

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 2/2024

Data: 2 aprile 2024

***Le Genitorialità basata solo sul consenso e diritto alla vita e alla dignità
dell’embrione. Ancora una questione eticamente complessa sottoposta alla Corte
costituzionale****

di Chiara Ingenito – Dottore di ricerca, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

TITLE: Parenting based only on consent and the right to life and dignity of the embryo. Another ethically complex question submitted to the Italian Constitutional court

ABSTRACT: Con la pronuncia in esame la Corte Costituzionale affronta la complessa questione dell’irrevocabilità del consenso dell’uomo all’impianto dell’embrione, quando l’unitario progetto di vita della coppia è venuto meno a causa della crisi coniugale. Si tratta della questione di legittimità costituzionale dell’art. 6, comma 3 ultimo periodo, della l. n. 40/2004, per violazione degli artt. 2, 3, 32 Cost. e 8 Cedu in relazione all’art. 117 Cost.. La Corte, nel ricostruire la propria giurisprudenza in tema di fecondazione eterologa, spiega perché, nel bilanciamento tra la tutela della salute psico-fisica della donna, la dignità dell’embrione e la libera autodeterminazione dell’uomo a poter revocare il consenso, la tutela di quest’ultima debba venir meno, rimettendo al Legislatore l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra le diverse esigenze in gioco in questioni che afferiscono temi eticamente sensibili.

With the ruling in question, the Constitutional Court examines the complex question of the irrevocability of the man’s consent to the implantation of the embryo when the couple's unitary life

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della Rivista.

plan has failed due to the marital crisis. The Court addresses the question of constitutional legitimacy of the art. 6 paragraph 3 last sentence of the law. n.40/2004 for violation of articles. 2, 3, 32 Constitution and 8 ECHR in relation to the art. 117 of the Constitution, reconstructing its jurisprudence on the subject of heterologous fertilization, protection of the psycho-physical health of the woman and the dignity of the embryo, explaining why in balancing with the free self-determination of the man to be able to revoke the consent this must fail, but giving the last word to the Legislator regarding the identification of the balance point to be found when dealing with issues that concern ethically sensitive topics.

KEYWORDS: procreazione assistita; dignità dell’embrione; salute della donna; consenso; responsabilità; procreazione; assisted procreation; dignity of the embryo; women's health; consent; responsibility; procreation

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La questione all’attenzione della Corte– 3. I nodi della pronuncia. – 4. Il ruolo del consenso nella PMA – 4.1. Consenso e principio di eguaglianza tra uomo e donna 4.2. Consenso e autodeterminazione dell’uomo 4.3. Consenso e *status filiationis* 4.4. Consenso e dignità dell’embrione 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Con la pronuncia n.161/2023,¹ la Corte costituzionale affronta, ancora una volta, il tema della procreazione medicalmente assistita² soffermandosi, in particolare, sul ruolo del consenso alla

¹ Oggetto fin qui, a quanto consta, del commento a prima lettura di CRIVELLI E., *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova “scelta tragica”: l’irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA*, *Federalismi.it*; TALINI S., *Diritto all’impianto e revoca del consenso del padre. Nel “labirinto” della legge n. 40 del 2004*, negli *Studi 2023 di Consultaonline*, 883; NICCOLAI S., *Una decisione di infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore? Scelte tragiche e tragiche non scelte in Corte cost. n. 161/2023*, in *Diritti Comparati*; CONTE R., *L’irrevocabilità del consenso dell’uomo all’impianto dell’ovulo fecondato: problemi costituzionali e prospettive. Brevi note a Corte cost.*, 24 luglio 2023, n. 161, in *Questione Giustizia*.

² SANTOSUOSSO F., *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, Giuffrè, 2004, 156 ss.; STANZIONE P., SCIANCALEPORE G., (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; BRUNESE P., *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Napoli, 2022; AGOSTA S., *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell’embrione*, Roma, 2020; ANGELINI F., *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,

fecondazione dell'ovulo. In particolare, la Corte affronta la problematica della irrevocabilità³ del consenso da parte dell'uomo e dell'importanza che tale irrevocabilità assume quando il progetto di coppia (che in origine aveva espresso il consenso alla fecondazione dell'ovulo) viene meno.

Quella in esame è certamente una decisione importante perché, in primo luogo affronta il ruolo del consenso nella PMA, inteso come una tipologia di consenso che ha una portata diversa ed ulteriore rispetto a quello ascrivibile al “consenso informato” ai trattamenti sanitari perché esso incide sulla creazione di una nuova vita (oltre che fondare lo *status filiationis*) e sulla *messa in opera* di un diritto alla genitorialità⁴ e, come si vedrà in senso critico, alla bigenitorialità⁵. Sul punto, questa sentenza si colloca nel panorama delle recenti pronunce, come quella in tema di cognome della famiglia, in cui la Corte approfondisce il valore che l'espressione dell'autodeterminazione e della libertà degli individui data dal consenso deve assumere in decisioni particolarmente delicate.

In secondo luogo, la pronuncia mette in evidenza il *coraggio* con cui la Consulta si dichiara consapevole dell'impossibilità di soddisfare tutti i delicati interessi confliggenti coinvolti nella questione: con la propria dichiarazione di infondatezza la Corte di fatto *mortifica*, in assoluto, la libertà di autodeterminazione dell'uomo nella scelta di non divenire padre per il tramite della irrevocabilità del consenso. In tal modo la Consulta sottolinea come il nostro, a differenza di altri ordinamenti europei, non tiene nella dovuta considerazione il venir meno della coppia genitoriale,

2020; LIBERALI B., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017 ed anche IADICICCO M. P., *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020.

³ Per spunti di tipo costituzionalistico e civilistico in ordine all'irrevocabilità del consenso, FERRANDO G., *Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni in vitro, dissenso del marito*, in *Nuova Giur. Civ.*, n.3/2021, p. 649 ss; LIBERALI B., *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n.3/2021, p. 505 ss.; ORESTANO A., *Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione*, in *Giur. It.*, n.12/2021, p. 2610 ss.; VILLANI R., *Trasferimento degli embrioni crioconservati e separazione personale tra coniugi*, in *Nuova Giur. Civ.*, n.3/2021, p. 586 ss.

⁴ BALDINI V., *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, www.dirittifondamentali.it, 15/09/2014 il quale riferisce di “un diritto fondamentale ad essere genitori” specificando come “il diritto a voler essere genitori rappresenta un'espressione essenziale della libertà di autodeterminazione di cui al combinato disposto degli artt. 2, 3 e 31 Cost.”; SESTA M., *Diritto alla genitorialità: presupposti e limiti*, in *I modelli familiari tra diritti e servizi*, 2005; VALONGO A., *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, in *Quaderni di diritto delle successioni e della famiglia*, 2017.

⁵ Il diritto alla bigenitorialità o alla doppia genitorialità si osserva dal punto di vista del minore, quale diritto “*ad avere una famiglia normale, nella quale egli possa essere allevato e guidato dalla presenza amorevole di due genitori... che si assumono la responsabilità della procreazione*”. In tal senso, nel caso di specie la separazione e poi il divorzio tra i due aspiranti genitori incide direttamente su tale aspetto. SANTOSUOSSO F., *La procreazione medicalmente assistita, commento alla legge n. 40/2004*, Milano, 2004, 47.

quale *sopravvenienza esistenziale*, che modifica la situazione personale e familiare sussistente al momento iniziale dell'applicazione delle tecniche di p.m.a.⁶. Infine, con la pronuncia in commento la Corte viene messa al cospetto di una "scelta tragica" rispetto a cui fa un espresso richiamo al legislatore, perché si attivi e risolva la questione a livello legislativo.

2. La questione all'attenzione della Corte

Con ordinanza del 5 giugno 2022 il Tribunale ordinario di Roma ha sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 2, 3, 13, comma 1, 32, comma 2, e 117, comma 1, (quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu), dell'art. 6, comma 3 ultimo periodo, della legge n. 40/2004, nella parte in cui afferma che la volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita "*può essere revocata da ciascuno dei soggetti ... fino al momento della fecondazione dell'ovulo*". Ad avviso del rimettente, infatti, la norma non prevede un termine successivo alla fecondazione dell'ovulo, entro il quale, sulla base di determinate circostanze, sia possibile revocare il consenso.

Nello specifico, la questione si origina dal caso di due coniugi che avevano assentito alla crioconservazione di un embrione formatosi a seguito di fecondazione, al fine di permettere l'esecuzione della biopsia, in vista del futuro impianto. A seguito di alcune complicazioni, l'impianto era stato differito nel tempo e, nelle more, le parti erano addivenute ad una separazione consensuale. Nonostante ciò, la donna aveva poi chiesto alla struttura sanitaria di procedere all'impianto, ma, l'uomo, dopo aver chiesto il divorzio, aveva revocato formalmente il consenso all'applicazione delle tecniche di PMA. Pertanto, la donna aveva presentato ricorso ex art. 702 bis c.p.c. al fine di ottenere la condanna della struttura sanitaria all'impianto dell'embrione, poiché la revoca, avvenuta dopo la fecondazione dell'ovulo, non sarebbe consentita dalla norma censurata.

⁶ QUADRI E., *Se la situazione dei coniugi cambia: separazione personale dei coniugi e impianto di embrioni crioconservati* in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 16-bis, junio 2022.

3. I nodi della pronuncia

Al fine di comprendere i principali nodi della pronuncia in esame, è opportuno ripercorrere, seppur brevemente, alcuni essenziali interventi della Corte costituzionale che hanno riguardato la PMA, in particolare quelli, che possiamo definire delle *grandi rivoluzioni*, in ordine all'apertura del nostro ordinamento alla fecondazione eterologa e il venir meno del divieto di crioconservazione, tenendo ben a mente, perché è questo uno dei punti centrali della sentenza che si commenta, che ciascun intervento è rimasto cristallizzato nella giurisprudenza della Corte, senza venir trasposto in una modifica legislativa della legge n. 40/2004.

Con le sentenze della Corte costituzionale nn. 151/2009 e 96/2015 il divieto di crioconservazione degli embrioni è venuto meno e quindi oggi la norma sull'irrevocabilità del consenso opera in un contesto diverso, nel senso che il trasferimento in utero dell'embrione potrebbe avvenire dopo anni, tanto che potrebbe mutare sia l'assetto familiare (come nel caso di specie), sia i presupposti della legge n. 40 per accedere alle tecniche di PMA. Ora, l'esistenza di una situazione diversa tra i partner non può non incidere sulla loro scelta di assumere il ruolo genitoriale. Ciò condiziona fortemente la c.d. responsabilità della procreazione⁷ in quanto essa, dalla creazione dell'embrione al trasferimento in utero, può mutare nel senso che uno dei coniugi potrebbe non sentirsela più di diventare genitore, sebbene di fatto abbia già partecipato al progetto genitoriale con la creazione dell'embrione. Ciò è strettamente legato al libero esercizio della funzione procreativa⁸, nel senso che, se si ritenesse che il *diritto* di procreare⁹ trova la propria fonte all'art. 2 Cost., allora il diritto di procreare (e la responsabilità ad esso connesso) sarebbe già immanente all'individuo, quale diritto fondamentale; diversamente, se si ritenesse che la fonte della procreazione (in questo caso artificiale) vada rintracciata nell'art. 13 Cost., essa andrebbe collegata alla libertà personale intesa

⁷ SALVATORE B., *Status filiationis e procreazione medicalmente assistita*, in *Liber Amicorum per Paolo Pollice*, II, scritti raccolti da FABRICATORE C., GEMMA A., GUIZZI G., RASCIO N., SCOTTI A., Giappichelli, 2020, 963. Si richiama anche Cass. civ., 15/05/2009 n. 13000. Tale responsabilità va intesa come accoglienza che fonda la filiazione stessa, come fonte unica dello stato di figlio. FERRANDO G., *Procreazione assistita e genitorialità*, cit., 156.

⁸ AGOSTA S., *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano, 2021, 1; CELOTTO A., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in CELOTTO A., ZANON N., (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004.

⁹ MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

da alcuni come “*libertà di determinarsi senza vincoli nella sfera personale e dunque anche nella sfera procreativa*”¹⁰.

Dunque, la Corte interviene in tema di consenso e si domanda se la sua irrevocabilità prescritta all’art. 6, comma 3, di fatto possa ledere la libertà di autodeterminazione sulla decisione di non diventare genitore, violando così l’art. 2 Cost. e l’art. 8 Cedu. Non solo, la Corte si interroga anche sulla violazione degli artt. 3 e 13, comma 1, Cost. ove, consentendo che la donna possa chiedere l’impianto nonostante il dissenso dell’uomo, di fatto, l’art. 6 costringerebbe, in modo irragionevole, questi a diventare genitore contro la propria volontà, minandone quindi la libera autodeterminazione.

Correlativamente, va valutata la violazione dell’art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento, ove l’irrevocabilità della volontà realizzerebbe un sacrificio della libertà individuale dell’uomo dal momento che invece la donna può sempre rifiutare il trasferimento nell’utero dell’embrione la cui imposizione, diversamente, sarebbe lesiva della sua integrità psicofisica. Rispetto alla possibile violazione dell’art. 32 Cost., la norma dell’art. 6, comma 3, si porrebbe in contrasto con tale previsione ove implicherebbe l’assoggettamento dell’uomo ad un trattamento sanitario obbligatorio, quando egli non intende più valido il consenso a tale trattamento.

La Corte, con la sentenza in esame, ritiene che le censure formulate in riferimento agli artt. 13, comma 1, e 32, comma 2, Cost. siano inammissibili per omessa motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale. Affermare che il consenso costituisce un presupposto legittimante dell’intervento medico (per cui l’art. 6, assoggetta di fatto l’uomo a un trattamento sanitario obbligatorio) non basta a spiegare le ragioni per cui l’impianto che incide sul corpo della donna si tradurrebbe in un trattamento sanitario per l’uomo incidendo sulla sua salute psicofisica.

Rispetto al merito, invece, la Corte si sofferma sul mutato contesto della procreazione assistita, influenzato soprattutto dalla giurisprudenza della Corte stessa. Sul punto, è necessario ricostruire il dibattito giurisprudenziale al fine di ragionare *sull’inattualità* della previsione dell’art. 6, comma 3 ult. periodo.

¹⁰ SCIA F., *Procreazione medicalmente assistita e status del generato*, Napoli 2010 e per la dottrina privatistica, COSSU C., *La filiazione legittima e naturale*, in *La famiglia*, III, (a cura di) CENDON P., *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2000.

4. Il ruolo del consenso nella PMA

La Corte nella pronuncia in esame concentra la propria attenzione sul ruolo del consenso come perno centrale su cui si snoda tutta la disciplina della PMA.

Va premesso che la legge n. 40/2004 prevedeva che il trasferimento degli embrioni in utero dovesse verificarsi entro pochi giorni dal ciclo della loro sopravvivenza: la loro crioconservazione era infatti vietata (art. 14, comma 1) ed era consentita in via eccezionale per gravi ragioni (art. 14, comma 3).

Se quindi il *trasfert* avveniva entro pochi giorni era impossibile che cambiassero le condizioni soggettive della coppia. La *ratio* di tale previsione era quella di garantire che il progetto genitoriale della coppia fosse saldamente esistente tra la prestazione del consenso (garantito da una informativa oltre che dal diritto di ripensamento in un tempo non inferiore a 7 giorni) e l'impianto. In tal modo sembrava che l'unione fosse da considerarsi essa stessa un presupposto essenziale della PMA. Tuttavia, con la sentenza n. 151/2009¹¹, la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, limitatamente alle parole "*ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre*" e dell'art. 14, comma 3, "*nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna*". A seguito di tale pronuncia, nel 2015 con la sentenza n. 96¹² la Corte è nuovamente intervenuta sul tema, introducendo un'ulteriore deroga del diritto di

¹¹ DI GENIO G., *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in Forum di quaderni costituzionali, 2009; TRUCCO L., *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in Rubrica Studi di Consulta OnLine; CHINNI D., *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in Rubrica Studi di Consulta OnLine; AGOSTA S., *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)* in Forum di Quaderni Costituzionali, 2009.

¹² MALFATTI E., *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, Studi, 2015/II, 533 ss.; REPETTO G., *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in Diritti Comparati; GIACOMINI M., *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in Forum di Quaderni Costituzionali; TRIPODINA C., *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; PENASA S., *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, in Forum di Quaderni Costituzionali; Patroni Griffi A., *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in Rivista AIC; PELLIZZONE I., *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; NARDOCCI C., *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in Bio-Law Journal - Rivista di BioDiritto; VIGANÒ F., *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie*

crioconservare gli embrioni poiché, al fine di consentire la diagnosi preimpianto sugli stessi, di fatto si sono allungati i tempi precedenti all’impianto. Ciò per tutelare maggiormente la donna ed il suo esercizio del diritto ad una procreazione più consapevole ove la diagnosi preimpianto le consente di acquisire un’informazione preliminare sulle condizioni dell’embrione, evitando di assumere solo dopo (ed inevitabilmente) una decisione pregiudizievole per la vita dell’embrione.

Le decisioni della Corte sopra richiamate hanno fortemente inciso sul consenso dell’art. 6, comma 3, che ha mutato radicalmente il proprio volto: prima l’arco di tempo tra il momento in cui veniva prestato e l’impianto era brevissimo, mentre invece adesso si è realizzata una rilevante dissociazione temporale che la Corte stessa definisce “*significativa*”¹³ tra il consenso e il trasferimento in utero. In un certo senso quindi è stata proprio la giurisprudenza della Corte ad aver “*determinato l’espansione della tecnica della crioconservazione e la conseguente possibilità di una significativa dissociazione temporale tra il consenso prestato alla PMA e il trasferimento in utero dell’embrione, anche quando medio tempore è dichiaratamente e irreversibilmente venuto meno il comune progetto di genitorialità*”¹⁴.

È rispetto a tale profilo che la Corte, nella sentenza in commento, affronta l’aspetto più delicato della questione, affermando che il decorso del tempo durante cui è venuto meno il progetto della coppia *si scontra* con l’irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell’ovulo, involgendo quelle che sono definite le c.d. scelte tragiche¹⁵. Vi sono infatti diversi interessi confliggenti che non si possono adeguatamente soddisfare, quali appunto la tutela della salute psicofisica della donna e la sua libertà di autodeterminazione a divenire madre e la libertà ed autodeterminazione dell’uomo a non divenire padre, oltre alla dignità dell’embrione e i diritti del nato a seguito di PMA.

La “*tragicità*” delle scelte è rinvenibile sotto diversi profili, rispetto sia alla posizione della donna, sia dell’uomo e sia dell’embrione. In particolare, in un caso analogo, la giurisprudenza di merito aveva già posto in luce un particolare aspetto, ovvero il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, concentrando l’attenzione sul progetto genitoriale, aveva rilevato come alle asserite problematiche psicologiche che l’uomo subirebbe per il rifiuto di portare avanti il progetto di

geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU), in Diritto Penale Contemporaneo.

¹³ 9.2. Cons. in diritto.

¹⁴ CRIVELLI E., *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, 7.

¹⁵ BOBBIT P., CALABRESI G., *Scelte tragiche. Giuristi stranieri di oggi*, traduzioni di MAZZONI C. E VARANO V., Milano, 1986.

filiazione con una donna con la quale non sussiste più un progetto di vita comune, corrispondono analoghe problematiche per l'altra componente della coppia, *«per non vedere realizzato il progetto di filiazione nonostante l'affidamento determinato dal consenso e l'avvenuta fecondazione»*.

Già in precedenza la Corte, con la pronuncia n. 84 del 2016¹⁶, si era trovata al cospetto di una scelta difficile rispetto al divieto di ricerca clinica e sperimentale sull'embrione, non finalizzata alla tutela dello stesso. In tale pronuncia, la Corte venne posta di fronte ad una scelta che riguardava da un lato il rispetto del principio della vita (che è presente nell'embrione, pur affetto da patologia) e dall'altro le esigenze della ricerca scientifica. La Corte dichiarò la questione inammissibile, riconoscendo nel legislatore l'unico in grado di comporre gli interessi opposti, come poi in parte avviene anche nella pronuncia in esame.

Veniamo adesso all'analisi della particolare tipologia di consenso alla PMA. La disciplina del consenso alla sottoposizione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita merita una particolare attenzione da parte dell'interprete per la peculiarità che tale manifestazione di volontà acquista nella vicenda generativa e nella formazione del vincolo di filiazione.

La sua importanza, infatti, travalica il pur delicato aspetto dell'assenso ad un trattamento sanitario sulla salute psicofisica dei soggetti perché si proietta verso l'assunzione di una genitorialità responsabile e consapevole. In altre parole, è su tale consenso che si fonda l'esistenza stessa di una genitorialità che, a differenza di quella naturale, è puramente volontaristica e, in quanto tale, sembra un paradosso che il consenso sia in grado di imbrigliarla quando, come nel caso in esame, l'uomo decide di non voler andare avanti nel progetto genitoriale. Per questa ragione, si tratta di un consenso che fonda il rapporto di filiazione e la genitorialità, nel senso che, senza di esso, l'embrione potrebbe non venire neppure ad esistenza. È proprio per questo che il legislatore della legge n. 40 ha inserito la previsione di tale consenso e lo ha qualificato come irrevocabile, perché esso garantisce che, a seguito della tecnica di PMA, venga ad esistenza un essere umano. Tuttavia, nel caso di specie, la Corte viene chiamata a valutare proprio quali diritti e principi tale consenso irrevocabile condiziona e limita e in che misura, sia rispetto alla posizione dei genitori sia dell'embrione.

¹⁶ BRANCATI B., *Il complesso rapporto tra il giudice costituzionale e il dibattito extra- giuridico, in relazione al problema della ricerca scientifica sugli embrioni*, in *Consultaonline*, 2016.

4.1. Consenso e principio di eguaglianza tra uomo e donna

Viene prospettata alla Corte una presunta violazione del principio di eguaglianza sotto il profilo della disparità di trattamento tra uomo e donna, in quanto l'irrevocabilità del consenso sacrificerebbe solo la libertà individuale dell'uomo, mentre la donna rimarrebbe sempre libera di rifiutare il trasferimento in utero dell'embrione.

È l'evidente diversità di situazioni tra uomo e donna rispetto alla gravidanza ad escludere la violazione del principio di uguaglianza e per questo la Corte ritiene la questione non fondata. Sul punto l'argomentazione è molto chiara: il trasferimento nell'utero dell'embrione si tradurrebbe per la donna in un vero e proprio trattamento sanitario che non le può essere imposto in coerenza con quanto prevedono gli artt. 1, commi 1 e 5, della l. 219 del 2017 sul consenso informato e l'art. 5 della Convenzione di Oviedo (ratificata e resa esecutiva in Italia con l. n. 145 del 2001), sulla protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano, riguardo all'applicazione della biologia e della medicina. Sulla base di tale assunto, la posizione della donna e dell'uomo in PMA non può essere equiparabile, perché la donna deve vedersi riconosciuto il diritto di rifiutare l'impianto, altrimenti si avrebbe un trattamento obbligato contrario alla tutela della sua integrità psico-fisica. Diversa la posizione dell'uomo, rispetto al quale non si può ravvisare l'imposizione di alcun trattamento sanitario né l'utilizzo del proprio corpo in modo contrario alla sua dignità e umanità. Ora, alla luce dell'eterogeneità delle due situazioni, si deve escludere la violazione del principio di eguaglianza laddove, come noto, esso viene compromesso se situazioni sostanzialmente identiche vengono trattate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alla diversa disciplina corrispondono situazioni non assimilabili¹⁷.

Correlativamente, rispetto alla posizione della donna va anche considerato che, nell'accedere alle tecniche di PMA, è il suo corpo ad essere coinvolto in modo immediato e diretto, in maniera molto più rilevante rispetto all'uomo: intanto viene sottoposta a cicli di stimolazione ovarica, poi al prelievo dell'ovocita che consiste in un trattamento sanitario molto invasivo. Pertanto, la donna si sottopone ad un investimento fisico ed emotivo, mettendo a disposizione il proprio corpo in funzione del progetto genitoriale con notevoli rischi, oltre che di insuccesso, anche per la propria

¹⁷ Corte cost. sent. nn. 71/2021, 85/2020, 13/2018; 71/2015.

salute e tutto ciò ha come presupposto il consenso prestato anche dall'uomo nel progetto genitoriale in virtù di un affidamento che trova fonte proprio nell'atto del consenso. È anche alla tutela di tale affidamento che è funzionale l'irrevocabilità del consenso e alla salvaguardia dell'integrità psicofisica della donna. Ciò non può che chiamare in causa il diritto alla salute della donna (art. 32 Cost.), che, rispetto alla situazione in esame, va letto in modo ampio, ovvero comprensivo soprattutto della salute psichica oltre che fisica, tenuto conto che è su di lei che viene esercitato un trattamento sanitario molto invasivo in tre tempi: stimolazione ovarica, pick up degli ovociti e trasferimento in utero dell'embrione.

È la diversità tra il ruolo della donna e quello dell'uomo nella PMA che non rende quindi irragionevole la diversa disciplina tra uomo e donna¹⁸ anche alla luce di un altro argomento: un trattamento tanto invasivo non può essere imposto coattivamente alla donna¹⁹, così come la scelta di interrompere la gravidanza deve essere rimessa alla sola donna poiché, come affermato dalla giurisprudenza della Corte maggiore è "*l'incidenza dello stato gravidico sulla salute sia fisica sia psichica della donna*"²⁰. È sulla base del maggior pregiudizio a cui è esposta la salute psico-fisica della donna dopo l'impianto che l'espressione di volontà dell'uomo, in ordine al destino del concepito, perde di rilevanza sotto il profilo giuridico (tanto che il suo consenso iniziale è qualificato come irrevocabile) e, di fatto, solo la decisione della donna può precludere a lui di diventare padre. Diversamente, alla luce dell'attuale formulazione dell'art. 6, comma 3, il consenso irrevocabile non può mai impedire alla donna di divenire madre e di portare a compimento il progetto genitoriale.

Dunque, la Corte costituzionale, richiamando la giurisprudenza europea²¹ che si è occupata della questione, in particolare nel caso *Evans c. Regno Unito*²², ha espressamente riconosciuto il peso,

¹⁸ CHIEFFI L., *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, 79; LIBERALI B., *Problematiche costituzionali*, cit., 299; IADICICCO M.P., *Corpo e procreazione medicalmente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana*, in *Questione Giustizia*, 2016, 2, 238 ss.; MANETTI M., *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur cost.*, 2009, p. 1688 e ss cit.

¹⁹ Sull'assolutezza del già menzionato divieto di impianto coattivo dell'embrione nel corpo della donna la dottrina è concorde: v., BRUNESE P., *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge malriuscita*, Napoli, 2022.

²⁰ Corte cost. ord. n. 389/1988.

²¹ Corte cost., ordinanza n. 389 del 1988 e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nel caso *Boso c. Italia*, 2002 e all'orientamento espresso dalla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *R. H. c. Norvegia*, 1992, decisione sull'ammissibilità del ricorso.

²² L'individuazione del difficile punto di equilibrio fra queste due posizioni è stato oggetto della decisione resa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Evans c. Regno Unito* nel 2007, con cui la Grande Camera non ha

anche nella sentenza in esame, dell'«*incidenza, se non esclusiva sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna*», che rende ragionevole il mancato coinvolgimento del padre, confermando quindi che esiste una naturale disparità di posizione tra i due soggetti.

4.2. Consenso e autodeterminazione dell'uomo

Il secondo aspetto su cui è necessario soffermarsi riguarda la questione di costituzionalità sollevata in relazione agli artt. 2 e 3 Cost. rispetto alla violazione della libertà di autodeterminazione dell'uomo, in quanto l'irrevocabilità del consenso dell'art. 6, comma 3, lo costringerebbe a diventare genitore contro la sua attuale volontà. Tuttavia, tale questione viene ritenuta dalla Corte parimenti non fondata, poiché il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti presente nella norma oggetto di censura non supera la soglia dell'irragionevolezza. La questione riguarda proprio il venir meno del progetto di vita della coppia che, a causa dell'espansione nel tempo della possibilità di attuare la tecnica (in presenza di un consenso prestato molto tempo addietro), impatta sulla posizione dell'uomo e nello specifico sulla sua libertà di autodeterminarsi.

Tuttavia, ad avviso della Corte l'irrevocabilità del consenso non può essere ritenuta incostituzionale rispetto all'autodeterminazione dell'uomo tutelata agli artt. 2 e 3 Cost., laddove per la Corte *“l'autodeterminazione dell'uomo matura in un contesto in cui egli è reso edotto del possibile ricorso alla crioconservazione e anche a tale eventualità presta il consenso”*²³, accettando quindi che, con la diagnosi pre-impianto, il lasso di tempo tra fecondazione dell'ovulo e *trasfert* possa dilatarsi con tutte le conseguenze che ciò comporta.

Ciò conduce la Corte a valorizzare l'importanza ed il ruolo di tale consenso, che non riguarda solo il momento dell'impianto, ma abbraccia tutta la tecnica, così come previsto all'art. 6 della l. 40/2004 ad esso dedicato.

Infatti, lo scopo della previsione di un consenso rafforzato è, come recita la norma, quello di *“garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa”* anche rispetto alle

riconosciuto la violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea, non potendosi assegnare al diritto di diventare genitore attraverso l'impianto degli embrioni (pur a fronte della separazione della coppia), un rilievo maggiore rispetto al diritto al rispetto della decisione di non diventarlo.

²³ 11.3 Cons. in diritto.

conseguenze giuridiche derivanti dall'applicazione delle tecniche. Oltre a tale previsione contenuta nella l. 40/2004, il consenso viene previsto anche da un'altra fonte che assieme ne completa la disciplina, ovvero il Decreto ministeriale del 2016 n. 265 (*“Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell’art. 6 comma 3 della l. 40/2004”*)²⁴, in cui si precisa che, al momento in cui il consenso viene prestato per iscritto alla presenza del medico responsabile della struttura, viene espressamente indicata la possibilità di crioconservare gli embrioni oltre che quella di revocare il consenso *“solo fino al momento della fecondazione”*.

Dalla lettura combinata delle disposizioni contenute nell’art. 6 della legge n. 40 del 2004 e nel d.m. n. 265 del 2016 emerge che il personale sanitario ha l’obbligo di fornire numerose informazioni, tra cui: i metodi e le tecniche di applicazione della PMA, i possibili effetti collaterali della procedura, il suo grado di invasività, 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), tanto che esso 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 figlio²⁵. In altre parole, come già detto, si tratta di un consenso che potrebbe definirsi “costitutivo”, idoneo cioè a fondare un’assunzione di responsabilità volta all’acquisizione dello *status filiationis*.

Pertanto, la scelta di un consenso tanto “forte” (così come previsto dalla normativa di riferimento richiamata) risulta finalizzata all’obiettivo di formare nell’uomo una volontà consapevole e consapevolmente espressa idonea ad abbracciare sia la crioconservazione sia l’impianto e quindi l’inizio della gravidanza, in tal modo ricalcando l’irreversibilità della responsabilità della procreazione propria della fecondazione naturale. Sul punto è necessario spendere qualche riflessione dal momento che la Corte sembra adattare il principio della responsabilità per il solo

²⁴ Il decreto ha abrogato il precedente regolamento contenuto nel d.m. del 16 dicembre 2004, n. 336.

²⁵ Se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio “al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale”. Corte cost., sentenza n. 438 del 2008.

fatto della procreazione al caso di specie, arrivando così a dire che è già nel momento in cui si presta quel consenso (che fonda la creazione di un embrione), che il genitore diviene responsabile per il solo fatto di aver partecipato alla creazione di quella vita, ovvero per aver procreato. Tale principio rinviene la propria fonte nell'art. 30 della Costituzione in cui il genitore diviene tale per il solo fatto della procreazione²⁶, da cui, discende una vera e propria titolarità sostanziale del rapporto di filiazione da cui poi derivano una serie di diritti ed obblighi. Al fine di consentire una lettura ampia di tale responsabilità, che vada oltre i confini della filiazione contenuta nell'art. 30 Cost., devono essere chiamate in causa le c.d. grandi coordinate assiologiche dell'intera Costituzione²⁷ ovvero il principio personalista dell'art. 2 Cost. e il principio di eguaglianza dell'art. 3 Cost. nell'ottica quindi della tutela del figlio in attuazione della pari dignità sociale e del pieno sviluppo della persona umana. Sulla base di questa lettura la Corte valorizza tali principi e li collega al momento in cui viene prestato il consenso, affermando che già in quel momento è sorta la responsabilità della procreazione e che, è sulla base anche di ciò e delle sue conseguenze che il consenso deve rimanere irrevocabile e, pertanto, non può prevalere, in ipotesi di bilanciamento, la libera autodeterminazione dell'uomo a rivedere il consenso espresso.

Alla luce di tali riflessioni, è evidente che, come già evidenziato in dottrina, ma da rimarcare rispetto alla questione esaminata dalla Corte, quello che caratterizza la PMA è un consenso informato *“in una nuova dimensione (sia in relazione al diritto alla salute fisica e psichica e al diritto di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, sia in relazione al diritto di scegliere di formare una famiglia anche con figli)”*²⁸, che si pone come presupposto essenziale della creazione di uno *status filiationis* come si vedrà nel prosieguo, sia di un nuovo e diverso diritto alla procreazione²⁹ che si fonda sull'esercizio da parte dei genitori di una serie di diritti e doveri che

²⁶ BESSONE M., *Artt. 30-31 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna- Roma, 1976, 94 ss. e BERGONZINI C., *Art. 30*, in BARTOLE S.-BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 311 contra ESPOSITO C., *Famiglia e figli nella Costituzione*, cit., 150, ad avviso del quale «la semplice generazione, indipendentemente dal suo accertamento legale, non ha rilievo, ai fini della applicazione delle regole costituzionali sui doveri dei genitori, né per il padre, né per la madre».

²⁷ D'ALOIA A., ROMANO A., *I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione*, in BASINI G.F.-BONILINI G.-CENDON P.-CONFORTINI M., *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Torino, 2011.

²⁸ LIBERALI B., *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, in *Biolaw Journal-Rivista di Bio-diritto*, n. 3/2021, 12.

²⁹ BALDINI G., *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Napoli, 2006.

senza tale consenso non sorgerebbero e che iniziano proprio al momento della procreazione,³⁰ perché, nel momento in cui tale consenso viene prestato, si producono effetti vincolanti sulla stessa assunzione di genitorialità. Proprio rispetto a ciò la libera autodeterminazione dell'uomo non può avere un peso tale da consentire una revisione della propria iniziale decisione di aderire al progetto genitoriale mediante la tecnica di PMA.

4.3. Consenso e *status filiationis*

Uno dei profili maggiormente rilevanti della sentenza in esame concerne il rapporto, messo in luce dalla Corte, tra consenso e creazione dello *status filiationis*: per la Corte infatti, il consenso alla PMA si distingue dal normale consenso informato perché esso si pone come presupposto di un atto orientato alla creazione di un essere umano e sotto il profilo prettamente giuridico, dello *status* di figlio.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha approfondito tale aspetto, affermando che vi è una “...assoluta centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito di PMA... mostrando in tal modo una preminenza della tutela del nascituro, sotto il peculiare profilo del conseguimento dello *status filiationis* rispetto all'interesse pure perseguito dal Legislatore di regolare rigidamente l'accesso a tale diversa modalità procreativa” (Corte di Cassazione, 15 maggio 2019, n. 13000) ed anche la giurisprudenza di merito, in particolare con la nota pronuncia del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere che per prima si era interrogata sul problema del consenso con le due distinte ordinanze nel 2020 e nel 2021³¹.

Già prima ci siamo soffermati sul collegamento tra consenso e responsabilità della procreazione: tale rapporto è prodromico alla creazione dello *status filiationis*. Sul punto la Corte precisa proprio

³⁰ RIMOLI F., *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, 465 ss., e D'ALOIA A., TORRETTA P., *La procreazione come diritto della persona*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1341 ss.

³¹ Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 27 gennaio 2021, in *Foro it.*, 2021, I, 1454 in particolare per i commenti si rinvia a QUADRI E., *Se la situazione dei coniugi cambia: separazione personale dei coniugi e impianto di embrioni crioconservati* in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 16 bis, junio 2022; MEOLA F., *Il consenso informato al trattamento di P.M.A. e la sua irrevocabilità a proposito di alcune recenti ordinanze... “da ignorare”*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2021, p. 443 ss.; SCARPA A., *Crisi della coppia e revoca della volontà di accesso alla procreazione medicalmente assistita (nota a Trib. S. M. Capua Vetere, 11 ottobre 2020)*, in *Giustizia insieme*, 7 giugno 2021 e PERRINO S.P., *L'utilizzo degli embrioni crioconservati dopo la separazione coniugale*, in *giustiziacivile.com*, 6 aprile 2021.

che “*il consenso, manifestando l'intenzione di avere un figlio, esprime una fondamentale assunzione di responsabilità, che riveste un ruolo centrale ai fini dell'acquisizione dello status filiationis*”³².

Il fatto che sul consenso si fondi la creazione dello *status* di figlio, eleva il principio di responsabilità nella procreazione: si tratta di una particolare assunzione di responsabilità riguardo alla filiazione poiché il nato acquisisce uno *status* vero e proprio, cui sono collegate determinate conseguenze, ovverosia che i nati da PMA sono parificati, nell'acquisizione dello stato, ai nati nel matrimonio o ai figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alla tecnica (art. 8 l. 40/2004) e, per loro, vi è il divieto di disconoscimento della paternità in caso di PMA eterologa, in tal modo rendendo intangibile *ex lege* lo *status*,³³ e di anonimato materno (art. 9 l. 40/2004). Ciò in quanto con la creazione dello *status filiations* si crea anche l'identità del figlio nato da PMA. Se è vero che «*l'identità della persona è in ininterrotta evoluzione all'interno di una società, come quella moderna, in continuo sviluppo nell'era della ricerca scientifica e tecnologica*»³⁴, è altrettanto vero che ciò sta sempre più assumendo una rilevanza autonoma nelle questioni afferenti alla nascita da procreazione medicalmente assistita³⁵.

E' indubbio che il coordinamento tra gli art. 6, 8 e 9 della l. 40/2004 debba assumere una certa importanza perché si tratta delle norme attributive della genitorialità³⁶ e di una genitorialità che,

³² 11.4 del Cons. in diritto.

³³ Vedi Corte cost. ord n. 7/2012

³⁴ Z. BAUMAN *Intervista sull'identità*, Bari-Roma, 2006. Non solo, ma l'evoluzione delle conoscenze scientifiche e tecniche hanno inciso fortemente poichè oggi si discute, nelle tecniche di P.M.A. di tipo eterologo ed in quelle di surrogazione di maternità, su chi possa essere ritenuta la madre tra la donatrice di gamete, la gestante o, ancora, la madre sociale, rispetto a cui la Corte di Strasburgo tutela, non soltanto i rapporti di filiazione “biologica”, ma anche quelli “sociali” o degli “affetti” facendoli rientrare nel diritto al rispetto della vita familiare sancito nell'art. 8 CEDU. Sul punto, F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione tra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020.

³⁵ Per tutti in tema si rinvia a C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, Bologna, 2011;; S. AGOSTA, *La disaffezione alla disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita* in S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA, (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita, Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, 2017; F.D. BUSNELLI, *Procreazione assistita*, in ID., *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001; G. CATTANEO, *Maternità*, in *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, Torino, 1997; A. CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione* in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004; M. D'AMICO, *Introduzione, La fecondazione artificiale fra Legislatore, Giudice costituzionale e Giudici Comuni* in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, Milano, 2012; G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici* in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di) Napoli, 2014; A. GORASSINI, *Procreazione (dir.civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1971 XXXVI, 952 e ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano, 2017; S. NICCOLAI, E. OLIVITO, (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, Napoli, 2017.

³⁶ BONINI S.R., *Procreazione medicalmente assistita: vittime del consenso?*, in *Politica del diritto*, n. 3/2023, 478.

rispetto alla procreazione assistita, non può che essere caratterizzata da tutele maggiormente incisive come quelle richiamate, in quanto, con la tecnica, viene generato un essere umano rispetto alla cui vita e al cui riconoscimento non si può tornare indietro, anzi vi deve essere una tutela di essa piuttosto rafforzata. In altri termini, la disciplina della filiazione della procreazione assistita determina, dopo la fecondazione, l'attribuzione irrevocabile della maternità, della paternità e dello *status* di figlio dato che *“la libertà di procreare si è esercitata e si è esaurita con la fecondazione”*³⁷.

Se per i genitori dopo la fecondazione vi è l'attribuzione irrevocabile di maternità e paternità, non è lo stesso per il figlio. Infatti, sempre rispetto al suo diritto alla doppia genitorialità, si può criticamente affermare che tale diritto alla bigenitorialità viene assicurato preminentemente al momento della fecondazione dell'ovulo. Diversamente, nella fase successiva della «gestazione» ed ancor più in quella della nascita, quando ancora tale diritto dovrebbe essere garantito per il nascituro, la legge non assicura la perdurante stabilità della convivenza o l'integrità del rapporto matrimoniale di coppia, come si vede nel caso sottoposto alla Corte. Quindi, ad oggi, la legge 40 riconosce in capo al concepito l'esistenza di un diritto alla bigenitorialità solo al momento della fecondazione. Perciò non corrisponde al vero l'assunto che la norma tuteli il concepito, nel senso che il nuovo nato si apre alla vita con ambedue i genitori. Tali considerazioni indurrebbero a negare che il «concepito» abbia un diritto alla bigenitorialità subordinato all'evento della nascita, atteso che esso trova maggiore forza e tutela proprio e solo nella fase anteriore ad essa.

Quello che si dovrebbe creare è comunque un rapporto di filiazione c.d. *vissuta*³⁸ e *voluta*, fondata sull'esaltazione del consenso e della volontà. Lo *status* di figlio e quello di genitore, infatti, si fondano su un *accordo* che supera l'impostazione del codice civile ancorata da sempre al solo *favor veritatis*, guardando al solidificarsi della relazione in base alla prestazione di un consenso preventivo esplicito, finalizzato alla responsabilizzazione giuridica e sociale nell'acquisto della qualifica di genitore, prima, e di figlio, poi³⁹.

³⁷ BONINI, op.cit. 479.

³⁸ Sulla filiazione come rapporto affettivo e vissuto che prescinde dal *favor veritatis*, «*Le droit de filiation n'est pas seulement un droit de la vérité. C'est aussi, en partie, un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, de l'ordre établi*» in G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Paris, 1984, 201. In altri termini, non è soltanto il diritto della filiazione di sangue, ma anche della filiazione voluta e della filiazione vissuta. Così P. RAYNAUD, *Le rôle de la volonté individuelles dans l'établissement de la filiation. Etude de droit positif français*, Paris, 1982, 87.

³⁹ A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale* (dir. civ.), in *Noviss. dig. it.*, Torino, VIII, 1962, 732 ss.; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Libri dell'Istituto Giuridico Italiano* (Atti

È proprio per tali previsioni che, anche rispetto alla creazione di un nuovo *status filiationis*, il consenso non può che essere ritenuto irrevocabile, proprio perché è irrevocabile lo *status* e ciò eleva tale consenso poiché esso, assieme all'assunzione di responsabilità che comporta, realizza la stessa genitorialità ed insieme il nuovo *status* che deve essere quindi intangibile e funzionale a “*sottrarre il destino giuridico del figlio ai mutamenti di una volontà che, in alcuni casi particolari e a certe condizioni, tassativamente previste, rileva ai fini del suo concepimento*”⁴⁰. Da questa prospettiva, nel conflitto tra responsabilità nella procreazione e libertà nel ripensare a quanto consentito a causa delle mutate condizioni della coppia, sembra prevalere la prima. In realtà, ciò che la Corte evidenzia è che con il consenso espresso si realizza la consapevolezza nell'uomo che egli potrà diventare un giorno padre ed è per questo motivo che lo stesso non si può revocare.

Risulta necessario, in relazione al tema dello *status filiationis*, spendere alcune riflessioni sul ruolo e il valore che il venir meno del progetto familiare assume nella PMA. Ciò per diverse ragioni: la prima perché la responsabilità della procreazione che si realizza a seguito dell'espressione del consenso, sebbene sorga in capo a ciascuno dei due genitori, li lega in modo inevitabile in quello che è l'aver contribuito alla creazione del figlio e del suo *status*. In altre parole, se anche il consenso fosse ritenuto revocabile, il padre, al momento in cui lo revoca, avrebbe già dato il proprio imprescindibile apporto per la creazione dell'embrione (e dello *status*) e quindi già sarebbe titolare della propria responsabilità genitoriale per il solo fatto della procreazione. Dunque, le vicende dell'unione della coppia non possono non essere tenute in considerazione e sarebbe stato necessario rivedere il valore del consenso nelle ipotesi in cui questa unione venga definitivamente meno. Tuttavia, nonostante la giurisprudenza della Corte costituzionale abbia fortemente rivisto la disciplina della PMA, che oggi contiene la possibilità che passi un lasso di tempo tra il prelievo dell'ovocita e l'impianto, esponendo in tal modo la coppia al rischio di una crisi, il legislatore non si è preoccupato di adattare a tale nuovo assetto il ruolo del consenso alla PMA.

del Convegno di Verona, 2-4 ottobre 1986), V, Padova, 1987, 3 ss.; V. LOJACONO, *Inseminazione artificiale* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 751 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, e A. GORASSINI, *Procreazione*, in *Enc. dir.*, sez. civ., XXXVI, Milano, 1987, 944 ss. A. PALAZZO, *Procreazione assistita e bioetica*, in AA. VV., *Le biotecnologie: certezze ed interrogativi*, Milano, 2001, p. 135 ss.; G. FERRANDO, *Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilità nell'accertamento del rapporto di filiazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 735 ss.

⁴⁰ Corte cost. sent. n.127/2020, per i commenti si rinvia a CANDIDO A., *Favor veritatis o favor minoris? L'impugnazione del riconoscimento scientemente non veritiero in una recente pronuncia della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*; FRONTONI E., *Interesse del minore e poteri del giudice anche in caso di "riconoscimento di compiacenza"*, in *Osservatorio sulla Corte costituzionale di Nomos*.

4.4. Consenso e dignità dell'embrione

Il consenso prestato dai genitori alla PMA, oltre a fondare lo *status filiations*, si pone da presupposto dell'esistenza stessa in vita dell'embrione.

L'impianto della legge n. 40/2004 si è fondato sul principio cardine per cui l'embrione deve essere considerato persona⁴¹, come emerge dall'art. 1 della legge, che parla di parità dei diritti dei soggetti coinvolti nel progetto parentale, e dagli artt. 13 e 14. Ancor di più, la tutela dei diritti dell'embrione emergeva all'art. 6, comma 3, sulla irrevocabilità del consenso che elevava ancora di più lo *status* dell'embrione quale soggetto del diritto, come dal titolo del capo VI "*Misure a tutela dell'embrione*" sul divieto di sperimentazione e sui limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni. Tuttavia, tali previsioni vengono rilette dalla Corte costituzionale, realizzando così un più giusto equilibrio tra tutela dell'embrione e tutela degli altri soggetti della PMA.

Dunque, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, l'embrione ha in sé il principio della vita⁴², la cui dignità viene direttamente collegata all'art. 2 Cost., ma la cui tutela va bilanciata con il diritto alla salute della donna,⁴³ laddove la tutela dell'embrione non si può intendere come assoluta, ma limitata, dovendosi individuare un giusto bilanciamento con le esigenze della

⁴¹ D'ALOIA A., *Quel che resta della legge 40*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 1 e ss e PRISCO S., *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016 ed anche RUGGERI A., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *federalismi.it*, 10, 2016, 19. Già con la sentenza 151/2009 e poi con la n. 229/2015 la Corte aveva prospettato l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, mediante la procedura di crioconservazione. L'embrione, infatti ha un grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non certamente riducibile a mero materiale biologico. Con la sentenza n. 151 del 2009, ha del resto, riconosciuto il fondamento costituzionale della tutela dell'embrione, riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.

⁴² Corte cost. n. 84/2016. CASONATO C., *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*; D'AMICO M., *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*; IADICICCO M.P., *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*; PRISCO S., *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*; RAZZANO G., *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?* *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*; RUGGERI, A., *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*; SPADARO A., *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent n. 84/2016)* in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*.

⁴³ Corte cost. n. 96/2015.

procreazione⁴⁴ e con il diritto alla salute della donna. Più nello specifico, la Corte costituzionale ha eliminato numerosi divieti previsti dalla l. 40/2004, quali appunto il divieto di congelamento degli embrioni, il divieto di fecondazione eterologa (sent. 162/2014), il divieto di accesso alle tecniche alle coppie fertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche, consolidando così, la tutela del diritto alla salute e dei diritti inviolabili ed ha cominciato a prendere in considerazione anche le condizioni soggettive della donna che si sottopone alla tecnica, arrivando ad intervenire anche sul complesso tema della diagnosi pre-impianto (sent. n. 96/2015). Sul punto, tanto nella sentenza n. 162 sul divieto di fecondazione eterologa, quanto nella sentenza n. 96 sulla diagnosi preimpianto, la Corte ha dato un nuovo valore al diritto alla salute come diritto non solo dei singoli, ma anche della coppia⁴⁵ rispetto a cui ha riletto il I principio di autodeterminazione, non solo rispetto alla salute, quanto alle scelte inerenti alla procreazione, intese quale fondamentale aspetto del rispetto della vita familiare⁴⁶. Va notato che, nella pronuncia in esame, la Corte affronta la libertà di autodeterminazione solo rispetto alla figura paterna, non considerando che essa concerne *“la più ampia scelta di diventare genitori e di formare una famiglia ... quale espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost. poiché concerne la vita privata e familiare”*⁴⁷.

Se da un lato è pacifico che l’embrione *“quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita non è certamente riducibile a mero materiale biologico”*⁴⁸, tuttavia la sua tutela va limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze della procreazione⁴⁹.

È alla luce di ciò, ovvero della tutela rafforzata che madre e figlio devono avere in tutto il percorso di PMA, che non risulta irragionevole, a parere della Corte, la compressione *“in ordine*

⁴⁴ Corte Cost. n. 151/2009. Sul punto FERRANDO G., *Gli effetti della sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale: problemi e prospettive* in CARUSI D., CASTIGNONE S., (a cura di), *In vita, in vitro, in potenza: lo sguardo del diritto sull’embrione*, Torino, 2011, 53.

⁴⁵ BERENGI A., *Procreazione assistita e tutela della persona*, Padova, 2011, 15.

⁴⁶ FERRANDO G., *Procreazione assistita e genitorialità*, in DELLE MONACHE S., GABRIELLI G. (a cura di), *A. Trabucchi*, Napoli, 2021, 154.

⁴⁷ Corte cost., n. 332/2000 ma anche Corte Edu, 10 aprile 2007 Grande Camera, Evans c. Regno Unito; Corte Edu, Grande Camera, 4 dicembre 2007 Dickson c. UK; Corte Edu, Grande Camera, 3 novembre 2011, S.H. and Others c. Austria.

⁴⁸ Corte Cost. n. 229/2015, considerando anche che sulla tutela della dignità dell’embrione si è fatta interprete anche la Corte di Giustizia, *Brustle c. Greenpeace*, 18 ottobre 2011.

⁴⁹ Corte Cost. n. 151/2009

*alla prospettiva di una paternità, della libertà di autodeterminazione dell'uomo, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost.*⁵⁰.

Correlativamente, la normativa sulla PMA attribuisce un rilievo espresso alla vita del concepito⁵¹, in quanto nell'apparato normativo degli artt. 6, comma 3, 8 e 14, della legge si rinviene l'esistenza di un vero e proprio preminente interesse dell'embrione alla vita, il quale però per la Corte, una volta temperato rispetto alla tutela della posizione della donna, è limitato al momento della creazione dell'embrione stesso e al suo trasferimento in utero. Manca infatti, e si inviene la "tragicità" della scelta della Corte, la tutela di un altro interesse sempre in capo all'embrione, ovvero quello a nascere e a crescere in un contesto familiare sereno e con entrambi i genitori, così da realizzare il proprio "diritto" alla famiglia e alla bigenitorialità.

5. Conclusioni

La Corte, nella sentenza in esame, non mette un punto fermo e definitivo sul tema dell'irrevocabilità del consenso nella PMA, ma tratteggia le diverse posizioni meritevoli di tutela, ovvero quella della donna e dell'embrione prima di tutto, rispetto ai quali si spiega una tutela in termini di salute (art. 32 Cost.) per la prima e di vita ed esistenza stessa per il secondo (art. 2 Cost.).

Sul punto va anche segnalato che la pronuncia supera in maniera definitiva la questione, affrontata in numerose pronunce⁵² circa l'impossibilità di equiparare la posizione della donna, che "è già persona", e la posizione del concepito, che "persona deve ancora diventare", arrivando a ritenere che entrambe le posizioni debbano essere meritevoli della medesima tutela, risultato raggiunto molto prima negli altri ordinamenti europei⁵³.

Rispetto alla tutela rafforzata della posizione di donna ed embrione, nell'ottica del bilanciamento, certamente la terza posizione meritevole di tutela, ovvero quella dell'uomo e la sua

⁵⁰ 12.3 Cons. in diritto.

⁵¹ Rispetto alla venuta ad esistenza dell'embrione e alla vita del concepito, D'AMICO M., *Il concepito e il diritto a nascere sani: profili costituzionali alla luce della decisione della Corte di Cassazione (n. 16754 del 2012)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014 e BALDINI G., *Il nascituro e la soggettività giuridica*, in *Dir. fam e pers.*, 2000, 334 ss;

⁵² Corte Cost. n. 27 del 1975 e n. 35 del 1997 D'AMICO M., *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

⁵³ Si richiama ad esempio legge tedesca sull'interruzione volontaria della gravidanza, che, al contrario, è ispirata ad un cd. modello discorsivo, in cui la tutela della gestante e quella del nascituro si bilanciano, consentendo così di ottenere una protezione più efficace per entrambi. Sul punto D'AMICO M., *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994.

libertà di diventare genitore, soccombe pur inerendo la sua libertà di autodeterminazione ed insieme, in via consequenziale, involge il valore che la decisione del padre ha sul diritto futuro del figlio a vivere e crescere all'interno di una famiglia unita. In tal senso la Corte afferma, che, da un lato, *«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 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»*.

Per questo, ancora una volta in presenza di temi complessi ed eticamente sensibili, la Corte afferma che la valutazione spetti al legislatore guardando *“agli apprezzamenti correnti nella comunità sociale”*⁵⁴ Il legislatore dovrebbe quindi intervenire, *«quale interprete della volontà della collettività»*, essendo *«chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»*⁵⁵. Ciò tenendo uno sguardo alla posizione di altri ordinamenti,⁵⁶ nei quali prevalgono altre esigenze come, ad esempio, nell'ordinamento del Regno Unito, la revoca del consenso da parte dell'uomo viene espressamente consentita dalla legge fino all'impianto dell'embrione, rendendo impossibile il consolidamento di un affidamento nelle aspettative della donna. Anche in Danimarca, Francia, Grecia, Paesi Bassi e Svizzera il legislatore ha sancito il diritto di revocare il consenso a qualsiasi stadio del trattamento fino all'impianto dell'embrione.

⁵⁴ Corte cost. sent. n. 221/2019.

⁵⁵ Corte cost., sentenza n. 84 del 2016 e ZANON N., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, gennaio 2021, 94, che ritiene che dovrebbe essere «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» (ivi, 95).

⁵⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Evans c. Regno unito*, Grande camera, 10 aprile 2007, ricorso n. 6339/05 e Corte EDU, *Grande Camera*, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, per quanto riguarda la posizione della Cedu. Per una panoramica più generale si rimanda a PENASA S., *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medicoscientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015.

Alla luce di quanto si evince dal confronto con gli altri ordinamenti che hanno un impianto di fonti maggiormente capace di rispondere alle molteplici esigenze di bilanciamento in un'ottica di salvaguardia di valori primari quale in primo luogo la salute, il problema nel nostro ordinamento è soprattutto di tipo normativo, nel senso che la legge n. 40/2004 non è stata modificata dopo gli interventi della Corte costituzionale e le sollecitazioni della Cedu, a differenza di quanto fatto nell'ordinamento austriaco⁵⁷. In altre parole, l'*iter* riproduttivo artificialmente scansionato così come disciplinato dalla legge 40 ed assistito da un consenso rafforzato, potrebbe non coincidere con i desideri della coppia che si può trovare, come nel caso in esame, in disaccordo sulla sorte degli embrioni congelati, se uno dei due genitori vuole abbandonare il comune progetto genitoriale. La norma non contempla la previsione del cambiamento al momento della prestazione del consenso, mentre ciò avviene in altri ordinamenti, ad es. in Francia in cui vi è una protezione dell'embrione differenziata, a seconda dei diritti con cui va bilanciata⁵⁸, mentre nel Regno Unito⁵⁹ l'autonomia riproduttiva prevale sui diritti dell'embrione, nel senso che è prevista, al livello normativo, la possibilità di ritirare il consenso fino al *transfert* in utero.

⁵⁷ La disciplina austriaca, come quella italiana, è stata sottoposta al sindacato della Corte costituzionale e della Corte EDU. La trama normativa austriaca, tuttavia, è stata novellata in via reiterata per recepire tanto gli approdi della giurisprudenza costituzionale quanto le evoluzioni scientifiche occorse in più di venti anni di vigenza della legge, in conformità con i principi espressi dalla Corte EDU. Si evidenzia così un approccio differente rispetto a quello attendista adottato dal legislatore italiano, il quale è parso insensibile alle pronunce della Consulta e della Corte di Strasburgo.

⁵⁸ Il consenso diviene fondamentale per accordarsi anticipatamente sull'eventuale insorgere di controversie circa la sorte dell'embrione. Ai sensi del comma 3 dell'art. 7 dell'Ordonnance n. 2016-800 del 16 giugno 2016 relative aux recherches impliquant la personne humaine per cui «*il est fin a la conservation des embryons... en cas de desaccord des membres du couple sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons*».

⁵⁹ Tale ordinamento rappresenta l'esempio di disciplina più lontana dall'esperienza italiana, ma al contempo il dettato normativo più avanzato nell'opera di integrazione della scienza nelle regole giuridiche, oltre che la disciplina ispiratrice della maggior parte delle attuali normative, europee e non, in materia.