

## **L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e «gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna» nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale\***

di

Giovanna Razzano\*\*

**SOMMARIO:** 1. La vicenda, il quadro normativo, la questione di costituzionalità. – 2. Distinguere tra le condizioni di accesso alla PMA e i fatti sopravvenuti dopo la fecondazione. – 3. «La situazione in cui versa la donna è profondamente diversa da quella dell'uomo». – 4. «Corpo e mente della donna sono inscindibilmente interessati in questo processo»: l'attenzione all'integrità psicofisica e la sua rilevanza per la maternità surrogata. – 5. La peculiarità del consenso informato nella PMA e l'inesistenza di «una radicale rottura della corrispondenza tra libertà e responsabilità». – 6. La dignità dell'embrione, «riconciliabile al precetto generale dell'art. 2 Cost.». – 7. I «temi eticamente sensibili» non possono che spettare «primariamente alla valutazione del legislatore».

### **1. La vicenda, il quadro normativo, la questione di costituzionalità**

La sentenza n. 161 del 2023, nel giudicare infondata la questione di costituzionalità di una norma concernente la disciplina della procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi PMA), presenta diversi profili di interesse costituzionale e bioetico, che attengono al consenso informato, alla nozione di trattamento sanitario, al principio di libertà e di tutela della vita privata in rapporto alla responsabilità, ai principi di uguaglianza, ragionevolezza e non discriminazione.

Nello specifico la Corte costituzionale ha escluso che il divieto di revoca del consenso dell'uomo all'impianto in utero dopo l'avvenuta fecondazione - sancito dall'art. 6, comma 3, della citata l. n. 40 del 2004 (d'ora innanzi legge 40) - rappresenti un irragionevole bilanciamento dei diversi interessi di rilievo costituzionale coinvolti. Nel contempo, con un'affermazione significativa in merito

ai rapporti fra la stessa Corte costituzionale e il Parlamento<sup>1</sup>, ha affermato che le questioni che toccano «temi eticamente sensibili» non possono che spettare «primariamente alla valutazione del legislatore», che potrebbe anche trovare un punto di equilibrio diverso da quello della disciplina attuale, ferma restando la sindacabilità da parte di questa Corte delle scelte operate, al fine di verificare che sia stato realizzato un bilanciamento non irragionevole.

Il giudice delle leggi riconosce infatti che la delicata questione posta dal giudice rimettente concerne una norma che si colloca al limite di quelle che sono state definite «scelte tragiche», caratterizzate dall'impossibilità di soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti nella fattispecie, quali 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<sup>2</sup>.

---

\* L'articolo è una rielaborazione della relazione svolta al Convegno organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Roma presso la Suprema Corte di Cassazione su *Procreazione medicalmente assistita: il punto alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 161 del 24 luglio 2023*, 11 dicembre 2023.

\*\* Professoressa Ordinaria di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università La Sapienza di Roma, componente del Comitato Nazionale di Bioetica.

<sup>1</sup> Sul tema, di recente, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 3, 2021.

<sup>2</sup> Nell'ampia letteratura, V. BALDINI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione per valori: alla ricerca di un bilanciamento tra istanze di libertà e istanze di giustizia*, in AA.VV., *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di V. Baldini, Torino 2004; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano 2004; AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi tenutosi a Roma, nell'Accademia nazionale dei Lincei, il 31 gennaio 2005, a cura di G. Razzano, Fasano 2005; A. Ruggeri, "Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005), in *Forum Quad. cost.*, 2005; F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, Bari 2008; F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4; A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40, Editoriale*, in *BioLaw Journal*, 4/2014; C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, ivi; A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi*, 11 maggio 2016; AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Napoli 2017; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano 2017; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Torino 2019; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della*

La questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale ordinario di Roma, infatti, era nata nel corso del giudizio instaurato da una donna ai sensi dell'art. 702-bis c.p.c., al fine di ottenere la condanna di una struttura sanitaria al decongelamento dell'embrione crioconservato e all'impianto in utero. Tale struttura, infatti, si era opposta alla richiesta della donna, a motivo della revoca del consenso dell'uomo, posto che fra i due, legati in matrimonio al momento della decisione sulla fecondazione, era poi sopraggiunta una separazione consensuale. La revoca dell'uomo all'impianto in utero era giunta, tuttavia, nonostante il divieto del menzionato art. 6, comma 3, della legge 40, secondo cui «*la volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo*».

Di qui la questione di costituzionalità. Per il *giudice a quo* tale divieto non sarebbe stato conforme agli artt. 2 e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, violato dall'impossibilità, per l'uomo, di revocare il consenso e quindi di scegliere se divenire padre; inoltre il contrasto vi sarebbe stato anche con gli artt. 3 e 13, 1° comma, Cost., dal momento che si imporrebbe irragionevolmente all'uomo di diventare padre; con l'art. 3 Cost. il contrasto sarebbe poi venuto in rilievo sotto un diverso profilo, quello della discriminazione fra l'uomo e la donna, perché solo quest'ultima potrebbe rifiutare l'impianto dell'embrione in utero nonostante il consenso alla fecondazione dell'ovulo espresso in precedenza; infine il contrasto si sarebbe posto con l'art. 32, 2° comma, Cost., in quanto il divieto di revoca del consenso per l'uomo si tradurrebbe in un trattamento sanitario obbligatorio.

Occorre subito notare, come riconosce la stessa Corte a fronte delle osservazioni del *giudice a quo*<sup>3</sup>, che il problema venutosi a determinare in questo caso - ossia il mutamento della situazione di fatto della coppia nel lasso di tempo intercorrente fra la fecondazione dell'ovulo e l'impianto in utero - discende dagli interventi

---

*procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino 2021.

<sup>3</sup> Punto 9.1 in dir.

demolitori operati sulla legge 40 dalla medesima Corte costituzionale. Si potrebbe dire che le scelte sono diventate per certi versi “più tragiche” proprio a causa di tali interventi. Originariamente, infatti, la legge disponeva il divieto di crioconservazione degli embrioni, in coerenza con il primo articolo della stessa legge, che «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», nella consapevolezza che il ricorso alla pratica del congelamento avrebbe determinato un alto numero di embrioni non portati alla nascita e/o in stato di abbandono<sup>4</sup>.

Con la sent. n. 151 del 2009, invece, la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità dell’obbligo di un unico e contemporaneo impianto degli embrioni fecondati, in numero comunque non superiore a tre, aprendo così alla pratica del congelamento degli embrioni fecondati ma non impiantati<sup>5</sup>. Ancora, con la sentenza n. 96 del 2015, la Corte ha dichiarato incostituzionale il divieto di accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche, determinando così, anche in questo caso, la dilatazione dei tempi fra la fecondazione dell’ovulo e l’impianto in utero e, quindi, ulteriori casi di ricorso alla crioconservazione<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Non per nulla la legge 40, all’art. 16, rubricato «Obiezione di coscienza», prevede che «il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure per l’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla presente legge quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione». Secondo i dati del Ministero della salute, Relazione annuale 2022 del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della L. n. 40/2004, il numero degli embrioni crioconservati in Italia, in riferimento al solo anno 2021, è di 61.212; di questi, ne sono stati scongelati 34.376.

<sup>5</sup> M. CASINI, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1033M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; E. DOLCINI, *Embrioni nel numero “strettamente necessario”: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 950; G. RAZZANO, *L’essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte cost. n. 151/2009 e all’ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, 2010, 1265.

<sup>6</sup> A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l’illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l’impianto della legge n. 40 del 2004. Osservazione a sentenza Corte Cost. 5 giugno 2015 n. 96*, in *Giur. cost.*, 2015, 813; 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 *Consulta Online*, [Studi, 2015/II](#), 533; A. PATRONI GRIFFI, [Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza](#), in *Rivista AIC*, 3/2015.

È dunque in considerazione di tali modifiche alla disciplina della PMA e, in particolare, della sopravvenuta scissione tra i due momenti, fecondazione e impianto, fra i quali intercorre un lasso di tempo significativo durante il quale le situazioni anche interne alla coppia possono mutare, che il giudice *a quo* ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 6, comma 3, ultimo periodo, «quanto meno nella parte in cui non prevede, successivamente alla fecondazione dell'ovulo, un termine per la revoca del consenso».

## **2. La distinzione tra le condizioni di accesso alla PMA e i fatti sopravvenuti dopo la fecondazione**

Sembra importante, prima di passare a considerare la motivazione della sentenza, soffermarsi brevemente sull'eccezione di inammissibilità posta dall'Avvocatura dello Stato, secondo la quale il giudice *a quo* avrebbe potuto definire la controversia semplicemente negando la persistente sussistenza dei requisiti soggettivi di accesso alla PMA, ossia la stessa esistenza di una «coppia», come richiesto dall'art. 5, comma 1<sup>7</sup>. Secondo l'interpretazione erariale, insomma, i requisiti di accesso, fra cui l'esistenza di una «coppia», dovrebbero considerarsi permanenti e sussistere in tutte le fasi dell'applicazione.

La Corte costituzionale disattende però tale interpretazione e sottolinea che proprio il tenore letterale della disposizione menzionata indica che le condizioni di accesso alla PMA non vanno confuse con i fatti sopravvenuti dopo la fecondazione<sup>8</sup>. Diversamente, infatti, il principio dell'irrevocabilità del consenso potrebbe essere facilmente eluso dall'uomo attraverso la cessazione della convivenza, e non solo<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> «Possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

<sup>8</sup> Punto 7.1 in dir.

<sup>9</sup> La Corte osserva, inoltre, che se la convivenza fosse davvero un requisito non solo per l'accesso alle tecniche, ma anche per le fasi successive - *in primis* per l'impianto in utero - ne discenderebbe l'impedimento alla procreazione qualora i due *partner*, ancorché separati, volessero tuttavia entrambi il bambino.

La giurisprudenza di merito<sup>10</sup> e quella di legittimità<sup>11</sup>, ricorda inoltre la Corte, hanno avallato questa lettura, distinguendo il momento dell'accesso alle tecniche di PMA - con il momento cruciale del consenso di entrambi alla fecondazione dell'ovulo, laddove è necessario che vi sia una coppia -, e il periodo temporale successivo alla fecondazione, quando dunque si è formato un embrione. I mutamenti successivi alla formazione di quest'ultimo non impediscono l'impianto in utero, se la donna lo vuole e vi sono le condizioni cliniche per realizzarlo.

Con la sentenza *de quo* trova quindi anche conferma la tesi secondo cui è ammissibile l'impianto c.d. *post mortem*, quando cioè il padre muoia prima dell'impianto in utero dell'embrione, sempre che il consenso alla fecondazione dell'ovulo sia stato dato quando egli era ancora in vita<sup>12</sup>. Il requisito dell'essere una coppia e di essere "entrambi viventi", infatti, deve sussistere allorché si accede alle tecniche, non nel momento dell'impianto in utero, ben potendosi procedere a

---

<sup>10</sup> La Corte cost. richiama Trib. Santa Maria Capua Vetere, ordinanze 27 gennaio 2021 e 11 ottobre 2020; Tribunale ordinario di Perugia, ordinanza 28 novembre 2020; Tribunale ordinario di Lecce, ordinanza 24 giugno 2019; Tribunale ordinario di Bologna, ordinanza 16 gennaio 2015. In dottrina cfr. già F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., 10459; B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2021, 3, 505; G. FERRANDO, *Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni in vitro, dissenso del marito*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2021, 3, 649; E. QUADRI, *Se la situazione cambia: separazione personale dei coniugi e impianto di embrioni crioconservati*, ivi; G. GIAIMO, *Frozen embryos, frozen law. Brevi notazioni, in chiave comparatistica su una recente decisione in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. Famiglia*, 2021, 3, 1331; A. MENDOLA, *Tutela della vita prenatale e limiti all'autodeterminazione procreativa nella crisi coniugale*, in *Corriere Giur.*, 2021, 7, 937; A. SCARPA, *Crisi della coppia e revoca della volontà di accesso alla procreazione medicalmente assistita*, in *Giustizia Insieme*; A. ORESTANO, *Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione*; S.P. PERRINO, *L'utilizzo degli embrioni crioconservati dopo la separazione coniugale*, in *Giustiziacivile.com*, 6 aprile 2021.

<sup>11</sup> La Corte di Cassazione, sezione prima civile, sentenza 15 maggio 2019, n. 13000, ha affermato che l'art. 8 della legge 40 esprime la «assoluta centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di P.M.A. (...), così dimostrando una sicura 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».

<sup>12</sup> Trib. Lecce, 24 giugno 2019 (ordinanza), annotata da I. BARONE, *Procreazione post mortem e status filiationis*, in *Fam. e Dir.*, 2020, 10, 949 e Trib. Bologna, 16 gennaio 2015 (ordinanza), in *Dir. Famiglia*, 2, 2015, 605. In dottrina B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano 2017, 274; F. COLELLA, *La non irragionevolezza della irrevocabilità del consenso dell'uomo alla PMA resiste alla prova dei mutamenti del quadro normativo e della sopravvenuta crisi della coppia*, in *Giur. it.*, ottobre 2023, 2030.

quest'ultimo in caso di sopravvenuto decesso del padre: «Chi decede dopo la formazione dell'embrione è da equiparare a chi decede dopo il concepimento»<sup>13</sup>.

### **3. «La situazione in cui versa la donna è profondamente diversa da quella dell'uomo»**

Fra i diversi profili di interesse della sentenza, come si diceva, spicca quello della presunta violazione del principio di eguaglianza e della disparità di trattamento<sup>14</sup> che, secondo il giudice *a quo*, deriverebbero dal fatto che l'irrevocabilità del consenso penalizzerebbe solo l'uomo, in quanto la donna potrebbe sempre rifiutare il trasferimento in utero dell'embrione<sup>15</sup>. La Corte dichiara infondata la questione, poiché considera la profonda diversità della situazione della donna e dell'uomo, posto che solo la donna - e non l'uomo - «resta esposta all'azione medica dopo la fecondazione». Di conseguenza solo lei, e non l'uomo, si troverà a esprimere o meno il consenso rispetto ai successivi trattamenti, in relazione alla sua stessa integrità psico-fisica<sup>16</sup>.

Per la Corte è proprio l'eterogeneità di situazioni che conduce a escludere la prospettata violazione, in quanto, secondo il costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, si è in presenza di una violazione dell'art. 3 Cost. solo «qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo

---

<sup>13</sup> Già G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in G. Razzano (a cura di), *Procreazione assistita*, cit., 22.

<sup>14</sup> Punto 10, in dir.

<sup>15</sup> Infatti, come la medesima Corte costituzionale ha avuto modo di precisare, il divieto di soppressione dell'embrione «non ne comporta [...] l'impianto coattivo nell'utero della gestante» (sentenza n. 229 del 2015).

<sup>16</sup> Il giudice *a quo* in realtà, impugnando, come si è detto, la norma in questione in riferimento agli artt. 13, primo comma, e 32, secondo comma, Cost., aveva affermato che anche per l'uomo vi sarebbe stato un trattamento sanitario obbligatorio. La Corte rileva che «il rimettente non adduce, però, 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». Di conseguenza la Corte dichiara tali censure inammissibili per omessa motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale.

ingiustificatamente diverso e non quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili»<sup>17</sup>, come nel caso in esame.

Si tratta di un principio di logica giuridica fondamentale<sup>18</sup>, che merita sempre di essere ricordato, specie a fronte di un contesto culturale, come quello attuale, molto sensibile al tema delle discriminazioni ma talvolta poco attento nel considerare le circostanze di fatto e la loro specificità. Al punto da dimenticare, con riguardo a questo caso, evidenze elementari e naturali<sup>19</sup>, come quella per cui paternità e maternità sono realtà differenti.

La logica evidenziata, inoltre, appare tanto più interessante, quanto più viene in rilievo il tema dell'uguaglianza fra la donna e l'uomo. Tema di rinnovata attualità giuridica, culturale, economica e politica, come comprova la circostanza che il PNRR italiano a valere sul dispositivo *Next Generation EU* assume il superamento della disuguaglianza di genere quale obiettivo trasversale a ogni altra azione funzionale alla ripresa, nella consapevolezza delle forti disparità tuttora esistenti nel nostro Paese e della necessità di colmarle anche in funzione della ripresa economica e del progresso sociale<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> La Corte richiama alcune fra le sue più recenti pronunce, quali le sentenze n. 71 del 2021 e n. 85 del 2020, n. 13 del 2018 e n. 71 del 2015.

<sup>18</sup> Per un approfondimento: J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), tr. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli 1983, 29; C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica* (1976), tr. it. di Crifò, Milano 1979, 221.

<sup>19</sup> Sull'erroneità della legge per contrasto con nozioni e cognizioni comuni e universali, C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi Esposito*, III, 1973, 1586. Sul tema, diffusamente trattato in dottrina, ci si limita a segnalare C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1950; L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Padova 1965; ID., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Agg., I, 1997; C. ROSSANO, *L'uguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli 1966; A. CERRI, *L'uguaglianza nella giurisprudenza costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano 1976; ID., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, 1994; P. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova 1993; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007; G. SCACCIA, *Gli "strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001; F. VARI, *L'affermazione del principio dell'uguaglianza nei rapporti tra privati. Profili costituzionali*, Torino 2017. Cfr. inoltre, sul tema dei presupposti all'attività normativa, i contributi di A. SIMONCINI, P. CAROZZA, L. VIOLINI E M. CARTABIA, in *Esperienza elementare e diritto*, Milano 2011.

<sup>20</sup> Sul tema già A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, in *Rivista AIC*, 4/2020; di recente A. LORENZETTI, *PNRR e (dis)uguaglianza di genere: la grande illusione?*, in *La magistratura*, 1/2022, 67.



L'abbattimento delle *asimmetrie di genere* presuppone, infatti, la previa e attenta considerazione delle *peculiarità di genere* - emblematica la c.d. "medicina di genere"<sup>21</sup> -, così da non potersi ignorare, fra i vari aspetti, lo *specifico materno*, fisico e psichico<sup>22</sup>, con il significato e l'impegno che rappresenta per la donna.

La sentenza n. 161 del 2023, sotto questo profilo, ha dato un contributo significativo al riconoscimento di *peculiarità di genere* e, in particolare, dello *specifico materno*. La Corte afferma infatti l'esistenza di interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna<sup>23</sup>, dimostrandosi attenta alla concreta situazione che per lei, in modo particolare, si viene a determinare, quando una coppia accede alle tecniche di PMA<sup>24</sup>.

#### **4. «Corpo e mente della donna sono inscindibilmente interessati in questo processo»: l'attenzione all'integrità psicofisica e la sua rilevanza per la maternità surrogata**

La sentenza considera infatti che la donna è coinvolta in via immediata con il proprio corpo, «in forma incommensurabilmente più rilevante rispetto a quanto accada per l'uomo»<sup>25</sup>. Per realizzare infatti il progetto genitoriale viene sottoposta a impegnativi cicli di stimolazione ovarica, relativamente ai quali non è possibile escludere l'insorgenza di patologie, anche gravi. Inoltre, con la tecnica della fecondazione in vitro (la più utilizzata), occorre il prelievo dell'ovocita, che consiste

---

<sup>21</sup> In proposito cfr. S. GARATTINI, L. BANZI, *Una medicina che penalizza le donne*, Cinisello Balsamo 2022; F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere"*, Napoli 2022.

<sup>22</sup> Condivisibile è la critica a quello «sguardo neutro» tipico di quella cultura antidiscriminatoria «al cui cospetto la differenza sessuale è irrilevante e che persegue un ideale di parità che guarda con sospetto ogni trattamento differenziato», anche «a spese» della relazione materna, come osserva S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giur. cost.*, 2016, 1169 e 1174.

<sup>23</sup> Punto 12 in dir.

<sup>24</sup> Come nota S. NICCOLAI, *Una decisione di infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore? Scelte tragiche e tragiche non scelte nella sent. n. 161/2023*, in *Diritti comparati*, 16 ottobre, 2023, 3, «la sentenza dà insolito rilievo alla differenza sessuale». Analogamente F. ANGELINI, *La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma l'irreversibilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni. Commento alla sentenza n. 161 del 2023*, in corso di pubbl. su *Nomos*, § 3 e 4, la quale apprezza «l'insistenza e la precisione con le quali viene rappresentato il contributo dato dalla donna».

<sup>25</sup> Punto 12.1. in dir.

in un trattamento sanitario particolarmente invasivo, tanto da essere normalmente praticato in anestesia generale. A questo seguono poi ulteriori trattamenti farmacologici e diagnostici, nonché interventi medici, e specifiche terapie prodromiche all'impianto<sup>26</sup>.

Di conseguenza - sottolinea la Corte - l'accesso alla PMA comporta per la donna il grave onere di mettere a disposizione la propria corporalità, «con un importante investimento fisico ed emotivo in funzione della genitorialità, che coinvolge rischi, aspettative e sofferenze». Corpo e mente della donna sono quindi inscindibilmente interessati in questo processo, che culmina nella concreta speranza di generare un figlio, a seguito dell'impianto dell'embrione nel proprio utero. Infatti, osserva ancora la Corte, richiamando la precedente sent. n. 162 del 2014, il diritto alla salute della donna va inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica».

La Corte prende insomma atto dell'impegno che tutto ciò significa per la donna, e ne deduce che l'irrevocabilità del consenso di cui all'art. 6, comma 3, della legge 40, appare funzionale a «salvaguardare l'integrità psicofisica della donna» - coinvolta, come si è visto, in misura ben maggiore rispetto all'uomo - dalle ripercussioni negative che su di lei produrrebbe l'interruzione del percorso intrapreso, quando questo è ormai giunto alla fecondazione.

Due sono gli aspetti interessanti che meritano di essere focalizzati.

Il primo è che l'investimento fisico ed emotivo della donna in funzione della genitorialità, che coinvolge rischi, aspettative e sofferenze, è di interesse costituzionale. Una constatazione che vale, fra l'altro, per ogni maternità, non solo quella ottenuta con il ricorso alla PMA. Vi è uno *specifico materno* - più ampiamente

---

<sup>26</sup> La donna, non pare superfluo ricordarlo, accede liberamente alle tecniche di PMA, cosicché sorprende la critica avanzata da M. D'AMICO e B. LIBERALI, *La tutela della "corporalità" e dell'"investimento fisico ed emotivo" femminili: una scelta davvero a tutela della donna (e dell'embrione)?*, in *Nuova Giur. Civ. Commentata*, 6/2023, 1350, quando affermano che le considerazioni della Corte costituzionale riporterebbero «al centro il "corpo" femminile, funzionalizzandolo peraltro strettamente alla procreazione». La donna che si rivolge ai centri di PMA vuole infatti proprio la procreazione e l'impianto dell'embrione nel proprio utero per divenire madre. Non è dunque la Corte a funzionalizzare "strettamente alla procreazione" il corpo femminile.

vi è uno *specifico femminile* - che non può essere ignorato dal diritto, il quale non può omologare situazioni fra loro non assimilabili<sup>27</sup>, come appunto la differenza fra la maternità e la paternità, specie allorché vengano in considerazione la gravidanza, il parto, l'allattamento e, nel caso di ricorso alla PMA, tutto ciò che precede l'impianto in utero.

Il secondo si ricava dalla constatazione per cui nella maternità il corpo e la mente della donna sono inscindibilmente interessati. Questa considerazione, apparentemente ovvia, ha il pregio di mettere in rilievo, al tempo stesso, l'unità e la complessità della persona e, in particolare, il coinvolgimento totale della donna e del suo essere allorché diventa madre. Presenta poi un rilievo antropologico, bioetico e giuridico, e non è priva di interesse rispetto ad un'altra importante questione, quella della maternità surrogata, penalmente sanzionata dalla stessa legge 40. L'art. 12, comma 6, dispone, com'è noto, che «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

Nella surrogazione di maternità, infatti, dove si assiste alla reificazione della donna e del figlio, che da soggetto diviene oggetto di pretese o scambi, come pure alla lacerazione della relazione simbiotica fra colei che porta avanti la gravidanza e il bambino<sup>28</sup>, da consegnare ad altri<sup>29</sup>, si assiste anche alla rottura dell'integrità psico-

---

<sup>27</sup> Sul punto cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Correggere le diseguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?*, in AA.VV., *La legge e il corpo*, in *Democrazia e diritto*, 1/1996, 53 ss. Sul femminismo della differenza interessanti spunti in V. HELD, *Etica femminista. Trasformazioni della coscienza e famiglia post-patriarcale* (1993), tr. it. di L. Cornalba, Milano 1997, 22; L. IRIGARAY, *La via dell'amore* (2002), tr. it. di R. Salvadori, Torino 2008; S. RUDDICK, *Il pensiero materno. Pacifismo, antimilitarismo, nonviolenza: il pensiero della differenza per una nuova politica* (1980), tr. it. di F. Manzoni, Como 1993; F. BREZZI, *Piccolo manuale di etica contemporanea*, Donzelli, Roma 2012. Sul tema, inoltre, P. Ricci Sindoni, C. Vigna (a cura di), *Di un altro genere: etica al femminile*, Milano 2008; M.T. Russo, *Soggettività, corpo e differenza sessuale nel dibattito filosofico di area femminista*, in *Acta Philosophica*, 2/2016, 257.

<sup>28</sup> S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità ciò che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 226, mette in luce come il principio *mater semper certa* si colleghi con «le radici personalistiche della nostra Costituzione».

<sup>29</sup> Consegna del bambino che è presente, per definizione, in qualsiasi forma di surrogazione di maternità, sia commerciale, sia "altruistica" (pur nella consapevolezza che dietro la stragrande

fisica della “donna portatrice”<sup>30</sup>. Vi è infatti una frattura, nella sua persona, fra quello che fa il corpo, e quello che deve fare la volontà; fra l’aspettativa di genitorialità che il corpo della donna incinta promette, e l’interruzione forzata di quel percorso e di quella relazione; fra le sofferenze e i rischi per la salute fisica e mentale, e la garanzia dell’integrità psicofisica.

In ogni surrogazione (a titolo oneroso o gratuito che sia)<sup>31</sup>, la “madre di nascita”, coinvolta nel corpo e nella psiche in un rapporto profondissimo col bambino, che è la relazione umana primordiale, si prepara, invece, alla consegna<sup>32</sup>.

Non si assiste, pertanto, ad una *dissociazione* della persona e ad una *disintegrazione* della relazione umana originale?<sup>33</sup>

---

maggioranza dei casi apparentemente “non commerciali” la presenza di intermediari e di servizi medici, legali, etc. implica comunque colossali interessi economici, come già evidenziato da L. POLI, *Stepchild adoption: Gestazione per altri e gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale*, in *DPCE*, 3/2006, 101; S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all’estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, n. 2/2017, 51).

<sup>30</sup> Sul tema L. IRIGARAY, *Sessi e genealogie* (1987), trad. it. a cura di L. Muraro, Milano 1989; L. MURARO, *L’anima del corpo. Contro l’utero in affitto*, Brescia 2017; B. DUDEN, *Disembodying women. Perspectives on pregnancy and the unborn*, Harvard University Press, Cambridge 1993.

<sup>31</sup> Come messo in luce dalla dottrina, il problema (etico e giuridico), a prescindere dal trasferimento di denaro o meno, risiede proprio nell’accordo. Cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 4/2015, 480; L. FERRARO, *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. Un esame della giurisprudenza (ultima) interna e della Corte EDU*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1/2017, 11; B. SALONE, *Maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalistici*, in *Rivista di BioDiritto*, 2/2017, 46. Cfr. anche B. PEZZINI, *Nascere dal corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, II, 183; EAD, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il “principio nel nome della madre” nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 91.

<sup>32</sup> Sulla peculiarità della relazione fra l’embrione e il corpo materno, che lo riconosce come se stesso e, contemporaneamente, come altro da sé, coniugando identità e relazione nel rispetto dell’una e dell’altra, cfr. L. IRIGARAY, *A proposito dell’ordine materno*, in *Inchiesta*, A. 17, n. 78 (ott-dic 1987); Cfr. inoltre, in prospettiva costituzionale, S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all’estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, n. 2/2017, 56; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l’acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 163; C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., 119; F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, ivi, 31 ed EAD., *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020 220.

Il richiamo della Corte alla salvaguardia dell'*integrità* psicofisica della donna, affermata in questa sentenza per sottolineare le aspettative in lei ingenerate dall'uomo che ha consentito alla fecondazione, è dunque importante, a mio avviso, anche per ribadire il disvalore della surrogazione di maternità, che lacera l'*integrità* psicofisica della donna, spezza la relazione simbiotica con il bambino e strumentalizza l'una e l'altro.

In altri termini, se l'irrevocabilità del consenso di cui all'art. 6, comma 3, della legge 40, appare funzionale a «salvaguardare l'*integrità* psicofisica della donna», lo è anche, e a maggior ragione, il divieto di maternità surrogata. Il ragionamento svolto in questa occasione dalla Corte consolida quindi, indirettamente, le sue precedenti affermazioni, ai sensi delle quali la pratica della maternità surrogata - «illegittima» e «meritevole di sanzione penale» per l'interesse «pubblico» sotteso al divieto - «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>34</sup>.

##### **5. La peculiarità del consenso informato nella PMA e l'inesistenza di «una radicale rottura della corrispondenza tra libertà e responsabilità»**

La seconda questione affrontata dalla Corte attiene all'autodeterminazione dell'uomo, e alla presunta violazione degli artt. 2 e 3 Cost.: l'irrevocabilità del consenso lo costringerebbe a diventare padre contro la sua volontà<sup>35</sup>. A questo riguardo la motivazione della sentenza è di notevole interesse rispetto alla nozione di consenso informato<sup>36</sup>. La Corte sottolinea infatti che il consenso prestato ai sensi

---

<sup>33</sup> Sotto il profilo psicologico cfr. O. van den AKKER, *Psychological trait and state characteristics, social support and attitudes to the surrogate pregnancy and baby*, in *Human Reproduction* 2007, 22: 2287-2295. Cfr. anche L. MURARO, *L'ordine simbolico della madre* (1991), Roma 2022.

<sup>34</sup> Sent. n. 272 del 2017, come ribadito nella sent. n. 33 del 2021. Nella prima sentenza la Corte afferma la «natura pubblica» dell'interesse alla verità della nascita tutelato dal divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12, comma 6. Cfr. al riguardo I. G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (15 febbraio 2018), G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, ivi.

<sup>35</sup> Punto 11 in dir.

<sup>36</sup> Fra i tanti contributi F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico: profili penalistici e civilistici*, Torino 2006; G. FERRANDO, *Consenso informato*, in *Il diritto: enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano 2007, III, 742; L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico e*

dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004 ha 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».

Non si tratta, in questo caso, di prestare il consenso ad un'operazione chirurgica, sia pure molto complessa. Si tratta di un'espressione di volontà, libera e informata, di natura differente, perché ne deriva l'esistenza in vita di un altro essere umano, nonché, come si è visto, un affidamento da parte della donna<sup>37</sup>. Da tale consenso, spiega la Corte, deriva l'assunzione di una responsabilità genitoriale, che riveste un ruolo centrale ai fini dell'acquisizione dello *status filiationis*. Ne discendono, quindi, effetti per la vita e la condizione di figlio di un altro essere, a prescindere dalle successive vicende della relazione di coppia; come comprovano quelle norme della legge 40 che vietano, da un lato, il disconoscimento della paternità nel caso della PMA eterologa, e, dall'altro, quello di anonimato della madre<sup>38</sup>.

Anche l'informazione su cui si basa tale tipologia di consenso è peculiare. La Corte ricorda che, dell'eventualità che trascorra un lasso di tempo significativo fra la fecondazione dell'ovulo e l'impianto in utero, la coppia è accuratamente informata in base alle norme vigenti.

L'art. 6 della legge 40 disciplina infatti dettagliatamente il consenso informato relativo alla PMA, indicando gli specifici aspetti oggetto di informazione da parte del medico e delle strutture<sup>39</sup>. E lo stesso accade in base al *Regolamento recante norme*

---

consenso, in *Riv. it., med. leg.*, 2008, 1227; ID., *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, II, Torino 2011, 961; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente: consenso informato e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano 2008; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Riv. AIC*, n. 4/2011; G. RAZZANO, *Principi Costituzionali ed ambito di applicazione del consenso informato*, capitolo del *Trattato di diritto e bioetica* a cura di A. Cagnazzo, Napoli 2017,11; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino 2018, 117.

<sup>37</sup> Apprezza che la Corte abbia posto in luce la rilevanza dell'affidamento della donna sulla base del consenso dell'uomo F. ANGELINI, *La Corte costituzionale mette al centro dei percorsi di PMA*, cit., § 5.

<sup>38</sup> Art. 9 legge 40.

<sup>39</sup> «Prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5

in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>40</sup>, laddove, tra gli «elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato», viene espressamente indicata (art. 1) la «possibilità di crioconservazione degli embrioni in conformità a quanto disposto dall'articolo 14 della legge n. 40 del 2004 e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009» (lettera t) – oltre che la possibilità di revocare il consenso solo «fino al momento della fecondazione» (lettera q). L'uomo è quindi consapevole, quando esprime il consenso, di poter diventare padre anche diverso tempo dopo la fecondazione dell'ovulo, perché l'embrione potrebbe non essere impiantato subito. La Corte giunge quindi a concludere che non esiste, nella disciplina vigente, «una radicale rottura della corrispondenza tra libertà e responsabilità».

Si rende in tal modo evidente, in primo luogo, che il principio di autodeterminazione, cui si appella il giudice *a quo*, non è perfettamente sovrapponibile a quello del consenso informato richiesto dalla legge. E ciò non solo perché quest'ultimo, a differenza del primo, presuppone una relazione e una comunicazione esaustiva e appropriata da parte del medico, implicando una dualità di soggetti e non pura individualità<sup>41</sup>, ma soprattutto perché, in questo specifico caso, la libertà di scelta espressa con il consenso non rimane circoscritta, quanto agli effetti, solo al soggetto che lo esprime, ma esprime anche un'assunzione di responsabilità verso altri, al di là della sfera individuale.

---

sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro (...). Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa». Fra l'altro, ricorda la Corte, tale volontà deve essere manifestata per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura. Ai richiedenti, inoltre, «devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge», le quali consistono nell'acquisizione dello stato di figlio del nato a seguito di PMA, e nel divieto di disconoscimento di paternità e di anonimato della madre.

<sup>40</sup> Decreto del Ministro della giustizia e del Ministro della salute 28 dicembre 2016, n. 265, adottato in attuazione dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40.

<sup>41</sup> Ferma restando l'importanza di tutta l'*équipe* sanitaria e dei familiari del paziente, soggetti peraltro menzionati dalla l. n. 219/2017.

Il consenso informato espresso nella PMA, in altri termini, determina al contempo diritti e aspettative in altri soggetti, a cominciare dallo *status* di figlio che acquisisce il nascituro. Sembra qui echeggiare la precedente sent. della Corte costituzionale n. 221 del 2019, ai sensi della quale «[l]a libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori [...] di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicitarsi senza limiti» (sentenza n. 162 del 2014). Essa dev'essere, infatti, bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti: e ciò particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico»<sup>42</sup>.

In secondo luogo, merita un particolare apprezzamento la correlazione fra la libertà e la responsabilità posta in evidenza dal giudice delle leggi. Ciò è tanto più significativo, quanto più si consideri l'attuale propensione ad ampliare il catalogo dei diritti individuali, in assenza di un contestuale atteggiamento di impegno per l'altro, per ciascun essere umano<sup>43</sup>, che la stessa Costituzione italiana richiede allorché riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo. La Corte, nel menzionare la «corrispondenza fra libertà e responsabilità» e nel negare che la disciplina vigente operi una radicale rottura fra i due valori, rinforza quel nesso, così significativo per la stessa forma di Stato, posto dall'art. 2 Cost. all'origine stessa dei diritti e dei doveri<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Punto 13.1 in dir. A commento della sentenza F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in questa Rivista, 20 maggio 2020; M. PICCHI, [Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. \(Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019\)](#), in *Forum di Quad. cost.*, 16 aprile 2020.

<sup>43</sup> Notevoli sono le pagine scritte al riguardo da S. WEIL, *La prima radice. Preludio a una dichiarazione dei doveri verso la creatura umana*, tr.it. di F. Fortini, Milano 1954 (titolo originale *L'enracinement*, 1949).

<sup>44</sup> Sul tema, fra gli altri, G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano 1967; S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e Società*, 1996, 3; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2002; A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 1/2006, 167; AA.VV., *I doveri costituzionali: la*



Si consolida pertanto quanto la Corte aveva affermato in precedenti occasioni, in riferimento alla pratica della PMA e dello *status filiationis*, ossia l'esistenza di «diritti» della persona nata a seguito di fecondazione assistita «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità»<sup>45</sup>.

## 6. La dignità dell'embrione, «riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.»

La sentenza contiene poi affermazioni degne di nota in merito all'identità dell'embrione<sup>46</sup>. La Corte richiama infatti la giurisprudenza sovranazionale e convenzionale, nonché la sua giurisprudenza pregressa per ribadire che l'embrione «ha in sé il principio della vita» (sentenza n. 84 del 2016)<sup>47</sup> e che tale vita è naturalmente umana, in quanto «la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano»<sup>48</sup>. Inoltre, «quale che ne sia il, più o meno ampio,

---

*prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Torino 2007; AA.VV., *Diritti e doveri*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino 2013; A.M. POGGI, *I diritti delle persone. Lo Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, Milano 2014, AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Napoli 2017; I. MASSA PINTO, *Doveri*, in AA.VV., *Grammatica del costituzionalismo*, a cura di C. Caruso e C. Valentini, Bologna 2021, 289; V. TONDI DELLA MURA, *La frontiera aperta da Giorgio Lombardi nella sistematica dei doveri costituzionali: dall'idealismo mazziniano al personalismo costituzionale*, in *Federalismi*, 4/2021, 10 febbraio 2021; AA.VV., *Doveri dell'uomo da Mazzini ad oggi: opinioni a confronto*, in *Giustizia Insieme*, e in particolare le conclusioni di A. RUGGERI, *Il lascito della lezione mazziniana sui doveri dell'uomo per la Costituzione repubblicana*, ivi, 7 aprile 2022.

<sup>45</sup> Sent. n. 347 del 1998 e n. 272 del 2017. Come mise in luce G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., 27, «l'isolamento in cui oggi l'embrione può essere creato rispetto a quello che dalle origini dell'uomo è stato il suo asilo naturale, il grembo della madre (...) crea il dovere di ripristinare il suo percorso naturale verso la nascita».

<sup>46</sup> Sul tema, L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. pen.*, 2005, 361; B. VIMERCATI, L. VIOLINI, *Alla ricerca dello statuto costituzionale degli embrioni crioconservati*, in *Collana de I Quaderni di Scienza e Vita*, 2013.

<sup>47</sup> A. RUGGERI, *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*, 2/2016, 245; G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, ivi, 223; V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 maggio 2016.

<sup>48</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, in causa C-34/10, sentenza 18 ottobre 2011, *Brustle contro Greenpeace e V.*

riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»<sup>49</sup>.

Ribadisce, poi, che la sua «dignità» è «riconcucibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.», dovendo essere pertanto tutelata anche ove si sia al cospetto di embrioni soprannumerari o malati<sup>50</sup>. Non tralascia di menzionare la nota sentenza che ha affermato che la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, in quanto «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute [psicofisica] proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare» (sentenza n. 27 del 1975).

L'aspetto di novità è rappresentato dall'osservazione secondo cui l'asimmetria fra madre ed embrione, affermata dalla giurisprudenza costituzionale, è limitata, nella PMA, alla «necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione» (sentenza n. 151 del 2009) e con quella «del diritto alla salute della donna» (sentenza n. 96 del 2015). Se poi si considerano 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. Né la circostanza che il figlio nasca in una coppia separata è idonea a far propendere per la non vita.

Osserva la Corte, in modo condivisibile, che «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»<sup>51</sup>. Si tratta di un'affermazione non contrastante con quella della precedente sent. n. 221 del 2019, che ha ritenuto non arbitraria o irrazionale la scelta del legislatore di ritenere il luogo più idoneo per accogliere il nascituro quello di due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi

---

<sup>49</sup> Corte cost., sentenze n. 84 del 2016 e n. 229 del 2015; in senso analogo, Corte EDU, Grande camera, sentenza 27 agosto 2015, Parrillo contro Italia, dove si è affermato: «*Human embryos cannot be reduced to "possessions" within the meaning of that provision*».

<sup>50</sup> Corte cost., sentenza n. 229 del 2015.

<sup>51</sup> Punto 12.4, in dir.

e in età potenzialmente fertile<sup>52</sup>. Come si è visto, infatti, le condizioni di accesso alle tecniche di PMA, per le quali sono richiesti tali requisiti, vanno distinte da ciò che accade dopo la formazione dell'embrione (morte o revoca del consenso del padre), perché tali eventi non sono idonei ad ostacolare la possibilità di "portarlo a nascita" se la madre lo richiede<sup>53</sup>.

Altro è infatti il tema del luogo più idoneo ad accogliere il nato a seguito di tecniche di PMA, altro è valutare se, una volta venuto in essere l'embrione, l'assenza sopravvenuta del padre (per revoca del consenso, separazione dalla donna o morte) sia un motivo sufficiente per impedirne la nascita. La Corte ha valutato che non lo fosse, con un ragionamento apprezzabile dal punto di vista logico ed etico: non si può decretare la non vita in ragione dell'assenza delle condizioni ottimali di vita.

Non sembra, inoltre, che il richiamo alla tutela dell'embrione sia un aspetto criticabile della sentenza, che si sarebbe dovuta fondare sul solo argomento dell'autodeterminazione della madre<sup>54</sup>. Se è vero, infatti, che la donna e l'embrione non sono soggetti contrapposti e con interessi diversi<sup>55</sup>, l'aver ribadito l'esistenza del diritto del concepito e la sua dignità non va a scapito della donna, perché il *valore* dell'"altro da sé" contribuisce a *valorizzare* la relazionalità primordiale, esclusiva, unica e profondamente umana che lega entrambi.

A meno di non voler contestare lo stesso principio di cui all'art. 1 della legge 40, che «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». In modo condivisibile la Corte afferma, piuttosto, che «complementari» alle considerazioni

---

<sup>52</sup> *Contra* M. D'AMICO e B. LIBERALI, *op. cit.*, 1349, per le quali, invece, la Corte con quest'ultima decisione avrebbe superato e contraddetto una delle fondamentali linee direttrici della legge 40, ossia la condizione di una famiglia *ad instar naturae*.

<sup>53</sup> Come ricorda la Corte al punto 12.1, «coerentemente le citate linee guida di cui al d.m. 1° luglio 2015 stabiliscono che «[l]a donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati».

<sup>54</sup> Così F. ANGELINI, *La Corte costituzionale mette al centro*, cit., § 4 e S. NICCOLAI, *Una decisione di infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore? Scelte tragiche e tragiche non scelte in Corte cost. n. 161/2023*, cit.

<sup>55</sup> Così, ancora, F. ANGELINI, *op. ult. cit.*, la quale si domanda: «Come è possibile distinguere l'interesse della donna da quello dell'embrione o del feto? Come è possibile pensarli ancora soggetti contrapposti?».

sul peculiare coinvolgimento fisico ed emotivo della donna sono quelle inerenti alla dignità dell'embrione<sup>56</sup>.

**7. I «temi eticamente sensibili» non possono che spettare «primariamente alla valutazione del legislatore»**

La Corte infine osserva che in ambito convenzionale europeo sul tema sussiste l'«ampio margine di apprezzamento» e che l'esperienza comparata mostra differenti soluzioni normative al problema. Afferma quindi che la problematica potrebbe essere regolata dal legislatore anche diversamente, sempre nel rispetto della dignità umana. Infatti questioni che toccano «temi eticamente sensibili» non possono che spettare «primariamente alla valutazione del legislatore», «alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale», ferma restando la sindacabilità da parte di questa Corte delle scelte operate, al fine di verificare che con esse sia stato realizzato un bilanciamento non irragionevole.

Tre brevi osservazioni al riguardo.

La prima è un richiamo al significato proprio delle parole usate dalla Corte, le quali non hanno invitato il legislatore ad intervenire in materia, come pure è stato sostenuto<sup>57</sup>. Il giudice delle leggi ha affermato, piuttosto, che la questione di costituzionalità è infondata, che la norma censurata esprime un bilanciamento non irragionevole, e che comunque il Parlamento, se lo volesse, potrebbe regolare diversamente la materia, nel rispetto della dignità umana, fermo restando l'eventuale sindacato successivo della Corte.

È da notare, in secondo luogo, che la spettanza al legislatore della valutazione delle scelte eticamente sensibili venga riconosciuta dalla Corte anche sulla base del fatto che, in ambito convenzionale europeo, esiste un ampio margine di apprezzamento

---

<sup>56</sup> Punto 12.2 in dir.

<sup>57</sup> Così R. Conte, *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*, che ritiene che dalla Corte sia arrivato «un invito a riforme legislative», (16/10/2023, § 6 ed E. Crivelli, *op. cit.*, 136, per la quale la sentenza aggiungerebbe al novero delle istanze davanti alle quali il Parlamento non può restare immobile «la riscrittura del consenso e della sua revoca al trattamento di PMA».

nella materia<sup>58</sup>. Si tratta di un ragionamento importante, di portata generale, che sarebbe stato bene adottare, da parte della Corte, anche rispetto ad altri ambiti eticamente sensibili, come ad esempio quello del fine vita e della vicenda Cappato<sup>59</sup>, laddove, pur avendo riconosciuto l'esistenza dell'ampio margine di apprezzamento a livello di Convenzione europea<sup>60</sup>, la Corte ha invece chiesto al Parlamento di introdurre una *determinata disciplina in un certo modo ed entro un certo tempo*, come se si trattasse di una scelta costituzionalmente imposta<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> La Corte infatti respinge la censura concernente la presunta violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, ossia in riferimento al diritto al rispetto della propria vita privata, non ritenendo che la norma italiana superi il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato. Nel richiamare la giurisprudenza EDU, spicca il caso *Evans versus Regno Unito*, speculare, per molti versi, a quello deciso dalla Corte costituzionale con la sentenza *de quo*. In quel caso a ricorrere fu infatti una donna, che lamentava dinanzi alla Corte EDU - in base al diritto alla vita (art. 2) e al rispetto della vita privata e familiare (art. 8) - di non poter ottenere l'impianto in utero e portare quindi a nascita il figlio, a motivo della revoca del consenso all'impianto da parte del padre, dal quale si era nel frattempo separata. Il punto è che tale revoca "tardiva", successiva alla fecondazione, è espressamente consentita dalla legge inglese, a differenza di quanto prevede la legge 40, più attenta a tutelare i diritti «di tutti i soggetti coinvolti». Nel negare alla donna l'accoglimento del ricorso, la Corte di Strasburgo affermò, tuttavia, non solo di provare grande simpatia per la donna, ma anche che sarebbe stato possibile per il Parlamento regolare la situazione in modo diverso, in quanto sussiste, appunto, un ampio margine di apprezzamento in materia.

<sup>59</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019.

<sup>60</sup> Cfr. punto 7 in dir., ord. n. 207/2018.

<sup>61</sup> Ci si è domandati, infatti, perché l'Italia, a differenza degli altri Stati aderenti (alla CEDU), se esiste l'ampio margine di apprezzamento, avrebbe il *dovere* di introdurre una disciplina del suicidio medicalmente assistito? Quale norma della Costituzione italiana, differenziandosi dalla CEDU, *vincolerebbe* il Parlamento italiano, a differenza degli altri, ad intraprendere questa strada? La Corte ha così privato il Parlamento dell'ampio margine di apprezzamento, ossia della discrezionalità politica in materia (così G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Diritti fondamentali*, 22 gennaio 2019, 13 e EAD, *Le discutibili asserzioni dell'ordinanza Cappato e alcuni enormi macigni*, in *Forum dei Quaderni cost.*, 9 giugno 2019). Ha parlato a questo riguardo di «legislazione sotto minaccia» e «coartata» N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 92. Cfr. sulla questione anche L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Penale contemp.*, 27 marzo 2019, 10, dove l'A. osserva, tra l'altro: «Che la Costituzione stessa esiga risposte ai problemi di fine vita implicanti ambiti di ammissibilità dell'agire per la morte altrui è affermazione la quale, ci pare, non possa davvero essere accettata». Cfr. inoltre A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamento salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti supreme e salute*, 2019, n. 2, 201; F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in questa *Rivista*, 6 marzo 2020.

Tanto più apprezzabile, in conclusione, è dunque l'affermazione odierna, rispettosa del principio della divisione dei poteri, nonché della discrezionalità politica di cui è titolare il Parlamento, organo elettivo e rappresentativo, e dunque con le "antenne" per intercettare i mutamenti della "coscienza sociale"<sup>62</sup>. La presente sentenza si pone così lungo il solco di una giurisprudenza che, rispetto ad ambiti eticamente sensibili, riconosce correttamente le prerogative costituzionali del Parlamento<sup>63</sup>, in coerenza con i ruoli assegnati dalla Costituzione, che trovano conferma nell'art. 28 della legge n. 87/1953, secondo cui il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento.

---

<sup>62</sup> Così N. ZANON, *op. cit.*, 94. Concordano sul punto M. D'AMICO, B. LIBERALI, *La tutela della "corporalità"*, cit., 1351.

<sup>63</sup> Cfr. ad es. Corte cost., sentt. n. 84 del 2016, n. 221 del 2019, n. 230 del 2020.