

Una sentenza controcorrente in tema di P.M.A. e crisi della coppia. La centralità del consenso informato.

di Zena Egea Ziade*

Abstract EN: The author examines the case faced by the court of Brindisi, concerning the request of a woman to implant the embryos she cryopreserved with her ex husband, without any concern about the family breakdown and the opposite will of the man referred to the embryo transfer.

Abstract IT: L'autore esamina il caso affrontato dal Tribunale di Brindisi inerente alla richiesta di una donna di procedere all'impianto di embrioni precedentemente crioconservati assieme all'oramai ex marito, prescindendo dalla considerazione della rottura della coppia e della volontà contraria dell'uomo rispetto all'*embryo transfer*.

Sommario: 1. I termini delle questioni. – 2. Il panorama giurisprudenziale italiano. – 3. Il consenso informato, attuale e concreto sempre. – 4. Rilievi conclusivi.

1. I termini delle questioni.

Con l'ordinanza in commento il Tribunale di Brindisi ha rigettato la richiesta di una donna di procedere all'impianto degli embrioni precedentemente crioconservati assieme all'oramai ex marito. Protagonisti della vicenda che ha originato il ricorso al giudice sono due soggetti sposati, che, dopo aver crioconservato alcuni ovuli fecondati¹ presso una clinica, si separavano e poi divorziavano senza aver avviato i tentativi di impianto degli embrioni; ciononostante, la ricorrente – seppur non nell'immediato ma a distanza di un anno – manifestava la sua volontà di procedere con *l'embryo transfer* indipendentemente dalle intenzioni dell'ex marito.

* Dottoressa magistrale in giurisprudenza, Università degli Studi di Firenze.

¹ Con "crioconservazione" si intende la "tecnica di conservazione a lungo termine di qualsiasi materiale biologico (animale e vegetale), mediante temperature molto al di sotto del punto di congelamento. Tale tipo di conservazione permette di mantenere la vitalità del materiale biologico per un periodo potenzialmente infinito. Dopo varie esperienze di laboratorio, questa tecnica di conservazione è oggi ritenuta l'unica in grado di assicurare una reale e affidabile conservazione a lungo termine". Enciclopedia Treccani.

Le motivazioni addotte dalla parte sono da rinvenirsi principalmente nella irrevocabilità del consenso prestato dal resistente, imposta dall'art. 6, c. 3, l. 40/2004 e confermata dalla Corte costituzionale², che rende pressoché privi di valore i dati fattuali del dissenso dell'uomo e dell'avvenuta rottura della coppia. In sostanza, la donna chiariva di essere intenzionata a procedere a detto impianto, in Italia o all'estero, utilizzando gli embrioni crioconservati, vista la difficoltà di produrne altri e il trascorrere del tempo che diminuiva le probabilità di successo dell'impianto; aggiungendo, altresì, che il *periculum in mora* dovesse essere rinvenuto nella richiesta di una clinica spagnola di un provvedimento giudiziario autorizzativo o di un rinnovo del consenso della controparte.

Dall'altro lato, l'uomo evidenziava l'insussistenza dei due requisiti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, specificando che, da una parte, non c'era alcun pericolo grave ed imminente che incombesse sugli embrioni; dall'altra, che, al momento della manifestazione del consenso, non era stato adeguatamente informato circa l'irrevocabilità del consenso stesso una volta formati gli embrioni. Ancora, specificava il suo totale dissenso rispetto alla volontà della donna, l'esser venuta meno l'*affectio familiaris* e l'assenza di una informazione concretamente esaustiva, come invece prevede la normativa.

Il giudice ha pertanto ritenuto il ricorso infondato, valorizzando la necessaria presenza di un consenso che sia attuale in ogni fase del procedimento; nel caso di specie, si è ritenuto che le parti non fossero state adeguatamente informate circa l'impossibilità di revocare il consenso dato, quale elemento che, per il Tribunale, meritava di essere oggetto di un atto

² Corte cost., sent. 24 luglio 2023, n. 161, in *cortecostituzionale.it*. Per un commento sulla sentenza si vedano R. CONTE, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo all'impianto dell'ovulo fecondato: problemi costituzionali e prospettive. Brevi note a Corte cost., 24 luglio 2023, m. 161*, per g. c. di *Questione Giustizia*, 16 ottobre 2023; G. RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2024, 197 ss.; S. TALINI, *Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel "labirinto" della legge n. 40 del 2004*, in *Consulta online*, 3, 2023, 883 ss.; G. ATZORI, *La Corte giudica sé stessa. Note a margine della sentenza n. 161 del 2023 sull'irrevocabilità del consenso maschile alla PMA*, *ivi*, 2, 2024, 758 ss.; L. PIROZZI, *Procreazione medicalmente assistita e irrevocabilità del consenso della donna: obbligo illegittimo o obbligo-fantasma?*, in *La rivista della Corte dei Conti*, 6, 2023, 243 ss.; F. ANGELINI, *La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma la irrevocabilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni. Commento alla sentenza n. 161 del 2023*, in *Nomos*, 3, 2023, 1 ss.; E. BILOTTI, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo nelle tecniche di procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 5, 2024, 429 ss.; E. QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati e sopravvenuti mutamenti della situazione esistenziale delle parti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, 2023, 1353 ss.; M.P. IADICICCO, *"Cosa resta del padre?" A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner*, in *Riv. di BioDiritto*, 1, 2024, 249 ss.; C. INGENITO, *Genitorialità basata solo sul consenso e diritto alla vita e dignità dell'embrione. Ancora una questione eticamente complessa sottoposta alla Corte costituzionale*, in *Oss. Cost.*, 2, 2024, 1 ss.

specifico e separato. Sempre sul punto, il giudice si è soffermato sul fatto che, dal contenuto dei moduli sottoscritti dai membri della coppia, si evincesse l'eguale trattamento di entrambi rispetto alla possibilità di revocare il consenso dato, visti gli svariati riferimenti ai "depositanti", alla coppia e alla comune volontà di procedere alla P.M.A. o all'abbandono degli embrioni, a fronte dei richiami pressoché assenti al singolo.

2. Il panorama giurisprudenziale italiano.

L'ordinanza del Tribunale di Brindisi suscita particolare interesse per la sua innovatività, visto che si pone in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale prevalente, avallato anche dai Giudici della Consulta nel 2023³. Sulla revocabilità del consenso nella PMA si sono infatti espressi svariati Tribunali nel corso degli anni, fin da prima dell'entrata in vigore della l. 40/2004; in particolare, già dal 2000 è possibile rinvenire due pronunce del Tribunale di Bologna⁴, che hanno negato alla donna divorziata la possibilità di procedere all'impianto degli embrioni crioconservati, pur in assenza di una normativa *ad hoc*, evidenziando che il diritto di accesso alla procreazione medica vada riconosciuto esclusivamente alle coppie di sesso diverso, legalmente coniugate o conviventi⁵.

Con l'entrata in vigore della l. 40/2004 si è previsto un generale divieto di crioconservazione – salvo casi speciali⁶ –, che è stato pochi anni dopo

³ Corte cost., sent. 161/2023, in *cortecostituzionale.it*.

⁴ Trib. Bologna, ord. 9 maggio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 475 ss.; Trib. Bologna, ord. 26 giugno 2000, in *Corr. giur.*, 2001, 1221 ss. Per un commento si vedano G. CASSANO, *Brevi riflessioni sul destino degli embrioni in vitro*, in *Fam. e dir.*, 5, 2000, 487 ss. e ID., *Impianto degli embrioni ed autodeterminazione nelle scelte procreative*, in *Fam. e dir.*, 6, 2000, 614 ss.; A. ARGENTESI, *Il difficile equilibrio tra il diritto a essere madre e il diritto a non essere padre*, in *Corr. giur.*, 9, 2001, 1216 ss.

⁵ Si evidenzia come questi sono, ad oggi, i medesimi requisiti richiesti dalla c.d. "Legge 40", proprio a sostegno del fatto che il legislatore del 2004 ha semplicemente cristallizzato in una norma ciò che già esisteva nella coscienza sociale. Inoltre, già nelle ordinanze bolognesi si sottolinea che permettere l'accesso alla donna divorziata significherebbe permetterlo ad una donna single, elemento in aperto contrasto con l'interesse del nascituro ad avere due genitori, che trova fondamento negli artt. 30 e 31 Cost., nonché nella Legge 4 maggio 1983, n. 184 e nelle norme sul diritto di famiglia. Ancora, il giudice specifica che fino al momento del trasferimento dell'embrione nell'utero i due membri della coppia risultano essere titolari dei medesimi diritti, motivo per cui il diritto alla maternità non può prevalere su quello alla paternità, nel rispetto del principio della libera ed incoercibile autodeterminazione alla procreazione.

⁶ L'art. 14 della c.d. "legge 40", al primo comma, prevede il divieto di crioconservazione degli embrioni, ma al terzo comma si prevede la possibilità di derogare a tale divieto nell'ipotesi in cui il loro trasferimento nell'utero della donna non sia possibile "per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione", fermo restando che tale trasferimento deve essere realizzato non appena possibile.

dichiarato in contrasto con i principi costituzionali dal Giudice delle Leggi⁷: la questione circa la revocabilità o meno del consenso informato nasce infatti da tale momento, essendo prima di questo intervento giurisprudenziale impensabile uno iato temporale importante tra la firma del consenso informato e l'*embryo transfer*. Infatti, il legislatore non è mai intervenuto sul testo normativo adattandolo ai mutamenti che, nel corso dell'ultimo ventennio, sono stati operati dalla giurisprudenza, lasciando l'interprete in una situazione di incertezza e ponendo le Corti nella posizione di colmare tali nuove lacune in via esclusivamente interpretativa⁸. In sostanza, nel silenzio legislativo che ancora oggi continua a fare da protagonista, la Corte costituzionale si è dovuta confrontare con una legge non più in grado di soddisfare le esigenze sociali del presente, né di stare al passo con il progresso medico e tecnologico degli ultimi venti anni; tuttavia, colmando i vuoti legislativi presenti, ha sollevato nuovi dubbi ed incertezze a cui, parrebbe, sarà essa stessa a dover continuare a dare una risposta.

L'orientamento giurisprudenziale affermatosi successivamente all'entrata in vigore della disciplina sulla P.M.A., da ultimo confermato dalla Corte costituzionale, segue una strada diametralmente opposta rispetto a quella intrapresa dal Tribunale di Brindisi nel 2024⁹, a cui è possibile affiancare anche il Tribunale di Siena, con un'ordinanza depositata poco dopo quella dei giudici pugliesi¹⁰. Infatti, sia il Tribunale di Perugia¹¹ che quello di Santa Maria Capua Vetere¹² si erano espressi consentendo l'impianto degli embrioni

⁷ Il riferimento è a Corte cost., sent. 8 maggio 2009, n. 151, in *cortecostituzionale.it*.

⁸ Si segnala che un intervento legislativo è stato più volte invocato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, da ultimo con la sent. 161/2023, ma non si è mai giunti ad un aggiornamento del dato normativo. Nonostante questa anomala prassi, appare fondamentale ricordare che non si può, in alcun caso, prescindere da un intervento legislativo: come ha scritto Niccolò Zanon, giudice della Corte costituzionale fino al 2023, "la Corte non può funzionare da barometro nell'evoluzione della coscienza sociale in una società matura, poiché questo è compito della rappresentanza politica. [...] È semmai il legislatore rappresentativo a doversi porre quale interprete della coscienza sociale, ad avere le antenne per intercettarla e tradurla [...] in atti normativi" (N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021). Indubbiamente si può giungere ad una soluzione che soddisfi tutti gli interessi in gioco in via interpretativa, ma è chiaro che la strada da preferire deve rimanere quella di una modifica legislativa, soprattutto per evitare di incappare in contrasti fra orientamenti di diversi tribunali di primo grado.

⁹ Trib. Brindisi, Sez. civ., ord. 30 aprile 2024.

¹⁰ Trib. Siena, ord. 27 giugno 2024, in *Banca Dati di Merito*. Per un commento, si veda G. SAVI, *P.M.A.: il consenso informato viziato per carenze informative, gli embrioni crioconservati e la revoca del consenso*, in *Fam. e dir.*, 11, 2024, 1002 ss.

¹¹ Trib. Perugia, ord. 28 novembre 2020, inedita.

¹² Trib. Santa Maria Capua Vetere, ord. 11 ottobre 2020 e ord. collegiale 27 gennaio 2021, in *Il Quotidiano giuridico*. Per un commento, si vedano A. ORESTANO, *Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione*, in *Giur. it.*, 12, 2021, 2610 ss.; A. MENDOLA, *Tutela della vita prenatale e limiti all'autodeterminazione procreativa nella crisi*

crioconservati pur contro la volontà dell'ex coniuge, manifestando un'inversione di tendenza rispetto alle pronunce antecedenti al 2004¹³. Il *background* da cui originano entrambe le vicende è il medesimo: una coppia, sposata, produceva e crioconservava degli embrioni che, spesso per cause riconducibili alla salute della donna, non venivano impiantati. I due finivano per divorziare e, successivamente, la donna chiedeva al Tribunale di essere autorizzata a procedere all'impianto, nonostante il dissenso manifestato dall'uomo. In entrambe le vicende i Tribunali hanno soddisfatto la richiesta della donna, motivando tale scelta sulla base della irrilevanza della revoca del consenso compiuta da parte dell'ex coniuge, che discende dall'assunto per cui il consenso informato è dato in modo cosciente, responsabile ed informato. In tali ipotesi, l'art. 6, comma 3 non è apparso in contrasto con i diritti dell'uomo, perché consentire la revoca del consenso successiva alla fecondazione dell'ovulo non risulterebbe compatibile con la tutela costituzionale degli embrioni, già a più riprese affermata dalla Corte Costituzionale¹⁴.

Da ultimo, sul tema si è espressa la Consulta¹⁵, che, tra le svariate strade astrattamente perseguibili¹⁶, ha scelto di omologare il suo orientamento a quello appena ricordato. Infatti, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma¹⁷ è stata rigettata, ritenendo compatibile col dettato costituzionale l'asserito diritto della donna a procedere con l'impianto pur a fronte del manifestato dissenso dell'uomo.

In senso opposto non si pone solamente l'ordinanza del Tribunale di Brindisi in commento, ma anche la citata decisione del Tribunale di Siena¹⁸, che, sebbene con motivazioni differenti, è arrivata alla medesima conclusione. Infatti, pur dovendosi specificare che la vicenda presenta elementi assenti negli altri casi, ed in particolare un lasso di tempo di otto anni intercorsi tra

coniugale, in *Corr. giur.*, 7, 2021, 937 ss.; R. VILLANI, *Trasferimento di embrioni crioconservati e separazione personale tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2021, 586 ss.; M. DE PAMPILIS, *Il diritto dell'embrione all'impianto tra consenso informato e genitorialità imposta*, in *Fam. e dir.*, 11, 2021, 1048 ss.

¹³ Trib. Bologna, ord. 9 maggio 2000 e ord. 26 giugno 2000, cit.

¹⁴ *Ex plurimis*, si segnalano Corte cost., sent. 10 febbraio 1997, n. 35, che riconosce un "diritto alla vita del concepito"; Corte cost., sent. 8 maggio 2009, n. 151, Corte cost., sent. 11 novembre 2015, n. 229; Corte cost., sent. 13 aprile 2016, n. 86, che ha affermato la dignità dell'embrione, ribadita da ultimo da Corte cost., sent. 24 luglio 2023, n. 161, in *cortecostituzionale.it*.

¹⁵ Il riferimento è a Corte cost., sent. 161/2023, cit.

¹⁶ Volgendo lo sguardo oltre i confini politici, le soluzioni adottate – a livello legislativo o giurisprudenziale – appaiono le più variegate; tuttavia, l'Italia risulta essere il Paese con una disciplina tra le più stringenti. Infatti, in Spagna la legge 26 maggio 2006, n. 14, prevede che per procedere all'impianto dopo la separazione o il divorzio sia necessario un rinnovo del consenso da parte di entrambi i membri della coppia; il *Code de la Santé Publique* francese, all'art. L. 2141-2 dispone espressamente che morte di uno dei due, cessazione della convivenza, separazione e divorzio si traducono in un impedimento inderogabile rispetto al trasferimento degli embrioni nel corpo della donna.

¹⁷ Trib. Roma, ord. 5 giugno 2022, n. 131, in *gazzettaufficiale.it*.

¹⁸ Trib. Siena, ord. 27 giugno 2024, cit.

l'accesso alla P.M.A. e il momento in cui la donna chiedeva di procedere con l'*embryo transfer*, la questione non può non essere menzionata, in quanto il principio di fondo affermato dal giudice risulta essere valido ed applicabile a casi simili. Tra le varie motivazioni addotte dal Tribunale, in questa sede appare opportuno evidenziare quella inerente al consenso informato: nello specifico, il giudice senese ha rilevato che il consenso, per essere irrevocabile, deve essere valido ed espresso in modo informato¹⁹, e perché ciò sia rispettato è necessario che i documenti contengano informazioni adeguate sulle conseguenze del vincolo derivante dal consenso: in particolare, da una parte, rispetto alla possibile esistenza di un lasso temporale non irrilevante tra la fecondazione e l'impianto e, dall'altra, alla possibilità che quest'ultimo avvenga pur essendo venute meno le condizioni di accesso alla P.M.A.

È in un quadro così variegato ed incerto che si inserisce la pronuncia del Tribunale di Brindisi, che potrebbe segnare un punto di svolta nella vicenda: infatti, è la stessa Corte costituzionale ad aver annoverato la scelta compiuta nel 2023 tra le c.d. "scelte tragiche"²⁰, espressione che manifesta una certa consapevolezza circa la possibilità di trovare un bilanciamento degli interessi in gioco diverso da quello raggiunto, nonché la contezza del fatto che la questione potrebbe, anche a breve, tornare all'attenzione del Giudice delle leggi.

3. Il consenso informato, attuale e concreto sempre.

¹⁹ In questo senso si è espressa anche la Corte costituzionale, che ha specificato che il consenso valido ed informato è la condizione necessaria per garantire una ragionevole tutela della libertà di autodeterminazione rispetto alla genitorialità dell'uomo. Ciò su cui la sentenza 161/2023 prende le distanze rispetto alle ordinanze dei Tribunali di Siena e di Brindisi riguarda il senso da attribuire alla validità del consenso, nonché la necessità che questo venga rinnovato concretamente in ogni fase del procedimento, e l'idea per cui la crioconservazione richieda un consenso specifico e indipendente dal resto.

²⁰ Circa la tragicità delle scelte, la Corte costituzionale ha, in passato, affermato che "l'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono egualmente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri". Sul punto, si veda Corte cost., sent. 18 aprile 1996, n. 118, in *cortecostituzionale.it*. A proposito della "scelta tragica" in analisi, si vedano E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre nella P.M.A.*, in *Federalismi.it*, 23, 2023; S. NICCOLAI, *Una decisione di infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore? Scelte tragiche e tragiche non scelte in Corte cost. n. 161/2023*, in *Dir. comp.*, 16 ottobre 2023; M.P. IADICICCO, *La "scelta tragica" sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *Riv. di Biodiritto*, 2, 2016, 183 ss.; F. COLELLA, *Procreazione medicalmente assistita – La non irragionevolezza della irrevocabilità del consenso dell'uomo alla P.M.A. resiste alla prova dei mutamenti del quadro normativo e della sopravvenuta crisi di coppia*, in *Giur. it.*, 10, 2023, 2028 ss. Ancora, c'è chi ha parlato dell'impossibilità di sottrarsi a tale "scelta tragica", parlando di "vicolo cieco delle tecniche procreative"; sul punto, si veda E. BILOTTI, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alle tecniche di procreazione assistita*, cit., 429 ss.; *contra*, si veda G. SAVI, *P.M.A.: il consenso informato viziato per carenze informative, gli embrioni crioconservati e la revoca del consenso*, cit., 1002 ss.

Quanto evidenziato dal giudice pugliese gioca un ruolo fondamentale nella disciplina della procreazione assistita: l'esigenza che il consenso prestato sia attuale in tutte le fasi del procedimento, e che sia al contempo informato e consapevole anche delle relative conseguenze giuridiche, oltreché specifico rispetto alla clausola relativa alla irrevocabilità, altro non sono che la conseguenza interpretativa dell'art. 6, commi 1 e 3, l. 40/2004.

Nel caso oggetto di analisi l'uomo sosteneva di non aver ricevuto "un consenso informato in ordine alla irrevocabilità del consenso prestato alla crioconservazione degli ovuli fecondati", lamentando una violazione dei suoi diritti alla libertà personale, all'autodeterminazione e alla genitorialità. In effetti, il Tribunale ha ritenuto che nei moduli firmati dalle parti in causa non ci fosse alcun riferimento alla possibilità o impossibilità di revocare il consenso dato, e a questo si è aggiunto che il contenuto dei moduli portava a credere in un eguale trattamento di entrambi i membri della coppia circa la revocabilità del consenso²¹, facendo sempre riferimento alla coppia e mai al singolo²². Ancora, si è richiamato il Codice del Consumo, con particolare riferimento all'art. 33, inquadrando il rapporto come un contratto stipulato tra consumatore e professionista: l'irrevocabilità, in questa prospettiva, non era posta a tutela della clinica, controparte contrattuale, ma di un terzo, che poteva essere la donna o l'embrione. Pertanto, la clausola pareva determinare un significativo squilibrio degli obblighi e dei diritti derivanti dal contratto²³.

Partendo dall'ultimo punto sostenuto nell'ordinanza oggetto della presente analisi, si ricorda che la Corte costituzionale ha ritenuto legittima l'irrevocabilità del consenso da parte dell'uomo, fondandosi su di essa

²¹ Stando a quanto disposto dalla legge, la irrevocabilità del consenso successivamente alla fecondazione dell'ovulo è prevista per entrambi i soggetti coinvolti; tuttavia, si vuole evidenziare come, a livello pratico, l'impossibilità di revoca può essere applicata solamente rispetto all'uomo, vista l'impossibilità di procedere ad un impianto coattivo nel corpo della donna. Infatti, l'impianto dell'embrione nell'utero rientra nel novero dei trattamenti sanitari, pertanto una sua attuazione coattiva si tradurrebbe in una violazione del diritto alla salute, costituzionalmente tutelato all'art. 32. Per quanto appena affermato, la donna ha sempre la possibilità di revocare, seppur implicitamente, il consenso dato (rifiutando di procedere all'impianto); al contrario, all'uomo non è riconosciuto alcun "margine di manovra", neppure nel caso in cui vengano meno i requisiti di accesso previsti dall'art. 5, l. 40/2004 realizzando un mutamento dello *status quo ante*.

²² Si segnala che anche la Corte costituzionale, nella sent. 161/2023, non prende mai in considerazione il soggetto singolo, ma tende a parlare al plurale: questa assenza dell'utilizzo del singolare evidenzia la necessità di un consenso attuale alla genitorialità da parte di entrambi i membri della coppia. Sul punto, si veda M.P. IADICICCO, *Prospettive e problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2021, 419 ss.

²³ In realtà, è fondamentale separare i piani del consenso informato: guardando alla coppia paziente-clinica si tratta, indubbiamente, di un contratto, ma lo stesso non si può dire considerando il rapporto tra i due coniugi o conviventi. Per ulteriori spunti sul tema, si veda P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di G. FERRANDO, Padova, 1988, 141 ss.

l'affidamento della donna²⁴: se così fosse, tuttavia, il consenso dovrebbe essere irrevocabile fin dal momento della sua sottoscrizione, in quanto la donna mette in gioco la sua salute, fisica e psichica, fin da subito, a partire, cioè, dal momento del prelievo degli ovociti.

Per quanto riguarda, invece, l'embrione, la Consulta è ferma nel ritenere che il consenso informato determini lo *status filiationis* e che la sua irrevocabilità sia la naturale conseguenza del riconoscimento della dignità dell'embrione²⁵. Nonostante la dottrina maggioritaria sia concorde nel riconoscere che l'embrione non possa essere equiparato ad una comune *res*, né tantomeno a mero materiale biologico²⁶, bisogna riconoscere che la volontà di rendere concrete le *chances* di vita di tale entità non possa prevalere sui diritti fondamentali di un soggetto già vivente, qual è la parte maschile della coppia²⁷.

Chiariti questi due punti preliminari, sulla base dei quali si è costruita la coerenza della irrevocabilità del consenso così articolata con il quadro normativo italiano, è necessario volgere lo sguardo al modo in cui il consenso nella P.M.A. è effettivamente strutturato.

L'ordinamento italiano prevede, in ambito di consenso ai trattamenti sanitari, il principio generale della sua revocabilità in qualsiasi momento, contenuto, da ultimo, anche nella l. 219/2017²⁸. Infatti, l'art. 1, comma 5 della

²⁴ Corte cost., sent. 161/2023, considerato in diritto n. 12.1, dove si legge che il consenso non può non essere irrevocabile perché come fine ultimo ha la salvaguardia "dell'integrità psicofisica della donna dalle ripercussioni negative che su di lei produrrebbe l'interruzione del percorso intrapreso, quando questo ormai è giunto alla fecondazione".

²⁵ La Corte costituzionale, oltre a ricondurre la dignità dell'embrione al precetto generale dell'art. 2 Cost., ha riconosciuto che l'embrione è portatore dentro di sé del principio della vita. Sul punto, si veda Corte cost., sent. 84/2016. Per un commento si rimanda a G. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *Riv. di BioDiritto*, 2, 2016, 157 ss.; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Riv. di BioDiritto*, 2, 2016, 161 ss.; M.P. IADICICCO, *La "scelta tragica"*, cit., 183 ss.; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani ma qualcosa dice...*, in *Riv. di BioDiritto*, 2, 2016, 253 ss.; G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, in *Riv. di BioDiritto*, 2, 2016, 223 ss.

²⁶ Per un approfondimento sul tema della natura giuridica dell'embrione, si rimanda a S.P. PERRINO, *Gli statuti giuridici degli embrioni umani nel processo della vita nascente*, Pisa, 2023.

²⁷ In realtà, la Corte costituzionale ha ritenuto che il grado di soggettività riconosciuto all'embrione sia suscettibile di affievolimento solamente in caso di conflitto con interessi di pari rango, fra i quali ha scelto di fare rientrare il diritto alla salute della donna, ma non quello dell'uomo, nonostante i diritti dei due dovrebbero essere considerati paritari in assenza di una gravidanza, per il principio della libera e incoercibile autodeterminazione alla procreazione.

²⁸ Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in G.U. n. 12 del 16 gennaio 2018, entrata in vigore il 32 gennaio 2018. Per completezza espositiva, si segnala che il medesimo principio è contenuto anche nell'art. 32 Cost., che vieta di sottoporre un soggetto ad un trattamento sanitario contro alla sua volontà (ad eccezione dell'ipotesi del T.S.O.), e dalla Convenzione di Oviedo, *Convenzione*

appena citata legge prevede che ognuno abbia il diritto di revocare in ogni momento il consenso prestato, anche nell'ipotesi in cui la revoca comporti l'interruzione del trattamento, mentre il comma 6 del medesimo articolo impone al medico di rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciarvi. Ciò nonostante, in ambito di P.M.A., quanto contenuto nella l. 219/2017 è stato scarsamente preso in considerazione²⁹: anche se la legge appena citata, così come la legge sulla procreazione medicalmente assistita, tratta del consenso informato in ambito di trattamenti sanitari³⁰, la giurisprudenza si è concentrata esclusivamente sulla disciplina contenuta nella l. 40/2004, prendendo scarsamente in considerazione quanto disposto sul tema dalla l. 219/2017.

Risulta fondamentale concentrare l'attenzione su due punti: il contrasto tra la irrevocabilità del consenso nella P.M.A. e la sua revocabilità in tutti gli altri trattamenti sanitari e la necessità di distinguere ogni fase di applicazione delle tecniche ai fini di un consenso attuale, come suggerito dal Tribunale di Brindisi³¹. Su quest'ultima questione si segnala che, in un contesto nuovo come quello sorto a seguito dell'apertura alla crioconservazione, risulta fondamentale attribuire valore ad una tale diversificazione tra le varie fasi del trattamento: il consenso iniziale non può più essere considerato valido ed

per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e della medicina, 7 dicembre 2000, Nizza, ratificata dallo Stato italiano con la legge 23 agosto 2001, n. 145.

²⁹ Per completezza espositiva, si segnala che il Tribunale di Perugia, nell'ordinanza 28 novembre 2020, ha preso in considerazione la legge contenente le norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, dandone una lettura specifica: i giudici, infatti, hanno ritenuto che l'art. 1, l. 219/2017 debba essere interpretato nel senso di riferirsi al consenso della persona su cui il trattamento sanitario deve essere effettuato. Una tale lettura è da considerarsi valida nell'ipotesi in cui le conseguenze dei trattamenti interessino solamente il soggetto coinvolto; in caso contrario, infatti, un'interpretazione più coerente con la *ratio* della legge potrebbe essere quella che copre il consenso di tutti i soggetti coinvolti.

³⁰ A sostegno della non applicabilità dei principi contenuti nella l. 219/2017 alla P.M.A, si potrebbe sostenere che l'uomo non è da considerarsi "paziente" alla stregua della donna, in quanto è solamente quest'ultima a sottoporsi a trattamenti medici invasivi. In realtà, una tale affermazione non può dirsi corretta, data la possibilità, anche per l'uomo, di doversi sottoporre a trattamenti particolarmente invasivi molto simili al prelievo degli ovociti dal corpo della donna. Ancora, prescindendo dal fatto che, nella maggior parte dei casi, la donna appare la parte maggiormente colpita a livello fisico, non si può non riconoscere che la P.M.A è un percorso con delle importanti ripercussioni psichiche su entrambi i membri della coppia, che aumentano esponenzialmente nell'ipotesi in cui la donna venga autorizzata a procedere all'impianto dell'embrione contro la volontà dell'ex marito.

³¹ A questo proposito, seppur esprimendosi sul consenso informato generale di cui alla l. 219/2017, la Corte di Cassazione, con sent. 10741/2009, in cortedicassazione.it, ha affermato che "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.".

efficace *sine tempore*, pertanto è necessario valorizzare entrambi i commi 1 e 3 dell'art. 6, l. 40/2004, a differenza di quanto fatto dalla Corte costituzionale nell'affrontare la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma. In sostanza, il primo comma è posto a tutela della libertà di autodeterminazione procreativa dell'uomo, in quanto pone come condizione necessaria per la validità del consenso il suo rinnovo al compimento di ogni successivo *step* procedurale. Solo dal combinato disposto di questa disposizione e del limite temporale di cui al comma 3 è possibile evincere una normativa che sia coerente, in concreto, con l'ordinamento e sia, al contempo, in grado di tutelare in modo effettivo entrambi i soggetti coinvolti nella vicenda, bilanciando i rispettivi interessi.

L'inapplicabilità, al caso specifico della P.M.A., della disciplina prevista per il consenso informato viene giustificata dalla natura particolare del consenso in tale situazione, vale a dire la sua forza di determinare lo *status filiationis*³². Tuttavia, è dato rilevare che proprio per via della sua speciale valenza non si può prescindere dalla sua attualità: è fondamentale non solo che il consenso sia attuale (escludendo quindi la validità di un consenso prestato in condizioni completamente differenti da quelle attuali), ma anche che esso sia prestato per ogni successiva fase della P.M.A., oltre a doversi fondare su un'informativa chiara e sufficientemente esaustiva da rendere la parte edotta di tutte le conseguenze che, nel singolo e specifico caso concreto, possono derivare dall'atto autorizzativo.

4. Rilievi conclusivi.

Nonostante la questione in oggetto potesse sembrare risolta con la pronuncia della Corte costituzionale, ad oggi si prospettano nuovi scenari a seguito delle decisioni di merito che, come si è visto, si sono poste in una diversa e contrastante prospettiva. In questo contesto, si auspica un più equo bilanciamento degli interessi dei soggetti coinvolti, che sia in grado di rispettare la libertà della donna di diventare madre e, al contempo, il diritto dell'uomo a non diventare genitore, che si incardina nella più ampia libertà all'autodeterminazione procreativa; il tutto, da inserirsi nella cornice di un consenso specifico per ogni fase della procedura di P.M.A. e attuale nelle sue condizioni.

³² L. ROSSI CARLEO, *Le informazioni per il consenso alla procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2015, 705 ss., osserva correttamente che il consenso "non è considerato tanto nella sua valenza di consenso ai trattamenti medico, quanto nella sua valenza di assunzione della responsabilità genitoriale". Così anche L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 241: "il consenso di cui all'art. 6 non è un consenso al trattamento medico, come tale sempre revocabile, anche se indubbiamente implica anche un consenso al trattamento medico, che per la madre rileva ed è quindi richiesto e perciò è revocabile in due diversi momenti: inizio trattamento ed impianto".

La soluzione prospettata dal Tribunale di Brindisi, vale a dire la necessità di dotare la crioconservazione di un consenso separato rispetto a quello fornito per la restante parte delle procedure, è da ritenersi condivisibile per raggiungere l'obiettivo poc'anzi auspicato. Infatti, le strade percorribili *de iure condendo* e *de iure condito* sono plurime, ma le prime sono attualmente da escludere, visto che il legislatore, nonostante i numerosi solleciti da parte della Consulta, continua a restare inerte.

Dal punto di vista giurisprudenziale, invece, la soluzione più diretta al problema appare quella indicata nell'ordinanza del Tribunale pugliese, raggiungibile attraverso il percorso logico seguito dal giudice. Ad oggi, l'obbligo informativo che grava sul medico, seppur minuziosamente "normativizzato" dalla l. 40/2004, si caratterizza per importanti lacune: infatti, proprio con riferimento alla crioconservazione, i moduli che vengono presentati ai pazienti non contengono alcuna specifica circa l'ipotesi di un mutamento della situazione iniziale, e una tale situazione potrebbe, senza particolari difficoltà, rientrare in un'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di adeguata informazione³³.

Il consenso, per dirsi in linea con i principi dell'ordinamento, sia nazionale che sovranazionale, dovrebbe essere maggiormente specifico, nel pieno rispetto dell'obbligo informativo gravante sul medico: in particolare, si ritiene necessaria la creazione di sezioni *ad hoc* e separate dal resto dei moduli, che chiariscano ai soggetti coinvolti gli scenari prospettabili, le soluzioni applicabili e la possibilità di revocare il consenso dato al verificarsi di una delle sopravvenienze previste.

³³ Per un approfondimento sul tema, si veda S.P. PERRINO, *L'inadempimento dell'obbligo informativo terapeutico*, Torino, 2024, 21 ss.

