

Riflessione sull'esistenza in vita e sul consenso per la disponibilità di un diritto umano per la stipula di un contratto di diritto privato di Procreazione Medicalmente Assistita (P.M.A.)

Nota All'ordinanza del 16 gennaio 2015 del Tribunale di Bologna- (Italia) . Casus decisis

Irene COPPOLA¹

Sommario: 1. Fatto. 2. Diritto. 3. Decisione P.Q.M. 4. Commento. 4.1. Gli embrioni crioconservati. 4.2. I richiedenti esprimono il consenso per iscritto e congiuntamente. 4.3. Osservazioni conclusive. 5. Riferimenti Bibliografici

Sintesi:

Una donna, vedova (2011) ed ormai cinquantenne, in Italia, decide di procedere all'impianto di embrioni *crioconservati* quando il marito, Caio, era ancora in vita (1996). La struttura ospedaliera che conserva gli embrioni crioconservati, però, rifiuta l'intervento, perché ritiene assolutamente indispensabile la presenza in vita di Caio. Il Tribunale di Bologna accoglie il reclamo (2015) proposto da Tizia avverso un primo provvedimento di rigetto e, per l'effetto, ordina alla struttura ospedaliera X, in favore della reclamante, il trasferimento intrauterino degli embrioni crioconservati dal 1996, provenienti da Tizia e dal marito defunto, Caio. Il provvedimento del Tribunale di Bologna è censurabile, poiché reso in dispregio degli artt. 5 e 6 della legge n.40/2004, atteso che, per la PMA sono richiesti una coppia di maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, *entrambi viventi*, con il consenso informato per poter procedere alle varie fasi di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistite. Esistenza in vita dei componenti della coppia, informazione del medico e consenso dei coniugi viventi, sono elementi imprescindibili ed ineliminabili per la disponibilità di un diritto umano e per la stipula di un contratto

Abstract:

In Italy, a fifty years old woman, widow (2011), decides to proceed to cryopreserved embryos implant, when her husband, Caio, was still alive (1996). But, the hospital that keeps cryopreserved embryos, refused the operation, because of Caio's death. Bologna's Court accepts the claim proposed by Tizia against a first decision of rejection and orders to the hospital "X", in claimant's favour, the intrauterine transfer of cryopreserved embryos since 1996, coming from Tizia and her dead husband Caio. The decision of Bologna's Court is censurable, because not respectful of artt. 5 and 6, of law n. 40/2004, because, to IVF are required a couple of adults, of different sex, married or cohabitant, in potentially fertile age, *both alive*, with the informed consent to be able to proceed to different phases of in vitro fertilization techniques. So, the need that the spouse have to be both still alive, with medical information and consent of spouses alive, are essential and unavoidable elements for a human right availability and for the conclusion of a contract of IVF that exists when embryos are implanted in the woman's uterus and never before. The guide lines recalled from the art. 7 of the law nr. 40/2004 aren't diriment of delicate problem we are talking about and the lettering

¹Avvocato italiano di Corte Suprema di Cassazione e di Giurisdizioni Superiori. Professore a contratto (S.S.P.L.) dell'Università degli Studi di Napoli Federico II. Già Magistrato *on.* della Repubblica Italiana. Direttore scientifico e Docente del Master in "Diritto di famiglia e tutela dei minorenni, aspetti sostanziali e processuali" accreditato dal Consiglio Nazionale Forense in Roma e patrocinato dalla Provincia di Salerno.



di PMA che si configura nel momento in cui gli embrioni vengono impiantati nell' utero della donna e non prima. Le linee guida richiamate dall'art. 7 legge 40/2004 non sono dirimenti della delicata problematica in esame e la dicitura "la donna può sempre chiedere il trasferimento degli embrioni *crioconservati*" non va intesa come potere esclusivo della donna di procedere alla fecondazione assistita. Difatti, non solo non vi è riferimento testuale a tale disponibilità, ma non può tacersi che il contratto di PMA si perfeziona nel momento preciso in cui si impiantano gli embrioni nell'utero della donna e la fecondazione assistita non va associata e confusa con la mera crioconservazione degli embrioni.

"woman can always require the cryopreserved embryos transfer" is not an exclusive power of woman to proceed to in vitro fertilization. Infact, there's not a textual reference to this availability, and furthermore the IVF contract is perfect when embryos are implanted in the woman uterus and the in vitro fertilization hasn't to be confused with the simple embryos cryopreservation.

1. Fatto

Tizia nell'anno 1996, insieme al marito Caio, sposato nel 1993, si rivolgeva ad un noto Centro di Fecondazione Assistita per ricorrere alla tecniche di procreazione medicalmente assistita, e nello specifico, alle tecniche del Fivet, sottoscrivendo i vari moduli per il consenso informato.

L'intervento, come programmato, veniva eseguito nella primavera dell'anno 1996, ma non aveva esito positivo e gli otto embrioni (non ovociti), non impiantati, venivano congelati, su consenso dei coniugi, e conservati nella Struttura X fino alla morte di Caio, avvenuta l'1.12.2011; i coniugi a più riprese (l'ultima nel luglio 2010), hanno continuato a manifestare la loro volontà circa il futuro impianto degli stessi.

Dopo la morte del marito, la reclamante si rivolgeva, con atto scritto del 24/9/2012, alla Struttura X, al fine di ottenere l'impianto dei suindicati embrioni, ma otteneva il rifiuto da parte del Centro.

Tizia, disperata, ormai cinquantenne, in data 13/2/2013, depositava ricorso *ex art. 700 c.p.c.* chiedendo al Giudice che ordinasse all'Azienda Ospedaliera, anche *inaudita altera parte*, l'impianto dei predetti embrioni.


Il Giudice, con ordinanza del 21 maggio 2014, rigettava il ricorso.

Avverso il provvedimento di rigetto, Tizia, non rassegnata, ha fatto reclamo al Tribunale di Bologna che lo accoglie.

2. Diritto

Il Tribunale di Bologna accoglie il reclamo di Tizia, in quanto fondato in fatto ed in diritto.

"Prima di tutto, ritiene il Collegio adito che la dichiarazione dei coniugi del luglio 2010 (v. doc. n. 5 del ricorso introduttivo), espressamente intitolata "Dichiarazione di interesse al futuro impianto degli embrioni", non costituisca un atto di consenso, proveniente da entrambi



i genitori, alla parte finale della procedura FIVET, già iniziata nell'anno 1996 (e mai conclusa), conforme ai requisiti previsti dall'art. 6 della L. 40/2004.

Il suddetto atto *del 27 luglio 2010* consiste, infatti, in una semplice dichiarazione di volontà idonea a manifestare l'interesse della coppia alla conservazione degli embrioni già venuti ad esistenza, finalizzata ad un futuro impianto, e tale da determinare negli stessi uno stato di "non abbandono", ma non esprime in alcun modo un valido assenso al trasferimento intrauterino degli embrioni crioconservati.

Manca, infatti, *ictu oculi*, un'espressa, inequivocabile ed attuale dichiarazione di volontà dei coniugi volta ad ottenere il trasferimento degli embrioni prodotti.

L'art. 6 predetto, peraltro, stabilisce vari requisiti di natura "formale" perché un atto sia considerato consenso all'impianto, i quali, tuttavia non sussistono nel caso di specie.

Inoltre, la suddetta dichiarazione del luglio 2010, è stata rilasciata dai coniugi Tizia e Caio, in seguito a formale richiesta della struttura ospedaliera, e su di un modulo da quest'ultima predisposto, richiesta finalizzata espressamente a qualificare gli embrioni conservati come abbandonati o in attesa di un futuro impianto, e non certamente ad altri fini.

Tuttavia, ciononostante, come appena spiegato, la suddetta dichiarazione del luglio 2010 non costituisca un valido consenso dei coniugi all'impianto intrauterino, a norma dell'art. 6 L.40/2004, la stessa, d'altro canto, costituisce una manifestazione di volontà idonea ad escludere gli embrioni crioconservati, del caso *de quo*, dalla categoria degli "embrioni in stato di abbandono" (come chiarito dalle linee guida degli anni 2004 e 2008).

Peraltro, come risulta dalla stessa lettera della legge, lo stato di non abbandono si presume, richiedendo la normativa vigente un'espressa volontà dei coniugi di senso contrario al fine di vincere la predetta presunzione.


Come, infatti, già precisato, la procedura di fecondazione attivata dai coniugi Tizia e Caio, ha avuto inizio prima dell'entrata in vigore della L. 40/2004 e, quindi, non essendo attualmente ancora conclusa (sussistendo embrioni crioconservati non abbandonati), trova la propria disciplina nell'art. 7 della L.40/2004 e nelle correlate linee guida degli anni 2004 e 2008, volte proprio a dettare una normativa transitoria relativa alle procedure di fecondazione assistita intraprese antecedentemente alla suddetta legge del 2004.

Pertanto, a norma delle predette linee guida, in caso di embrioni *crioconservati*, ma non abbandonati, la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento dei predetti.

Le suddette linee guida, peraltro, non stabiliscono limiti di sorta a tale facoltà, la quale dipende, secondo la lettera della normativa, dalla volontà esclusiva della donna (non essendo in alcun modo richiesto il consenso del marito o di altri soggetti). Né, d'altra parte, diverso significato può essere attribuito alle suddette linee guida, risultando la disposizione in esame chiara e scevra da ogni dubbio interpretativo.

Come, infatti, più volte espresso anche dalla Suprema Corte, nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo preciso ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere ad altri criteri ermeneutici, ivi compreso quello sussidiario costituito dalla ricerca della *mens legis* (si veda in argomento, Cass. Sez. I, 24681/2013, Cass. Sez. L,12136/2011).

Di conseguenza, la reclamante, sotto tale profilo, ha il pieno diritto di ottenere l'impianto degli embrioni venuti in essere.



Peraltro, le suddette linee guida sono state emesse, come già detto, proprio sulla base della L.40/2004, e precisamente dell'art. 7, e, quindi, devono considerarsi non frutto di autonoma fonte *sub* legislativa, ma di normativa di rango primario, in quanto fatte proprie, tramite la tecnica del rinvio, dalla stessa fonte legislativa.

Si tratta, infatti, di una normativa emanata *ad hoc* ed avente un'applicazione specifica, ossia il regolamento delle procedure di fecondazione assistita iniziate *ante* L. 40/2004 e non ancora terminate.

Tale disciplina, pertanto, in base al noto principio di specialità, ben può prevalere sulla normativa generale di cui alla L.40/2004, stabilendo una regolamentazione particolare volta a normare un nucleo specifico di situazioni (ossia, le procedure di fecondazione assistita incominciate prima dell'entrata in vigore della L.40/2004).

Inoltre, si deve far presente che l'espressione "trasferimento degli embrioni" di cui la donna ha il diritto in via esclusiva, deve correttamente intendersi quale impianto degli stessi all'interno del suo corpo, visto che la stessa L.40/2004, ogni volta che richiama la suddetta locuzione, le attribuisce il predetto significato (e non quello di passaggio degli embrioni da un centro criogenico ad un altro).

Di conseguenza, per le ragioni suddette, avendo la ricorrente chiesto esplicitamente, con atto del 24/9/2012, alla struttura ospedaliera l'impianto intrauterino degli embrioni precedentemente venuti in esistenza, del tutto illegittimo risulta il rifiuto opposto da quest'ultima.

Pertanto, per i predetti motivi, il reclamo va accolto, sussistendo sia il *fumus bonis iuris* (come sopra indicato), sia il *periculum in mora*, ed in considerazione dell'assenza di altro rimedio cautelare tipico per garantire in via di urgenza il diritto della reclamante.

Circa, peraltro, la sussistenza del requisito del *periculum in mora*, (non analizzato dal giudice di *prime cure*), si ritiene che la stessa età della reclamante, di anni cinquanta, nonché dell'aleatorietà dei risultati della fecondazione assistita e delle maggiori difficoltà proporzionate al progredire dell'età dei genitori, renda necessario provvedere immediatamente in via di urgenza all'impianto degli embrioni *crioconservati*, non potendo la reclamante attendere il normale esito di un procedimento civile ordinario, stante la sua lunga durata.

Quanto alle spese di lite, data l'assoluta novità della questione, si ritiene che le stesse vadano interamente compensate fra le parti.

3. Decisione P.Q.M.

Il Tribunale, lette le conclusioni delle parti, accoglie il reclamo proposto dalla sig.ra Tizia e, per l'effetto, ordina all'Azienda Ospedaliera X, in favore della reclamante, il trasferimento intrauterino degli embrioni *crioconservati* dal 1996, provenienti dalla stessa reclamante Tizia e dal di lei marito Caio.

Spese compensate.

Manda alla cancelleria per la comunicazione delle presente ordinanza alle parti.

Così è deciso in Bologna, nella camera di Consiglio della Sezione Prima Civile in data 16/1/2015

4. Commento

Trattasi di una pronuncia che ha destato non poche riflessioni, ma che subito è apparsa innovativa, anche se non immune da censure.

Nel caso di specie, una donna, vedova e cinquantenne, è autorizzata dal Tribunale italiano di Bologna, in sede di reclamo, all'impianto di embrioni *crioconservati* dopo circa diciannove anni dal congelamento (1996), pur in assenza di consenso attuale del marito, deceduto nel 2011.

Il centro specializzato, tenuto alla conservazione degli embrioni, non intende procedere all'impianto e Tizia si rivolge all'autorità giudiziaria.

Dopo un primo rigetto, il Tribunale di Bologna, però, accoglie la richiesta della donna ed ordina alla Struttura X di procedere all'impianto degli embrioni criocongelati dopo diciannove anni, pur con il decesso del marito nel 2011.

La motivazione, in verità, non esente da punti di criticità, in estrema sintesi, si fonda, essenzialmente sui seguenti elementi:

1. procedura di fecondazione artificiale attivata prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004;
2. presunzione di consenso del marito defunto risalente al momento della crioconservazione degli embrioni;
3. Stato di non abbandono degli embrioni *crioconservati* (1996);
4. Sottoscrizione, nell'anno 2010, quando il marito di tizia era ancora in vita, di una "dichiarazione di interesse al futuro impianto degli embrioni";
5. Applicazione di linee guida ex art. 7 della legge 40² ("...*gli embrioni crioconservati appartengono alla coppia, se non abbandonati e la donna può sempre chiederne il trasferimento*");
6. Età della donna avviata verso il periodo di non fertilità;

Tutti questi elementi costituiscono gli ingredienti, sapientemente miscelati, per la formulazione della motivazione della decisione.

Non risultano precedenti assimilabili al ragionamento di questa pronuncia³ che segna una grande novità in ambito, oltremodo delicato, di PMA, tra diritto e bioetica.

La stessa legge n. 40/2004 è stata una delle leggi, se non la legge, più picconata, forse proprio perché ha inteso regolare un settore così particolare ed intimo della vita umana che mal si concilia con l'enunciato giuridico, con la norma, con la regola.⁴

² D.M. 21.7.2004 (Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita). D.M. 11.4.2008 (Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita).

³ Ad eccezione fatta per il Tribunale di Palermo, ordinanza del 8.1.1999, in *Nuova Giur. Comm.* 1999, I, p.221 ss, con nota di PALMERINI e di BUSNELLI ed in *Foro it.*, 1999, I, p. 1653 ss, con nota di NAVARRA. Trattasi, però, di una pronuncia resa quando ancora non esisteva la L. 40, entrata in vigore nel 2004 con la codificazione degli artt. 5 e 6.

⁴ Da ultimo l'intervento della Corte Costituzionale che, con sentenza n. 162 del 2014, ha dato il colpo di grazia alla legge n. 40/2004 dichiarando incostituzionale l'art. 4 nella parte in cui vieta la fecondazione eterologa.⁴

4.1. Gli embrioni *crioconservati*.

La crioconservazione degli embrioni costituisce parte essenziale dei trattamenti di riproduzione assistita, poiché consente di conservare gli embrioni per utilizzarli in un secondo momento.

Possono usufruire del congelamento sia le coppie che non abbiano ottenuto risultati nel primo ciclo sia quelle che, avendo conseguito la gravidanza, desiderino tentarne una seconda.

Durante i cicli di FIV, la crioterapia si esegue dopo il trasferimento embrionale per conservare gli embrioni in eccesso o, nel caso non sia possibile procedere al trasferimento per motivi diversi (controindicazioni mediche, etc.), conservando tutti gli embrioni ottenuti. Si ricorre a questa tecnica anche in specifici casi di conservazione della fertilità.⁵

La crioconservazione degli embrioni è una tecnica consolidata sia per gli embrioni allo stadio di zigote (in D+1 di sviluppo) come allo stadio di cellule (D+2 o D+3 di sviluppo), pur esistendo anche l'opzione di crioconservarli allo stadio di blastocita (D+5, +6 o +7).

Il punto più delicato non è tanto la tecnica di crioconservazione, quanto la durata temporale della stessa.

Nella Relazione finale del 8/1/2010 della Commissione di Studio sugli embrioni *crioconservati* nei Centri di P.M.A. nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, testualmente si legge: *Il divieto legale di soppressione degli embrioni induce a ritenere che la crioconservazione possa essere interrotta solo in due casi: quando si possa impiantare l'embrione scongelato nell'utero della madre o comunque di una donna disposta ad accoglierlo (5) o quando sia possibile accertarne scientificamente la morte naturale o la definitiva perdita di vitalità come organismo (6). Allo stato attuale delle conoscenze, per accertare la perdurante vitalità dell'embrione è necessario però scongelarlo, il che ci pone di fronte ad un paradosso, dato che una volta scongelato l'embrione non può essere congelato una seconda volta (7) e se non si provvede ad un suo immediato impianto in utero, se ne causa inevitabilmente la sua morte. Di qui la prospettiva tuzioristica di una possibile conservazione a tempo indeterminato degli embrioni congelati. E' da ritenere però che il progresso della ricerca scientifica consentirà di individuare criteri e metodologie per diagnosticare la morte o comunque la perdita di vitalità degli embrioni crioconservati: si arriverà così a superare l'attuale paradosso, legalmente inevitabile, di una crioconservazione che potrebbe non avere mai un termine. In attesa che a tanto si giunga e che si possa ben presto stabilire quando sia divenuto privo di senso il prolungamento della conservazione degli embrioni in stato di congelamento, si ribadisce che non è possibile non far riferimento all'esplicita prescrizione dell'art. 141 della L. 40/2004, che vieta comunque la soppressione degli embrioni, quindi anche di quelli tra essi che siano crioconservati. Non solo, ancor più dirimente è il fatto che il legislatore della legge 40 già postosi il problema della sorte degli embrioni soprannumerari, ha optato inequivocabilmente per la loro conservazione e non per la loro distruzione, con ciò cristallizzando normativamente una ratio preferenziale verso una loro tenuta invita, anche quando fosse incerto il loro destino^{6/7}*

⁵ Sul punto vedi CIAMBELLI, *Il Figlio desiderato ed il figlio "fabbricato". Qualche riflessione in tema di procreazione artificiale* in (a cura di CESARO) *Il bambino che viene dal freddo. Riflessioni bioetiche sulla fecondazione artificiale*, Milano, 2000. Sul "diritto invadente" si legga RODOTA', *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano, 2009.

⁶ Di contrario avviso AMEDEO SANTOSUOSSO e CARLO ALBERTO REDI che nella *Relazione cit.* affermano: "Non condividiamo il presupposto enunciato nel testo che esista un paradosso, *legalmente*




Il problema è ancora aperto, ma non si può tacere che il pericolo legato alla durata della conservazione degli embrioni abbia un fondamento assolutamente scientifico.

Nel caso di specie, gli embrioni erano stati sottoposti al trattamento di crioconservazione da circa diciannove anni ed all'attualità risulta decisamente difficile prevederne lo stato, o meglio un eventuale risultato positivamente fruttuoso, considerate le numerose variabili legate alla consistente durata temporale del congelamento.

Di certo il problema non si dissocia da riflessioni di bioetica, di bio diritto e da valutazioni di carattere morale e religioso che, comunque, appartengono al nostro connettivo sociale.

*inevitabile, di una crioconservazione che potrebbe non avere mai un termine” e pensiamo, invece, che la tesi che afferma questa ineluttabilità giuridica non sia fondata né inevitabile, pur nel vigore del controverso art. 1 della Legge n.40. La questione del limite temporale di conservazione degli embrioni crioconservati è collegata a quella del limite oltre il quale l’impianto non sia più possibile senza rischi. Mancano studi empirici sugli effetti di lunghe crioconservazioni e non è possibile realizzarne sull’uomo, in quanto sarebbero non etici. In questa condizione, è arbitraria, in quanto non sorretta da evidenze scientifiche, l’affermazione *in positivo* che l’impianto dopo molti anni sarebbe sicuro (mentre è cosa diversa, e non sufficiente, che vi siano singoli episodi di scongelamento avvenuto senza apparenti danni per l’embrione). In mancanza, allo stato, di un sicuro criterio biologico per definire la durata massima di sicura crioconservazione, possono essere di aiuto criteri diversi, anche di natura sociale. Si consideri il caso di un medico che, in mancanza di evidenze scientifiche circa la “sicurezza” dell’impianto di embrioni conservati da lungo tempo e/o secondo modalità non ottimali, proceda ugualmente all’impianto. Ove mai il nato abbia malformazioni ed esse siano riconducibili alla crioconservazione (troppo lunga o non ottimale), potrebbe la condotta di quel medico dirsi ispirata alla prudenza e alle leggi dell’arte che governano la professione? Diremmo proprio di no, sia nel caso in cui la coppia abbia la possibilità di ricorrere a una nuova procreazione medicalmente assistita sia in quello in cui si dovesse trattare di una cosiddetta adozione di embrione. Alcune domande, tra le tante che ci si potrebbe porre, sono le seguenti: perché impiantare il più “vecchio”, data la possibilità e ampia disponibilità di embrioni “nuovi”? e perché impiantare quello congelato e crioconservato secondo tecniche non rispondenti ai migliori standard e non impiantare quelli crioconservati in modo ottimale? Se a tutto ciò si aggiunge che la Corte costituzionale (sentenza n.151 del 2009) ha precisato che “la tutela dell’embrione non è comunque assoluta [nella stessa legge n.40, n.d.r.], ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione”, si può dire con sicurezza che vi è uno spazio concettuale e giuridico nel quale si possa individuare un criterio convenzionale sufficientemente ampio, ma delimitato, oltre il quale gli embrioni conservati da lunga data e/o con criteri tecnici insoddisfacenti non hanno più alcuna reale possibilità di nascere. Essi pertanto non hanno più quella potenzialità di sviluppo, che è il presupposto del riconoscimento della “parità” con gli altri soggetti della procreazione di cui all’art. 1 della L.n.40/2004, e tornano a essere un aggregato di cellule per il quale è venuta meno la qualità biologica che è alla base di quella “parificazione”. In questo modo il prospettato paradosso di una conservazione senza limiti cessa di essere tale, in quanto *un limite, per quanto prudenzialmente ampio, può essere posto e condiviso ampiamente.*”*

⁷ Lo stesso *8th Code of Practice, consent forms and Directions* della *Human Fertilisation & Embriology Authority* (UK), entrato in vigore il 1° ottobre 2009, conserva il sistema per cui la crioconservazione è prevista sotto condizione che ogni 5 o 10 anni (a seconda dei casi) vi sia una esplicita e rinnovata richiesta di mantenere per “altri 5 o 10 anni” gli embrioni. In effetti la completa lettura del documento mette in chiaro che il limite ritenuto di “buon senso pratico” è di 5 o 10 anni (si veda il caso degli embrioni conservati sino alla data del 1 ottobre, il cui periodo di 10 anni di conservazione sia scaduto: “*these embryos must be allowed to perish on the date the storage period expires*”). Tra l’altro il sistema nel suo insieme si basa sulla disponibilità da parte delle coppie, come dimostra il fatto che “*embryos can be donated for training*”.



1) L'esistenza in vita, il consenso informato, l'incompletezza testuale delle linee guida richiamate dall'art. 7 legge 40/2004, la configurazione del contratto di procreazione assistita.

Profilo delicato ed interessante è come conciliare le linee guida, richiamate dall'art. 7 legge 40/2004, con gli articoli 5 e 6 della suddetta legge.

Fondamentali, difatti, per poter procedere alla PMA, con embrioni freschi o congelati, sono gli artt. 5 e 6 della legge n. 40/2004.

L'articolo 5 della legge n.40, attribuisce il diritto alla procreazione medicalmente assistita ad una coppia di maggiorenni, coniugata o convivente, in età potenzialmente fertile, *entrambi viventi*.

L'articolo 6 statuisce, altresì, la necessità del consenso informato, previsto, peraltro, per tutte le attività medico-scientifiche.⁸

L'esistenza in vita del coniuge o del convivente, dunque, è necessità per poter procedere alla stipula del contratto di procreazione medicalmente assistita sia essa effettuata con embrioni freschi, che con embrioni crioconservati.⁹

L'art. 5 della legge n. 40/2004 lo esprime testualmente (*in claris non fit interpretatio*) e tale assunto appare certamente spiegabile e condivisibile.

L'esistenza in vita di entrambi i richiedenti, coniugati o conviventi, garantisce non tanto la sicurezza di crescita e di educazione del nascituro, quanto la capacità di dividerne anche problematiche e patologie sopravvenienti, nonché assicura l'espressione, certa e non equivoca, dello stesso consenso informato.

Il consenso, difatti, è previsto per entrambi i richiedenti, perché la donna può disporre ed ha diritto di disporre dei propri ovuli, mentre l'uomo può disporre ed ha diritto di disporre dei propri spermatozoi.¹⁰

⁸ Per una scrupolosa lettura del principio del consenso in tema di PMA si veda IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso. Note sull'inizio della vita*. Napoli, 2013. Vedi anche ROSSI CARLEO, *Le informazioni per il consenso alla procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 707ss, p. 711s.

⁹ Altro profilo di indubbio interesse è quello della legittimazione e della paternità in caso di fecondazione con il seme di uomo deceduto prima dell'impianto. Sul punto vedi AULETTA, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, p.26 ss ammette il rapporto di filiazione legittima solo nel caso di consenso espresso dal coniuge della madre ribadito da AULETTA, in *Luci, ombre, silenzi nella disciplina di costituzione del rapporto genitoriale nella fecondazione assistita* in *Annali del Seminario Giuridico*, V, Milano, 2005, p.496. Nel senso della rilevanza della sola filiazione naturale con la madre vedi VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*. Torino 2004, p. 193 e ss. Nella disciplina inglese si nega radicalmente la paternità all'uomo il cui seme o embrione sia stato utilizzato dopo la sua morte (art. 27,6,b, Human Fertilization and embryology act, 1990); nella disciplina spagnola è negato il rapporto di filiazione se l'impianto non è già avvenuto al momento del decesso del marito, salvo che questi non abbia espresso il consenso e la fecondazione sia avvenuta in un periodo circoscritto dopo la morte (L. n. 35/1988). Nell'ordinamento greco, invece, vi è un'apertura diversa perché si reputa figlio legittimo quello nato in seguito ad inseminazione *post mortem* a seguito di specifica autorizzazione (autorizzazione che può essere concessa solo a seguito di consenso notarile del marito in caso di rischio di decesso) e che impone l'impianto entro due anni dal decesso (art. 1467 cc), ma, in ogni caso, si consente la dimostrazione del rapporto di paternità, con prova a carico di chi la invochi, anche qualora l'inseminazione sia avvenuta *post mortem* e manchi l'autorizzazione.

¹⁰ SALANTRO, in *Commentario del Codice Civile della Famiglia* diretto da GABRIELLI (a cura di) BALESTRA, Torino 2010, p.544-552



Se uno dei due muore dopo aver prestato consenso alla PMA, nulla osta a che si proceda parimenti alla procedura di impianto.

Ma se uno dei due muore prima di potere prestare il consenso, la situazione si complica.

Nel caso specifico, Tizio muore (2011) dopo il congelamento degli embrioni (1996), ma prima della prestazione del consenso al momento reale della procedura di impianto (2015).

E l'elemento dell'esistenza in vita del coniuge maschio che, nella fattispecie in esame manca, diventa determinante, perché, anche se nel 1996 sono stati sottoposti a crioconservazione gli embrioni di Tizia e Caio, quest'ultimo, a distanza di diciannove anni, se fosse stato in vita, avrebbe ben potuto non volere prestare il consenso per l'impianto degli stessi¹¹, soprattutto per motivi sanitari.

L'art. 6 della legge 40/2004, indiscutibilmente, è di assoluta applicazione, considerata la fondamentale posizione di una norma che è al centro non solo della legge 40/2004, ma di tutta la scienza medica.

Il medico dà informazione circa gli effetti sanitari e psicologici conseguenti alla tecniche di PMA; sui problemi bioetici e sul principio di gradualità e di indispensabilità; sulle probabilità di successo, sui rischi derivanti; sulle conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo, per il nascituro; su procedure alternative (adozione); sul grado di invasività della tecnica di impianto, nonché sui costi da sostenere.

4.2. I richiedenti esprimono il consenso per iscritto e congiuntamente.

Informazione e consenso hanno necessità di forma scritta, per garantire la regolarità e la comprensione dell'intera procedura.

Il Tribunale di Bologna, però, ha *bypassato* l'applicazione degli artt. 5 e 6 della legge 40/2004, ritenendo fondanti, per la soluzione del caso in esame, le linee guida richiamate dall'art. 7 legge 40/2004 ..."*gli embrioni crioconservati appartengono alla coppia, se non abbandonati e la donna può sempre chiederne il trasferimento*"¹²

In verità anche se le linee guida venissero considerate non fonti *sub lege*, ma fonti di rango primario, in quanto assorbite perché richiamate dalla stessa legge, i problemi restano.

Secondo il ragionamento del Tribunale, nel caso concreto, la fecondazione avrebbe inizio al momento della procedura di crioconservazione e la donna superstite avrebbe il potere di trasferire gli embrioni *in utero*, in forza di quanto previsto dalle linee guida richiamate dall'art. 7.


Ma le stesse linee guida nulla affermano su *dove* dovrebbe avvenire il trasferimento o che *cosa debba intendersi per trasferimento degli embrioni. Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*

Nulla di più di quanto testualmente scritto.

La lettura piana e serena del testo dei decreti ministeriali 21/7/2004 e 11/4/2008, fa intendere, senza ombre di dubbio, che è consentito alla donna il potere di trasferire gli

¹¹ STANZIONE e SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 47-72 (gli autori negano anche la soggettività all'embrione *criocongelato*).

¹² SALANTRO, in *Commentario del Codice Civile della Famiglia* diretto da GABRIELLI (a cura di) BALESTRA, Torino 2010, 554 ss. Le linee guida hanno un compito meramente tecnico. *Infra* nota n. 1



embrioni crioconservati, evidentemente, presso un altro e diverso centro criogenico, ma sicuramente non vi è attribuzione del potere di decidere, *da sola, sic et simpliciter*, di impiantare gli embrioni nel proprio utero.¹³

Di sicuro il processo di interpretazione (anche creativa) del diritto positivo del Tribunale di Bologna, è spiegabile con le esigenze di conservazione degli embrioni, ormai congelati, in considerazione della opportunità di risolvere in modo eticamente più giusto i problemi e le enormi falle create dal legislatore del 2004.

Ma la soluzione adottata stride con il diritto positivo.

E, in ogni caso, il momento della fecondazione è sempre da ricondurre a quello in cui fisicamente avviene il processo di impianto nell'utero della donna e non al momento in cui ci si è preparati ad un futuro eventuale impianto; non è ancora prevista (e non è da escludersi), una disciplina *ad hoc* sulla fecondazione *ante mortem e nemmeno post mortem*, ma oggetto di disciplina, allo stato dell'arte, discutibile o no, è la fecondazione *in vita* della coppia.

Quando una coppia decide di sottoporsi alla PMA, con embrioni congelati o freschi, stipula un contratto di diritto privato di procreazione assistita.

Ogni contratto ha necessità dell'esistenza in vita dei contraenti e, contraenti indispensabili per la PMA, sono sia l'uomo che la donna, ossia coloro i quali hanno la genitorialità *in fieri*, perché solo entrambi possono decidere sull'oggetto del contratto stesso e, precisamente, sull'impianto degli embrioni crioconservati.

La volontà congiunta dei futuri genitori, in questo tipo di contratto, deve essere attuale, contemporanea, vigile, libera, seria ed univoca e, nel caso di specie, ancora più decisamente necessaria, perché relativa all'impianto di embrioni conservati per circa diciannove anni e, quindi, per un periodo di tempo considerevole che rende ancora più alta l'attenzione potendo celare non espresse, ma nemmeno tanto recondite, patologie per il nascituro i cui interessi ed il cui benessere viene a configurarsi come esigenza di carattere pubblicistico e, pertanto, tutelabile ad ogni costo.

4.3. Osservazioni conclusive

La decisione del Tribunale di Bologna appare sicuramente innovativa e di supplemento a carenze ed insipienze, ma non certo immune da censure.


Le linee guida, richiamate dall'art. 7 della legge 40/2004, non sono esaustive e rilevanti per la soluzione corretta del caso di specie ed una giurisprudenza creativa è certamente pericolosa, poiché il giudice deve applicare solo la legge, nella sua chiara accezione letterale.¹⁴ *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit.*

La pronuncia che si annota, difficilmente, potrà costituire un precedente invocabile, perché resa in violazione di norme cardine delle legge 40/2004 (artt. 5 e 6) ed, in genere, di principi fondamentali del nostro ordinamento: l'esistenza in vita ed il consenso per la disponibilità di diritti umani.

Autorizzare una donna cinquantenne all'impianto di embrioni *crioconservati* da circa diciannove anni, pur essendo morto il marito, è sicuramente un azzardo giurisprudenziale che

¹³ L'articolo 14, 1 c. lettera c) del testo unificato Bolognese, vietava espressamente " il trasferimento in utero di un gamete o di un embrione successivamente alla morte di uno dei soggetti di cui all'art. 5"

¹⁴ Art. 101 della Costituzione della Repubblica Italiana.



non può non tener conto anche del benessere del nascituro che, a distanza di molti anni dalla crioconservazione, potrebbe avere seri problemi.

Il contratto di procreazione assistita si sostanzia quando materialmente si procede all'impianto degli embrioni *crioconservati* nell'utero della donna ed esso non può prescindere da suoi elementi essenziali: la volontà di tutti i contraenti esistenti in vita ed il consenso, serio, attuale, valido, integro, libero, convinto, di tutti coloro i quali devono disporre di diritti propri e personali: *i genitori in fieri in primis*.

Prescindere da questi elementi significa svuotare di contenuto l'istituto del contratto di diritto privato.

Auspicabile una disciplina *ad hoc* affinché venga contemplato il caso di decesso di uno dei coniugi e gli interessi del nascituro *crioconservato*, al fine di evitare scelte difficili in un ambito in cui la linea di confine tra diritto ed etica è certamente disputabile.

5. Riferimenti Bibliografici

AULETTA, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984.

AULETTA, *Luci, ombre, silenzi nella disciplina di costituzione del rapporto genitoriale nella fecondazione assistita* in *Annali del Seminario Giuridico*, V, Milano, 2005, p.496

CIAMBELLI, *Il Figlio desiderato ed il figlio "fabbricato". Qualche riflessione in tema di procreazione artificiale* in (a cura di CESARO) *Il bambino che viene dal freddo. Riflessioni bioetiche sulla fecondazione artificiale*, Milano, 2000.

IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso. Note sull'inizio della vita*. Napoli, 2013.

NAVARRA, nota a *Tribunale di Palermo, ordinanza del 8.1.1999*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1653 ss;

PALMERINI e BUSNELLI, nota a *Tribunale di Palermo, ordinanza del 8.1.1999*, in *Nuova Giur. Comm.* 1999, I, p.221 ss;

RODOTA', *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano, 2009.

ROSSI CARLEO, *Le informazioni per il consenso alla procreazione assistita*, in *Familia*, 2004, p.707ss, p.711ss.

SALANTRO, in *Commentario del Codice Civile della Famiglia diretto da GABRIELLI* (a cura di) BALESTRA, Torino 2010

STANZIONE, SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004

VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Torino 2004