

Irrevocabilità del consenso e diritto della donna separata di procedere alla PMA anche contro la volontà dell'ex partner. Note a margine dell'ordinanza del Trib. Roma n. 131 del 2022 che ha sollevato q.l.c. dell'art. 6, comma 3, legge n. 40 del 2004.

di Gianni Baldini*

Abstract IT: *In attesa della pronuncia della Corte costituzionale chiamata dal Tribunale di Roma ha esprimersi sulla costituzionalità dell'art. 6, comma 3, legge n. 40 del 2004, il saggio si chiede se tale disposizione non sia un "residuo normativo" da superare. In tal senso analizza i profili di verosimile contrarietà della disposizione a precetti costituzionali fondamentali inerenti: libertà personale, autodeterminazione, salute. Parimenti vengono indagati i profili di una possibile violazione del canone di ragionevolezza conseguente alla impossibilità di revocare il consenso ad un progetto genitoriale, a distanza di anni dalla intervenuta disgregazione della coppia e della famiglia giustificato da un asserito prevalente diritto dell'embrione in vitro allo sviluppo.*

Abstract EN: *Pending the ruling of the Constitutional Court summoned by the Court of Rome, it has expressed itself on the constitutionality of Article 6, par. 3, L. 40/04, the essay wonders if this provision is not a "regulatory residue" to be overcome. In this sense, it analyzes the probable opposition profiles of the provision to inherent fundamental constitutional precepts: personal freedom, self-determination, health. Likewise, the profile of a possible violation of the canon of reasonableness resulting from the impossibility of revoking consent to a parental project, years after the break-up of the couple and the family occurred, justified by an alleged prevailing right of the in vitro embryo to the development.*

Sommario: 1. Premessa: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma n. 131 del 2022. – 2 La tutela dell'embrione nella legge n. 40 del 2004: progressivo affievolimento a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009. – 3. Presupposti logici e giuridici del consenso informato in PMA. – 4. Inquadramento del consenso informato e legge n. 40 del 2004. – 5. L'ordinanza n. 30294/17 della Corte di Cassazione sua inapplicabilità al caso de quo. – 6 La prospettiva dell'abuso di diritto. – 7. Considerazioni conclusive.

* Docente di Biodiritto, Università degli Studi di Siena e Università degli Studi di Firenze.

1. Premessa: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma n. 131 del 2022.

La formulazione dell'art. 6, comma 3, legge n. 40 del 2004 sulla irrevocabilità del consenso in PMA dopo la fecondazione dell'ovocita¹ deve essere letta nel quadro sistematico di un ordito costituzionale la cui trama di diritti e principi fondamentali, anche alla luce delle intervenute pronunce di illegittimità costituzionale sulla legge n. 40 del 2004 riguardo specifici aspetti della normativa², definisce un sistema nel quale i principi di *piena revocabilità del consenso informato* (sintesi tra i diritti fondamentali di cui agli artt. 2, 13, 32 Cost.)³ nell'ambito del trattamento sanitario; *la libertà personale, l'autodeterminazione e la privatezza del diritto di costruire una famiglia e di diventare genitore e (anche) per questa via il conseguenziale, necessario, affievolimento della tutela dell'embrione nell'ottica di un bilanciamento* di interessi costituzionalmente rilevanti, emergono in maniera netta

¹ «Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

Per una riflessione sul punto cfr., tra gli altri: F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 47; C. CASONATO ed E. CAMASSA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, in *Quaderni di scienze giuridiche*, Università degli Studi di Trento, 2005; M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto disc. priv. Sez. civ.*, Aggiornamento***, II, Torino, 2007, 1060 ss.; G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 330. Per ulteriori indicazioni di dottrina e giurisprudenza conformi su tali questioni cfr.: M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 2004, 6; G. BALDINI, *Nuovi orientamenti legislativi e giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *La famiglia dopo le riforme*, Milano, 2015, 519 ss.; ID., *Riflessioni di biodiritto, Profili evolutivi e nuove questioni*, Milano, 2019, 57 e ss.; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in G. COLLURA, L. LENTI e M. MANTOVANI (a cura di), *La filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, 2a ed., Milano, 2012, 670 ss.; ID., *L. 19 febbraio 2004, n. 40*, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, 4a ed., Padova, 2020, 1237; L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 231 ss.; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020, 191 ss. S. PENASA, *Procreazione, scienza e diritto: nuovi paradigmi di disciplina nella prospettiva della massima valorizzazione della Costituzione*, Torino, 2021.

² Il riferimento è innanzitutto alle pronunce della Consulta con relative declaratorie di incostituzionalità di specifiche disposizioni della legge n. 40 del 2004: sentenza n. 151 del 2009 in tema di numero di embrioni producibili, contemporaneo impianto degli embrioni prodotti, crioconservazione degli embrioni sovrannumerari e prevalenza dell'interesse alla salute della donna (art. 14, commi 1 e 3); sentenza n. 162 del 2014 sull'ammissibilità della PMA c.d. eterologa (art.4 comma 3, art. 9, commi 1 e 2, art. 12, comma 1); sentenza n. 96 del 2015 in tema di accesso delle coppie fertili portatrici di patologia genetica trasmissibile e ammissibilità della diagnosi genetica pre-impianto-PGT (artt. 1, commi 1 e 2, art.4, comma 1).

Per una analisi d'insieme delle varie pronunce sia consentito il rimando a G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto, Profili evolutivi e nuove questioni*, cit., 57 ss.

³ Per tutti cfr. Corte cost. n. 438 del 2008 secondo la quale «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile» e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Ed ancora, «La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute».

e incontrovertibile anche rispetto ad un recente passato⁴. È questo, in sintesi, il *core* dell'ordinanza di rimessione con la quale, dopo alcune pronunce di merito che l'avevano negato, il Tribunale di Roma ha proposto l'incidente di costituzionalità della norma⁵.

La ragione essenziale, precisata da tutti i ricorrenti ex parte maschile nei giudizi *a quibus*, deve essere rinvenuta nella circostanza che la suddetta disposizione rappresenta un "residuo normativo" che deve essere ricondotto ad unità con il sistema. È di ogni evidenza, infatti, come la *ratio* della disposizione di cui all'art.6 comma 3, ultimo periodo «*La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo*» trovava il suo presupposto logico e la sua ragion d'essere nel correlato sistema di divieti espresso nell'originaria formulazione dell'art. 14, commi 1 e 2, legge n. 40 del 2004 in forza del quale: il medico non poteva produrre più di tre embrioni per ciascun trattamento di PMA, non poteva crioconservare gli embrioni prodotti e doveva procedere al loro immediato e contemporaneo trasferimento nell'utero della donna⁶. L'intervento della Consulta che affermando un differente bilanciamento tra interessi dell'embrione da un lato e tutela della salute della donna, delle esigenze della procreazione e dell'autonomia terapeutica del medico dall'altro, ha nei fatti scardinato il meccanismo proposto dalla legge, aprendo uno scenario completamente nuovo e diverso nel quale il medico in scienza e coscienza, sulla base delle specifiche esigenze terapeutiche del caso concreto,

⁴Sul punto, cfr. per tutti F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 459 ss; con specifico riguardo alla fattispecie indagata in questa sede cfr.: F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDir.*, 2021, 75 ss; M. FACCIOLI, *Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo*, in *Persona e Mercato*, 2021, 2, 361 ss.

⁵ Trib. Roma, Ord. 131/2022: «Il Tribunale ordinario di Roma, Sezione XVIII Diritti della persona e immigrazione civile, in composizione monocratica, visti gli artt. 134 della Costituzione e 23 della legge n. 87/1953, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, della legge n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, comma 1, 32 e dell'art. 117, comma 1 della Costituzione in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) quanto meno nella parte in cui non prevede, successivamente alla fecondazione dell'ovulo, un termine per la revoca del consenso». Già il Tribunale di Firenze nell'ordinanza di rimessione alla Consulta relativo al divieto di PMA eterologa sollevò il contrasto tra l'art. 6, co. 3, della legge 40 e gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, sul presupposto che la norma, che consente alla coppia ricorrente di revocare il consenso fino al momento della fecondazione dell'ovocita, sia fonte dell'obbligo alla prosecuzione dei trattamenti procreativi, pur in assenza delle condizioni legittimanti un TSO o di una situazione di urgenza per la salute del paziente (ord. 7.12.2012). La questione fu ritenuta inammissibile per irrilevanza rispetto al giudizio a quo.

⁶ La norma di cui all'art. 14, comma 3, legge n. 40 del 2004, prima della declaratoria di incostituzionalità (Corte cost. n. 151 del 2009) prevedeva un espresso divieto di produrre un numero di embrioni superiore a tre e un obbligo per il medico di procedere sempre e comunque ad un unico e contemporaneo impianto degli embrioni prodotti (art. 14, comma 1) con ciò determinandosi un meccanismo impeditivo della possibilità, anche in astratto, che si potessero formare embrioni sovranumerari. Ove eccezionalmente ciò si fosse verificato il previsto divieto assoluto di crioconservazione (art. 13, comma 1) sarebbe stato derogabile unicamente quando «il trasferimento nell'utero degli embrioni non risultava possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione». Solo in tale ipotesi era «consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile» (art.14, comma 3).

decide quanti embrioni produrre, trasferire (e quindi, in caso, crioconservare) nella preminente esigenza di tutelare la salute della donna⁷.

In tal senso la decisione del Tribunale di Roma che chiamato a pronunciarsi sulla pretesa avanzata dalla donna separata di procedere all'utilizzo dell'embrione sovrannumerario residuo crioconservato anni prima al ciclo di PMA in origine avviato e condiviso con l'ex partner, ha sollevato la ridetta questione di legittimità della norma, conferma gli assunti⁸.

Alla luce di quanto precede preso atto delle difficoltà di interpretazione costituzionalmente orientata⁹ di una disposizione di legge chiara ed inequivoca nella sua formulazione letterale, non c'è chi non veda gli esiti cui inevitabilmente conduce l'applicazione formalistica della norma di cui all'art. 6, comma 3, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004, come d'altra parte confermato da tutte le pronunce rese dalla giurisprudenza di merito fino ad oggi¹⁰. Le Corti hanno riconosciuto il diritto della donna anche successivamente alla disgregazione della famiglia (e contro la volontà dell'ex partner) di procedere – sul presupposto dell'irrevocabilità del consenso inizialmente prestato dalla coppia – al trasferimento dell'embrione sovrannumerario crioconservato con ogni effetto conseguenziale in caso di avvio della gravidanza riguardo all'assunzione della responsabilità genitoriale in capo a questi. I rilievi sollevati dall'ordinanza del Tribunale di Roma in ordine al dubbio di costituzionalità della disposizione *de quo* devono dunque ritenersi, anche nel merito, pienamente condivisibili.

⁷ Con le richiamate declaratorie di incostituzionalità e in particolare con la pronuncia della Consulta n. 151 del 2009, l'affievolimento della tutela dell'embrione e il bilanciamento costituzionalmente conforme degli interessi (allo sviluppo) di questi, da un lato con la salute della donna e le giuste esigenze della procreazione, dall'altro con l'autonomia e la discrezionalità del medico che in piena autonomia professionale compirà le scelte terapeutiche (numero di embrioni da produrre e modalità del loro trasferimento in utero) più adeguate a tutelare la madre, viene a crearsi una situazione che l'originario assetto normativo era riuscito a scongiurare: la fisiologica produzione di embrioni sovrannumerari (a tutela della salute della donna – per evitare di sottoporre a plurime stimolazioni – e per ottimizzare le chances di successo del trattamento) che verranno crioconservati in vista di un possibile utilizzo futuro ovvero abbandonati per volontà dei disponenti.

In una siffatta situazione la disposizione di cui all'art. 6, comma 3 prevista per impedire la revoca del consenso del partner immediatamente prima o durante il trattamento di PMA, assume un significato completamente diverso andando a produrre i suoi effetti in un contesto del tutto estraneo a quello originariamente previsto e ben oltre la sua originaria funzione.

⁸Cfr. Trib. Roma (ord.) 11 novembre 2020, giudizio cautelare, il quale rileva come: «L'art. 6 della legge n. 40/2004, che prevede il divieto di revoca del consenso dopo la formazione dell'embrione da impiantare, era stato introdotto quando era ancora vigente il sostanziale divieto di congelamento degli embrioni, successivamente dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 151 del 2009. Sicché il divieto di revoca del consenso una volta formatosi l'embrione svolgeva i suoi effetti in una situazione nella quale l'impianto avveniva sostanzialmente nell'immediatezza della formazione dell'embrione, non poteva considerare situazioni in cui l'impianto sarebbe potuto avvenire a distanza di anni in una situazione che poteva essere concretamente radicalmente cambiata, potendo venire meno anche i presupposti e i requisiti previsti dalla stessa legge n. 40/2004 per procedere alla PMA».

⁹ Cfr. Trib. Roma (ord.) n. 131 del 2022 il quale precisa che «La chiarezza dell'art. 6, comma 3, della legge n. 40/2004 non permette di addivenire, ad avviso di questo giudice, a una interpretazione costituzionalmente orientata».

¹⁰ Cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere (ord.) 11 ottobre 2020 e 27 gennaio 2021 (Reclamo), in <https://www.altalex.com/documents/news/2021/03/01/diritto-donna-trasferimento-embrioni-crioconservati#p1> con commento di G. BALDINI *Diritto della donna al trasferimento degli embrioni crioconservati*; Trib. Perugia, (ord.) 28 novembre 2020 e Trib. Perugia 12 aprile 2022 n. 167 (entrambe inedite).

È di palese evidenza, infatti, come l'irrevocabilità assoluta del consenso o se vogliamo la configurazione della fattispecie di 'consenso ad effetti perpetui' creata di fatto dalla norma conduce a risultati ragionevolmente improspettabili, contraddittori e financo abusivi (in quanto devianti dal fine della norma stessa) e contrari oltre che alla stessa *ratio* della legge n. 40 del 2004¹¹, anche a taluni principi fondamentali costituzionalmente rilevanti, *in primis*: libertà individuale intesa come diritto a formare una famiglia e ad autodeterminarsi riguardo a interessi fondamentali di natura personalissima (la scelta di procreare/non procreare); consenso informato quale sintesi di diritti fondamentali della persona (artt. 13 e 32 cost) e come tale sempre revocabile; diritto alla protezione della propria salute fisica e psichica, *etc.*

Una risalente e isolata decisione della giurisprudenza di merito, precedente all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, nel negare tale pretesa alla donna separata, aveva già evidenziato con analoghe argomentazioni, tali rilevati profili critici pervenendo a conclusioni analoghe a quelle ribadite dal Tribunale di Roma¹².

2. La tutela dell'embrione nella legge n. 40 del 2004: progressivo affievolimento a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009.

¹¹ Si rammenta come la *ratio* che sottende alla legge n. 40 del 2004 riguardo alle condizioni oggettive e soggettive necessarie per accedere alle tecniche di PMA è ben palesata agli artt. 4 e 5. L'art.4 consente l'accesso alle tecniche nei casi di «impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico». L'art.5 riserva la possibilità di accedere alle tecniche di PMA a «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Evidente la scelta di campo del legislatore: opzione terapeutica della metodica e accesso consentito a soggetti idonei a costituire una famiglia riconducibile al cd modello tradizionale. Non c'è chi non veda come, *ex adverso*, nella situazione in esame verrebbe consentito alla donna fuori da un rapporto di coppia, la possibilità di accedere alla PMA in assenza ovvero contro la volontà dell'ex partner, grazie al cui contributo biologico è stato formato l'embrione. Sul punto cfr. F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit., 76 ss; M. FACCIOLO, *Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo*, cit., 365 ss.

¹²Trib. Bologna (ord.) 9 maggio 2000. Il Giudice felsineo rigettò il ricorso di una donna separata di ottenere, in via cautelare, un provvedimento che ordinasse al centro di medico di PMA a cui la coppia si era rivolta anni prima di procedere all'impianto in utero degli embrioni crioconservati, nonostante l'opposizione del *partner*, anzitutto affermando che, in caso di F.I.V.E.T., con crioconservazione degli embrioni, «i diritti fondamentali 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». Secondo 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». La vicenda alimentò un significativo dibattito in dottrina: Trib.Bologna (ord.) 9 maggio 2000 in *Famiglia*, 2001, 481, con nota critica di I. CORTI, *Procreazione assistita e diritto alla maternità*; Trib. Bologna, 26 giugno 2000, in *Fam. dir.*, 2000, 614, con nota di G. CASSANO, *Impianto degli embrioni ed autodeterminazione nelle scelte procreative*. Entrambi i provvedimenti sono inoltre pubblicati in *Corr. giur.*, 2001, 1216, con nota adesiva di A. ARGENTESI, *Il difficile equilibrio tra il diritto ad essere madre e il diritto a non essere padre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 475, con nota di C. FAVILLI, *Autodeterminazione procreativa e diritti dell'embrione*.

L'art. 6, comma 3, ultimo periodo, che prevede l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovocita, costituiva dunque una disposizione che si inseriva in un *corpus* normativo la cui *ratio* era evidentemente quella di assicurare una *tutela prevalente del diritto alla vita e allo sviluppo dell'ovocita fecondato (rectius l'embrione in vitro* di cui la legge in nessuna parte fornisce peraltro, una precisa definizione) rispetto a qualsiasi altro interesse proveniente dai vari soggetti coinvolti. In tal senso, senza pretesa di completezza si leggano le disposizioni che prevedevano: il divieto di qualsiasi indagine genetica di pre-impianto (per evitare il rischio di selezione di embrioni malati e quindi non trasferibili, art. 13, commi 1 e 2); la già ricordata condotta terapeutica imposta al medico di produrre massimo tre embrioni e di procedere in tutti i casi senza alcuna possibile eccezione (salvo la "grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione" art. 14, n. 3) al loro contemporaneo trasferimento; il divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni residuati a cicli di PMA (art. 14, comma 1); il divieto di PMA eterologa (art. 9, comma 1)¹³.

Tali disposizioni, come visto in precedenza, sono state oggetto di declaratoria di incostituzionalità da parte della Consulta che ha ritenuto illegittimo il bilanciamento operato dalla legge n. 40 del 2004 tra i vari diritti personalissimi implicati nella vicenda, in estrema sintesi, sulla base della nota e risalente massima del Giudice delle leggi – che aprì la strada alla legge n. 194 del 1978 sull'IGV – secondo la quale «*pur sussistendo una tutela costituzionale del concepito - secondo quanto può dedursi dagli artt. 31, secondo comma, e 2 della Costituzione - che di per se' giustifica l'intervento protettivo da parte del legislatore penale-, detto interesse puo' venire in collisione con altri beni che godono pur essi di tutela costituzionale, cui spetta adeguata protezione*». In tal caso, ovvero in ipotesi di conflitto con il diritto alla vita o alla salute della madre, il Giudice delle leggi statui 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*»¹⁴. Tale giudizio è stato sempre ribadito anche successivamente in varie occasioni¹⁵.

¹³ Sul punto sia consentito il rinvio a G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, cit., 47 ss. e ivi i principali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; R. VILLANI, *La Procreazione assistita*, Torino, 2004; A. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; T.E. FROSINI, *In materia di fecondazione assistita il giudice deve sollevare la questione di costituzionalità*, in *Giustizia amm. e Riv. dir. amm.*, 6, 2004, 9; L. D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico*, in *Dir. fam. pers.*, II, 2004, 793 ss.; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e dir.*, 6, 2004, 628 e ss.; A. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. e dir.*, 2004, 117 e ss.; ID., *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*, in *Fam. e dir.*, 4, 2004, 384; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione Assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004; G. FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni malati*, in *Dir. fam. pers.*, 4, 2004, 380; ID., *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. Giur.*, 2004, 810; U.A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, 489 ss.

¹⁴ Corte cost. n. 27 del 1975.

¹⁵ Cfr. *ex multis* sent. Corte cost. n. 26 del 1981, n. 35 del 1997, n. 514 del 2002, n. 151 del 2009, n. 162 del 2014, n. 96 del 2015.

Significativo rilevare come in questo caso per *concepito*, il riferimento non fosse *all'embrione in vitro* ma al concepito inteso come *feto* già attecchito nel corpo della donna. Non c'è chi non veda la differenza, anche in termini di 'grado soggettività' cui ricondurre in termini tecnico-giuridici adeguata tutela, tra una blastocisti *in vitro* che deve essere scongelata ed evolvere (con rischi di estinzione calcolati intorno al 30%) quindi essere trasferita nell'utero della donna (con possibilità di attecchimento ottimali stimate tra il 20/25%) e un feto umano già avviato, con la gravidanza, alla nascita che tali fasi ha già superato. Senza considerare come secondo autorevole e ormai prevalente dottrina e giurisprudenza qui condivisa, l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione codicistica di cui all'art. 1 c.c., alla luce degli artt. 2 e 31 Cost, induce a ritenere che fino alla nascita non è comunque possibile configurare tecnicamente un soggetto di diritto destinatario di situazioni giuridiche soggettive quanto, semmai, un possibile *centro di imputazione di aspettative di diritto che verranno a consolidarsi unicamente con l'evento nascita*¹⁶.

Sulla base di tale principio/parametro di ragionevolezza tutte le pronunce sulla legge n. 40 del 2004 della giurisprudenza civile ordinaria con una unica eccezione¹⁷ e della Consulta sono andate nella *direzione di un affievolimento della tutela dell'embrione riconducendo per questa via il testo di legge a compatibilità col sistema costituzionale*. In altri termini è stato in tutti i casi operato un *bilanciamento* degli interessi dedotti in favore: del superiore interesse alla salute della donna¹⁸; dell'autonomia professionale del medico circa le modalità terapeutica più adeguata da adottare nel caso concreto a garanzia di tale interesse¹⁹; delle

¹⁶ Sulle questioni inerenti la cosiddetta soggettività dell'embrione umano la bibliografia è sterminata. Per una visione d'insieme, anche con riferimento alla PMA cfr. tra gli altri: P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2001, 149; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1982, 499 ss.; ID., *Scienza, diritto, vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 17; F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004, 533 ss.; C.M. MAZZONI, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, cit., 299 ss.; P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, ivi, 1307-1339; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, II, 2005, 183; G. BALDINI, *L'accesso alle tecniche di M.A.: libertà o diritto?*, in *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica* (a cura di G. Baldini, M. Soldano), Firenze, 2007, 5 ss.; ID., *Il nascituro e la soggettività giuridica*, in *Dir. fam. e pers.*, 2, 2000, 334 ss.

¹⁷ Trib. di Catania (ord.) 4 maggio 2004 che negò il diritto di una donna portatrice di betalassemia di effettuare la diagnosi pre-impianto sull'embrione da trasferire sul presupposto che «Non è configurabile un diritto della coppia di selezionare i nascituri in sani e malati, eliminando questi ultimi. La legge n. 40 del 2004 non incide su diritti fondamentali della persona, che non ha un diritto fondamentale a produrre un figlio conforme ai suoi desideri».

¹⁸ Corte cost. n. 151 del 2009 con la quale la Consulta ha 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 terzo comma 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.

¹⁹ Corte cost. n. 151 del 2009 con la quale la Consulta ha precisato come: «La giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)».

legittime aspettative della procreazione, cioè di successo delle tecniche di PMA²⁰; dell'interesse al superamento della condizione patologica di sterilità radicale che impedisce la realizzazione per via naturale di un progetto genitoriale espressione del più generale diritto alla libertà personale ricorrendo alla donazione anonima di gameti di terzi²¹; del diritto a conoscere lo stato di salute dell'embrione²².

Tutto ciò, come è noto, ha portato alle declaratorie di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 e al superamento del divieto (anche penale) di crioconservazione degli embrioni sovrannumerari²³ nonché all'affermazione da parte della Giurisprudenza che la previsione di cui all'art. 6, comma 3, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004 è una sorta di norma programmatica dal contenuto incoercibile, espungendosi per questa via, definitivamente, possibili interpretazioni che pur in assenza di una specifica sanzione non escludevano, in astratto, in caso di rifiuto della donna fuori da una giustificazione medica, la coercibilità dell'obbligo al trasferimento dell'embrione creato²⁴.

3. Presupposti logici e giuridici del consenso informato in PMA.

Ciò premesso e precisato, nel caso in esame attesa la diacronia temporale intercorsa tra momento della prestazione del consenso al trattamento ed esecuzione dello stesso, non c'è chi non veda come *il venir meno a distanza di molto tempo dell'unione familiare da cui il progetto genitoriale* – espresso nella prestazione del

²⁰ Corte cost. n. 151 del 2009 la quale osserva come «finalità della legge è quella di individuare un giusto bilanciamento tra la tutela dell'embrione e quella dell'esigenza di procreazione...».

²¹ Corte cost. n. 162 del 2014 con la quale la Consulta dichiara «l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 sulla PMA, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, co. 1, della stessa legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili. La disposizione censurata lede irragionevolmente la libertà fondamentale della coppia di formare una famiglia con figli».

²² Corte cost. n. 96 del 2015 con la quale la Corte si è pronunciata per «l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico (art. 6, lett. b, l. n. 194/1978), accertate da apposite strutture pubbliche».

²³ Corte cost. n. 229 del 2015 con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 40/2004 sulla PMA commi 3, lett. b) e 4 «nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche se finalizzata esclusivamente ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie geneticamente trasmissibili».

²⁴ Sul punto pressoché unanime l'opinione di dottrina e giurisprudenza. Cfr. tra gli altri, M. FACCIOLO, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto disc. priv. Sez. civ., Aggiornamento****, II, Torino, 2007, 1061; M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 2004, 6; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani (a cura di), *La filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, 2a ed., Milano, 2012, 670 ss.; ID., *L. 19 febbraio 2004, n. 40*, in A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, 4a ed., Padova, 2020, 1237; S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in A. Sassi, F. Scaglione e Id., *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, 2a ed., Milano, 2018, 112; L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 231 ss.; G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, cit., 47 e 57 ss.; S. Agosta, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020, 191 ss.

consenso di entrambi i coniugi alla PMA che ha dato luogo alle blastocisti crioconservate – *traeva origine*, fa venir meno, a nostro avviso, il *presupposto logico-giuridico sul quale tale consenso si fondava assumendo validità ed efficacia*²⁵.

Negare ciò, significherebbe obbligare due estranei a condividere un progetto genitoriale, in un contesto di fatto e diritto completamente diverso da quello originario, contro la propria volontà. Paradossali gli effetti sul piano giuridico: non potendosi applicare le presunzioni di nascita in costanza di matrimonio ci si chiede se, fuori da soluzioni che postulino l'applicazione degli automatismi previsti dall'art. 8, comma 1, legge n. 40 del 2004, il nato dovrebbe essere qualificato come figlio legittimo o naturale? Il padre biologico sarebbe costretto ad assumere anche la paternità giuridica del nato? La madre potrebbe qualificarsi come unico genitore in senso giuridico? A tacer d'altro, grave e irreparabile si prospetterebbe la violazione di diritti personalissimi: libertà personale e diritto di costituire una famiglia (artt. 2, 13, 29 Cost.), autodeterminazione terapeutica e salute psichica (artt. 2 e 32 Cost.)²⁶ dell'ex partner²⁷.

²⁵ Sul punto cfr. F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit. 75, la quale rileva come «il caso sollecita una particolare attenzione sulla gravidanza da riconoscere al consenso prestato al ricorso alle nuove tecniche di fecondazione assistita ed ancor più alla sua revoca, specie quando questa sia esercitata in un contesto che, unitamente allo scioglimento del vincolo di coppia, segni, da parte di chi ritratti il suo assenso alla M.A., la rivendicazione di suoi precisi diritti fondamentali, quali quello all'autodeterminazione, al benessere psico/fisico, ma anche alla “non genitorialità»; M. FACCIOLO *Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo*, cit., 365; Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1202, con nota di P. SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*.

²⁶ Corte cost. n. 84 del 2016, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1197, con nota di P. SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*, cit., 1202; F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit., 90; C. PICIOCCHI, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2016, 1441. Per una diversa soluzione v. Trib. S Maria Capua a Vetere (ord.) 11 ottobre 2020 il quale osserva come «con riguardo alla fattispecie in esame deve ritenersi prevalente il diritto dell'embrione a nascere e il diritto alla tutela delle esigenze della procreazione rispetto al diritto del genitore che, nell'esercizio della sua autoreponsabilità, ha comunque la facoltà di revocare il consenso al trattamento fino alla fecondazione, risultando in tale bilanciamento coerente il sistema che consente una limite alla tutela dell'embrione esclusivamente nell'ipotesi di difesa delle esigenze della procreazione e di tutela del diritto alla salute della donna». In altri termini, posto che sulla scia della pronuncia della Corte n. 151 del 2009 fuori dai casi di pregiudizio per la salute della donna e di giuste esigenze della procreazione la tutela riservata agli embrioni prevista dalla legge n. 40 del 2004 sarebbe conforme a Costituzione, il contrastato preteso «diritto alla non paternità» invocato dall'uomo, dovrebbe cedere il passo rispetto al primo; U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in G. Di Rosa (a cura di), *Della famiglia. Leggi complementari*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, 2^a ed., Torino, 2018, 1724 ss.,

²⁷ Sul punto cfr. F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit., 91, la quale osserva come la particolare attenzione che nell'occasione della pronuncia 151/09, «è stata rivolta dal giudicante alla tutela del bene psico/fisico della madre, non sembra peraltro precludere la possibilità che la stessa eccezione venga oggi riformulata in relazione, questa volta, alla salvaguardia del benessere psichico del padre, che, in ragione dei limiti opposti dall'art. 6, comma 3, ultimo capoverso alla revocabilità del consenso all'impianto in utero della moglie degli embrioni già formati, potrebbe risultare gravemente compromesso, causa il rifiuto psicologico dell'idea di proseguire nel progetto di filiazione. Né a tale rilievo potrebbe negarsi spessore in ragione della dimensione solo psichica e non 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, contrasterebbe 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.)».

Proprio tale ultima questione interroga l'interprete riguardo all'ulteriore rilievo circa l'evidente discriminazione tra donna (madre) e uomo (padre) che si produrrebbe riguardo alla possibilità riconosciuta alla prima di revocare il consenso per ragioni di salute (in forza della decisione additiva della Consulta n. n. 151 del 2009) ovvero per ripensamento successivamente intervenuto (situazione vigente *de facto*, stante l'incoercibilità dell'obbligo previsto dall'art.6, comma 3) possibilità che all'uomo sarebbe preclusa²⁸.

Senza considerare, come sopra ricordato, l'evidente contraddizione rispetto al paradigma proposto dalla legge n. 40 del 2004 che all'art. 4 non consente la realizzazione di un *progetto genitoriale fuori dalla relazione di una coppia eterosessuale, coniugata o convivente, in età potenzialmente fertile* escludendo la possibilità per il single di accedere alla PMA²⁹.

4. Inquadramento del consenso informato e legge n. 40 del 2004.

Sotto diverso profilo di indagine anche riguardando la questione nell'ottica di contestualizzare lo strumento del consenso informato come modalità autorizzativa del paziente al trattamento medico, si rileva come il consenso

²⁸ Sul punto, cfr. M. FACCIOLO, *Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo*, cit., 364 ss. il quale osserva come «L'integrità psichica invero gode di tutela costituzionale alla pari dell'integrità fisica, l'una e l'altra rientrando nel concetto di salute elevato a diritto fondamentale dell'individuo dall'art. 32 Cost.: e se nell'interpretazione dell'art. 6, comma 3°, della l. n. 40/2004 si ritiene che la tutela dell'embrione debba cedere di fronte alle istanze di tutela della salute e della libertà individuale della donna, allora si potrebbe pensare che tanto debba valere, in ossequio ai principi di eguaglianza e di ragionevolezza, anche per l'uomo, in modo da evitare di imporre a quest'ultimo una paternità non (più) voluta calpestando il suo diritto ad una procreazione consapevole, libera e responsabile ricavabile dagli artt. 2, 13, 29, 30 e 31 Cost.».

²⁹ In tal senso si osserva come l'assunto (accesso alla PMA consentito solo alla coppia eterosessuale coniugata o stabilmente convivente) non appare contraddetto dal riconoscimento dello *status* di figlio di entrambi i componenti della coppia nell'ipotesi che il partner sia deceduto prima del transfer dell'embrione nell'utero della donna. Infatti la cosiddetta PMA *post mortem*, espressamente vietata all'Art.12 co 2 dalla legge n. 40 del 2004, ove realizzata all'estero, pone piuttosto all'interprete l'esigenza di assicurare la tutela del figlio in una condizione nella quale la coppia aveva condiviso un progetto genitoriale comune rispetto al quale è dimostrato un perdurante consenso di entrambi. Ed infatti le corti di merito pronunciate sulla questione, accertata la sussistenza di uno specifico consenso al proseguimento del trattamento di PMA reso in vita dal marito/compagno della madre, pur rilevando l'illiceità della pratica *ex art. 12, comma 2, legge n. 40 del 2004*, hanno autorizzato l'impianto intrauterino dell'embrione crioconservato dopo il decesso del partner (cfr. tra gli altri: Trib. Palermo, (ord.) 8 gennaio 1999, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 226 ss; Trib. di Bologna, 16 gennaio 2015; Trib. di Lecce, (ord.) 21 – 24 giugno 2019. Per un primo commento di tale decisione, cfr. D. GIUNCHEDI, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*, in www.giustiziacivile.com. Sul punto si è pronunciata anche la Corte di legittimità affermando il seguente principio di diritto: «La L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 8, recante lo status giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa *post mortem* avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo avere prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre» (Corte di Cassazione, 1 sez civ, 15 maggio 2019, n. 13000, punto 7.8.6 del *Considerato in diritto*). Per un'ampia disamina sul punto cfr. F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit., 85 ss.

all'atto medico in PMA si configura come una sorta di *surrogato dell'atto sessuale*. Come questo costituisce l'elemento individuativo della responsabilità: 1. dell'avvio del procedimento sanitario di PMA; 2. dei soggetti responsabili di tale avvio; 3. delle conseguenze morali e giuridiche del procedimento ove si arrivi al concepimento e alla nascita di un bambino³⁰.

Proprio per tale ragione particolare significato assume la questione *dell'attualità del consenso* e la connessa esigenza del permanere dello stesso in ogni fase del procedimento. Ciò ha portato, come prassi comune dei centri di PMA, di richiedere, ove tra un tentativo di transfer e l'altro intercorrano più di 3 o 4 mesi, *che la coppia rinnovi il proprio consenso al trattamento indipendentemente che siano stati già prodotti e crioconservati gameti o blastocisti con l'iniziale stimolazione*.

La questione *dell'attualità del consenso* e della sua *piena revocabilità* oltre a costituire principio generale dell'ordinamento, non sussistendo trattamenti sanitari fuori dal TSO che risultino coercibili per legge³¹ risulta oggi espressamente disciplinato all'art. 1 legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento») che detta disposizioni generali in tema di consenso informato assicurando la piena revocabilità dello stesso in qualsiasi momento³².

D'altra parte la permanenza del consenso del soggetto in tutte le fasi del trattamento sanitario, non da oggi si configura come principio fondamentale del sistema³³.

Nel caso di cui all'odierna ordinanza e ai precedenti decisi dalle corti di merito dianzi citati, il consenso alla realizzazione del progetto genitoriale mediante l'accesso alle tecniche di PMA, è di molti anni precedente. Correttamente il Centro medico ha dunque richiesto che la coppia esprimesse ex novo il consenso al trattamento sanitario di PMA al fine di accertare la sussistenza delle condizioni che hanno dato avvio anni prima ad un trattamento sanitario poi interrotto per volontà di due soggetti, allora coppia

³⁰ Per un approfondimento della questione sia consentito il rinvio a G. BALDINI, *Riflessioni di Biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, cit., 32 ss.

³¹ Sul punto forse superfluo ricordare i principi enunciate nelle Carte fondamentali: art. 32 Cost.; art. 3 CDFUE; artt. 2 e 3 Convenzione di Oviedo, 1997.

³² Art. 1, comma 5, legge n. 219 del 2017: «Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento». Segnatamente all'art. 6, comma 3, legge n. 40 del 2004 la questione circa la possibile contrarietà ai principi costituzionali di cui 2, 13, 32, Cost. era già stata portata all'attenzione dal Tribunale di Firenze nel 2012 aveva rilevato «una palese violazione del principio regolativo del rapporto medico/paziente... espropriato della possibilità di revocare l'assenso dato al primo di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico-fisica... in un momento particolarmente delicato dell'attività medica atteso che il trattamento, tutt'altro che concluso, si trova in una fase intermedia cui necessariamente seguirà il delicatissimo momento del trasferimento in utero del materiale prodotto». La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale fiorentino venne dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale per mancanza di rilevanza nel giudizio *a quo*. Per un commento cfr. Trib. Firenze, 12 dicembre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1005, con nota di G. CASABURI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 589, con nota di G. DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*.

³³ Sul punto cfr. per tutti Cass. civ., 11 maggio 2009, n. 10741 «Il consenso informato 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, 1375 c.c.».

che condivideva lo scopo di un progetto comune che oggi, venuti meno i presupposti, non esiste più.

5. L'ordinanza n. 30294/17 della Corte di Cassazione sua inapplicabilità al caso de quo.

Alla luce di quanto precede e del lineare e non contestabile percorso compiuto riguardo al bilanciamento tra situazioni soggettive operato dalla legge n. 40 del 2004 ed oggi ritenuto parzialmente superato per effetto degli interventi del Giudice delle Leggi, deve essere presa in esame la ricordata ordinanza n. 30294/17 della Corte di Cassazione³⁴.

Sul punto deve preliminarmente rilevarsi come *trattasi di ordinanza e non di sentenza* adottata peraltro prima dell'approvazione della legge n. 219 del 2017 che proprio riguardo al consenso ne afferma la revocabilità assoluta. In tutti i casi risulta di palese evidenza come la fattispecie concreta sottoposta all'attenzione del Giudice di legittimità, ad un esame più attento, sia sensibilmente differente da quella in esame su almeno *due punti*. Il primo *attiene alle cause giustificatrici della revoca del consenso* da parte del partner. Mentre nel caso di cui all'ordinanza della S.C. non risulta che la revoca, *effettuata rispetto ad un trattamento di PMA appena avviato ovvero in fase di svolgimento* sia giustificata dal venir meno della relazione coniugale e familiare nell'ambito della quale il progetto genitoriale trovava fondamento, nel caso *de quo* è proprio *il venir meno di tale presupposto logico-giuridico peraltro su iniziativa della moglie, a giustificare la decisione*.

Il secondo verte sulla questione *dell'attualità e del legittimo affidamento* di entrambi i partecipanti al trattamento di PMA. Come sopra accennato, risulta agli atti come nel caso deciso dalla richiamata ordinanza il partner dopo aver prestato il proprio consenso alla PMA eterologa della donna con conseguente creazione dell'embrione in vitro, revocò qualche giorno dopo, a trattamento avviato, la propria volontà al *transfer* della blastocisti. Non c'è chi non veda come una siffatta situazione risulti profondamente diversa da quella oggetto dell'ordinanza di remissione *de quo* nella quale *a distanza di diversi anni dalla prestazione del consenso al trattamento*, da un lato si sia avviato un procedimento per separazione giudiziale tendente alla disgregazione della famiglia (e di tutti i relativi progetti condivisi in quella sede: dalla casa, al lavoro, al figlio...) e dall'altro venga invocato un presunto *diritto (quello alla maternità, qualificato come assoluto) a realizzare un comune progetto genitoriale... che venendo meno sia sotto il profilo formale che sostanziale il rapporto di coppia, non c'è più*³⁵.

³⁴ Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Fam. dir.*, 2019, 21, con nota di A. FIGONE, *Revoca del consenso alla fecondazione eterologa*; in *Res civ. prev.*, 2018, 1193, con nota di F. CARLINO, *Fecondazione eterologa e dinamiche del consenso: disconoscimento di paternità e tutela dell'interesse del minore*.

³⁵Crf. Trib. Roma (ord.) 2020, cit. il quale osserva come «Il caso esaminato dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 30294/2017 citata dalla ricorrente per sostenere la prevalenza della tutela dell'embrione era molto diverso da quello oggetto del presentegudizio. Si trattava di un impianto avvenuto nell'immediatezza della formazione dell'embrione attraverso la fecondazione eterologa, di una revoca del consenso avvenuta quando si stava materialmente procedendo all'impianto nell'utero della donna, nell'ambito di un giudizio di disconoscimento di paternità in un caso di fecondazione eterologa. Venivano in considerazione, in primo luogo, l'interesse prevalente del

In altri termini un conto è revocare il consenso dopo la fecondazione dell'ovocita ma prima della fase del transfer nell'utero della donna un conto è che ciò avvenga dopo o durante³⁶. Non c'è chi non veda infatti come nel caso deciso dagli Ermellini, stante l'estraneità biologica del partner (si trattava di PMA eterologa) lo scopo della revoca fosse quello di poter poi esercitare liberamente una azione di disconoscimento della paternità ex art. 244 c.c. privando il nato dello status automaticamente al medesimo riconosciuto ex artt. 8 e 9 legge n. 40 del 2004 peraltro in contrasto con l'ormai pacifica giurisprudenza in materia³⁷.

Ad abundantiam si osserva infine come ulteriore elemento che differenzia le fattispecie in esame è individuabile, sotto il profilo tecnico giuridico, sulla qualificazione dell'atto richiesto: mentre nel primo caso siamo in presenza di *revoca di un consenso prestato* ad un trattamento sanitario attuale, nell'ipotesi in esame all'ex partner verrebbe richiesto di *rinnovare ovvero di esprimere nuovamente un consenso al trattamento* di PMA in assenza del quale si dovrebbe ritenere ancora valido ed efficace quello espresso anni fa.

Precisata l'inapplicabilità al caso di specie della invocata ordinanza siano consentiti alcuni ulteriori rilievi critici. Accertato che la tutela costituzionale dell'embrione risulta oggi, per effetto delle intervenute pronunce della Consulta sulla legge n. 40 del 2004 che ne affermava l'assoluta preminenza rispetto ad ogni altro contrastante interesse, rientrando la stessa all'interno del parametro di ragionevolezza posto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975, a nostro avviso, risulta in tutti i casi non corretta *l'equivalenza operata tra divieto di disconoscimento di paternità previsto all'art.9 legge n. 40 del 2004 per i nati da PMA eterologa operata dal partner* che in tal senso avesse inizialmente espresso il proprio consenso e *la revoca rectius la prestazione di nuovo consenso per il transfer dell'embrione*. Come sopra già accennato *nel primo caso* l'atto facendo leva sulla mancata derivazione biologica del figlio dal padre sociale sarebbe diretto, del tutto strumentalmente e abusivamente, a far perdere allo stesso lo status di figlio nato nel matrimonio o riconosciuto con ogni implicazione consequenziale riguardo ad oneri e responsabilità morali ed economiche sul genitore. *Nel secondo*, non è

minore ad avere due genitori (quindi la tutela di un bambino e non dell'embrione), in quanto trattandosi di fecondazione eterologa era esposto al possibile accoglimento dell'azione di disconoscimento di paternità, e il diritto alla salute della donna, che aveva completato tutti i trattamenti necessari al transfer e alla riuscita dell'impianto che stava materialmente avvenendo. Nel caso di specie nel tempo trascorso dalla crioconservazione dell'embrione sono venuti meno i requisiti previsti dalla legge per procedere alla PMA in quanto non si è più in presenza di una coppia convivente, inoltre viene in considerazione il diritto all'autodeterminazione in ordine alla scelta di diventare genitore, tutelato dall'art. 8 CEDU. Infatti, la nozione di «vita privata» include il diritto all'autonomia e allo sviluppo della persona, il diritto di intrecciare e coltivare relazioni con altri e il diritto al rispetto per la decisione di avere o non avere figli (v. tra le altre Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 aprile 2007, Evans c. Regno Unito [GC], ric. n. 6339/05, § 71; E. B. c. Francia, cit., § 43, 22; 8 novembre 2011, V. C. c. Slovacchia, ric. n.18968/07)».

³⁶ Cfr. F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit., 95 la quale osserva come «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».

³⁷ Cfr. Cass., sentenza 16 marzo 1999, n. 2315, in *Il Foro Italiano*, I, 1999, 1834 ss.

in discussione la derivazione biologica del nato posto che il materiale utilizzato è della coppia. Si tratta di revoca o meglio, pretesa alla prestazione di un nuovo consenso alla prosecuzione di un procedimento sanitario avviato anni prima, finalizzato a realizzare un progetto genitoriale che risulta incerto nell'*an*, nel *quando*, nel *quantum* e nel *quomodo*.

Invero non si tratta, per effetto di capriccioso ripensamento, anche a prescindere dalle ragioni che lo fondano, di sottrarsi alle proprie responsabilità genitoriali (economiche e morali) nei confronti di un minore, *bensì di riprendere un trattamento sanitario al quale anni prima in condizioni personali e relazionali completamente diverse, era stato dato l'avvio*. E che il fattore *tempo* risulti dirimente per l'assunzione e la conservazione degli status è dimostrato anche dagli stringenti termini di decadenza per l'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità da parte del padre che nella novella legislativa è stata stabilita (in luogo dell'originaria imprescrittibilità dell'azione) in un tempo massimo e inderogabile di 5 anni³⁸.

In altri termini, la *presunta aspettativa al trasferimento* erroneamente qualificata come diritto (in tutti i casi non certo *diritto alla vita* posto che le blastocisti per la legge italiana devono essere crioconservate a tempo indeterminato, non possono essere distrutte e potrebbero, ad esempio, col consenso di entrambi i partner, essere donate ad altre coppie per effettuare la PMA eterologa) non può giustificare la pretesa di un partner contro l'altro, terminata la relazione che giustificava il comune progetto genitoriale, di diventare genitore contro la sua volontà assumendosi tutte le responsabilità conseguenti³⁹.

6. La prospettiva dell'abuso di diritto.

In altra e differente prospettiva, gli esiti che l'interpretazione della norma di cui all'art. 6, comma 3, ultimo periodo, nel senso prospettato dal ricorrente

³⁸ Art. 244, commi 4 e 5, c.c.: «L'azione non può essere, comunque, proposta oltre cinque anni dal giorno della nascita. L'azione di disconoscimento della paternità può essere proposta dal figlio che ha raggiunto la maggiore età. L'azione è imprescrittibile riguardo al figlio».

³⁹ In una ottica per così dire 'mediana' o 'compromissoria' potrebbe in *extrema ratio* ipotizzarsi, semmai, che, se, a tutto concedere, il diritto di non procreare del padre genetico, che cambia idea in ordine all'impianto, e la tutela della vita dell'embrione non sono comparabili perché la vita umana ha un valore superiore, anche giuridicamente, a qualsiasi altro diritto di diversa natura, altrettanto non potrebbe dirsi riguardo alla piena comparabilità tra loro del 'diritto di procreare' della madre e quello 'di non procreare' del padre posto che tali diritti prima del trasferimento dell'embrione nell'utero della donna si trovano sullo stesso piano giuridico. Orbene atteso il pari grado delle citate pretese è evidente che in assenza di accordo tra le parti la donna non potrebbe pretendere di procedere al transfer dell'embrione. Né tantomeno che da tale sua unilaterale decisione possano scaturire effetti giuridici automatici nella sfera giuridica dell'ex partner (che diverrebbe padre suo malgrado). La valorizzazione del principio di responsabilità nel rispetto di quello all'autodeterminazione potrebbe trovare allora una ragionevole sintesi nella possibilità di consentire la costituzione del rapporto di filiazione unicamente in capo alla donna con esclusione della assunzione forzata della paternità nei confronti dell'ex partner che in tal senso si opponeva. Sul punto cfr. A. GORGONI, *Rilevanza giuridica dell'embrione e «procreazione» di un solo genitore*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 367 ss. Con specifico riguardo alle esigenze di assicurare l'uguaglianza di trattamento tra uomo e donna riguardo alla tutela del diritto di procreare e non procreare cfr. anche Trib. Bologna ord. 9 maggio 2000, cit. Come sopra ricordato, secondo il Tribunale Felsineo «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».

potrebbe condurre, risulterebbe financo idonea a configurare una ipotesi di *abuso del diritto* intesa come esercizio ovvero realizzazione di un diritto contraria alle sue finalità, valutando complessivamente gli interessi incisi dall'esercizio della situazione soggettiva, in una prospettiva dinamico relazionale⁴⁰.

Risulta di palmare evidenza infatti come la pretesa della donna oggi di far valere in forza delle invocate disposizioni della legge n. 40 del 2004 il consenso espresso anni prima assieme al marito ad un trattamento sanitario finalizzato alla realizzazione dell'interesse dei coniugi di coronare il proprio progetto genitoriale in un contesto attuale nel quale la relazione coniugale è venuta meno (e con essa tutti i progetti comuni che dalla stessa si originavano, in primis quello genitoriale) *configura un uso anormale del diritto, che conduce il comportamento del singolo (nel caso concreto) fuori della sfera del diritto soggettivo esercitato, per il fatto di porsi in contrasto con gli scopi etici e sociali per cui il diritto stesso veniva riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico positivo*⁴¹.

Senza entrare nel merito della *vexata questio* del fondamento giuridico nel nostro ordinamento di una siffatta categoria generale, è possibile individuare già negli artt. 1175 e 1375 c.c. le clausole generali atte a sanzionare come abusivi comportamenti contrastanti con le regole della correttezza e buona fede nei

⁴⁰ Sulla categoria dell'abuso di diritto e sul suo possibile uso in funzione qualificativa e sanzionatoria della fattispecie cfr. tra gli altri: P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, 205 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 1 ss.; A. GAMBARO, *Abuso del diritto (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988; G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, 115 ss.; R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg. VII, Torino, 2012. In giurisprudenza si veda per tutti Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, la cui massima precisa come «Oggi, i principii della buona fede oggettiva, e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali - funzione sociale ex art. 42 Cost. - e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principii si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti. Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso». In questo caso il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determinerà il suo abusivo esercizio.

⁴¹ In tal senso cfr. la decisione del Comitato per i Diritti sociali ed economici dell'ONU che su ricorso di una coppia che lamentava, tra le altre, la violazione del proprio diritto a disporre liberamente delle blastocisti crioconservate all'esito di trattamenti di PMA, ha condannato l'Italia per la presenza di una normativa che impone illegittime restrizioni alla libertà «*di ritirare il proprio consenso al trasferimento di embrioni per la procreazione*». Il Comitato ha in tal senso trasmesso specifiche raccomandazioni all'Italia affinché adegui la propria normativa in conformità con le disposizioni di cui al cap. II e III della Convenzione sulle Biotecnologie, c.d. Convenzione di Oviedo del 1997. Più precisamente il punto b) delle Raccomandazioni all'Italia prevede: «Adottare misure legislative e/o amministrative appropriate per garantire l'accesso a tutti i trattamenti riproduttivi generalmente disponibili e per permettere alle persone di ritirare il proprio consenso al trasferimento di embrioni per la procreazione, assicurando che tutte le restrizioni all'accesso di questi trattamenti soddisfino i criteri forniti dall'articolo 4». Inoltre, il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali ha esaminato la sesta relazione periodica dell'Italia, e ha adottato una serie di osservazioni conclusive. Al punto 66 il Comitato raccomanda allo Stato parte di rivedere la Legge 40/2004 al fine di rimuovere tali restrizioni irragionevoli (*Comitato dei Diritti Economici, Sociali e Culturali delle Nazioni Unite - S.C. e G. c. Italia: Condanna dell'Italia per violazione del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali con riguardo alla legge 40/2004*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDir.*, 7 marzo 2019).

rapporti obbligatori. Con ogni implicazione consequenziale, *mutatis mutandis*, per la fattispecie che a noi interessa.

7. Considerazioni conclusive.

Alla luce di quanto precede risultano, a nostro avviso, fondati i rilievi di costituzionalità sollevati dall'ordinanza in epigrafe. Mantenere il 'residuo normativo' di cui all'art. 6, comma 3 significherebbe confermare una asserita prevalente tutela dell'ovocita fecondato riguardo al proprio interesse allo sviluppo e negare l'intervenuto ragionevole affievolimento, in forza del bilanciamento con i principi di autodeterminazione e consenso informato collegati in questo caso non solo (e non tanto) alla salute della donna che si sottoporrà al trattamento, quanto ad aspetti fondamentali attinenti la sfera esistenziale della coppia (*rectius* dell'ex partner), quali, come già evidenziato: il diritto a costituire una famiglia quale espressione della libertà personale e della privacy delle scelte inerenti la vita privata (e in tal senso la scelta di 'non procreare') ovvero alla sua salute psichica che potrebbe ben subire un possibile pregiudizio conseguente all'attribuzione coercitiva di una paternità non voluta e non più ragionevolmente prospettabile⁴².

La previsione inerente all'irrevocabilità assoluta del consenso (fuori dai casi attinenti la tutela della salute della donna già oggetto di declaratoria di incostituzionalità) oltre a risultare contraria con i dettami costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 13, 29, primo comma e 32 primo e secondo comma, mostrano, a nostro avviso, rilevanti vizi di ragionevolezza e una intrinseca illogicità e contraddittorietà. In particolare ove nel caso di specie non venisse ritenuta possibile la revoca del consenso al trattamento di PMA risulterebbero violati fondamentali interessi riconducibili ai citati parametri costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 13, 29, primo comma e 32; art. 8 CEDU e gli artt. 3 e 7 CDFUE, disposizioni espressamente richiamabili ai sensi dell'art. 10 Cost; e disattesa la richiamata raccomandazione rivolta all'Italia dal Comitato ONU di adeguamento delle limitazioni alla revocabilità del consenso come prevista dall'art. 6, comma 3, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004⁴³.

Ma non solo, ciò si porrebbe in aperta contraddizione con la ratio della legge che consente solo alla coppia di accedere alla PMA⁴⁴.

⁴² Cfr. F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit., 95, la quale rileva come «il problema a cui, nella fattispecie 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 padre, a partire da quello alla libertà personale, alla salute psichica e all'autodeterminazione, tenuto conto della sua partecipazione al trattamento di M.A., e dei danni che potrebbero essere prodotti su tali suoi diritti dal prosieguo del relativo proto- collo, 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».

⁴³ Al punto 66 il Comitato raccomanda allo Stato parte di rivedere la legge n. 40 del 2004 al fine di rimuovere tali restrizioni irragionevoli.

⁴⁴ Cfr. F. MEOLA *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit. 90 la quale osserva come «daddove non si valutasse l'incidenza rivestita dall'intervenuta rottura del rapporto di coppia nella definizione della controversia giudiziale in esame, si rischierebbe altresì di aprire un pericoloso varco alla legittimazione di comportamenti in frode alla legge. Questa,

Più precisamente non c'è chi non veda come ove venisse confermata la rilevata formalistica applicazione dell'art. 6, comma 3, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004 nel senso di legittimare la pretesa di diventare genitore, riavviando un procedimento sanitario iniziato anni prima e poi per varie ragioni non coltivato fino a quel momento in una situazione di famiglia e relazione coniugale anche formalmente superata – e implicitamente con essa tutti i vari progetti ivi condivisi nella logica di una vita comune cui si è inteso porre fine contro la espressa volontà del partner che in tal senso ha negato il consenso alla ripresa del trattamento stesso – si darebbe luogo alla *aberrante prospettiva di una coercizione alla genitorialità tra soggetti divenuti formalmente e sostanzialmente estranei in assenza di un figlio nato ma per la semplice prospettiva di un figlio possibile ed eventuale* (l'ovocita fecondato *in vitro* da trasferire).

Evidente la violazione del principio di ragionevolezza⁴⁵ a nulla rilevando presunte (e insussistenti) simmetrie tra fattispecie differenti⁴⁶: la situazione del figlio nato che il padre sociale vorrebbe disconoscere sulla base della mancata derivazione biologica strumentalmente invocata per superare il consenso precedentemente prestato alla PMA eterologa della moglie, è situazione ben differente da quella di un embrione *in vitro* creato con i materiali biologici della coppia nell'ambito di un procedimento sanitario non coltivato per decisione comune della coppia per anni, avviato in presenza di un progetto genitoriale che per effetto della separazione personale tra i coniugi è venuto meno, e che uno dei partner contro la volontà dell'altro intende comunque portare a termine!. Si tratta di ipotesi che presentano differenze evidenti negli elementi costitutivi essenziali insuscettibili di una disciplina analogica.

Altrettanto evidente l'abusività della pretesa con evidente distorsione dei fini protettivi di cui alla ratio della disposizione e del bilanciamento di interessi programmato dall'ordinamento.

Parimenti dicasi riguardo alla conseguente violazione di fondamentali diritti della persona che sarebbe costretta a subire tutte le conseguenze di una genitorialità non voluta: grave limitazione della propria libertà personale con conseguente coartazione nelle decisioni attinenti la sfera più intima della propria vita personale e familiare; violazione del proprio diritto a costituire (e sciogliere) una famiglia; libertà di autodeterminazione riguardo a trattamenti sanitari (propri o condivisi) sempre e comunque revocabili in violazione del consenso

infatti, proprio in ragione dei diritti del nascituro di cui si è appena detto, nega categoricamente l'accesso alle tecniche di M.A. alla donna *single*. Ed invece, laddove si l'autorizzasse l'impianto nell'utero della donna degli embrioni formati a mezzo del ricorso alla M.A., nonostante l'assenza di un perdurante consenso del *partner*, si finirebbe, per questa via, per legittimare proprio ciò che il legislatore ha inteso assolutamente negare».

⁴⁵ Per un approfondimento sui profili qualificativi e applicativi del principio di ragionevolezza in ambito civile e costituzionale cfr.: L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento I, Milano, 1997, 899 ss.; G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma, 2007, 286 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*.

⁴⁶ Cfr. la richiamata Cass. n. 30294/17.

informato inteso come sintesi dei diritti fondamentali alla libertà personale e alla salute⁴⁷.

Senza considerare come, in punta di diritto, il bilanciamento programmato dalla legge n. 40 del 2004, di cui il 'residuo normativo' di cui all'art. 6, comma 3 costituisce evidente espressione, tra i richiamati interessi qualificabili come diritti fondamentali della persona non opererebbero nei confronti di altra persona (l'embrione persona deve ancora diventare...⁴⁸) bensì di una entità *titolare di aspettativa di diritto* che potrà consolidarsi in diritto soggettivo unicamente con l'evento futuro e incerto della nascita. A ciò si aggiunga come il predetto bilanciamento opererebbe, peraltro, non nei confronti di una *aspettativa alla vita* riconducibile all'ovocita fecondato, che in tutti i casi mai potrebbe essere per espressa disposizione di legge distrutto (art. 13 legge n. 40 del 2004) ma rimarrebbe comunque crioconservato in vista di futuri differenti utilizzi, ma con la differente *aspettativa al trasferimento in utero o allo sviluppo* al fine di realizzare un originario progetto genitoriale che venendo meno la coppia non c'è più.

In tal senso, come già ricordato, significativa pure la violazione, che una interpretazione formalistica della disposizione potrebbe determinare riguardo ai principi generali in tema di consenso informato. Infatti il fatto che l'art. 6, comma 3, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004 risulti norma sprovvista di sanzione, non fa venir meno, in linea di principio la portata della disposizione che introduce un *vulnus* nel sistema, sistema che, come visto in precedenza, esclude la stessa prospettabilità di un consenso ad effetti perpetui ovvero suscettibile di configurarsi fuori dalle direttrici di spazio e tempo e dalla necessità di una *sua persistente attualità* (e nel caso di specie anche una convergenza) e risulta ben definito entro le coordinate stabilite dalle pronunce delle Supreme magistrature che oggi trovano definitiva conferma nella legge n. 219 del 2017. In tal senso, giova ricordarlo, molteplici sono gli arresti del Giudice di legittimità e di quello delle leggi⁴⁹.

La recente decisione del Comitato per i Diritti sociali ed economici dell'ONU, che ha condannato l'Italia per la presenza di una normativa che impone illegittime restrizioni alla libertà «*di ritirare il proprio consenso al trasferimento di embrioni per la procreazione*», nel confermare gli assunti della recente normativa e della giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia, pare risultare in linea con quanto fin qui sostenuto.

⁴⁷ Cfr. Corte cost. n. 438 del 2008.

⁴⁸ Corte cost. n. 27 del 1975.

⁴⁹ In tal senso le Supreme magistrature Costituzionale e di legittimità secondo le quali «*la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute*» (Corte cost. n. 438 del 2008); «*Il diritto al consenso informato, in quanto diritto irrinunciabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza... Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza per escluderlo che l'intervento absque pactis sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto*» (Cass, Sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543); «*Il consenso informato 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, 1375 c.c.*» (Cass. n. 10741/2009).

Alla luce delle considerazioni che precedono deve ritenersi pienamente condivisibile la decisione del Tribunale di Roma laddove ritiene non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004 attesa l'irragionevolezza e l'illogicità di tali disposizioni rispetto agli artt. 2, 3, 13, 29 primo comma, 30, 32; all'art.8 CEDU, agli artt. 3 e 7 CDFUE, disposizioni espressamente richiamabili ai sensi dell'art. 10 Cost.