GIUSTIZIA INSIEME

Minori e famiglia

Crisi della coppia e revoca della volontà di accesso alla procreazione medicalmente assistita

di Antonio Scarpa

7 giugno 2021

Crisi della coppia e revoca della volontà di accesso alla procreazione medicalmente assistita(nota a Trib. S.M. Capua Vetere, 11 ottobre 2020)

di Antonio Scarpa

Sommario: 1. I fatti di causa e le ordinanze in commento – 2. Art. 700 c.p.c. e ordine di trasferimento nell'utero degli embrioni – 3. Il merito della questione: la revoca del consenso alla procreazione medicalmente assistita.

1. I fatti di causa e le ordinanze in commento

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, adito con ricorso ex art. 700 c.p.c., ha ordinato alla struttura sanitaria convenuta con provvedimento dell'11 ottobre 2020 di procedere all'inserimento in utero degli embrioni crioconservati in custodia sulla persona della ricorrente. Nel 2018 una coppia di coniugi aveva espresso la propria volontà di accedere ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita. Operata la fecondazione degli ovuli, si era proceduto alla crioconservazione degli embrioni, giacché il trasferimento nell'utero degli stessi non risultò immediatamente possibile per grave causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della

donna. Nel 2019 il marito aveva tuttavia proposto domanda di separazione e così la moglie aveva diffidato la struttura a procedere comunque all'impianto degli embrioni. L'istanza cautelare esponeva come l'avvio della separazione coniugale non potesse comunque deporre quale revoca della volontà dell'uomo di accedere alla procreazione medicalmente assistita, ammettendosi tale revoca, alla stregua dell'ultima parte del terzo comma dell'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, soltanto fino al momento della fecondazione dell'ovulo.

Il marito aveva opposto nelle proprie difese l'assenza dei requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ex art. 5 della medesima legge n. 40 del 2004, a seguito del venir meno della coppia per la crisi denunciata in sede di separazione, e comunque esprimeva l'intervenuta revoca del consenso.

L'ordinanza resa dal giudice designato supera dapprima le resistenze in punto di sussistenza delle condizioni di ammissibilità dell'invocato provvedimento d'urgenza volto ad ottenere l'impianto degli ovuli crioconservati, individuando nell'art. 700 c.p.c. un mezzo di tutela giurisdizionale pienamente satisfattiva. Per il giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, l'irrevocabilità del consenso alla procreazione assistita doveva poi trarsi dal citato art. 6, terzo comma, della legge n. 40/2004, stante l'avvenuta fecondazione dell'ovulo, dalla quale discendono normativamente un'autonoma e irreversibile determinazione alla genitorialità nonché l'insorgenza della rilevanza costituzionale dell'embrione. L'ordinanza dell'11 ottobre 2020 evidenzia altresì come il requisito della coppia ex art. 5, legge n. 40/2004, sia stabilito al fine di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ferma l'irrevocabilità del consenso espresso una volta che sia avvenuta la fecondazione dell'ovulo, ben potendo scindersi, una volta giunti a questo punto di non ritorno, il nesso tra assunzione della genitorialità e prosecuzione della famiglia. Negata quindi in fatto la ravvisabilità di riserve mentali della donna nella volontà espressa di procedere alla procreazione medicalmente assistita, il giudice designato si "libera" anche di Corte eur. dir. uomo, G.C., 10 aprile 2007, ric. 6339/05, *Evans c. Regno Unito*, ritenendo il precedente dettato con riguardo alla legislazione britannica, la quale si connota per una valutazione dell'embrione assai diversa da quella dell'ordinamento italiano.

L'ordinanza pronunciata il 27 gennaio 2021 dal collegio del reclamo ex art. 669-*terdecies* c.p.c. ripercorre le medesime argomentazioni: è ammissibile l'utilizzo dei provvedimenti d'urgenza sebbene finalizzato alla condanna ad un *facere* infungibile con effetti materiali; la legge n. 40 del 2004 tutela il diritto dell'embrione ed in tal senso opera la revocabilità del consenso prestato alla procreazione medicalmente assistita; la separazione della coppia dei soggetti, che abbia

manifestato la propria volontà di accedere alle tecniche di procreazione assistita, non elide i presupposti soggettivi di ammissione e non assume rilievo per i diritti acquisiti dal figlio; in particolare, il venir meno del progetto di vita comune dei genitori già consenzienti non può prevalere sull'aspettativa di vita dell'embrione, che si consacra al momento della fecondazione; nessun reale contrasto c'è tra il primo ed il terzo comma dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004, giacché l'obbligo di informazione gravante sul medico in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita non suppone una necessità di integrare o rinnovare il consenso già prestato, se non "in caso di rilevate problematiche o anomalie del processo"; nella specie, avendo i coniugi espresso per iscritto il loro consenso, divenuto irrevocabile con la fecondazione dell'ovulo, doveva intendersi instaurato il rapporto contrattuale ed il medico della struttura doveva perciò procedere alla procreazione medicalmente assistita.

2. Art. 700 c.p.c. e ordine di trasferimento nell'utero degli embrioni

Le difese, che entrambe le ordinanze cautelari disattendono, circa l'inammissibilità del provvedimento d'urgenza richiesto, giacché privo di strumentalità e diretto a conseguire un *facere* infungibile ed effetti definitivi, suonano nostalgiche quanto la via del ritorno all'Uno suggerita da Plotino.

La strumentalità rispetto alla sentenza di merito e la provvisorietà (e quindi la non decisorietà) degli effetti dei provvedimenti cautelari emergevano, per la verità, ancora abbastanza nitidamente nella struttura originaria del procedimento ex art. 669-*bis* e seguenti c.p.c. congegnato dalla legge n. 353 del 1990. Secondo l'archetipo in voga nel precedente millennio, i provvedimenti cautelari non dovevano dar luogo alla concretizzazione della tutela normativa, rappresentando soltanto un mezzo per garantirne l'attuazione. Un provvedimento del giudice sarebbe cautelare (anche) perché non permanente, ed anzi munito, come nel modello del legislatore degli anni Novanta, di un'efficacia condizionata all'instaurazione ed agli esiti della causa di merito.

Questi schematismi sulla fisionomica provvisorietà dei provvedimenti d'urgenza, già costantemente traditi dalla pratica giurisprudenziale nell'applicazione data all'art. 700 c.p.c., sono poi venuti meno per legge con la Riforma del 2005, in particolare alla luce dei commi aggiunti in calce all'art. 669- *octies* c.p.c., prevedendosi che le disposizioni sull'inizio o

sull'estinzione del giudizio di merito, comportanti l'inefficacia della misura cautelare, non si applicano ai provvedimenti d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c., né agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denunzia di nuova opera o di danno temuto. Il codice di rito ha recepito così, per darle una speciale disciplina, la categoria dottrinale dei provvedimenti anticipatori; esistono, e sono diversamente regolate, misure cautelari il cui contenuto risulta integralmente anticipatorio degli effetti satisfattivi del diritto azionato. I provvedimenti anticipatori immunizzano l'istante dal pericolo di tardività, e non solo di infruttuosità, della sentenza di merito a cognizione piena: essi, perciò, non si limitano a mantenere immutato uno stato di fatto, ma assicurano già una modifica della situazione esistente, in modo da scongiurare l'intempestività della tutela ordinaria**[1]**. Se scopo del giudice designato per il procedimento d'urgenza è quello di erogare una tutela che fornisca al ricorrente l'utilità sostanziale che egli auspica, in maniera che neppure più dopo questi richieda l'erogazione della cognizione ordinaria, il provvedimento inevitabilmente si concentra quasi del tutto sulla ricerca del ricerca del *fumus*, trascurando il *periculum*, perché è divenuta ormai marginale la qualificazione temporale del bisogno di tutela**[2]**. L'ordinanza che accoglie la domanda ex art. 700 c.p.c. vuole fornire al ricorrente il bene della vita cui ambisce, così che egli non possa avere più interesse a vedere duplicato in una sentenza l'accertamento del suo diritto. Non vi è ragione di parlare tuttora nemmeno di una "strumentalità attenuata" dei provvedimenti d'urgenza, giacché il giudizio di merito, a fronte di una tutela giurisdizionale pienamente satisfattiva ed in grado di anticipare l'assetto sostanziale della sentenza (con "autorità" a tempo indeterminato, ancorché sempre estranea alla forza del passaggio in giudicato) diviene ragionevolmente non più prevedibile.

La vigente regolamentazione che il codice di procedura civile dedica ai provvedimenti d'urgenza non può dirsi, dunque, affatto preoccupata dall'idea che l'art. 700 c.p.c. funzioni come elargizione integrale (e non come assicurazione provvisoria) degli effetti dell'ormai futura ed eventuale sentenza, assecondandone l'evoluzione (o involuzione) da «decisione strumentale al merito» in «decisione di merito anticipata». L'ordinanza interinale viene ammessa così anche quando finisce per precostituire un assetto di interessi definitivo ed irreversibile, come tale non più modificabile né revocabile dal giudice della sentenza che intenda negare l'esistenza della situazione soggettiva cautelata.

Non trova eco nella legge processuale l'allarme per la progressiva atrofizzazione della verifica giudiziale sul *periculum in mora*, ravvisato dai giudici pressoché automaticamente nella sussistenza del *fumus* allorché il pregiudizio sia minacciato ad un diritto a contenuto e funzione non (esclusivamente) patrimoniale, proprio come avvenuto nella specie, avendosi riguardo

all'adempimento di un contratto relativo all'esecuzione di una tecnica di procreazione medicalmente assistita.

Appare, infine, altra battaglia di retroguardia l'obiezione della inammissibilità dell'ordine *ex* art. 700 c.p.c. volto all'adempimento di obblighi di non fare o di fare infungibili, ed in quanto tali incoercibili. Oltre a svolgere una finalità preventiva ed avere una funzione inibitoria, la misura cautelare atipica a tutela dell'obbligo insuscettibile di esecuzione forzata ha il suo presidio incentivante nell'art. 614-*bis* c.p.c., configurandosi l'ordinanza urgente quale "provvedimento di condanna all'adempimento" ai sensi di tale norma.

3. Il merito della questione: la revoca del consenso alla procreazione medicalmente assistita

Le soluzioni adottate nelle ordinanze cautelari del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere sono da condividere anche quanto al merito della questione.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 84 del 2016**[3]**, pur dichiarando privo di rilevanza nel giudizio a quo il dubbio di legittimità costituzionale del divieto di revoca del consenso all'impianto dopo la fecondazione dell'ovulo, di cui all'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, della legge n. 40 del 2004, ricordava come la giurisprudenza costituzionale (in particolare, sentenze n. 229 del 2015, n. 96 del 2015 e n. 151 del 2009) sia arrivata stabilmente ai seguenti approdi:

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

- la tutela dell'embrione non è suscettibile di affievolimento (ove e) per il solo fatto che si tratti di embrioni affetti da malformazione genetica, e nella stessa è stata individuata la ratio della norma penale (art. 14, commi 1 e 6, della legge n. 40 del 2004) incriminatrice della condotta di soppressione anche di embrioni ammalati non impiantabili;

- come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell'embrione è stata ritenuta soggetta a bilanciamento, specie al fine della «tutela delle esigenze della procreazione» ed a quella della salute della donna.

L'art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004 disciplina le modalità del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, prevedendo un termine minimo di sette giorni tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica e disponendo che la volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti della coppia fino al momento della fecondazione dell'ovulo. Lo stesso art. 6 contempla un dovere del medico di informare dettagliatamente la donna e l'uomo, "prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", sui metodi, sui problemi bioetici, sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, sulle relative conseguenze giuridiche e sugli eventuali costi economici dell'intera procedura. Non di meno, se il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione assistita "esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario", la revoca del consenso della coppia viene dalla lettera della norma inevitabilmente subordinata sotto un profilo cronologico al momento della fecondazione dell'ovulo.

Tuttavia, in dottrina si segnala come, vieppiù a seguito delle sentenze della Corte Costituzionale n. 151 del 2009 e n. 96 del 2015, l'irrevocabilità del consenso prestato a tutela dell'embrione si debba ritenere recessiva rispetto alla tutela del diritto alla salute della donna e dei diritti procreativi. In particolare, l'interesse alla tutela dell'embrione, che è alla base del termine ultimo fissato per la revoca della volontà di procedere al trattamento, non potrebbe obbligare irretrattabilmente al trasferimento nell'utero degli embrioni ove lo stesso mettesse il pericolo la salute della donna, o comunque ledesse l'autodeterminazione della stessa nella scelta di sottoporsi al trattamento sanitario**[4]**.

La irrevocabilità della volontà inizialmente espressa all'accesso alle tecniche di procreazione assistita non può invece essere minata, dopo che l'ovulo sia stato fecondato, dall'insorgenza di una situazione di conflitto nella coppia, o dal sopravvenire di una condizione di disaffezione o di distacco di uno solo dei soggetti, non trattandosi di ragioni che possono giustificare un affievolimento della tutela dell'embrione.

In un recente precedente della Corte di Cassazione, il limite alla revocabilità del preventivo consenso alla procreazione assistita, nella specie eterologa, segnato comunque dalla fecondazione dell'ovulo, è stato richiamato per desumere l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità, peraltro vietata esplicitamente dall'art 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004**[5]**.

La valenza costitutiva dello status di figlio, che la legge n. 40/2004 affida al consenso alla procreazione medicalmente assistita, è alla base anche della soluzione giurisprudenziale data

alla questione della filiazione conseguita ad una fecondazione omologa "post mortem" avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato dell'uomo deceduto prima ancora della formazione dell'embrione**[6]**.

A commento delle ordinanze pronunciate dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere si è scritto che il consenso alla procreazione medicalmente assistita è cosa diversa, per struttura, funzione di tutela ed effetti, dal consenso al trattamento sanitario di cui alla legge 22 dicembre 22 dicembre 2017, n. 219; che la Corte Costituzionale non ha mai affermato l'esistenza di un "diritto alla vita dell'embrione"; che i provvedimenti cautelari in rassegna avrebbero eluso la disciplina posta a tutela dell'autodeterminazione dei soggetti della coppia; che il potere di governo dell'embrione deve essere attribuito congiuntamente alla donna ed all'uomo, quale centro di imputazione complesso degli interessi, in ragione della fusione delle cellule e dell'avvio di un progetto parentale condiviso; che il Tribunale avrebbe eluso l'approdo raggiunto nella sentenza della Corte EDU nel caso Evans c. Regno Unito, ove si affermava che la paternità non può essere imposta **[7]**.

Partendo dall'ultima suggestione, è vero che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato che, nella materia della procreazione medicalmente assistita, gli Stati conservano –quanto ai temi sui quali non si registri unanimità di vedute – un ampio margine di apprezzamento (tra le altre, sentenze 28 agosto 2012, Costa e Pavan contro Italia; Grande Camera, 3 novembre 2011, S. H. e altri contro Austria).

Le critiche mosse alle ordinanze in commento non sembrano, inoltre, calate sulla fattispecie di causa. In tale fattispecie alla irrevocabilità del consenso sancita dall'art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, si contrapponeva l'assunta esigenza di assicurare all'uomo un diritto di ripensamento della volontà espressa di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in momento successivo alla fecondazione dell'ovulo, quale conseguenza derivata dalla crisi della coppia, delineando, in sostanza, un collegamento funzionale per interdipendenza tra progetto familiare e progetto procreativo, sicché essi *simul stabunt, simul cadent***[8]**.

Viceversa, l'irrevocabilità del consenso di cui all'art. 6, comma 3, cit. opera come garanzia della certezza dello *status filiationis* del nascituro e dell'assunzione della responsabilità genitoriale della coppia, garanzia correlata alla consapevole espressione della volontà di procreare cui l'ordinamento conferisce valenza identificativa della genitorialità legale**[9]**. Se l'irrevocabilità della volontà della donna trova sempre il limite, dapprima evidenziato, della coerenza con l'art. 32 Cost., la compiuta scelta procreativa dell'uomo di acquisire una veste genitoriale "legale", una volta che l'embrione abbia giuridicamente assunto la dignità di "entità che ha in sé il principio

della vita", riconducibile all'art. 2 Cost., soggiace ragionevolmente alla regola di irreversibilità degli effetti degli atti determinativi dello status della persona rispetto allo stesso soggetto che li abbia compiuti, rendendo il suo ripensamento non meritevole di preminente tutela.

[1] P. Calamandrei, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari,* Padova 1936, 21 ss.; C. Mandrioli, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, *Riv. dir. proc.* 1964, 551 ss.

[2] E. Dalmotto, *Il rito cautelare "competitivo"*, in *Riv. trim, dir. e proc. civ.* 2007, 1, 267 ss.

[3] In questa *Rivista*, 2017, num. 2, 310 ss., con nota di I. Rivera, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione degli embrioni.*

[4] Indicativamente, si vedano A. Cossiri, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, in *Giur. cost.* 2016, 763 ss., nota a Corte Cost. 13 aprile 2016, n. 84; V. Tigano, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in ***www.penalecontemporaneo.it***.; già in precedenza, L. ROSSI CARLEO, *Le informazioni per il consenso alla procreazione assistita*, in *Familia*, 2004, 706 ss.; L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 241 ss.

[5] Cass. 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Famiglia e diritto* 2019, 21 ss., con nota di A. Figone, *Revoca del consenso alla fecondazione eterologa,* la quale ritiene diversa la posizione dell'uomo rispetto alla posizione della donna ai fini della revoca del consenso alla procreazione assistita dopo la fecondazione, non potendosi alla prima imporre un trattamento sanitario coatto, e peraltro trovandosi il padre del concepito nella stessa diversità di posizione in cui lo colloca la legge n. 194 del 1978, diversità reputata non irragionevole da Corte cost. 31 marzo 1988, n. 38.

[6] Cass. 15 maggio 2019, n. 13000, in *Corr. giur.* 2020, 748 ss. con nota di D. M. Locatello, *L'attribuzione dello status filiationis al nato da fecondazione omologa eseguita post mortem.*

[7] S. P. Perrino, *L'utilizzo degli embrioni crioconservati dopo la separazione coniugale*, in *giustiziacivile.com,* 6 aprile 2021.

[8] Si veda su tale profilo M. Acierno, *Tecniche di riproduzione assistita e revoca del consenso: una questione ancora insoluta*, in *Rivista AIAF* 2015, 2, 31 ss.

[9] Fra le tante voci dottrinali in tal senso, M. D'AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, in *Familia*, 2005, I, 1005 ss.