

## Quando si dice *non più*. Ragionando sugli artt. 5, comma, 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004

Franca Meola\*

WHEN YOU SAY *NO MORE*. REASONING ON ARTICLES 5, PARAGRAPH, 1 AND 6, PARAGRAPHS 1 AND 3 OF LAW NO. 40/2004

ABSTRACT: Reasoning on articles 5, paragraph 1, and 6, paragraphs 1 and 3, of law no. 40 of 2004, the essay wonders what is the most "fair" definition of judgments against the male partner of a couple who, after having given their consent to the use of MAP techniques, before such treatment is completed by means of the implantation in utero of the embryos formed, manifest the firm will not to continue in the couple's bond, dissolving it, and the equally strenuous choice to interrupt the search for the child, revoking the consent originally expressed for the use of new procreative methods.

KEYWORDS: Informed consent; withdrawal of consent; freedom not to procreate; principle of self-determination; paternity

SOMMARIO: 1. Rottura del legame di coppia e revoca del consenso alla P.M.A.: un incrocio di questioni di complessa definizione – 2. La rilevanza della "coppia" quale requisito di accesso alle nuove tecniche procreative tra dettato legislativo e puntualizzazioni giurisprudenziali – 3. Il consenso alla P.M.A e la sua revoca: a proposito dei dubbi di legittimità posti dal dettato legislativo in relazione agli artt. 2, 13 e 32 Cost. – 4. Divieto di revoca del consenso alla P.M.A *versus* diritto di non procreare: ulteriori dubbi di legittimità costituzionale – 5 Quali diritti e quale tutela per chi dice non più: alla ricerca di possibili risposte tra auspicabili correttivi giurisprudenziali e più necessarie risposte legislative.

### 1. Rottura del legame di coppia e revoca del consenso alla P.M.A.: un incrocio di questioni di complessa definizione

**N**onostante i diversi correttivi giurisprudenziali, che in questi anni ne hanno significativamente emendato il testo<sup>1</sup>, ad oggi, il dettato legislativo in tema di accesso alle tecniche di

\* *Avvocato, cultore delle materie pubblicistiche presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" e presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II. Mail: [franca.meola@unicampania.it](mailto:franca.meola@unicampania.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

<sup>1</sup> Non molte ma significative sono le sentenze pronunciate in questi anni dalla Corte costituzionale al fine di emendare, attraverso una declaratoria di illegittimità, talune tra le più controverse disposizioni della legge n. 40 del 2004 in tema di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Tra queste, in ordine di tempo, si ricordino la sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, che ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 14 della legge, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre embrioni», nonché il comma 3 dello stesso articolo «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna»; la sentenza

procreazione medicalmente assistita (in sigla P.M.A.) resta certamente tra i più controversi nel panorama ordinamentale italiano.

Lasciando irrisolti molti dei nodi più controversi della sua trama normativa, esso, in effetti, rende ancora assai dubbia la ricerca di quale risposta dare ai tanti interrogativi che, specie in sede giudiziaria, si pongono all'interprete nel momento applicativo della regola di diritto al caso concreto.

In particolare, in tale sede, risulta sempre più frequente e pressante l'esigenza di una "giusta" definizione dei giudizi che vengono intentati ai danni del *partner* maschile di una coppia, che, dopo aver prestato il proprio assenso al ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai fini della realizzazione di un progetto filiale, prima che tale trattamento si completi a mezzo dell'impianto in utero degli embrioni formati, manifesti la ferma volontà di non continuare più nel proprio legame di coppia, sciogliendolo, e l'altrettanta strenua scelta di interrompere la ricerca del figlio, revocando il consenso originariamente manifestato ai fini dell'impiego delle nuove metodiche procreative. E ciò in ragione dell'incidenza negativa che, sul piano psicologico, potrebbe esercitare la nascita di un figlio non più voluto, tra l'altro nell'ambito di un rapporto che, oramai disgregatosi, lo oppone alla moglie (ovvero, alla compagna), e alla richiesta da lei avanzata giudizialmente, al fine di ottenere, tramite un ordine dell'autorità, l'impianto in utero degli ovuli fecondati.

In effetti, a fronte di chi, contemporaneamente, dica *non più* al rapporto di coppia, e alla scelta di mettere al mondo un figlio, il dato normativo applicabile, che ricomprende in sé il disposto dell'art. 5, comma 1, e le prescrizioni dell'art. 6, commi 1 e 3, della legge n. 40/2004, finisce per rendere assolutamente complesso il ruolo dell'interprete chiamato a pronunciare sentenza. Non si tratta, infatti, semplicemente di comprendere quale sia il rilievo da accordare ai presupposti soggettivi di accesso alle tecniche di fecondazione assistita nelle varie fasi di svolgimento di tal genere di trattamenti. Piuttosto, il caso sollecita una particolare attenzione sulla gravidanza da riconoscere al consenso prestato al ricorso alle nuove tecniche di fecondazione assistita ed ancor più alla sua revoca, specie quando questa sia esercitata in un contesto che, unitamente allo scioglimento del vincolo di coppia, segni, da parte di chi ritratti il suo assenso alla P.M.A., la rivendicazione di suoi precisi diritti fondamentali, quali quello all'autodeterminazione, al benessere psico/fisico, ma anche alla "non genitorialità".

In questo senso, quindi, il caso, attentamente scandagliato nella sua portata, finisce per porre l'interprete direttamente a confronto con quelle idee base, che costituiscono le direttrici di sviluppo del dettato normativo di cui alla legge n. 40 del 2004, ed anzitutto con quella peculiare configurazione delle tecniche di P.M.A. che da essa emerge *in apicibus*. Chiamata, infatti, a stabilire se il "desiderio" di avere un figlio tramite l'uso delle nuove tecnologie riproduttive meriti di essere soddisfatto sempre e comunque, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate, la legge ha chiaramente ed espressamente configurato il ricorso alle tecniche *de quibus* come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile, escludendo quindi in maniera netta che la P.M.A. possa rappresentare una modalità di realizzazione del

---

n. 162 del 10 giugno 2014, che ha dichiarato illegittimo il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo; la sentenza n. 96 del 05 giugno 2015, che ha censurato di incostituzionalità il divieto di accesso alle tecniche di P.M.A per le coppie che, non sterili e/o infertili, siano portatrici sane di patologie trasmissibili al nascituro; e, infine, la sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019, che ha negato la legittimazione delle coppie omosessuali femminili quanto all'accesso alle tecniche di procreazione assistita. Il testo di ciascuna di tali decisioni è consultabile sul sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

“desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera determinazione degli interessati<sup>2</sup>.

Peraltro, a tale previsione, che già confina il ricorso alle tecniche *de quibus* nei limiti del trattamento sanitario, la legge affianca poi una serie di limitazioni di ordine soggettivo quanto all’accesso alla P.M.A., alla cui radice si colloca il trasparente intento di garantire che, nell’interesse del figlio così cercato, il nucleo familiare che verrà a formarsi in conseguenza del ricorso a tali tecniche ne riproduca il modello per così dire “tradizionale”, caratterizzato cioè dalla presenza di una madre e di un padre. In ragione di ciò, quindi, l’accesso alle tecniche di P.M.A. viene legislativamente limitato a favore delle sole coppie eterosessuali, siano esse sposate o stabilmente conviventi<sup>3</sup>.

È a fronte di tali disposizioni, nelle quali si compendiano i principi cardine sui cui poggia la legge in esame, che il compito dell’interprete, chiamato a dirimere la *querelle* di cui si è detto, acquista una certa corposità, impegnandolo in un’attività interpretativa assai articolata, in quanto finalizzata in parte a colmare un vuoto normativo, in parte invece a consentire una lettura del dettato legislativo rispettosa dei diritti e dei valori costituzionalmente rilevanti in tema.

## 2. La rilevanza della “coppia” quale requisito di accesso alle nuove tecniche procreative tra dettato legislativo e puntualizzazioni giurisprudenziali

Il deciso *favor* nei riguardi della famiglia composta da un padre ed una madre, quale unico modello di cui consentire la formazione in conseguenza dell’accesso alle nuove tecnologie riproduttive, trova certamente una sua chiara e nitida espressione nel dettato legislativo. È anzitutto l’art. 5, che, nel fissare i presupposti soggettivi di accesso a tali tecniche, legittima al ricorso alla P.M.A. le sole “coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”. Tale disposizione trova peraltro eco, sul versante sanzionatorio, nel dettato dell’art. 12, che, al comma 2, punisce con una severa sanzione amministrativa pecuniaria (da 200.000 a 400.000 euro) chi applica tecniche di P.M.A. “a coppie composte da soggetti dello stesso sesso”, oltre che a soggetti non entrambi viventi, o in età minore, o non coniugati o non conviventi. A sua volta, la previsione *de qua* è rafforzata da quella di cui al comma 9, in forza della quale nei confronti dell’esercente una professione sanitaria, condannato per uno degli illeciti di cui allo stesso art. 12 (e, dunque, anche per quello di cui al comma 2), è “disposta la sospensione da uno a tre anni dall’esercizio professionale”. Infine, il comma 10 dello stesso articolo prevede altresì la sospensione dell’autorizzazione alla realizzazione delle pratiche di P.M.A. concessa alla struttura nel cui interno è eseguita la pratica vietata, nonché la possibilità di revoca della stessa autorizzazione nell’ipotesi di violazione di più divieti ovvero di recidiva.

La portata letterale della disposizione che fissa i requisiti soggettivi di accesso alle nuove metodiche procreative, ed ancor più l’apparato sanzionatorio predisposto dal legislatore a garanzia di un rigoroso

<sup>2</sup> Cfr. art. 1 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, avente ad oggetto *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, pubblicata in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004.

<sup>3</sup> Cfr. art. 5 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, cit.

rispetto di quella stessa previsione esprimono, tra l'altro, in maniera cristallina, la finalizzazione della scelta legislativa alla migliore tutela degli interessi del nascituro<sup>4</sup>.

In particolare, sotto tale profilo, appare innegabile che, sottesa alla decisione assunta dal legislatore di limitare alla coppia sposata o stabilmente convivente il diritto di accedere alle nuove metodiche procreative vi sia l'intento di garantire al nascituro il diritto a fruire e godere della doppia figura genitoriale, per essere istruito, educato e mantenuto da entrambi i genitori, nell'ambito di un contesto di coppia, per la garanzia di un equilibrato ed armonico sviluppo psico-fisico<sup>5</sup>. Si tratta di un diritto chiaramente ed espressamente protetto e tutelato, a livello costituzionale, dall'art. 30, che riconosce ed afferma il diritto del figlio ad essere istruito, educato e mantenuto da parte dei propri genitori, ma anche dall'art. 31, che, proclamando "il dovere dello Stato di proteggere l'infanzia favorendo gli istituti necessari a tale scopo", risulta chiaramente avversare il ricorso a tecniche di P.M.A. in grado, contro l'interesse del nascituro, di privare questi di una delle due figure genitoriali, ed in particolar modo di quella paterna<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sul punto, è significativo osservare come, per il passato, pure il Codice deontologico medico abbia posto al centro dei divieti fissati in tema di accesso alle diverse tecniche di P.M.A. l'esigenza di tutelare «anche l'interesse del bene del nascituro». Si legga, ad esempio, l'art. 42 del Codice deontologico medico approvato il 25 giugno 1995, il cui testo è stato successivamente confermato da quello licenziato il 3 ottobre 1998. Tale articolo poneva in capo al medico il divieto di praticare fecondazioni assistite al di fuori di coppie eterosessuali stabili, in donne in menopausa non precoce, nonché forme di fecondazione assistita dopo la morte del partner. In questo senso, quindi, pare a ragione potersi sostenere che tale codice abbia non soltanto preceduto, ma in qualche modo anche ispirato il legislatore, che da esso ha attinto, ai fini della fissazione delle disposizioni approvate in tema nel 2004. Si tratta di un *continuum* la cui portata, assolutamente significativa, è stata marcata soprattutto da R. VILLANI, *Procreazione assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, VII, Aggiornamento, Milano, 2006, 287, secondo cui "la vicinanza di contenuto tra il codice deontologico medico e la nuova norma è, anzi, così forte che sembra potersi affermare che con l'art. 5 si sia inteso recepire, pressoché testualmente, il contenuto del precetto deontologico". Il *fil rouge* che, per tali profili, ha a lungo legato il codice deontologico medico alla legge n. 40/2004 non si è spezzato neppure in occasione della riformulazione delle disposizioni del codice avvenuta in data 16 dicembre 2016. Più di recente, invece, ed in particolare nella stesura del codice approvato il 13 giugno 2014, l'art. 44 vieta «ogni pratica di procreazione medicalmente assistita a fini di selezione etnica o genetica; non è consentita la produzione di embrioni ai soli fini di ricerca e ogni sfruttamento commerciale, pubblicitario, industriale di gameti, embrioni e tessuti embrionali o fetali. Sono fatte salve le norme in materia di obiezione di coscienza, senza esimere il medico dagli obblighi e dai doveri inerenti alla relazione di cura nei confronti della coppia».

<sup>5</sup> Il punto è ben colto da F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 47, il quale evidenzia che «possono quindi accedere alle predette tecniche le 'coppie', e non le persone sole, perché si vuole dare rilevanza decisiva non tanto alla volontà di due soggetti da cui derivano le cellule vitali, quanto di riconoscere e garantire il prevalente diritto del minore ad avere una famiglia normale, nella quale cioè egli possa essere allevato e guidato alla presenza amorevole di due genitori, di sesso diverso, che si assumono la responsabilità della procreazione».

<sup>6</sup> Sebbene si tratti di un profilo che, ad oggi, ha perso centralità in seno al dibattito dottrinale sulle tecniche di P.M.A., è bene ricordare che, in passato, secondo molti studiosi, la pratica della fecondazione assistita, in particolare modo quella di tipo eterologo, avrebbe determinato un "indebolimento" della figura paterna per il riflesso che questa tecnica attua sulla dimensione simbolica della paternità. Addirittura, F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, Torino, 1998, 309 ss., sosteneva che tale indebolimento si trasmettesse sullo *status* stesso del figlio nato da fecondazione assistita, mettendo a rischio pure la stessa permanenza del nome del padre, svuotandone dal di dentro la stessa identità. Il tutto, contrariamente a quanto è dato registrare sul piano dei rapporti madre/figlio, che sono stati invece assolutamente rafforzati dalla tecnica, in quanto la madre resta nei confronti del figlio la sola che, specie nei casi di fecondazione assistita di tipo eterologo, può propriamente rivendicare una genitorialità obiettiva. Secondo lo studioso, che ragiona degli apporti che l'etica e il diritto possono offrire ai fini della definizione delle

Di là dai molti dubbi e dalle numerose perplessità che pure sono state sollevate dalla dottrina riguardo alla rispondenza della scelta legislativa *de qua* alla multiforme e varia realtà dei modelli famigliari dei nostri tempi<sup>7</sup>, la centralità che questa stessa scelta, unitamente alla *ratio* che la sottende, riveste all'interno della trama normativa della legge n. 40 del 2004 ha trovato un'importante conferma anche nella giurisprudenza costituzionale, e nelle significative puntualizzazioni che essa ha offerto nel corso degli anni riguardo alla portata ed ai limiti di applicazione delle prescrizioni legislative *de quibus*.

La Corte, infatti, è già più volte intervenuta sulla trama normativa ora ricordata. E lo ha fatto, sulle prime<sup>8</sup>, con le sentenze n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015.

Tuttavia, sebbene tali sentenze abbiano finito per ampliare, tramite declaratorie di illegittimità costituzionale, il novero dei soggetti abilitati ad accedere alla P.M.A., sarebbe erroneo credere che esse abbiano, per ciò stesso, determinato uno stravolgimento, per il profilo in questione, della *voluntas legislatoris*.

Piuttosto, «con tali pronunce la Consulta ha rimosso quelle che apparivano sostanzialmente come distonie, interne o esterne, della disciplina delineata dal legislatore, senza affatto incidere – o comunque incidendo in modo marginale – sulle coordinate di fondo di quest'ultima»<sup>9</sup>.

In particolare, la sentenza n. 162 del 2014<sup>10</sup>, che ha ammesso alla procreazione assistita le coppie alle quali «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili», dichiarando illegittimo, limitatamente a tale ipotesi, il divieto di ricorso a tecniche di P.M.A. di

---

problematiche connesse al ricorso alla fecondazione assistita, queste discipline potranno garantire “semplicemente una figura sociale (la cui rilevanza è peraltro fuori di dubbio), ma non quella figura paterna che è essenziale al costituirsi dell'io”.

<sup>7</sup> Fin da subito, particolarmente critico nei riguardi dell'opzione legislativa a favore del modello di famiglia per così dire “tradizionale” è stato P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte Costituzionale*, in Quaderni costituzionali, 2004, n. 3, 541, il quale sottolinea come le ragioni sottese a tale scelta non abbiano alcun aggancio al tema della procreazione in sé. Esse, piuttosto, «poggiano sull'idea che esista un ordine familiare da proteggere: il modello assunto a parametro è peraltro distante anni luce dalle trasformazioni inarrestabili che la vita quotidiana ha impresso a tale fenomeno (oltre che da taluni aspetti già accolti nell'ordinamento)». Tra l'altro, nel suo scritto, lo studioso evidenzia come il tradizionale principio secondo cui la coppia è il modello di genitorialità, è stato posto in discussione dalla stessa giurisprudenza costituzionale, a partire dalla nota sentenza n. 341/1990, la quale subordina l'accertamento della genitorialità all'interesse del minore da valutarsi in concreto caso per caso.

<sup>8</sup> In realtà, la prima pronuncia della Corte costituzionale che interviene, nel merito, sul testo della legge n. 40 del 2004 è la n. 151 del 2009, su cui vedi *infra*. La scelta di richiamare qui, in luogo di quest'ultima, anzitutto le sentenze n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015 è in funzione della volontà di concentrare l'attenzione su quelle decisioni che più direttamente hanno inciso sui requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di P.M.A.

<sup>9</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019, cit., punto 11 del *Considerato in diritto*.

<sup>10</sup> Per una lettura critica dei contenuti di tale sentenza si rimanda ai saggi di: A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *www.giurcost.org*, Studi, 2014; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *www.giurcost.org*, Studi, 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al “dialogo” con la Corte Edu*, in *www.forumcostituzionale.it*; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (Diritto Penale Contemporaneo); S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse*



tipo eterologo stabilito dall'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, ha in realtà posto rimedio ad un "evidente elemento di irrazionalità" presente nel testo della legge. Questa, infatti, dopo aver assegnato alla P.M.A. lo scopo «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», aveva poi negato in assoluto, a mezzo del divieto infine censurato, la possibilità di realizzare il desiderio della genitorialità proprio alle coppie affette dalle patologie più gravi. Il tutto, in evidente, chiaro contrasto con la *ratio legis*. D'altra parte, a giudizio della Corte, l'irragionevolezza del bilanciamento operato in ambito dal legislatore emerge anche sul piano della tutela del nuovo nato, in quanto già adeguatamente soddisfatta dalla disciplina vigente, in rapporto tanto al "rischio psicologico" correlato al difetto di legame biologico con i genitori (conseguente alla fecondazione eterologa), quanto alla possibile «violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica».

Dal canto suo, la sentenza n. 96 del 2015<sup>11</sup>, che ha legittimato l'accesso alla P.M.A. delle "coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le

---

nella sentenza n. 162 del 2014, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in [www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net) (Ordine internazionale e diritti umani); F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net) (Ordine internazionale e diritti umani); L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it); A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in [www.diritti-cedu.unipg.it](http://www.diritti-cedu.unipg.it); P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org); M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org); I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org); C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org); S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org); G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org); M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per la nascita"*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org); B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org); M. CITTÀ, *Mamma, ho perso la cicogna! (Dialogo intorno all'inesistente diritto contro l'esistenza)*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org); C. DALLA VILLA, *Brevi riflessioni in tema di procreazione medicalmente assistita a partire dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in [www.statoecheme.it](http://www.statoecheme.it); A. MUSUMECI, *"La fine è nota" Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it); C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in [www.confrontocostituzionali.it](http://www.confrontocostituzionali.it).

<sup>11</sup> A commento di tale sentenza si leggano i contributi offerti da: 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 [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), Studi 2015/II, 533 ss.; G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it); S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte*

evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomali o malformazioni” ha addirittura consentito di espungere una “palese antinomia” presente all’interno del sistema ordinamentale complessivo. In effetti, mentre la legge n. 40/2004, nella sua originaria formulazione, vietava alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro di ricorrere alla P.M.A., con diagnosi preimpianto, il nostro ordinamento, invece, da tempo permette a queste stesse coppie di perseguire comunque l’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici “attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali [ ... ] consentita dall’art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza)”.

In ragione di quanto qui osservato, quindi, è evidente che entrambe le pronunce non hanno mai, in alcun modo, contestato, sul piano della conformità e non contraddizione a Costituzione, la scelta legislativa di riprodurre, in seno ai nuovi nuclei famigliari che vanno costituendosi grazie al ricorso alla P.M.A., il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una figura materna e di una figura paterna<sup>12</sup>.

Né, in senso contrario, pare possa utilmente farsi leva sulla rottura del legame biologico tra genitori e figli, quale favorita dal disposto della sentenza n. 162 del 2014. A prescindere dal fatto che questa limita il ricorso alle tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo alle sole ipotesi in cui il loro impiego rappresenti l’unico modo per superare una infertilità assoluta e irreversibile di matrice patologica, ciò che qui maggiormente rileva è che, secondo quanto deciso dalla Corte, a tali tecniche possono comunque accedere sempre e solo le coppie in possesso dei requisiti indicati dall’art. 5, comma 1, della legge n. 40 del 2004, e dunque rispondenti al paradigma familiare riflesso in tale disposizione. Ebbene, in caso di spaccatura del rapporto affettivo, specie quando questa sia segnata dall’avvio del procedimento legale di separazione dei coniugi, è proprio tale requisito a risultare manchevole, e a mettere conseguentemente in discussione la ricorrenza, nel caso di specie, di quella “coppia”, che sola può legittimamente fare ricorso alle nuove metodiche procreative.

In questa ipotesi, quindi, il ricorso proposto dalla *partner* femminile della coppia al fine di ottenere l’autorizzazione all’impianto in utero degli embrioni già formati, in forza del consenso che, originariamente prestato dal marito (ovvero dal compagno), è stato però da questi revocato dopo la fecondazione dell’ovulo, sollecita un’attenta riflessione, da parte dell’interprete, sul rilievo da accordare a tale presupposto nel corso delle varie fasi in cui si articola il trattamento di fecondazione assistita<sup>13</sup>. Ed

---

*costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); C. NARDOCCI, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org); F. VIGANÒ, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in [www.archiviodpc.dirittoopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittoopenaleuomo.org) (Diritto Penale Contemporaneo).

<sup>12</sup> È la stessa Corte costituzionale a marcare tale profilo. Il riferimento è alla sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019, cit., punto 11 del *Considerato in diritto*.

<sup>13</sup> Il problema dell’accertamento della ricorrenza dei presupposti soggettivi utili all’accesso alle tecniche di P.M.A. è certo risalente. Già all’indomani della promulgazione della legge, infatti, molti autori hanno evidenziato i problemi di implementazione del dettato normativo *de quo* posti soprattutto dal riferimento legislativo a coppie “stabilmente conviventi”, che risulta assolutamente generico e imprecisato, in quanto “non è specificata la ‘stabilità’ della stessa ovvero la ‘durata minima’ o ancora, la circostanza che si tratti di una convivenza iniziata da un

anzitutto sull'incidenza, che, ai fini della definizione di una simile controversia giudiziaria, deve riconoscersi alla mancanza, al tempo della proposizione del ricorso, di un provvedimento giudiziale che sancisca lo scioglimento, quando non addirittura la cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto. In particolare, lo stacco tra il dato reale, che comprova l'intervenuta rottura di ogni rapporto affettivo, e il dato giuridico, che, al contrario, considera l'atto di matrimonio ancora valido ed efficace, pone al giudicante il dubbio sulla possibile preminenza da accordare agli elementi fattuali, che, sebbene comprovati, sono, in punto di diritto, contraddetti dalle risultanze documentali, ed in particolare dalla mancata annotazione, a margine del certificato di matrimonio, di un provvedimento giudiziale di scioglimento e/o cessazione del vincolo.

A fronte di ciò, è certamente facile obiettare che, per il profilo soggettivo, la ricorrenza dei presupposti utili al ricorso alle nuove metodiche procreative va valutata con esclusivo riferimento al momento della formulazione della richiesta di accesso alle stesse<sup>14</sup>.

In questa prospettiva, quindi, parrebbe consequenziale concludere che l'interprete debba considerare la richiesta di parte ricorrente come legittimamente proposta, in quanto avanzata anzitutto nel rispetto dei presupposti legali di accesso a quel trattamento di cui si chiede l'esaurimento.

Tuttavia, laddove si enfatizzasse tale profilo, non pochi sarebbero i dubbi e le perplessità che verrebbero ad alimentarsi, anzitutto con riferimento al rispetto della *ratio legis* sottesa alla disposizione che limita, quanto ai profili soggettivi, l'accesso alla P.M.A.

Se, come già evidenziato, tale scelta è in funzione della migliore tutela del figlio che verrà a nascere, ed in particolare del suo diritto ad essere, mantenuto, istruito, ed educato in un contesto familiare caratterizzato dalla presenza di entrambi i genitori, è indubbio che l'accoglimento della richiesta volta ad ottenere l'impianto in utero degli embrioni crioconservati, nonostante la revoca del consenso originariamente prestato dal *partner*, finirebbe chiaramente per comprimere, quando non addirittura per violare, tale diritto. E ciò proprio in ragione della mancanza di quella "coppia", sposata o stabilmente convivente, considerata dalla stessa legge l'unica in grado di assicurare al nascituro il godimento di quelle pretese riconducibili al dettato dell'art. 30 Cost.

D'altro canto, sempre laddove non si valutasse l'incidenza rivestita dall'intervenuta rottura del rapporto di coppia nella definizione della controversia giudiziale in esame, si rischierebbe altresì di aprire un pericoloso varco alla legittimazione di comportamenti in frode alla legge. Questa, infatti, proprio in ragione dei diritti del nascituro di cui si è appena detto, nega categoricamente l'accesso alle tecniche di P.M.A. alla donna *single*. Ed invece, laddove si l'autorizzasse l'impianto nell'utero della donna degli embrioni formati a mezzo del ricorso alla P.M.A., nonostante l'assenza di un perdurante consenso del

---

certo tempo, né è indicata la modalità con cui è possibile accertare la convivenza che non sia la mera dichiarazione proveniente dalla coppia richiedente di cui all'art. 12, comma 3° l. n. 40/2004"; così F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 200. Altrettanto critici nei riguardi dell'espressione "coppia stabilmente convivente" utilizzata dal legislatore sono stati, fin da subito, M. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Famiglia e diritto*, 2004, 117 ss.; F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, 2004, 633 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, II, 183; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, 102 ss.

<sup>14</sup> Così come fatto dal Tribunale di Lecce, con ordinanza 21 – 24 giugno 2019, su cui vedi *infra*.



*partner*, si finirebbe, per questa via, per legittimare proprio ciò che il legislatore ha inteso assolutamente negare<sup>15</sup>.

Né parrebbe accettabile, in questa stessa ipotesi, far leva sulla capacità lavorativa e di guadagno della sola donna, ritenendo questa, unitamente al fermo desiderio di genitorialità da lei manifestato, utile a fondare l'accoglimento della relativa domanda, in quanto in grado di garantire al figlio che verrà a nascere un futuro privo di problematiche. Una simile conclusione, infatti, non finirebbe semplicemente per svilire *in toto* la figura maschile, tra l'altro dimenticando gli obblighi, di tipo altresì economico, naturalmente incombenti sul padre in conseguenza della nascita di un figlio. Piuttosto, essa favorirebbe la creazione di nuove famiglie di tipo monogenitoriale, in aperto contrasto non soltanto con la lettera e lo spirito della legge, ma anche con i chiari dettami della Corte costituzionale che, ancora di recente, ha valutato la ricorrenza dei presupposti soggettivi come assolutamente insuperabile ai fini dell'accesso alle nuove metodiche procreative di tipo assistito.

Ed infatti, da ultimo, nella sentenza<sup>16</sup> con cui ha negato alle coppie omosessuali la legittimazione all'accesso alla tecniche di P.M.A., la Consulta, proprio con riferimento ai presupposti fissati allo scopo dalla legge n. 40/2004, ha precisato che «l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia ad instar naturae – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata [ ... ] di per sé arbitraria o irrazionale». E ciò «a prescindere dalla capacità della donna sola,

<sup>15</sup> Non si può tuttavia negare come proprio il divieto in parola sia da sempre oggetto di una serrata critica da parte di molta dottrina, che ha contestato la legittimità della scelta di impedire alla donna *single* comportamenti che in natura non incontrano né ostacoli né sanzioni. In particolare, già prima dell'approvazione della legge n. 40 del 2004, la possibile posizione di un simile divieto è stata fortemente avversata da G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, *passim*. Con riferimento, quindi, al rilievo che, nell'ambito della procreazione assistita, viene attribuito all'interesse del minore alla doppia genitorialità, contro cui cozzerebbe una possibile legittimazione all'accesso alla P.M.A. della donna *single*, la dottrina ha osservato come il richiamo ad esso abbia una pregnanza solo relativa. Esso, infatti, può valere come criterio astratto, ma non può che prescindere da una preventiva possibile valutazione sulle capacità degli aspiranti genitori, proprio come avviene nella procreazione naturale. Sicché, sul punto, la dottrina più recente ripete oggi quanto già in passato magistralmente espresso da P. ZATTI, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, in *Nuovissima giurisprudenza civile commentata*, 1997, 80 e ss., secondo cui: “Può essere ragionevole affermare, in sede di procreazione artificiale che ‘è meglio’ per un nascituro avere due genitori che averne uno; purché non si entri nell'esame delle concrete qualità dei genitori richiedenti: perché in tal caso, l'interesse del nascituro sarebbe, ad esempio, di non nascere da uno psicotico, e meno ancora da due; forse, di non nascere affatto. Ragion per cui non ammettere la donna valida, sola, alla procreazione, ma ammettere due individui senza farne la minima valutazione ha senso non per il migliore interesse del minore, ma per un presunto “principio” secondo cui la coppia è il modello della genitorialità”. Peraltro, tra gli avversari di tale divieto, non è mancato neppure chi ha ipotizzato la possibilità di ravvisare il diritto di accesso alla P.M.A. della donna *single* nelle Linee guida ministeriali, laddove si riconosce che “la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati”; così P. VERONESI, *Le “linee guida” in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in *Studium iuris*, 2004, 1358.

<sup>16</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019, cit. Un'analisi attenta dei contenuti di tale sentenza è offerta da L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it); 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 [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali».

Al riguardo, la Corte ha in particolare osservato che, «sebbene la nozione di “formazione sociale” – nel cui ambito l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, e che deve intendersi come riferita a «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico» – abbracci anche unioni diverse da quelle eterosessuali, non esiste «una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli». D'altra parte, «la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti». <sup>17</sup> 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>18</sup>.

Né, al fine di sconfiggere il rilievo che tanto la legge quanto la giurisprudenza costituzionale accordano all'esistenza di una “coppia”, ai fini della realizzazione di un progetto di filiazione a mezzo del ricorso alle nuove metodiche riproduttive, sembra utile il richiamo ad un più recente indirizzo della giurisprudenza di merito che, autorizzando l'impianto intrauterino di embrioni in donna vedova, parrebbe, sulle prime, operare un deciso superamento del presupposto in esame <sup>19</sup>. In realtà, l'ordinanza infine pronunciata da Tribunale di Lecce non confuta affatto la rilevanza di tale presupposto. E non tanto perché la ricorrenza di esso viene infine positivamente accertata dal giudice. Anzi, sotto tale profilo, la decisione di questi, che, in mancanza di precise prescrizioni legislative sul punto, opera tale accertamento con riferimento al solo momento di accesso alle tecniche di P.M.A., risulta assolutamente opinabile. La scelta, infatti, pare essenzialmente funzionale a consentire al giudicante di non confrontarsi con la

<sup>17</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, cit.

<sup>18</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019, cit.

<sup>19</sup> Tribunale di Lecce, ordinanza 21 – 24 giugno 2019. Per un primo commento di tale decisione, cfr. D. GIUNCHEDI, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com).

*ratio* della disposizione riguardante i presupposti d'accesso alla P.M.A., ed anzitutto con le problematiche connesse alla configurabilità, nel caso di specie, di un'ipotesi di fecondazione *post mortem*<sup>20</sup>, chiaramente vietata dal dettato legislativo *de quo*<sup>21</sup>.

Piuttosto, ciò che risulta dalle argomentazioni addotte dal giudice a fondamento della propria decisione è che, nel caso dedotto alla propria cognizione, il requisito soggettivo non risulta in alcun modo messo in discussione dalle vicende personali della coppia, che non ha mai cessato di esser tale.

Sicché, per tale profilo, quella discussa dal giudice leccese è una situazione che non può essere affatto assimilata a quella della donna *single*, ovvero anche a quella della coppia il cui rapporto si sia interrotto volontariamente e non già per il verificarsi di un fatto (la morte) sottratto alla libera determinazione delle parti.

Soprattutto, però, per quel che qui rileva, l'ordinanza *de qua* dà conto del peculiare rilievo che, nelle ipotesi di procreazione assistita, riveste la "volontà" della coppia di avvantaggiarsi delle nuove tecnologie in funzione del soddisfacimento delle proprie esigenze di genitorialità. E poiché dalle allegazioni documentali risultava, tra l'altro, pienamente provata la perdurante volontà del coniuge poi venuto a mancare di proseguire nel trattamento di P.M.A. fino al completamento della procedura, tale circostanza, nella valutazione del giudice, non poteva risultare svilita dal successivo decesso dell'uomo<sup>22</sup>.

Del resto, già i supremi giudici di cassazione, solo pochi mesi prima, confutando un diverso ed opinabile indirizzo della giurisprudenza di merito<sup>23</sup>, avevano enfatizzato questi stessi aspetti, evidenziando come

---

<sup>20</sup> Con riferimento alla problematica prassi della fecondazione *post mortem*, il *leading case* italiano, come è noto, risale al 1999. Al tempo, il Tribunale di Palermo emise un provvedimento d'urgenza con cui autorizzava il Centro di Fecondazione assistita del noto ginecologo Ettore Cittadini ad impiantare embrioni prodotti anni prima attraverso la P.M.A. nell'utero di una donna rimasta vedova a seguito di un infarto del marito. Tuttavia, sebbene in apparenza sussumibile quale precedente dell'ordinanza del Tribunale di Lecce in commento, ogni tentativo di assimilazione è assolutamente opinabile. E non soltanto per ragioni di carattere temporale, stante la più risalente datazione del caso palermitano rispetto all'approvazione della legge n. 40 del 2004 e la conseguente positivizzazione del divieto di fecondazione *post mortem*. Piuttosto, diversamente da quanto risulta dalla vicenda dedotta alla cognizione del giudice leccese, nel caso definito dal Tribunale del capoluogo siciliano la morte del marito era sopravvenuta nel corso dell'applicazione della tecnica, dopo l'impianto del primo dei tre embrioni prodotti (e crioconservati per essere impiegati uno dopo l'altro fino alla gravidanza) e durante il termine di attesa necessario ad eseguire il secondo trasferimento. Per approfondimenti sulla vicenda giudiziaria *de qua*, Tribunale Palermo, ordinanza 8 gennaio 1999, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 226 ss., con notazioni di A. MIRANDA, "Tragic choice" in Italy: *brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita*, e G. GIAIMO, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*. Per ulteriori approfondimenti, cfr. A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, 225 ss.; E. QUADRI, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, in AA.Vv. (a cura di), *La procreazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 57 ss.; P. PERLINGIERI, F. PROSPERI, *Famiglia e rapporti parentali*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2012, 890 ss.

<sup>21</sup> A proposito del problematico coordinamento tra la soluzione offerta al caso concreto e il vigente divieto di procreazione *post mortem*, D. GIUNCHEDI, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*, cit., 6.

<sup>22</sup> Nello stesso senso, D. GIUNCHEDI, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*, cit., 3.

<sup>23</sup> Qui il riferimento è all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 16 gennaio 2015 che ha, infine, ammesso l'impianto in utero di embrioni crioconservati moltissimi anni prima della proposizione del ricorso da esso deciso, nonostante il decesso del marito della donna, anch'esso risalente, in quanto riferito al 2011.

Il caso prende avvio dalla richiesta di provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. presentato nel 2012 da una donna, vedova, con cui veniva chiesto al Tribunale di Bologna di ordinare al policlinico Sant'Orsola di

provvedere immediatamente all'impianto degli embrioni prodotti con fecondazione assistita nel 1996 e da allora crioconservati. Al riguardo, in atti, la donna espose che, nel 1996, insieme al marito, si era rivolta al centro di fecondazione assistita dell'ospedale, ottenendo, in quello stesso anno, accesso alla F.I.V.E.T. (fecondazione *in vitro* ed *embryo-transfer*) tramite fecondazione omologa. Il primo intervento di impianto, tuttavia, non determinò l'avvio di una gravidanza. A quel punto, i coniugi, dopo aver deciso di non procedere ad un secondo tentativo, manifestarono, in accordo tra loro, il proprio consenso alla crioconservazione degli otto embrioni non impiantati. Successivamente, anche a causa di una malattia dell'uomo, la coppia non ci riprovò e gli embrioni rimasero crioconservati. Ogni anno, fino al 2010, la coppia aveva confermato la volontà di mantenere gli embrioni. Sennonché, dopo il decesso del marito avvenuto nel 2011, la donna si era rivolta nuovamente al centro di procreazione assistita chiedendo l'impianto degli embrioni, ma il centro, nonostante il nulla osta del comitato di bioetica dell'università, aveva negato l'intervento in forza del disposto dell'art. 5 della legge 40/2004 che richiede la permanenza in vita di entrambi.

Il Tribunale di Bologna, in prima istanza, con provvedimento del 21.05.2014, rigettava il ricorso, ritenendo che possano accedere alla P.M.A. solo le coppie i cui componenti siano ancora in vita, ed abbiano prestato il relativo consenso informato. Quindi, con riferimento al caso di specie, il Tribunale affermava che il consenso prestato nel 1996 anche dal marito, poi defunto, non poteva ritenersi irrevocabile, e comunque attualmente efficace, sicché il nuovo accesso alla P.M.A., ora richiesto, dopo sedici anni, dalla sola donna, non poteva essere autorizzato.

Avverso il rigetto, la donna, oramai cinquantenne, proponeva reclamo e il Tribunale, stavolta in composizione collegiale, accoglieva la domanda sul presupposto che, trattandosi di embrioni crioconservati ma non abbandonati, la donna ha sempre il diritto di ottenerne il trasferimento. Secondo l'ordinanza, anche se la dichiarazione del 2010 fatta dal defunto marito non può essere considerata valido consenso, la stessa "costituisce una manifestazione di volontà idonea" ad escludere gli embrioni dalla categoria di "embrioni in stato di abbandono". Dimodoché, vista l'età della donna, l'aleatorietà dei risultati della fecondazione assistita e le maggiori difficoltà proporzionate al progredire dell'età, è necessario provvedere in via d'urgenza, non potendo la donna "attendere il normale esito di un procedimento civile ordinario, stante la sua lunga durata".

Rispetto alla pronuncia resa in sede cautelare, il cambio di rotta espresso dal Tribunale bolognese in sede di reclamo, considerato conseguenza dell'adesione poco accorta al precedente giurisprudenziale reso dal Tribunale di Palermo (su cui vedi nota 19) da V. MAIO, *Orfani alla nascita per via di fecondazione artificiale: il diritto con le spalle al muro*, in [www.centrostudiliviano.it](http://www.centrostudiliviano.it), è stata fortemente criticata proprio per l'enfasi posta dal giudice sulle linee guida all'art. 14 della legge n. 40 del 2004 dove è stabilito che: «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati», ma soprattutto per le conseguenze di ordine giuridico direttamente deducibili dalla peculiare interpretazione che di questa stessa disposizione viene offerta dal giudice bolognese. In effetti, giusto quanto è dato evincere dalla decisione infine adottata, il Tribunale di Bologna ritiene che le Linee guida dettino una disciplina transitoria per le situazioni di embrioni crioconservati antecedentemente all'entrata in vigore della legge 40, dimodoché considera un imperativo assoluto, in tali casi, quello della donna ad ottenere l'impianto degli embrioni. Seguendo il ragionamento del collegio, mentre per gli embrioni crioconservati successivamente alla legge 40 si porrebbero le limitazioni previste dalla medesima legge, per quelli congelati antecedentemente, purché non abbandonati, la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento dei predetti quale frutto della sua volontà esclusiva e senza limiti di sorta (quali, ad esempio, il perdurante consenso del marito o la sua esistenza in vita). L'assunto non è condivisibile per due ordini di ragioni. La prima è che dal dato normativo non è possibile trarre siffatta interpretazione. [...] le Linee guida considerano due tipologie di embrioni: quelli in attesa di futuro impianto e quelli in stato di abbandono. Nella prima categoria è innanzitutto compresa la crioconservazione dopo l'introduzione della legge 40, come è dimostrato dal dato testuale *'la prima, quella degli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto, compresi tutti quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004'*. La situazione degli embrioni congelati antecedentemente è, dunque, *'compresa'* nell'altra, e non separata a mo' di privilegio. Non si comprende, allora, come sia possibile considerare la previsione *"La donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati"* norma speciale destinata alla sorte degli embrioni crioconservati ante legge 40.

In secondo luogo, l'interpretazione fornita dal collegio bolognese, oltre a caducare il limite della esistenza in vita dei richiedenti la p.m.a., elimina altresì il consenso come principio fondante della procreazione assistita. Invero, se la donna ha un diritto assoluto di vedersi impiantati gli embrioni precedentemente congelati, tale diritto, per

l'assenza del requisito dell'esistenza in vita di tutti i soggetti al momento della fecondazione dell'ovulo non incida affatto sullo *status* del figlio nato per mezzo del ricorso alle nuove tecnologie riproduttive. In tale ipotesi, infatti, secondo gli ermellini, è «padre colui che ha espresso il consenso ex art. 6 della legge predetta, *senza mai revocarlo*, dovendosi individuare in questo preciso momento la consapevole scelta della genitorialità»<sup>24</sup>.

In questo senso, quindi, la decisione del giudice leccese, che calca il solco tracciato dalla Cassazione, pare chiaramente ribadire, marcandola, la necessità di un adeguato apprezzamento di quel dato volitivo di coppia, la cui rilevanza, laddove non venga revocato, non si ritiene possa essere messa in discussione in conseguenza del sopraggiungere della morte del *partner* che, in vista della realizzazione di un progetto filiale, abbia comunque espresso, fino in ultimo, una chiara volontà di accesso alla P.M.A.

E se una simile lettura dell'ordinanza *de qua* può certamente esporsi alle facili critiche di chi, a tali profili, antepone il rilievo che, nell'economia della decisione, il giudice accorda alle ulteriori disposizioni di cui fa applicazione, ed in particolare al divieto di soppressione e crioconservazione degli embrioni, è indubbio che la peculiare soluzione da questi offerta nell'occasione circa la ricorrenza del dato soggettivo dimostra quanto sia difficile per l'interprete, chiamato ad operare nel silenzio della legge, la ricerca della più corretta applicazione del dato di diritto. In particolare, le molte problematicità che la soluzione proposta presenta, sia sotto il profilo civilistico<sup>25</sup>, che sul piano della tenuta dei principi su cui la legge n. 40/2004 si fonda, evidenzia l'assoluta complessità del bilanciamento che qui si impone, e che dovrebbe trovare infine soluzione in un pur tardivo, ma auspicabile intervento legislativo.

In questa prospettiva, anzi, proprio le questioni che, per tale profilo, conseguono alla scelta del giudice leccese, ma anche quelle che si aprono nell'ipotesi di richiesta di accesso alla P.M.A. in concomitanza con la rottura del rapporto di coppia, parrebbe suggerire un correttivo parlamentare che obblighi all'accertamento della perdurante attualità del requisito soggettivo con specifico riferimento al momento dell'impianto in utero degli ovuli fecondati.

---

coerenza sistematica, andrebbe affermato con priorità anche sul consenso dell'altro coniuge. Sicché, se, nelle more, interviene la separazione e l'altro coniuge rifiuta l'impianto degli embrioni, la donna potrà facilmente esperire ricorso d'urgenza e vedersi riconosciuto il diritto assoluto di decidere. Non vi è chi non veda la frustrazione non solo di un giusto bilanciamento dei diritti coinvolti, ma della stessa ratio della legge 40 che attribuisce rilevanza primaria alla cooperazione volontaria dei soggetti interessati. Se così non fosse, la legge avrebbe consentito l'accesso alla p.m.a. anche ai single.

<sup>24</sup> Corte di Cassazione, Prima Sezione Civile, sentenza 15 maggio 2019, n. 13000, punto 7.8.6 del *Considerato in diritto*. Nel testo, corsivo nostro. Con tale sentenza, i supremi giudici di legittimità hanno cassato con rinvio la decisione impugnata, rimandando alla Corte d'Appello di Ancona il compito di riesaminare, in diversa composizione, la controversia alla stregua, tra l'altro, del seguente principio di diritto: «La L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 8, recante lo status giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa *post mortem* avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo avere prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre».

<sup>25</sup> Su tali profili, in particolare, D. GIUNCHEDI, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*, cit., 7 ss.

### 3. Il consenso alla P.M.A e la sua revoca: a proposito dei dubbi di legittimità posti dal dettato legislativo in relazione agli artt. 2, 13 e 32 Cost

Ferma la problematica determinazione della rilevanza da accordare ai presupposti soggettivi di accesso alla P.M.A., nelle diverse fasi in cui si articola il trattamento, la scelta di chi, reciso il rapporto di coppia, rifiuti di continuare nel progetto genitoriale già avviato, revocando il consenso originariamente prestato al ricorso alla procedura in questione, pone all'interprete l'ulteriore dubbio di quale sia o debba essere l'incidenza esercitata da tale consenso, e quindi dalla sua revoca, nella realizzazione di quello stesso progetto.

Sul punto, è noto che, ai sensi dell'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, della legge n. 40 del 2004, la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita «può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati [...] fino al momento della fecondazione dell'ovulo»<sup>26</sup>, dovendosi, in mancanza, procedere all'impianto in utero degli embrioni formati. E che a tale disposto la giurisprudenza costituzionale ha, ad oggi, consentito di derogare solo nell'ipotesi in cui l'esecuzione del trattamento di P.M.A. risulti, per ragioni sopravvenute, contrario all'interesse alla salute della madre<sup>27</sup>.

Tuttavia, sebbene la decisione dei giudici costituzionali abbia superato molte delle più severe critiche rivolte dalla dottrina quanto alla rispondenza del dettato legislativo a taluni beni e diritti di rilievo assolutamente fondamentale<sup>28</sup>, non pochi sono i dubbi di legittimità costituzionale che ad oggi possono

<sup>26</sup> Sul tema della revoca del consenso al trattamento di P.M.A., C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, Torino, 2004, 123 ss.; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 159; F. NADDEO, *Accesso alle tecniche. (Commento al Capo II della l. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in P. STANZIONE, G. SCIACALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 109 ss.; R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita: profili civilistici*, in *Trattato di Biodiritto* (diretto da S. Rodotà, P. Zatti), II, Milano, 2011, 1525.

<sup>27</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit.

<sup>28</sup> Come si ricorderà, con la sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., i giudici costituzionali hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 14, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» e del comma 3 dello stesso articolo nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. In questo modo, i giudici della Consulta, pur mantenendo fermo il principio secondo cui non si debba creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, hanno cassato la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare. Così sentenziando, la Corte ha anzitutto eliminato l'irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, che di fatto nega al medico «la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto». Contestualmente, essa ha altresì salvaguardato la salute della donna, sottraendola all'obbligo di sottoporsi ad un trattamento potenzialmente pregiudizievole, quale conseguenza della previsione, infine censurata, della creazione di un numero di embrioni pari a tre «in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita». In ragione di ciò viene quindi caducato il comma 3 dell'articolo in questione, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna, e viene anzitutto dichiarato illegittimo l'obbligo di cui al comma 2 relativo all'unico e



ancora porsi relativamente alla previsione di cui all'art. 6, comma 3, in punto di irrevocabilità del consenso al trattamento medico di P.M.A. dopo la fecondazione dell'ovulo.

Come è noto, la Corte costituzionale, sempre nella sentenza n. 151/2009, non si è espressa su tale questione, pur al tempo sollevata dal giudice remittente, ritenuto il difetto di motivazione sulla rilevanza nel giudizio *a quo*<sup>29</sup>.

Indiscutibilmente, tale pronuncia, nell'introdurre una deroga significativa al divieto assoluto di crioconservazione previsto all'art. 14, comma 1, ha sicuramente inciso sull'operatività dell'art. 6, comma 3.

Più precisamente, ad essere inciso è stato l'ambito applicativo di tale ultima prescrizione.

Giusto quanto deciso dalla Corte, infatti, il divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni può essere derogato in tutti i casi in cui il medico rilevi fondati rischi per la salute della donna nel procedere al loro impianto<sup>30</sup>, sicché, in questa stessa ipotesi, la previsione che limita l'interruzione del trattamento di P.M.A. alla sola ipotesi di una revoca del consenso precedentemente prestato a questo stesso trattamento, espressa prima della fecondazione dell'ovulo, risulta naturalmente superata.

Tale sentenza, tuttavia, ha lasciato irrisolto il problema del consenso (o meglio della sua revoca) al trattamento di P.M.A., sia sotto il profilo sistematico che sotto quello pratico-operativo, in quanto la relativa decisione è pur sempre demandata al medico, in base ad un'opzione di carattere squisitamente tecnico-scientifica, legata alle condizioni fisiche della donna e al possibile pericolo per la sua salute<sup>31</sup>, e non al soggetto direttamente interessato al trattamento.

In buona sostanza, la modifica introdotta dalla Consulta con la sentenza n. 151/2009 non ha in alcun modo inciso, con riferimento al disposto dell'art. 6, della legge n. 40/2004, sul problema del rispetto dei principi fondamentali in materia di consenso informato quale condizione di legittimità nel/del trattamento sanitario, che, invece, devono trovare nella fattispecie piena operatività, non vertendosi in ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio (T.S.O.)<sup>32</sup>. E neppure ha inciso sul piano della garanzia del

---

contemporaneo impianto degli embrioni prodotti, comunque non superiore a tre. Tale ultima censura finisce altresì per introdurre una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione, proprio perché, quale sua logica conseguenza, si rende necessario ricorrere alle tecniche di congelamento quando si è in presenza di embrioni non impiantati per scelta medica.

<sup>29</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., punto 8 del *Considerato in diritto*.

<sup>30</sup> Per una puntuale disamina dei contenuti di tale decisione si rinvia agli scritti di: G. DI GENIO, *Il primato della scienza del diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) di decidere*, in [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it); D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it); S. AGOSTA, *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 [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, 216 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 1688 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la Costituzione che non vale più la pena difendere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 1700 ss.

<sup>31</sup> Ciò che esclude l'operare di altre possibili ragioni.

<sup>32</sup> Si tratta di un principio esplicitato in molte disposizioni di carattere fondamentale, sia a livello interno che internazionale e sovranazionale, quali: gli artt. 2, 13, comma 1, e 32, comma 2, Cost.; l'art. 3 Carta dei Diritti fondamentali dell'U.E.; nonché l'art. 5 Convenzione di Oviedo. Esso, inoltre, torna in numerose disposizioni nor-

consenso informato, quale bene-interesse tutelabile di per sé, indipendentemente dalla tutela del bene salute<sup>33</sup>, in quanto espressione di quella libertà di autodeterminazione che l'art. 32 Cost. costruisce in termini di diritto fondamentale.

In relazione a tali profili, quindi, la disposizione *de qua*, sebbene sprovvista di sanzione, finisce per determinare un grave *vulnus* all'interno del sistema, quale oggi finemente definito dalle pronunce delle supreme magistrature.

Qui, immediato è il richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che, a far data dalla sentenza n. 438/2008, ha chiaramente evidenziato come la riconducibilità della pratica del consenso informato negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, in cui trova fondamento, pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona, quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, 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<sup>34</sup>.

Proprio in applicazione di tali principi, la Corte di Cassazione<sup>35</sup> ha quindi esplicitamente sancito che il diritto al consenso informato, in quanto diritto irretrattabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal personale sanitario, a meno che non ricorrano situazioni di urgenza, a seguito di un intervento concordato e programmato e per il quale sia stato richiesto ed ottenuto il consenso, che pongano in gravissimo pericolo la vita della persona, ovvero si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. La stessa Corte, anzi, ha precisato che l'acquisizione del consenso al trattamento terapeutico rappresenta per il sanitario un obbligo assolutamente inderogabile, tale cioè che non assume alcuna rilevanza, per escluderlo, la circostanza che l'intervento *absque pactis* sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto<sup>36</sup>.

In particolare, però, per quel che qui rileva, è importante marcare che, alla luce di una giurisprudenza oramai granitica, il consenso informato deve essere presente in ogni fase del trattamento sanitario. Esso, cioè, "deve essere presente sia nella fase di formazione del consenso, sia nella fase antecedente che in quella di esecuzione del contratto, riconducibile (come in altri settori) alla clausola generale di buona fede del nostro ordinamento civilistico ex artt. 1175, 1337, 13745 c.c."<sup>37</sup>.

Si tratta di un profilo che, nell'economia del tema trattato, riveste un'assoluta centralità.

---

mative sub-costituzionali, quali: l'art. 33, commi 1 e 5, della legge n. 833/1978, sull'*Istituzione del servizio sanitario nazionale*; l'art. 4 della legge n. 458/1967, sul *Trapianto del rene tra persone viventi*; l'art. 14 della legge n. 194/1978, contenente *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*; l'art. 2 della legge n. 164/1982, avente ad oggetto *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*; l'art. 121 del D.P.R. n. 309/1990 - *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*; gli artt. 1 e 2 d.m. 27 aprile 1992 - *Disposizioni sulle documentazioni tecniche da presentare a corredo delle domande di autorizzazione all'immissione in commercio di specialità medicinali per uso umano, in attuazione della direttiva n. 91/507/CEE*. Tale diritto ha inoltre trovato riconoscimento in molte e significative sentenze, a far data dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 438/2008. A questa si affiancano le decisioni della Corte di Cassazione nn. 10014/1994; 364/1997; 7027/2011; 5444/2006; 26972/2008; 10741/2009; 2847/2010.

<sup>33</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 2847/2010.

<sup>34</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 438 del 23 dicembre 2008, punto 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>35</sup> Corte di Cassazione, sentenza 28 luglio 2011, n. 16543.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Così, Corte di Cassazione, sentenza n. 10741/2009.

Se, infatti, si parte dal presupposto, legislativamente accolto (art. 1, legge n. 40/2004), che le tecniche di P.M.A. sono un trattamento medico, appare giocoforza incontrovertibile che anche in relazione ad esse debbano trovare applicazione i principi validi per qualsiasi trattamento sanitario, in forza dei quali il consenso libero ed informato del paziente, in qualità di presupposto legittimante l'intervento del medico, deve sussistere prima, e durante tutto il trattamento, non vertendosi in ipotesi di T.S.O.

Conseguentemente, la previsione che esso non possa essere revocato dopo la fecondazione dell'ovocita, contenuta nell'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, sebbene già di per sé sprovvista di sanzione per l'ipotesi di violazione, e sia pur oggi sicuramente ridotta nella sua portata, per effetto della previsione di una valutazione medica comparativa inerente la prioritaria tutela della salute della donna, rappresenta comunque una palese violazione dell'enunciato principio regolativo del rapporto medico/paziente, posto che il paziente viene espropriato della possibilità di revocare l'assenso al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico/fisica<sup>38</sup>.

Come è noto, tale eccezione, giudicata infine inammissibile dalla Corte<sup>39</sup>, è stata sollevata dal tribunale fiorentino con specifico riferimento alla condizione della sola donna che, impossibilitata nel revocare il consenso già manifestato in forza del dettato legislativo, sarebbe stata costretta a subire, a suo danno, un atto violativo del proprio benessere psico/fisico, tra l'altro in un momento particolarmente delicato dell'attività medica, posto che il trattamento di P.M.A., non ancora concluso, avrebbe, nel suo prosieguo, portato al trasferimento in utero degli ovuli già fecondati.

La particolare attenzione che, nell'occasione, è stata rivolta dal giudicante alla tutela del bene psico/fisico della madre, non sembra peraltro precludere la possibilità che la stessa eccezione venga oggi riformulata in relazione, questa volta, alla salvaguardia del benessere psichico del padre, che, in ragione dei limiti opposti dall'art. 6, comma 3, ultimo capoverso alla revocabilità del consenso all'impianto in utero della moglie degli embrioni già formati, potrebbe risultare gravemente compromesso, causa il rifiuto psicologico dell'idea di proseguire nel progetto di filiazione.

Né a tale rilievo potrebbe negarsi spessore in ragione della dimensione solo psichica e non fisica del bene salute che verrebbe negativamente inciso dal prosieguo del trattamento medico in assenza del consenso di chi vi è sottoposto. Una simile interpretazione, infatti, contrasterebbe in pieno con la definizione che del bene "salute" è accolta a livello costituzionale, e con la pienezza della tutela che il testo fondamentale offre di esso, definendolo, unico tra i tanti, diritto "fondamentale" (art. 32, comma 1, Cost.).

Del resto, la stessa Corte costituzionale ha più volte affermato, in maniera chiara e decisa, che il diritto alla salute, su cui la disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita è destinata naturalmente ad incidere, va inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica»<sup>40</sup>, precisando, altresì, che la tutela di quella psichica «deve essere di grado pari a quello della salute fisica»<sup>41</sup>. E sempre la Corte ha pure ricordato che tale nozione corrisponde a quella sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo la quale: «Il possesso del migliore stato di

<sup>38</sup> In questo senso, Tribunale di Firenze, ordinanza 166/2012.

<sup>39</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., punto 8 del *Considerato in diritto*.

<sup>40</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 251 del 04 luglio 2008. Analogamente, sentenze n. 113 del 06 aprile 2004; n. 253 del 18 luglio 2003. I testi di tutte queste sentenze sono reperibili sul sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>41</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 167 del 10 maggio 1999, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano» (Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946)<sup>42</sup>.

Sotto altro profilo, del resto, la possibilità di fondare positivamente la questione di legittimità da proporre alla Corte costituzionale riposa pure sulla necessità di una lettura sistematica del disposto di cui all'art. 6 della legge n. 40 del 2004. Questo, infatti, al comma 1, prevede che «in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'art. 5», alludendo con precisione sia alla necessità che il medico preposto al trattamento di P.M.A. fornisca, a chi vi si sottopone, tutte le informazioni prescritte dalla legge stessa, ricevendo da essi il consenso per l'espletamento di ogni fase della procedura di P.M.A. (fase diagnostica; di somministrazione di farmaci; di prelievo oocitario e degli spermatozoi; di trasferimento in utero ecc), sia all'esigenza che entrambi i *partner* siano coinvolti in tale processo informativo, che evidentemente preclude il consenso a trattamenti diversi.

Negare spessore a tali rilievi, e con ciò la possibilità di provocare al riguardo un incidente di costituzionalità, significa in realtà accettare che la previsione normativa di cui si discute realizzi una vistosa deroga ai principi di libertà e non vincolatività/obbligatorietà cui sono sottoposte tutte le disposizioni inerenti il potere del soggetto in ordine al compimento di atti anche solo potenzialmente lesivi della propria integrità psicofisica che, come noto, a prescindere da qualsiasi valutazione sulle ragioni subietive o motivazioni personali, consentono sempre, di principio, al paziente di mutare la propria volontà, revocando il consenso precedentemente prestato, tanto per gli atti satisfattivi, *latu sensu*, di interessi propri (intervento medico finalizzato alla tutela della salute propria), quanto per quelli satisfattivi di interessi altrui (ad esempio espianto di organi in favore di terzi).

Tuttavia, poiché tale conclusione stride con le conferenti prescrizioni costituzionali, diventano per ciò stesso incomprensibili le ragioni per le quali detti principi debbano essere negati nel caso di specie, configurandosi il trattamento di P.M.A. come intervento medico finalizzato alla soluzione di uno stato patologico proprio (sterilità/infertilità).

Del resto, in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale della norma, non si potrebbe neppure lamentare un vuoto normativo, posto che l'eliminazione dell'ultimo capoverso del comma 3 dell'art. 6 determinerebbe l'operare degli ordinari principi di revocabilità del consenso da parte del paziente nel trattamento sanitario. E tali principi andrebbero ad aggiungersi alle disposizioni che, approvate in sede di recepimento delle direttive europee in materia<sup>43</sup>, oggi prevedono più specifiche ipotesi di consenso

<sup>42</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, cit., punto 7 del *Considerato in diritto*.

<sup>43</sup> Si tratta del D.Lgs. n. 191/2007 sull'*Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani*; del D.Lgs. n. 16/2010 in tema di *Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani*; oltre che del d.P.R. n. 131/2019, con cui è stato adottato il *Regolamento di attuazione della direttiva 2012/39/UE della commissione, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani (19G00114)*.

per la fecondazione eterologa, ma anche per la donazione e l'approvvigionamento di tessuti e/o cellule, ovvero per la crioconservazione degli embrioni, nonché per il trasferimento degli embrioni o dei gameti prodotti ad altro centro.

Né può, in senso contrario, argomentarsi che il legislatore ha ritenuto di conferire tutela preminente alla vita e allo sviluppo dell'embrione.

L'argomento è certamente di assoluta centralità.

Esso peraltro deve oggi tener conto di quanto al riguardo risulta dall'elaborazione della giurisprudenza costituzionale. Qui, in particolare, il riferimento è anzitutto alla sentenza n. 151 del 2009 più volte ricordata. È in occasione di tale decisione, infatti, che la Corte afferma espressamente che la tutela dell'embrione non è assoluta<sup>44</sup>, e che, anzi, neppure la legge n. 40/2004 la ritiene tale<sup>45</sup>. Piuttosto, secondo i giudici costituzionali, tale tutela è «limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione»<sup>46</sup>, oltre che con la salvaguardia della salute della donna<sup>47</sup>.

La Corte, insomma, non nega rilievo alla dignità dell'embrione, né tantomeno disconosce il fondamento costituzionale della sua tutela. Anzi, in una sua successiva pronuncia, chiarisce in maniera inequivoca che «la dignità dell'embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.»<sup>48</sup>. Tuttavia, come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell'embrione deve, secondo la Corte, essere oggetto di bilanciamento<sup>49</sup>.

Ed a fronte di tale necessario bilanciamento, l'esercizio della discrezionalità legislativa viene dalla stessa giurisprudenza costituzionale costretto entro limiti inderogabili, specificamente individuati oltre che nel rispetto dei principi di autonomia e responsabilità del medico debitamente autorizzato al trattamento dal paziente<sup>50</sup> altresì nella salvaguardia dei diritti fondamentali.

Proprio in ragione di tale precisazione, allora, la previsione normativa di cui al comma 3, ultimo capoverso, dell'art. 6 della legge n. 40/2004, che comprime la possibilità di revoca del consenso originaria-

<sup>44</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>45</sup> *Ibidem*. In dottrina, sul peculiare bilanciamento operato dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento, cfr. M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, cit., 216 ss., la quale evidenzia come, a far data da tale pronuncia, il Giudice delle leggi, rileggendo il dato legislativo, inserisca nelle operazioni di bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti facenti capo ai soggetti coinvolti, un nuovo interesse, ovvero le giuste esigenze della procreazione, di titolarità di entrambi i componenti la coppia. In termini analoghi, la studiosa torna su tale profilo nel suo più recente lavoro, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020, 170. Sulle esigenze della procreazione v. anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 74.

<sup>46</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>47</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 96 del 05 giugno 2015, cit., punto 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>48</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 229 dell'11 novembre 2015, cit.

<sup>49</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., e sentenza n. 96 del 05 giugno 2015, cit.

<sup>50</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., punto 6.1 del *Considerato in diritto*, in cui vengono ricordati, in tema, i più significativi precedenti giurisprudenziali, dati dalle sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002. I testi delle sentenze da ultimo citate sono entrambi rinvenibili sul sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

mente prestato dalla coppia all'accesso alle tecniche di P.M.A., delimitando la sua valida manifestazione fino al momento della fecondazione dell'ovulo, oltre a suscitare le già palesate forti perplessità in merito alle modalità di un suo raccordo con la previsione di cui al comma 1 dello stesso articolo, che esplicitamente addita quali destinatari dell'obbligo di informazione che grava sul sanitario (che deve acquisirne il relativo consenso) entrambi i componenti della coppia, pone soprattutto seri dubbi riguardo alla tenuta del principio del consenso informato, regolativo del rapporto medico/paziente, e di qui alla tutela di precisi diritti fondamentali della persona di cui esso è espressione, quale quello alla libertà individuale, all'integrità psico/fisica e all'autodeterminazione di cui agli artt. 2, 13, comma 1, e 32, comma 2, Cost.

Sotto altro profilo, del resto, non può non evidenziarsi come la previsione di un divieto assoluto di revoca del consenso alla P.M.A. a seguito della fecondazione dell'ovulo trovasse originariamente la propria *ratio* nel divieto, anch'esso assoluto, di crioconservazione di embrioni. Tuttavia, dando prova che la tutela dell'embrione non è affatto assoluta, ma debba essere sempre e comunque oggetto di bilanciamento con i diversi diritti degli altri attori della scelta a favore della realizzazione di un progetto di filiazione, tale divieto, come più volte evidenziato, è stato caducato dai giudici costituzionali, ed è venuto meno in conseguenza della deroga ad essi apposta al dettato legislativo, al fine di salvaguardare il superiore diritto alla salute della madre<sup>51</sup>.

Ed allora, poiché, per le ragioni che appresso si evidenzieranno meglio, i diritti della madre e del padre, precedentemente all'impianto in utero dell'embrione, non possono che ritenersi paritetici, pena la violazione del principio di ragionevolezza – e anche di uguaglianza – (art. 3 Cost.), non si intendono le ragioni per le quali i diritti dell'embrione, già destinati a soccombere a fronte delle preminenti esigenze di salvaguardia della salute della madre, non dovrebbero ritenersi regressivi anche a fronte della necessità di tutelare l'integrità psichica del padre, che potrebbe risultare lesa dal prosieguo del trattamento di P.M.A. E ciò soprattutto quando sia dato registrare, come nel caso di specie, la mancanza di un perdurante assenso all'esaurimento del trattamento medico in parola. Anche perché il riconoscimento della fondatezza di tali ragioni non equivarrebbe affatto a causare la distruzione degli embrioni intanto prodotti, tra l'altro in contrasto con il dettato legislativo. Piuttosto, questi verrebbero mantenuti nello stato di crioconservazione in cui già si trovano, senza alcun danno alla loro vitalità e capacità futura di attecchirsi in utero.

Né pare corretto, in senso contrario a quanto fin qui osservato, ricordare l'ancora recente intervento dei supremi giudici di Cassazione<sup>52</sup> che ha ribadito l'irrevocabilità del consenso prestato dal *partner* all'inseminazione (nel caso di specie, eterologa) della donna una volta che sia intervenuta la fecondazione dell'ovulo. Il richiamo a tale giurisprudenza non sembra pertinente.

<sup>51</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., e sentenza n. 96 del 05 giugno 2015, cit. In realtà, la crioconservazione degli embrioni è diventata addirittura una necessità a seguito della caducazione del divieto di ricorso alle pratiche di fecondazione assistita di tipo eterologo, che presuppongono per l'appunto la crioconservazione degli embrioni che, non utilizzati nell'ambito del trattamento procreativo, vengono donati, ma anche in ragione della declaratoria di illegittimità del divieto di diagnosi preimpianto che comporta di per sé la crioconservazione degli embrioni risultati infine inidonei all'impianto in utero.

<sup>52</sup> Corte di Cassazione, ordinanza n. 30294/17.



Sussiste, infatti, una differenza di fondo importante tra il caso deciso dagli Ermellini e quello che, all'indomani della rottura del rapporto di coppia, vede opporsi in giudizio la donna, che chiede l'autorizzazione all'impiego in utero degli embrioni prodotti a mezzo della P.M.A., ed il *partner*, che, invece, contrasta tale richiesta, manifestando un netto rifiuto al prosieguo del trattamento, sia pur in forza di una revoca tardivamente esercitata.

Nel caso definito dalla pronuncia dei supremi giudici di legittimità, la tutela accordata mediante l'inibizione dell'azione di disconoscimento della paternità ex art. 235, commi 1 e 2, c.c. (oggi art. 244 c.c.) ha riguardo al figlio già nato per effetto del consenso originariamente prestato al ricorso alla fecondazione eterologa, e che, in caso di esperibilità ai suoi danni dell'azione *de qua*, verrebbe ad essere privato di una delle due figure genitoriali e del connesso rapporto affettivo ed assistenziale, stante l'impossibilità di accertare la reale paternità a fronte dell'impiego di seme di provenienza ignota.

Per tale profilo, quindi, tale sentenza si ricollega ad un ormai risalente filone giurisprudenziale che nel consenso prestato dal marito all'inseminazione eterologa della moglie individua una condotta socialmente rilevante di assunzione di responsabilità verso una nuova vita nata, utile a fondare la relazione parentale che in questo modo viene a crearsi non più nel rapporto biologico di sangue (che qui evidentemente manca) ma in quel principio di responsabilità procreativa, in ragione del quale risulta infine legittima l'inibizione dell'esercizio dell'azione di disconoscimento ai danni del nato.

Tale giurisprudenza, come è noto, trova primi importanti precedenti anzitutto nella sentenza della Corte di Cassazione del 16 marzo 1999 n. 2315<sup>53</sup> e quindi, nella decisione del Tribunale di Napoli del 28 giugno 1999<sup>54</sup>. È con tali pronunce, infatti, che, sia da parte dei giudici di legittimità che di merito,

<sup>53</sup> Corte di Cassazione, sentenza 16 marzo 1999, n. 2315, in *Il Foro Italiano*, 1999, I, 1834 ss. Per una lettura critica della pronuncia della Suprema Corte, cfr. G. CASSANO, *I figli della scienza in Cassazione: il principio di auto responsabilità e l'art. 235 c.c. (una novità giurisprudenziale in tema di fecondazione artificiale eterologa)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 4, 1115 ss.; G. CIANI, *Fecondazione eterologa e consenso del marito: l'inammissibilità del disconoscimento di paternità nella sentenza n. 2315 del S.C.*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 4, 1103 ss.; L. d'AVACK, *Fecondazione assistita eterologa: il S.C. privilegia per la prima volta il principio volontaristico rispetto a quello genetico*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1096 ss.; E. PRANDINI, *Il drammatico dilemma della scelta fra l'equità sostanziale e la coerenza giuridica*, in *Il diritto di famiglia e della persone*, 1999, 1127 ss.; F. DI CIOMMO, *Fecondazione eterologa, disconoscimento di paternità e tutela del minore*, in *Il Foro italiano*, 1999, 2918 ss.; G. FERRANDO, *Commento alle sentenze sul disconoscimento di paternità del figlio nato da inseminazione eterologa*, in *Bioetica – Rivista interdisciplinare*, 1999, 2, 352; A. FINOCCHIARO, *La Cassazione non può svolgere una supplenza nelle funzioni riservate al legislatore*, in *Guida al diritto*, 1999, n. 12, 54 ss.; P. FRATI, E. TURILLAZZI, *Fecondazione artificiale eterologa e disconoscimento di paternità*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1999, 1276 ss.; E. SCODITTI, *"Consensus facit filios". I giudici, la Costituzione e l'inseminazione eterologa*, in *Il Foro italiano*, 1999, 1835 ss.

<sup>54</sup> Tribunale di Napoli, sentenza 24 giugno 1999, in *Giustizia civile*, 1999, 9, 2507, ed ivi il commento di M.R. MORELLI, *La sentenza costituzionale n. 347 del 1998, in tema di fecondazione assistita, e la risposta del giudice a quo*. Per ulteriori letture critiche della pronuncia del giudice partenopeo, cfr. C. BELLINI, *Consenso del marito e fecondazione eterologa: il disconoscimento di paternità non è ammissibile*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 3, 305 ss.; G. CASSANO, *La formazione giurisprudenziale del diritto civile: la non ammissibilità dell'azione di disconoscimento del figlio nato da inseminazione eterologa*, in *Archivio civile*, 2000, 7-8, 895 ss.; F. SCIA, *Disconoscimento di paternità da parte del marito inizialmente consenziente alla fecondazione eterologa della moglie: il Tribunale di Napoli si adegua all'orientamento proposto dalla Corte Costituzionale*, in *Il foro napoletano*, 1999, 3, 219 ss.

si afferma per la prima volta il principio per cui «non è contestabile con l'azione di disconoscimento della paternità la legittimità del figlio nato a seguito di inseminazione eterologa»<sup>55</sup>.

Tuttavia, anche ad una lettura superficiale di tali pronunce, e delle altre in cui si è consolidato l'indirizzo giurisprudenziale *de quo*, appare chiaro che l'obiettivo dei giudici, specie in epoca anteriore al varo della legge n. 40/2004, ed alla positivizzazione del divieto di disconoscimento della paternità e di anonimato della madre (art. 9), è sempre stato quello di tutelare adeguatamente il nato in conseguenza del ricorso alle nuove tecnologie riproduttive, garantendogli un'adeguata salvaguardia dei propri diritti, ed anzitutto una relazione parentale giuridicamente rilevante con chi ne aveva voluto (e determinato) la nascita.

Al contrario, nel caso di cui si discute, il figlio non è ancora nato. Anzi, non c'è ancora un figlio, ma un embrione. Tale embrione, peraltro, non è neppure già impiantato in utero. Piuttosto, esso è crioconservato.

E non vi è chi non veda che si tratta di condizioni assolutamente diverse, e che, quindi, in punto di diritto, devono essere trattate in maniera ragionevolmente diversa.

In particolare, se non pare discutibile la piena tutela del nato dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita, a mezzo dell'imputazione della paternità a chi abbia acconsentito a tale trattamento ed al divieto di esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità ai suoi danni (ma anche di anonimato della madre) (art. 9, legge n. 40/2004), già con riferimento all'embrione impiantato in utero occorre tener conto del peculiare bilanciamento realizzato dalla Corte a far data dall'ormai storica sentenza n. 27/1975. Operando un delicato e significativo *balancing test*, la Corte, nell'occasione, nel decidere in senso contrario all'aspettativa di vita dell'embrione in utero, precisa che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». Sicché, la gravidanza può essere interrotta «quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato [ ... ] e non altrimenti evitabile, per la salute della madre»<sup>56</sup>. Più di recente, quindi, e precisamente nella

<sup>55</sup> Tribunale di Napoli, sentenza 24 giugno 1999, cit.

<sup>56</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 27 del 18.02.1975, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, 117 ss.; nonché in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Nell'occasione, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità dell'art. 546 c.p. nella parte in cui puniva chi cagionava l'aborto di donna consenziente anche qualora fosse stata accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico o per l'equilibrio psichico della gestante. Nell'immediato, tale storica sentenza è stata commentata da R. D'ALESSIO, *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, 538 ss.; S. BARTOLE, *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, 2099 ss.; C. CHIOLA, *Incertezza sul parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giustizia civile*, 1975, 1098 ss.; M.C. ANDRINI, *Soggetto e persona*, in *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 1761 ss.; G. DALLA TORRE, *Riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 27/1975 in tema di aborto*, in *Rivista di diritto di famiglia*, 1975, 599 ss. La Corte costituzionale, peraltro, torna sul bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti in tema nella sentenza n. 35 del 10.02.1997, avente ad oggetto una richiesta referendaria di abrogazione di talune disposizioni della legge n. 194/1978 (contenente *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*), sostanzialmente volta a liberalizzare l'aborto, eliminando i procedimenti ed i controlli amministrativi previsti dalla legge *de qua*, nonché le connesse fattispecie incriminatrici ivi contemplate. Nell'occasione, la Corte, nel pronunciarsi nel senso dell'inammissibilità della richiesta referendaria in questione, evidenzia che la legge n. 194/78 ha cercato di assicurare, contemperando diverse esigenze, una "tutela minima di interessi ritenuti fondamentali dalla Costituzione" (punto 3 del *Considerato in diritto*), ovvero il diritto del concepito alla vita e la tutela della maternità, iscritta tra gli impegni fondamentali dello Stato.

sentenza n. 151/2009 più volte richiamata, la necessità, qui marcata, di accordare prevalenza ai beni della vita e della salute della madre a fronte dell'aspettativa di vita dell'embrione già attecchito in utero è stata ribadita dalla Corte anche con riferimento a quello in vitro. Ed infatti, nel bilanciamento, l'aspettativa di nascita di questi, a mezzo del successivo impianto in utero, finisce per risultare regressiva a fronte della necessità di preservare la vita e la salute della madre, che viene quindi messa nelle condizioni di non dover subire, a proprio danno, tale impianto.

Alla luce di ciò, quindi, il problema a cui, nella fattispecie considerata, l'interprete è chiamato a dare una definizione è quello di stabilire la rilevanza che, nel bilanciamento con le aspettative di nascita dell'embrione in vitro, debba accordarsi ai diritti del padre, a partire da quello alla libertà personale, alla salute psichica e all'autodeterminazione, tenuto conto della sua partecipazione al trattamento di P.M.A., e dei danni che potrebbero essere prodotti su tali suoi diritti dal prosieguo del relativo protocollo, in assenza di un suo perdurante consenso, e nel contesto di una rottura del rapporto di coppia all'interno del quale il progetto filiale aveva originariamente preso forma.

Sotto tale profilo, peraltro, l'attività interpretativa del giudice, ed in particolare la possibilità di offrire una lettura costituzionalmente orientata del disposto normativo in questione, è certo complicata dalla lettera dell'ultimo capoverso del comma 3 dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004, di per sé ostativa ad una sua esegesi che ne renda il significato compatibile con il testo costituzionale.

D'altro canto, a rendere più complessa l'attività dell'interprete è la mancata previsione da parte del legislatore delle conseguenze connesse al venir meno dei presupposti d'accesso alle tecniche di P.M.A. nelle more del trattamento. Il legislatore, infatti, non contempla affatto l'ipotesi che, tra l'avvio del trattamento di procreazione assistita e il momento della fecondazione, la stessa coppia che aveva espresso il proprio consenso al trattamento in questione si scioglia, e che entrambi o anche uno solo dei due *partner* revochi il consenso già prestato.

Pertanto, in mancanza di una chiara opzione legislativa sul punto, e nelle more di un auspicabile intervento parlamentare in tema, spetta all'interprete colmare tale lacuna.

E quando ciò non sia possibile a mezzo dei tradizionali canoni ermeneutici, ovvero con l'ausilio dell'interpretazione conforme, il giudice deve sollevare questione di legittimità costituzionale.

Sotto tale profilo, quindi, ed alla luce dei rilievi sopra svolti, è evidente la necessità di una verifica di costituzionalità del disposto normativo di cui si discute, che ne renda i contenuti conformi ai principi fondamentali in materia di consenso informato quale condizione di legittimità nel/del trattamento sanitario.

E ciò sempre che, attraverso una pronuncia di tipo manipolativo, la Corte costituzionale non ritenga più corretto integrare l'ultimo capoverso del comma 3, ad esso aggiungendo un inciso, che, pur mantenendo fermo il divieto di revoca del consenso originariamente prestato al ricorso alle tecniche di

---

Conseguentemente, l'abrogazione in via referendaria di alcuni disposti di tale legge non è ammissibile, in quanto, in caso contrario, verrebbe meno la «tutela minima per le situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione» (punto 2 del *Considerato in diritto*). Per un primo commento della decisione *de qua*, si rinvia a M. RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1997, I, 351 ss. Da ultimo, invece, in tema, M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, cit., 149 ss.

P.M.A., ne subordini l'efficacia al previo accertamento della perdurante attualità delle condizioni di cui all'art. 5 della Legge 40/2004<sup>57</sup>.

#### 4. Divieto di revoca del consenso alla P.M.A versus diritto di non procreare: ulteriori dubbi di legittimità costituzionale

Sebbene indiscutibilmente pregnanti, le questioni appena delineate non sono le uniche che, nella fattispecie considerata, si pongono all'interprete come bisognose di essere attentamente ripensate e di trovare un'urgente definizione nel segno del recupero della ragionevolezza.

Nell'ipotesi considerata, infatti, stante l'assenza di una gravidanza in atto, ed il radicamento costituzionale del diritto di procreare anche nella sua accezione negativa, la concessione alla sola donna della scelta di procedere all'impianto in utero degli embrioni, nonostante la contrarietà manifestata dal *partner* attraverso la revoca del consenso precedentemente espresso a favore del ricorso ai rimedi della medicina riproduttiva ai fini della realizzazione di un progetto filiale, pare porsi in chiaro contrasto con il diritto di non generare, riconosciuto anche al genitore di sesso maschile, ovvero con il diritto di questi ad una paternità non imposta, oltre che con il diritto del nascituro a fruire e godere della doppia figura genitoriale, per essere istruito, educato e mantenuto da entrambi i genitori.

Come è noto, il "diritto alla procreazione"<sup>58</sup>, pur non esplicitamente contemplato da alcuna norma costituzionale<sup>59</sup> e sovranazionale, ovvero internazionale<sup>60</sup>, è ormai comunemente considerato un di-

<sup>57</sup> In questo senso, il dettato normativo in questione potrebbe essere oggetto di riscrittura del tipo: «La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo, salvo vengano meno le condizioni di cui all'art. 5 della presente legge».

<sup>58</sup> *Rectius*, la pretesa costituzionalmente fondata alla tutela delle "esigenze di procreazione", secondo la peculiare lettura che, per tale profilo, è stata offerta della più volte citata sentenza n. 151 del 2009 da M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, cit., 216 ss.; e su cui insiste pure B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 74. Ovviamente, non si ignora che la questione circa la configurabilità ed il fondamento costituzionale di tale diritto, che, specie all'indomani della diffusione delle nuove metodiche procreative, ha a lungo impegnato la riflessione pubblicistica, è ad oggi ancora molto controversa. Al tempo stesso, non si nega che è davvero difficile offrire una bibliografia sul tema che possa dirsi effettivamente esaustiva. Solo ai fini di un primo inquadramento della problematica, si rinvia agli ormai classici contributi di F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Diritto e società*, 1994, 1, 115 ss.; A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Diritto e società*, 1996, 2, 299 ss.; ID., *Costituzione e procreazione artificiale*, in *Archivio giuridico*, 1997, 2, 193 ss.

<sup>59</sup> A livello legislativo, tale diritto trova una sua importante espressione nell'art. 1 della legge n. 194 del 1978, contenente *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, che, per la prima volta, sancisce l'impegno dello Stato a garantire l'esercizio del "diritto alla procreazione cosciente e responsabile".

<sup>60</sup> In tema, però, spunti assai interessanti si traggono dalla pronuncia resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Costa e Pavan c. Italia* [Seconda Sezione], Ricorso n. 54270/10, sentenza del 28 agosto 2012, il cui testo è rinvenibile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) e, nella traduzione italiana, su [www.governo.it](http://www.governo.it). Nell'occasione, la Corte EDU, decidendo sul ricorso promosso da una coppia di cittadini italiani fertili e portatori sani di una patologia a trasmissione genetica che domandava l'accesso alla diagnosi genetica pre-impianto (DGPI), accerta che il divieto al riguardo posto dalla legge n. 40/2004 integra una violazione dell'art. 8 della Convenzione, sul diritto alla vita privata e familiare. Così sentenziando, «la Corte europea sceglie di dare copertura convenzionale

ritto fondamentale, espressione della libertà e dell'autonomia della persona, che, nel nostro ordinamento, trova fondamento nel combinato disposto dagli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, ed anzitutto dell'art. 2, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili della persona umana.

Ed è proprio in funzione dell'esigenza primaria di tutelare la persona umana in una delle sue funzioni più intime e private, che il momento procreativo, quale espressione massima della personalità del soggetto, ha finito per acquistare sempre maggiore forza e rilevanza, atteggiandosi non solo come diritto nei confronti dello Stato per l'apprestamento e la predisposizione dei mezzi e delle strutture che rendano possibile ed effettiva tale facoltà naturale, ma anche e soprattutto come diritto svincolato e libero da qualsivoglia intervento pubblico o privato diretto a coercire o condizionare il singolo nell'esercizio concreto di tale diritto.

Ferma, dunque, la rilevanza ed il chiaro fondamento costituzionale del diritto in esame, è peraltro indubbio che, nelle nuove modalità in cui oggi viene esercitato, per mezzo dell'impiego di tecniche sempre più sofisticate, quali quelle messe a punto dalla medicina riproduttiva, esso incontra i limiti naturalmente derivanti dalla necessità di rispettare gli altri valori fondamentali costituzionalmente garantiti. E tra questi, *in primis*, il diritto del nascituro a fruire e godere della doppia figura genitoriale, per essere istruito, educato e mantenuto da entrambi i genitori, nell'ambito di un contesto di coppia, per la garanzia di un equilibrato ed armonico sviluppo psico-fisico.

A fronte di tale incontrovertibile esigenza di bilanciamento, torna allora prepotentemente ad imporsi l'interrogativo di fondo dell'indagine che si va svolgendo. Se, nel *balancing test*, le esigenze procreative degli aspiranti genitori devono essere apprezzate nell'ottica di assicurare al nascituro un ambiente familiare in grado di consentirgli il godimento di suoi precisi diritti costituzionali, quali quelli sopra indicati, oltre che il pieno e corretto sviluppo della sua personalità, occorre chiedersi e stabilire quale sia l'incidenza che la rottura del rapporto di coppia è destinata ad esercitare su un progetto di filiazione pure già avviato.

Tale interrogativo, in verità, sia pur in anni precedenti all'approvazione della legge n. 40 del 2004, ha trovato una sua definizione in un'ordinanza del Tribunale di Bologna, che, ad oggi, rimane, di fatto, l'unico precedente giurisprudenziale effettivamente e direttamente riferibile al caso indagato<sup>61</sup>.

Pronunciandosi sulla richiesta giudizialmente avanzata da una donna separata di ottenere, in via cautelare, un provvedimento che ordinasse al centro di procreazione a cui si era rivolta anni prima di procedere all'impianto in utero degli embrioni crioconservati, nonostante la contrarietà manifestata dal *partner*, il giudice bolognese motiva il rigetto della domanda, anzitutto affermando che, in caso di fecondazione artificiale *in vitro* (F.I.V.E.T.), con crioconservazione degli embrioni, «i diritti fondamentali

---

al "desiderio" della coppia di procreare un figlio non affetto dalla patologia di cui è portatrice» in questi termini C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2013, 1, del 22.03.2013, 5. Per ulteriori commenti di tale sentenza, si rinvia a: F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa e Pavan della II Sezione della Corte EDU*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2013, 1, del 01.03.2013; C. TRIPODINA, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa et Pavan vs Italia)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, 3, 923 ss.; E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenza della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in *Rivista AIC*, 2012, 3, del 18.09.2012.

<sup>61</sup> Tribunale di Bologna, ordinanza 9 maggio 2000, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

e personalissimi di entrambi i genitori biologici, all'esercizio della libera determinazione alla paternità o alla maternità, devono essere necessariamente collocati sullo stesso piano e ricevere pari dignità e tutela costituzionale»<sup>62</sup>.

Diversamente, infatti, da quanto accade in caso di procreazione naturale, in cui è il concepimento «l'evento che fa iniziare nella donna la gravidanza», con la creazione dell'embrione ed il suo successivo annidamento ed attecchimento nell'utero della stessa, sicché è irrilevante se, con l'accoppiamento, sia stato fecondato un ovocita che poi non ha attecchito in utero, «nella fecondazione artificiale *in vitro*, le due fasi fondamentali e sostanzialmente diverse, sono visibili ed apprezzabili separatamente»<sup>63</sup>. E di fatto, in tale ipotesi, al momento della fecondazione dell'ovocita *in vitro*, con conseguente creazione di un embrione, segue la fase del suo trasferimento nell'utero della donna che, in caso di annidamento, determinerà l'avvio della gravidanza vera e propria.

Ebbene, osserva il giudice, «fino a quando non vi sia stato il trasferimento dell'embrione nell'utero della donna con determinazione dell'inizio della gravidanza, i diritti fondamentali dei genitori biologici sull'embrione, che è frutto dell'unione dei rispettivi gameti, ed i diritti fondamentali alla libera autodeterminazione alla procreazione, devono essere valutati, garantiti e tutelati sullo stesso piano paritetico». E ciò perché è solo dopo il trasferimento dell'embrione nel corpo della donna e con l'insorgenza della gravidanza che il diritto alla maternità o meno della donna prevale decisamente sul diritto alla paternità dell'uomo. Ed in questo senso depone anche il disposto della legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, in cui la scelta di accedere alle pratiche abortive, nel rispetto dei presupposti e delle condizioni legislativamente fissate, è rimessa esclusivamente alla madre, che è la sola a poter esercitare al riguardo la propria libertà di autodeterminazione, sia pur entro i limiti normativamente stabiliti.

Conseguentemente, in caso di fecondazione *in vitro*, ed in assenza di una gravidanza, i diritti di entrambi i *partner* della coppia non possono che essere considerati paritetici e perciò ricevere pari tutela. E ciò in omaggio al diritto alla libera ed incoercibile autodeterminazione alla procreazione, la cui pregnanza è stata ribadita ancora di recente dalla Corte costituzionale, secondo cui: «la determinazione di avere o meno un figlio [...] concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali»<sup>64</sup>.

Proprio se riletta in tale prospettiva, la soluzione offerta dal giudice bolognese, sia pur precedente all'approvazione della legge in tema di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, pare oggi offrire argomenti utili per tornare a riflettere sul "peso" che, nel bilanciamento imposto dalla fattispecie considerata, deve riconoscersi al diritto di autodeterminazione in ambito procreativo, ed in particolare sulle ragioni che possono infine spiegare il preminente rilievo accordato alla scelta di non avere un figlio.

Sotto tale profilo, in effetti, è indubbio che, sotteso al consenso originariamente prestato al ricorso alle tecniche di procreazione artificiale, vi sia, da parte di chi lo presta, l'intimo convincimento di far nascere il figlio in una famiglia in grado di garantire al nato la possibilità di godere e fruire dei suoi diritti costi-

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, cit., punto 6 del *Considerato in diritto*.



tuzionalmente garantiti, tra i quali, tra l'altro, quello primario e fondamentale ad avere una figura paterna, e, con essa, un riferimento fondamentale per un integrale ed equilibrato sviluppo della sua personalità, così come garantito dall'art. 30 della Costituzione.

Ma quando a tale convincimento subentra una diversa consapevolezza sia in ordine alla solidità del rapporto di coppia, che viene infatti interrotto, sia in relazione alla scelta di un figlio, che non è più oggetto di ricerca e desiderio, non pare possa dubitarsi, al pari di quanto evidenziato dal Tribunale bolognese, che imporre una paternità al *partner* costituirebbe una palese ed inammissibile violazione del suo diritto fondamentale alla procreazione come atto consapevole, libero e responsabile, oltre a causare una grave lesione e violazione dei diritti costituzionalmente garantiti del nascituro.

Più precisamente, a parere di chi scrive, la coercizione alla procreazione e l'imposizione della paternità, oltre a risultare violativi del principio di autodeterminazione ai danni di chi abbia revocato il proprio assenso al ricorso alle tecniche di P.M.A., potrebbero ingenerare grave danno allo sviluppo psico-fisico del nascituro, soprattutto per l'alta conflittualità esistente tra i genitori biologici e per la presa di coscienza di essere venuto al mondo contro la volontà del proprio padre.

Ecco allora che, stante l'impossibilità, anche per i profili qui considerati, di un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, della legge n. 40 del 2004, in quanto ostacolata dal tenore letterale di tale disposizione, le perplessità sollevate ben potrebbero fondare un controllo di costituzionalità della disposizione *de qua* che, nelle more di un sempre auspicabile intervento legislativo, "emendi", per le ragioni indicate, il testo di tale articolo, altresì in ragione della mancata previsione del venir meno dei presupposti di accesso alla P.M.A. (art. 5).

## 5. Quali diritti e quale tutela per chi dice non più: alla ricerca di possibili risposte tra auspicabili correttivi giurisprudenziali e più necessarie risposte legislative

Alla luce di tutti i rilievi fin qui svolti è evidente che, riferito al caso di chi dica *non più* al rapporto di coppia, e, contestualmente, alla realizzazione di un progetto di filiazione per il quale pure aveva originariamente espresso il proprio consenso, il dato normativo applicabile, risultante dal disposto dell'art. 5, comma 1, e dell'art. 6, commi 1 e 3, pare tutt'altro che risolutivo delle molte problematiche cui l'interprete è chiamato a dare una definizione.

Indiscutibilmente, esso sconta i limiti propri di scelte legislative "incapienti" rispetto alla realtà in cui sono destinate ad operare. Certamente un limite è, ad esempio, la mancanza, all'interno della trama legislativa in esame, di più puntuali prescrizioni in ordine al rilievo da accordare ai presupposti soggettivi di accesso alle pratiche di P.M.A. nel corso delle diverse fasi in cui si articola tale trattamento, ma soprattutto il silenzio che il legislatore ha serbato in ordine all'incidenza che il venir meno di tale presupposto esercita sullo svolgimento di un programma di fecondazione assistita, in ciascuna delle sue fasi. Qui, lo stacco tra il dato giuridico, che indica nella sola coppia eterosessuale, sposata o stabilmente convivente, i cui *partner* siano entrambi viventi, la parte legittimata all'accesso alle nuove metodiche procreative, ma anche l'unico modello familiare di cui favorire la formazione soprattutto con l'inserimento in essa di un figlio frutto della medicina riproduttiva, e il dato reale, in cui, invece, è ben possibile registrare il venir meno di quella stessa coppia nel corso del trattamento di procreazione assistita, è davvero significativo. E le critiche che sul punto possono muoversi ad un legislatore poco attento ed

accorto ad intendere la complessità del reale non paiono certamente superabili in ragione delle naturali difficoltà che il diritto incontra nel prevedere e disciplinare le molte vicende che caratterizzano una stessa fattispecie giuridicamente rilevante. Investendo propriamente i presupposti di accesso alle nuove tecnologie riproduttive di cui si è inteso disciplinare l'impiego, le omissioni legislative, che investono non soltanto la mancata individuazione del momento in cui deve esattamente procedersi all'accertamento della sua ricorrenza, nel quadro di una corretta prospettazione delle conseguenze giuridiche a ciò connesse, ma anche l'assenza di una positivizzazione degli effetti prodotti sullo svolgimento del programma di procreazione assistita dal successivo dissolvimento del rapporto di coppia, avrebbero dovuto essere evitate da parte del regolatore pubblico, che anzi avrebbe dovuto accordare particolare attenzione ai profili sopra evidenziati, soprattutto in ragione della necessità di rendere il dettato legislativo al meglio rispondente alle sue stesse finalità, indicate, in *incipit*, nella tutela di tutti i soggetti coinvolti nella vicenda procreativa, ivi compreso il concepito.

Ma, oltre alle insufficienze *de quibus*, è indubbio che il testo legislativo, nella parte applicabile alla fattispecie considerata, difetta altresì di un più saldo raccordo con taluni principi, anzitutto di matrice costituzionale, di cui pure si propone l'implementazione nell'ambito materiale considerato. Il riferimento è naturalmente alle non poche perplessità che il divieto di revoca del consenso alla P.M.A., nella positivizzazione offertane dal legislatore, solleva anzitutto con riferimento ai principi fondamentali in materia di consenso informato quale condizione di legittimità nel/del trattamento sanitario. Per tale profilo, in realtà, a rilevare non è solo l'intima contraddizione tra la connotazione delle tecniche di fecondazione assistita quale trattamento medico per la sterilità o infertilità umana, per la quale il legislatore opta, e la sottrazione di questo stesso trattamento ai principi che, nel nostro ordinamento, guidano lo svolgimento della relativa attività del personale medico sanitario, anzitutto ancorandola al rispetto della regola del consenso informato. A sollevare notevoli dubbi, in punto di legittimità, è proprio ed anzitutto la mancata rispondenza della scelta legislativa *de qua* a quei parametri costituzionali (artt. 2, 13, comma 1, e 32, comma 2 Cost.) in cui tale regola trova il proprio radicamento, diventando perciò espressiva dei diversi diritti fondamentali della persona all'autodeterminazione ed alla salute. Al tempo stesso, però, il mancato radicamento costituzionale della scelta legislativa, qui nuovamente lamentato, allude pure alla scarsa attenzione che, in sede di *balancing test*, il regolatore pubblico ha prestato nei riguardi delle esigenze procreative del *partner* maschile della coppia, specie quando queste, attraverso la revoca del consenso già manifestato quanto all'accesso alle tecniche di P.M.A., diventano espressive di quell'accezione negativa del diritto di procreare, di certa ed indiscussa valenza fondamentale.

In realtà, ancor più che per i profili sopra evidenziati, è proprio per quelli di cui si è appena detto che lo scarso impegno mostrato da legislatore nei riguardi di una pur necessaria ed ineludibile ricerca di ragionevolezza nelle scelte infine positivizzate solleva le maggiori critiche. In relazione ad essi, infatti, alla difficoltà di rintracciarne alla base una qualche *ratio* giustificativa, si affianca, già da tempo, il tentativo di recupero, in via giudiziaria, di quella conformità a Costituzione che pare chiaramente mancare.

Nell'attesa di un auspicabile ma poco probabile intervento legislativo, correttivo del testo in esame, le difficoltà e i dubbi che quest'ultimo ancora oggi pone in sede applicativa finiscono così per rimandare

nuovamente all'interprete il compito di ricercare ed applicare la regola di diritto al caso di specie, anzitutto colmando, in via interpretativa, le lacune presenti nel testo. Il tutto, secondo uno schema suppletivo che da sempre ha caratterizzato i rapporti tra legislativo e giudiziario quanto alla regolamentazione delle più diverse problematiche connesse all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, e che pare più che mai attuale.

Eppure, a fronte delle tante questioni poste sul tappeto in ragione del caso di cui si è discusso, così come delle moltissime ulteriori problematiche ad oggi ancora prive di una qualche puntuale definizione<sup>65</sup>, è indubbia l'insopprimibilità di uno *spatium decidendi* propriamente politico, che non può essere né soppresso, né tantomeno occupato da altri organi, a partire da quello giudiziario. Indiscutibilmente, nella latitanza del legislatore, spetta al giudice ricercare, all'interno della trama normativa, quell'interpretazione del dato legislativo dubbio idonea ad assicurare la protezione dei beni e interessi costituzionali che vengono in rilievo.

Ugualmente, a fronte delle difficoltà registrate dall'interprete in sede giudiziaria di riparare le omissioni legislative, ovvero di conformare il testo normativo alle conferenti disposizioni costituzionali, a mezzo dei tradizionali canoni ermeneutici, ed anzitutto attraverso l'uso dell'interpretazione conforme, il ricorso alla Corte, adita in sede di giudizio di legittimità, è certamente garanzia di un controllo utile al ripristino delle costituzionalità violata.

Tuttavia, se da un lato il ricorso alle aule giudiziarie ha già da tempo palesato i propri limiti, chiaramente espressi dal moltiplicarsi di giudicati tra loro disomogenei, ovvero discordanti, e comunque assolutamente opinabili, tanto da far parlare non scorrettamente di "lotteria forense"<sup>66</sup>, dal canto suo il sempre costante tentativo di trasferire alla Corte il compito, assai delicato e complesso, di correggere il testo della legge in esame, riscrivendone i contenuti nel segno della ragionevolezza e della costituzionalità, non pare sempre foriero degli esiti sperati. Specie su questioni ad oggi ancora fortemente divisive ed assolutamente controverse, è frequente infatti registrare una certa ritrosia da parte della Corte, che trincerata dietro difetti formali e/o procedurali, e la conseguente adozione di decisioni di rito, quella che in realtà è una chiara volontà di non entrare nel merito delle questioni dedotte alla propria cognizione. Quella della Corte si palesa così come una scelta che, correttamente, può definirsi "politica". E non solo per i contenuti, ma soprattutto per le finalità. Essa infatti pare chiaramente indirizzare un monito all'organo parlamentare affinché si faccia parte diligente nell'apportare al testo normativo in esame gli opportuni correttivi, ma soprattutto nel procedere a meglio definirne la portata, a mezzo di quelle integrazioni che un sempre più significativo contenzioso giudiziario, e con esso le molte difficoltà quotidianamente affrontate dagli operatori del comparto sanitario nella materiale implementazione delle disposizioni vigenti nella prassi, palesano come sempre più urgenti, oltre che necessarie.

---

<sup>65</sup> Qui, in particolare, il riferimento è alla "sorte" degli embrioni non impianti. Si tratta di questioni ben riassunte da M.P. IADICICCO, *Corpo e procreazione medicalmente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), a cui si rimanda per la completezza dell'analisi sul punto.

<sup>66</sup> Così, A. LISERRE, *L'attesa di una legge nelle questioni bioetiche*, in *Rassegna amministrativa della sanità*, 2001, 2, 119.

E ciò perché, come insegna già da molti anni proprio la giurisprudenza costituzionale, si tratta di questioni, che, infine, per la loro portata, non possono che essere sanate dal legislatore “nell’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti”<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Corte Costituzionale, sentenza 22-26 settembre 1998, n. 347, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), punto 4 del *Considerato in diritto*. Recentemente, la Corte è tornata a rimarcare l’importanza che l’intervento legislativo riveste in ambiti quali quello considerato nella decisione con cui, pronunciandosi infine nel senso dell’inammissibilità della questione dedotta alla propria cognizione, è intervenuta sullo *status* dei figli nati mediante tecnica di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata all’estero da due donne. Pur in mancanza delle motivazioni, che ancora non sono state depositate, già nel comunicato stampa del 28 gennaio 2021 (reperibile sul sito [www.corte-costituzionale.it](http://www.corte-costituzionale.it)) è possibile leggere che «la Corte, fermo restando il divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata, ha ritenuto che l’attuale quadro giuridico non assicuri piena tutela agli interessi del bambino nato con questa tecnica». E «poiché, a questo fine, sono prospettabili differenti soluzioni, la Corte ha ritenuto, allo stato, di non poter intervenire, nel doveroso rispetto della discrezionalità legislativa, ma ha anche affermato la necessità di un intervento del legislatore».