

## «Cosa resta del padre?». A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner

*Maria Pia Iadicco\**

“WHAT’S LEFT OF THE FATHER?” ON THE SIDELINES OF THE CONSTITUTIONAL COURT’S DECISION ON THE WITHDRAWAL OF CONSENT TO MAR BY THE EX PARTNER

ABSTRACT: In its judgment n. 161/2023, the Constitutional Court declared unfounded the question of the legitimacy of art. 6, par. 3, of Law No. 40 of 2004, in the part in which it does not provide for the revocation of the consent given by man after the fertilization of the egg but before the implantation of the embryo. Although the legal context in which the provision currently stands has changed radically, the judge of laws has considered that the balancing of constitutional interests defined therein is not unreasonable. The article critically examines the arguments in support of the decision, reflecting in particular on the paternity and possible slippages that could result from an "emotional" reading of the judgment.

KEYWORDS: Medically Assisted Reproduction; informed consent; freedom and responsibility; paternity; rights of the unborn

ABSTRACT: Con la sentenza n. 161/2023, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell’art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non prevede la revocabilità del consenso prestato dall’uomo dopo la fecondazione dell’ovulo ma prima dell’impianto dell’embrione. Nonostante sia profondamente mutato il contesto normativo entro il quale attualmente si colloca la richiamata disposizione, il giudice delle leggi ha ritenuto che il bilanciamento degli interessi costituzionali ivi definito non sia irragionevole. Lo scritto ripercorre criticamente le argomentazioni a sostegno della decisione, riflettendo in particolare sulla paternità e sui possibili scivolamenti che potrebbero discendere da una lettura “emotiva” della sentenza.

PAROLE CHIAVE: Procreazione medicalmente assistita; consenso informato; libertà e responsabilità; paternità; diritti del nato

---

\* *Ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico. Università della Campania “Luigi Vanvitelli”. Mail: [mariapia.iadicco@unicampania.it](mailto:mariapia.iadicco@unicampania.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

SOMMARIO: 1. Un interrogativo che potrebbe condurre fuori strada – 2. L'irrevocabilità del consenso alla PMA dopo la formazione dell'embrione: la lunga contestazione – 3. Gli interessi coinvolti in chiaroscuro – 4. Autodeterminazione e responsabilità nei confronti del nato. Le vie del padre potrebbero non essere finite.

## 1. Un interrogativo che potrebbe condurre fuori strada

Il titolo prescelto per questo contributo riprende pedissequamente quello di un noto volume di Massimo Recalcati<sup>1</sup>. Il cruciale interrogativo ivi riportato – «cosa resta del padre?» – pare riproducibile dopo la lettura della sentenza n. 161 del 2023, resa all'esito di un giudizio nel quale la Corte costituzionale ha, per la prima volta dall'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, scrutinato *nel merito* la legittimità della disciplina concernente il consenso informato ai trattamenti di PMA.

Nonostante il comune linguaggio, è bene sin d'ora rimarcare la distanza tra questo scritto, che, in una prospettiva di diritto costituzionale, prende in esame un caso non del tutto inedito nella lunga e sofferta vigenza della legge n. 40/2004, ovvero quello della revoca del consenso espresso da soggetti che hanno già avuto accesso alle tecniche di PMA, e quello dello psicanalista Recalcati, il quale, riprendendo e ulteriormente sviluppando il pensiero di Lacan, si interroga, con lo strumentario proprio della disciplina di appartenenza, sulla condizione paterna nell'epoca ipermoderna<sup>2</sup>.

Diverse lenti e distinte categorie orientano la lettura e la comprensione di questi scritti, al di là della condivisione o meno delle tesi di fondo. Per di più, laddove nel lungo saggio di Recalcati la panoramica sul ruolo del padre è decisamente più ampia e prescinde dalle modalità del concepimento, l'identica domanda qui posta è riferita ad una peculiare esperienza di genitorialità, quella che "nasce" mediante assistenza medico-specialistica a causa di problemi di infertilità di coppia, ma che si realizza o aspira a realizzarsi quando il progetto di coppia è definitivamente svanito a causa della separazione o dello scioglimento del matrimonio. La peculiarità del caso da cui è scaturita la decisione della Corte costituzionale in esame risiede altresì nel fatto che il conflitto tra i genitori, o meglio di quelli che un tempo

<sup>1</sup> M. RECALCATI, *Cosa resta del padre? La paternità nell'epoca ipermoderna*, Milano, 2017.

<sup>2</sup> L'interrogativo posto da Recalcati riprende ed amplifica il tema lacaniano della «evaporazione del padre», della sua autorità simbolica e degli effetti di ciò sulla vita individuale e collettiva. «Dobbiamo buttare via tutto del padre? [...] Il padre è un fervecchio della cultura patriarcale che deve essere archiviato senza alcuna nostalgia? Il carattere neolibertino del nostro tempo sembra non avere dubbi a proposito: si tratta di sopprimere senza indugi il padre come limite insopportabile alla nostra libertà». Di fronte a questa deriva, la prospettiva tracciata da Recalcati si muove in tutt'altra direzione: correggere la rappresentazione patriarcale del padre e spingersi a cogliere «il vero statuto del padre e della sua funzione». Non è possibile qui addentrarsi in quella funzione paterna che M. RECALCATI, *op. cit.*, X e 63 ss., ravvisa nella «umanizzazione della Legge», la quale ove non attentamente approfondita, in una prospettiva propriamente giuridica, rischierebbe di condurci fuori strada, costringendoci, peraltro, a riflettere meglio, per prevenirne alcune derive (come la nascita dei fondamentalismi derivanti dalla carenza del padre simbolico), sul legame tra autorità della Legge e autorità promanante dalla figura paterna (richiamata anche da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 45, riprendendo in senso critico le tesi di J. Frank. Ci si limita a riportare testualmente un passaggio della prefazione del libro, che, con diverse argomentazioni, sarà suffragato anche dalla nostra riflessione: «la paternità, nel tempo del declino della sua rappresentazione patriarcale, non può essere ridotta a un evento della biologia, del sangue, della stirpe, del sesso del genitore. [...] Il padre non coincide con lo spermatozoo: c'è padre solo dove c'è la trasmissione di un'eredità capace di umanizzare la Legge» (XI).

erano stati, coscientemente e responsabilmente<sup>3</sup>, aspiranti genitori e avevano «consapevolmente espress[o]»<sup>4</sup> il consenso alla PMA, riguarda un figlio non ancora nato, ma il cui processo formativo, supportato, come era necessario, dalla competenza medico-scientifica, si è già avviato e non concluso con la nascita. Insomma, non un figlio «già persona»<sup>5</sup> conteso tra genitori, ma una persona in divenire contesa tra ex coniugi, l'uno, la donna desiderosa di realizzare pienamente il progetto genitoriale, l'altro, il padre determinato ad interromperlo, essendo venuto meno il legame di coppia.

Si tratta dunque di un caso spinoso, certamente da annoverarsi tra i tanti che, con riferimento all'inizio della vita umana, impegnano i giuristi e li costringono ad interrogarsi su quale tutela debba accordarsi alla vita nascente e quale siano le pretese e gli obblighi che incombono su quanti scelgono di divenire genitori o quantomeno di contribuire alla nascita di un bambino. Ognuno di questi quesiti sollecita risposte conformi ai principi fondanti l'ordinamento giuridico e perciò stesso contribuisce a delineare i contorni delle principali questioni costituzionali implicate nel processo procreativo.

Pur dovendo ribadire che ciò che in questa sede interessa analizzare, ripercorrendo i passaggi salienti del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale, è soltanto la dimensione giuridica e, ancor più precisamente, costituzionalistica della vicenda, facendo luce sulla portata degli interessi coinvolti, sul loro rango e sulla loro composizione, non si può non scorgere la complessità di questa, come di molte altre vicende che investono il processo procreativo, all'interno del quale ricorrentemente si innesta, complicandolo, un profilo propriamente tecnico-scientifico, nonché una marcata coloritura etica. Nella regolamentazione della procreazione umana il diritto, quale regola giuridica della convivenza sociale, non può fare a meno di confrontarsi con le più intime convinzioni ideologiche di ciascuno e con le diverse, plurime concezioni di genitorialità e filiazione diffuse nella comunità sociale. Nel caso ora in esame appare evidente come quest'ultima dimensione risulti preponderante<sup>6</sup>, ma non già nel senso che il diritto possa assecondare qualsiasi aspirazione legata a convinzioni individuali in ordine alla genitorialità; né tantomeno al fine di sostenere che la "sensibilità" etica del tema debba condurre ad un

<sup>3</sup> Cfr. art. 1 della legge n. 194 del 1978, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*: «Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile [...]».

<sup>4</sup> Art. 6, co. 1, ultimo periodo, della legge n. 40 del 2004, ai sensi del quale le informazioni che debbono essere fornite alla coppia che intende accedere a tecniche di PMA devono garantire il formarsi di «una volontà consapevole e consapevolmente espressa».

<sup>5</sup> Corte costituzionale, sent. 27 del 1975.

<sup>6</sup> Tutt'altro che irrilevante è anche la dimensione scientifica, in quanto anzitutto la vicenda originava dall'applicazione di diverse tecniche di medicina della riproduzione umana che hanno concorso a determinare la peculiarità di questa esperienza procreativa: si pensi solo alla possibilità di formazione extracorporea dell'embrione, al suo congelamento e al possibile impianto dopo lungo tempo dalla formazione. Infatti, nel caso in esame, la formazione dell'embrione e il mancato contestuale impianto è dipeso, non già da cause naturalistiche (mancato attecchimento nell'utero materno), ma dall'applicazione, scientificamente appropriata, della tecnica della crioconservazione.

Inoltre, e sebbene questo ulteriore profilo scientifico non sia emerso con nettezza nei passaggi né dell'ordinanza di rimessione né della decisione della Consulta, nella vicenda in esame si sarebbe potuto tener conto degli orientamenti, in vero tutt'altro che univoci – come anche lo scritto di Recalcati dimostra –, della psicologia e in specie di quella della età evolutiva in ordine alla salvaguardia del minore nei casi di conflitti genitoriali e ancor di più sulla declinazione del rapporto padre-nato nei casi di una gravidanza non desiderata.

arretramento della regola giuridica<sup>7</sup>. Piuttosto, quanto si vuole rimarcare è che in vicende come quella in esame il legislatore, prima, e il giudice costituzionale, in sede di scrutinio di legittimità, debbano tener conto dei molteplici interessi coinvolti, non di rado confliggenti, e del loro temperamento, ponendosi così però di fronte a scottanti interrogativi etici<sup>8</sup>, in quanto molte delle questioni evocate coinvolgono la coscienza individuale e sollecitano la struttura morale di fondo di ogni persona, accennando così il rischio che l'esito del giudizio possa urtare le coscienze o smentire idee di giustizia, pericolo tanto più elevato se si considera che sussistono visioni e concezioni anche molto distanti sull'esistenza del rapporto genitore-figlio.

Di qui l'interrogativo posto in apertura, che vuole spingere a svolgere un'analisi critica della vicenda specifica, attraverso una verifica tanto dell'appropriatezza – tenuto conto della complessità e della delicatezza della vicenda – delle argomentazioni che sostengono la decisione del giudice costituzionale, quanto delle sue ricadute sistematiche nell'ordinamento giuridico in ordine alla condizione giuridica dei nati e di quelli che hanno contribuito alla procreazione. Tuttavia, diversamente da quanto potrebbe *prima facie* ipotizzarsi, tenuto conto dell'accostamento all'analisi di Recalcati, si vogliono altresì rimarcare i rischi di una lettura *emotiva* del caso, condotta attraverso "altre lenti", quella psicologica, ma anche sociologica, antropologica, etica<sup>9</sup>, determinando così uno scivolamento di piano, che si avrebbe allorché la decisione della Corte costituzionale fosse valutata alla luce di convincimenti diffusi a livello individuale e sociale.

## 2. L'irrevocabilità del consenso alla PMA dopo la formazione dell'embrione: la lunga contestazione

Per compiere questo percorso, è senz'altro necessario ricostruire il caso giunto al vaglio del giudice delle leggi.

Adita dal Tribunale ordinario di Roma, la Consulta è stata chiamata a giudicare, in riferimento a vari parametri costituzionali<sup>10</sup>, la legittimità della disciplina sul consenso informato alla PMA e, precisamente, l'art. 6, terzo comma, ultimo periodo, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui vieta che la volontà manifestata da ciascuno dei membri della coppia possa essere revocata dopo la fecondazione

<sup>7</sup> Cfr. C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in questa *Rivista*, 2, 2016, 157 ss.; G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, 2017, 367 ss.

<sup>8</sup> In questa prospettiva, si veda la riflessione di M. BALISTRERI, *È giusto che le donne abbiano l'ultima parola sugli embrioni in vitro?*, in *Etica & Politica*, 3, 2019, 505 ss.

<sup>9</sup> Di preminenti interessi «pubblicistici di ordine etico» parla diffusamente Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 11 ottobre 2020, su cui criticamente, anche su questo specifico profilo, B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, in questa *Rivista*, 3, 2021, 509 ss. Rilevano le molte altre contraddizioni e gli scivolamenti di questa decisione anche F. MEOLA, *Il consenso informato al trattamento di P.M.A. e la sua irrevocabilità a proposito di alcune recenti ordinanze... "da ignorare"*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2021, 442 ss.; R. VILLANI, *Fecondazione eterologa e dinamiche del consenso: disconoscimento di paternità e tutela dell'interesse del minore*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2021, 586 ss.; G. FERRANDO, *Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni in vitro, dissenso del marito*, *ivi*, 649 ss.

<sup>10</sup> Artt. 2, 3, 13, primo comma, 32, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione.

dell'ovulo, ovvero dopo la formazione dell'embrione o degli embrioni. Il rimettente ha precisato che, specie a causa dei plurimi interventi manipolativi della Corte costituzionale, l'impianto degli stessi in utero possa essere richiesto anche a distanza di molto tempo dalla fecondazione e, stante il divieto di revoca del consenso che decorre da quel momento, la gestazione e il suo buon esito potrebbero collocarsi in una «situazione giuridica» molto diversa da quella esistente al momento della raccolta del consenso, come verificatosi in effetti nel caso di specie a causa della separazione dei coniugi e poi della cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Come accennato, non si tratta di un caso inedito, né è la prima volta che la disposizione di cui all'art. 6, co. 3, ult. per., giunge al vaglio della Corte costituzionale. Per un verso, infatti, occorre considerare come più volte i giudici comuni siano stati chiamati a pronunciarsi su casi simili a quello appena descritto, di ripensamento tardivo dell'ex aspirante padre alla prosecuzione del percorso di PMA. Anche se bisogna attentamente distinguere i pronunciamenti resi prima<sup>11</sup> dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, da quelli successivi, nonché quelli concernenti casi di fecondazione omologa da quella eterologa (con donazione di seme<sup>12</sup>), proprio nel più recente periodo e in relazione ad un caso identico a quello da cui trae origine la questione di legittimità costituzionale, la giurisprudenza di merito è giunta ad ordinare l'impianto dell'embrione già formato nonostante il ripensamento paterno e, seppur attraverso arditi passaggi argomentativi<sup>13</sup>, ha ritenuto manifestamente infondati gli eccepiti dubbi di legittimità costituzionale. Per altro verso, va altresì ribadito che la Corte costituzionale è stata più volte chiamata, da altri giudici *a quibus* e in relazione a casi di revoca del consenso da parte della madre, a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 6, co. 3, ult. per., ma tutte le relative questioni sono state dichiarate inammissibili (per difetto di motivazione della rilevanza)<sup>14</sup>.

Anche nel giudizio di legittimità costituzionale promosso dal Tribunale di Roma l'ostacolo all'esame nel merito della questione era stato prospettato dal Presidente del Consiglio dei ministri, intervenuto in giudizio; secondo la difesa erariale il giudice *a quo* non avrebbe motivato in ordine alla possibilità di definire la controversia di cui era stato investito facendo applicazione dell'art. 5 della legge n. 40/2004, ritenendo cioè che, venuta meno una delle condizioni soggettive di accesso alla PMA (in ispecie prima la convivenza e poi, ma dopo l'ordinanza di rimessione, pure il rapporto di coniugio), il consenso precedentemente prestato avrebbe perso di efficacia.

La Corte, per superare l'eccepita inammissibilità, ha sostenuto, in linea con quanto rilevato dal rimettente, che i requisiti soggettivi di cui all'art. 5 vadano intesi come soli requisiti di «accesso» alle tecniche di PMA e non quali condizioni che devono permanere invariate in tutte le fasi in cui si articola la procedura di assistenza medica alla procreazione, e ciò tanto alla luce di un'interpretazione letterale quanto di un'interpretazione sistematica della disposizione richiamata, in combinato disposto con gli

<sup>11</sup> Ci si riferisce a Tribunale di Bologna, 9 maggio 2000 e 26 giugno 2000, (su cui G. CASSANO, *Brevi riflessioni sul destino degli embrioni*, in *Famiglia e diritto*, 2000, 487 ss.; ID., *Impianto degli embrioni e autodeterminazione nelle scelte procreative*, *ivi*, 614 ss.), pervenuto a conclusioni opposte a quelle della giurisprudenza successiva, resa, lo si ribadisce, dopo l'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004.

<sup>12</sup> Cassazione civile 18 dicembre 2017, n. 30294, ma in relazione a un'azione di disconoscimento della paternità esercitata da colui che aveva in precedenza revocato il consenso all'impianto.

<sup>13</sup> Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 27 gennaio 2021 e 11 ottobre 2020 e il Tribunale di Perugia, 28 novembre 2020, hanno respinto le eccezioni di incostituzionalità ritenendole manifestamente infondate.

<sup>14</sup> Corte costituzionale, sentenze n. 151/2009 e 84/2016.

artt. 1 e 8, legge n. 40/2004. Tale conclusione ermeneutica, sempre secondo la Corte costituzionale, è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza di merito (Trib. Santa Maria Capua Vetere, ordinanze 27 gennaio 2021 e 11 ottobre 2020; Tribunale ordinario di Perugia, ordinanza 28 novembre 2020; Tribunale ordinario di Lecce, ordinanza 24 giugno 2019; Tribunale ordinario di Bologna, ordinanza 16 gennaio 2015) e da quella di legittimità (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 15 maggio 2019, n. 13000), che hanno evidenziato la «assoluta centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di P.M.A.» senza fare alcun riferimento ai precedenti artt. 4 e 5 della legge n. 40/2004 sui requisiti oggettivi e soggettivi di accesso ai trattamenti medici. Leggendo anche gli ulteriori passaggi della decisione, di cui si dirà a breve, si comprende che tale richiamo alla giurisprudenza comune appare funzionale a rimarcare un profilo ben preciso, e cioè che è l'esigenza di certezza dello *status filiationis* del nato mediante tecniche di PMA ad aver indotto il legislatore a cristallizzare e blindare<sup>15</sup> il consenso già prestato, rendendolo indifferente ai successivi mutamenti di volontà e alle sopravvenienze esistenziali intervenute anche a distanza di molto tempo dalla formazione dell'embrione.

Eppure, in questo riferimento alla giurisprudenza comune si scorge un primo elemento di problematicità del percorso argomentativo del giudice delle leggi, invece condivisibile nel precedente passaggio, quanto ai criteri di interpretazione delle clausole di cui all'art. 5 della legge n. 40/2004<sup>16</sup>. In particolare, va evidenziato come la richiamata giurisprudenza di legittimità e di merito non concerne sempre casi di revoca del consenso da parte del padre recalcitrante alla prosecuzione della procedura, ma sovente

<sup>15</sup> Come osserva G. CASABURI, *L'irrevocabilità del consenso paterno alla p.m.a.: la Consulta (involontariamente?) "apre" alla genitorialità non biologica*, in *Il Foro italiano*, 9, 2023, 2343 ss., la legge n. 40/04 blinda in termini ben più rigorosi di quanto previsto per la filiazione «naturale» lo *status* dei figli nati attraverso la PMA, precludendo l'accesso alle azioni di rimozione dello *status*, nonché la facoltà della donna di non essere indicata nell'atto di nascita, ex art. 30 d.p.r. 396/00.

<sup>16</sup> Dubitano invece che, all'esito delle molte decisioni demolitorie della Corte costituzionale su diverse e qualificanti parti della legge n. 40/2004, si possano applicare nell'interpretazione della medesima i criteri dell'interpretazione letterale e dell'intenzione del legislatore storico, G. FERRANDO, *Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni in vitro, dissenso del marito*; cit., 649; F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 459.

Sul cruciale tema dell'interpretazione fra testo legislativo e intenzione del legislatore, si veda almeno M. LUCIANI, *Itinerari costituzionali della memoria*, in *RivistaAic.it*, 4, 2022, 110 ss., le cui note e dibattute argomentazioni a sostegno del non abbandono del testo e della distinzione tra interpretazione soggettiva e oggettiva possono condurre a respingere le anzidette obiezioni.

casi ben diversi, come quelli della fecondazione<sup>17</sup> e dell'impianto<sup>18</sup> *post-mortem*, che, a stretto rigore, sarebbero vietati dalla lettera dell'art. 5 della legge n. 40.

Superata l'anzidetta eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, la Corte costituzionale non è invece entrata nel merito delle censure formulate dal giudice *a quo*, in riferimento agli artt. 13, co. 1 e 32, co. 2, Cost.; secondo quest'ultimo l'irrevocabilità del consenso alla PMA si sarebbe convertita per l'uomo nella sottoposizione ad un trattamento sanitario obbligatorio, coercitivo sul corpo e impattante sull'equilibrio psichico della sua persona. Avendo il rimettente dedotto in maniera generica ed assertiva il contrasto con tali parametri costituzionali, anche in questo giudizio la scure dell'inammissibilità ha impedito lo scrutinio nel merito di alcune delle censure formulate all'art. 6, co. 3, che, in effetti, meglio avrebbero potuto essere motivate, specie quanto alle possibili ricadute di una nascita non voluta sulla salute psichica del padre.

Riservandoci di precisare meglio oltre questa osservazione critica, ne va anticipata un'ulteriore. La Corte costituzionale non ha esaminato<sup>19</sup> neppure le ulteriori censure formulate da una delle parti private costituite in giudizio, il padre, sulla presunta violazione del diritto del nato alla bigenitorialità e a crescere in un ambiente non conflittuale. Al riguardo, se pare pienamente condivisibile la successiva precisazione operata dal giudice delle leggi<sup>20</sup> per il quale la dissolubilità del legame giuridico tra i genitori non fa venire meno le responsabilità genitoriali e ovviamente il legame tra genitore e figli<sup>21</sup>, nonché l'ammonimento a non enfatizzare l'interesse del minore a non crescere in un ambiente conflittuale per farne discendere la conseguenza che è meglio non nascere<sup>22</sup>, meno convincente è l'aggancio di queste considerazioni alla dignità dell'embrione, che pur la Corte non declina, come sovente accade, nei termini di diritto alla vita, diritto a nascere o ad essere impiantato dell'embrione.

<sup>17</sup> G. CASABURI, *op. ult. cit.*, 2343, ritiene «piuttosto singolare» la già citata decisione Cass. civ., 15 maggio 2019, n. 13000, in quanto essa è giunta a riconoscere la rilevanza del consenso alla PMA (non revocato) persino dopo la morte dell'uomo, con conseguente acquisizione, da parte del figlio, dello *status* corrispondente alla condizione dei genitori, e quindi anche di figlio di genitori coniugati, pur se la presunzione di paternità, di cui all'art. 232 c.c., per il tempo trascorso, non avrebbe potuto trovare applicazione. In particolare con quella pronuncia la Suprema Corte ha superato la conclusione ermeneutica, che era già stata seguita dalla giurisprudenza di merito e si conformava a quanto rilevato in dottrina, e cioè che la limitazione della PMA ai viventi «debba essere intesa nel senso che non è consentita l'utilizzazione del *seme* del non vivente [*id est*: la fecondazione *post mortem*], non nel senso che non sia consentito l'impianto di *embrione* formato in vita da entrambi i coniugi o conviventi. Chi decede dopo la formazione dell'embrione è da equiparare a chi decede dopo il concepimento». Così G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, 105 (corsivi testuali).

<sup>18</sup> Tribunale ordinario di Lecce, ordinanza 24 giugno 2019 e Tribunale ordinario di Bologna, ordinanza 16 gennaio 2015 concernevano casi di impianto *post-mortem*.

<sup>19</sup> Per estraneità al *thema dedidendum* delle censure prospettate dalle sole parti private e non fatte proprie dal giudice *a quo*.

<sup>20</sup> Con riferimento alla violazione dei principi di ragionevolezza ed eguaglianza prospettati dal giudice *a quo*.

<sup>21</sup> Punto 12.4. del Considerato in diritto: «Altro è la dissolubilità del legame tra i genitori, altro è l'indissolubilità del vincolo di filiazione, che è comunque assicurata, nella legge n. 40 del 2004, dai ricordati artt. 8 e 9. Del resto, la considerazione dell'ulteriore interesse del minore a un contesto familiare non conflittuale non può essere enfatizzata al punto da far ritenere che essa integri una condizione esistenziale talmente determinante da far preferire la non vita».

<sup>22</sup> Sulla insostenibilità della preferenza della "non vita" già Cass. civ., n. 13000/2019, cit., ma con riferimento ad un'altra vicenda, quella della morte del padre biologico: «l'affermazione che nascere e crescere con un solo genitore integri una condizione esistenziale negativa non sembra potersi enfatizzare al punto tale da preferire la non vita».

### 3. Gli interessi coinvolti in chiaroscuro

Sono invece i ben più chiari e meglio delineati interessi del nato (non dell'embrione formato) mediante tecniche di PMA, sotto lo specifico profilo del conseguimento e della conservazione dello *status filiationis*, a determinare la non irragionevolezza delle limitazioni che, dal divieto di revoca del consenso dopo la fecondazione, discendono sulla libertà di autodeterminazione del padre. Al riguardo, va nuovamente rammentato che la disposizione di cui all'art. 6, co. 3, ult. per., della legge n. 40/2004 va collegata all'art. 8, sullo stato giuridico del nato e all'art. 9, sul divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre; la disciplina ivi recata, al di là della innegabile e unidirezionale connotazione ideologica che caratterizza la legge n. 40 nel suo complesso, specie nel suo impianto originario<sup>23</sup>, muove dall'esigenza di rimediare a problemi di difficile soluzione, alcuni dei quali erano emersi prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004. Ci si riferisce alla dibattuta questione, che non poco ha influito sui lavori preparatori dell'art. 9, co. 1, dell'esperibilità dell'azione di disconoscimento della paternità da parte di chi aveva prestato consenso alla inseminazione della moglie con seme di un donatore anonimo<sup>24</sup>; ma anche al problema, insorto nel 2000 e quindi in mancanza di un espresso divieto di revoca del consenso o regolamentazione della fattispecie da parte del legislatore funzionale a garantire altri interessi di rilievo costituzionale, di quale effetto poteva produrre un mutamento di volontà prima dell'impianto pure da parte del padre biologico<sup>25</sup>. Senonché, dopo l'entrata in vigore della legge n. 40/2004, i principali dubbi di compatibilità costituzionale sollevati con riferimento alla irrevocabilità del consenso dopo la formazione dell'embrione, hanno riguardato situazioni in cui era la donna che lo aveva già espresso a dichiarare di non voler proseguire il trattamento in ragione delle ricadute sulla propria salute che sarebbero potute discendere dall'impianto di un embrione malato.

Come noto, l'originaria trama normativa prefigurata dal legislatore del 2004, recante peraltro un divieto generalizzato di crioconservazione degli embrioni (e quindi di differimento temporale dell'impianto), solo eccezionalmente derogabile<sup>26</sup>, ha subito nel corso del tempo una profonda trasformazione proprio per effetto di diverse pronunce di accoglimento della Corte costituzionale, le quali, con l'intento di salvaguardare il fondamentale diritto alla salute della donna, hanno fatto sì che l'eccezione (la crioconservazione) si trasformasse in regola, anche di buona pratica clinica. Da ciò il moltiplicarsi, anche solo potenziale, di casi di "ripensamento" da parte di uno dei soggetti che pur aveva precedentemente espresso il proprio consenso informato alla PMA, o anche di casi di mutamento, nell'intervallo temporale tra formazione dell'embrione e suo impianto, delle condizioni soggettive di cui all'art. 5,

<sup>23</sup> Di impianto «autoritario» della legge n. 40 del 2004 parla, tra i tanti, F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., 460 e 462, pur particolarmente attento a presidiare di ulteriori garanzie la posizione dell'embrione dopo le "incisioni" della giurisprudenza costituzionale sull'impianto originario della legge.

<sup>24</sup> Questione affrontata già da Tribunale di Roma 19 aprile 1956. Sul consenso del marito all'inseminazione eterologa come non ostativo al successivo esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità v. pure Tribunale di Cremona 17 febbraio 1994; Tribunale di Rimini 24 marzo 1995. Dopo la sent. 347 del 1998 della Corte costituzionale (ma di fatto ha anticipato il legislatore) la Suprema Corte ha affermato invece il principio *consensus facit filios*. Cassazione 16 marzo 1999, n. 2315, su cui M. SESTA, *Fecondazione assistita. La Cassazione anticipa il legislatore*, in *Guida al diritto*, 1999.

<sup>25</sup> V. i casi affrontati dal Tribunale di Bologna e decisi con le ordinanze del 9 maggio 2000 e 26 giugno 2000, cit.

<sup>26</sup> Art. 14, comma terzo, legge n. 40/2004.

come, nel caso di specie, l'interruzione della convivenza e la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ma anche la già menzionata morte del partner maschile e pure il superamento dell' «età potenzialmente fertile» per la donna o il cambiamento di sesso di uno dei membri della coppia.

Mettendo da parte il percorso compiuto per addivenire a siffatto mutamento del contesto normativo generale ove si colloca attualmente l'art. 6 – che peraltro è stato ben ricostruito nella sentenza in esame<sup>27</sup> e analiticamente indagato dalla dottrina<sup>28</sup> – preme richiamare l'attenzione su altri passaggi attraverso i quali la Corte perviene a dichiarare infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., sostenendo che il bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti nella vicenda *de qua* «non supera la soglia di irragionevolezza»<sup>29</sup>.

Qualche perplessità suscita la peculiare qualificazione della questione che la Corte definisce «delicata» in quanto la norma censurata si collocherebbe «al limite di quelle che sono state definite “scelte tragiche”». Più precisamente, non è tanto la delicatezza della vicenda ad apparire a chi scrive inappropriata; la questione sottoposta al vaglio della Corte costituzionale è delicata anzitutto perché complessa, nel senso di coinvolgere più interessi anche contrapposti, ma è complicata altresì dalla connotazione etica che porta con sé e che rende ancor più scivoloso il confine del vaglio di costituzionalità spettante al giudice delle leggi. Discutibile ci sembra invece definire, sulla falsariga di una nota dottrina<sup>30</sup>, come tragiche quelle scelte «caratterizzate dall'impossibilità di soddisfare tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie», laddove invece, e pur contrariamente a quanto spesso si sostiene, il giudizio della Corte sul bilanciamento compiuto dal legislatore si conclude, «almeno di regola con la determinazione di un “ordine di precedenza”»<sup>31</sup>, sebbene non stabilito una volta per tutte ma limitatamente al contesto nel quale la decisione è destinata ad operare, di talché ci saranno comunque interessi coinvolti che subiranno una compressione (un non pieno soddisfacimento), la quale sarà ragionevole nella misura in cui superi il test di proporzionalità e in ogni caso non sia tale da annullarne il nucleo essenziale.

Pertanto, ed ammesso che «il sintagma “scelte tragiche” non sottenda sempre una visione economicistica dei diritti legata alla problematica della distribuzione di risorse scarse»<sup>32</sup>, esso andava meglio esplicitato, evidenziando come, in questo caso specifico, a differenza di quelli affrontati in altri precedenti giurisprudenziali richiamati (peraltro non sempre del tutto conferenti), la tragicità della scelta risiederebbe non tanto nel sacrificio imposto al singolo per fare il bene di tutti o dei più, ma nel fatto che uno degli interessi coinvolti subisca una limitazione tale da comprometterne irrimediabilmente il

<sup>27</sup> Punto 9.1 del Considerato in diritto.

<sup>28</sup> V. S. TALINI, *Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel “labirinto” della legge n. 40 del 2004*, in *ConsultaOnline*, 3, 2023, 887 ss.; F. COLELLA, *La non irragionevolezza della irrevocabilità del consenso dell'uomo alla PMA resiste alla prova dei mutamenti del quadro normativo e della sopravvenuta crisi della coppia*, in *Giurisprudenza italiana*, 10, 2023, 2028 ss.

<sup>29</sup> Punto 11.1 del Considerato in diritto.

<sup>30</sup> G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, 1978; trad. it. *Scelte tragiche* (1986), a cura di V. GREMBI e con una premessa di S. RODOTÀ, Milano, 2006.

<sup>31</sup> Così A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 108. Per ulteriori riflessioni sul bilanciamento e la regola del conflitto nelle vicende relative alla procreazione umana, sia consentito rinviare a M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 68 ss.

<sup>32</sup> Così S. NICCOLAI, *Una decisione di infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore? Scelte tragiche e tragiche non scelte in Corte cost. n. 161/2023*, in [Diritticomparati.it](https://www.diritticomparati.it).



pieno soddisfacimento, coinvolgendo il nucleo essenziale<sup>33</sup>. Anche in questa diversa accezione, il concetto di scelta tragica continuerebbe però a presentare punti oscuri, non solo per la nota difficoltà di definire quale sia il contenuto essenziale di un diritto fondamentale, insuscettibile di affievolimento, ma perché, più a monte, in questa vicenda la Corte non si è inoltrata in uno dei passaggi più spinosi, ma cruciali, di ogni esperienza procreativa, ovvero il chiarimento della natura e della portata degli interessi coinvolti. Essa si è limitata ad elencare tutti gli interessi confliggenti coinvolti («tali sono: la tutela della salute psicofisica della donna e la sua libertà di autodeterminazione a diventare madre; la libertà di autodeterminazione dell'uomo a non divenire padre; la dignità dell'embrione; i diritti del nato a seguito della PMA»<sup>34</sup>) senza precisare se ognuno di essi assurga al rango di interesse costituzionalmente fondato, quale ne sia la concreta portata (specie nel caso di conflitto tra autodeterminazione riproduttiva della donna e dell'uomo) e cosa si intende per dignità dell'embrione.

Per sostenere che la scelta del legislatore di rendere irrevocabile il consenso alla PMA dopo la fecondazione esprima, a tutt'oggi e nonostante il mutamento del quadro generale, un bilanciamento non irragionevole, la Corte ha operato alcune importanti precisazioni: anzitutto che, attesa la centralità del consenso nei procedimenti di PMA, quale atto funzionalmente orientato a fondare lo *status filiationis* del nato e non tanto riguardo al partner maschile della coppia ad autorizzare trattamenti medici sul proprio corpo<sup>35</sup>, la limitazione della libertà di autodeterminazione dell'uomo non è tale da costringerlo a diventare padre contro la sua attuale volontà. Egli, ha sottolineato la Corte, è stato reso edotto, per gli obblighi informativi che incombono sul personale medico, ai sensi del regolamento interministeriale di attuazione dell'art. 6. co. 3, legge n. 40/2004 (Decreto del Ministro della giustizia e del Ministro della salute 28 dicembre 2016, n. 265)<sup>36</sup>, della possibilità di ricorso alla crioconservazione, introdotta dalla giurisprudenza costituzionale in deroga al divieto legale, e quindi il padre era consapevole della possibilità che l'impianto potesse procrastinarsi anche dopo molto tempo dalla formazione dell'embrione. In effetti, pare difficile negare<sup>37</sup> che la normativa vigente non garantisca all'uomo di essere informato,

<sup>33</sup> Si parla espressamente di «totale vanificazione» di uno degli interessi in conflitto (ma in quel caso della aspirante madre) nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 aprile 2007, *Evans v. Regno Unito*, concernente una fattispecie molto simile a quella del giudizio *a quo* (revoca del consenso alla PMA e dunque opposizione all'impianto manifestata da parte del padre biologico dopo la fecondazione), segnata però, come rileva anche la Corte costituzionale, «dalla decisiva differenza che la revoca del consenso da parte dell'uomo è espressamente consentita (e quindi non può generare un affidamento della donna) dalla legge inglese (come del resto avviene anche in altri ordinamenti, quali quelli francese e austriaco) fino al momento dell'impianto dell'embrione». Punto 12.5 del Considerato in diritto.

La Consulta ha dichiarato non fondata anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, co., 3 sollevata in riferimento all'art. 117 Cost. e 8 CEDU, precisando appunto che in vicende come la PMA, che danno luogo a delicate questioni etiche e interessano aree in cui manca un consenso europeo, gli Stati contraenti hanno un più ampio margine di apprezzamento.

<sup>34</sup> Punto 9.2 del Considerato in diritto.

<sup>35</sup> Se è vero che il prelievo del liquido seminale non è necessariamente atto medico compiuto sul corpo dell'uomo, il consenso alla PMA per parte maschile non fuoriesce totalmente dall'orbita dei trattamenti medici e concerne in ogni caso l'utilizzo, ai fini procreativi, di proprio e peculiare materiale biologico.

<sup>36</sup> Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40.

<sup>37</sup> Ma criticamente sulla capacità di fornire adeguata informazione alla coppia nelle peculiari procedure di PMA, R. VILLANI, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita*, in *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di L. LENTI, M. MANTOVANI, Il, Milano, 2019, 310, il quale, tenuto conto del tipo e della mole di informazioni che devono essere

ma, al di là dei dubbi che molte volte investono la completezza e l'appropriatezza delle informazioni rese ai fini della sottoposizione ai trattamenti sanitari, v'è da sottolineare che, a maggior ragione nel caso specifico, proprio la polifunzionalità del consenso alle pratiche di PMA<sup>38</sup> dovrebbe indurre a prefigurare una informazione meglio appropriata a quel peculiare consenso e al contesto in cui opera, tenuto conto delle importanti responsabilità giuridiche che ne conseguono.

Come si è evidenziato in dottrina<sup>39</sup>, uno dei profili di maggiore interesse della sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale risiederebbe nella centralità del consenso in ordine all'attribuzione dello *status filiationis* al nato da PMA, tale per cui dalla lettura costituzionalmente orientata<sup>40</sup> delle disposizioni della legge n. 40 del 2004 si ricava «un "sistema" di attribuzione dello *status* "alternativo"» rispetto a quello che il Codice civile detta per la genitorialità naturale<sup>41</sup>. Ma soprattutto non si manca di evidenziare che «la "rivoluzione" apportata, quanto alla genitorialità, dalla p.m.a.» e che la Corte costituzionale avrebbe evidenziato anche nella precedente sentenza n. 127 del 2020, proprio per marcare la distinzione rispetto ai casi di procreazione naturale, non ha condotto a «lineari sviluppi», specie nel campo della genitorialità omosessuale, realizzata mediante ricorso all'estero, da parte di coppie omosessuali femminili, della PMA con donazione di seme o, da parte di coppia omosessuale maschile<sup>42</sup>, della diversa pratica della surrogazione di maternità. In effetti, sebbene nella decisione in commento non manchi il richiamo ad un caso di genitorialità da PMA di una coppia di donne unite civilmente (sent. 230/2020), pare difficile prefigurare e ammettere che ulteriori sviluppi normativi, i quali metterebbero al centro la responsabilità assunta con il consenso prestato a tecniche di PMA, possano compiersi, in un campo così intricato – qual è quello della genitorialità omosessuale, in cui emergono ulteriori interessi meritevoli di tutela – solo in via giurisprudenziale.

---

trasmesse alla coppia sostiene che il fine primario delle stesse sia non già l'informazione del paziente, quanto il desiderio del sanitario di prevenire eventuali proprie responsabilità, se non addirittura di dissuadere la coppia dall'accesso alle pratiche. Similmente F. CARLINO, *Fecondazione eterologa e dinamiche del consenso: disconoscimento di paternità e tutela dell'interesse del minore*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2018, 1195 ss.

<sup>38</sup> Cfr. F. CARLINO, *op. ult. cit.*, 1195.

<sup>39</sup> G. CASABURI, *L'irrevocabilità del consenso paterno alla p.m.a.*, cit.

<sup>40</sup> A ben vedere, anche (e non solo) con riferimento all'attribuzione dello *status filiationis* al nato da tecniche di PMA, non mancano in dottrina e giurisprudenza interpretazioni qualificate come costituzionalmente orientate, ma che, pur essendo animate dalle "migliori" intenzioni, suffragano interpretazioni ed applicazioni normative che vanno ben oltre il testo della legge e si risolvono quindi in vere e proprie disapplicazioni della legge.

<sup>41</sup> E ciò anche quando come rileva G. CASABURI, *op. loc. ult. cit.*, la nascita a mezzo di PMA è avvenuta violando talune disposizioni della medesima l. n. 40.

<sup>42</sup> Che è pratica che interessa anche coppie eterosessuali e non soltanto coppie omosessuali maschili. Non è questa la sede per inoltrarsi in più dettagliati approfondimenti sulla distinzione tra le varie pratiche, che pur non può essere trascurata. Al riguardo si rinvia, *ex plurimis*, a F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020.

#### 4. Autodeterminazione e responsabilità nei confronti del nato. Le vie del padre potrebbero non essere finite

Nella sentenza n. 161 del 2023 la Corte costituzionale ha rimarcato fortemente lo stretto legame intercorrente tra libertà di autodeterminazione riproduttiva, consenso alla PMA e responsabilità nei confronti del nato<sup>43</sup>, evidenziando così come le esigenze di certezza e stabilità dello *status filiationis*, che si consegue alla nascita ed è legato al consenso prestato dalla coppia ai sensi dell'art. 6, legge n. 40/2004, siano preminenti rispetto alla salvaguardia della mutata volontà paterna. L'accento posto sulla responsabilità, prima che sulla libertà, della donna e dell'uomo, rappresenta, ad avviso di chi scrive, il passaggio più convincente della decisione, non solo per le note difficoltà di inquadramento del diritto all'autodeterminazione – che, specie e a maggior ragione in ambito procreativo, dovrebbe declinarsi sempre come garanzia di spazi di autonomia *relazionale* –, ma perché ciò consente di uscire dalle strettoie e di evitare le contraddizioni che discendono dalla declinazione delle situazioni giuridiche soggettive di madre e padre in termini di diritti e persino assoluti.

Invero, occorre sottolineare come, nel caso di ripensamento tardivo della madre che abbia acconsentito alla PMA, la sua libertà di autodeterminazione riproduttiva, a differenza di quella del padre, non subisca alcun limite. In effetti, in qualsiasi procedimento di PMA (omologa o con donazione di gameti) la donna, pur avendo prestato il consenso informato ai sensi dell'art. 6, non incontra, prima dell'impianto, alcun limite sostanziale e temporale per la revoca del consenso, in quanto, a fronte del suo mutamento di volontà, quali che ne siano le ragioni, anche non strettamente sanitarie<sup>44</sup>, non si può imporre alcun impianto coattivo dell'embrione nel corpo della donna. Ed infatti è proprio il preminente coinvolgimento fisico (oltre che psichico) della donna a rendere profondamente asimmetrico il contributo del maschile e del femminile nei procedimenti procreativi<sup>45</sup> e questa asimmetria tra i sessi è rimarcata anche nella sentenza n. 161 del 2023, sebbene con alcune precisazioni e parallelismi che non persuadono pienamente.

A destare qualche perplessità non è certo il passaggio della decisione in cui la Corte ha giustificato, proprio alla luce del più forte e immancabile contributo del corpo femminile al processo procreativo, la ragionevole differenziazione tra madre e padre quanto alla revocabilità tardiva del consenso alla PMA, rigettando così la prospettata violazione del principio costituzionale di eguaglianza, quanto il successivo passaggio in cui ha rilevato che la responsabilità assunta dal padre con il consenso coinvolge non solo il nascituro (anzi precisamente il nato, se la gestazione dovesse concludersi con la nascita), ma anche la salute psico-fisica della madre e pertanto l'irrevocabilità del consenso appare pure a ciò

<sup>43</sup> Così G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., 101.

<sup>44</sup> Cfr. D. CARUSI, *In vita, «in vitro», in potenza. Verso una donazione dell'embrione soprannumerario?*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2, 2010, 341 ss.; e volendo anche M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in questa *Rivista*, 2, 2016, 183 ss.

<sup>45</sup> B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, II, 2011, 1677; EAD., *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 1, 2017, 195 ss.

funzionale<sup>46</sup>. In effetti, è senz'altro innegabile che in ogni processo procreativo, ma in particolare in quelli che si realizzano con tecniche di PMA, il corpo della donna subisca interventi invasivi, dolorosi e persino pericolosi per l'insorgenza di future patologie, e per questo non devono essere trascurate le ripercussioni negative che sul suo corpo può produrre l'interruzione del procedimento di PMA già intrapreso e al quale ella si è prestata facendo affidamento sul consenso prestato dal proprio partner; così come è altrettanto vero che il coinvolgimento della donna, proprio perché fisico oltre che emotivo, interessando quindi l'unità corpo-mente, è ben maggiore rispetto a quello dell'uomo, il cui contributo fisico nei procedimenti di PMA è certamente più limitato (se non proprio assente come nelle fecondazioni con donazione di seme), ma comunque da non trascurare, salvo, per questa via, pervenire a ridurre il coinvolgimento del maschile nella procreazione a mera "fornitura" di gameti. Ciò che lascia perplessi è che la Corte si sia premurata di precisare, al fine di ulteriormente rimarcare la non irragionevolezza delle limitazioni all'autodeterminazione dell'uomo, la rilevanza che, nel caso di specie, assume il diritto alla salute della donna «inteso come comprensivo anche della salute psichica», laddove invece questa dimensione della salute paterna è stata totalmente tralasciata nell'iter motivazionale, anche se – questo va ribadito – per un difetto di motivazione della ordinanza di rimessione.

Non persuade pienamente nemmeno il parallelismo con l'interruzione volontaria della gravidanza operata attraverso il richiamo alla giurisprudenza costituzionale<sup>47</sup>; se infatti, in quest'ultimo e specifico contesto, il disaccordo tra donna e uomo in ordine alla interruzione di una gravidanza e la limitazione della libertà di autodeterminazione di chi vuole diventare padre, nonostante il dissenso della madre, trova la sua giustificazione proprio nella necessaria mediazione del corpo della donna, che non può essere strumentalizzato contro la sua volontà per realizzare altrui progetti genitoriali, nel caso qui in esame, ove il dissenso riguarda l'impianto dell'embrione già formato *in vitro*, non ricorre alcuna strumentalizzazione del corpo femminile, essendo proprio (e soltanto) la donna intenzionata a realizzare il progetto riproduttivo e genitoriale. In altre parole, se il fulcro dell'attenzione rimane focalizzato solo sulla libertà di autodeterminazione riproduttiva di uomo e donna – che peraltro non sono esattamente simmetrici in ragione dell'asimmetria "naturalistica" dei due sessi nella procreazione – non si coglierebbe la non piena coincidenza, se non proprio la distanza, che intercorre, in punto di ragionevolezza delle limitazioni a tale libertà, tra una gravidanza "imposta" alla donna da un uomo che le nega l'aborto, e una gravidanza voluta dalla donna e che non può dirsi propriamente imposta all'uomo avendo questi prestato il consenso all'avvio del procedimento di PMA e, come ha sottolineato la Corte, essendo consapevole anche del possibile decorso del tempo prima dell'impianto e delle future responsabilità nei confronti del nato, ove la gestazione dovesse concludersi con la nascita.

Quest'ultima precisazione, in merito alla distinzione tra embrione e nato, ci conduce a rimarcare nuovamente le ben più gravi perplessità che suscita il richiamo alla dignità dell'embrione, e ciò non solo

---

<sup>46</sup> Punto 12.1 del Considerato in diritto: «L'irrevocabilità di tale consenso appare quindi funzionale a salvaguardare l'integrità psicofisica della donna – coinvolta, come si è visto, in misura ben maggiore rispetto all'uomo – dalle ripercussioni negative che su di lei produrrebbe l'interruzione del percorso intrapreso, quando questo è ormai giunto alla fecondazione».

<sup>47</sup> Corte costituzionale, ordinanza n. 389 del 1988.

per la difficoltà di declinare in concreto quel concetto, che certo si aggravano quando la dignità è riferita al non nato, ma perché, come si è prontamente rilevato in dottrina<sup>48</sup> in un commento della sentenza n. 161/2023, la dignità dell’embrione è stata richiamata dalla Consulta insieme al diritto alla salute fisica e psichica della madre. Come rilevato da Silvia Talini, quella «complementarietà» pare negare che la tutela dei diritti della donna possa di per sé giustificare il sacrificio dell’autodeterminazione paterna, sacrificio che invece avrebbe potuto trovare ulteriore giustificazione nei ben più chiari interessi facenti capo al nato, divenuto già persona, ove appunto all’impianto e alla gestazione dovesse seguire la nascita. Senza per questo negare l’esigenza di tutela costituzionale anche della vita nascente e non soltanto dei nati, sarebbe stato sufficiente ribadire, anche alla luce della giurisprudenza europea e convenzionale, che l’embrione in quanto «ha in sé il principio di vita»<sup>49</sup> non può essere ridotto a mero materiale biologico; il che comunque avrebbe aperto il “vaso di pandora” sul problematico destino degli embrioni (per varie ragioni<sup>50</sup>) crioconservati e non impiantati.

Al netto di tali rilievi critici, va ribadito che altri argomenti e altri passaggi dell’iter motivazionale della Corte costituzionale appaiono pienamente persuasivi: *in primis*, il più volte rimarcato legame tra libertà e responsabilità e, in particolare, l’accento posto sulla responsabilità dei genitori nei confronti del nato (che non è l’embrione), piuttosto che sui presunti diritti di chi aspira a diventare genitore. Tale orientamento è certamente coerente con quello che, con riferimento ad ogni forma di genitorialità, biologica o sociale, antepone i doveri<sup>51</sup> dei genitori nei confronti del nato ai diritti, di cui pur godono, ma che in ogni caso devono essere funzionalizzati al pieno sviluppo della personalità del minore.

Questa lettura della vicenda specifica anche alla luce del dettato dell’art. 30 della Costituzione, sui doveri e i diritti dei genitori, ci conduce ad esplorare, seppur sinteticamente, le possibili ricadute nella stessa di un principio sul quale la dottrina ha a lungo indugiato, quello della responsabilità per il solo fatto della procreazione. Come noto, questo principio, che secondo alcuni sarebbe di rango costituzionale<sup>52</sup>, può essere ricavato dal primo comma dell’art. 30 Cost., il quale però evidentemente non poteva che riferirsi alla procreazione naturale, chiamando i padri, e in particolare quelli che avessero generato fuori dal matrimonio con la madre, alle loro responsabilità nei confronti del nato. Ma, come messo in luce da una attenta costituzionalista<sup>53</sup>, l’interpretazione dell’art. 30 della Costituzione e partitamente

<sup>48</sup> S. TALINI, *Diritto all’impianto e revoca del consenso del padre*, cit., 895-6.

<sup>49</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 84 del 2016, cit.; ma cfr. altresì Corte di giustizia dell’Unione europea, Grande Sezione sentenza 18 ottobre 2011, *Brüstle contro Greenpeace*; Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza 27 agosto 2015, *Parrillo contro Italia*.

<sup>50</sup> Sulla eterogenea categoria degli embrioni non portati all’impianto, si rinvia nuovamente a M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, cit.; e F. MEOLA, *Sugli embrioni sospesi*, in questa *Rivista*, 1, 2023, 279 ss.

<sup>51</sup> C. COSSU, *Potestà dei genitori*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, XIV, Torino, 1996, 118; B. LIBERALI, *(Prima) il dovere e (poi) il diritto: alla ricerca degli ‘ossimori costituzionali’ nella cura dei figli*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2018.

<sup>52</sup> M. BESSONE, *Articoli 30-31*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1976, 86 ss. Diversamente per E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell’art. 30, quarto comma, della Costituzione*, Padova, 1998, 11 ss., la responsabilità per il solo fatto della procreazione non è un principio di rango costituzionale, ma un «principio soltanto compatibile con la Costituzione, la quale tuttavia rimane aperta a soluzioni legislative diverse e anche opposte al principio».

<sup>53</sup> E. LAMARQUE, *Articolo 30*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, I, 2006, 626 ss.

dei commi di cui si compone è stata, nel corso del tempo, davvero peculiare: il primo comma, nella parte in cui sancisce l'eguale responsabilità dei genitori nei confronti di qualsiasi figlio, è divenuto il fulcro dell'intera disciplina sulla filiazione relegando in un cono d'ombra i commi terzo e quarto, ovvero la clausola di compatibilità e la riserva di legge sulle norme e sui limiti per la ricerca della paternità. Quello che era stato l'originario intento perseguito dai Costituenti<sup>54</sup>, cioè assicurare adeguata tutela anche ai figli nati fuori dal matrimonio dei genitori, ma compatibilmente con la tutela dei membri della famiglia legittima, si è trasformato nel corso del tempo, specie per il mutato clima culturale di riferimento; a partire dalla seconda metà degli anni Sessanta l'obiettivo di politica legislativa perseguito è stato quello di superare il *favor legitimatis*, cioè la verità legale, che era preordinata a conservare la unità della famiglia legittima, per fare spazio alla verità biologica. Ed infatti, negli sviluppi legislativi del dettato costituzionale il *favor veritatis* ha assunto progressivamente valore preminente, anche se non assoluto, in quanto dovrà valutarsi sempre se esso corrisponda al miglior interesse del minore<sup>55</sup>. Al riguardo però si condivide l'ammonimento di quella dottrina dapprima richiamata<sup>56</sup> a interpretare sistematicamente l'art. 30 Cost., nel rispetto del testo di ogni disposizione, giacché il fine costituzionalmente rilevante e preminente di garantire al nato, a prescindere dalle condizioni di nascita, la presenza di genitori che si curino della sua crescita, può essere perseguito anche senza superare la lettera del quarto comma. Quest'ultimo ben può essere interpretato, senza stravolgere il testo, nel senso di consentire al legislatore di configurare una paternità biologica a cui non corrispondano obblighi di cura nei confronti del nato, se e soltanto se ciò assicuri il miglior interesse del minore<sup>57</sup>. Il che infatti è quanto il legislatore del 2004 ha previsto nei casi di fecondazione eterologa<sup>58</sup>, precisando tanto che il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi, quanto che il coniuge o convivente della donna, il quale abbia assieme alla stessa prestato il consenso informato alla PMA, non possa disconoscere il nato, benché non figlio biologico.

Se si condivide questo assunto e pur consapevoli, da un lato, che le garanzie costituzionali di cui all'art. 30 Cost. sono rivolte ai figli, anche se nati fuori dal matrimonio, concepiti mediante rapporti sessuali e, dall'altro lato, che i più scottanti problemi sullo *status filiationis* posti dalle tecniche di PMA riguardano le ipotesi in cui vi è dissociazione tra genitore biologico, sociale e madre gestante, occorre verificare se, anche con riferimento alle tecniche di fecondazione omologa, nei casi in cui l'impianto avvenga a distanza di molto tempo dal consenso originariamente prestato e nel frattempo sia venuto meno il legame di coppia, il padre biologico possa (ove lo vuole) non riconoscere il figlio, prefigurandosi così una genitorialità biologica a cui non corrispondono responsabilità giuridiche. Rispetto ad una simile

<sup>54</sup> Tanto il terzo, quanto il quarto comma dell'articolo 30 Cost. erano stati votati dalla maggioranza dei Costituenti (il quarto peraltro senz'alcuna discussione) con l'intento di specificare la portata del primo comma e di temperarne il rigore.

<sup>55</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 272/2017 e 127/2020. In dottrina *ex plurimis* G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 15 febbraio 2018.

<sup>56</sup> E. LAMARQUE, *op. loc. ult. cit.*, ma più ampiamente EAD., *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità.*, cit., 11 ss.

<sup>57</sup> E. LAMARQUE, *Le norme*, cit., 50 ss., e in part. 63-4.

<sup>58</sup> E. LAMARQUE, *Disconoscimento di paternità e procreazione medicalmente assistita*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 369.

soluzione se, per un verso, si può obiettare che in questo caso, a differenza di altri, non vi sarebbe un altro genitore che possa (e presumibilmente anche meglio del padre biologico) condividere con la madre la responsabilità genitoriale, per altro verso, va considerato che ciò consentirebbe di non interrompere il trattamento di PMA già avviato e di non frustrare tanto l'aspettativa di maternità della madre quanto quella alla vita dell'embrione, senza per questo sacrificare del tutto la libertà di autodeterminazione dell'uomo. Ed in effetti è proprio questo il percorso che la Corte costituzionale pare suggerire al legislatore, alla luce anche di esperienze maturate in altri ordinamenti<sup>59</sup>.

Come si è fatto notare, negli ultimi passaggi della sentenza n. 161 del 2023, laddove appunto si profila l'anzidetta evoluzione legislativa, traspare un certo «imbarazzo»<sup>60</sup> o «una sorta di esitazione»<sup>61</sup> dei giudici costituzionali; a ben vedere, più che un'esitazione, tali passaggi rivelano forse una qualche contraddizione con quelli precedenti: se infatti in quelli si è sostenuta la non irragionevolezza del bilanciamento “cristallizzato” nella legge n. 40 del 2004 con riguardo alla irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione, ora invece pare palesarsi che il sacrificio alla libertà di autodeterminazione dell'uomo sia, nelle circostanze del caso, eccessivo e perciò irragionevole in quanto sproporzionato. Tuttavia, va anche detto che la Corte costituzionale non sarebbe potuta, a nostro avviso, pervenire ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma dubitata, ma non nella parte in cui non prevede un termine per la revoca del consenso (questo il *petitum* del rimettente), bensì nella parte in cui non prevede la possibilità per l'uomo contrario all'impianto di non riconoscere il figlio. E ciò non solo perché non era questo il verso dell'addizione, ma in quanto ciò avrebbe significato adottare una decisione fortemente manipolativa in un campo che la Costituzione assegna alla discrezionalità del legislatore, in quanto, come già precisato, l'art. 30, co. 4., Cost. affida alla legge il compito di dettare norme e limiti per la ricerca della paternità.

Cosa resta dunque del padre? Si può pensare e sostenere che la sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale contribuisca a rendere ancor più odiosa, e questa volta sul versante maschile, la legislazione italiana sulla PMA? Provando a rimanere fedeli a quanto avvertito in premessa, scindendo quindi il giudizio da ogni valutazione extragiuridica, va detto che, nel caso di specie, ove mai all'impianto e alla gestazione dovesse far seguito la nascita del “figlio conteso”, a diritto vigente non paiono esservi le condizioni per il padre biologico che ha prestato il consenso alla PMA di sottrarsi dalle responsabilità nei confronti del nato. Il che fa sì che lo stesso non possa né essere assimilato ad un donatore anonimo, né che il suo contributo alla procreazione possa essere riduttivamente inteso come mera fornitura di gameti. Sebbene, come tristemente noto, la responsabilità *giuridica* dei genitori versi i figli non assi-

<sup>59</sup> La Corte costituzionale italiana, nel prefigurare diversi sviluppi legislativi – che consentano la prosecuzione del trattamento di PMA nonostante il dissenso del padre all'impianto, senza per questo sacrificarne eccessivamente la sua libertà di autodeterminazione a non diventare padre – ha richiamato due decisioni di Corti costituzionali straniere: la recente sentenza della Corte costituzionale della Colombia, 13 ottobre 2022, T-357/22; e la più risalente sentenza della Corte Suprema di Israele, 12 settembre 1996, *Nahmani contro Nahmani*; su quest'ultima v. E. GRASSO, *Il tempo del consenso: alcune riflessioni comparative sul diritto all'impianto dell'embrione crioconservato e conteso*, in *Politica del diritto*, 2021, 506 ss.

<sup>60</sup> S. TALINI, *op. cit.*, 894.

<sup>61</sup> G. CASABURI, *op. loc. ult. cit.*

cura affatto affetto e cura, che dovrebbero essere l'interesse preminente del minore, nemmeno sembra da trascurare la portata che nel corso del tempo è venuta assumendo, sul piano giuridico, la responsabilità di chi ha contribuito alla procreazione<sup>62</sup>.

Va ribadito però che quanto appena detto, e con riferimento specifico alle tecniche di PMA, è da intendersi *de iure condito*. Infatti, anche in questa vicenda, volendo riprendere le parole del compianto Jörg Luther<sup>63</sup>, le vie del padre potrebbero non essere finite. *De iure condendo* non si vedono preminenti ostacoli a che il legislatore modifichi la disciplina sul consenso informato alla PMA, prevedendo casi e condizioni in cui alla mutata volontà del padre biologico possa far seguito la prosecuzione del trattamento di PMA ma non la sua responsabilità genitoriale. Nel regolare ciò, però il legislatore dovrebbe premurarsi, da un lato, di garantire l'anonimato (sopravvenuto...) dell'ex coniuge o convivente, e dall'altro lato, dovrebbe per coerenza aprire il ricorso alla fecondazione assistita con donazione di seme alle donne single<sup>64</sup>. Simili innovazioni, che richiederanno quindi l'adozione di una regolamentazione adeguata a garantire i vari interessi coinvolti – ed è noto che anche incisive sentenze della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004 siano oggi prive, anche del tutto, di adeguato seguito legislativo –, consentirebbero di conferire maggiore coerenza all'impianto ordinamentale. Sebbene nella sentenza n. 161 del 2023, la Corte abbia sostenuto che l'irrevocabilità del consenso del padre dopo la fecondazione mantenga «un non insufficiente grado di coerenza anche nel nuovo contesto ordinamentale risultante dagli interventi»<sup>65</sup> della giurisprudenza costituzionale, molti altri passaggi della motivazione contribuiscono a confermare quanto da tempo rilevato dalla migliore dottrina, ovvero lo sfaldamento, quasi complessivo, della appunto oramai ex legge n. 40 del 2004<sup>66</sup> e l'urgenza di una nuova legislazione organica che, si spera però, possa far tesoro della triste esperienza maturata sotto la sua vigenza.

---

<sup>62</sup> Sulla dimensione relazionale divenuta preminente anche sul piano giuridico, v. E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore. La prospettiva relazionale*, Napoli, 2019.

<sup>63</sup> J. LUTHER, *Le vie del padre non sono finite*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, 1721 ss.

<sup>64</sup> In tal senso anche S. TALINI, *op. cit.*; F. ANGELINI, *op. cit.*, 160 ss.

<sup>65</sup> Punto 13 del Considerato in diritto.

<sup>66</sup> Così esplicitamente A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 997 ss.; ma similmente anche F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, 459.