

SE LA SITUAZIONE CAMBIA: SEPARAZIONE PERSONALE
DEI CONIUGI E IMPIANTO DI EMBRIONI CRIOCONSERVATI

*IF THE SITUATION CHANGES: PERSONAL SEPARATION OF
SPOUSES AND IMPLANTATION OF CRYOPRESERVED EMBRYOS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3466-3483



Enrico QUADRI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: L'ordinanza in esame, con la sua rigida applicazione della legge n. 40 del 2004, stimola, alla luce della erosione delle scelte inizialmente operate dal legislatore in conseguenza dei ripetuti interventi della Corte costituzionale, una riflessione circa profili fondamentali della disciplina della procreazione medicalmente assistita, quali, in particolare, la condizione giuridica dell'embrione e, con riguardo ad essa, la rilevanza dell'autodeterminazione procreativa delle parti nel procedimento applicativo delle relative tecniche.

PALABRAS CLAVE: Procreazione medicalmente assistita; embrione.

ABSTRACT: *The order we have been examining with its strict application of Law no. 40 of 2004, elicits, in the context of the progressive abandonment of the choices initially adopted by the lawmaker as a result of the repeated interventions of the Constitutional Court, reflections on fundamental aspects of the regulation of medically assisted procreation and, in particular, on the legal status of the embryo with the relevance of the procreative self-determination of the parties in the procedures for the application of the relative techniques.*

KEY WORDS: Medically assisted procreation; embryo.

SUMARIO.- I. SCELTE DELLA LEGGE N. 40 IN TEMA DI TUTELA DELL'EMBRIONE E RELATIVO PROGRESSIVO SFALDAMENTO.- II. PECULIARITÀ DEL PROCESSO GENERATIVO IN APPLICAZIONE DELLE TECNICHE DI P.M.A. E PREROGATIVE DELLA DONNA.- III. AUTODETERMINAZIONE PROCREATIVA DELLE PARTI NELLA DINAMICA APPLICATIVA DELLE TECNICHE DI P.M.A.- IV. LA SOPRAVVIVENZA DI MODIFICAZIONI DELLE CONDIZIONI PERSONALI E FAMILIARI DELLE PARTI.

I. SCELTE DELLA LEGGE N. 40 IN TEMA DI TUTELA DELL'EMBRIONE E RELATIVO PROGRESSIVO SFALDAMENTO.

L'ordinanza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere¹ ha avuto, come spesso accade per i provvedimenti destinati ad incidere sulle problematiche che toccano gli aspetti più intimi della vita personale e familiare, una notevole rilevanza mediatica. E ciò non può, invero, apparire casuale, dato che la fattispecie alla base del provvedimento è una di quelle che si prestano a coinvolgere, promuovendone la discussione, profili centrali dell'operatività della regolamentazione della procreazione medicalmente assistita. Anzi, pare forse il caso di sottolineare come proprio la vicenda esistenziale affrontata questa volta finisca con offrire l'occasione per (almeno) avviare una riflessione su aspetti di una disciplina della materia, i cui nodi problematici, pur diffusamente denunciati già all'indomani del varo della legge n. 40 del 2004, continuano a venire al pettine.

In effetti, anche se alla disciplina della p.m.a. non ci si trovò certo di fronte all'improvviso, il tormentato *iter* parlamentare della legge 40/2004 – come, del resto, è accaduto, assai più di recente, con la legge n. 76 del 2016 – non ha propiziato il varo di un testo atto a soddisfare, se non altro, quel bisogno di certezza che i consociati avvertono con particolare urgenza quando ad essere in gioco siano valori e interessi del genere di quelli qui incisi. Con riguardo alla disciplina della p.m.a., così, fallito il tentativo di operare un intervento di sua risistemazione immediata attraverso l'attivazione dello strumento referendario, il tessuto regolamentare della legge 40 ha finito con lo sfaldarsi progressivamente, a seguito del ripetersi di interventi della Corte costituzionale: ciò col risultato, soprattutto, di rendere decisamente poco attendibile, nel (nuovo) contesto sistematico conseguentemente venutosi a determinare, anche il solo pensare che l'interprete – nell'attesa di una, sicuramente auspicabile, ma, allo stato, difficilmente ipotizzabile nonostante le numerose iniziative succedutesi nel corso delle legislature più recenti, ridefinizione del quadro legislativo – possa, ai fini della soluzione dei casi propostigli, semplicemente arroccarsi sulla valorizzazione di taluni dati di carattere letterale.

¹ Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 27 gennaio 2021, in *Foro it.*, 2021, I, 1454.

• **Enrico Quadri**

Ordinario di Diritto Privato, Università di Napoli Federico II. E-mail: enricoquadri@libero.it

L'allusione, in particolare, è al dettato di quell'ultimo periodo dell'art. 6, co. 3, laddove si dispone che "la volontà può essere revocata ... fino al momento della fecondazione dell'ovulo", da cui si tende spesso a ricavare senz'altro la regola operativa per la disciplina di fattispecie come quella qui oggetto di attenzione, ascrivibile al novero dell'avverarsi di sopravvenienze esistenziali, tali da incidere sulla situazione personale e familiare sussistente al momento iniziale dell'applicazione delle tecniche di p.m.a. Magari, a fronte della (corretta) rilevazione della contestuale presenza di dati letterali tendenzialmente dissonanti (come quello del co. 1 della stessa disposizione, dedicata al "consenso informato", secondo cui la necessità di un simile consenso viene riferita ad "ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita"), invocando, come fa l'ordinanza in esame, una *ratio legis* ricostruita non solo alla luce di un impianto normativo complessivo ormai non più rispondente a quello originario, ma, addirittura, facendo leva sui relativi – allo stato, quindi, di conseguenza evidentemente tutt'altro che significativi, in quanto riferiti, appunto, ad un contesto ordinamentale superato – lavori preparatori.

In effetti, l'ordinanza in questione finisce col ricollegare strettamente la soluzione favorevole alla prosecuzione delle procedure di p.m.a. nonostante l'intervenuta separazione personale e la opposizione del marito, con il conseguente soddisfacimento della richiesta della donna di impianto degli embrioni crioconservati, ad una esigenza di tutela dell'embrione che, se, forse, tutto sommato in linea con l'impianto originario della legge n. 40, si rivela poco coerente con gli sviluppi disciplinari conseguenti ai ripetuti interventi della Corte costituzionale.

Si tratta, pare quasi inutile ricordarlo, di un *trend* che, dopo la svolta impressa alla materia da Corte cost. 151/2009², con l'ammissione – in una con la rimozione del predefinito limite quantitativo alla creazione di embrioni destinati ad essere utilizzati – della possibilità di una (tutt'alto che eccezionale) dilatazione temporale delle procedure relative alla p.m.a., ha visto cadere come un castello di carte le originarie rigorose espressioni di una esasperata tutela dell'embrione, sorda all'adeguato rispetto dei valori personali coinvolti nella – sempre non facile – decisione di ricorrere alle tecniche in questione.

Così, dopo avere bollato Corte cost. 96/2015³ come "risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco" la preclusione dell'accesso alla p.m.a. da parte di coppie fertili, al fine di evitare, attraverso la diagnosi preimpianto, "di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni", Corte cost. 229/2015⁴ non ha potuto, per coerenza, che escludere la legittimità

² Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, I, 2301.

³ Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Foro it.*, 2015, I, 2250.

⁴ Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *Foro it.*, 2015, I, 3749.

della configurazione come reato della “selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili”. Certo, da Corte cost. 96/2015 emerge la sollecitazione di un intervento del legislatore ai fini della perimetrazione dei consentiti nuovi spazi di intervento: ma i cortocircuiti ideologico-istituzionali che tendono a bloccare l'azione legislativa in materie eticamente sensibili non hanno mancato qui di far avvertire il proprio peso, inducendo al pessimismo anche in ordine ad un prossimo effettivo attuarsi di quella presa di posizione legislativa in tema di ricerca clinica o sperimentazione sull'embrione, che Corte cost. 84/2016⁵ ha ritenuto, nel rispetto delle prerogative del legislatore quale “interprete della volontà collettiva”, necessaria materia, da parte sua, di un “bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto”.

Chi è chiamato, nella persistente latitanza del legislatore, ad interpretare e ad applicare la legge n. 40, non può, allora, azzerare un simile percorso, alla luce del quale sembra difficile fare perno, ai fini della soluzione delle singole problematiche poste in relazione alla p.m.a. dalla realtà delle vicende umane, su di un “diritto alla vita dell'embrione” e su di una sua “aspettativa di vita”, che vadano oltre il riconoscimento di una sua “dignità” che valga a differenziarlo – per usare le parole di Corte cost. 229/2015 – da un “mero materiale biologico”, in quanto pur sempre “entità che ha in sé il principio della vita”.

Non è chi non veda quanto la sua, per così dire, “condizione” sia, in effetti, significativamente mutata già una volta eliminata la originaria necessità di “un unico e contemporaneo impianto” degli embrioni creati, con la conseguentemente programmata “sospensione” del relativo destino: questo, con quelle inevitabili incertezze legate ai potenzialmente indefiniti tempi di crioconservazione, a fronte dei quali, in effetti, l'affermazione di Corte cost. 151/2009, secondo cui “la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione”, deve essere letta tenendo ben presente che a differenziare la situazione dell'embrione in stasi criogenica da quella dell'embrione in condizione di svilupparsi concretamente alla vita, in quanto con successo impiantato, siano le ulteriori decisioni da assumere circa il suo destino, con una facoltà di autodeterminazione che non può essere semplicisticamente assimilata – come sembra fare l'ordinanza in discussione quando sostiene, riecheggiando considerazioni svolte da Corte cost. 27/1975⁶ con riguardo all'interruzione di una gravidanza in atto, essere sacrificabile il “diritto alla vita” dell'embrione “solo a fronte del rischio di lesione di diritti di pari rango ritenuti prevalenti”, come quelli posti “a tutela della salute della donna” – alle

5 Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Foro it.*, 2016, I, 1509.

6 Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515.

possibilità di scelta consentite alla (sola) donna in gravidanza a tutela della propria salute.

II. PECULIARITÀ DEL PROCESSO GENERATIVO IN APPLICAZIONE DELLE TECNICHE DI P.M.A. E PREROGATIVE DELLA DONNA.

Accantonata, insomma, la prospettiva – effettivamente più sensibile alla tutela dell'embrione nel bilanciamento con gli interessi esistenziali delle persone coinvolte nella vicenda riproduttiva – di una necessitata unitarietà e continuità della dinamica applicativa delle tecniche di p.m.a., sembra, in effetti, ritornare attuale l'impostazione argomentativa offerta, per risolvere un caso sostanzialmente analogo a quello affrontato dall'ordinanza in esame, dal Tribunale di Bologna in epoca anteriore all'intervento della legge n. 40 (in due suoi provvedimenti, rispettivamente del 9 maggio 2000 e del 26 giugno 2000)⁷. La soluzione opposta a quella cui perviene l'ordinanza in esame era, in effetti, significativamente motivata proprio evidenziando la peculiarità, rispetto a quella naturale, della generazione attraverso le tecniche di p.m.a. con creazione di embrioni da impiantare, in quanto caratterizzata da una "procedimentalizzazione" del processo generativo, con "fasi ... apprezzabili separatamente", aventi ciascuna una propria autonomia: autonomia che, ovviamente, pur presentandosi insita nella stessa dinamica delle pratiche in questione, risulta destinata a venire esaltata dall'assenza – all'epoca delle pronunce del Tribunale di Bologna, così come pure, ora, dal superamento, a seguito dell'accennato intervento della Corte costituzionale – dell'originaria regolamentazione dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., di cui all'art. 14 della legge n. 40.

La sostanza del ragionamento sembra risultare rappresentata dalla valorizzazione della peculiarità delle caratteristiche della situazione sussistente nel periodo intercorrente tra il momento della creazione dell'embrione e quello del relativo impianto che, ove seguito dall'inizio della gravidanza con l'attecchimento in utero dell'embrione stesso, insomma, solo deve ritenersi valere a determinare una modificazione della condizione del frutto dell'unione dei gameti: esclusivamente da tale momento, evidentemente, potendo essere chiamate ad operare possibili tutele a garanzia del regolare attuarsi del processo finalizzato alla nascita, con le limitazioni eventualmente da apprestare – come fa, nel nostro ordinamento, la legge n. 194 del 1978, nell'intento di assicurare una "tutela della vita umana dal suo inizio" – per perimetrare le condizioni legittimanti quelle scelte che possono essere effettivamente intese come "interruzione" dello sviluppo di una vita.

⁷ Trib. Bologna, ord. 9 maggio 2000 e Trib. Bologna, ord. 26 giugno 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 475.

Proprio (ed esclusivamente) alla luce di un simile chiarimento di fondo, sembra possibile apprezzare le rispettive posizioni di coloro che abbiano partecipato al processo generativo, traendone le necessarie conseguenze in ordine alla rilevanza delle loro scelte e delle vicende personali e familiari il cui sopravvenire può – almeno potenzialmente – interferire con l'applicazione, nel succedersi delle relative “fasi”, delle tecniche di p.m.a.

In effetti, pare quasi inutile ribadire come lo sviluppo della vita, fino al raggiungimento del traguardo dello stato di persona umana, sia processo che riguarda esclusivamente il corpo della donna, con le relative esigenze di dovuto rispetto della sua sfera esistenziale quanto alle scelte che lo coinvolgono. E ciò vale a porre fuori gioco anche la mera ipotizzabilità di qualsiasi genere di imposizione nei suoi confronti in ordine al dispiegarsi del processo generativo in atto. Così, nella generazione avviata dal concepimento in via naturale, questo comporta quel carattere di esclusività di rilevanza delle scelte personali della donna – ovviamente entro i limiti ragionevolmente posti dal legislatore – in ordine all'eventuale interruzione della gravidanza (come con chiarezza, infatti, significativamente previsto dalla legge n. 194 del 1978). Nella generazione, poi, perseguita attraverso l'applicazione delle tecniche di p.m.a., qualsiasi tutela che s'intenda apprestare ad interessi estranei alla sfera esistenziale della donna – inerenti che siano alle esigenze di salvaguardia della dignità dell'embrione o a quelle di rispetto della volontà dell'uomo coinvolto nel processo procreativo – risulta destinata ad arrestarsi di fronte alla assoluta inammissibilità di qualsivoglia ipotesi di impianto coattivo nel suo utero, secondo quanto, non a caso, ribadito anche dalla Corte costituzionale (nella sentenza n. 229 del 2015).

In una simile dimensione, pare effettivamente incontestabile la naturale preminenza della posizione della donna, con il peso determinante – anzi esclusivo – da riconoscere, di conseguenza, alla sua volontà, tanto, a ben vedere, da fare tutto sommato ritenere ultronea, a fronte di una simile barriera insormontabilmente opponibile agli interventi esterni, la stessa precisazione di Corte cost. 151/2009, secondo cui il trasferimento degli embrioni sia “da realizzare appena possibile” (come recita l'art. 14, co. 3, della legge n. 40), ma “senza pregiudizio della salute della donna”. Insomma, è il coinvolgimento del suo corpo nel processo generativo, tanto per consentire, quanto per condurre in porto, la gestazione a concentrare nella donna ogni relativo potere decisionale. E ciò, addirittura, fino al punto di indurre a riflettere circa la ragionevolezza – alla luce delle condivisibili motivazioni addotte, a conforto della legittimità dell'art. 28, co. 7, della legge 184 del 1983, da Corte cost. n. 425/2005⁸ (invero, da ritenere non infirmate neppure dalla curvatura impressa, poi, alla questione di legittimità da Corte cost. 278/2013)⁹ – della preclusione (per

8 Corte cost., 25 novembre 2005, n. 425, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 47, 28.

9 Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Foro it.*, 2014, I, 4.

così dire, “rafforzativa”, rispetto a quella di chi sia stato generato naturalmente, della condizione del generato attraverso tecniche di p.m.a.), disposta dall'art. 9, co. 2, della legge n. 40, nell'ipotesi di nascita a seguito dell'applicazione di tecniche di p.m.a., della facoltà, pur in linea generale consentita alla madre, di “dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'art. 30, comma I, del regolamento di cui al d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396”.

III. AUTODETERMINAZIONE PROCREATIVA DELLE PARTI NELLA DINAMICA APPLICATIVA DELLE TECNICHE DI P.M.A.

Si tratta, però, di una preminenza che non pare poter essere spinta ad esiti tali da finire col comprimere eccessivamente – o, più esattamente, al di là di un ragionevole bilanciamento delle prerogative da riconoscere alla situazione della donna – il “diritto alla genitorialità” nella sua declinazione maschile, secondo una curvatura significativamente tratteggiata dai ricordati provvedimenti del Tribunale di Bologna del 2000, così come dagli usualmente richiamati, per giungere a soluzioni dissonanti rispetto a quella cui perviene l'ordinanza in esame, precedenti di altri ordinamenti (correntemente richiamata, ad esempio, risultando la decisione della Corte di appello del Tennessee 13 settembre 1990)¹⁰ o sovranazionali (in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo 10 aprile 2007, nel caso Evans¹¹, in ordine alla legittimità delle opzioni della legislazione inglese del 1990, la quale ammette senz'altro la modificabilità o revocabilità del consenso inizialmente prestato dalle parti, fino all'impianto dell'embrione nell'utero).

In tale ottica, una volta ridimensionata, in conseguenza del percorso di sterilizzazione dei relativamente (e ideologicamente) più sbilanciati contenuti della legge n. 40, la possibilità di dedurre senz'altro – come finisce col fare il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere – la soluzione di casi del tipo di quello qui in discussione dalle esigenze di tutela dell'embrione e della sua affermata “aspettativa di vita” (con i relativi riflessi, sul piano esegetico, su cui si tornerà più oltre), l'interprete deve, allora, prendere atto come, una volta assodata la sicura rilevanza della volontà della donna ai fini della concreta progressione delle operazioni applicative delle tecniche di p.m.a., si ponga effettivamente un problema di, sistematicamente coerente, confronto del diritto di autodeterminazione procreativa dell'uomo con quello della donna medesima: diritti che, ai fini della promozione della generazione attraverso tecniche di p.m.a., si presentano inizialmente sicuramente equiordinati, in quanto accomunati – secondo quanto con chiarezza emerge dal primo comma dell'art. 6 – nella relativa esigenza di (consapevole) consensualità.

¹⁰ Court of Appeal of Tennessee, 13 settembre 1990, in *Foro it.*, 1991, IV, 205.

¹¹ Corte eur. dir. uomo, 10 aprile 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1238.

Così, c'è perlomeno da dubitare che si presenti effettivamente coerente con le caratteristiche della situazione conseguente all'avvenuta crioconservazione degli embrioni a seguito del relativo mancato impianto – salvo, appunto, a non voler operare irragionevoli discriminazioni tra le posizioni di chi partecipa alla programmazione dell'iniziativa procreativa – la posizione rispecchiata nelle “Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”, emanate col d.m. 1° luglio 2015, laddove si precisa che “la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati”. O, almeno, si presenta tale se – anche a voler prescindere dal relativo valore nella gerarchia delle fonti – intesa e valorizzata, secondo quanto risulta fatto dal Tribunale di Bologna in una sua ordinanza del 25 agosto 2018¹², nel senso di dedurre senz'altro che “la decisione di effettuare il trasferimento degli embrioni, dunque, dipende esclusivamente dalla volontà della donna, non essendo richiesto il consenso del marito o di altri soggetti”. E non se, è da ritenere più correttamente, le espressioni in questione vengano semplicemente assunte nel senso che, giustificandosi la crioconservazione degli embrioni con riguardo a motivi attinenti alla salute della donna, una manifestazione della volontà della donna medesima sia da considerare indispensabile, onde autorizzare il passaggio ad una (appunto ulteriore) “fase” di applicazione delle tecniche di p.m.a. direttamente coinvolgente il suo corpo.

Un simile carattere di indispensabilità della volontà della donna ai fini dell'impianto dell'embrione nel suo utero non può valere, peraltro, ad emarginare quella del partner col quale risulti condiviso il programma procreativo, in un momento in cui la segmentazione temporale delle procedure applicative delle tecniche di p.m.a. non chiama ancora in causa il suo corpo, ma si tratta, piuttosto, di determinare il destino dell'embrione (allo stato) crioconservato.

Si tratta, in effetti, seguendo l'impostazione proposta dal Tribunale di Bologna nel 2000, di assicurare il rispetto – una volta convenuto che “il diritto alla procreazione” vada “necessariamente apprezzato sia che lo stesso venga espresso in via positiva sia che si evidenzi in una volontà negativa” – di una “eguale dignità costituzionale” del diritto alla genitorialità dei due soggetti parimenti coinvolti nella vicenda procreativa, almeno quando, come in questa fase dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., non siano ancora in gioco responsabilità nei confronti di chi possa vantare aspettative di vita – appunto con le connesse responsabilità genitoriali – concretamente destinate a realizzarsi a prescindere da ulteriori scelte delle parti coinvolte nella relativa generazione (salvo, ovviamente, secondo quanto dianzi evidenziato, quelle legittime della – sola – madre in ordine all'interruzione della gravidanza).

12 Trib. Bologna, ord. 25 agosto 2018, in *Foro it.*, 2019, I, 1430.

Al riguardo, pare anche il caso di evidenziare come l'approccio ad una tale problematica, con la relativa opzione valoriale a favore della preminenza della posizione della donna nelle scelte concernenti il destino dell'embrione, sembri finire col risentire del carattere limitato del ventaglio delle possibili opzioni in materia alla luce del contesto normativo del nostro ordinamento. In particolare, della relativa limitazione alla scelta tra l'impianto dell'embrione nel corpo della donna che ne ha promosso, insieme al partner, la creazione e la continuazione – in persistente applicazione delle datate prescrizioni del d.m. 4 agosto 2004 – della crioconservazione, fino al momento in cui, anche a prescindere da una esplicita rinuncia (scritta) da parte della coppia di genitori, l'accertato “stato di abbandono” valga ad avverare, per gli embrioni ormai definitivamente considerati “orfani”, il destino – non è chiaro in quale misura realmente consona alla tutela della relativa “dignità” – di restare a tempo indeterminato congelati. Invero, se non può non risultare già significativo che la decisione circa l'“abbandono” dell'embrione crioconservato sia comunque rimessa – anche nel risalente testo regolamentare in questione – ad una scelta adottata paritariamente dalle due parti (legalmente) coinvolte nella procedura procreativa, il riconoscimento della preminenza della posizione della donna, a tutto scapito delle esigenze di autodeterminazione del partner, si presenta senz'altro difficile da ammettere a fronte di un eventualmente ipotizzabile ampliamento delle opzioni disponibili in ordine alla sorte dell'embrione crioconservato.

In proposito, si pensi – per restare nel campo delle opzioni che sono attendibilmente da credere di prossima realizzazione, attraverso un intervento del legislatore, implicitamente sollecitato da Corte cost. 84/2016¹³, o a seguito di una ulteriore presa di posizione della stessa Corte costituzionale, in caso di relativa eventualmente persistente inerzia – alla destinazione alla ricerca, attualmente ostacolata dall'art. 13, co. 1 e 2, legge n. 40). Ovunque tale opzione sia ammessa (e pare il caso di sottolineare, in proposito, come potrebbe essere solo questione di tempo il superamento della posizione attendista assunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua sentenza del 27 agosto 2015¹⁴, sfruttata dalla ricordata decisione della nostra Corte costituzionale per prendere tempo a sua volta), chiaramente prevista risulta la pariteticità delle posizioni della donna e dell'uomo. Così, in particolare, in Francia, l'art. L. 2141-4 *code de la santé publique* significativamente allude all'eventuale venir meno del “progetto genitoriale”, con la conseguente rilevanza, al fine indicato, del consenso dei “due membri della coppia”. Del resto, pure in Spagna, pur nel contesto di un sistema normativo tendente a regolamentare la materia in un'ottica tendente a fare della donna la reale protagonista dell'accesso alla p.m.a., nel (solo) caso di donna coniugata, l'art. 11, co. 5, della *Ley 14/2006* (in logico sviluppo dell'art. 6, co. 3) richiede, in vista della

¹³ Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Foro it.*, 2016, I, 1509.

¹⁴ Corte eur. dir. uomo, 27 agosto 2015, in *Foro it.*, 2015, IV, 453.

eventuale destinazione in questione (come per gli altri fini ammessi) dell'embrione, il consenso anche del marito.

Così come, non diversamente, nel quadro di una soluzione offerta alla sorte dell'embrione sicuramente rispettosa della sua dignità (ma, evidentemente per il suo carattere controverso, a suo tempo scartata dal nostro legislatore, con una opzione, invero, dissonante dal dichiaratamente perseguito carattere prioritario della salvaguardia dell'esistenza dell'embrione e della sua destinazione allo sviluppo vitale), sempre alla concorde scelta delle parti coinvolte nel "progetto genitoriale" resta riservata la decisione di consentire che i "loro embrioni" siano "accolti" da un'"altra coppia" (avente i requisiti che l'art. 2141-2 *code de la santé publique* prescrive per l'accesso all'applicazione delle tecniche di p.m.a.).

Ma l'eventuale ammissione della possibilità di ottenere da chi lo abbia in consegna quanto necessari – nel caso di specie, si trattava dell'ottenimento, da parte della moglie, del seme del marito premorto – per procedere all'applicazione di tecniche di p.m.a. vietate nel nostro ordinamento (Trib. Roma ord. 8 maggio 2019)¹⁵, può indurre anche a riflettere sulla competenza ad assumere la relativa decisione in ordine allo stesso embrione crioconservato, al fine – nella impossibilità di impianto per motivi di salute o di età della donna che abbia contribuito col suo ovulo alla sua creazione – di utilizzarlo e consentirne l'accesso alla vita attraverso una (da noi vietata) pratica di surrogazione di maternità (evidentemente applicata dove risulti ammesso il ricorso alla gestazione per conto altrui). In relazione ad un simile (se, in via di mera ipotesi, reputato ammissibile) "rilascio", in effetti, risultando per definizione estraneo alla fattispecie qualsiasi coinvolgimento del corpo della donna, è difficile pensare che la richiesta possa pervenire da una solo delle parti che abbiano partecipato al progetto procreativo (parte che, del resto, a voler ammettere la rilevanza di una richiesta unilaterale, ben potrebbe essere, date le caratteristiche della fattispecie, l'uomo).

Per ritornare al provvedimento alla base della riflessione in questa sede, le considerazioni fin qui svolte, con specifica attenzione ai riflessi dell'intervenuto – a seguito delle prese di posizione della Corte costituzionale – mutamento del quadro normativo della materia (in particolare, con la, per così dire, "normalizzazione" della crioconservazione degli embrioni), sembrano deporre in senso decisamente contrario alla conclusione del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, nel senso di una facile soluzione – in quanto "solo apparente" – della "discrasia" tra la richiesta del "consenso informato" di tutti i soggetti promotori dell'applicazione delle tecniche di p.m.a. "in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita" (art. 6, co. 1) e la prescrizione per cui "la volontà può essere revocata", da ciascuno dei soggetti che hanno espresso la volontà di accedere alle

¹⁵ Trib. Roma, ord. 8 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, I, 1952.

tecniche di p.m.a., “fino al momento della fecondazione dell’ovulo” (art. 6, co. 3): soluzione senz’altro dedotta, in direzione contraria alla rivendicata libertà di autodeterminazione procreativa del marito (almeno nel contesto delle circostanze caratterizzanti il caso concreto), come già dianzi accennato, da una *ratio legis* – di esasperata protezione del “diritto alla vita dell’embrione” nel bilanciamento con qualsiasi altro interesse coinvolto nella vicenda procreativa – da considerare, ormai, sicuramente non più attuale nell’attuale quadro disciplinare della materia.

Non ci s’intende qui soffermare, se non di sfuggita, sul profilo della rilevanza, nella composizione degli interessi in gioco, dell’interesse del nascituro all’inserimento in un contesto familiare del tipo di quello – in quanto contraddistinto da una doppia figura genitoriale – proprio in vista della cui garanzia, peraltro, il legislatore ha inteso disciplinare i requisiti di accesso alle tecniche di p.m.a. (problematica, questa, su cui, pure, non possono essere trascurate le riflessioni della decisione di Corte cost. n. 221/2019)¹⁶. Profilo che, comunque, al di là della indubbia problematicità del carattere di assolutezza del principio della “bigenitorialità”, non aveva mancato di venire ampiamente evocato dal Tribunale di Bologna nella sua ricordata giurisprudenza del 2000, ma che l’ordinanza in esame liquida in maniera tale da lasciare perplessi.

Ciò, in particolare, laddove, adducendo l’irrilevanza dello stato (sopravvenuto) di separazione dei potenziali genitori, in quanto “il nato da genitori separati avrà il diritto di godere di entrambe la figure genitoriali”, sembrerebbe ammettere – sostenendo che “la separazione tra i coniugi elide solo in apparenza i presupposti soggettivi richiesti dall’art. 5 della legge” – che l’accesso alle tecniche di p.m.a. potrebbe essere consentito anche a soggetti già separati (e, addirittura, legalmente). Conclusione, questa, in misura largamente prevalente, e sicuramente a ragione, respinta: non solo in virtù di un pur significativo possibile richiamo all’art. 6, co. 1, legge 184/1983, quanto alla luce del riferimento della legge n. 40, quale requisito di accesso, anche alla situazione di (effettivamente) “conviventi” in quanto tali, da valorizzare, allora, sul piano sistematico, come indizio di una volontà legislativa precisamente indirizzata ad assicurare la sussistenza, tra i richiedenti, di un legame attuale, che non sia solo di carattere legale, ma soprattutto affettivo e di vita.

Certo è, comunque, come, alla luce di quanto sin qui rilevato, dovrebbe risultare chiara la non manifesta infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale, almeno nella lettura proposta dall’ordinanza in esame, in ordine al dettato – nella parte qui chiamata in gioco – dell’art. 6, co. 3, proprio nella sua connessione con quanto disposto dall’art. 6, co. 1: nella prospettiva, insomma, di quella netta distinguibilità – ai fini della necessaria attualità del consenso delle parti – delle successive “fasi di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”, che attualmente

¹⁶ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, I, 3782.

risulta di ben diverso spessore rispetto al contesto disciplinare originario (e che, del resto, non ha mancato di essere valorizzata, sua pure incidentalmente, nella motivazione di Cass. 15 maggio 2019, n. 13000)¹⁷. Questione, quella concernente l'art. 6, co. 3, in relazione alla quale la Corte costituzionale, almeno finora, non ha mai spinto il proprio vaglio al di là della constatazione, e peraltro in diversa prospettiva, della relativa inammissibilità (l'allusione è alle conclusioni di Corte cost. 84/2016). Questo, quindi, con la conseguenza di far considerare non condivisibile l'atteggiamento, in senso contrario, al riguardo assunto dal Tribunale, col non esitare a ritenere evidentemente incontestabile quel proposto bilanciamento degli interessi coinvolti, tutto (persistentemente) incentrato, anche nell'attuale quadro normativo, sulla "tutela dell'aspettativa di vita dell'embrione".

La sollecitazione dell'intervento della Corte costituzionale, prevedibilmente nelle forme di una decisione interpretativa (non necessariamente di accoglimento, ma anche solo di rigetto, con connessa definizione degli spazi esecutivi consentiti), ben avrebbe potuto, del resto, essere ritagliata con riferimento, non ad una generale legittimazione della revocabilità del consenso fino all'impianto dell'embrione nell'utero (nella prospettiva seguita, cioè, da regolamentazioni come quella inglese, cui si è dianzi fatto riferimento, ovvero come quella emergente dalla, pure dianzi ricordata, giurisprudenza nordamericana), bensì alle peculiarità della fattispecie concreta: fattispecie caratterizzata non da un mero ripensamento di una delle parti promotrici dell'applicazione delle tecniche di p.m.a, ma dal concreto sopravvenire di un (oggettivo) mutamento sostanziale della – favorevolmente apprezzata dell'ordinamento come premessa per il legittimo esercizio del proprio "diritto alla genitorialità" per via non naturale – situazione familiare iniziale (tale dovendo, evidentemente, essere considerato il sopravvenire della separazione personale, oltretutto di carattere legale, in particolare alla luce della tendenza giurisprudenziale a ravvisare già in essa, con le conseguenze che ne sono fatte derivare sul piano dei rapporti tra i coniugi, il punto di non ritorno della crisi familiare, quale – anche solo per ricordare le parole, ad esempio, di Cass. 4 aprile 2014, n. 7981¹⁸ – "momento della sostanziale esautorazione dei principali effetti del vincolo matrimoniale").

IV. LA SOPRAVVENIENZA DI MODIFICAZIONI DELLE CONDIZIONI PERSONALI E FAMILIARI DELLE PARTI.

Pare evidente come il discorso, così, finisca col coinvolgere una problematica di ampio respiro, la quale fu immediatamente ben presente agli interpreti della legge n. 40. Si tratta di quella problematica connessa, in via generale, alla possibile

¹⁷ Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Foro it.*, 2019, I, 1951.

¹⁸ Cass., 4 aprile 2014, n. 7981, in *Foro it.*, 2014, I, 1768.

incidenza, sul dispiegarsi delle procedure applicative delle tecniche di p.m.a. e sui relativi effetti, degli eventi di carattere personale e familiare sopravvenuti alla prestazione iniziale del consenso da parte dei componenti della coppia. E, in effetti, già all'indomani della sua entrata in vigore, una vistosa lacuna della legge n. 40 – come tale suscettibile di dar luogo a future gravi incertezze applicative – fu individuata nel non avere il legislatore, una volta fissati i requisiti di accesso alle tecniche di p.m.a., con la contestuale previsione della necessaria prestazione di un “consenso informato”, definito, poi, la possibile portata dell'incidenza degli eventi eventualmente sopravvenuti concernenti proprio i requisiti prestabiliti. Problematica che, dunque, decisamente trascurata dal legislatore (se non, evasivamente e in maniera non a caso diffusamente reputata del tutto inappagante, attraverso la previsione di divieti e sanzioni, come, in particolare, nell'art. 12, co. 2), ha avuto modo di emergere carsicamente nella giurisprudenza, con risposte di carattere inevitabilmente episodico e, comunque, per la natura stessa dell'intervento casistico-giurisprudenziale, al di fuori di una prospettiva sistematica, come tale atta – a seguito delle lacerazioni determinate dagli interventi della Corte costituzionale in quello originario – a ricucire, rendendolo coerente ed affidabile per gli interessati, il tessuto della regolamentazione della materia.

Al riguardo, sembra veramente difficile ipotizzare che le vicende in questione – legate al rapporto familiare della coppia promotrice della p.m.a., come la sopravvenuta cessazione della comunità di vita delle parti, ovvero alla capacità personale (giuridica, con la morte, o di agire) – possano, data la indiscutibile centralità del profilo consensuale nella regolamentazione della materia, reputarsi indifferenti in ordine alla valutazione di legittimità dell'applicazione delle tecniche disciplinate dalla legge, considerate in quella loro dinamica temporale che ne costituisce – con la scansione di un succedersi di “fasi” (cui, non a caso, allude esplicitamente l'art. 6, co. 1) – ineliminabile caratteristica e che, come si è avuto modo di vedere, risulta ulteriormente accentuata a seguito degli interventi via via operati dalla Corte costituzionale.

Ovviamente, la questione risulta porsi in termini assai meno problematici per le sopravvenienze intervenute nella fase precedente alla creazione dell'embrione, alla luce della esplicitamente ammessa facoltà, accordata a ciascuna delle parti, di revocare il proprio consenso “fino al momento della fecondazione dell'ovulo” (art. 6, co. 3). Nei limiti, infatti, in cui viene senz'altro ammessa la revoca del consenso, non pare vi siano ostacoli significativi ad ammettere che l'efficacia del consenso inizialmente (legittimamente) prestato possa reputarsi venuta meno a seguito dell'avverarsi degli eventi cui ci si è riferiti. In relazione a simili fattispecie, quindi, sembra che non vi siano ostacoli di rilievo a ricavare, in via interpretativa, una disciplina corrispondente a quella operante in Francia, dove – sulla base degli interventi legislativi in materia – l'art. 311-20 *code civil* e l'art. 2141-2 *code de la santé*

publique prendono in considerazione, appunto, l'efficacia preclusiva della morte di uno dei membri della coppia, dell'istanza di divorzio o di separazione personale o della cessazione della comunità di vita.

Pare interessante notare, peraltro, come l'accennata disciplina francese contempli l'incidenza – sull'efficacia del consenso preventivamente prestato anche “al trasferimento degli embrioni” – degli eventi sopravvenuti cui si riferisce in termini oggettivi, chiaramente contrapponendo alla relativa portata preclusiva della prosecuzione dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., appunto compreso lo stesso “trasferimento degli embrioni”, la contestualmente consentita possibilità di “revoca per iscritto del consenso dell'uomo o della donna”. In una prospettiva sostanzialmente analoga, allora, potrebbe ipotizzarsi una interpretazione della disciplina attualmente vigente, tale da consentire l'incidenza in senso preclusivo del passaggio ad ulteriori “fasi” della p.m.a. – considerando come tale pure l'impianto dell'embrione – delle vicende personali e familiari in questione in un'ottica che potrebbe definirsi, allora, di “inefficacia sopravvenuta”, e non di “revoca”¹⁹, del consenso inizialmente prestato.

La prescrizione di cui all'art. 6, co. 3, con la sua allusione, appunto, ai limiti temporali della possibilità di “revoca” del consenso, finirebbe, così, col perdere la portata estensiva che si tende a ricollegargli e da cui l'ordinanza qui in esame fa, in buona sostanza, discendere l'irrelevanza – in quanto successiva a quel “momento della fecondazione dell'ovulo” preso in considerazione dalla citata disposizione – dell'opposizione del marito all'impianto dell'ovulo richiesto dalla moglie, anche se motivata, appunto, sulla base del mutamento (oggettivo) della situazione familiare a seguito della intervenuta separazione personale dei coniugi. Anzi, ci sarebbe da chiedersi se, per coerenza logico-sistematica, a fronte di una simile sopravvenienza, il venir meno dei requisiti richiesti dall'art. 5 (almeno interpretato nel senso dianzi accennato, come preclusivo dell'accesso alla p.m.a. per i coniugi separati) non sia da considerare di per se stesso, sul piano oggettivo, senz'altro ostativo alla prosecuzione – col passaggio alle “fasi” successive e, in particolare, a quella dell'impianto dell'embrione – dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., anche a fronte, quindi, di una eventuale volontà in senso favorevole degli interessati. Ragionamento, questo, che, ovviamente dovrebbe valere, a maggiore ragione, in caso di divorzio delle parti, venendo a perdersi da parte loro, con esso, quella stessa qualità di “coniugi”, considerata necessaria per l'accesso alla p.m.a., ai sensi dell'art. 5.

I riflessi di una simile impostazione della problematica concernente le sopravvenienze incidenti sui requisiti di ammissione alla p.m.a., fin qui accennata

19 Ottica, quest'ultima, che sembra caratterizzare, invece, la fattispecie presa in considerazione da Cass., ord. 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Foro it.*, 2018, I, 6.

con riferimento a quelle concernenti la situazione familiare della "coppia" dei soggetti interessati all'applicazione delle relative tecniche, sono destinati a farsi avvertire, ovviamente, anche con riguardo alle vicende che investono la capacità di ciascuna delle parti.

Non vi può essere dubbio alcuno come, pur tacendo l'art. 5 al riguardo, la rilevanza accordata, ai fini dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., al "consenso informato" delle parti, imponga che esse godano, nel momento iniziale, della capacità di agire richiesta ai fini di una valida acquisizione, appunto, del loro "consenso informato". La portata della decisione in questione, tanto sul piano del coinvolgimento psico-fisico della persona, quanto su quello delle responsabilità genitoriali di cui viene programmata l'assunzione nei confronti dei figli così generati, depone decisamente nel senso della configurazione di una tale decisione tra quelle di carattere personalissimo, in ordine alle quali pare veramente difficile ammettere qualsiasi possibilità di sostituzione nella relativa prestazione. Simili caratteri della decisione, poi, finiscono col rendere pure difficilmente concepibile che la relativa capacità non debba sussistere anche per passare alle "fasi" ulteriori dell'applicazione delle tecniche di p.m.a. e, in particolare, nel momento (e in funzione) dell'impianto dell'embrione.

Ciò pare assolutamente incontestabile per quanto concerne la donna, dato quell'intimo coinvolgimento del suo stesso corpo nella gestazione che, come si è dianzi accennato, rende sicuramente rilevante la sussistenza di una sua volontà, libera e consapevole, al fine di procedere all'impianto. Ma, ove si rifletta circa la portata delle conseguenze dell'impianto, con la sua funzionalità a determinare la nascita, sul piano dell'assunzione di future responsabilità genitoriali, si può seriamente dubitare che la sopravvenuta incapacità di agire anche dell'uomo non sia destinata a caricarsi – alla luce di un ragionevole bilanciamento tra gli interessi in gioco che tenga adeguatamente presenti quelli cui si è dimostrato sensibile il legislatore nella definizione dei requisiti di accesso alla p.m.a. – di una rilevanza preclusiva in ordine al passaggio ad una simile (ulteriore) fase dell'applicazione delle tecniche di p.m.a.

In una prospettiva non dissimile ci si dovrebbe muovere, del resto, per dare risposta anche alle delicate questioni legate alle conseguenze di eventuali pratiche riproduttive *post mortem*, pure alla luce del relativo divieto emergente dall'art. 5, con la relativa limitazione dell'accesso alla p.m.a. di "coppie" di soggetti "entrambi viventi", e dall'art. 12, co. 2, con la sanzione ivi comminata a chi applichi "tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi".

A fronte di un simile quadro normativo, pare senz'altro preclusa l'utilizzabilità *post mortem* dei gameti di un soggetto, cui siano stati pur lecitamente prelevati

e crioconservati quando ancora era in vita. E, da tale punto di vista, sembra da respingere, in quanto sostanzialmente formalistico, il ragionamento della ricordata ordinanza di Trib. Roma 8 maggio 2019, nella quale, al fine di consentire il rilascio ad una vedova del seme crioconservato del marito, non si reputa rilevante – nonostante l'esistenza del divieto legislativo, da ritenere insuperabile anche in presenza di una manifestazione di volontà del marito stesso – la successiva possibilità di utilizzazione “dei gameti a fini riproduttivi”, pur trattandosi, evidentemente, della destinazione implicitamente presupposta dalla richiesta in questione.

In relazione alle questioni dischieste dalle pratiche di p.m.a. *post mortem*, sembra, poi, il caso di sottolineare come su di un piano diverso da quello della relativa legittimità si sia, non a torto, ritenuta porsi la questione dello stato del figlio comunque, in concreto, eventualmente nato a seguito della pratica considerata illegittima dal nostro legislatore. Al riguardo, in effetti, decisiva è stata reputata, dalla già menzionata Cass. 15 maggio 2019, n. 13000, la manifestazione del consenso – e la relativa persistenza fino al decesso – da parte del coniuge o del convivente alla utilizzazione del proprio seme crioconservato: questo, con una interpretazione sistematica dell'art. 8 nel senso della valorizzazione del consenso ai fini della determinazione dello stato del figlio, la quale può effettivamente trovare supporto nella prospettiva posta dal legislatore, nell'art. 9, co. 1, a base della disciplina delle conseguenze, appunto sullo stato del figlio, della sua nascita a seguito di pratiche di p.m.a. vietate.

Si tratta, in effetti, di un bilanciamento degli interessi in gioco che privilegia decisamente – secondo una tavola di valori che è si è venuta nel tempo ad consolidare, con ormai innumerevoli espressioni, in materia di tutela del minore – quello del nato, anche se non si può fare a meno di sottolineare come, indiscutibilmente, il riconoscimento di una simile portata *post mortem* al consenso del soggetto da cui provengano i gameti utilizzati nel processo di p.m.a. si presti a innescare – sul piano della proiezione dei rapporti sociali nel tempo – quelle problematiche che, non a caso, evidentemente nella prospettiva di una relativa eccezionalità, hanno spinto il legislatore spagnolo, nell'art. 9 della ricordata Ley 14/2006, a limitarne temporalmente la efficacia ad un anno.

Alla luce delle considerazioni dianzi svolte, in via generale, in ordine alla rilevanza, nella dinamica dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., degli eventi di natura personale o familiare sopravvenuti, pare difficilmente ipotizzabile non estenderne la portata preclusiva anche all'ipotesi della morte intervenuta successivamente alla creazione dell'embrione. Del resto, pure la stessa Cass. 13000/2019, occupandosi del divieto di p.m.a. *post mortem* e distinguendone le possibili ipotesi, non manca di considerare quella dell'impianto dell'embrione pur sempre quale “fase” dell'applicazione delle tecniche in questione (con la relativa

conseguente esigenza della persistente "esistenza in vita" dei soggetti coinvolti). Non pare, allora, condivisibile la soluzione adottata dall'ordinanza di Trib. Bologna 25 agosto 2018, che consente senz'altro alla moglie rimasta vedova di ottenere il trasferimento intrauterino degli embrioni crioconservati, a tal fine valorizzando essenzialmente quella, d'anzì posta in dubbio, disponibilità esclusiva, da parte della donna, della decisione circa l'impianto degli embrioni crioconservati (pretesamente ricollegata alla previsione di cui alle "Linee guida" del 2015).

Al più, anche in questa ipotesi, potendosi porre la questione dello stato di chi sia, poi, in concreto, effettivamente nato, nonostante il divieto dell'applicazione delle tecniche di p.m.a. *post mortem* (da considerarsi esteso, come accennato, all'impianto, dopo la morte dell'altra parte, dell'embrione crioconservato). Esclusa, comunque, l'ipotizzabilità dell'accoglimento di una richiesta di rilascio degli embrioni da parte della donna (in una prospettiva corrispondente a quanto d'anzì osservato in senso contrario alla soluzione dell'ordinanza di Trib. Roma 8 maggio 2019), la curvatura impressa alla soluzione, nel senso più favorevole all'interesse di chi sia comunque effettivamente nato, da Cass. 13000/2019, con la rilevanza decisiva accordata all'eventuale manifestazione esplicita di consenso dell'uomo alla pratica *post mortem*, sembra, in effetti, atta a coprire pure l'ipotesi ora considerata (ovviamente con quelle stesse riserve d'anzì al riguardo espresse, che fanno avvertire in pieno la difficoltà di offrire sul solo piano esegetico e giudiziale, in materie coinvolgenti valori e interessi della complessità e della delicatezza di quelli qui in gioco, risposte per definizione implicanti il relativo bilanciamento).