislativa entro limiti inderogabili, specificamente individuati, oltre che nel rispetto dei principi di autonomia e responsabilità del medico debitamente autorizzato al trattamento dal paziente⁴⁶, altresì nella salvaguardia dei diritti fondamentali.

Qui, di nuovo, il rimando è alla sentenza n. 151 del 2009.

È in essa, infatti, che i giudici costituzionali, cassando l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da trasferire in utero, censurano l'irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, che di fatto nega al medico «la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto». Ed è sempre in tale sentenza che viene, al contempo, salvaguardata pure la salute della donna, sottratta all'obbligo di sottoporsi ad un trattamento potenzialmente pregiudizievole, quale conseguenza della previsione, infine censurata, della creazione di un numero di embrioni pari a tre «in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive» della stessa.

Di qui, quindi, la declaratoria di illegittimità che colpisce non solo la disposizione che nulla prevede a proposito della necessità che il trasferimento degli embrioni, da realizzare

appena possibile», principio coerente con l'irrevocabilità del consenso una volta avvenuto il concepimento, fissato nel 3° comma dell'art. 6». Sicché, marcano gli studiosi, ancor «più significativa è [...] la infondatezza del dubbio di costituzionalità che la sentenza 151/2009 aveva già dichiarato inammissibile». Del resto, chiosano infine i giuristi qui citati, a quanto fin qui evidenziato occorre aggiungere «che nella sentenza ora citata la preoccupazione di salvaguardare la vita dell'embrione, nonostante l'allentamento dei limiti originariamente stabiliti dalla Legge 40/2004, emerge dalla consapevole e motivata conservazione del principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario».

Conseguentemente, concludono: «Sembra [...] che la questione di costituzionalità debba essere considerata infondata».

⁴⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 229 dell'11 novembre 2015, cit.

⁴⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., e sentenza n. 96 del 05 giugno 2015, cit.

⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., punto 6.1 del *Considerato in diritto*, in cui, tra i più significativi precedenti giurisprudenziali in tema, vengono ricordate le sentenze n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003.

non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna⁴⁷, ma anche quella che sancisce l'obbligo di unico e contemporaneo impianto degli embrioni prodotti, comunque non superiore a tre⁴⁸. Ciò che finisce non soltanto per introdurre una deroga al divieto generale di crioncoservazione, il cui ricorso, anzi, diventa ora necessario in presenza di embrioni non impiantati per scelta medica, ma per superare altresì la previsione che limita l'interruzione del trattamento di P.M.A. alla sola ipotesi di una revoca del consenso già prestato a tale trattamento, espressa prima della fecondazione dell'ovulo.

Il richiamo, pur sommario, a tale pronuncia ed ai suoi contenuti è certamente significativo. Calato, infatti, in un contesto che riflette sulla portata ed i limiti della relativa previsione, esso vale anzitutto a ricordare come la posizione di un divieto assoluto di revoca del consenso alla P.M.A. a seguito della fecondazione dell'ovulo trovasse originariamente la propria *ratio* nel divieto, anch'esso assoluto, di crioconservazione di embrioni.

Tuttavia, per quel che qui rileva, il richiamo alla giurisprudenza costituzionale *de qua*, e la deroga ad essa apposta al dettato legislativo, al fine di salvaguardare il superiore diritto alla salute della madre⁴⁹, vale soprattutto a rimarcare come la tutela dell'embrione non sia affatto assoluta, ma debba essere sempre e comunque oggetto di bilanciamento con i diversi diritti degli altri attori della scelta a favore della realizzazione di un progetto di filiazione. Sicché, il richiamo ai lavori preparatori⁵⁰ su cui i giudici pure si attardano al fine di avallare la (presunta) preminenza degli interessi facenti capo al concepito, pare, in questa prospettiva, quanto mai anacronistico.

La "relatività" della tutela così accordata all'embrione formato a mezzo di P.M.A. finisce allora per corroborare i dubbi di legittimità già per altri profili espressi con riferimento alla disposizione che, comprimendo la possibilità di revoca del consenso originariamente prestato all'accesso alle tecniche di P.M.A., delimita la sua valida manifestazione fino al momento della fecondazione dell'ovulo, in particolare, ponendo in termini ancor più stringenti il dubbio su quali siano le ragioni per le quali i diritti dell'embrione, già destinati a soccombere a fronte delle preminenti esigenze di salvaguardia della salute della madre, non dovrebbero ritenersi regressivi anche dinanzi alla necessità di tutelare l'integrità psichica del padre, che potrebbe risultare lesa dal prosieguo del trattamento di P.M.A. E ciò

⁴⁷ Art. 14, comma 3, L. n. 40/2004, cit.

⁴⁸ Art. 14, comma 2, L. n. 40/2004, cit.

⁴⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., e sentenza n. 96 del 05 giugno 2015, cit. In realtà, la crioconservazione degli embrioni è diventata addirittura una necessità a seguito della caducazione del divieto di ricorso alla fecondazione eterologa, che presuppone per l'appunto la crioconservazione degli embrioni che, non utilizzati nell'ambito del trattamento procreativo, vengono donati, ma anche in ragione della declaratoria di illegittimità del divieto di diagnosi preimpianto che comporta di per sé la crioconservazione degli embrioni risultati infine inidonei all'impianto in utero.

⁵⁰ Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021, cit., pp. 4, 5.

soprattutto quando sia dato registrare la mancanza di un perdurante assenso all'esaurimento del trattamento medico in parola.

Né pare corretto, in senso contrario a quanto fin qui osservato, ricordare l'ancora recente intervento dei giudici di Cassazione⁵¹ che ha ribadito l'irrevocabilità del consenso prestato dal *partner* all'inseminazione (nel caso di specie, eterologa) della donna una volta che sia intervenuta la fecondazione dell'ovulo. Il richiamo a tale giurisprudenza non sembra pertinente.

Sussiste, infatti, una differenza di fondo importante tra il caso deciso dagli Ermellini e quello che, all'indomani della rottura del rapporto di coppia, vede opporsi in giudizio la donna, che chiede l'autorizzazione all'impiego in utero degli embrioni prodotti a mezzo della P.M.A., ed il *partner*, che, invece, contrasta tale richiesta, manifestando un netto rifiuto al prosieguo del trattamento, sia pur in forza di una revoca tardivamente esercitata. Nel caso definito dalla pronuncia dei supremi giudici di legittimità, la tutela accordata mediante l'inibizione dell'azione di disconoscimento della paternità *ex art.* 235, commi 1 e 2, c.c. (oggi art. 244 c.c.) ha riguardo al figlio già nato per effetto del consenso originariamente prestato al ricorso alla fecondazione eterologa, e che, in caso di esperibilità ai suoi danni dell'azione *de qua*, verrebbe ad essere privato di una delle due figure genitoriali e del connesso rapporto affettivo ed assistenziale, stante l'impossibilità di accertare la reale paternità a fronte dell'impiego di seme di provenienza ignota.

Per tale profilo, quindi, tale sentenza si ricollega ad un ormai risalente filone giurisprudenziale che nel consenso prestato dal marito all'inseminazione eterologa della moglie individua una condotta socialmente rilevante di assunzione di responsabilità verso una nuova vita nata, utile a fondare la relazione parentale che in questo modo viene a crearsi non più nel rapporto biologico di sangue (che qui evidentemente manca) ma in quel principio di responsabilità procreativa, in ragione del quale risulta infine legittima l'inibizione dell'esercizio dell'azione di disconoscimento ai danni del nato.

Tale giurisprudenza, come è noto, trova primi importanti precedenti anzitutto nella sentenza della Corte di Cassazione del 16 marzo 1999 n. 2315⁵² e quindi, nella decisione del Tribunale di Napoli del 28 giugno 1999⁵³. È con tali pronunce, infatti, che, sia da parte dei giudici di legittimità che di merito, si afferma per la prima volta il principio per cui "non è contestabile con l'azione di disconoscimento della paternità la legittimità del figlio nato a seguito di inseminazione eterologa"⁵⁴.

Tuttavia, anche ad una lettura superficiale di tali pronunce, e delle altre in cui si è consolidato l'indirizzo giurisprudenziale *de quo*, appare chiaro che l'obiettivo dei giudici, specie

⁵¹ Corte di Cassazione, ordinanza n. 30294/17.

⁵² Corte di Cassazione, sentenza 16 marzo 1999, n. 2315, in *Il Foro Italiano*, 1999, I, p. 1834 ss.

⁵³ Tribunale di Napoli, sentenza 24 giugno 1999, in *Giustizia civile*, 1999, n. 9, p. 2507 ss.

⁵⁴ Tribunale di Napoli, sentenza 24 giugno 1999, cit.

in epoca anteriore al varo della legge n. 40/2004, ed alla positivizzazione del divieto di disconoscimento della paternità e di anonimato della madre (art. 9), è sempre stato quello di tutelare adeguatamente il nato in conseguenza del ricorso alle nuove tecnologie riproduttive, garantendogli un'adeguata tutela dei propri diritti, ed anzitutto una relazione parentale giuridicamente rilevante con chi ne aveva voluto (e determinato) la nascita.

Al contrario, nel caso di cui si discute, il figlio non è ancora nato. Anzi, non c'è ancora un figlio, ma un embrione. Tale embrione, peraltro, non è neppure già impiantato in utero. Piuttosto, esso è crioconservato.

E non vi è chi non veda che si tratta di condizioni assolutamente diverse, e che, quindi, in punto di diritto, devono essere trattate in maniera ragionevolmente diversa.

In particolare, se non pare discutibile la piena tutela del nato dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita, a mezzo dell'imputazione della paternità a chi abbia acconsentito a tale trattamento ed al divieto di esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità ai suoi danni (ma anche di anonimato della madre) (art. 9, legge n. 40/2004), già con riferimento all'embrione impiantato in utero occorre tener conto del peculiare bilanciamento realizzato dalla Corte a far data dall'ormai storica sentenza n. 27/1975. Operando un delicato e significativo *balancing test*, la Corte, nell'occasione, nel decidere in senso contrario all'aspettativa di vita dell'embrione in utero, precisa che «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». Sicché, la gravidanza può essere interrotta «quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre». Più di recente, quindi, e precisamente nella sentenza n. 151/2009 più volte richiamata, la necessità, qui marcata, di accordare prevalenza ai beni della vita e della salute della madre a fronte dell'aspettativa di venire al mondo dell'embrione già attecchito in utero è stata ribadita dalla Corte anche con riferimento a quello in vitro. Ed infatti, nel bilanciamento, l'aspettativa di nascita di questi, a mezzo del successivo impianto in utero, finisce per risultare regressiva a fronte della necessità di preservare la vita e la salute della madre, che viene quindi messa nelle condizioni di non dover subire, a proprio danno, tale impianto.

Alla luce di ciò, quindi, il problema a cui, nell'ipotesi considerata, l'interprete è chiamato a dare una definizione è quello di stabilire la rilevanza che, nel bilanciamento con le aspettative di nascita dell'embrione in vitro, debba accordarsi ai diritti del *partner* maschile della coppia, a partire da quello alla libertà personale, alla salute psichica e all'autodeterminazione, tenuto conto della sua partecipazione al trattamento di P.M.A., e dei danni che potrebbero essere prodotti su tali suoi diritti dal prosieguo del relativo protocollo, in assenza di un suo perdurante consenso, e nel contesto di una rottura del rapporto di coppia all'interno del quale il progetto filiale aveva originariamente preso forma.

9. Per una riscrittura, in via legislativa, della disciplina del consenso (e la sua revoca) al trattamento di P.M.A. in prospettiva costituzionale: qualche considerazione di sintesi

Più in generale, i molti dubbi di legittimità che sono stati fin qui sollevati con riferimento al disposto dell'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, della L. n. 40/2004 dimostrano, anche solo per il profilo in questione, quanto ancora sia lunga la strada da percorrere al fine di rendere il dettato legislativo al meglio rispondente alle sue stesse finalità, indicate, in *incipit*, nella tutela di tutti i soggetti coinvolti nella vicenda procreativa, ivi compreso il concepito⁵⁵.

⁵⁵ Che i dubbi avanzati a proposito del dettato legislativo qui analizzato non siano assolutamente privi di ogni fondamento risulta del resto comprovato da quanto concluso dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite il 7 marzo 2019; risultanze, queste, oggi leggibili in un documento a firma degli Avvocati Filomena Fallo, Gianni Baldini, Angioletto Calandrini, e del Prof. Dott. Cesare P.R. Romano, liberamente consultabile sul sito dell'associazione Luca Coscioni.

In tale documento si ricorda che, chiamato infatti a pronunciarsi sulla Comunicazione No. 22/2017, con la quale era stata lamentata la violazione da parte dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004 degli Articoli del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* 3, 10, 12 e 15 e Articoli del Protocollo Opzionale 3, comma 2, lett. (b), (d) e (e), il Comitato, «decidendo nel merito la suddetta comunicazione, ha concluso che il divieto imposto alla ricorrente di ritirare il consenso al trasferimento dell'embrione nel proprio utero e la limitazione, imposta a entrambi i ricorrenti, al godimento del loro diritto alla salute riproduttiva, costituiscono una violazione dell'articolo 12, nei confronti di entrambi i ricorrenti, e dell'articolo 12 nei confronti [della sola ricorrente di sesso femminile], letto in combinato disposto con l'articolo 3 del Patto». Quindi, deliberando ai sensi dell'articolo 9 (1) del Protocollo Opzionale, sempre il Comitato ha ritenuto che lo Stato-parte «abbia violato l'articolo 12, in combinato disposto con l'articolo 3, e l'articolo 12 del Patto». Infine, sempre il documento richiamato ricorda che, «alla luce delle osservazioni contenute nella comunicazione in esame, il Comitato ha formulato le proprie conclusioni insieme a una serie di raccomandazioni destinate all'Italia:

12.1 Alla luce delle informazioni fornite e delle circostanze della fattispecie in esame, il Comitato ritiene che il divieto imposto alla ricorrente di ritirare il consenso al trasferimento dell'embrione nel proprio utero e la limitazione, imposta a entrambi i ricorrenti, al godimento del loro diritto alla salute riproduttiva, costituiscono una violazione dell'articolo 12, nei confronti di entrambi i ricorrenti, e dell'articolo 12 nei confronti di S. C., letto in combinato disposto con l'articolo 3 del Patto.

12.2 Il Comitato, deliberando ai sensi dell'articolo 9 (1) del Protocollo Opzionale, ritiene che lo Stato-parte abbia violato l'articolo 12, in combinato disposto con l'articolo 3, e l'articolo 12 del Patto. Alla luce delle osservazioni contenute nella comunicazione in esame, il Comitato formula le seguenti raccomandazioni destinate allo Stato-parte.

Raccomandazioni relative ai ricorrenti

13. Lo Stato-parte è obbligato ad offrire ai ricorrenti un rimedio efficace, ivi compreso: (a) creare le condizioni appropriate affinché i ricorrenti abbiano il diritto ad accedere ai trattamenti di fecondazione in vitro, confidando che il loro diritto a ritirare il consenso ai trattamenti medici sia rispettato; (b) assicurare che la ricorrente sia tutelata da qualsiasi intervento medico non desiderato e che il suo diritto a prendere liberamente le decisioni che riguardano il proprio corpo sia rispettato; (c) concedere a S.C. un adeguato risarcimento dei danni fisici, psicologici e morali subiti; (d) rimborsare ai ricorrenti le spese legali ragionevolmente sostenute per la elaborazione della presente comunicazione.

Raccomandazioni generali

14. Il Comitato ritiene che le procedure raccomandate nel contesto di comunicazioni individuali possano includere la garanzia che un caso simile non si ripeta e ricorda che lo Stato-parte ha l'obbligo di impedire simili violazioni in futuro. Il Comitato rileva che lo Stato-parte deve assicurare che la propria legislazione e la sua effettiva applicazione siano coerenti con gli obblighi stabiliti dal Patto. In particolare, lo Stato-parte ha l'obbligo di:

(a) adottare provvedimenti legislativi e/o amministrativi atti a garantire a tutte le donne il diritto a prendere liberamente le decisioni relative agli interventi medici che riguardino il proprio corpo, garantendo in particolare il loro diritto a ritirare il proprio consenso al trasferimento degli embrioni nell'utero;

Tuttavia, di là dalle tante questioni di merito che, in ragione di quanto osservato, ancora oggi necessitano di essere definite nel segno della ragionevolezza e del più giusto bilanciamento degli interessi in gioco, l'opinabile tentativo di recupero, in via giudiziaria, di quella conformità a Costituzione chiaramente mancante nella disciplina ancora vigente in tema, pare anzitutto evidenziare quanto sia oramai urgente ed indifferibile affrontare e risolvere le molte criticità di quello scavalco del potere giudiziario su quello legislativo quanto alla regolamentazione delle più diverse problematiche connesse all'accesso alle tecniche di P.M.A. che, scandendone già da tempo i rapporti secondo un schema suppletivo, oggi ancora pare più che mai attuale.

In questo senso, quindi, ai casi giudiziari che hanno prepotentemente accesso i riflettori su uno dei tanti profili di dubbia legittimità ancora presenti nel testo legislativo in esame deve altresì guardarsi come ad un'occasione di recupero (non più solo retorico) di uno *spatium decidendi* propriamente politico, che, specie in questi ambiti, non può essere né soppresso, né tantomeno occupato da altri organi, a partire da quello giudiziario.

(b) adottare provvedimenti legislativi e/o amministrativi atti a garantire l'accesso a tutti i trattamenti riproduttivi generalmente disponibili e di consentire a tutte le persone di ritirare il proprio consenso al trasferimento degli embrioni per la procreazione, garantendo che tutte le limitazioni all'accesso a questi trattamenti siano conformi ai criteri stabiliti dall'articolo 4».

Ciò posto, il documento che tanto riferisce evidenzia pure che «in conformità con l'articolo 9, comma 2, del Protocollo Opzionale e ai sensi della Rule 18, paragrafo 1, delle Regole di Procedura Provvisorie previste dal Protocollo Opzionale, il Comitato ha chiesto all'Italia di presentare al Comitato, entro il termine di sei mesi, una risposta scritta che contenga informazioni sulle misure adottate in seguito alle osservazioni e alle raccomandazioni del Comitato. Si richiede inoltre allo Stato-parte di pubblicare le osservazioni del Comitato e di diffonderle ampiamente, in un formato accessibile, affinché esse raggiungano tutti i settori della popolazione».

Sul punto, pur dando atto che «alla luce delle raccomandazioni riportate, il Governo Italiano in data 26 settembre 2019, ha presentato al Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite una relazione che ripercorre quanto già conosciuto dal Comitato sulle modifiche relative alla Legge 40 del 2004, avvenute in epoca precedente alle raccomandazioni emesse dal Comitato e per esclusivo intervento della Corte Costituzionale a seguito di attivazione delle giurisdizioni da parte dei destinatari della citata Legge 40/04», il documento in esame rileva però come da tale relazione emerga chiaramente che:

« – nessuna delle raccomandazioni inviate all'Italia ha trovato adempimento; – il governo italiano si è limitato a pubblicare le osservazioni del Comitato senza garantirne diffusione ampia, in un formato accessibile, ma che non raggiunge facilmente tutti i settori della popolazione».

Più nello specifico, dal documento esaminto emerge non soltanto che nessuna di tali raccomandazioni è stata adempiuta, ma che, tra l'altro, il diritto di accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita nel nostro Paese è stato anche ulteriormente limitato poiché con D.P.C.M. del 12 gennaio 2017, che definisce i nuovi LEA, ha introdotto il limite di età per l'accesso alle tecniche di P.M.A. a carico del S.S.N. individuato in 46 anni per la donna, ed ha escluso le tecniche di diagnosi sull'embrione a carico del Servizio Sanitario Nazionale.

Sicché, *in primis*, si è chiesto che il Ministro della Salute rimuova il limite di 46 anni per l'accesso delle donne alle tecniche di P.M.A. in quanto non conforme alle previsioni dall'art. 5 della Legge 40/04 che individua invece come unico limite di accesso la verifica dell'età potenzialmente fertile della coppia, e si integrino i LEA con anche le tecniche diagnostiche sull'embrione a seguito di fecondazione medicalmente assistita.

Nello stesso tempo, però, si è altresì chiesto che, senza indugio alcuno, nell'aggiornamento delle linee guida della Legge 40/2004 ai sensi dell'art. 7, si proceda senza indugio alcuno a modificare l'art. 6, prevedendosi il diritto di revocare il consenso al trasferimento dell'embrione in utero in qualunque momento per fondati motivi.

Per un approfondimento dei limiti della legislazione nazionale in materia e delle richieste che sono state conseguentemente avanzate al fine di rendere l'accesso alle tecniche di P.M.A. non solo maggiormente fruibile, ma rispettoso dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, si rimanda alla lettura del testo integrale del documento *de quo* sul sito Associazione-lucacoscioni.it.

Anche perché proprio il ricorso alle aule giudiziarie ha già da tempo palesato, sia pure per altri profili, tutti i propri limiti. Il moltiplicarsi di giudicati tra loro disomogenei, ovvero discordanti, e comunque assolutamente opinabili, ha infatti già da anni spinto qualcuno a parlare non scorrettamente di “lotteria forense”⁵⁶.

Del resto, sia pur in termini completamente diversi, non meno complesso, agli stessi scopi, pare pure il ricorso alla Corte costituzionale. E non solo perché, come evidenziano i casi in commento, la proposizione del giudizio di legittimità resta comunque nella disponibilità del giudice ordinario, il cui protagonismo potrebbe ben spingere questi a preferire un più tortuoso percorso interpretativo in luogo di una certo più utile remissione degli atti alla Consulta. Piuttosto, il costante tentativo di trasferire alla Corte il compito, assai delicato e complesso, di emendare il testo della legge in esame, riscrivendone i contenuti nel segno della ragionevolezza e della costituzionalità, non pare sempre foriero degli esiti sperati. Specie su questioni ad oggi ancora fortemente divisive ed assolutamente controverse, è frequente infatti registrare una certa ritrosia da parte della Corte, che trincerata dietro difetti formali e/o procedurali, e la conseguente adozione di decisioni di rito, quella che in realtà è una chiara volontà di non entrare nel merito delle questioni dedotte alla propria cognizione. Quella della Corte si palesa così come una scelta che, correttamente, può definirsi “politica”. E non solo per i contenuti, ma soprattutto per le finalità. Essa infatti pare chiaramente indirizzare un monito all’organo parlamentare affinché si faccia parte diligente nell’apportare al testo normativo in esame gli opportuni correttivi, ma soprattutto nel procedere a meglio definirne la portata, a mezzo di quelle integrazioni che un sempre più significativo contenzioso giudiziario, e con esso le molte difficoltà quotidianamente affrontate dagli operatori del comparto sanitario nella materiale implementazione delle disposizioni vigenti nella prassi, palesano come sempre più urgenti, oltre che necessarie. E ciò perché, come insegna già da molti anni proprio la giurisprudenza costituzionale, si tratta di questioni, che, infine, per la loro portata, non possono che essere sanate dal legislatore “nell’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti”⁵⁷.

⁵⁶ Così, A. LISERRE, *L’attesa di una legge nelle questioni bioetiche*, in *Rassegna amministrativa della sanità*, 2001, n. 2, p. 119.

⁵⁷ Corte Costituzionale, sentenza 22-26 settembre 1998, n. 347, in *Consultaonline.it*, punto 4 del *Considerato in diritto*.