



### **Nel vicolo cieco delle tecniche procreative. La decisione della Corte costituzionale sull’impianto dell’embrione crioconservato in caso di opposizione dell’uomo per la fine del rapporto di coppia**



*Emanuele Bilotti*

Prof. ord. dell’Università Europea di Roma

**SOMMARIO:** 1. La questione di legittimità costituzionale. – 2. La decisione della Corte costituzionale. – 3. L’insufficienza del riferimento alla consapevole assunzione di un vincolo da parte dell’uomo. – 4. La prospettiva di una distinta tutela dell’embrione prima e dopo l’impianto. – 5. La prospettiva dell’eguale tutela dell’embrione prima e dopo l’impianto. – 6. Sfuggire alle “scelte tragiche”.

#### **1. La questione di legittimità costituzionale**

A distanza di più di due anni da quando, insieme all’allora marito, una donna aveva avviato un processo di procreazione assistita di tipo omologo con produzione di un embrione non immediatamente impiantato, la stessa donna ha convenuto in giudizio la struttura sanitaria alla quale la coppia si era rivolta, chiedendo che sia condannata all’impianto. La struttura si era infatti rifiutata di dare séguito alla richiesta della donna in considerazione dell’opposizione manifestata dall’uomo per essere frattanto venuto meno il rapporto di coppia nell’ambito del quale era stato concepito il progetto genitoriale.

Una simile situazione si è determinata perché, al momento della fecondazione *in vitro*, non era stato possibile procedere subito all’impianto a causa della scarsa qualità endometriale della donna e della necessità che la stessa venisse sottoposta a ulteriori trattamenti sanitari e a terapie farmacologiche finalizzati a favorire la gravidanza. Si era così provveduto alla crioconservazione dell’embrione. Dopo pochi mesi, però, la coppia si era separata, prima di fatto e poi anche legalmente. Trascorso il periodo previsto dal-

la legge, l'uomo aveva quindi chiesto il divorzio ed aveva anche formalmente revocato il consenso a suo tempo prestato all'applicazione delle tecniche. Ciò nondimeno la donna ha chiesto alla struttura sanitaria di procedere comunque all'impianto dell'embrione crioconservato e, vedendosi opposta un rifiuto, si è rivolta al giudice, facendo valere un preteso diritto assoluto e fondamentale di essere madre.

In casi di questo tipo, prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, la giurisprudenza di merito si era pronunciata in senso favorevole all'uomo<sup>1</sup>. A séguito dell'entrata in vigore della legge cit., però, l'istanza della donna ha prevalso<sup>2</sup>. La regola posta dall'art. 6, co. 3, ult. periodo, della legge cit. non sembra infatti permettere che il consenso prestato alle tecniche di procreazione medicalmente assistita possa essere revocato dopo la fecondazione dell'ovulo. E ciò neppure quando siano frattanto venuti meno i requisiti soggettivi richiesti a tal fine dall'art. 5 della stessa legge n. 40 del 2004, come si verifica appunto in caso di fine della vita di coppia.

Di recente, poi, in più occasioni, la giurisprudenza di merito ha anche ritenuto di non poter sollevare dubbi sulla legittimità costituzionale della regola indicata, nella quale è stato riconosciuto un bilanciamento legittimo tra gli interessi degli adulti e la tutela delle aspettative di vita dell'embrione *in vitro*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Il riferimento è a Trib. Bologna, 9 maggio 2000 (ord.) e a Trib. Bologna, 26 giugno 2000, entrambe in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2001, I, 475 ss., con ampia e documentata nota critica di FAVILLI, *Autodeterminazione procreativa e diritti dell'embrione*. Le due decisioni, pronunciandosi sulla stessa vicenda nelle diverse fasi del procedimento d'urgenza, stabilirono che, prima dell'impianto, ciascuno dei componenti della coppia può revocare il consenso alla procreazione medicalmente assistita. In particolare, nella prima decisione si fece valere che i diritti fondamentali di ciascuno componente della coppia alla libera e incoercibile autodeterminazione procreativa devono essere ugualmente tutelati finché non abbia inizio la gravidanza. Oltre al diritto dell'uomo a non procreare, bisognerebbe poi garantire anche il diritto del nascituro alla doppia figura genitoriale. La seconda decisione precisò ulteriormente la necessità di distinguere *sub specie iuris* la situazione dell'embrione prima e dopo l'impianto. Questa prospettiva, come si dirà, è tuttora accolta da una parte degli interpreti: *infra*, par. 4.

<sup>2</sup> V. le decisioni di merito citt. in Corte cost., sent. n. 161 del 2023, par. 7.1., in diritto.

<sup>3</sup> Cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere, 27 gennaio 2021 (ord.), in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2021, I, 586 ss., con nota critica di Villani, *Trasferimento di embrioni crioconservati e separazione personale dei coniugi*. La decisione cit. è stata resa in seguito al reclamo avverso all'ord. dello stesso tribunale dell'11 ottobre 2020. Soprattutto queste due decisioni hanno suscitato un certo dibattito in dottrina, animato per lo più da prese di posizione critiche: cfr. FERRANDO, *Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni in vitro, dissenso del marito*, *ivi*, II, 649 ss.; E. QUADRI, *Se la situazione cambia: separazione personale dei coniugi e impianto di embrioni crioconservati*, *ivi*, II, 654 ss.; LIBERALI, *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2021, 505 ss.; GIAIMO, *Frozen embryos, frozen law. Brevi notazioni, in chiave comparatistica, su una recente decisione in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, 1331 ss. Sulle decisioni citt. v. anche MENDOLA, *Tutela della vita prenatale e limiti all'autodeterminazione procreativa nella crisi coniugale*, in *Corr. giur.*, 2021, 937 ss.; S. PERRINO, *L'utilizzo degli embrioni crioconservati dopo la separazione coniugale*, in *giustiziacivile.com*, pubbl. on line 6 aprile 2021.; SCARPA, *Crisi della coppia e revoca della volontà di accesso alla procreazione medicalmente assistita*, in *giustiziainsieme.it*, pubbl. on line 7 giugno

Questa volta, però, il giudice adito ha deciso diversamente. Assecondando le richieste dell'uomo, anch'egli convenuto in giudizio, e della stessa struttura sanitaria, quel giudice ha dunque sollevato dinanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 6, co. 3, ult. periodo, cit.<sup>4</sup>. E ciò perché, a suo avviso, la regola dell'irrevocabilità del consenso dell'uomo dopo la fecondazione contrasterebbe in maniera irrimediabile con gli artt. 2, 3, 13, co. 1, 32, co. 2, e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, quanto meno nella parte in cui non prevede, sempre successivamente alla fecondazione, un termine per la revoca del consenso.

Più precisamente, secondo il giudice rimettente, la regola in questione si porrebbe in contraddizione: a) con gli artt. 2 e 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, in quanto pregiudicherebbe irrimediabilmente il diritto di autodeterminazione dell'uomo in ordine alla decisione di non diventare genitore; b) con gli artt. 3 e 13, co. 1, Cost., in quanto costringerebbe irragionevolmente l'uomo a diventare genitore contro la sua volontà; c) ancora con l'art. 3 Cost., in quanto determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra l'uomo e la donna, dato che la regola censurata vincola solo l'uomo e non anche la donna, alla quale non può certo essere imposto il trasferimento in utero dell'embrione; d) infine, con l'art. 32, co. 2, Cost., in quanto assoggetterebbe l'uomo a un trattamento sanitario obbligatorio.

Certe censure di legittimità, che il giudice rimettente non reputa sanabili attraverso interventi ermeneutici, sarebbero state difficilmente prospettabili nell'impianto originario della legge n. 40 del 2004. Sarebbero invece emerse con chiarezza nel nuovo conte-

---

2021. In argomento anche A. ORESTANO, *Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione*, in *Giur. it.*, 2021, 2613 ss., che commenta in senso adesivo il provvedimento del Trib. Perugia, 28 novembre 2020, *ivi*, 2610 ss., che ha deciso anch'esso nel senso dell'irrilevanza della revoca del consenso dell'uomo e della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, co. 3, ult. periodo, l. n. 40 del 2004.

<sup>4</sup> Non è la prima volta, in verità, che un giudice di merito dubita della legittimità costituzionale della regola sull'irrevocabilità del consenso a seguito della fecondazione. In precedenza, però, la questione portata all'attenzione della Corte costituzionale è stata sempre quella, ben diversa, dell'irrevocabilità del consenso della donna, la quale, in virtù della regola in questione, non potrebbe opporsi all'impianto dell'embrione e potrebbe perciò essere assoggettata a un trattamento sanitario non consentito. Nelle tre occasioni in cui una simile questione è stata sollevata la Corte non è mai entrata nel merito, decidendo sempre nel senso dell'inammissibilità per difetto di rilevanza: cfr. sent. n. 151 del 2009, ord. n. 97 del 2010, sent. n. 84 del 2016. In ogni caso, nella sent. n. 161 del 2023 (cfr. par. 10, in diritto), la Corte ritiene "indubbio che la norma [censurata] non possa condurre a ipotizzare un impianto coattivo nei confronti della donna", dato che "il trasferimento nell'utero dell'embrione si tradurrebbe... per la donna in un vero e proprio trattamento sanitario, estremamente invasivo, che non può in alcun modo esserle imposto, in coerenza con quanto previsto in tema di trattamenti medici...". Peraltro, già in precedenza la Corte aveva avuto modo di affermare che il divieto di soppressione dell'embrione "non ne comporta... l'impianto coattivo nell'utero della gestante" (cfr. sent. n. 229 del 2015). In ogni caso, come la stessa Corte costituzionale non manca di mettere subito in chiaro (cfr. par. 5, in diritto), la questione decisa con la sent. n. 161 del 2023 è ben diversa, essendo piuttosto relativa all'irrevocabilità del consenso dell'uomo.

sto normativo determinato dai successivi interventi della Corte costituzionale aventi ad oggetto quella legge, in particolare dalle sentenze n. 151 del 2009<sup>5</sup> e n. 96 del 2015<sup>6</sup>.

Tali pronunce, infatti, avendo riconosciuto l'illegittimità sia del limite di formare non più di tre embrioni e di procedere subito ad un unico e contemporaneo impianto sia del divieto di accesso alle tecniche per le coppie portatrici di gravi patologie genetiche ereditarie, hanno di fatto invertito il rapporto tra regola ed eccezione tra il c.d. impianto "a fresco" e l'ipotesi della crioconservazione, peraltro tuttora vietata almeno in linea di principio dall'art. 14, co. 1, della legge n. 40 del 2004. In effetti, a séguito degli indicati interventi abrogativi, la crioconservazione degli embrioni, nonostante il divieto, è ormai divenuta la prassi, mentre l'uso di tecniche di impianto "a fresco" – senza crioconservazione di embrioni – rimane un'eccezione. Di conseguenza, il periodo di tempo compreso tra il consenso alla tecnica e la formazione dell'embrione, da un lato, e il successivo impianto in utero, dall'altro, finisce ormai per dilatarsi ben al di là dei pochi giorni a cui pensava il legislatore del 2004. E ciò senza neppure che sia possibile identificare un limite.

Sono così emerse situazioni come quella venuta all'attenzione del giudice rimettente: situazioni in cui la donna vuole comunque procedere all'impianto di un embrione crioconservato nonostante il ripensamento dell'uomo determinato dalla fine del rapporto di coppia nell'ambito del quale era stato concepito e avviato il progetto genitoriale da realizzare attraverso il ricorso alla tecnica.

## 2. La decisione della Corte costituzionale

La Corte costituzionale<sup>7</sup> ha anzitutto dichiarato inammissibili le censure di costituzionalità sollevate con riferimento agli artt. 13, co. 1, e 32, co. 2, Cost. Ha ritenuto infatti che

<sup>5</sup> La sent. è pubblicata, tra l'altro, in *Corr. giur.*, 2009, 1213 ss., con nota di FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*; in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2009, 475 ss., con nota di VILLANI, *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette e indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della legge n. 40/04*; in *Giust. civ.*, 2009, I, 1177 ss., con nota di GIACOBBE, *La festa della mamma. Osservazioni "a caldo" a C. cost. 8 maggio 2009 n. 151*; in *Dir. fam. pers.*, 2009, 991 ss., con note di D'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre* e di M. CASINI, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004*.

<sup>6</sup> La sent. è pubblicata, tra l'altro, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 933 ss., con opinione di FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, *ivi*, II, 582 ss. e in *Corr. giur.*, 2016, p. 186 ss., con nota di IANNICELLI, *Diagnosi genetica preimpianto: battute finali della "riscrittura costituzionale" della L. n. 40/2004*.

<sup>7</sup> La sent. n. 161 del 2023 è pubblicata, tra l'altro, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2023, I, 1269 ss., con le opinioni critiche di M. D'AMICO, LIBERALI, *La tutela della "corporalità" e dell'"investimento fisico ed emotivo" femminili: una scelta davvero a tutela della donna?*, *ivi*, II, 1348 ss. e di E. QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati e sopravvenuti mutamenti della situazione esistenziale delle parti*, *ivi*, II, 1353 ss.; in *Giur. it.*, 2023, 2028 ss., con nota di 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*

tali censure non siano state adeguatamente motivate quanto alla loro non manifesta infondatezza<sup>8</sup>. Più precisamente, secondo la Corte, il contrasto con i parametri indicati sarebbe stato dedotto in maniera del tutto generica ed assertiva. In effetti, il giudice rimettente non ha chiarito perché l'impianto dell'embrione, che incide esclusivamente sul corpo della donna, determinerebbe un trattamento sanitario anche per l'uomo o comunque una coercizione sul suo corpo. Né ha argomentato in ordine all'impatto di un impianto contrario alla volontà dell'uomo – e, dunque, di una paternità non voluta – sulla sua salute psicofisica.

La Corte ha considerato invece infondate le altre censure sollevate con riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., nonché con riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., per la violazione della norma internazionale – l'art. 8 CEDU – che garantisce il diritto al rispetto della vita privata. La Corte ha perciò ritenuto che la norma oggetto del suo sindacato, pur potendo costringere solo l'uomo a diventare genitore contro la sua volontà, non determina alcuna irragionevole violazione né della sua libertà di autodeterminazione né del principio di uguaglianza<sup>9</sup>.

Alla Corte non è sfuggita l'estrema delicatezza della questione. Anche la sua soluzione è infatti ricondotta nel novero di quelle che, in altre occasioni, la stessa Corte ha indicato come "scelte tragiche"<sup>10</sup>. Anche in questo caso non sembra infatti possibile trovare una soluzione capace di soddisfare al contempo tutti i confliggenti interessi coinvolti: la tutela della salute psicofisica della donna e della sua libertà di autodeterminazione a diventare madre, la libertà di autodeterminazione dell'uomo a non diventare padre, la dignità dell'embrione e i diritti del nato a seguito di procreazione assistita.

Nondimeno, come si è detto, per la Corte la soluzione dell'irrevocabilità del consenso dell'uomo dopo la fecondazione realizzerebbe comunque un bilanciamento non irragionevole dei diversi interessi antagonisti. E ciò anche nel nuovo contesto sistematico risultante dagli interventi abrogativi indicati dal giudice rimettente, la cui rilevanza è opportunamente evidenziata<sup>11</sup>. La Corte non manca peraltro di riconoscere al legislatore la possibilità di ricercare, nel rispetto della dignità umana, un diverso equilibrio tra i valori in gioco, facendosi interprete dell'evoluzione della coscienza sociale<sup>12</sup>. È bene precisare però che la sentenza non contiene alcun monito<sup>13</sup>, peraltro non compatibile con un dispositivo di infondatezza.

---

*coppia. Sulla sent. cit. v. anche LIBERALI, La cristallizzazione del consenso maschile nella fecondazione assistita e la sua trasformazione in strumento di tutela dell'investimento fisico ed emotivo della donna, in Studium iuris, 2023, 557 ss.; R. CONTE, L'irrevocabilità del consenso dell'uomo all'impianto dell'ovulo fecondato: problemi costituzionali e prospettive. Brevi note a Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, in questio-negiustizia.it, pubbl. on line 16 ottobre 2023; RAZZANO, L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e "gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna" nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale, in dirittifondamentali.it, 197 ss., pubbl. on line 20 febbraio 2024.*

<sup>8</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, par. 8, in diritto.

<sup>9</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, par. 13, in diritto.

<sup>10</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, par. 9.2, in diritto.

<sup>11</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, par. 9.1, in diritto.

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, par. 14, in diritto.

<sup>13</sup> Lo rileva opportunamente RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo*, cit., 216. Di un in-

L'estrema chiarezza e linearità della motivazione consente di indicare agevolmente le argomentazioni offerte dalla Corte nel senso dell'infondatezza delle censure sollevate sia con riferimento alla tutela della libertà di autodeterminazione della persona sia con riferimento alla garanzia del principio di uguaglianza.

La questione della disparità di trattamento tra uomo e donna è invero messa subito da parte con l'osservare che situazioni non assimilabili giustificano senz'altro discipline differenti<sup>14</sup>. La Corte osserva infatti che, dopo la formazione dell'embrione, la situazione in cui versa la donna è profondamente diversa da quella dell'uomo, dato che a quel punto solo la donna è esposta ad un trattamento sanitario sempre rifiutabile da parte del paziente.

Quanto poi al preteso *vulnus* alla libertà di autodeterminazione dell'uomo<sup>15</sup>, la Corte fa valere in primo luogo che, in virtù di precisi obblighi informativi posti dalla legge a carico del personale sanitario, il vincolo che indubbiamente si produce per l'uomo è in realtà il risultato di un consenso prestato nella piena consapevolezza dell'eventualità che tra la fecondazione e l'impianto possa aprirsi anche uno spazio di tempo molto lungo e che si possa perciò dover procedere comunque per quanto in circostanze molto diverse da quelle in cui il consenso era stato prestato.

La Corte evidenzia inoltre come il consenso alla tecnica procreativa non possa essere considerato alla stregua di un normale consenso informato al trattamento medico. Quel consenso è infatti un atto finalisticamente orientato a fondare lo stato di figlio del nascituro, in quanto esprime una specifica assunzione di responsabilità in ordine alla procreazione, alla quale il legislatore riconnette l'attribuzione irretrattabile dello stato, come si ricava chiaramente dalla lettura degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004.

Il consenso alla tecnica è dunque prestato dall'uomo nella piena consapevolezza della possibilità di diventare padre. Quel consenso è pertanto espressione di una specifica assunzione di responsabilità in tal senso. Per questo, secondo la Corte, anche nella fattispecie considerata dal giudice rimettente – e cioè nel caso di un impianto preteso dalla donna contro la volontà dell'uomo dopo la fine del rapporto di coppia in cui era stato concepito il progetto genitoriale – è difficile inferire una radicale rottura della corrispondenza tra libertà e responsabilità.

La Corte sottolinea poi che l'irrevocabilità del consenso dell'uomo, che certo pregiudica in maniera irrimediabile la sua libertà di non essere genitore, garantisce però altri interessi costituzionalmente rilevanti: l'integrità psicofisica della donna e la dignità dell'embrione.

Più precisamente, quanto anzitutto alla garanzia dell'integrità psicofisica della donna<sup>16</sup>, la Corte chiarisce che la stabilità del consenso dell'uomo legittima un affida-

---

vito al legislatore ad intervenire, contenuto nella sent. n. 161 del 2023, parla invece CONTE, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo*, cit., par. 6. Sembra invece puramente ipotetico il discorso di QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati*, cit., 1360.

<sup>14</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, par. 10, in diritto.

<sup>15</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, par. 11, in diritto.

<sup>16</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, par. 12.1, in diritto.

mento in ragione del quale la donna ritiene di poter effettuare un relevantissimo investimento fisico ed emotivo in funzione della genitorialità, esponendo la propria integrità psicofisica a rischi non irrilevanti già prima dell'impianto e della stessa fecondazione: un investimento la cui frustrazione finirebbe per recare grave pregiudizio alla salute psichica della donna, specialmente nei casi in cui, a causa dell'età avanzata o di condizioni fisiche non più adeguate, la donna non possa più intraprendere un nuovo percorso di procreazione assistita. L'argomento è dunque che l'irrevocabilità del consenso dell'uomo è posto a presidio della salute della donna.

Quanto poi alla tutela della dignità dell'embrione<sup>17</sup>, le cui probabilità di impianto – e di sviluppo – sono sicuramente accresciute dall'irrevocabilità del consenso dell'uomo, la Corte richiama la propria giurisprudenza secondo cui, in linea con indicazioni formulate dalla Corte di Strasburgo<sup>18</sup> e dalla Corte di Lussemburgo<sup>19</sup>, l'embrione non è semplice materiale biologico, ma ha in sé il principio della vita umana, la sua dignità deve pertanto essere ricondotta al precetto generale dell'art. 2 Cost. La Corte evidenzia quindi che la tutela dell'embrione, che pure non può considerarsi assoluta, fin qui ha potuto essere limitata solo in vista di un giusto bilanciamento con la garanzia delle esigenze di procreazione e con il diritto alla salute della donna. Anche in considerazione di ciò la Corte ritiene quindi non irragionevole la compressione della libertà di autodeterminazione dell'uomo.

In contrario, e dunque al fine di preservare la libertà dell'uomo di non essere padre, non varrebbe addurre l'interesse del nato ad avere una relazione stabile con entrambi i genitori e a crescere in un contesto familiare non conflittuale. Secondo la Corte, infatti, sarebbe privo di ogni logica preferire la non vita pur di garantire certi interessi<sup>20</sup>.

Infine, la Corte si sofferma sulla compatibilità della soluzione oggetto del suo sindacato con i precetti della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e segnatamente con la garanzia del diritto al rispetto della vita privata (art. 8 CEDU), che deve ritenersi comprensiva anche della garanzia della libertà di avere o di non avere un figlio. Il Giudice delle leggi richiama al riguardo un precedente specifico della Corte di Strasburgo, che, sebbene con riferimento alla diversa norma inglese che permette la revoca del consenso fino all'impianto, ha riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento nella

<sup>17</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, par. 12.2, in diritto.

<sup>18</sup> La Corte costituzionale richiama in particolare la sentenza del 27 agosto 2015 pronunciata dalla Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella causa Parrillo c. Italia (ric. n. 46470/11), laddove si afferma che "human embryos cannot be reduced to possession". La decisione cit. è pubblicata, tra l'altro, in *Foro it.*, 2015, IV, c. 453 ss., con nota di CASABURI, *Ricerche embrionali: una occasione perduta della Corte europea*.

<sup>19</sup> La Corte costituzionale richiama in particolare la sentenza del 18 ottobre 2011 pronunciata dalla Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione nella causa C-34/10, Brüstle c. Greenpeace e V., laddove si afferma che "la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano". La decisione cit. si può leggere, tra l'altro, in *Fam. e dir.*, 2012, 221 ss., con nota di SCALERA, *La nozione di "embrione umano" all'esame della Corte UE* e in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, I, 289 ss., con nota di R. ROMANO, *La brevettabilità delle cellule staminali embrionali umane*, *ivi*, II, 233 ss.

<sup>20</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, par. 12.4, in diritto.

soluzione di un dilemma che, quale che sia, finisce comunque per compromettere interamente uno degli interessi in conflitto<sup>21</sup>. La Corte costituzionale ritiene quindi che anche l'opposta soluzione italiana possa ben considerarsi compresa in quel margine di apprezzamento con conseguente esclusione di una violazione dell'art. 8 CEDU<sup>22</sup>.

### 3. L'insufficienza del riferimento alla consapevole assunzione di un vincolo da parte dell'uomo

Fin qui, in sintesi, le argomentazioni spese dalla Corte costituzionale, le cui conclusioni – è bene dirlo subito – appaiono senz'altro condivisibili laddove riconoscono la ragionevolezza di un'opzione legislativa volta a favorire le opportunità di sviluppo degli embrioni anche in un assetto in cui la loro crioconservazione non costituisce più un'ipotesi marginale.

Bisogna tuttavia ammettere che la prospettiva di una paternità imposta per scelta unilaterale della donna genera un certo disagio: un disagio che anche la Corte sembra avvertire e che emerge in più passaggi della decisione. È questa, in fondo, la cifra autentica delle c.d. “scelte tragiche”: un sentimento di insoddisfazione anche di fronte a soluzioni che appaiono ragionevoli e sostanzialmente ineludibili una volta che il legislatore abbia posto certe premesse reputate legittime.

Non sembra allora inopportuno spendere qualche considerazione ulteriore sui due nodi problematici indicati: l'ineludibilità della soluzione fatta propria dalla Corte, quanto meno nel rispetto delle scelte discrezionali del legislatore, e l'impossibilità di sfuggire al disagio che produce ogni soluzione del conflitto di interessi in esame o, se si preferisce, alla tragicità di una scelta che, quale che sia, lascia comunque insoddisfatti.

Cominciando dal primo punto, appare anzitutto opportuno osservare che, al fine di giustificare la soluzione fatta propria dal legislatore del 2004, non può essere sufficiente evidenziare l'esistenza nel sistema, quanto al consenso prestato dall'uomo alla tecnica, di una piena coerenza tra la sua libertà e la sua responsabilità ovvero, come preferisce dire la Corte, la difficoltà di inferire una rottura tra l'una e l'altra<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Il riferimento è alla decisione della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 10 aprile 2007 nel caso *Evans c. Regno Unito* (ric. n. 6339/05), sulla quale v. il commento di L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 225 ss. La decisione è pubblicata nella versione originale in lingua francese in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, I, 1238 ss., con nota di BRUNETTA D'USSEAUX, *Sulla revoca del consenso all'impianto dell'embrione crioconservato*.

<sup>22</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2023, par. 12.5, in diritto.

<sup>23</sup> Invero, secondo QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati*, cit., 1358, proprio l'espressione impiegata dalla Corte, per cui sarebbe solo “difficile” scorgere, nella fattispecie in esame, “una radicale rottura della corrispondenza tra libertà e responsabilità”, lascerebbe emergere “il carattere sicuramente tormentato dell'argomentazione”. A dire dell'illustre A., infatti, “anche per la Corte, una “rottura”, qui, non può essere messa in discussione, ma il relativo grado non viene, evidentemente, reputato tale da infirmare quelle sue conclusioni...”.

Quel che la Corte è chiamata a valutare, infatti, non è tanto se questo consenso, in base alle norme vigenti, sia regolato in modo da essere davvero informato e consapevole anche con riferimento alla possibile costituzione dello *status* genitoriale. E dunque, in altri termini, se quel consenso sia idoneo a far sorgere in capo a chi lo manifesta un vincolo irretrattabile nei confronti del nascituro. La Corte deve piuttosto chiedersi se, in una situazione in cui la crioconservazione è ormai divenuta la prassi, sia ancora ragionevole che il consenso dell'uomo conservi efficacia nonostante la mancanza sopravvenuta di condizioni ritenute invece necessarie per l'accesso alle tecniche<sup>24</sup>.

È questa la vera questione che il giudice rimettente ha portato all'attenzione della Corte: la possibilità di modulare una pronuncia interpretativa – anche solo di rigetto – che, in un sistema in cui è ormai normale procedere alla crioconservazione degli embrioni, introduca non tanto la possibilità di un ripensamento dell'uomo quanto una regola di inefficacia sopravvenuta del suo consenso una volta che siano venute meno le condizioni per l'accesso alle tecniche inizialmente presenti<sup>25</sup>.

La Corte, del resto, è perfettamente consapevole che la questione posta dal giudice rimettente non può risolversi limitandosi a prendere atto dell'assenza di una rottura tra libertà e responsabilità nel consenso dell'uomo. Il Giudice delle leggi non ha voluto attestarsi su una posizione freddamente indifferente alla nuova realtà esistenziale. Ha perciò avvertito la necessità di un approfondimento dell'analisi. E lo ha fatto evidenziando la rilevanza, nel bilanciamento operato dal legislatore del 2004 e del quale valutare ora la persistente ragionevolezza, anche di altri interessi costituzionalmente tutelati, riferibili in particolare alla donna e al nascituro.

Invero, il bilanciamento originario ha chiaramente la sua ragion d'essere nella garanzia delle aspettative di vita dell'embrione<sup>26</sup>. La logica del legislatore del 2004 è chiara: se il consenso prestato è espressione di un'assunzione di responsabilità degli adulti nei confronti del nascituro, allora quel consenso non può che rimanere fermo una volta che il processo di sviluppo della persona è ormai iniziato. E ciò affinché ne sia garantito il compimento come avviene nel caso della generazione attraverso l'esercizio della sessualità in assenza di situazioni patologiche o di interventi esterni.

Il che non esclude evidentemente che la donna possa sempre rifiutare l'impianto. Il rifiuto dell'impianto da parte della donna è un fatto e si tratta semplicemente di prenderne atto, in virtù della garanzia dell'intangibilità dell'altrui sfera giuridica, e dunque del principio della necessità del consenso ai trattamenti sanitari: un principio il cui radicamento costituzionale è fuori discussione<sup>27</sup>. Né si può escludere, stando almeno a quanto

<sup>24</sup> Al riguardo v. anche QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati*, cit., 1356.

<sup>25</sup> Per un simile chiarimento v. anche QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati*, cit., 1355; ID., *Se la situazione cambia*, cit., 659 s.

<sup>26</sup> In tal senso, in dottrina, v., ad es., le considerazioni DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, I, 615.

<sup>27</sup> Al riguardo v. tuttavia i decisivi chiarimenti di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano,

attualmente dispone la l. n. 194 del 1978, che la gestante, a determinate condizioni e comunque solo a tutela della propria salute, possa chiedere di interrompere la gravidanza senza che si configuri perciò un illecito penale.

Il punto è però chiarire se e come la prassi sopravvenuta della crioconservazione abbia messo in discussione la logica originariamente sottesa alla regola dell'irrevocabilità del consenso.

#### 4. La prospettiva di una distinta tutela dell'embrione prima e dopo l'impianto

Si è già detto invero che, prima dell'ordinanza che ha sollevato la questione decisa dalla Corte costituzionale, una simile problematica era stata risolta in senso negativo dalla giurisprudenza di merito, ribadendo la validità del bilanciamento operato dal legislatore del 2004 anche nel nuovo contesto determinato dagli interventi abrogativi del Giudice delle leggi<sup>28</sup>.

Non sempre, però, il dibattito dottrinario che ha fatto séguito a certi pronunciamenti della giurisprudenza di merito si è orientato nello stesso senso. In effetti, sia tra chi ha criticato la soluzione accolta dalla giurisprudenza sia tra chi l'ha invece approvata, l'analisi muove comunque da un certo scetticismo in ordine alla possibilità di fare ancora riferimento alla tutela dell'embrione come a un dato risolutivo<sup>29</sup>. E ciò perché, dopo gli interventi del Giudice delle leggi che hanno ridimensionato la portata del divieto di crioconservazione, relegando le pratiche "a fresco" ad ipotesi marginali, bisognerebbe ormai prendere atto del diverso rilievo anche giuridico delle singole fasi in cui il processo generativo si articola in caso di ricorso alle tecniche.

Si tratterebbe di un dato decisivo, capace di mettere definitivamente in crisi una delle idee di fondo che avevano guidato l'intervento del legislatore del 2004: l'omologazione della generazione mediante ricorso alle tecniche alla generazione attraverso l'esercizio della sessualità, che, come già si è detto, in assenza di interventi esterni o di

---

2015, 100 s.

<sup>28</sup> Il riferimento è alle pronunce del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere e del Tribunale di Perugia, alle quali si è già fatto riferimento *supra*, nt. 3.

<sup>29</sup> Cfr., su fronti opposti, QUADRI, *Se la situazione cambia*, cit., 655 e FERRANDO, *Separazione dei coniugi*, cit., 649 ss. In effetti, per il primo Autore, "sembra difficile fare perno, ai fini della soluzione delle singole problematiche poste in relazione alla p.m.a. dalla realtà delle vicende umane, su di un 'diritto alla vita dell'embrione' e su di una sua 'aspettativa di vita', che vadano oltre il riconoscimento di una sua 'dignità' che valga a differenziarlo... da un 'mero materiale biologico', in quanto pur sempre 'entità che ha in sé il principio della vita'". Ma anche per la seconda Autrice cit. "il primo motivo di perplessità [nei confronti della decisione del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere] riguarda lo 'statuto' dell'embrione in vitro". Infatti, "ragionare sui diritti dell'embrione in vitro significa interrogarsi su quali siano compatibili con la sua condizione: da un lato già 'vita umana', dall'altro non ancora 'persona umana'".

situazioni patologiche, è un processo destinato a svolgersi naturalmente, senza soluzione di continuità, dal concepimento alla nascita. In effetti, sia interpreti contrari sia interpreti favorevoli alla necessità dell'impianto nonostante l'opposizione dell'uomo sono sostanzialmente concordi quanto alla necessità di qualificare diversamente la situazione dell'embrione prima e dopo l'impianto<sup>30</sup>.

E ciò appunto perché le decisioni che possono ancora essere assunte sul destino dell'embrione in stasi criogenica sarebbero caratterizzate da "una facoltà di autodeterminazione che non può essere semplicisticamente assimilata... alle possibilità di scelta consentite alla (sola) donna in gravidanza a tutela della propria salute"<sup>31</sup>. Sia i critici sia alcuni dei fautori della necessità dell'impianto anche contro la volontà dell'uomo si trovano dunque d'accordo nel disapprovare l'idea dell'assimilazione dell'embrione *in vitro* all'embrione impiantato chiaramente sottesa alle decisioni della giurisprudenza di merito.

L'esclusione del carattere dirimente delle esigenze di tutela dell'embrione anche nella fase precedente l'impianto ha però come effetto di ridurre il conflitto di interessi sotteso a una vicenda come quella in esame a un confronto tra opposte istanze rivendicative di genere: un confronto in cui, da un lato, si fa valere il diritto della donna ad essere madre e, dall'altro, il diritto dell'uomo a non essere padre.

Ora, però, è chiaro che, se la Corte costituzionale avesse accolto questa logica rivendicativa e le sue necessarie premesse in termini di qualificazione della situazione dell'embrione *in vitro*, non avrebbe potuto far altro che rispondere positivamente all'appello di una parte della dottrina ad "assicurare il rispetto... di una eguale dignità costituzionale del diritto alla genitorialità dei due soggetti coinvolti nella vicenda procreativa, almeno quando... non siano ancora in gioco responsabilità nei confronti di chi possa vantare aspettative di vita... concretamente destinate a realizzarsi a prescindere da ulteriori scelte delle parti coinvolte nella relativa generazione"<sup>32</sup>. A quel punto la decisione della Corte costituzionale avrebbe dovuto essere senz'altro nel senso dell'accoglimento della censura prospettata dal giudice rimettente.

Tanto più che, come pure è stato rilevato, anche con riferimento alla tutela della salute le posizioni dell'uomo e della donna non sono poi così diverse. Infatti, se è del tutto ovvio quel che ha osservato la Corte nell'argomentare l'inammissibilità della censura formulata dal giudice rimettente con riferimento agli artt. 13 e 32 Cost., e cioè che l'impianto non è un trattamento sanitario a favore dell'uomo e che l'irrevocabilità del consenso non comporta alcuna coercizione fisica nei suoi confronti, sembra però sbrigativo ritenere

<sup>30</sup> Sul punto, come si diceva, si registra una sostanziale convergenza di opinioni tra Autori come Quadri e Ferrando, che pure risolvono la questione in esame in maniera opposta: il primo nel senso della prevalenza del diritto dell'uomo a non essere padre; la seconda nel senso della prevalenza del diritto della donna ad essere madre.

<sup>31</sup> Così QUADRI, *Se la situazione cambia*, cit., 655.

<sup>32</sup> Così QUADRI, *Se la situazione cambia*, cit., 657. Per considerazioni analoghe v. anche ID., *Impianto di embrioni crioconservati*, cit., 1355. Tale prospettiva, come si dirà meglio anche più avanti nel testo, è invece contestata da FERRANDO, *Separazione dei coniugi*, cit., 651 ss.

che un impianto contrario alla volontà dell'uomo – e dunque una paternità imposta – non abbia conseguenze sul suo benessere psichico<sup>33</sup>.

La stessa Corte, d'altra parte, ai fini della propria decisione di infondatezza della censura formulata con riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., riconosce un peso decisivo – anche se non esclusivo – all'incidenza sulla salute psicofisica della donna della revoca del consenso maschile e della conseguente impossibilità di procedere all'impianto.

In verità, con riferimento alla salute psicofisica della donna, la Corte insiste specialmente sulle conseguenze della frustrazione di quell'investimento fisico ed emotivo che si concretizza in pesanti – e rischiosi... – trattamenti di stimolazione ovarica, nel prelievo degli ovociti e negli ulteriori trattamenti sanitari prodromici all'impianto. E questo è certamente un investimento che non trova termini di paragone sul versante maschile. Come è stato giustamente osservato, però, se è questo l'investimento femminile che deve essere garantito dall'irrevocabilità del consenso maschile, allora non si comprende perché il punto di non ritorno debba essere identificato nella fecondazione dell'ovulo e non nello stesso accesso alla tecnica<sup>34</sup>.

In realtà, come già si è detto, se ci si pone nell'ottica della diversa rilevanza della situazione dell'embrione nelle differenti fasi in cui si articola il processo generativo in caso di ricorso alle tecniche, non sembra davvero possibile sfuggire alla necessità di evitare irragionevoli discriminazioni tra le contrapposte posizioni dell'uomo e della donna che hanno condiviso il progetto genitoriale. E ciò sia sotto il profilo dell'eguale rispetto dovuto all'autodeterminazione procreativa di entrambi sia sotto il profilo della tutela della loro salute psichica.

Sembra peraltro viziata da una prospettiva ideologica incompatibile col disegno costituzionale, l'opposta visione – anch'essa autorevolmente sostenuta – secondo cui una paternità imposta si giustifica semplicemente perché l'apporto dell'uomo alla generazione “si esaurisce con la fecondazione dell'ovocita, mentre la gravidanza è un'esperienza tutta al femminile che non può essere imposta ma neppure impedita”, sicché dovrebbe prendersi atto che “alla donna competono poteri di scelta sul processo generativo che all'uomo non spettano”<sup>35</sup>.

In effetti, certe affermazioni richiamano piuttosto alla mente quelle logiche tipicamente patrimoniali – e perciò chiaramente inconciliabili col valore sovrautilitaristico della persona su cui è fondato l'edificio costituzionale – per cui un conflitto di appartenenza in ordine ad una *res composita* è risolto a vantaggio di uno dei contendenti in base a un qualche criterio di prevalenza. Evidentemente, nella visione indicata, la ritenuta distinzione tra la situazione dell'embrione *in vitro* e quella dell'embrione impiantato è spinta fino al punto di riconoscere nel primo una qualsiasi *res* suscettibile di appropriazione individuale. Emerge con ciò tutta la sfuggente ambiguità dell'affermazione secon-

<sup>33</sup> In tal senso v. QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati*, cit., 1355.

<sup>34</sup> Ancora QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati*, cit., 1358 s.

<sup>35</sup> Così FERRANDO, *Separazione dei coniugi*, cit., 653.

do cui l'embrione *in vitro* è già vita umana, ma non è ancora persona umana<sup>36</sup>: un'affermazione che evidentemente non vale ad ostacolare certi approdi proprietari. Sul punto, però, come la Corte costituzionale non manca di ricordare, anche la Corte di Strasburgo è stata categorica: “human embryos cannot be reduced to possession”<sup>37</sup>.

In ogni caso, anche senza spingersi fino a questo estremo, e dunque anche a voler ammettere che si possa ancora differenziare tra embrione *in vitro* ed embrione impiantato e riconoscere al contempo che “l'unico punto realmente fermo risulti (solo) quello per cui [l'embrione *in vitro*] non è certamente ridicibile a mero materiale biologico”<sup>38</sup>, la prospettiva della crioconservazione *sine die* – l'unica alternativa davvero praticabile, allo stato della legislazione, all'impianto contrario alla volontà dell'uomo – non dovrebbe apparire particolarmente problematica. E certo non dovrebbe apparire più problematica della compressione dell'autodeterminazione maschile.

Come pure è stato osservato, peraltro, già in altre occasioni la Corte costituzionale è intervenuta a sanare un *vulnus* non più tollerabile ad interessi costituzionalmente rilevanti e ritenuti senz'altro prevalenti nel bilanciamento, lasciando poi al legislatore di completare il lavoro con l'introduzione di una qualche garanzia anche degli interessi soccombenti<sup>39</sup>. E così, nel caso in esame, in coerenza con l'indicato *downgrade* della posizione dell'embrione *in vitro* e con la sua soccombenza rispetto alla libertà dell'uomo di non essere padre, la Corte avrebbe potuto adottare subito una soluzione rispettosa di quest'ultimo valore, sollecitando al contempo il legislatore a farsi carico della sorte degli embrioni crioconservati, magari prevedendone l'accoglienza da parte di un'altra coppia.

## 5. La prospettiva dell'eguale tutela dell'embrione prima e dopo l'impianto

La Corte costituzionale non ha però accolto in alcun modo la prospettiva di una differenziazione *sub specie iuris* tra embrione *in vitro* ed embrione impiantato. L'affermazione

<sup>36</sup> Sempre FERRANDO, *Separazione dei coniugi*, cit., 651.

<sup>37</sup> L'affermazione è nella sent. cit. della Grande Camera della Corte di Strasburgo del 27 agosto 2015.

<sup>38</sup> Così QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati*, cit., 1360.

<sup>39</sup> L'osservazione è sempre di QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati*, cit., 1360, il quale fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2022. Com'è noto, infatti, quest'ultima decisione, in nome dell'eguaglianza tra i genitori e del definitivo superamento di una concezione patriarcale della famiglia, ha abrogato le norme che imponevano l'automatismo nell'attribuzione del cognome paterno, introducendo la diversa regola dell'automatismo del doppio cognome nell'ordine concordato tra i genitori e con possibilità di un diverso accordo tra gli stessi. Al contempo, però, la Corte ha invitato il legislatore a farsi carico sia di un intervento finalizzato ad impedire un meccanismo moltiplicatore che sarebbe lesivo della funzione identitaria del cognome sia di un intervento volto a garantire l'interesse del figlio a non vedersi attribuito un cognome diverso rispetto a quello dei fratelli e delle sorelle con pregiudizio anche del valore dell'identità familiare.

mazione per cui la dignità dell'embrione è riconducibile all'art. 2 Cost. è stata infatti riproposta dalla Corte senza operare distinzioni né graduazioni di alcun tipo. Per la Corte, insomma, alla scomposizione dell'unitario processo generativo in più fasi differenziate e controllabili dall'esterno – una scomposizione che è l'inevitabile portato del ricorso alle tecniche – non può corrispondere anche una “scansione giuridica” dei diversi passaggi con esigenza di rinnovazione del consenso in ogni fase<sup>40</sup>.

Una simile soluzione, del resto, s'impone per elementari esigenze di ragionevolezza. Infatti, se è vero che “la qualità umana, da sola, attribuisce diritti umani”<sup>41</sup>, allora, non solo considerare l'embrione *in vitro* mero materiale biologico, ma anche solo pretendere di differenziarne altrimenti la considerazione *sub specie iuris* rispetto all'embrione impiantato “significherebbe introdurre un criterio arbitrario di definizione della natura umana contrastante con la concezione dinamica dell'essere umano accolta dalla nostra Costituzione quale soggetto capace di sviluppo”<sup>42</sup>.

Ma allora la questione sollevata dal giudice rimettente avrebbe dovuto essere risolta dalla Corte semplicemente sulla base di questo argomento assorbente. E dunque limitandosi a far valere che la norma censurata esprime un bilanciamento legittimo solo perché permette l'impianto dell'embrione<sup>43</sup>.

D'altra parte, ribadire che l'embrione ha in sé il principio della vita umana, come la Corte fa anche in questo caso, non costituisce certo una forzatura ideologica<sup>44</sup>. Il dato scientifico conferma, infatti, che l'embrione risulta “già fornito dell'identità biologica di un nuovo essere umano (la mappatura di una nuova individualità), ossia l'unico e lo stesso essere vivente del futuro adulto umano che si dà attraverso un processo continuo di sviluppo, il quale, in assenza di fattori interni, può essere interrotto soltanto dall'esterno, ossia da meccanismi invasivi contrari al suo normale processo di crescita”<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Nel senso indicato v. già DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto*, cit., 615.

<sup>41</sup> Così P. PERLINGIERI, *La tutela dell'embrione*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 311.

<sup>42</sup> Così NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto bio-diritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 42. In argomento, da ultimo, v. anche BARONE, *Personalità dell'embrione e sperimentazione scientifica*, in “*La personalità umana nell'ordinamento giuridico*” di Pietro Perlingieri, cinquant'anni dopo. Atti del VI Convegno SISDiC Sicilia, 5 e 6 novembre 2021 a cura di CARAPEZZA FIGLIA, FREZZA, VIRGADAMO, Napoli, 2023, 3033 s.

<sup>43</sup> La soluzione accolta dal legislatore viene giustificata a tutela della sopravvivenza dell'embrione conteso tra gli adulti anche da BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, ora in *Persona e famiglia. Scritti di Francesco D. Busnelli*, Pisa, 2017 (ma già in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, 459 ss.), 195 s., il quale dunque si oppone con chiarezza alla prospettiva ermeneutica di una distinta considerazione giuridica della situazione dell'embrione prima e dopo l'impianto.

<sup>44</sup> Invero, secondo QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati*, cit., 1360, la Corte avrebbe avvertito l'esigenza di spendere anche altri argomenti al di là di quello della dignità dell'embrione, anche perché si sarebbe resa conto “di quanto possa risultare scivolosa ogni argomentazione in chiave di mancata tutela dell'embrione, per quella sua curvatura inevitabilmente ideologica che ha fatto ritenere via via sempre meno condivisibile, l'impostazione originaria, al riguardo, della legge n. 40”.

<sup>45</sup> Così DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto*, cit., 613.

A questo punto, però, nessun altro argomento sarebbe stato necessario al fine di riconoscere la ragionevolezza della regola sull'irrevocabile del consenso dell'uomo dopo la fecondazione. Tanto più che, come si è cercato di chiarire, l'argomento dedotto dalla garanzia del formarsi, nell'uomo, di una volontà consapevole e consapevolmente espressa non sembra mettere davvero a fuoco il problema posto dal giudice rimettente, mentre l'argomento della tutela della salute psicofisica della donna, per quanto di sicura presa emotiva, non sembra davvero concludente.

È vero piuttosto che l'argomento dell'eguale tutela dell'embrione prima e dopo l'impianto non sembra del tutto coerente con posizioni assunte in precedenza dalla stessa Corte costituzionale: in particolare, laddove ha considerato legittimo il temperamento della tutela dell'embrione con le esigenze di procreazione degli adulti, arrivando finanche a riconoscere la liceità della diagnosi preimpianto a limitati fini selettivi o ad ammettere un bilanciamento tra le aspettative di vita dell'embrione crioconservato e le esigenze della ricerca scientifica.

Si è trattato, in questi ultimi casi, di sviluppi che la Corte ha ritenuto di dover trarre, in forza del canone della ragionevolezza, da opzioni già operate dal legislatore del 2004. Nel caso in esame, tuttavia, la Corte sembra tornare a considerare con maggior rigore le esigenze di tutela dell'embrione al fine di permetterne l'impianto, sicché anche un diverso bilanciamento ad opera del legislatore, pure ammesso dalla Corte, non potrebbe non tener conto di questo dato.

In materia di tecniche procreative, del resto, dopo una controversa stagione interventista, caratterizzata da una serie di pronunce demolitorie talora oggetto di dure e autorevoli critiche<sup>46</sup>, ormai da diversi anni la Corte costituzionale, pronunciandosi ora nel senso problematico dell'inammissibilità ora, con maggior chiarezza, nel senso dell'infondatezza delle censure portate alla sua attenzione, manifesta comunque un atteggiamento di più equilibrato *self-restraint*, talora anche ridimensionando la portata di certe proprie affermazioni precedenti<sup>47</sup>.

Si tratta peraltro di un atteggiamento per cui, nella consapevolezza che la disciplina della materia è sempre meno caratterizzata da un rigoroso proibizionismo, non si esclude in genere la possibilità di ulteriori sviluppi, ma se ne riconosce con chiarezza il carat-

<sup>46</sup> Si allude, in particolare, alle critiche che hanno fatto seguito alle due sentenze della Corte costituzionale – la n. 162 del 2014 e la n. 96 del 2015 – che hanno aperto alla fecondazione eterologa e poi anche alla diagnosi preimpianto con limitata funzione selettiva: cfr. BUSNELLI, *Nascere (o anche "morire") con dignità: un difficile traguardo per l'embrione*, in *Persone e famiglia*, cit., 135 ss.; CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 67 ss.; ID., *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa e diritto privato*, 2014, 1105 ss.; OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2019, 494 ss.

<sup>47</sup> È ben noto, ad es., che, nella sent. n. 221 del 2019, che ha confermato la legittimità della scelta legislativa di impedire il ricorso alle tecniche procreative – segnatamente alla fecondazione eterologa – alle coppie di donne, la Corte costituzionale ha significativamente ridimensionato certe affermazioni sull'autodeterminazione riproduttiva della coppia contenute nella precedente sent. n. 162 del 2014.

tere discrezionale, preferendo lasciare che certe scelte, anche quando appaiano tutt'altro che libere, maturino comunque nel libero confronto democratico<sup>48</sup>. E non c'è dubbio che in tal modo la Corte preservi il suo ruolo istituzionale più di quanto non abbia fatto nella precedente stagione interventista<sup>49</sup>.

Ora, anche la decisione in esame si inserisce opportunamente in questa tendenza di maggior cautela. E, anzi, recuperando un certo rigore nella riaffermazione delle esigenze di tutela dell'embrione, ne interpreta al meglio lo spirito, evitando altresì con cura qualsiasi presa di posizione a favore di una riformulazione della regola dell'irrevocabilità del consenso.

## 6. Sfuggire alle “scelte tragiche”

Rimane il disagio di fronte a una soluzione che impone all'uomo una paternità non voluta. È questo il secondo nodo problematico sul quale ci si propone di sollecitare qui una riflessione. Ma a questo punto sono sufficienti solo poche battute.

In effetti, anche laddove ci si ponga nella prospettiva *de iure condendo* pure indicata dalla Corte, non sembra che siano prospettabili soluzioni alternative appaganti. Non

---

<sup>48</sup> Quando si parla di scelte non propriamente libere rimesse al legislatore dal Giudice delle leggi il riferimento è alla decisione della Corte n. 84 del 2016 sulla possibile destinazione alla ricerca scientifica degli embrioni “abbandonati”: quelli definitivamente esclusi da qualsivoglia progetto procreativo e, quindi, destinati alla crioconservazione *sine die* fino alla loro naturale estinzione. La sent. cit. è pubblicata, tra l'altro, in *Foro it.*, 2016, 1509 ss., con nota di CASABURI, *La Corte costituzionale e la l. 40/04: ritorno all'ordine?*; in *Giur. it.*, 2017, 307 ss. sono pubblicate le note di CARUSI, *La Corte costituzionale e lo statuto dell'embrione* e di RIVERA, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione degli embrioni*; in argomento v. anche BARONE, *Personalità dell'embrione e sperimentazione scientifica*, cit., 297 ss. Con la decisione indicata la Corte ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale della norma che vieta la ricerca sugli embrioni anche laddove sia accertato che essi non siano più impiegabili a fini procreativi. E ciò perché la “scelta tragica” tra il rispetto del principio della vita, che l'embrione ha pur sempre in sé, e le esigenze della ricerca scientifica è stata considerata “di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato d[ella] Corte”, dovendo piuttosto essere riservata al legislatore quale “interprete della collettività”. In realtà, come ha opportunamente rilevato BUSNELLI, *Nascere (o anche “morire”) con dignità*, cit., 141, qui la Corte non rimane affatto neutrale, in quanto essa “non chiede al legislatore, al di là della formulazione letterale del quesito, una scelta tra un *non liquet* (o meglio, un silenzio confermativo dello *status quo*) e una riconsiderazione legislativa della soluzione da dare al problema di partenza. Vuole quest'ultima. Chiede al legislatore di tradurre sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale; chiede, più specificamente, di dare risposta al problema – suscitato dal caso concreto – di una diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione, auspicata dal rimettente, di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica”.

<sup>49</sup> Sul punto v. ora gli opportuni rilievi adesivi di RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo*, cit., 216 ss.

sembra in particolare una soluzione priva di problemi neppure l'ipotesi dell'inefficacia sopravvenuta del consenso prestato alla tecnica a séguito del verificarsi di eventi che determinino il venir meno dei requisiti di accesso con possibilità di accoglienza dell'embrione da parte di un'altra coppia. E ciò non solo per la donna, che si vedrebbe comunque costretta a rinunciare alla maternità, ma, a ben vedere, anche per il nascituro.

Non sembra insomma che ci sia davvero la possibilità di sottrarsi a una "scelta tragica": la crisi del rapporto di coppia intervenuta tra la fecondazione *in vitro* e l'impianto finisce comunque per produrre una grave sofferenza esistenziale dell'uomo e/o della donna connessa ora a una paternità non voluta ora a una maternità negata ora semplicemente a una stasi criogenica *sine die*. Bisogna prendere atto, allora, che è il fatto stesso del ricorso alle tecniche procreative a determinare il rischio di trovarsi in una simile *impasse*.

Il legislatore del 2004, nel consentire il ricorso alle tecniche omologhe, si era illuso di neutralizzare – o comunque di marginalizzare – certi rischi con la previsione di un limite legale alle tecniche ammesse consistente nel divieto di creare più di tre embrioni da destinare ad un unico e contemporaneo impianto. Com'è noto, però, per restituire ogni scelta sul numero degli embrioni da produrre e da impiantare allo specifico contesto terapeutico, e dunque alle decisioni maturate nel dialogo tra il medico e la coppia, alla Corte costituzionale è bastato prendere atto che, in realtà, è la stessa ammissibilità della tecnica – sia pure al solo fine di porre rimedio alla sterilità della coppia rigorosamente accertata e non altrimenti superabile – a consentire un affievolimento della tutela dell'embrione allo scopo di garantire le esigenze di procreazione degli adulti<sup>50</sup>.

È vero che certe derive della "cultura del desiderio" e poi l'ulteriore approdo alla "cultura dello scarto" – la successiva apertura alla fecondazione eterologa<sup>51</sup> e poi anche alla diagnosi preimpianto con finalità selettive<sup>52</sup> – erano tutt'altro che necessarie nel rispetto del sistema della legalità costituzionale<sup>53</sup>. Ma è vero anche che il germe della "cultura del desiderio" era già presente in un testo normativo che, anche nella sua redazione originaria, per quanto ben più restrittiva di quella attuale, consentiva comunque il ricorso alle tecniche omologhe quale soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità umana, determinando così un primo *vulnus* alla dignità del nascere dell'uomo<sup>54</sup>. E con

<sup>50</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 151 del 2009, par. 6.1, in diritto.

<sup>51</sup> Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 162 del 2014.

<sup>52</sup> Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 96 del 2015.

<sup>53</sup> Sul punto è sufficiente rinviare ancora una volta alle considerazioni svolte da BUSNELLI, *Nascere (o anche "morire") con dignità*, cit., 135 ss.

<sup>54</sup> Al riguardo sia consentito rinviare alle considerazioni già svolte in *La norma personalista, la famiglia fondata sul matrimonio e il diritto alla genitorialità naturale*, in *Jus*, 2021, spec. 449 ss., ove si è provato ad argomentare la tesi secondo cui il rispetto della norma personalista a fondamento del progetto costituzionale, dovrebbe esigere la negazione di qualsiasi diritto degli adulti a procreare con metodi diversi da quello naturale e, in positivo, il riconoscimento di un diritto fondamentale della persona alla genitorialità naturale. Infatti, solo se il c.d. diritto a procreare si atteggia semplicemente come libertà di diventare genitori attraverso l'esercizio della sessualità rimane aperta la possibilità che, con riferimento al nascere dell'uomo, il "provenire da", che è proprio di ogni vita che nasce, non degradi

ciò l'ingresso in quel vicolo cieco in cui il prezzo del desiderio rischia di essere, almeno per qualcuno dei soggetti coinvolti, un'ineludibile sofferenza esistenziale.

## ABSTRACT

Dopo aver riconosciuto la liceità della diagnosi preimpianto a limitati fini selettivi e la legittimità di un bilanciamento tra le aspettative di vita dell'embrione crioconservato e le esigenze della ricerca scientifica, con la decisione in esame la Corte costituzionale sembra tornare a considerare con maggior rigore le esigenze di tutela dell'embrione, riconoscendo la legittimità della regola sull'irrevocabilità del consenso dell'uomo alle tecniche di procreazione medicalmente assistita dopo la fecondazione *in vitro* dell'ovulo. Secondo la Corte tale regola realizza infatti un bilanciamento non irragionevole tra i diversi interessi antagonisti: un bilanciamento che trova una giustificazione decisiva nell'impossibilità di operare una distinzione tra la posizione dell'embrione *in vitro* e quella dell'embrione impiantato. Una soluzione che impone all'uomo una paternità non più voluta può mettere a disagio. Ma è il prezzo della scelta di assecondare la "cultura del desiderio" attraverso il ricorso alle tecniche procreative.

*After recognising the legitimacy of pre-implantation diagnosis for limited selective purposes and also of a balancing between the life expectancy of the cryopreserved embryo and the needs of scientific research, with this decision the Constitutional Court seems to return to consider more rigorously the protection of the embryo, recognizing the legitimacy of the rule on the irrevocability of the man's consent to the artificial reproductive technologies after the *in vitro* fertilization of the egg. According to the Court, this rule realizes a reasonable balancing between the various antagonistic interests, mainly founded on the impossibility of a real distinction between the situation of the *in vitro* embryo and the one of the implanted embryo. A solution that imposes to the man an unwanted parenthood could be considered as a tricky one, but is the price of choosing to support the "culture of desire" through the artificial reproductive techniques.*

---

a un "essere prodotto da". Diversamente, pure la relazione umana originaria finirebbe fatalmente per essere consegnata a dinamiche tipiche del mondo delle cose. È quel che avviene in ogni caso di ricorso alle tecniche riproduttive. Come è stato osservato da un chiaro Autore, infatti, la tecnica "trasforma la generazione umana in una relazione di mero possesso, in cui i gameti... sono ridotti a una cosa che serve per costruire colui che dovrà nascere, visto come un mero prodotto, e non come un dono che l'amore dei coniugi e la natura danno all'uomo e alla donna" [così RONCO, *Aporie e contraddizioni della fecondazione eterologa*, ora in *Id.*, *Scritti patavini*, II, Torino 2017 (lo scritto è del 2016), 1891 ss.]. Ora, è certamente vero, come evidenzia lo stesso Autore cit., che il significato autentico della generazione umana è "ancora presente, sia pure in modo incompleto, nella *fivet omologa*". Ma la rilevata incompletezza di significato personalistico della generazione è già un indice sufficiente dell'esistenza di un pregiudizio al valore sovrautilitaristico della persona. Si tratta di un pregiudizio che può certamente apparire meno grave di quello che si realizza col ricorso alla tecnica eterologa. Non sembra però discutibile che un pregiudizio sussista anche in caso di ricorso alla tecnica omologa.