



2023 FASC. III

(ESTRATTO)

SILVIA TALINI

**DIRITTO ALL'IMPIANTO E REVOCÀ DEL CONSENSO DEL PADRE.
NEL "LABIRINTO" DELLA LEGGE N. 40 DEL 2004**

3 OTTOBRE 2023

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Silvia Talini
Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre.
Nel "labirinto" della legge n. 40 del 2004*

ABSTRACT: *Starting from the analysis of Constitutional Court No. 161 of 2023, the paper proposes a reflection on the difficult balance between the woman's right to the implantation of the embryo and the man's withdrawal of consent following the termination of the affective relationship.*

The author focuses her attention on the numerous jurisprudential changes undergone by Law No. 40 of 2004, which make it necessary to undertake extensive reform efforts, also to allow single women access to medically assisted procreation.

SOMMARIO: 1. Il perimetro della decisione: la delicata vicenda all'origine delle questioni ed il *thema decidendum*. – 2. Quando le manipolazioni passate incidono sul presente. I precedenti della Corte costituzionale, l'inversione dell'originario rapporto regola - eccezione e il consenso informato. – 3. La decisione del Giudice delle leggi: una «scelta tragica». – 3.1. Considerazioni a margine della pronuncia. L'inesistenza di un punto di equilibrio derivante dalla giurisprudenza costituzionale. – 4. Un riequilibrio normativo necessario e possibile: l'accesso alla PMA per le donne *single*.

1. *Il perimetro della decisione: la delicata vicenda all'origine delle questioni ed il thema decidendum*

Con la [sentenza n. 161 del 2023](#) la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità dell'art. 6, terzo comma, ultimo periodo, della legge n. 40 del 2004¹, sollevate dal Tribunale ordinario di Roma in composizione monocratica, in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, primo



¹ Recante Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Si ricorda che la Corte costituzionale ebbe ha dichiarare inammissibile il referendum abrogativo dell'intera legge ritenendola costituzionalmente necessaria ([sent. n. 45 del 2005](#)). Al riguardo, autorevole dottrina ha sostenuto che, non per questo, la legge n. 40 del 2004 avrebbe dovuto considerarsi come "costituzionalmente legittima in toto", sembrando quasi presagire i futuri e ripetuti interventi del Giudice costituzionale (F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parlam.*, 2005, 379).

La letteratura sulla legge n. 40 del 2004 è divenuta amplissima: per un'analisi all'indomani della sua approvazione, cfr., tra i molti, C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. Commentario, Torino, 2004; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 156 ss.; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004. Per un'analisi complessiva dell'impianto della legge e delle sue tortuose vicende evolutive, in parte in questa sede ripercorse, cfr., senza pretesa di esaustività e tra i lavori più recenti, P. BRUNESE, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Napoli, 2022; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017. Un'ampia indagine sulla PMA, anche in rapporto con le altre complesse tematiche inerenti all'inizio della vita e alle scelte procreative, è contenuta in M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020. Cfr., altresì, F. D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, 10459 ss. il quale, in riferimento al bilanciamento legislativo dei numerosi interessi coinvolti, parla di «modello "autoritario"» della legge; E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2014, 1669 e, dello stesso Autore, soprattutto in riferimento agli sviluppi giurisprudenziali e ai profili penalistici, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008 nonché *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU, e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2011.

comma della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nella pronuncia i giudici costituzionali hanno inoltre dichiarato inammissibili le questioni di legittimità della medesima norma sollevate in riferimento agli artt. 13, primo comma e 32, secondo comma, della Costituzione².

La pronuncia si inserisce nelle complesse ed intricate vicende della legge n. 40 del 2004 la cui storia, come noto, è contrassegnata da frequenti e non poco incisivi interventi da parte della giurisprudenza costituzionale che ne hanno modificato in buona misura l'impianto originale. È, del resto, proprio dalle manipolazioni delle precedenti pronunce della Corte – nonché dai successivi mancati (benché necessari) interventi del legislatore³ – che trae in larga parte origine la vicenda oggetto del giudizio *a quo* che mette conto, almeno in estrema sintesi, di ripercorre.

Le questioni erano sorte, dunque, nel corso del giudizio instaurato dinanzi al Tribunale di Roma nei confronti della struttura sanitaria presso cui, insieme all'allora marito, la ricorrente aveva intrapreso – nel settembre 2017 – il percorso di procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA), acconsentendo alla fecondazione e alla crioconservazione⁴ dell'unico embrione formatosi al fine di permettere i necessari trattamenti sanitari prima dell'impianto (inizialmente posticipato a causa delle condizioni cliniche della donna). Nonostante le diverse terapie sanitarie e farmacologiche propedeutiche alla pratica, l'impianto non era stato tuttavia portato a termine a causa dell'allontanamento del marito, nel gennaio del 2018, cui era seguita la formalizzazione della separazione consensuale tra i coniugi nell'anno seguente.

Nel febbraio del 2020, la ricorrente si era ciononostante rivolta alla struttura sanitaria al fine di proseguire con la PMA con il decongelamento e il successivo impianto dell'embrione. Ancora una volta, tuttavia, la procedura non veniva portata a termine avendo il marito revocato espressamente il proprio consenso alla procreazione in seguito alla dichiarazione giudiziale della cessazione degli effetti civili del matrimonio.

La donna si rivolgeva allora al Tribunale di Roma che, dopo un'analisi dei delicati fatti all'origine della vicenda, adiva la Corte costituzionale dubitando della legittimità dell'art. 6, terzo comma, della legge n. 40 del 2004 che, nel disciplinare il consenso informato in materia di PMA, al denunciato sesto comma dispone che tale volontà possa «essere revocata da ciascuno dei soggetti fino al momento della fecondazione dell'ovulo»⁵, laddove, invece, in seguito a tale fecondazione, la legge

² Ordinanza del 5 giugno 2022 (r.o. n. 131 del 2022).

³ Autorevoli dottrine, proprio in riferimento all'annosa questione relativa al mancato intervento del legislatore in ordine alla garanzia dei diritti anche a seguito della loro evoluzione, hanno posto in luce la sempre maggiore incidenza del ruolo assunto dalle Corti – in particolare di quella costituzionale – nella loro protezione. Sul punto cfr., M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'Ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019; R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, *ivi*, 4, 2018; A. RUGGERI, *Attività di garanzia e attività di indirizzo politico, a salvaguardia dei diritti fondamentali*, in questa *Rivista*, 2015/II, 399 ss. Si tratta di un ruolo assunto dalla Corte costituzionale anche in riferimento alle delicate vicende di inizio vita. Ampiamente sul rapporto tra giurisprudenza, non solo nazionale, e (mancati) interventi del legislatore in tale ambito, v. gli studi di S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., e M. P. IADICICCO, *Procreazione umana*, cit.

⁴ Tecnica attraverso cui l'embrione viene conservato a lungo termine mediante temperature al di sotto del punto di congelamento e che consente di mantenerne la vitalità per un periodo di tempo potenzialmente infinito (*Enciclopedia Treccani*).

⁵ Nel dettaglio la disposizione prevede che «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 (...). 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». Sul punto giova ricordare come, recentemente, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in una situazione analoga, abbia consentito alla donna l'impianto dell'embrione precisando che la legge n. 40 del 2004 attribuisce all'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione una funzione determinativa della maternità, della paternità e dello *status filiationis* da cui discende l'irrelevanza di

(mai modificata sul punto rispetto all'impianto originario) prescrive l'assoluta irrevocabilità del consenso prestato, almeno da parte dell'uomo⁶, all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

In riferimento a tale preclusione temporale, il giudice *a quo* osserva, tuttavia, come, dopo diversi interventi manipolativi di tipo additivo operati dalla Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004⁷, il quadro normativo sia profondamente mutato rispetto all'originario, comportando significative conseguenze sulla scansione temporale delle pratiche di PMA e, conseguentemente, sul piano dell'irrevocabilità del consenso a seguito della fecondazione. In effetti, con l'affievolirsi del divieto di crioconservazione degli embrioni in seguito alla [sentenza n. 151 del 2009](#), l'impianto potrebbe ora intervenire a distanza di diversi anni dal momento della fecondazione. Ciò, dunque, consentirebbe alla donna di accedervi anche in presenza di una situazione giuridica profondamente diversa da quella esistente al momento in cui la volontà è stata manifestata e, particolarmente, anche quando fosse venuto meno uno dei presupposti di accesso alla PMA: il rapporto di coniugio o di convivenza così come previsto dall'art. 5, comma 1, della legge n. 40 del 2004⁸.

comportamenti e fatti successivi (sez. I civile, ord. del 27 gennaio 2021 e, ancora prima, ord. del G.U. del medesimo Tribunale del 25 novembre 2020).

⁶ Sulla facoltà della donna di rifiutare, in qualunque momento, l'impianto dell'embrione e sulle sue conseguenze v. *infra* parr. 3 e 3.1.

⁷ In relazione alle vicende oggetto del giudizio rilevano, in particolare, le [sentenze nn. 151 del 2009](#) e [96 del 2015](#) su cui si tornerà dettagliatamente nel paragrafo successivo e che, come si dirà, non esauriscono gli interventi della giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40 del 2004.

⁸ La disposizione prescrive che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita [le] coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

Si noti come l'articolo 5, comma 1 della legge n. 40 del 2004 sia stato oggetto di recenti dubbi di rilevanza costituzionale in riferimento alla mancata possibilità di accesso alle tecniche di PMA anche per le coppie del medesimo sesso. In proposito la Corte costituzionale, nella [sentenza n. 221 del 2019](#), ha ritenuto non irragionevole la limitazione sul presupposto che il legislatore, nella sua discrezionalità, possa ritenere tali restrizioni funzionali a consentire che la «struttura del nucleo familiare scaturente dalle tecniche in questione (...) riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre». Sulla differente, ma certamente connessa, questione relativa al riconoscimento dei figli nati da coppie omogenitoriali all'estero a seguito dell'accesso a tecniche di PMA o di gestazione per altri, sia consentito un rinvio, anche in riferimento alla dottrina e alla giurisprudenza richiamata, a S. TALINI, *Unioni civili, omogenitorialità e Costituzione: tra discrezionalità legislativa e (altri) margini giurisprudenziali*, in *Diritto e Società*, 4, 2020. In riferimento ai requisiti oggettivi, la legge n. 40 del 2004 circoscrive l'accesso alla PMA all'impossibilità per la coppia di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, limitate comunque ai casi di sterilità o infertilità (artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1). Tuttavia, come si dirà a breve (*infra*, par. 2), a seguito della [sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015](#), l'accesso alla PMA è oggi consentito anche alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978 ("Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"). Ancora in riferimento ai dibattuti confini della PMA, la legge n. 40 del 2004, nel suo impianto originario, consentiva di sottoporsi esclusivamente alle tecniche procreative di tipo omologo, vietando espressamente (art. 4, comma 3) il ricorso a quelle di tipo eterologo in cui si utilizzano gameti di donatori terzi, esterni alla coppia. Tuttavia, anche in tale contesto, la Corte costituzionale è intervenuta con una storica sentenza introducendo un'ipotesi di fecondazione eterologa nel caso in cui sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili ([sent. n. 162 del 2014](#), a tale pronuncia ha fatto seguito la già menzionata [sent. n. 96 del 2015](#) relativa alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili).

La dottrina a commento della [pronuncia n. 162 del 2014](#) è assai ampia, cfr., fra i molti: G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: il peccato di Ulisse*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, 3, 663 ss.; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, 34 ss.; E. LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, 2014, 2830 ss.; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 giugno 2014, nonché i diversi contributi segnalati in testa alla [pronuncia in questa Rivista](#). Sempre in riferimento alla fecondazione eterologa, v. la nota sentenza della Corte EDU, 1° aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria*, assai influente per i successivi sviluppi della giurisprudenza costituzionale (v., a commento, in [Rivista AIC](#) del 2 luglio 2010, S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, tra ordinamento italiano e CEDU*; B. LIBERALI, *La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il giudice comune*

È proprio nel solco di tale possibile ampio intervallo temporale tra fecondazione e impianto che si inseriscono i dubbi di legittimità costituzionale del rimettente, in riferimento all'irrevocabilità del consenso prestato da parte dell'uomo all'applicazione delle tecniche di PMA anche quando, a causa del decorso del tempo, siano venute meno le ricordate condizioni soggettive di accesso alla procedura. In particolare, afferma il giudice *a quo*, nel mutato contesto normativo, la norma denunciata si porrebbe in contrasto con la Costituzione non fornendo tutela al «diritto di scelta (...) all'assunzione del ruolo genitoriale», nell'ipotesi in cui l'impianto venga chiesto – come oggi possibile all'esito delle decisioni della Corte – a significativa distanza di tempo e, dunque, anche «in una situazione giuridica diversa» in riferimento al rapporto intercorrente tra i due soggetti.

Prendendo le mosse da tali considerazioni, il rimettente sostiene che la norma censurata, non prevedendo «un termine per la revoca del consenso» dopo la fecondazione e permettendo così l'impianto dell'embrione nonostante il sopravvenuto dissenso dell'uomo, si ponga in contrasto con gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 8 CEDU (“Vita privata e familiare”): ad essere violato sarebbe il diritto dell'uomo all'autodeterminazione in ordine alla decisione di diventare, o meno, genitore, di cui il diritto al rispetto della vita privata e familiare costituisce un «precipitato». L'irrevocabilità del consenso in seguito alla fecondazione sarebbe altresì in contrasto con gli artt. 3 e 13, primo comma, Cost.: consentendo l'impianto dell'embrione a distanza di anni, anche in presenza di condizioni diverse da quelle esistenti al momento dell'accesso alla PMA, la norma costringerebbe – irragionevolmente – l'uomo a divenire padre contro la sua volontà con possibili riflessi anche sulla successiva dimensione della genitorialità. Ad essere violato sarebbe altresì il profilo dell'eguaglianza formale, ancora attinente all'art. 3 Cost., in quanto verrebbe sacrificata unicamente la libertà individuale dell'uomo potendo la donna sempre sottrarsi all'impianto nonostante l'iniziale consenso espresso alla procreazione medicalmente assistita⁹.

La norma censurata, assoggettando l'uomo a un trattamento sanitario obbligatorio incidente anche sulla sua integrità psicofisica, risulterebbe infine in contrasto con l'art. 32, secondo comma, Cost. In proposito, il rimettente afferma che la disposizione, non permettendo di revocare il consenso dopo la fecondazione dell'ovulo, obbliga all'effettuazione del trattamento sanitario. Sul punto, viene richiamata la giurisprudenza di legittimità¹⁰ che pone in relazione l'acquisizione del consenso al principio secondo cui nessuno può essere obbligato a trattamenti sanitari se non per disposizione di legge: essendo il consenso un «presupposto legittimante l'intervento medico», esso dovrebbe persistere durante tutte le fasi in cui si articola la prestazione sanitaria, ivi comprese quelle relative alle tecniche di PMA.

Alla luce di tali eccezioni, il Giudice di Roma chiede alla Corte costituzionale di intervenire nuovamente sulla legge n. 40 del 2004 tramite una pronuncia additiva sull'ultimo periodo dell'art. 6, terzo comma, diretta, questa volta, a offrire rilievo al decorso del tempo, dichiarandone l'incostituzionalità «quanto meno nella parte in cui non prevede, successivamente alla fecondazione dell'ovulo, un termine per la revoca del consenso»¹¹.

italiano: la non manifesta infondatezza della questione; I. PELLIZZONE, Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale).

⁹ È di tutta evidenza come, incidendo l'impianto dell'embrione sull'integrità psicofisica della donna, l'intervento non possa esserle mai imposto, a nulla rilevando, dunque, il momento in cui il precedente consenso è stato espresso (sul punto *infra*, par. 3 e 3.1).

¹⁰ Cfr., Corte Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748; 19 luglio 2018, n. 19199; 28 giugno 2018, n. 17022; Cass. civ. sent. n. 18283/2021.

¹¹ Si noti, sin da ora, come il rimettente si limiti a chiedere un'addizione volta ad introdurre un termine ulteriore per la revoca del consenso successivo alla fecondazione dell'ovulo: nessuna menzione è invece compiuta – contrariamente alla costruzione dell'ordinanza di rimessione – alla revocabilità del consenso nella specifica circostanza in cui, a seguito della fecondazione, ma prima dell'impianto, siano venuti meno i requisiti soggettivi di coniugio o convivenza che avevano

2. *Quando le manipolazioni passate incidono sul presente. I precedenti della Corte costituzionale, l'inversione dell'originario rapporto regola - eccezione e il consenso informato*

Come posto in luce, i fatti da cui trae origine il giudizio *a quo* sono in larga misura determinati dalle ripetute e assai incisive pronunce manipolative della giurisprudenza costituzionale che hanno profondamente mutato l'impianto originario della legge n. 40 del 2004: a tali decisioni (qui la prima rilevante questione), non ha tuttavia fatto seguito un intervento del legislatore volto a ridefinire, in maniera organica, la disciplina a seguito delle incidenti manipolazioni.

È quanto (non) avvenuto in primo luogo dopo la nota [sentenza n. 151 del 2009](#) attraverso la quale, come più volte ricorda la pronuncia in commento, si è rovesciato il tradizionale «rapporto regola-eccezione relativo al divieto di crioconservazione [degli embrioni] originariamente impostato dalla legge n. 40 del 2004»¹². In effetti, l'originaria formulazione della legge, poneva un generale divieto di congelamento degli embrioni (art. 14, comma 1) superabile esclusivamente nella residuale ipotesi in cui l'impianto nell'utero, da realizzare comunque «non appena possibile», fosse precluso per grave, documentata e imprevedibile causa di forza maggiore relativa alla salute della donna (art. 14, comma 3).

La crioconservazione si poneva, dunque, come l'eccezione mentre la regola – descritta dal secondo comma dello stesso articolo – era rappresentata dall'impianto nell'utero della donna degli embrioni formati (allora in numero massimo di tre, *ex* art. 14, comma 2) in un momento sostanzialmente contestuale alla fecondazione (e, dunque, alla prestazione del consenso di cui al denunciato art. 6, terzo comma, ultimo periodo)¹³.

Tale rapporto ha subito un radicale capovolgimento a seguito della citata [sentenza n. 151 del 2009](#) con la quale la Corte costituzionale ha profondamente innovato diversi profili della disciplina.

È stata in primo luogo invalidata la previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 14 relativa al numero massimo di tre di embrioni da formare e all'unico contemporaneo impianto degli stessi: tale limite, impedendo al medico una valutazione casistica, fondata sulle specificità del caso concreto in riferimento alla scelta del numero di embrioni da generare e, poi, da impiantare, comportava un serio rischio per la salute della donna. In effetti, afferma la Corte, il limite numerico genera «la necessità della moltiplicazione dei cicli di fecondazione (...)» finendo «per un verso, per favorire (...) l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina[ndo], in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze». Siffatto intervento ablativo ha prodotto, a cascata, ulteriori caducazioni: la Corte, *in primis*, afferma che, come sua «logica conseguenza», emerga la «necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica» e, dunque, l'introduzione di «una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione» di cui all'art. 14, comma 1. La medesima censura determina altresì la declaratoria di incostituzionalità del successivo terzo comma dello stesso articolo, nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni nell'utero dovesse essere comunque «effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

legittimato l'accesso alle tecniche procreative. Sulla formulazione del verso dell'addizione si tornerà in seguito (*infra*, par. 3.1).

¹² Punto 9.1, *Considerato in diritto*.

¹³ In proposito, occorre ricordare come un embrione non crioconservato abbia una capacità di sopravvivenza di pochi giorni e, dunque, senza tale pratica l'impianto nell'utero della donna deve avvenire quanto più possibile nell'immediatezza della fecondazione.

Attraverso tale incisiva pronuncia la Corte ha, dunque, in larga parte scardinato il disegno originario dell'art. 14 della legge n. 40 del 2004, attribuendo al personale sanitario un ampio potere discrezionale¹⁴ circa il numero degli embrioni da produrre i quali non devono essere necessariamente impiantati nell'immediatezza, potendo subire un processo di crioconservazione, anche per lunghi periodi di tempo, in risposta alle condizioni di salute della donna¹⁵.

Si aggiunga che le ipotesi di congelamento degli embrioni sono state ulteriormente ampliate a seguito di un successivo intervento del Giudice delle leggi il quale, con la [sentenza n. 96 del 2015](#), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1 della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non permettevano l'accesso alle tecniche PMA anche alle coppie che, benché fertili, fossero portatrici di malattie genetiche trasmissibili, accertate da apposite strutture pubbliche, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza). In tali ipotesi - argomenta la Corte - la crioconservazione risulta necessaria al fine di consentire i tempi funzionali a una corretta diagnosi preimpianto, permettendo così alla donna di acquisire le necessarie informazioni volte ad evitare una possibile successiva decisione di interrompere la gravidanza, scelta che, è evidente, si rivelerebbe ben più pregiudizievole per la sua salute psicofisica e, dunque, in contrasto con l'art. 32 della Costituzione. Ne discende la declaratoria di incostituzionalità che trova il suo fondamento in un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco precludendo il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie affette dalle richiamate patologie, «al fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (...) del nascituro»¹⁶.

Le menzionate pronunce hanno così generato una radicale inversione nell'originario rapporto tra regola (sostanziale immediatezza tra fecondazione e impianto) ed eccezione (crioconservazione) determinando un effetto che si ripercuote fortemente sulla vicenda in commento: oggi, nella maggior parte degli interventi di PMA, gli embrioni vengono congelati e l'impianto nel corpo della donna avviene a considerevole distanza di tempo dalla fecondazione e, dunque, dal momento in cui il consenso *ex art. 6, comma 3*, legge n. 40 del 2004 è stato prestato. Tuttavia, come più volte ricordato,

¹⁴ I giudici costituzionali, al riguardo, affermano che è rimessa al medico «sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche» la scelta del «limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto».

¹⁵ Sulla storica [pronuncia n. 151 del 2009](#) cfr., tra i molti, L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in questa [Rivista](#), 2009 (15. VII. 2009); F. D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit.; L. D'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre*, in *Dir. Fam.*, 2009, 3, 1021 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. Cost.*, 2009, 3, 1688 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che vale più la pena di difendere»?* *ibid.*, 696 ss.

¹⁶ Afferma ancora la Corte che il divieto di accesso alle tecniche di PMA, derivante dalle censurate norme, risulta contraddittorio anche rispetto alla previsione, recata dal citato art. 6, comma 1, lettera b) della legge n. 194 del 1978, che invece consente a tali coppie di perseguire «l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali».

Ampiamente sulla [sentenza n. 96 del 2015](#), cfr., *ex plurimis*, M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?* in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 28 giugno 2015; M. P. IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. Cost.*, 3, 2015, 789-805.; E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Giur. cost.*, II, 2015, 533 ss.; I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 4 novembre 2015; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in [Costituzionalismo.it](#), 2, 2015; F. VIGANÒ, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiusa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2015.

alle citate sentenze non ha mai fatto seguito un intervento del legislatore teso a riarmonizzare i “disequilibri” prodotti dalle manipolazioni della Corte e da questa non direttamente colmabili in virtù del necessario rispetto della discrezionalità legislativa¹⁷.

Nonostante tale mancato adeguamento, va rilevato come le [sentenze nn. 151 del 2009](#) e [96 del 2015](#) abbiano prodotto degli effetti quantomeno sulla formulazione delle indicazioni contenute nella documentazione relativa al consenso informato necessario per accedere alle tecniche di PMA. In proposito, proprio in virtù della centralità che tale elemento riveste nella decisione in esame, mette conto di ricordare come la Corte costituzionale abbia più volte affermato – anche in pronunce assai recenti – che, in riferimento ai trattamenti sanitari, il consenso informato si ponga «quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell’art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”»¹⁸.

Con riguardo alle tecniche di PMA, la sua disciplina è contenuta proprio nel dettagliato art. 6 della legge n. 40 del 2004. Quest’ultimo, infatti, oltre a stabilire, al denunciato terzo comma, la revocabilità del consenso fino al momento della fecondazione dell’ovulo (ultimo periodo), prescrive che la «volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita [sia] espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute (...)» (primo periodo)¹⁹. Proprio in attuazione di tale previsione, il 28 dicembre del 2016 – e dunque successivamente alle ricordate decisioni della Corte – è stato adottato il d.m. n. 265²⁰ contenente la disciplina regolamentare degli elementi di conoscenza propedeutici alla prestazione del consenso informato nonché le modalità con cui le strutture autorizzate devono fornire ai richiedenti, prima della loro sottoposizione alle tecniche, le informazioni necessarie.

¹⁷ Si noti, in proposito, come la stessa Corte costituzionale nella [sentenza n. 96 del 2015](#) si rivolga espressamente al legislatore riservando alla sua discrezionalità il compito di introdurre apposite disposizioni volte «all’individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l’accesso alla PMA di coppie fertili», di chiarire le connesse procedure di accertamento anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto e di prevedere «forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle» (punto 10, *Considerato in diritto*). In argomento è stato posto ben in luce come, anche dopo gli interventi del Giudice delle leggi, l’accesso alla PMA si scontri con un forte grado di ineffettività in larga parte dovuto a una serie di scelte non compiute dal legislatore, tra cui il mancato inserimento delle tecniche di PMA, omologa ed eterologa, nei livelli essenziali di assistenza (LEA). In questo senso, ampiamente, M. P. IADICICCO, *Procreazione umana*, cit., 120 ss. la quale pone altresì in luce le rilevanti problematiche connesse alla collocazione dell’accesso alle prestazioni sanitarie nell’ambito dei diritti finanziariamente condizionati.

In ordine ai riflessi delle decisioni della Corte costituzionale sui giudici di merito e di legittimità, nonché per un ampio sguardo alle pronunce di interesse in tale ambito e in quelli ad esso connessi, v. A. CARRATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*, Servizio Studi Corte costituzionale, STU319, marzo 2021, al [sito web](#) della Corte costituzionale.

¹⁸ [Corte cost., sent. n. 438 del 2008](#) e, più recentemente nello stesso senso, [sent. n. 14 del 2023](#).

¹⁹ Nel secondo periodo del medesimo comma, si aggiunge che «tra la manifestazione della volontà e l’applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni» (v. *supra* alla nota 5) si da assicurare uno spazio di ponderazione, seppur assai breve. Il dettagliato art. 6 descrive, ancora, gli obblighi informativi posti a carico del medico prescrivendo, al primo comma, che questi debbano essere forniti «prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche» e «per ciascuna delle tecniche applicate»; ciò sempre allo scopo di assicurare «il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa» (ultimo periodo). Alla coppia devono inoltre essere «prospettati con chiarezza i costi economici dell’intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate» (secondo comma). In questo senso in dottrina è stato osservato come, nell’ambito della PMA, la disciplina del consenso informato sia volta ad assicurare l’esistenza di una «corrispondenza tra libertà e responsabilità» (G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, 99 ss.).

²⁰ 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. Il decreto ha abrogato il precedente regolamento contenuto nel d.m. del 16 dicembre 2004, n. 336.

Da un'analisi congiunta delle disposizioni contenute nell'art. 6 della legge n. 40 del 2004 (non modificate a seguito delle pronunce della Corte) e nel d.m. n. 265 del 2016, emerge un complesso e minuzioso panorama di informazioni che il personale sanitario ha l'obbligo di fornire, tra cui: i metodi di applicazione della PMA, i possibili effetti collaterali della procedura, il suo grado di invasività, le possibili alternative (ad esempio il ricorso all'adozione) nonché le conseguenze giuridiche, anche di natura economica, connesse alle tecniche di PMA, tra le quali rientrano anche quelle concernenti gli effetti del consenso e, dunque, la sua non revocabilità in seguito alla fecondazione (prescrizione contenuta anche nell'art. 1, comma 1, lettera *q*) del d.m. n. 265 del 2016). Va, inoltre rilevato, come espressamente ricordato anche nella [sentenza n. 161 del 2023](#), che il consenso prestato ai sensi dell'art. 6 assume «una portata diversa e ulteriore rispetto a quello ascrivibile alla mera nozione di “consenso informato” al trattamento medico, in quanto si è in presenza di un atto finalisticamente orientato a fondare lo stato di figlio»²¹. Si tratta, in altri termini, di un consenso che potrebbe definirsi “costitutivo”, idoneo cioè a fondare un'assunzione di responsabilità in ordine all'acquisizione dello *status filiationis*²².

Proprio in tal senso, l'art. 8 della legge n. 40 del 2004 stabilisce che i «nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime (...)»²³; a tale disposizione fa eco il 5 comma dell'art. 6 il quale stabilisce che ai «richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge». È ancora all'interno di questo assai articolato obbligo informativo che il d.m. n. 265 del 2016 prescrive espressamente, all'art. 1, comma 1, lettera *t*), di portare a conoscenza della coppia la possibilità che gli embrioni vengano crioconservati «in conformità a quanto disposto dall'articolo 14 della legge n. 40 del 2004 e dalla [sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009](#)».

La disposizione contenuta nel decreto ministeriale ha quindi aggiornato la disciplina relativa al consenso informato agli approdi della giurisprudenza costituzionale in materia di congelamento degli embrioni e della relativa inversione tra regola ed eccezione, non potendo purtuttavia incidere, con evidenza, sulla disciplina dell'irrevocabilità del consenso contenuta all'interno della normativa primaria (art. 6, terzo comma, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004).

Nessuna prescrizione è dunque posta in relazione al rapporto tra prestazione del consenso e presupposti di accesso alla PMA sul cui legame, in riferimento alla possibilità – o meno – di revoca, è chiamato a pronunciarsi il Giudice costituzionale anche a seguito della [sentenza del 2009](#).

3. La decisione del Giudice delle leggi: una «scelta tragica»

Attraverso la questione posta all'attenzione della Corte, il rimettente chiede dunque la declaratoria di incostituzionalità della norma censurata «quanto meno nella parte in cui non prevede, successivamente alla fecondazione dell'ovulo, un termine per la revoca del consenso».

²¹ Punto 11.4, *Considerato in diritto*.

²² In dottrina si è anche parlato di «natura “polivalente”» del consenso (F. CARLINO, *Fecondazione eterologa e dinamiche del consenso: disconoscimento di paternità e tutela dell'interesse del minore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 4, 1195 ss.). Sul punto v. anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 305 e G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit.

²³ A tali prescrizioni si aggiungono quelle contenute nel successivo art. 9 che pone il duplice divieto di disconoscimento della paternità nel caso della PMA eterologa e di anonimato della madre.

Sulla discutibile formulazione del verso dell'addizione, soprattutto alla luce di una lettura complessiva dell'*iter* argomentativo dell'ordinanza di rimessione, si tornerà a breve²⁴. Si deve ora invece preliminarmente rilevare come i giudici costituzionali, in apertura del *Considerato in diritto*, abbiamo immediatamente chiarito come la «delicatezza della questione» sia idonea a collocarla in quelle che la stessa Corte ha definito, in ambiti diversi²⁵, «scelte tragiche» in quanto caratterizzate dall'impossibilità di soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti rappresentanti, nel caso di specie, da «la tutela della salute psicofisica della donna e la sua libertà di autodeterminazione a diventare madre; la libertà di autodeterminazione dell'uomo a non divenire padre; la dignità dell'embrione; i diritti del nato a seguito della PMA».

Chiarita la complessità del quesito e, in buona misura, annunciato che nella decisione non troveranno soddisfazione tutti gli interessi coinvolti, determinando, dunque, un sacrificio di alcuni in favore di altri, la Corte dichiara non fondate le questioni di legittimità sollevate in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, primo comma, della Costituzione²⁶.

Con riguardo al primo profilo, attinente alla violazione dell'art. 3 Cost., la Corte, pur riconoscendo la correttezza della premessa interpretativa da cui muove il rimettente (impossibilità di un impianto coattivo nel corpo della donna e, dunque, sostanziale revocabilità del suo consenso prima dello stesso a differenza di quanto avviene per l'uomo), legittima tale differenziazione per la profonda diversità di posizione tra i componenti della coppia rispetto ai trattamenti sanitari. In seguito alla fecondazione, infatti, solo la donna resta esposta all'azione medica che può sempre «legittimamente rifiutarsi di subire», data l'«ovvia incoercibilità del trattamento», al quale si contrappone la tutela della sua integrità psicofisica (art. 32 Cost.). Dunque, il trasferimento nell'utero dell'embrione si traduce, (solo) per la donna, «in un vero e proprio trattamento sanitario, estremamente invasivo, che non può in alcun modo esserle imposto»²⁷ e ciò rende non irragionevole la diversità di disciplina²⁸. Del resto, già da

²⁴ *Infra*, par. 3.1.

²⁵ Il riferimento è alle [sentenze della Corte costituzionale n. 14 del 2023](#) (obbligo vaccinale del personale sanitario in relazione al virus SARS-Cov-2); [n. 84 del 2016](#) (rapporto tra tutela dell'embrione e interesse della ricerca scientifica, su cui v. anche la successiva nota n. 37) e [n. 118 del 1996](#) (riconoscibilità di indennizzo per danno alla salute patito in conseguenza della sottoposizione a vaccinazioni obbligatorie). Sull'uso dell'espressione «scelte tragiche» nella giurisprudenza costituzionale v. E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sent. n. 161 del 2023)*, in [federalismi.it](#), 20 settembre 2023, 128-131.

²⁶ Le questioni poste in riferimento agli artt. 13, primo comma, e 32, secondo comma, Cost. sono invece inammissibili (come accennato all'inizio) «per omessa motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale». Sul punto, specifica la Corte, «il contrasto con gli evocati parametri costituzionali risulta dedotto in maniera generica e assertiva» non adducendo il giudice *a quo* «alcuno specifico argomento volto a spiegare le ragioni per cui l'impianto dell'embrione, che all'evidenza incide esclusivamente sul corpo della donna, si tradurrebbe, anche per l'uomo, in un trattamento sanitario, o comunque in una coercizione sul suo corpo, né sviluppa argomentazioni sull'eventuale impatto di tale trattamento sulla salute psicofisica dello stesso» (punto 8, *Considerato in diritto*).

²⁷ In coerenza, prosegue la Corte, «con quanto previsto in tema di trattamenti medici dall'art. 1, commi 1 e 5, della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), oltre che dall'art. 5 della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina, ratificata e resa esecutiva con legge 28 marzo 2001, n. 145». Tali disposizioni prevedono espressamente che «(...) nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge» (art. 1, comma 1, della legge n. 219 del 2017); una «persona capace di agire ha il diritto di rifiutare (...) qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento (...) il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento» (comma 5). L'art. 5 della Convenzione del Consiglio d'Europa dispone che un «intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

²⁸ Sull'assolutezza del già menzionato divieto di impianto coattivo dell'embrione nel corpo della donna la dottrina è concorde: v., tra i molti, P. BRUNESE, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una*

tempo, la stessa Corte costituzionale ha affermato che il divieto di soppressione dell'embrione «non ne comporta (...) l'impianto coattivo nell'utero della gestante»²⁹.

I giudici proseguono nella motivazione dichiarando l'infondatezza anche delle più complesse – e meglio argomentate – questioni sollevate in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost. che, secondo il rimettente, risulterebbero lesi a causa dell'irragionevole violazione della libertà di autodeterminazione dell'uomo, in quanto l'irrevocabilità del consenso lo costringerebbe «a diventare genitore contro la sua volontà».

In riferimento a tale violazione, la Corte premette di essere ben consapevole del forte impatto provocato dalla sua stessa giurisprudenza sull'impianto originario della legge n. 40 del 2004 e del conseguente capovolgimento del tradizionale rapporto tra regola ed eccezione con riguardo alla crioconservazione; purtuttavia, i giudici ritengono che «tali rilievi non possono (...) ritenersi sufficienti a condurre all'illegittimità costituzionale della definitiva irrevocabilità del consenso stabilita dalla norma censurata» e ciò per diverse ragioni (che coincidono con la posizione assunta dai richiamati interessi confliggenti coinvolti).

I giudici, in primo luogo, pongono l'accento sulla prestazione del consenso che precede l'accesso alle tecniche di PMA: l'autodeterminazione dell'uomo, affermano, «matura in un contesto in cui egli è reso edotto del possibile ricorso alla crioconservazione, come introdotta dalla giurisprudenza costituzionale, e anche a questa eventualità presta, quindi, il suo consenso». Le informazioni che il personale sanitario è tenuto a fornire, prosegue la Corte, devono inoltre «necessariamente investire tutte le conseguenze del vincolo derivante dal consenso espresso, quindi la possibilità che si verifichi uno iato temporale (anche significativo) tra fecondazione e impianto»; si tratta di obblighi assai significativi, anche in considerazione della ricordata preminente funzione che qui il consenso assume in rapporto all'acquisizione dello *status filiationis*³⁰. Dunque, conclude la Corte sul punto, «se è pur vero che dopo la fecondazione la disciplina dell'irrevocabilità del consenso si configura come un punto di non ritorno, che può risultare freddamente indifferente al decorso del tempo e alle vicende della coppia, è anche vero che la centralità che lo stesso consenso assume nella PMA, (...), fa sì che l'uomo sia in ogni caso consapevole della possibilità di diventare padre», e ciò «rende difficile inferire, (...) una radicale rottura della corrispondenza tra libertà e responsabilità».

I giudici costituzionali proseguono ponendo in relazione tali considerazioni con gli ulteriori interessi costituzionalmente rilevanti, primo fra i quali quelli della donna «coinvolta in via immediata con il proprio corpo, in forma incommensurabilmente più rilevante rispetto a quanto accade per l'uomo»³¹. In effetti, solo per la donna, l'accesso alle tecniche di PMA comporta «il grave onere di

legge mal riuscita, Napoli, 2022, 8; I. BARONE, *Procreazione post mortem e status filiationis*, in *Fam. e Dir.*, 2020, 10, 949; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, 79; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali*, cit., 299; M. P. IADICICCO, *Corpo e procreazione medicalmente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana*, in *Questione Giustizia*, 2016, 2, 238 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit. 1688 ss.

²⁹ [Corte cost., sent. n. 229 del 2015](#) su cui cfr., C. CASINI E M. CASINI, *Lo statuto dell'embrione umano: riflessioni dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2016, 1, 201 ss.; I. PELLIZZONE, *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati*, in *Studium Iuris*, 2016, 7-8; L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giur. Cost.*, 2015, 6, 2111 ss.

³⁰ Sulle significative conseguenze del consenso informato in tale ambito, v. *supra* il par. 2.

³¹ In argomento è stato rilevato che, inizialmente, il trattamento sanitario connesso alla PMA può coinvolgere anche la «componente maschile» della coppia, tuttavia, successivamente, la procedura si sviluppa «incidendo in misura inevitabilmente maggiore sulla posizione della donna, che, in ogni caso, resta l'unica destinataria della specifica fase dell'impianto in utero»; dunque, «si può ritenere che sul corpo del marito o del convivente (...) dopo un certo limite temporale non vengano più operate prestazioni sanitarie tali da configurare un vero e proprio trattamento sanitario» (B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del consenso informato*, cit., 46). L'Autrice prosegue tuttavia precisando che permangono «profili di problematicità rispetto alla prosecuzione di una procedura (...) che indubbiamente continua a dispiegare effetti» anche nei confronti dell'uomo.

mettere a disposizione la propria corporalità, con un importante investimento fisico ed emotivo in funzione della genitorialità che coinvolge rischi, aspettative e sofferenze, e che ha un punto di svolta nel momento in cui si vengono a formare uno o più embrioni»³²; a questo investimento fisico ed emotivo, prosegue il Giudice costituzionale, «la donna si è prestata in virtù dell'affidamento in lei determinato dal consenso dell'uomo al comune progetto genitoriale. L'irrevocabilità di tale consenso appare quindi funzionale a salvaguardare [la sua] integrità psicofisica (...)» tutelata dall'art. 32 Cost. Le ripercussioni negative di un'eventuale revoca risulterebbero, inoltre, ancora più gravi qualora alla donna, a causa dell'età o delle condizioni fisiche, «non residuasse più la possibilità di iniziare un nuovo percorso di PMA, con una preclusione (...) assoluta della propria libertà di autodeterminazione in ordine alla procreazione».

Ancora sul punto, la Corte compie un ultimo – e troppo audace³³ – passaggio in ordine all'esistenza, in tale contesto, di una sorta di parallelismo tra PMA e procedura di interruzione volontaria della gravidanza (di seguito IVG): in quest'ultimo contesto, ricordano i giudici, il coinvolgimento del corpo della donna ha condotto la giurisprudenza costituzionale a ritenere «insindacabile» la «scelta politico-legislativa» di lasciarla «unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza, senza riconoscere rilevanza alla volontà del padre del concepito»³⁴. *Mutatis mutandis* da tale pronuncia emerge come la medesima Corte abbia «consentito che la volontà dell'uomo, in ordine al destino del concepito nella fase successiva alla fecondazione dell'ovocita, perda rilevanza giuridica nonostante la decisione della donna precluda la sua possibilità di essere padre».

A tali considerazioni si sommano quelle inerenti all'embrione, espressamente ritenute dalla Corte «complementari»³⁵ agli interessi della donna. I giudici, in proposito, ricordano come abbiano in precedenza affermato che la sua «dignità» sia «riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.»³⁶ e che l'embrione abbia «in sé il principio della vita»³⁷, da intendersi quale vita umana, in quanto «la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano»³⁸. L'embrione, proseguono i giudici, «viene infatti generato a motivo della speranza che una volta trasferito nell'utero dia luogo a una gravidanza e conduca alla nascita», per cui «quale che ne sia il, più o meno ampio,

³² In proposito è stato osservato come dopo la fecondazione si generi nella donna una concreta aspettativa di maternità (A. MENDOLA, *Tutela della vita prenatale e limiti all'autodeterminazione procreativa nella crisi coniugale*, in *Corr. giur.*, 7, 2021, 942).

³³ *Infra*, par. 3.1.

³⁴ [Corte cost., ord. n. 389 del 1988](#).

³⁵ Sul significativo uso di questo termine e sulle sue conseguenze, v. *infra* par. 3.1.

³⁶ Già citata [Corte cost., sent. n. 229 del 2015](#) in riferimento alla tutela della dignità dell'embrione anche ove si sia al cospetto di embrioni soprannumerari o malati (su tale pronuncia v. nota n. 29).

Più ampiamente, sulle annose questioni relative alla crioconservazione degli embrioni non utilizzati, cfr. S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., in part. 223 ss. nonché M.P. IADICICCO, *Procreazione umana*, cit., spec. par. I, cap. IV.

³⁷ [Corte cost., sent. n. 84 del 2016](#) con riguardo alla ricerca clinica o sperimentale sugli embrioni.

Sulla pronuncia cfr. B. BRANCATI, [Il complesso rapporto tra il giudice costituzionale e il dibattito extra-giuridico, in relazione al problema della ricerca scientifica sugli embrioni](#), in questa *Rivista*, 2016/II; C. CASINI E M. CASINI, *Soggettività dell'embrione, "contraccezione di emergenza", obiezione di coscienza: riflessioni dopo la sentenza costituzionale 84/2016*, in *Dir. di Fam. e delle Pers.*, 2016, 2, 863 ss.; A. COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca degli embrioni*, in *Giur. Cost.*, 2016, 2, 763 ss.; M. P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in [BioLaw Journal](#), 2, 2016, 83-196; P. SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*, in *Dir. pen. e processo*, 2016, 9, 1197 ss.

³⁸ In questo senso, come ricordato nella sentenza in commento, v. Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, C-34/10, sent. 18 ottobre 2011, *Brustle c. Greenpeace e V.*

riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»³⁹.

Ciò premesso, conclude la Corte, ove «si considerino la tutela della salute fisica e psichica della madre, e anche la dignità dell’embrione crioconservato, (...) risulta non irragionevole la compressione, in ordine alla prospettiva di una paternità, della libertà di autodeterminazione dell’uomo (...)); le tecniche di PMA mirano «a favorire la vita» ([sent. n. 162 del 2014](#)), volendo «assistere la procreazione – cioè la nuova nascita – e non la (sola) fecondazione, per cui non è precluso che la relativa disciplina possa privilegiare, anche nella sopraggiunta crisi della coppia, la richiesta della donna che, essendosi fortemente coinvolta, (...) sia intenzionata, anche dopo che sia decorso un rilevante periodo di tempo dalla crioconservazione, all’impianto dell’embrione»⁴⁰.

La Corte, infine, dichiara non fondata anche la censura formulata dal rimettente con riguardo all’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 8 CEDU. Ricorda, in proposito, come i giudici di Strasburgo, in questo ambito, abbiano più volte «rimarcato l’ampio margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati nel risolvere un dilemma a fronte del quale (...) qualsiasi soluzione adottata dalle autorità nazionali avrebbe come conseguenza la totale vanificazione degli interessi dell’una o dell’altra parte»⁴¹. I giudici costituzionali escludono quindi che, nella legislazione italiana, «l’irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell’embrione, (...), superi il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato (...)).

Chiarite le ragioni a sostegno dell’infondatezza, la Corte conclude la motivazione ponendo delle considerazioni che – a parere della scrivente – lasciano trasparire un certo grado di “imbarazzo”, dovuto alla consapevolezza delle gravi conseguenze derivanti dalla decisione in ordine al totale sacrificio di un fondamentale interesse coinvolto: la libertà di autodeterminazione dell’uomo in ordine alla scelta di diventare, o meno, padre.

Il Giudice costituzionale, infatti, afferma, da un lato, che «la previsione dell’irrevocabilità del consenso (...) mantiene un non insufficiente grado di coerenza anche nel nuovo contesto ordinamentale risultante dagli interventi» della Corte; dall’altro, conclude manifestando la sua piena consapevolezza in ordine alle significative «conseguenze che la norma (...) in ogni caso produce in

³⁹ Vengono richiamate, in argomento, le precedenti – e largamente ricordate – [sentenze nn. 84 del 2016](#) e [229 del 2015](#). In senso analogo, Corte EDU, Grande camera, sent. 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, in cui i giudici affermano: «*human embryos cannot be reduced to “possessions” within the meaning of that provision*».

⁴⁰ Sul punto la Corte prosegue chiarendo che tale conclusione non può essere contraddetta dall’interesse del nato a seguito di PMA a una stabile relazione con il padre, che si potrebbe ritenere ostacolata dalla sopravvenuta separazione dei genitori: «altro è la dissolubilità del legame tra i genitori, altro è l’indissolubilità del vincolo di filiazione, che è comunque assicurata, nella legge n. 40 del 2004, dai ricordati artt. 8 e 9». Del resto, proseguono i giudici, «la considerazione dell’ulteriore interesse del minore a un contesto familiare non conflittuale non può essere enfatizzata al punto da far ritenere che essa integri una condizione esistenziale talmente determinante da far preferire la non vita».

⁴¹ Il riferimento è alla nota sentenza della Corte EDU, 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito* avente ad oggetto un caso molto simile a quello oggetto del giudizio *a quo* ma segnato, come la stessa Corte costituzionale ricorda, dalla «decisiva differenza che la revoca del consenso da parte dell’uomo è espressamente consentita (e quindi non può generare un affidamento della donna) dalla legge inglese (come del resto avviene anche in altri ordinamenti, quali quelli francese e austriaco)». In proposito occorre ricordare come la Corte di Strasburgo, in diverse occasioni, abbia chiaramente affermato che in tali ambiti non possa sostituirsi al legislatore nazionale nella valutazione degli interessi in gioco, dovendosi limitare a giudicare se le legislazioni pongano una normativa ragionevole, con una puntuale valutazione e un attento bilanciamento dei diritti e degli interessi di tutti i soggetti coinvolti (Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*; Grande Camera, sentenza 3 novembre 2011, *S.H. and others c. Austria*). Inoltre, in ambiti analoghi a quelli oggetto della questione in commento, i giudici di Strasburgo hanno più volte chiarito come la Corte EDU debba sempre tener conto della peculiare delicatezza delle questioni trattate, soprattutto nei casi in cui siano coinvolte scelte etiche, non vi sia consenso generalizzato dei vari ordinamenti e il percorso della scienza medica sia ancora in evoluzione (sentenza 5 maggio 2022, *Lia c. Malta*; sentenza 2 ottobre 2012, *Knecht c. Romania*). Ancora in siffatti contesti, il margine di discrezionalità concesso agli Stati è da ritenersi più ampio (v., fra le molte, sentenza 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*; 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*; Grande Camera, sentenza 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*; la già menzionata sentenza 10 aprile 2007, Grande Camera, *Evans c. Regno Unito*).

capo all'uomo, destinato a divenire padre di un bambino nonostante siano venute meno le condizioni in cui aveva condiviso il progetto genitoriale», essendo altresì consapevole «che lo *status* di genitore comporta una modifica sostanziale dei diritti e degli obblighi di una persona, idonea a investire la maggior parte degli aspetti e degli affetti della vita».

Da qui il richiamo alle differenti soluzioni esistenti nel diversificato panorama – legislativo e giurisprudenziale – del diritto comparato, con un espresso riferimento alle recenti decisioni adottate dalla Corte israeliana, che ha subordinato la possibilità dell'impianto a determinate condizioni attinenti alla responsabilità genitoriale⁴² e, più di recente in senso analogo, dalla Corte costituzionale colombiana. Quest'ultima, a fronte della revoca del consenso alla PMA da parte dell'uomo, ha consentito l'impianto dell'embrione – ritenendo un eventuale diniego lesivo del diritto della donna all'autodeterminazione riproduttiva – tuttavia disponendo, al medesimo tempo, che l'uomo potesse mantenere l'anonimato e, dunque, senza che il suo apporto alla PMA potesse generare alcun rapporto di filiazione (salvo, naturalmente, decisione contraria)⁴³.

La consapevolezza in ordine alle discutibili conseguenze della decisione e, probabilmente, del forte disequilibrio che permane tra gli interessi coinvolti a fronte del mutato quadro normativo, conduce infine la Corte costituzionale italiana – nell'ultimo sintetico punto del *Considerato in diritto* – a richiamare la responsabilità del legislatore. I giudici concludono infatti la motivazione affermando che «nel nostro ordinamento, la ricerca, nel rispetto della dignità umana, di un ragionevole punto di equilibrio, eventualmente anche diverso da quello attuale, fra le diverse esigenze in gioco (...) non può che spettare primariamente alla valutazione del legislatore, alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale»⁴⁴.

3.1. *Considerazioni a margine della pronuncia. L'inesistenza di un punto di equilibrio derivante dalla giurisprudenza costituzionale*

Dalla decisione della Corte costituzionale emerge, dunque, chiaramente la consapevolezza dell'impossibilità di soddisfare tutti i delicati interessi confliggenti coinvolti nella questione: la dichiarazione di infondatezza sacrifica, in assoluto, la libertà di autodeterminazione dell'uomo nella scelta di non divenire padre per il tramite della irrevocabilità del consenso nonostante il venir meno dei presupposti di accesso alla PMA.

Sotto questo profilo, l'*iter* argomentativo della decisione – pur coerente nel suo complesso – non soddisfa fino in fondo.

Il primo rilievo concerne il rapporto di interdipendenza che appare legare l'interesse della donna e la dignità dell'embrione: solo congiuntamente considerati, infatti, tali interessi sembrano legittimare il sacrificio della libertà di autodeterminazione dell'uomo. A conferma del legame indissolubile tra tali interessi l'utilizzo, in riferimento a quest'ultimi, dell'aggettivo «complementari»⁴⁵, posto all'inizio del punto 12.2 del *Considerato in diritto* nonché il primo periodo del successivo punto 12.3,

⁴² Sulle pronunce della Corte israeliana, anche in materia di revoca del consenso in riferimento alla pratica della maternità surrogata, v. M. ACIERNO, *Tecniche di riproduzione assistita e revoca del consenso: una questione ancora insoluta*, in *Quaderno AIAF*, 2, 2015, 3 e, del medesimo Autore, *Il potere di disposizione sugli embrioni prima dell'impianto*, in *Questione Giustizia*, Milano, 3, 1999, 463.

Si veda altresì la più risalente pronuncia della Corte Suprema di Israele *Nahmani c. Nahmani* del 12 settembre 1996 su cui v. E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale di fronte*, cit., 133 ss.

⁴³ Corte costituzionale colombiana, [sent. T-357/22 del 13 ottobre 2022](#). Rilievi critici in ordine a tale soluzione sono espressi nel paragrafo successivo (*infra*, par. 3.1.)

⁴⁴ La Corte richiama sul punto la [sentenza n. 221 del 2019](#) con riguardo al divieto di accesso alle tecniche procreative per le coppie *same sex* femminili.

⁴⁵ Aggettivo che indica «ciò che serve di complemento, cioè di completamento, di integrazione: bene o interesse complementare, che serve allo scopo cui è destinato solo se impiegato unitamente a un altro» (*Enciclopedia Treccani*).

in cui la Corte utilizza espressamente tale unione per motivare il rigetto: «Ove (...) si considerino la tutela della salute fisica e psichica della madre, e anche la dignità dell’embrione crioconservato, che potrebbe attecchire nell’utero materno, risulta non irragionevole la compressione, in ordine alla prospettiva di una paternità, della libertà di autodeterminazione dell’uomo, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost.».

Tale complementarità non appare convincente sembrando di fatto negare che la tutela dei più volte menzionati interessi della donna posseggano, da soli, la forza sufficiente a legittimare il sacrificio dell’opposta libertà dell’uomo. È proprio questo peso attribuito alla dignità dell’embrione, come sostanziale e decisivo “ago della bilancia” della decisione, a non convincere nell’impostazione della motivazione. In effetti, un conto è sostenere che l’embrione abbia «in sé il principio della vita» ([sent. n. 84 del 2016](#)) e che non sia «certamente riducibile a mero materiale biologico» ([sentt. nn. 84 del 2016](#) e [229 del 2015](#)), altro è attribuirgli, come in questo caso appare, un valore con efficacia dirimente tra l’interesse della donna e quello dell’uomo.

Assai preferibile, dunque, sarebbe stata una motivazione puntualmente fondata sui richiamati interessi della donna e sulle argomentazioni a sostegno della loro preminenza; a questi, può certamente affiancarsi l’interesse della tutela della dignità dell’embrione ma non sino al punto di attribuirgli una posizione di complementarità tale da fondare, in sostanza, il rigetto della questione e il conseguente assoluto sacrificio della libertà di autodeterminazione dell’uomo.

Del resto, come la stessa Corte ricorda anche nella sentenza in commento, la giurisprudenza costituzionale ha da tempo affermato che «non esiste equivalenza fra (...) chi è già persona (...) [e chi] persona deve ancora diventare»⁴⁶. Tale impossibilità di equivalenza è inoltre deducibile dalla ricordata possibilità per la donna di rifiutare, in qualunque momento, l’impianto (nonostante l’originario consenso prestato alla PMA), così confermando l’inesistenza, in riferimento all’embrione, di un diritto a nascere.

A non persuadere, inoltre, è il ricordato parallelismo posto dal Giudice delle leggi tra PMA ed interruzione volontaria di gravidanza (IVG). Pur essendo consapevoli che tale correlazione è posta dalla Corte unicamente in una funzione prodromica alla legittimazione della mancata valenza del consenso dell’uomo, in ambiti così delicati appare preferibile non correre il rischio – neanche in astratto – di prestare il fianco a pericolose assimilazioni tra due situazioni profondamente differenti: da un lato, la sola esistenza di un embrione fecondato (e non impiantato) che, come affermato dalla stessa Corte, ha in sé solo «la speranza che una volta trasferito nell’utero dia luogo a una gravidanza e conduca alla nascita»; dall’altro l’IVG, in cui si è in presenza di una gestazione già pienamente in corso nel corpo della donna, spesso anche di diversi mesi. In altri termini, assimilare, seppur al solo

⁴⁶ [Corte cost., sent. n. 27 del 1975](#) avente ad oggetto il rapporto tra la tutela della madre e quella dell’embrione nell’ambito dell’interruzione volontaria di gravidanza. Dalla dignità riconosciuta dal Giudice delle leggi all’embrione non può derivare una sua qualificazione in termini di persona umana e, dunque, di essere titolare di diritti al pari degli altri soggetti coinvolti nelle tecniche di PMA (o di IVG).

Sulla portata della dignità riconosciuta all’embrione nel sistema costituzionale e sulle delicate questioni ad essa connesse, v. ampiamente, anche in riferimento alla dottrina richiamata, S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita*, cit. v., altresì, E. NAVARRETTA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, 1053 ss. la quale rileva che la sub-valenza della tutela del nascituro si giustifica con la scelta «a favore della persona già formata» pur precisando che, fuori da tale ambito «si deve sostenere la tutela piena dell’embrione, in tutto il raggio del suo peculiare statuto».

Una ricostruzione differente è offerta da F. D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., secondo cui l’attribuzione all’art. 1, comma 1, della legge n. 40 del 2004, «della soggettività al concepito, interpretata in coerenza con il costante indirizzo della Corte costituzionale (...)», comporta la «tutela della “sopravvivenza” dell’embrione “conteso” tra i due genitori quando, a seguito della sopraggiunta crisi della coppia, insorga un contrasto (...)»

In tale ambito occorre altresì ricordare come la Corte EDU, nella sentenza 16 gennaio 2018, *Nedescu c. Romania* abbia precisato che, pur non potendosi affermare che «l’embrione/feto» sia «una “persona” con il “diritto alla vita”», la «potenzialità di quell’essere e la sua capacità di diventare persona (...) richiedono protezione in nome della dignità umana» (v., altresì la già citata pronuncia della Grande Camera, *Parrillo c. Italia* del 27 agosto 2015).

citato fine, un embrione non impiantato a una gravidanza in atto appare assai rischioso, potendo condurre, nel futuro, a pericolose simmetrie tra il regime giuridico delle due, ben differenti, situazioni.

Volendo poi guardare la decisione da una differente prospettiva, si ritiene che la Corte avrebbe probabilmente goduto di un sufficiente margine di azione anche per adottare una soluzione di segno diverso, ritenendo che la norma censurata finisse per comprimere irragionevolmente la libertà di autodeterminazione dell'uomo, imponendo – in seguito ai più volte richiamati interventi giurisprudenziali – una “cristallizzazione” della sua volontà, anche per un significativo intervallo di tempo, a prescindere dal possibile cambiamento delle condizioni previste dalla legge n. 40 del 2004 in riferimento all'accesso alle tecniche PMA.

In ordine a tale esito, non ha certamente giovato il verso dell'addizione suggerito dal rimettente il quale, nonostante nell'*iter* argomentativo dell'ordinanza ponga più volte in risalto la centralità del venir meno dei presupposti soggettivi di accesso alla procedura, si limita a chiedere l'incostituzionalità della norma «quanto meno nella parte in cui non prevede, successivamente alla fecondazione dell'ovulo, un termine per la revoca del consenso».

Nessun rilievo è dunque attribuito, almeno nel *petitum*, al venir meno, per effetto del decorso del tempo, delle condizioni di accesso alle tecniche procreative relative al rapporto della coppia.

È pur vero che, dal percorso logico-giuridico compiuto nell'ordinanza e alla luce delle motivazioni addotte a sostegno dei dubbi di costituzionalità, emerge chiaramente come il rimettente, in realtà, non miri ad una manipolazione additiva volta ad ottenere un termine per la revoca successivo alla fecondazione (e precedente all'impianto), quanto, piuttosto, alla possibilità di superare l'irrevocabilità del consenso al venir meno delle condizioni soggettive che avevano legittimato l'accesso alla procedura.

Alla luce di tali considerazioni, il giudice *a quo* avrebbe dovuto chiedere alla Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità della norma censurata «nella parte in cui non prevede che l'uomo possa revocare il consenso nel caso in cui, in seguito alla fecondazione dell'ovulo e prima dell'impianto dell'embrione nell'utero della donna, siano venuti meno i requisiti di accesso alle tecniche».

Ciò detto, occorre tuttavia rilevare come, ormai da tempo, il Giudice delle leggi non si sottragga – ove lo ritenga necessario – a una rimodulazione del verso dell'addizione soprattutto se, come in questo caso, essa risulta chiaramente deducibile dagli argomenti edotti dallo stesso rimettente nel percorso argomentativo dell'ordinanza.

Con riguardo alle possibili ragioni a sostegno dell'accoglimento, già da tempo parte della dottrina ha rilevato come, se il legislatore del 2004 ha contemplato il legame della coppia quale indefettibile presupposto di accesso alla PMA, appare ragionevole ritenere che tale elemento sia considerato come un presupposto essenziale delle tecniche procreative la cui sussistenza deve esistere, non solo nel momento della fecondazione dell'embrione ma anche, in quello successivo, dell'impianto⁴⁷ (momenti sostanzialmente contestuali, è bene ricordarlo, prima della [sentenza n. 151 del 2009](#)), a conferma del comune progetto genitoriale dal quale discendono le ricordate responsabilità in ordine alla creazione dello *status filiationis*⁴⁸.

⁴⁷ V. E. QUADRI, *Se la situazione cambia: separazione personale dei coniugi e impianto di embrioni crioconservati*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2021, 3, 654 ss., il quale, quasi provocatoriamente, si chiede se «il venire meno dei requisiti richiesti dall'art. 5 (...) non sia da considerare di per sé stesso, sul piano oggettivo, senz'altro ostativo alla prosecuzione (...) dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., anche a fronte, quindi, di una eventuale volontà in senso favorevole degli interessati». In senso contrario P. BRUNESE, *La legge n. 40 del 2004*, cit., in cui si osserva che interrompere la PMA dopo la fecondazione sarebbe contrario «allo spirito» della legge «che fornisce una tutela massima all'embrione, proteggendo il suo interesse a nascere» (14-15).

⁴⁸ In argomento occorre altresì rilevare che il principio della revocabilità del consenso da parte dell'uomo, fino al momento antecedente all'impianto nell'utero della donna, sia contemplato in diversi ordinamenti dell'area europea come dimostrano le legislazioni inglese, austriaca e francese. Quest'ultima, inoltre, contiene una significativa specificazione proprio in riferimento alle conseguenze connesse al venir meno del rapporto di coppia, stabilendo che il deposito di una

Tale considerazione relativa alla centralità, o meglio, all'imprescindibilità dell'unione della coppia nell'impostazione della legge, sembra oltretutto confermata dall'assoluta impossibilità di accesso alle tecniche di PMA per le donne *single*, ipotesi che tuttavia, come si dirà a brevissimo, rappresenta un'auspicabile strada percorribile al fine di ribilanciare – almeno in parte – gli evidenti squilibri oggi presenti nella legge n. 40 del 2004, anche a seguito della [sentenza n. 161 del 2023](#)⁴⁹.

Tuttavia, prima di concludere sul punto, si pongono alcune ultime riflessioni in ordine agli effetti della decisione in commento. Come ricordato dalla stessa Corte, dal rigetto della questione discendono conseguenze assai significative sull'uomo obbligato, nell'ipotesi di esito positivo della procedura, «a divenire padre di un bambino nonostante siano venute meno le condizioni in cui aveva condiviso il progetto genitoriale»; inoltre, «lo *status* di genitore comporta una modifica sostanziale dei diritti e degli obblighi di una persona, idonea a investire la maggior parte degli aspetti e degli affetti della vita». Si tratta di conseguenze, è evidente, assai significative, idonee ad incidere fortemente anche sullo stato psicofisico dell'uomo (nonché, come si dirà, della donna e del futuro comune figlio)⁵⁰.

Ne discende, quantomeno, la necessità di rafforzare ulteriormente la disciplina relativa al consenso informato, prescrivendo al personale sanitario non solo la comunicazione relativa alla crioconservazione e all'irrevocabilità del consenso in seguito alla fecondazione ma imponendo, più puntualmente, un vero e proprio obbligo informativo – anche nella documentazione scritta – con riguardo alla circostanza per cui, in seguito alla [sentenza n. 161 del 2023](#), tale irrevocabilità resta ferma anche qualora siano venuti meno i presupposti di accesso alla PMA relativi all'unione della coppia.

Infine, dalla consapevolezza della Corte costituzionale in ordine ai significativi effetti della sua decisione e, forse, dalla non piena convinzione del quadro giuridico da essa derivante, sembra discendere il menzionato richiamo, nella parte conclusiva della motivazione, alle differenti soluzioni adottate in altri Stati. In tale contesto, l'unico riferimento esplicito è alle recenti decisioni assunte delle Corti israeliana e colombiana che, in vicende analoghe, hanno consentito l'impianto dell'embrione permettendo, tuttavia, l'assimilazione dell'*ex partner* a un donatore anonimo in seguito alla revoca del consenso alla PMA.

Pur non essendo questa la sede per entrare dettagliatamente nel merito di tali pronunce, sia qui consentito rilevare che una simile soluzione – almeno nel contesto della legislazione italiana – non sembra offrire un'adeguata risposta al fine riequilibrare tutti i delicati interessi in gioco.

In effetti, una modifica in questo senso, oltre a comportare una quasi integrale deresponsabilizzare dell'uomo in riferimento alle conseguenze derivanti dalla PMA – così vanificando le legittime aspettative della donna anche in ordine alla futura gestione del rapporto (bi)genitoriale⁵¹ – finirebbe per riversare la maggior parte degli effetti della revoca sullo *status* giuridico del futuro figlio, privandolo – nonostante il consenso originariamente espresso – di una figura genitoriale (con rilevanti conseguenze anche sotto il profilo economico).

Si tratta proprio di quegli effetti che, comportando un forte decremento di tutele dei figli nati all'esito della PMA, l'attuale legislazione italiana mira specificamente ad evitare stabilendo che essi assumono lo stato di figli nati nel matrimonio o riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà

domanda di divorzio o di separazione legale, nonché la cessazione della vita in comune, facciano venire meno la validità del consenso precedentemente prestato alla PMA.

⁴⁹ Ancora con riguardo all'esistenza di un possibile "margine" per l'accoglimento della questione, va tuttavia rilevato che, come noto, la Corte, quando ritenga che non possa dirsi evidentemente irragionevole la scelta compiuta del legislatore all'esito di bilanciamento, decida per il rigetto; ciò sempre in funzione del rispetto, nella misura più ampia possibile, della decisione politica. È pur vero che, nello specifico contesto della sentenza in commento, la normativa sia il risultato non tanto degli interventi legislativi quanto, piuttosto, delle precedenti manipolazioni della giurisprudenza costituzionale (ampiamente, *supra*. par. 2).

⁵⁰ *Infra*, par. 4.

⁵¹ Sul punto v. anche le riflessioni contenute nel successivo par. 4.

di ricorrere alla procedura (art. 8, l. n. 40 del 2004) e che, nelle ipotesi di PMA di tipo eterologo, il coniuge o il convivente che abbia espresso il consenso non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, né impugnare il riconoscimento per difetto veridicità (art. 9, comma 1).

4. *Un riequilibrio normativo necessario e possibile: l'accesso alla PMA per le donne single*

In considerazione delle riflessioni sinora proposte, la soluzione per ricomporre – almeno in parte – il disequilibrio venutosi a creare anche a seguito della sentenza in commento, consentendo di tutelare il diritto della donna alla filiazione e, al contempo, la libertà di autodeterminazione dell'uomo a non divenire padre, non può che essere assai differente e chiama necessariamente in causa, a parere della scrivente, il legislatore⁵².

Il riferimento è alla necessità che la normativa italiana, al pari di diversi Stati dell'area eurounitaria, consenta l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle donne *single*. In proposito, giova rilevare come, nella decisione in commento, venga correttamente precisato che un'eventuale revoca del consenso da parte dell'uomo risulterebbe ancora più grave «qualora, a causa dell'età (...) non residuasse più la possibilità di iniziare un nuovo percorso di PMA, con una preclusione, a questo punto, assoluta della propria libertà di autodeterminazione in ordine alla procreazione».

È evidente, in effetti, come nel caso di specie⁵³ – e in quelli analoghi in cui la donna ha un'età avanzata rispetto al progetto di filiazione – l'unica opportunità per divenire madre sia procedere, forzatamente, con l'impianto dell'embrione fecondato con il precedente *partner*, non residuando alcuna ulteriore alternativa di accesso alla PMA essendo quest'ultima subordinata all'esistenza di uno stabile rapporto di coppia⁵⁴. Ciò, oltre a condurre alle più volte esposte conseguenze negative sull'uomo, non può che ripercuotersi, in maniera assai significativa, anche sullo stato psicofisico della donna (costretta ad avere un figlio con uomo che vorrebbe rinunciare alla paternità e con il quale è venuto meno ogni rapporto affettivo) nonché, di riflesso, sul nato a seguito della PMA consapevole della paternità non desiderata e, di conseguenza, imposta dalla madre⁵⁵. Si tratta, con tutta evidenza, di un panorama da cui sembra residuare davvero poco spazio per la tutela della dignità dei diversi soggetti coinvolti e destinato ad avere perduranti e significative ripercussioni sul loro stato psicofisico nel corso della vita.

⁵² In proposito vale la pena ricordare che, in riferimento al diverso ma connesso tema dell'omogenitorialità, in dottrina è stato rilevato come il Giudice delle leggi «riconosce che esistono, in alcune materie di particolare rilevanza etica, spazi che la Costituzione non “copre”, lasciando una relativa libertà al legislatore, e rifiuta di potersi sostituire a quest'ultimo. È semmai il legislatore rappresentativo a doversi porre quale interprete della coscienza sociale, ad avere le “antenne” per intercettarla e tradurla – o non tradurla, se una tale sensibilità non sia né diffusa né “riconoscibile” o sia di segno contrario a quello che alcuni auspicano – in atti normativi» (N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in federalismi.it, 27 gennaio 2021, 11).

⁵³ Nella fattispecie da cui trae origine il giudizio *a quo* la ricorrente aveva intrapreso il percorso di PMA all'età di quarantadue anni e, dunque, al momento della decisione della Corte costituzionale ne ha quarantotto.

⁵⁴ Ben diversa sarebbe l'ipotesi in cui, nonostante l'età avanzata, fosse concesso alle *single* di accedere alle tecniche di PMA: le donne avrebbero così la possibilità di intraprendere, nel tempo ancora disponibile derivante dall'età, un nuovo percorso di procreazione senza necessità di imporre la propria scelta al precedente *partner* o di formare un nuovo stabile rapporto di coppia.

⁵⁵ Tali riflessi negativi sul nato – e sulla sua vita – sembrano contraddire anche quanto prescritto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989) la quale declina uno specifico e pieno diritto del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione (v., in particolare, artt. 3 e 7).

Ben diversa, invece, sarebbe l'ipotesi in cui fosse consentito alla donna, al pari di altre legislazioni presenti in Europa, di accedere autonomamente alle tecniche di PMA⁵⁶ e di instaurare un autonomo rapporto di filiazione con il nato la cui situazione giuridica sarebbe, dunque, assimilabile a quella dei numerosi figli riconosciuti in Italia da un unico genitore (ipotesi che già rientra nelle famiglie c.d. monogenitoriali)⁵⁷.

Potrebbe obiettarsi, al riguardo, che tale soluzione non sarebbe differente da quella contenuta nella richiamata (e qui contestata) decisione della Corte costituzionale colombiana.

Il rilievo non sembrerebbe tuttavia cogliere nel segno: le due alternative risultano profondamente differenti soprattutto in ordine all'assai diverso grado di consapevolezza della donna che si sottopone agli incisivi trattamenti di PMA. Nella soluzione proposta – accesso alla PMA per le donne *single* – la scelta in ordine alla decisione di divenire madre viene assunta singolarmente, e in maniera pienamente consapevole, dalla donna *ab origine*; nessun affidamento – a differenza del caso deciso dal Giudice colombiano – viene dunque riposto sul consenso dell'uomo alla PMA nonché sul suo futuro coinvolgimento, anche di natura economica, nella crescita del figlio.

In altri termini, nell'ipotesi qui proposta la donna si sottoporrebbe a «quel forte investimento fisico ed emotivo»⁵⁸ determinato dalla PMA, non in virtù dell'affidamento in lei generato dal consenso (poi revocato) dell'uomo al comune progetto genitoriale, quanto esclusivamente in ragione della sua libertà di autodeterminazione in ordine alla volontà di divenire madre e, dunque, nella piena consapevolezza, sin dall'inizio, di formare una famiglia monogenitoriale.

Del resto, l'esistenza di un vero e proprio diritto di accesso alla PMA per le donne *single* – sia pure con differenti presupposti e modalità – è ormai riconosciuto in diversi Paesi dell'area europea tra i quali figura, da ultimo, la Francia che ha approvato una riforma in tal senso nel giugno del 2021⁵⁹. Ciò porta con sé un'ulteriore conseguenza che non può essere ignorata: per eludere il divieto posto dalla normativa italiana, molte donne si recano in uno dei Paesi in cui tale accesso è consentito ma questo, a ben vedere, determina un significativo elemento di discriminazione in riferimento a quelle persone che, pur avendo maturato un saldo desiderio di maternità, non dispongono dei sufficienti mezzi economici per affrontare la lunga procedura oltreconfine. Si tratta di una riflessione che, evidentemente, chiama in causa anche il principio di uguaglianza sostanziale il quale, come noto, impone allo Stato di rimuovere ogni ostacolo di ordine economico sociale che impedisce, di fatto, il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)⁶⁰.

L'auspicio, dunque, è quello di una riforma che – anche al fine di ovviare alle diverse criticità in questa sede emerse – sappia ridisegnare una normativa in materia di PMA che cessi di ruotare esclusivamente attorno alla “coppia”, al fine di garantire un sistema che, in conformità alla giurisprudenza costituzionale e in coerenza con i fini della legge n. 40 del 2004, sia realmente volto

⁵⁶ Si tratterebbe, evidentemente, di un'ipotesi di PMA di tipo eterologo, pratica già consentita nella legislazione italiana anche grazie ai più volte richiamati interventi manipolativi del Giudice costituzionale (*supra*, nota n. 8).

⁵⁷ Un approfondito studio in ordine alla posizione assunta dai figli nel sistema costituzionale, anche in relazione ai significativi cambiamenti intervenuti nella nozione di “famiglia”, è contenuto in F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli, 2019.

⁵⁸ [Corte cost., sent. n. 161 del 2023](#).

⁵⁹ Tra i Paesi che, secondo diverse modalità e limiti, consentono l'accesso alle tecniche PMA anche alle donne *single* figurano: il Regno Unito, l'Irlanda, la Spagna, il Portogallo, la Germania, la Grecia, il Belgio, la Danimarca, la Finlandia e la Svezia.

⁶⁰ È un problema che si pone anche in relazione alle coppie del medesimo sesso, portando con sé l'ulteriore drammatica questione relativa al mancato riconoscimento di entrambe le figure genitoriali nell'atto di nascita dei figli registrati in Italia (su cui v. la precedente nota 8).

In argomento, anche per un'analisi della recente giurisprudenza costituzionale al riguardo, si rinvia a S. TALINI, *Unioni civili, omogenitorialità e Costituzione*, cit. nonché all'ampia indagine contenuta in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M. M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017, 300 ss.

«a favorire la vita»⁶¹, non solo attraverso la tutela della dignità embrione ma, soprattutto, garantendo a un numero sempre più ampio di persone un effettivo accesso al diritto alla filiazione⁶².

⁶¹ Più volte richiamata [Corte cost., sent. n. 162 del 2014](#), su cui v. nota 8.

⁶² Non sembra questa, purtroppo, la direzione intrapresa dal legislatore con le iniziative legislative più recenti. Basti pensare al disegno di legge sul c.d. reato universale, già approvato dalla Camera dei deputati il 26 luglio 2023, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero dal cittadino italiano per il tramite della modifica dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004, la cui introduzione è stata definita «di chiara ispirazione propagandistica, di evidente matrice identitaria, nonché priva di ogni utilità sul piano concreto» (G. LUCCIOLI, *Il totem del “reato universale” e quei bambini dimenticati dal Parlamento*, in [Questione Giustizia](#), 4 settembre 2023; in argomento cfr. anche M. D'AMICO, *Il “reato universale” di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in [Rivista AIC](#), 4, 2023, 1° agosto 2023 nonché E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale di fronte*, cit., 136).