







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*



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