

stati trasportati al Centro XXXXXX di Caserta; che, intervenuta nel frattempo la separazione dei coniugi, il sig. XXXXXX aveva rifiutato di prestare il consenso allo scongelamento degli embrioni e, quindi, all'impianto. Tanto premesso chiedeva di ordinare al suddetto centro di procedere all'impianto degli embrioni in utero in via di urgenza, avendo raggiunto l'età di 43 anni con riduzione delle possibilità di successo.

Il sig. XXXXXXXXXX, costituitosi in giudizio, oltre a ritenere inammissibile l'adozione del ricorso d'urgenza, negava la sussistenza dei presupposti della sua accoglibilità per assenza dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di procreazione assistita non esistendo più una coppia. Sollevava dubbi sulla serietà del consenso manifestato dalla ricorrente e esplicitava la revoca del consenso alla pma, manifestando dubbi di costituzionalità dell'art. 6 comma 3 nella parte in cui non consente di revocare il consenso posteriormente alla fecondazione dell'ovulo. Concludeva per il rigetto del ricorso.

Si costituiva il Centro XXXXXXXXXX che evidenziava come fosse necessario il consenso informato di entrambi i genitori per ogni fase di applicazione delle tecniche di pma, negando la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 700 cpc.

Il giudice di prime cure, sentite le parti, ordinava al Centro XXXXXXXXXX *“di procedere all'inserimento in utero degli embrioni crioconservati e in custodia sulla persona della ricorrente”*.

Il sig. XXXXXXXXXX ha proposto reclamo lamentando vizi processali e l'erroneità nel merito della decisione.

In particolare, lamenta l'inammissibilità del procedimento ex art 700 c.pc. per i seguenti motivi : 1) il procedimento ex art. 700 c.pc. sarebbe incompatibile con la necessità di istruzione non sommaria funzionale all'accertamento della presunta libera e persistente volontà delle parti; 2) il carattere infungibile e l'irreversibilità degli effetti del provvedimento richiesto; 3) il difetto di strumentalità rispetto alla domanda di merito; lamenta, inoltre, la nullità del processo cautelare per la mancata partecipazione del pubblico ministero alla prima fase ai sensi degli artt. 70 e 71 c.p.c. poiché il provvedimento richiesto dalla ricorrente inciderebbe sullo “status” del nascituro. Nel merito, lamenta: 1) la mancata prestazione di apposito consenso informato in favore del centro XXXXXXXX e la mancanza del consenso allo scongelamento degli embrioni in contrasto con il dettato dell'art. 6 della legge n. 40/2004, comma 1° che richiede che il consenso sia prestato per ogni fase; 2) l'assenza dei presupposti soggettivi richiesti dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, con la conseguenza che l'emesso provvedimento aprirebbe il varco a comportamenti in frode alla legge, *tesa a offrire al nascituro* il diritto, tutelato dall'art. 30 della Costituzione, di fruire e godere della doppia figura genitoriale; 3) la non condivisibile decisione del giudice del cautelare, il quale ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art 6, comma 3°, argomentando che *la revoca del consenso, in un momento successivo alla fecondazione dell'ovulo, non apparirebbe compatibile con la tutela costituzionale degli embrioni, più volte affermata dalla Consulta*”, affermazione non corretta perché non rispondente al decisum della Corte costituzionale che non avrebbe mai parlato di un diritto dell'embrione a nascere, limitandosi a dichiarare l'inammissibilità della relativa questione per difetto di rilevanza; ha argomentato che la tutela dell'embrione non può essere assoluta ma è limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione che non può cristallizzarsi nelle esigenze di tutela della salute della donna ma deve essere diversamente modulato; ha ribadito, dunque, i dubbi



di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004 per contrasto con il rispetto dei principi fondamentali in materia di consenso informato che deve essere presente in ogni fase del trattamento sanitario, in adesione alla clausola generale di buona fede ex artt. 1175, 1337, 1375 c c—e, dunque, con i diritti fondamentali della persona alla libertà individuale, alla salute e all'autodeterminazione tutelati dagli artt. 2, 13, comma 1, 31 e 32, comma 2, Cost., deducendo che la non revocabilità del consenso sarebbe incompatibile con la *“libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia”* che deve sussistere fino a quando non vi sia stato il trasferimento dell'embrione nell'utero –, dovendosi dare rilievo a tutti gli eventi successivi alla fecondazione –formazione di una nuova famiglia, tutela dell'affidamento dei terzi-, ricordando le problematiche di tipo psico/fisico a danno del Tescione atteso che il bene salute sarebbe gravemente compromesso per il rifiuto psicologico dell'idea di proseguire nel progetto di filiazione. Previa sospensione, ha chiesto la revoca del provvedimento impugnato.

La sig.ra XXXXXXXX costituitasi in giudizio ha ribadito l'ammissibilità processuale della domanda, la sussistenza del fumus e del periculum in mora in ragione dell'età; nel merito, la fondatezza della domanda chiedendone il rigetto del reclamo.

Il Centro XXXXXXXXXXXX. ha richiamato l'effetto devolutivo del reclamo cautelare e formulato istanza di rettifica dell'ordinanza reclamata. In particolare, ha chiesto:

a) dichiarare che il consenso informato, a suo tempo sottoscritto innanzi ai sanitari della clinica XXXXXX di Roma, debba valere anche in riferimento alla clinica XXXXXX, con sede di Caserta; b) per l'effetto, nella ipotesi di conferma del provvedimento del Giudice delegato, ordinare espressamente alla XXXXXXXXXXXX di procedere all'inserimento in utero degli embrioni crioconservati e in custodia sulla persona della sig.ra XXXXXX, senza ulteriore consenso informato dei genitori; c) il tutto con vittoria di spese e competenze della doppia fase del giudizio cautelare, da distrarsi direttamente in favore del sottoscritto procuratore costituito che si dichiara antistatario, per tutte le ragioni evidenziate nella memoria di costituzione.

Il PM ha evidenziato che la materia esula da quelle previste dall'art. 70 c.p.c. e, in ogni caso, ha chiesto il rigetto del reclamo.

Il reclamo è infondato.

Con riguardo alla dedotta inammissibilità del procedimento di urgenza perché non consentirebbe adeguata istruttoria, giova osservare che il procedimento ex art. 700 c.p.c. non preclude la possibilità per il giudice di procedere all'approfondimento istruttorio necessario, basti pensare che la giurisprudenza costante ritiene ammissibile il ricorso alla consulenza tecnica. Le richieste istruttorie articolate dal resistente/reclamante – ctu e prova orale, con decisione condivisa dal Tribunale - sono state disattese dal giudice di prime cure perché, come si deduce dalla motivazione, incentrate su circostanze irrilevanti – conflittualità tra le parti - e ininfluenti al fine di ritenere provata una qualsiasi forma di coazione del consenso rilevando semmai sul piano della riserva mentale - iniziale rifiuto da parte della sig.ra XXXXX di accedere alla pma e i successivi tentennamenti determinati da disagio e motivi religiosi, condizionamento che il reclamante avrebbe subito per aver scoperto i problemi riproduttivi con frustrazione e sensi di colpa nei confronti della moglie che l'avrebbe ingiuriato – . Dare rilievo alle circostanze suddette, avvenuta la fecondazione, significherebbe vanificare la tutela



degli aspetti pubblicistici che la legge 40/2004 garantisce e riconnette al consenso consapevole e informato il cui regime è, infatti, logicamente diversificato rispetto a quello del consenso generalmente espresso in ambito sanitario, come appresso si vedrà.

Il ricorso al procedimento ex art. 700 c.p.c. è ammissibile pur quando tende alla condanna a un facere infungibile e gli effetti materiali prodotti siano irreversibili, non aderendo il tribunale all'opposto orientamento giurisprudenziale, posto che la irreversibilità di fatto della situazione modificata dalla esecuzione del provvedimento cautelare emesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c. è possibile caratteristica della esecuzione di questi provvedimenti per la natura del diritto sottoposto a cautela e per il carattere anticipatorio della misura cautelare, sufficiente per soddisfare l'interesse del soggetto che l'ha richiesta, soprattutto a seguito della riforma del procedimento. La irreversibilità di fatto della situazione creata dalla esecuzione del provvedimento è caratteristica comune a molte azioni umane e alcun rilievo vi si può attribuire rilevando, semmai, la causalità giuridica –per un applicazione giurisprudenziale, si veda, per esempio cfr. Cass. 4082/2005-.

Per gli stessi motivi non difetta la strumentalità e, infatti, il procedimento ex art 700 c.pc. è delineato, ormai, quale mezzo di tutela giurisdizionale pienamente soddisfattiva con la conseguenza che non difetta la strumentalità quando l'azione preannunciata - risarcimento dei danni - presupponga l'accertamento del diritto che può tutelarsi solo in via di urgenza e, pertanto, l'azione sia comunque funzionalmente collegata alla domanda di merito.

Non si ravvede la nullità del procedimento per l'omessa partecipazione del P.M.

Invero, non si controverte in materia di stato delle persone perché gli embrioni non sono persone giuridiche e non hanno capacità giuridica ai sensi dell'art. 1 c.c., ma sono destinatari delle sole garanzie previste dalla legge. In ogni caso, la giurisprudenza di legittimità ha in più occasione affermato che: *“Nei giudizi in cui il Pubblico Ministero non assume la posizione di parte necessaria – cioè nei giudizi diversi da quelli indicati all'art. 70 n.1- essendo il suo intervento normativamente previsto come obbligatorio ma senza alcun potere, né di iniziativa, né di impugnativa della decisione, sicché la sua mancata partecipazione non comporta una lesione del contraddittorio rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo e tale da giustificare la rimessione degli atti al primo giudice, ex art. 354 c.p.c., ma essendo l'intervento prescritto a pena di nullità rilevabile d'ufficio, il relativo vizio si converte in motivo di gravame, ex art. 161 c.p.c”*.

Nel merito, il reclamo va rigettato.

Appare opportuno preliminarmente ricostruire la ratio della l. 40/2004 e comprendere se il legislatore abbia inteso attribuire rilievo “al diritto alla vita” del concepito e, in caso di risposta affermativa, entro quali limiti, al fine di comprendere se siano rilevanti le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma terzo, sollevate dal reclamante per contrasto con gli artt.30, 2, 13, 31 e 32 Cost.

La legge 40/2004, tutela non solo gli interessi dei privati che accedono alla p.m.a. ma anche gli interessi pubblicistici sottesi alla delicata materia che involge la genesi della vita, di ordine etico e sanitario.

L'art. 1 recita “Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana e' consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, *compreso il concepito*”. Nei lavori preparatori alla legge si parla espressamente di diritto



alla vita dell'embrione su cui è costruito l'intero impianto della legge stessa; il concepito si identifica senza dubbio con l'embrione, invero, al riguardo, nei lavori preparatori con riguardo all'art 13 - che pone il divieto di sperimentazione sugli embrioni - si legge: *“Le disposizioni in questione danno quindi fondamento al diritto del concepito a nascere previsto dall'articolo 1”*. La preminente tutela della vita è consacrata, poi, dalla disposizione dell'art. 6, comma 3° e dall'art. 14.

L'art. 6 espressamente sancisce l'irrevocabilità del consenso successivamente alla fecondazione e *l'art. 8 attribuisce alla volontà manifestata, irrevocabile con la fecondazione, funzione determinativa della maternità, della paternità e dello status di figlio, escludendo in conformità della ratio della legge la rilevanza, come affermato dal primo giudice, di comportamenti e di eventi successivi alla fecondazione dell'ovulo: “la libertà di procreare si è esercitata e si è esaurita con la fecondazione”, ammettendo la legge la libertà di ripensamento solo fino alla fecondazione medesima.”*

Dunque, la legge espressamente tutela l'embrione al quale, come evidenziato dal primo giudice nel richiamare la sentenza della Corte Cost. n. 151/2009 è riconoscibile un grado di soggettività correlato alla genesi della vita non certamente riducibile a mero materiale biologico, essendo espressamente riconosciuto il fondamento costituzionale della tutela dell'embrione, riconducibile al precetto generale dell'art. 2 della Costituzione, ritenuta suscettibile di affievolimento solo in casi di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale (come il diritto alla salute della donna) che, in termini di bilanciamento risultino, in date situazioni, prevalenti.

Le doglianze relative al dictum della Corte costituzionale che non avrebbe affermato la tutela delle aspettative di vita dell'embrione, non hanno, dunque, pregio.

La tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, come dichiarato all'art.1 L 40/2004, è attuato assicurando, da un lato, la consapevolezza del consenso alla P.M.A. e la possibilità di revoca sino alla fecondazione, e, dopo tale momento, ritenendo prevalente il diritto alla vita dell'embrione che potrà essere sacrificato solo a fronte del rischio di lesione di diritti di pari rango ritenuti prevalenti perché facenti capo, per esempio, a soggetti già viventi – per lo più a tutela della salute della donna. Così ricostruita la voluntas legis, possono esaminarsi le specifiche doglianze.

Parte reclamante lamenta che il giudice di prime cure non abbia dato rilievo agli eventi sopravvenuti alla fecondazione degli ovociti e, in particolare, alla separazione tra i coniugi, con lesione della ratio legis tesa a garantire al nascituro il diritto tutelato ex art. 30 Cost. alla famiglia, in contrasto con l'art. 5 della legge; inoltre, il giudice avrebbe errato nel ritenere l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3°, perché in contrasto con gli artt. 2,13, 31, 32, Cost.

Al fine che interessa, bisogna porre l'attenzione sulla circostanza che la separazione tra i coniugi elide solo in apparenza i presupposti soggettivi richiesti dall'art. 5 della legge in questione *«coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile»* e il diritto alla famiglia, garantito dall'art. 30 Cost. Lo stato di separazione dei coniugi non può porsi, infatti, sullo stesso piano di quello del genitore single o della coppia omosessuale, che danno vita a modelli di famiglia che si allontanano da quello tradizionale.

Invero, il minore nato da genitori separati avrà diritto di godere di entrambe le figure genitoriali e sia il padre che la madre assumeranno i diritti e gli obblighi connessi alla genitorialità. L'ordinamento appresta tutela penalistica e civilistica ai diritti dei figli nei confronti dei genitori i quali sono tenuti alla salvaguardia dell'interesse dei figli sotto tutti gli aspetti, proteggendoli anche dai conflitti di coppia.



Non si comprende, per i motivi esposti, come l'interpretazione data dal giudice di prime cure, pienamente condivisa dal tribunale, possa favorire comportamenti in frode alla legge – infatti, colui che presta il consenso alla p.m.a. assumerà tutti i diritti e gli obblighi genitoriali.

Ben si comprende che i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3°, per contrasto con gli artt. 30 e 31 Cost. non hanno alcun fondamento perché condurrebbero a ritenere prevalente il diritto alla famiglia costituita da coniugi non separati rispetto al diritto alla vita dell'embrione in contrasto con la ratio dichiarata della legge di tutela della vita.

Quanto alle asserite problematiche psicologiche che il reclamante subirebbe per il rifiuto di portare avanti il progetto di filiazione con una donna con la quale non sussiste più un progetto di vita comune, con le connesse problematiche di legittimità costituzionale dell'art. 6, 3° comma, per contrasto con l'art. 2, 32, Cost., giova osservare che le stesse problematiche possono interessare l'altro genitore per non vedere realizzato il progetto di filiazione nonostante l'affidamento determinato dal consenso e l'avvenuta fecondazione; inoltre, gli interessi delle parti devono bilanciarsi con la tutela dell'aspettativa di vita dell'embrione. La irrevocabilità del consenso, fissata al momento della fecondazione, diversamente da quanto argomentato dal reclamante, contempera e bilancia la tutela dei delicati interessi coinvolti. Né il bilanciamento dei delicatissimi interessi citati potrebbe essere diversamente modulato “per le esigenze di tutela dei terzi” – nuovi partner - genericamente enunciate; peraltro, non si comprende in cosa il terzo, informato dal partner del preesistente accesso alla p.m.a., dovrebbe fare affidamento.

Nemmeno è ravvisabile un trattamento sanitario obbligatorio in contrasto con l'art. 13 Cost. e, infatti, il divieto di revoca del consenso non impone alcun trattamento sanitario non voluto, limitandosi a produrre effetti vincolanti sull'assunzione di genitorialità.

Non si ravvede il contrasto con i principi in materia di consenso informato.

In ambito sanitario, il consenso non costituisce accordo, ma assenso, ossia una manifestazione di volontà che non si coniuga con un'altra volontà, con la conseguenza che esso non crea un vincolo, ma soltanto un'autorizzazione per il medico, sempre revocabile.

Tuttavia, ben può il legislatore per situazioni diverse dettare una disciplina peculiare che nel caso in esame si giustifica per la tutela dei rilevanti interessi pubblicistici in gioco, come sopra ampiamente esposto.

Nemmeno è ravvisabile il contrasto dell'art. 6, comma terzo, con l'art. 6, comma primo della l. 40/2004.

L'art 6 della citata legge, al comma 1°, prevede: *“Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa”*. Al comma 3°, *“la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo*



17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo”.

La discrasia tra il primo comma il comma terzo che sancisce l'irrevocabilità del consenso successivamente alla fecondazione, è solo apparente.

Invero, il disposto dell'art. 6, 1° e 3° comma, deve essere interpretato tenendo conto della ratio legis, sopra ricostruita, volta alla tutela non solo degli interessi privatistici dei soggetti coinvolti ma anche pubblicistici di ordine etico e sanitario. L'interpretazione logica impone dunque di ritenere che, ferma la necessità per la struttura di adempiere agli obblighi informativi per ogni fase del trattamento, il consenso dovrà essere rinnovato solo in caso di rilevate problematiche o anomalie del processo. Tale interpretazione trova conferma nel D.l 265/2016 “Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40”, che all'art. 1, dopo aver elencato gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato, prevede, al comma secondo, che “*senza necessità di integrare il consenso già acquisito*”, gli elementi informativi di cui al comma 1, lettere c), f), g), h) ed o), sono forniti in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Dunque, da un punto di vista formale, non vi è alcuna necessità di integrare il consenso già reso, ferma la necessità di fornire alle parti le informazioni relative alle singole fasi.

Ciò posto, il sig. XXXXXXX ha sottoscritto il consenso presso l'XXXXXX XXXXX dopo aver ricevuto tutte le informazioni previste dalla legge – cfr. consenso informato in atti - che è divenuto irrevocabile con la fecondazione e che dispiega effetti, pertanto anche nei confronti della diversa struttura incaricata di proseguire il processo attivato perché ciò che rileva per la legge è che le parti abbiano prestato il consenso non precludendo la possibilità di optare per una diversa struttura. Non vi sono dubbi che le parti abbiano incaricato per la prosecuzione il Centro XXXXX, come deduce la ricorrente/reclamata e come si evince dalla successione dei fatti: le parti nel rivolgersi al Centro XXXXXXX non hanno chiesto il ritrasferimento degli embrioni all'Ospedale XXXXX, come avrebbero dovuto fare in base al consenso sottoscritto all' Ospedale XXXXXXX per il trasferimento degli embrioni a Caserta; hanno sottoscritto il consenso per il trattamento dei dati personali e la sig.ra XXXXXXX si è sottoposta agli accertamenti indicati dal Centro stesso, preliminari all'impianto.

Tali elementi fanno univocamente ritenere che le parti abbiano instaurato il rapporto contrattuale e acconsentito alla prosecuzione della pma presso il Centro XXXXXXX.

In definitiva, il consenso originario non necessita di integrazione con indifferenza della struttura incaricata di proseguire l'incarico che nel caso in esame si identifica con il Centro XXXXXXX.

Il reclamo, per tutti i motivi sopra esposti, va rigettato.

Il centro XXXXXXXXXXXX, ha chiesto di precisare che il consenso prestato in favore della diversa struttura è valido anche nei suoi confronti. Da quanto esposto si evince chiaramente che il consenso dispiega i suoi effetti in favore del centro XXXXXXXXXXXX. Non necessita, invece, il consenso per lo scongelamento, fermi gli obblighi informativi.



La complessità e novità delle questioni trattate impone di compensare le spese di lite tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

rigetta il reclamo;

compensa le spese di lite

Si comunichi.

S. Maria Capua Vetere, 27 gennaio 2021

Il giudice est.

Dott. Giovanna Caso

Il Presidente
Dott. Raffaele Sdino

