

20 SETTEMBRE 2023

La Corte costituzionale di fronte ad
una nuova “scelta tragica”:
l’irrevocabilità del consenso a diventare
padre con la PMA (nota a Corte cost.,
sent. n. 161 del 2023)

di Elisabetta Crivelli

Professoressa associata di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano



La Corte costituzionale di fronte ad una nuova “scelta tragica”: l’irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sent. n. 161 del 2023)*

di Elisabetta Crivelli

Professoressa associata di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano

Abstract [It]: Con la sentenza n. 161 del 2023, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla norma della legge n. 40 del 2004 che stabilisce l’irretrattabilità del consenso dell’uomo alla PMA dopo la fecondazione dell’ovulo; tale norma rende possibile, per effetto della crioconservazione, la richiesta dell’impianto degli embrioni non solo a distanza di tempo, ma anche quando sia venuto meno l’originario progetto di coppia. La Corte si è trovata di fronte ad una “scelta tragica”, per l’inconciliabilità degli interessi contrapposti, e ha fatto prevalere la tutela della salute psicofisica della donna, la sua libertà di autodeterminazione a diventare madre e la dignità dell’embrione, mentre è stato totalmente sacrificato il contrapposto interesse, cioè quello dell’uomo a non diventare padre contro la sua attuale volontà. La sentenza precisa che la ricerca di un eventuale diverso punto di equilibrio tra le opposte esigenze spetta al legislatore: il contributo ricostruisce altre più convincenti soluzioni, già esistenti nel quadro comparato normativo e giurisprudenziale, che potrebbero essere adottate dal Parlamento italiano.

Title: Constitutional Court faced with a new “tragic choice”: the irrevocability of the consent to become father with MAR (Constitutional Court, judgment. n. 161/2023)

Abstract [En]: Constitutional Court judgment no. 161 of 2023 ruled on the question on law no. 40 of 2004 as whether it is constitutional the irretractability of the man’s consent to MAR after the fertilization of the egg; as a result of cryopreservation, it is nowadays possible to request the implantation of embryos not only after some time, but also in the event of a breakdown in the couple’s relationship. The Court faced with a “tragic choice”, and held that the interest of self-determination to become mother and the dignity of the embryo have to prevail; the interest of the man not to become father against his current will was totally dismissed. The search for a different point of balance between the opposed interests is up to the legislator: the paper recalls other solutions, already existing in the comparative framework both at a jurisprudential and regulatory level, which should be adopted by Italian Parliament.

Parole chiave: Corte costituzionale, consenso informato alla PMA, scelta tragica

Keywords: Constitutional court, consent to the Medically Assisted Reproduction, tragic choice

Sommario: 1. Le ragioni di interesse per la sentenza n. 161 del 2023. 2. La questione sottoposta alla Corte. 3. La modifica del contesto normativo a seguito delle sentenze nn. 151 del 2009 e 96 del 2015. 4. Altre “scelte tragiche” nella giurisprudenza costituzionale. 5. La conclusione della Corte: la non irragionevolezza dell’irrevocabilità del consenso dell’uomo. 6. Alcune soluzioni normative e giurisprudenziali di diritto comparato e la necessità di una riscrittura, in via legislativa, dell’attuale disciplina.

* Articolo sottoposto a referendum.

1. Le ragioni di interesse per la sentenza n. 161 del 2023

La sentenza n. 161 del 2023¹, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione relativa all'art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004² che stabilisce, nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, l'irrevocabilità del consenso dell'uomo dopo la fecondazione dell'ovulo³, è una decisione di rilievo per almeno due ragioni.

In primo luogo, essa esemplifica uno di quei casi in cui la Corte si è trovata di fronte ad una “scelta tragica”, caratterizzata cioè dall'impossibilità di soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti nella fattispecie: hanno prevalso, come si vedrà, la tutela della salute psicofisica della donna, la sua libertà di autodeterminazione a diventare madre e la dignità dell'embrione, mentre è stato totalmente sacrificato il contrapposto interesse, cioè quello dell'uomo a non diventare padre contro la sua attuale volontà.

La complessità del “dilemma” si deve al contesto normativo in cui si trova ad operare oggi la norma censurata, che risulta profondamente diverso da quello definito originariamente dalla legge n. 40 del 2004: alcuni importanti interventi della Corte hanno di fatto invertito il rapporto regola-eccezione relativo al divieto di crioconservazione degli embrioni impostato dal legislatore e consentono oggi una dissociazione temporale significativa tra il momento del consenso prestato alla PMA e il momento in cui avviene il trasferimento in utero dell'embrione⁴.

Così, nella vicenda che si annota, la richiesta dell'impianto veniva avanzata non solo ad una considerevole distanza di tempo, cioè a quasi tre anni dal congelamento dell'ovulo, ma essendo venuto meno l'originario progetto di coppia, a seguito del divorzio dei coniugi.

In secondo luogo, la sentenza è interessante perché il giudice costituzionale ha ritenuto non irragionevole la regola che cristallizza il consenso dell'uomo al momento della fecondazione dell'ovulo, ma ha lasciato altresì aperta la possibilità che il Parlamento adotti altre soluzioni, già esistenti nel quadro comparato sia

¹ Più precisamente, come si esaminerà nel quinto paragrafo, la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione relativa all'art. 6, comma 3, della l. n. 40 del 2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), rispetto al denunciato contrasto con gli artt. 13, comma 1 e 32, comma 2, della Costituzione, per omessa motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza dei prospettati dubbi di incostituzionalità.

La Corte costituzionale ha altresì dichiarato l'infondatezza delle ulteriori questioni di legittimità della medesima norma, sollevate dal Tribunale di Roma, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 117, comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu.

² Per un inquadramento generale della legge n. 40 del 2004 cfr. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, 2017, Milano; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; P. BRUNESE, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Napoli, 2022.

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

⁴ Cfr. in particolare Corte cost., sent. n. 151 del 2009 e sent. n. 96 del 2015, su cui *amplius* il § 3.

a livello giurisprudenziale che normativo, di cui daremo conto nel presente scritto: questa ricognizione comparatistica consentirà di riflettere non solo sulla possibilità, ma sulla *necessità* che il Parlamento ricerchi un bilanciamento diverso da quello scaturito dalla sentenza in esame, alla ricerca di una soluzione che, usando le parole di Gustavo Zagrebelsky, sia “comprensiva di tutte le ragioni che possono rivendicare buoni principi a loro favore”⁵.

La sentenza n. 161 del 2023, pur solidamente argomentata, rischia infatti di produrre delle conseguenze opinabili⁶, contrarie a quell’esigenza evocata da Calamandrei di giudicare e comprendere le vicende umane “non solo con la ragione, ma anche con il sentimento”⁷.

2. La questione sottoposta alla Corte

Con ordinanza del 5 giugno 2022 il Tribunale ordinario di Roma ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 13, primo comma, 32, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 8 della Cedu – questione di legittimità costituzionale dell’art. 6, comma 3, ultimo periodo, della legge n. 40 del 2004.

Il comma 3 del censurato articolo 6 disciplina il consenso informato all’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita prevedendo, al primo periodo, che la volontà di entrambi i soggetti (coppia di coniugi o conviventi) di accedere a tali tecniche deve essere espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura; il secondo periodo stabilisce che tra la manifestazione della volontà e l’applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a

⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino 1992, p. 168. Le riflessioni del giurista si riferivano in particolare al conflitto tra legalità ed affettività che aveva interessato, a metà degli anni ottanta, alcuni comportamenti che avevano aggirato fraudolentemente le norme sull’adozione dei minori, evidenziando una frattura tra gli interventi dei giudici minorili e il sentire della comunità.

Paradigmatica la vicenda della bambina Serena Cruz che pose allora per la prima volta il problema del diritto del minore alla continuità degli affetti, anche nell’ipotesi in cui il legame affettivo sia stato instaurato in violazione delle norme di legge. Serena Cruz era una bambina di origine filippina, che venne irregolarmente adottata da due coniugi italiani (il marito, in particolare, aveva falsamente dichiarato di essere il padre della bambina, millantando una relazione extraconiugale con una donna filippina) e che per tali motivi venne allontanata e data in adozione ad un’altra famiglia: cfr. la Corte di Appello di Torino, 31 gennaio 1989, in *Giur. it.*, 1989, I, p. 2.

I giudici, difendendo la posizione di più rigoroso rispetto della legge, osservarono “questa Corte si rende conto che togliere una bambina da una famiglia nella quale è inserita da un anno (e sulla positività di tale inserimento vi sono negli atti riscontri autorevoli di medici e psicologi) costituisce un trauma assai grave. Ma ci sono esigenze di rispetto della legge che sono imposte dalla tutela di interessi pubblici assolutamente preminenti e che il giudice deve, sia pure con sofferenza, garantire”.

Per G. ZAGREBELSKY la decisione dei giudici nel caso *Serena Cruz* aveva fatto sì che “per la protezione di tanti bimbi si è ammesso il pericolo per il bene di una bambina”, *ult. cit.*, p. 198.

⁶ Cfr. V. ZAGREBELSKY, che rileva come in tale sentenza la Corte “ha svolto considerazioni tanto delicate e giustificate, quanto nelle conclusioni opinabili”, in *Il giusto equilibrio tra Parlamento e Giustizia*, in *La Stampa*, 29 luglio 2023.

⁷ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia: conferenze tenute alla Facoltà di Diritto dell’Università Nazionale del Messico*, Padova, 1954, p. 91 ss.

sette giorni; ed infine, l'ultimo periodo, che è quello oggetto del dubbio di costituzionalità, precisa che la volontà "può essere revocata da ciascuno dei soggetti ... fino al momento della fecondazione dell'ovulo". Va innanzitutto osservato che il termine non inferiore a sette giorni tra la prestazione del consenso e l'impianto dell'embrione aveva una sua indubbia logica nel 2004, all'epoca dell'entrata in vigore della legge n. 40: i pochi giorni che dovevano intercorrere tra la manifestazione di volontà e l'impianto erano funzionali ad esercitare il diritto di ripensamento dei richiedenti, ma costituivano un lasso di tempo comunque breve, che difficilmente avrebbe potuto essere interessato dalla disgregazione del progetto genitoriale.

Disgregazione che, al contrario, connotava la fattispecie oggetto dell'ordinanza di rinvio: le questioni, infatti, sono sorte nel corso del giudizio instaurato, ai sensi dell'art. 702-bis c.p.c, da una donna affinché la struttura sanitaria presso la quale aveva intrapreso il percorso di PMA, fosse condannata al congelamento dell'embrione crioconservato e al suo impianto.

Il giudice *a quo* ritiene che la norma denunciata, non prevedendo un termine per la revoca del consenso successivamente alla fecondazione e consentendo alla donna di ottenere l'impianto dopo un considerevole arco di tempo, malgrado il sopravvenuto dissenso dell'uomo, violerebbe il diritto di quest'ultimo alla sua autodeterminazione in ordine alla scelta di diventare padre e lo costringerebbe "a diventare genitore contro la sua volontà".

L'irrevocabilità del consenso lederebbe pure gli artt. 3 e 13, primo comma, Cost.: in particolare, il profilo dell'eguaglianza sarebbe violato perché la norma denunciata sacrificerebbe la libertà individuale di una sola delle parti, l'uomo, essendo impensabile imporre alla donna, anche dopo avere prestato il proprio consenso, il trasferimento in utero dell'embrione.

Il giudice remittente ricorda infatti che la giurisprudenza costituzionale, pur riconoscendo l'esistenza di una "dignità dell'embrione" da tutelare, non ha configurato in capo all'embrione il diritto a nascere, antecedente alla venuta ad esistenza del soggetto che ne sarebbe titolare⁸.

Da ultimo, si invoca la violazione dell'art. 32 Cost. in quanto la norma censurata assoggetterebbe l'uomo a un trattamento sanitario obbligatorio.

Il giudice *a quo* precisa di non poter superare i dubbi di legittimità costituzionale mediante un'interpretazione adeguatrice, sia per la chiarezza del tenore letterale della norma denunciata, sia per l'orientamento della giurisprudenza di merito, che in fattispecie analoghe, aveva ordinato di procedere all'impianto degli embrioni crioconservati⁹.

⁸ Cfr. l'ordinanza del tribunale di Roma del 5 giugno 2022, pubblicata sulla G. U. n. 46, prima serie speciale del 2022.

⁹ Il riferimento è in particolare al Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, ord. 11 ottobre 2020 e ord. collegiale 27 gennaio 2021 (quest'ultima resa in reclamo avverso alla prima) pubblicata in *Riv. Dir. fam. pers.*, n. 3 del 2021, commentate criticamente da 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*, n. 2/2021, p. 443 ss.; cfr. anche A. SCARPA, *Crisi della coppia e revoca della*

La complessa delicatezza della questione posta alla Corte viene confermata dalla posizione processuale assunta dalla struttura medica a cui si era rivolta la coppia: infatti, sarebbe stato logico attendersi che essa avesse un interesse, quantomeno economico, a sostenere le ragioni della donna e consentire la conclusione del trattamento della PMA.

Invece, già nel giudizio in via principale, si era opposta all'accoglimento della domanda della donna e, in via subordinata, aveva chiesto che le venisse ordinato di consegnare l'embrione ad un'altra struttura, individuata dalla ricorrente.

Anche nel processo costituzionale, essa si era costituita chiedendo l'accoglimento delle questioni di costituzionalità o il loro rigetto, con una sentenza interpretativa.

Tale strategia processuale sembra inquadrabile in un fenomeno ormai diffuso, ovvero la cd. medicina difensiva, che aspira a minimizzare il rischio di contenziosi legali futuri¹⁰. Più esattamente, si parla di medicina difensiva “positiva”, quando i medici prescrivono visite o esami superflui e di medicina difensiva “negativa”, quando, come nel nostro caso, gli stessi medici si rifiutano di curare pazienti ad alto rischio o escludono aprioristicamente prestazioni rischiose: in realtà, nella vicenda in commento, il rischio per la struttura non era tanto di tipo medico, quanto di essere esposta a richieste risarcitorie, sia nel caso avesse deciso di ignorare la revoca del consenso dell'uomo, sia nel caso opposto.

In conclusione, il posizionamento processuale della struttura medica, nella sua apparente illogicità, chiama in causa la necessità di un intervento chiarificatore del legislatore.

3. La modifica del contesto normativo a seguito delle sentenze nn. 151 del 2009 e 96 del 2015

Come si è accennato nella parte introduttiva, la complessità della valutazione chiesta alla Corte si lega al contesto profondamente diverso in cui la norma impugnata si trova ad operare rispetto a quello definito inizialmente dal legislatore: l'assetto normativo del 2004, discutibile nelle scelte di fondo, ma coerente, è stato via via smantellato da alcuni interventi della Corte costituzionale che hanno mitigato il rigore dell'iniziale generale divieto di crioconservazione degli embrioni.

volontà di accesso alla procreazione medicalmente assistita (nota a Trib. S. M. Capua Vetere, 11 ottobre 2020), in Giustizia insieme, 7 giugno 2021 e S. P. PERRINO, L'utilizzo degli embrioni crioconservati dopo la separazione coniugale, in giustiziacivile.com, 6 aprile 2021.

Il tribunale campano aveva statuito che dopo la fecondazione dell'ovulo, l'art. 6, comma 3 della legge 40 del 2004 “non ammette più la revoca del consenso alla procreazione assistita e l'art. 8 attribuisce a siffatta volontà — irrevocabile — funzione determinativa della maternità, della paternità e dello status di figlio”.

Anche il Tribunale ordinario di Perugia, nell'ordinanza del 28 novembre 2020, ha affermato che la revoca del consenso, prestato dal marito per la PMA è irrilevante se intervenuta successivamente alla fecondazione dell'ovulo, pur se a seguito della notificazione, da parte della moglie, del ricorso per la separazione giudiziale.

¹⁰ Su tale fenomeno cfr. L. MINNITI, *Medicina difensiva e responsabilità civile sanitaria. Quali prospettive tra scelte giurisprudenziali e opzioni legislative*, in *Questione giustizia*, 25 novembre 2015.

La prima sentenza che scardina la rigidità del divieto è la n. 151 del 2009, a seguito della quale nasce l'esigenza di congelare gli embrioni prodotti, ma non impiantati, per evitare un pregiudizio alla salute della donna: in quella pronuncia la Corte aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto degli embrioni fecondati, in numero comunque non superiore a tre, in violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost. e del diritto alla salute della donna ed eventualmente del feto, ad esso connesso, riconosciuto dall'art. 32 Cost.¹¹.

La seconda importante deroga è stata introdotta con la sentenza n. 96 del 2015¹², che ha dichiarato incostituzionale il divieto di accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche, contenuto nella legge n. 40 del 2004: dal momento che i tempi della diagnosi preimpianto risultano incompatibili con il breve arco temporale in cui è possibile impiantare gli embrioni senza congelarli, di fatto anche questa sentenza ha contribuito a rovesciare il rapporto tra la regola, consistente nell'uso di tecniche di impianto "a fresco" e l'eccezione, relativa alla possibilità di creare embrioni non portati alla nascita¹³.

In definitiva, è stata la giurisprudenza costituzionale a determinare l'espansione della tecnica della crioconservazione e la conseguente possibilità di una significativa dissociazione temporale tra il consenso prestato alla PMA e il trasferimento in utero dell'embrione, anche quando *medio tempore* è dichiaratamente e irreversibilmente venuto meno il comune progetto di genitorialità.

¹¹ La Corte ha pertanto dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna: a commento della sentenza n. 151 del 2009 cfr. F. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. Dir. Civ.*, n.4/2011, p. 10459 ss.; L. D'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre*, in *Dir. Fam.*, n.3/2009, p. 1021 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. Cost.*, n.3/2009, p. 1688 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che vale più la pena di difendere?»*, in *Giur. Cost.*, n.3/2009, p. 1696 ss.; M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene con autorevolezza sul trasferimento di embrioni e tutela della salute della donna*, in *Fam. Dir.*, n.8-9/2009, p. 764.

¹² A commento della sentenza n. 96 del 2015 si vedano I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 novembre 2015, in www.forumcostituzionale.it, 2015; G. FERRANDO, *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, p. 165 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 *Diritti comparati*, 11 giugno 2015, in www.diritticomparati.it, 2015; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 16 luglio 2015, in www.costituzionalismo.it, 2016; F. VIGANÒ, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiusa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in www.penale.contemporaneo.it, 2015.

¹³ Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, cons. dir. n. 9.2.

4. Altre “scelte tragiche” nella giurisprudenza costituzionale

Nel valutare la compatibilità costituzionale della norma che stabilisce l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo, la Corte è consapevole di trovarsi “al limite di quelle che sono state definite «scelte tragiche»¹⁴”, utilizzando un'espressione sulla quale vale la pena soffermarsi.

Si tratta di una formula nota fin dagli anni settanta, quando Guido Calabresi e Peter Bobbit, in un volume intitolato appunto *Tragic choices*, avevano riflettuto intorno alle scelte allocative di fronte alla scarsità delle risorse, in particolare nel campo della medicina, quando un numero eccessivo di individui necessitano di strumentazioni cliniche per sopravvivere¹⁵.

Anche la Corte costituzionale ha fornito un'efficace sintesi di vicende in cui appare impossibile un bilanciamento degli interessi contrapposti, chiarendo che “l'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri”¹⁶, come affermato in tema di diritto all'indennizzo in caso di danno alla salute patito in conseguenza della sottoposizione a vaccinazioni obbligatorie.

Un altro riferimento più recente si rinviene nella sentenza n. 84 del 2016, particolarmente interessante perché chiamata a pronunciarsi su alcuni profili della legge n. 40 del 2004, ed in particolare sul divieto di ricerca clinica e sperimentale sull'embrione non finalizzata alla tutela dello stesso.

In quella pronuncia la Corte disse di trovarsi di fronte ad una scelta tragica, stretta tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica, ma dichiarò la questione inammissibile riconoscendo che la linea di composizione tra gli opposti interessi doveva spettare al legislatore¹⁷.

¹⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, cons. dir. n. 9.2.

¹⁵ Si chiedevano, ad esempio, a chi assicurare la dialisi, tra i tantissimi nefropatici? Con quale criterio selezionare il cardiopatico al quale trapiantare il cuore?: cfr. P. BOBBIT e G. CALABRESI, *Scelte tragiche. Giuristi stranieri di oggi*, traduzioni di C. Mazzoni e V. Varano, Milano, 1986.

¹⁶ Cfr. Corte cost. 118 del 1996, cons. dir. n. 4. La sentenza è annotata da A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. cost.*, n.5/1996, p. 3209.

¹⁷ A commento della sent. n. 84 del 2016 cfr. B. BRANCATI, *Il complesso rapporto tra il giudice costituzionale e il dibattito extra-giuridico, in relazione al problema della ricerca scientifica sugli embrioni*, in *Consultaonline*, 2016; A. COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca degli embrioni*, in *Giur. cost.*, n.2/2016, p. 763 ss.; V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

Si ricordi che la Corte europea dei diritti dell'uomo si era pronunciata pochi mesi prima sul divieto di donazione degli embrioni alla ricerca scientifica: cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Parrillo c. Italia*, Grande Camera, 27 agosto 2015, ric. n. 46470/11 che aveva stabilito che il divieto di donare embrioni alla scienza, ricavabile dall'art. 13 della L. 40/2004, non viola i diritti tutelati dagli artt. 8 e 1 del Protocollo 1 Cedu.

Per un commento alla sentenza, cfr. V. ZAGREBELSKY, *“Parrillo c. Italia”. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 3/2015, p. 609 ss.; in particolare sull'eccezione di irricevibilità formulata dal Governo italiano sul mancato previo esaurimento dei rimedi interni (§. 87-105) cfr. B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le “sentenze gemelle” (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 3/2015, p. 617 ss.; M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice “unico” dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in *Forum di Quad. cost.*, 29 settembre 2015.

La sent. n. 84 del 2016 aveva ad oggetto una seconda questione di costituzionalità, che qui rileva perché in parte analoga a quella oggetto della sentenza in commento: infatti, il giudice *a quo* dubitava anche della previsione che fissa l'irrevocabilità del consenso al trattamento di PMA dopo la fecondazione dell'ovocita, perché avrebbe violato il principio regolativo del rapporto medico/paziente, allorquando il paziente fosse stato espropriato della possibilità di revocare l'assenso al medico di eseguire atti invasivi della propria integrità psico-fisica. La questione venne allora dichiarata inammissibile, per il carattere meramente ipotetico della sua rilevanza, dal momento che la donna aveva deciso, dopo un'iniziale contrarietà all'impianto dell'unico embrione ritenuto idoneo a fini riproduttivi, di acconsentirvi portando a termine il trattamento di PMA. Tale scelta rendeva inattuale l'interesse a decidere la questione sulla revoca del consenso all'impianto, a nulla valendo l'intenzione dei ricorrenti di ripetere il ciclo di PMA in futuro.

5. La risposta della Corte: la non irragionevolezza dell'irrevocabilità del consenso dell'uomo

Passando ad esaminare il considerato in diritto, la Corte dichiara inammissibile, per omessa motivazione, la censura formulata in riferimento agli artt. 13, primo comma, e 32, secondo comma, Cost., laddove la norma denunciata avrebbe assoggettato l'uomo a un trattamento sanitario obbligatorio senza il suo valido consenso.

In effetti, tentando di dare un significato al "trattamento sanitario obbligatorio" presupposto da questa censura, è arduo sostenere sia una lettura restrittiva, ovvero che questo potesse riferirsi alla raccolta dei gameti, perché si sarebbe trattato di un trattamento effettuato in una fase in cui il consenso era ancora valido; sia una lettura estensiva, che considerasse trattamento sanitario l'acquisizione dello stato di padre all'esito di un'eventuale gravidanza.

Passando dunque ad esaminare gli argomenti che conducono la Corte a dichiarare non fondata la questione, ci sembra che i giudici costituzionali abbiano avuto gioco facile a rigettare la presunta violazione del principio di eguaglianza, prospettata sotto il profilo della disparità di trattamento, perché l'irrevocabilità del consenso sacrificerebbe solo la libertà individuale dell'uomo, mentre la donna rimarrebbe sempre libera di rifiutare il trasferimento in utero dell'embrione.

Infatti, l'indubbia profonda diversità di situazioni tra uomo e donna rispetto alla gravidanza esclude la prospettazione del principio di uguaglianza che, come è noto, non si applica quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili.

Più complessa è stata la motivazione impiegata per respingere i dubbi sollevati in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., dove la Corte mette in campo tre argomenti, così sintetizzabili: in primo luogo, la normativa censurata ha reso edotto l'uomo della possibilità di diventare padre a distanza di tempo; in secondo luogo, a seguito del consenso inizialmente dato dall'uomo, si è ingenerato nella donna un affidamento che l'ha

condotta a mettere a disposizione il proprio corpo, con un importante investimento fisico ed emotivo; da ultimo, si sostiene che la tutela della dignità dell'embrione crioconservato prevale sulla prospettiva di una paternità non voluta.

Per quanto riguarda il primo argomento, gli obblighi informativi che precedono la manifestazione dell'iniziale consenso comprendono la conoscenza del termine per la revoca, fissato al momento della fecondazione, e la possibilità di crioconservazione degli embrioni: l'uomo risulta dunque pienamente consapevole della possibilità che si verifichi uno iato temporale significativo tra fecondazione e impianto e di poter diventare padre anche a distanza di tempo rispetto a quando aveva manifestato il suo consenso. Si cristallizza dunque un'assunzione di responsabilità che rimane impermeabile rispetto a qualunque successiva disgregazione del progetto genitoriale di coppia.

Per quanto riguarda il secondo argomento, la Corte sceglie di rimarcare la forma "incommensurabilmente" più rilevante in cui il corpo della donna viene coinvolto nell'accesso alla PMA in tutte le sue fasi: necessariamente in una prima fase, fino al prelievo dell'ovocita, ma anche eventualmente in una fase successiva, come era accaduto nella fattispecie oggetto del giudizio *a quo* in cui la donna aveva dovuto sottoporsi a specifiche terapie prodromiche all'impianto.

Questo argomento viene rafforzato da un riferimento alla disciplina sull'interruzione di gravidanza, dove la Corte ricorda che proprio il coinvolgimento del corpo della donna la legittima ad essere l'unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza, mentre nessun rilievo viene dato alla volontà contraria del padre del concepito¹⁸.

Il riferimento, tuttavia, prova troppo perché non pare dare il giusto rilievo alla profonda diversità che connota le due situazioni: nel primo caso, l'impatto sul corpo della donna riguarda l'aspettativa di generare un figlio, mentre nel secondo caso l'impatto ha ad oggetto una gravidanza già in atto, che legittimamente solo la donna può decidere di interrompere.

Anche le argomentazioni relative alla dignità dell'embrione non convincono del tutto: prendendo a prestito le parole della famosa sentenza n. 27 del 1975¹⁹, ed applicandola al conflitto tra gli interessi

¹⁸ Cfr. l'ord. n. 389 del 1988 con la quale la Corte aveva dichiarato manifestamente inammissibile la questione relativa all'art. 5 della l. 194 del 1978, nella parte in cui non riconosce rilevanza alla volontà del padre del concepito, marito della donna che chiede di interrompere la gravidanza.

L'ordinanza è annotata da R. ROMBOLI, *Il consenso del non avente diritto*, in *Il Foro it.*, 1988, I, p. 2111 e da J. LUTHER, *Le vie del padre non sono finite*, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 1721.

¹⁹ Cfr. Corte cost. sent. n. 27 del 1975, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 del c.p., nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre. All'interno di questa sentenza, ci si riferisce in particolare alla notissima affermazione per cui "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".

esistenti in capo all'uomo e all'embrione, nella sentenza odierna si fa prevalere la tutela di un embrione che persona deve ancora diventare sulla libertà di autodeterminazione dell'uomo, che persona è già²⁰.

6. Alcune soluzioni normative e giurisprudenziali di diritto comparato e la necessità di una riscrittura, in via legislativa, dell'attuale disciplina

Come anticipato nelle righe introduttive, sembra utile chiudere questo contributo con una ricognizione di alcune soluzioni di diritto comparato che adottano opzioni diverse da quella scelta dalla norma oggetto della questione di costituzionalità e ritenuta oggi non irragionevole dal giudice costituzionale.

Il primo riferimento è alla sentenza *Evans c. Regno Unito* del 2007 della Corte europea dei diritti dell'uomo²¹, che riguardava una fattispecie molto simile a quella odierna: anche in quella vicenda la ricorrente, la signora Evans, prima di subire l'asportazione delle ovaie per un tumore, si era sottoposta ad un trattamento di PMA ottenendo la creazione e la conservazione di alcuni embrioni. Successivamente la donna si era però separata dal marito, che aveva revocato il consenso all'utilizzo degli embrioni, rifiutando di diventare padre dei figli della ricorrente.

La Corte di Strasburgo chiarì che la scelta del momento a partire dal quale il consenso dei componenti della coppia diviene irrevocabile è un tema sul quale gli Stati hanno un ampio margine di apprezzamento: la legislazione britannica, applicata nel caso di specie, richiedeva il consenso scritto di entrambi sul destino degli embrioni e ne consentiva la revoca fino al momento dell'impianto.

La violazione dell'art. 8 Cedu venne dunque esclusa perché quelle norme²², chiare e conosciute dalla ricorrente prima di sottoporsi al trattamento della PMA, non avevano superato il margine di apprezzamento.

²⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, cons. dir. 12.2: la Corte richiama le sue affermazioni più importanti sullo *status giuridico* dell'embrione e cioè che l'embrione ha in sé il principio della vita (Corte cost. n. 84 del 2016) e viene generato con la speranza che una volta trasferito nell'utero conduca ad una gravidanza e ad una nascita, ma ribadisce altresì che la sua tutela non è assoluta e non esiste equivalenza fra il diritto alla salute psicofisica di chi è già persona e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare.

²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Evans c. Regno Unito*, Grande camera, 10 aprile 2007, ricorso n. 6339/05.

²² Cfr. *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* ed in particolare la sezione n. 2 intitolata *Consent* e la n. 4 intitolata *Variation and withdrawal of consent* di cui si riportano le disposizioni più significative:

Section 2: (...) "A consent to the storage of any gametes or any embryo must (a) specify the maximum period of storage (if less than the statutory storage period), and (b) state what is to be done with the gametes or embryo if the person who gave the consent dies or is unable because of incapacity to vary the terms of the consent or to revoke it..".

Section 4.2: "The terms of any consent under this Schedule may from time to time be varied, and the consent may be withdrawn, by notice given by the person who gave the consent to the person keeping the gametes or embryo to which the consent is relevant.

The terms of any consent to the use of any embryo cannot be varied, and such consent cannot be withdrawn, once the embryo has been used".

Anche in quella dolorosa vicenda i giudici europei si mostrarono consapevoli di trovarsi di fronte ad un dilemma, incentrato sugli interessi contrapposti della signora Evans a diventare madre e del suo ex-compagno a non diventare genitore contro la propria volontà²³.

In definitiva, il caso inglese prevedeva molte analogie con quello italiano all'origine della sentenza n. 161 del 2023, ma viene risolto nel senso opposto, in forza di una diversa disciplina interna che prevedeva che la revoca del consenso da parte dell'uomo fosse espressamente consentita dalla legge fino all'impianto dell'embrione, rendendo impossibile il consolidamento di un affidamento nella aspettativa della donna.

Anche in Danimarca, Francia, Grecia, paesi Bassi e Svizzera il legislatore ha sancito il diritto di revocare il consenso a qualsiasi stadio del trattamento fino all'impianto dell'embrione²⁴.

Oltre a scelte normative diverse da quelle del legislatore italiano, vi sono anche statuizioni giurisprudenziali che offrono spunti interessanti di comparazione: si pensi ad esempio alla soluzione di compromesso abbracciata dalla Corte costituzionale colombiana nella sentenza del 13 ottobre 2022.

I giudici colombiani, dovendo giudicare un caso in cui una coppia si era separata dopo aver avviato un trattamento di PMA che li aveva condotti fino alla fase della fecondazione e del congelamento dell'ovulo, hanno deciso di far prevalere il diritto all'autodeterminazione riproduttiva della donna, alla quale hanno riconosciuto la titolarità di decidere in merito all'impianto nel proprio corpo degli embrioni crioconservati.

Tuttavia, per non sacrificare totalmente il diritto dell'uomo a non diventare padre contro la sua volontà, hanno altresì individuato un punto di mediazione dei contrapposti interessi nell'assimilazione della posizione dell'uomo a quella di un donatore anonimo: in pratica, qualora l'impianto dell'embrione avesse condotto effettivamente ad una gravidanza e alla nascita di un figlio, l'uomo avrebbe potuto decidere se assumere o meno lo *status* di genitore entro un breve termine dalla notifica della sentenza²⁵.

²³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Evans c. Regno Unito*, cit., § 73 che ben sintetizza la problematicità della decisione che si presenta ai giudici: “*The dilemma central to the present case is that it involves a conflict between the Article 8 rights of two private individuals: the applicant and J. Moreover, each person’s interest is entirely irreconcilable with the other’s, since if the applicant is permitted to use the embryos J. will be forced to become a father, whereas if J.’s refusal or withdrawal of consent is upheld the applicant will be denied the opportunity of becoming a genetic parent. ...*”

²⁴ Cfr. G. GIAIMO, *Frozen embryos, frozen law. Brevi notazioni, in chiave comparatistica, su una recente decisione in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. Fam. Pers.*, n. 3/2021, p.1331 ss.

²⁵ Cfr. Corte costituzionale della Colombia, sentenza 13 ottobre 2022, T 357/22, consultabile alla pagina https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-357-22.htm#_ftnref139

Si riporta in particolare il quarto punto del dispositivo, che è il più interessante ai nostri fini, dove la Corte colombiana ordina “*a La Clínica y al Médico reconocer a Carlos la condición de donante anónimo en las condiciones señaladas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia (a) no surgirá relación filial alguna entre Carlos y la persona que eventualmente pueda nacer, salvo que Carlos manifieste su decisión de asumirla; (b) toda la información relativa a sus condiciones y al procedimiento adelantado deberá mantenerse en reserva; y (c) los que han intervenido en el TRHA y en el presente proceso, tendrán el deber de asegurar la reserva del expediente y de los diferentes documentos.*

Para efectos de lo dispuesto en el literal (a) de este numeral, Carlos dispondrá de un término de veinte días calendario, contados a partir del día siguiente a la notificación de esta sentencia, para informar al juez de primera instancia si asume la filiación. Una vez vencido dicho término el juez notificará de esa decisión a Sara en un plazo no superior a tres días”.

In verità, anche nella nostra giurisprudenza di merito, prima dell'entrata in vigore della legge n. 40, si rinvenivano interessanti pronunce a favore della libertà dell'uomo di non diventare padre dopo la rottura del progetto genitoriale: ben argomentata rimane la sentenza del Tribunale di Bologna del 9 maggio 2000 che aveva respinto il ricorso di una donna che chiedeva l'impianto degli embrioni, prelevati e fecondati in vitro con il seme del coniuge il quale, a seguito della separazione della coppia, aveva revocato il consenso a procedere all'impianto²⁶.

La soluzione del giudice bolognese si reggeva su tre capisaldi: il principio per cui l'embrione congelato non ha la stessa tutela giuridica dell'embrione impiantato nell'utero; quello per cui i diritti sugli embrioni sono uguali tra padre e madre; e, per ultimo, ma non da ultimo, il principio per cui solo con l'impianto in utero, vero inizio della gravidanza, prevalgono i diritti della donna.

Il giudice argomentò in modo convincente quest'ultima conclusione, osservando che 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 aggiunse che “solo dopo il trasferimento dell'embrione nel corpo della donna e con l'insorgenza della gravidanza il diritto alla maternità o meno della donna prevale decisamente sul diritto alla paternità dell'uomo. E tale valutazione trova preciso e puntuale riscontro nella legge 22 maggio 1978 n.194 sull'interruzione volontaria della gravidanza nella quale, il diritto alla interruzione alla gravidanza, nelle varie fasi e ricorrendone i presupposti, è riconosciuto esclusivamente alla madre che ha libertà di autodeterminazione entro i limiti riconosciuti dalla legge”.

Nella stessa sentenza fu anche riconosciuto il diritto del nascituro a godere della doppia figura genitoriale: si noti che la censura relativa ad un'eventuale compromissione del diritto del minore alla bigenitorialità non è invece stata esaminata dalla Corte costituzionale nella pronuncia odierna, che l'ha dichiarata inammissibile in quanto dedotta solo dalla parte resistente e non dal giudice *a quo*²⁷.

Da ultimo, si intende ricordare un complesso caso giudiziario israeliano di metà degli anni novanta, *Nachmani c. Nachmani*²⁸, che è ancora di grande interesse perché portò alla luce, quasi 30 anni fa, tutti i molteplici e contrapposti argomenti che queste difficili scelte pongono ai giudici.

²⁶ Cfr. Tribunale di Bologna, 9 maggio 2000, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 487 ss., ivi annotata da G. CASSANO, *Brevi riflessioni sul destino degli embrioni in vitro*.

²⁷ Cfr. Corte cost. sent. n. 161 del 2023, cons. dir. n. 6, dove si ricorda che “nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, infatti, non possono essere presi in esame questioni o profili di costituzionalità dedotti solo dalle parti e diretti quindi ad ampliare o modificare il contenuto delle ordinanze di rimessione (*ex plurimis*, sentenze n. 228 e n. 186 del 2022, n. 252 del 2021)”.

²⁸ Cfr. Corte Suprema di Israele, 12 settembre 1996, *Nahmani c. Nahmani*, pubblicata in <https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/nahmani-v-nahmani-016>.

La vicenda riguardava una coppia israeliana senza figli, Ruth e Daniel Nahmani, che aveva deciso di sottoporsi alla fecondazione in vitro e stipulare un contratto con una madre surrogata in California.

Prima però che gli embrioni potessero essere impiantati nella madre surrogata, la coppia si era separata e l'ex marito, che nel frattempo aveva avuto figli con un'altra donna, si era opposto al loro utilizzo.

La donna si era allora rivolta alla Corte distrettuale di Haifa per chiedere il rilascio degli ovuli fecondati e completare la procedura di maternità surrogata negli Stati Uniti; la Corte distrettuale si era pronunciata a suo favore, argomentando che l'ex marito non avrebbe potuto revocare il suo consenso ad avere un figlio mediante l'impianto dell'embrione più di quanto non possa farlo un uomo che feconda l'ovulo della moglie attraverso un rapporto sessuale²⁹.

L'uomo si era quindi rivolto alla Corte Suprema la quale, con una maggioranza di quattro giudici su cinque, aveva accolto il suo ricorso, facendo prevalere il diritto fondamentale a non essere costretto a diventare genitore; il caso era stato però riesaminato da un collegio di undici giudici della Corte suprema che, a maggioranza di sette contro quattro, aveva deciso a favore della donna.

Tutti i giudici avevano ritenuto di arricchire la sentenza definitiva della Corte suprema con opinioni concorrenti e dissenzienti, inclusa quella dell'allora presidente Aharon Barak.

Le opinioni riflettono le varie e contrapposte ragioni che si possono sostenere in assenza di un chiaro quadro normativo: tra le concorrenti, il giudice Dorner³⁰ aveva sottolineato che la libertà di non avere figli indesiderati è recessiva rispetto al diritto di averne e il bilanciamento tra i due diritti deve tener conto delle aspettative e dell'affidamento suscitati da un iniziale consenso, nonché delle alternative esistenti per realizzare il diritto alla genitorialità.

Il giudice Bach privilegiava riflessioni di tipo filosofico-religioso, non infrequenti nel modo di argomentare della Corte suprema israeliana³¹, osservando che laddove non esista una legge chiara che guidi i giudici, essi devono avvalersi del loro sentimento di giustizia e decidere secondo ciò che sembra loro più giusto; e se la bilancia della giustizia è perfettamente in equilibrio, la possibilità di accogliere un nuovo nato nel nostro mondo fa pendere l'ago a favore della volontà della donna³².

²⁹ Cfr. Haifa District Court (Justice H. Ariel), 2 settembre 1993, in OM 599/92.

³⁰ Cfr. Corte Suprema di Israele, 12 settembre 1996, *Nahmani c. Nahmani*, cit., opinione concordante del giudice Dorner, § 3.

³¹ E. FALLETTI ci ricorda che “In Israele le questioni di diritto di famiglia, in particolare riguardo al rapporto di filiazione, sono strettamente connesse con la legge rabbinica, la *Halakah*, perché focalizzate sulla trasmissione in via materna dell'identità ebraica”, in *Genitorialità e principio di uguaglianza: la via israeliana alla gestazione per altri*, in *GenIUS*, n. 1 del 2022, p. 1.

³² Cfr. Corte Suprema di Israele, 12 settembre 1996, *Nahmani c. Nahmani*, cit., opinione concordante del giudice Bach, § 12.

Tra le argomentazioni dei giudici in dissenso, il giudice Zamir ragionava ponendosi una domanda molto concreta: se all’inizio del trattamento si fosse chiesto all’uomo se, in caso di separazione dalla donna, avrebbe acconsentito all’impianto dell’ovulo, la sua risposta sarebbe stata certamente negativa³³.

Infine, il Presidente Barak sosteneva che ogni fase della procedura di PMA richiedeva il consenso attuale di entrambi i coniugi, perché Ruth Nahmani, “non sta chiedendo semplicemente di diventare madre, sta chiedendo di diventare madre di un figlio di Daniel Nahmani. Per tale ragione, il consenso di Daniel Nahmani è necessario”.

Il rifiuto dell’ex marito di proseguire il trattamento medico perché il suo matrimonio è volto al termine non integra un atto in malafede. Infatti, proseguiva, “la genitorialità è uno status molto speciale. Coinvolge ogni aspetto dell’esistenza. Implica doveri e diritti. Si basa su una partnership. Si basa sulla volontà di camminare mano nella mano. Si basa sull’amore e sul rispetto reciproco. Quando la relazione termina, quando ci si separa, quando viene meno l’amore e il rispetto reciproco, scompare l’unico fondamento che permette di prendere decisioni sul destino degli ovuli fecondati. Senza consenso non è possibile iniziare il trattamento di fecondazione. Senza consenso non è possibile proseguirlo. Non vi è, infatti, la possibilità di separare l’avvio del procedimento e la sua prosecuzione. Ciascuna delle fasi – in quanto avviene al di fuori del corpo della donna – deve avere il consenso di entrambe le parti”³⁴.

Le parole di Barak possono essere più o meno condivise, ma sono certamente coerenti con la scelta del legislatore italiano di consentire l’accesso alla PMA solo a coppie coniugate o conviventi e non invece a donne singole.

In conclusione, nella sentenza n. 161 del 2023, la Corte segna correttamente il confine della propria competenza, dichiarando non irragionevole il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti, e sottolinea che il compito di ricercare una soluzione diversa non può che essere del Parlamento, a fronte di un ventaglio di opzioni possibili in una materia complessa e delicata.

Nella logica della collaborazione istituzionale evocata anche di recente come “una doverosa esigenza” dal Presidente della Repubblica e della necessità che “ciascuno faccia il proprio mestiere – come si dice in linguaggio corrente - e cerchi di farlo bene”³⁵, la sentenza odierna aggiunge un ulteriore capitolo, quello

³³ Cfr. Corte Suprema di Israele, 12 settembre 1996, *Nahmani c. Nahmani*, cit., opinione dissenziente del giudice Zamir, § 16: “*In my opinion, human experience and common sense say that had we asked Daniel at the start of the procedure whether he would be prepared to continue and complete the procedure of having a child in all circumstances and without any conditions, and even were he to discover new facts or were new circumstances to occur, his response would have been no*”.

³⁴ Cfr. Corte Suprema di Israele, 12 settembre 1996, *Nahmani c. Nahmani*, cit., opinione dissenziente del giudice Barak, § 3, la traduzione è nostra.

³⁵ Le parole sono riprese dal discorso del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione dell’incontro con i componenti dell’Associazione Stampa Parlamentare, 27 luglio 2023, rinvenibile alla pagina <https://www.quirinale.it/elementi/93742>

Per recenti riflessioni sulle alterazioni che l’ordine costituzionale dei poteri ha subito o rischiato di subire cfr. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, special. p. 66 ss.

della riscrittura del consenso e della sua revoca al trattamento di PMA, al novero di istanze davanti alle quali il Parlamento non può restare immobile.

Peraltro, le più recenti proposte di legge non fanno ben sperare: l'indifferenza del legislatore rispetto al dovere di rispondere a domande di giustizia scaturite dall'utilizzo delle nuove tecniche riproduttive rimane emblematica nella vicenda della gestazione per altri.

La politica non solo stenta ad assumersi la responsabilità di completare il sistema di tutele del quale la Corte ha segnalato le carenze³⁶, andando incontro “alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori” , ma porta avanti iniziative legislative ideologiche e nella sostanza inutili³⁷, come quella avente ad oggetto l'estensione della punibilità alle condotte di surrogazione dei cittadini all'estero.

³⁶ Cfr. Corte cost. sent. n. 33 del 2021 che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione sull'impossibilità di riconoscere in Italia una sentenza straniera di attribuzione dello stato di genitori a due uomini italiani uniti civilmente, che abbiano fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero.

La Corte, pur dichiarando inammissibile la questione, ha sottolineato la necessità di un indifferibile intervento del legislatore, al fine di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore, in modo più appagante rispetto a quanto oggi garantito dall'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983.

³⁷ Il testo del pdl C. n. 887 Varchi avente ad oggetto la modifica dell'art. 12 della l. n. 40 del 2004, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, è stato approvato dalla Camera dei deputati il 26 luglio 2023 ed è ora all'esame del Senato.

L'introduzione del c.d. reato universale, non solo solleva questioni complesse sul piano del diritto penale internazionale, ma “appare del tutto impropria, di chiara ispirazione propagandistica e di evidente matrice identitaria, nonché priva di ogni utilità sul piano concreto”, come ben stigmatizzato da G. LUCCIOLI, *Il totem del “reato universale” e quei bambini dimenticati dal Parlamento*, in *Questione Giustizia*, 4 settembre 2023.

Critica sull'utilità di queste modifiche anche M. D'AMICO, *Il “reato universale” di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in *Rivista AIC*, n.4/2023, 1 agosto 2023.