

Questioni di attualità

La procreazione medicalmente assistita ancora al vaglio della Corte costituzionale

Quali limiti alla revoca del consenso?

di Tessa Onida

Il tema

Con la sentenza del 24 luglio 2023, n. 161, la Corte costituzionale¹ torna a occuparsi di un tema – quello della procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti PMA) – sul quale la stessa Corte si era già espressa con delle pronunce che avevano inciso in modo importante sulla disciplina dettata dal legislatore con la legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. Tanto è vero che la sentenza che ci accingiamo ad analizzare si può considerare, in un certo senso, come una conseguenza (entro certi limiti addirittura prevedibile) delle precedenti pronunce emanate dalla Corte costituzionale sul tema della PMA, in particolare, della sentenza 13 maggio 2009, n. 151 e della sentenza 14 marzo 2015, n. 96. Infatti, con queste due pronunce la Corte costituzionale – dichiarando l'incostituzionalità dei limiti che il legislatore aveva previsto per procedere all'impianto dell'embrione con la legge n. 40 del 2004 perché lesivi dell'integrità psicofisica della donna e, quindi, non conformi ai principi sanciti nella Costituzione – ha fatto cadere il generale divieto di crioconservazione degli embrioni², trasformando la crioconservazione degli embrioni da eccezione a regola³ e ha

- 1 Corte costituzionale, 24 luglio 2023, n. 161. Cfr. sul sito: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2023:161.
- 2 L'ipotesi della loro crioconservazione era in linea generale vietata dall'articolo 14, comma 1 della legge 40 del 2004 e costituiva, pertanto, un'evenienza del tutto eccezionale, consentita solo «per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» e, in ogni caso, l'impianto si sarebbe dovuto realizzare «non appena possibile» (articolo 14, comma 3, della legge 40 del 2004).
- 3 In particolare con la sentenza n. 151 del 2009 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» e dell'articolo 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 della stessa legge «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». Si precisava inoltre che la «tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione». Tale sentenza ha quindi sottolineato che il numero massimo di embrioni da creare e l'unico e contemporaneo impianto, da un lato comportavano «la necessità della moltiplicazione dei cicli di fecondazione», con «l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate»; dall'altro, determinavano «un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza



Dipartimento
per le politiche della famiglia
Presidenza del Consiglio dei Ministri



Piazza SS. Annunziata, 12 · 50122 Firenze
tel. 055 2037363 · fax 055 2037205
biblioteca@istitutodegliinnocenti.it
minori.gov.it
minoritoscana.it
istitutodegliinnocenti.it

Il presente documento fa parte di *Rassegna giuridica infanzia e adolescenza*, periodico trimestrale già registrato presso il Tribunale di Firenze con n. 4963 del 15/05/2000.

consentito anche alle coppie fertili l'accesso alla PMA con diagnosi preimpianto⁴. A queste pronunce, per una maggiore completezza, si deve aggiungere anche un altro importante intervento, sempre a opera della Corte costituzionale che ha ulteriormente modificato l'impianto originario della legge n. 40 del 2004: con sentenza 10 giugno 2014, n.162 è stata infatti sancita l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, aprendo alla possibilità di ricorrere alla fecondazione con gamete maschile di donatore esterno alla coppia nei casi in cui sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili.

Il mutato quadro normativo, con particolare riferimento alla questione della crioconservazione ha quindi creato le condizioni che hanno reso necessaria la nuova pronuncia della Corte costituzionale⁵ per chiarire i limiti temporali entro i quali la parte maschile della coppia che intraprende un percorso finalizzato a giungere a una PMA possa (eventualmente) revocare il consenso dato all'impianto dell'embrione. Non è che questo aspetto non

di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze».

4 Con la sentenza n. 96 del 2015 la Corte costituzionale è invece intervenuta sulle norme (gli articoli 1 del codice civile, 1, 2 e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004 che non consentivano il ricorso alla PMA alle coppie che, benché fertili, fossero tuttavia portatrici di «gravi patologie genetiche ereditarie», accertate da apposite strutture pubbliche, «suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni» e rispondenti ai criteri di gravità di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*. In particolare la sentenza ha riguardato il divieto di accesso alla PMA derivante dalle suddette norme, che risultava contraddittorio rispetto alla previsione (recata dall'articolo 6, comma 1, lettera b) della legge n. 194 del 1978, che invece consente a tali coppie di perseguire «l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali». Tale divieto è stato quindi giudicato lesivo dell'articolo 32 della Costituzione, perché non permetteva di far acquisire prima alla donna un'informazione tale da consentirle di evitare di assumere dopo una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute: il *vulnus* così procurato al diritto alla salute della donna non aveva, peraltro, «un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto». Con questa sentenza, dunque, la Corte costituzionale ha ritenuto che la normativa denunciata costituisse il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco con la conseguenza, però, che il divieto di crioconservazione – originariamente previsto in modo rigoroso dalla legge sulla PMA – ha subito, di fatto, una ulteriore deroga, perché i tempi e i modi della diagnosi preimpianto risultano, allo stato delle conoscenze scientifiche, incompatibili con il breve arco temporale in cui è possibile impiantare gli embrioni senza congelarli.

5 La sentenza 9 maggio 2003, n. 161.

fosse stato disciplinato dal legislatore nella legge sulla PMA ma tale disciplina era stata prevista in un contesto nel quale l'impianto dell'embrione avrebbe dovuto avere luogo in tempi brevi e, quindi, correttamente il giudice *a quo*⁶ ha portato nuovamente il tema davanti al giudice delle leggi quando gli è stato chiesto di obbligare una clinica a impiantare a una donna un embrione che era stato crioconservato per circa tre anni dopo che questa si era legalmente separata dal marito (donatore dello sperma) e dopo che quest'ultimo aveva comunicato alla clinica la revoca del suo consenso all'impianto dell'embrione, oltre al fatto che erano venute meno le condizioni che la legge richiede a una coppia per poter ricorrere alla PMA⁷. Infatti in tale contesto era senz'altro corretto interrogarsi sul modo nel quale procedere perché è vero che la legge n. 40 del 2004 stabiliva l'irrevocabilità del consenso dato dall'uomo all'impianto dell'embrione e che tale disciplina non era stata interessata dalle passate pronunce della Corte costituzionale, ma è anche vero che questa previsione era destinata a riguardare un limitato lasso di tempo che adesso, con la caduta del divieto di crioconservazione, si è fortemente dilatato⁸. Chiaramente una cosa è prevedere che tale consenso – quando validamente prestato – resti irrevocabile per uno o due mesi, un'altra questione è invece prevedere che tale consenso sia irrevocabile anche dopo anni e dopo che sono venute meno le condizioni che la legge n. 40 del 2004 richiede alle coppie per potersi sottoporre a un percorso finalizzato a una PMA. Del resto, che il tema della possibilità di revoca del consenso prestato da parte dell'uomo necessitasse di una riflessione a beneficio sia delle coppie che ricorrono alla PMA, sia degli operatori del settore, è testimoniato dall'attiva partecipazione al giudizio davanti alla Corte costituzionale anche della clinica alla quale la donna chiedeva di procedere all'impianto dell'embrione nonostante la revoca del consenso comunicata dall'ex marito: senza una direttiva chiara in tal senso, infatti, gli operatori non avrebbero saputo come comportarsi in casi come questo, oltre a trovarsi esposti a prevedibili e pesanti richieste di risarcimento sia che avessero

6 È l'espressione con la quale comunemente si indica il giudice che solleva una questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale.

7 In particolare l'articolo 5 della legge n. 40 del 2004 prevede che «fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

8 Potenzialmente in modo indefinito, fatto salvo il limite che tutti e due i soggetti che hanno intrapreso il percorso per giungere a una PMA devono essere viventi.

provveduto all'impianto (da parte dell'uomo che sarebbe diventato padre contro la sua volontà) sia che si fossero rifiutati di farlo (in tal caso da parte della donna alla quale veniva impedito di diventare madre).

Peraltro, come annota la stessa Corte costituzionale in chiusura della sentenza, si tratta di questioni controverse che si collocano al limite di quelle che sono state definite «scelte tragiche [...], in quanto caratterizzate dall'impossibilità di soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti nella fattispecie» – tutti meritevoli di tutela – per i quali, a ben vedere, non vi è unanimità di vedute all'interno dell'Unione europea. Così nulla esclude che il legislatore intervenga nuovamente su questo tema, facendo anche una scelta diversa da quella attuale, purché compatibile con i principi indicati dalla stessa Corte costituzionale nelle sue pronunce.

Il fatto storico, illustrato sopra nei suoi tratti essenziali, è semplice: di fronte alla richiesta di una donna che chiedeva di obbligare la clinica (dove aveva intrapreso il percorso per giungere a una PMA) a impiantarle un embrione crioconservato da circa tre anni nonostante l'espressa opposizione dell'ex partner, il Tribunale ordinario di Roma, in composizione monocratica, con ordinanza del 5 giugno 2022, sollevava – in riferimento agli articoli 2, 3, 13, comma 1, 32, comma 2, e 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'articolo 8 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo – una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 3, ultimo periodo, della legge, n. 40 del 2004 che dispone, al terzo periodo, che tale volontà «può essere revocata da ciascuno dei soggetti [...] fino al momento della fecondazione dell'ovulo»⁹. Secondo il giudice remittente, infatti, la norma censurata pregiudicherebbe il diritto di scelta dell'uomo in ordine alla decisione di voler o meno diventare padre quando, a causa degli anni trascorsi nel frattempo, l'impianto venga chiesto in presenza di una situazione radicalmente diversa da quella esistente al momento della manifestazione della volontà e, ciò, non solo perché è venuto meno il progetto di coppia, ma anche perché non sussistono più le condizioni che l'articolo 5, comma 1, della legge n. 40 del 2004 richiede alle coppie per intraprendere il percorso di PMA non essendo più conviventi¹⁰.

9 Nei due periodi precedenti si prevede che la volontà di accedere alle tecniche di PMA è espressa dai componenti della coppia «per iscritto congiuntamente al medico responsabile» della struttura sanitaria autorizzata ad applicare le tecniche medesime (primo periodo) e che tra «la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni» (secondo periodo).

10 Inoltre, secondo il giudice remittente, l'articolo 3 della Costituzione, che sancisce il principio di uguaglianza, sarebbe violato anche sotto il

Tuttavia la Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione sollevata, giudicando non irragionevole il bilanciamento operato dal legislatore nel censurato articolo 6, comma 3, ultimo periodo, della legge n. 40 del 2004 anche nella situazione prospettata¹¹. Infatti, osserva la Corte costituzionale, nel caso in cui «si considerino la tutela della salute fisica e psichica della madre, e anche la dignità dell'embrione» risulta non irragionevole la compressione, in ordine alla prospettiva di una paternità, della libertà di autodeterminazione dell'uomo. Inoltre, posto che già la legge n. 40 del 2004 dà solennità alla scelta da parte dell'uomo di diventare padre tramite PMA prevedendo un termine non inferiore a sette giorni per ripensarci¹², si può affermare che la scelta della donna di procedere ugualmente con l'impianto dell'embrione sia logicamente assimilabile alla scelta di una qualunque donna di portare in fondo una gravidanza anche contro la volontà del padre del concepito. Infatti, anche in tale ipotesi – che non rappresenta sicuramente un caso controverso – la donna viene a trovarsi in una posizione privilegiata in ordine al destino del concepito¹³ che fa perdere rilevanza giuridica alle scelte di chi diventerà padre anche contro la sua volontà una volta avvenuta la fecondazione dell'ovocita¹⁴.

profilo della disparità di trattamento, perché l'irrevocabilità della volontà sacrificerebbe soltanto la libertà individuale dell'uomo, potendo invece la donna sempre rifiutare il trasferimento in utero dell'embrione formatosi a seguito della fecondazione, che non potrebbe esserle imposto in quanto lesivo della sua integrità psicofisica. Infine il giudice remittente ipotizza anche che la norma che impedisce la revoca del consenso si porrebbe in contrasto con l'articolo 32, comma 2 della Costituzione, giacché assoggetterebbe l'uomo a un trattamento sanitario obbligatorio, ma si tratta di argomentazioni evidentemente di minor valore.

11 Più esattamente la Consulta ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 3, ultimo periodo, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, sollevate, in riferimento agli articoli 13, comma 1, e 32, comma 2, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Roma, in composizione monocratica, con l'ordinanza indicata in epigrafe e non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 3, ultimo periodo, della legge n. 40 del 2004, sollevate, in riferimento agli articoli 2, 3 e 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'articolo 8 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, dal Tribunale ordinario di Roma.

12 Infatti l'articolo 6, del codice civile, 1, 2, 3, primo e secondo periodo, e 5 prevedono un rigoroso percorso diretto a garantire la piena informazione e responsabilizzazione dei richiedenti che culmina con un periodo non inferiore a sette giorni per poter esercitare uno *ius poenitendi* assicurando, in questo modo, l'esistenza di un consenso convinto e consapevole.

13 In una situazione che ricorda da vicino la figura del diritto potestativo.

14 Questa conclusione della Corte costituzionale si pone in sintonia anche con l'orientamento che la Corte stessa relativamente alla tutela degli embrioni e del loro diritto a nascere.

L'evoluzione giurisprudenziale

Per quanto possa sembrare contraddittorio la verità è che l'unica evoluzione giurisprudenziale che si è avuta con la sentenza in analisi è consistita nell'affermazione da parte della Corte costituzionale che non è necessaria nessuna evoluzione giurisprudenziale relativamente alla possibilità di revoca del consenso prestato dall'uomo all'impianto dell'embrione rispetto a come questo tema è stato disciplinato dalla legge n. 40 del 2004¹⁵. Infatti, la questione sollevata dal giudice remittente era essenzialmente se si potesse considerare ancora valida la disposizione che impedisce all'uomo di revocare il consenso prestato – se non entro una settimana da quando ciò è avvenuto di fronte al medico responsabile della struttura sanitaria – anche a fronte di una richiesta da parte della donna di procedere a un impianto anche dopo alcuni anni da quando l'uomo aveva dato il suo assenso e nonostante che adesso quest'ultimo non fosse più assolutamente d'accordo. La risposta della Corte costituzionale è stata affermativa nel senso che il consenso prestato dall'uomo resta comunque irrevocabile anche a distanza di anni e, quindi, tarpa ogni possibilità di interpretazione alternativa di questa norma. Inoltre, per quanto non siano atti emanati dai vertici del nostro sistema giurisdizionale, le uniche pronunce che costituiscono dei precedenti su questo tema erano già andate esattamente nella stessa direzione che la Corte costituzionale ha adesso avallato con la sentenza n. 161 del 24 luglio del 2023. In particolare, si tratta delle ordinanze 27 gennaio 2021 e 11 ottobre 2020 del Tribunale ordinario di Santa Maria Capua Vetere che, sulla scorta del principio affermato dalla Corte di cassazione nell'ordinanza emessa dalla Sezione civile VI, sottosezione prima, del 18 dicembre 2017, n. 30294, aveva ordinato di procedere all'impianto in una fattispecie analoga a quella sottoposta alla Consulta dal Tribunale di Roma.

¹⁵ Come abbiamo già avuto modo di ricordare, infatti, l'articolo 6, comma 3, ultimo periodo, della legge n. 40 del 2004 dispone che tale volontà «può essere revocata da ciascuno dei soggetti [...] fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

Nozioni di riferimento

Procreazione medicalmente assistita (PMA): comunemente detta fecondazione artificiale, è l'insieme delle tecniche utilizzate per aiutare il concepimento nei casi in cui, nell'ambito della coppia, il concepimento spontaneo è impossibile o estremamente remoto e nei casi in cui altri interventi farmacologici e chirurgici siano inadeguati per raggiungere lo scopo.

La PMA si avvale di diversi tipi di tecniche che comportano la manipolazione di ovociti, spermatozoi o embrioni nell'ambito di un trattamento finalizzato a realizzare una gravidanza. Queste metodiche sono rappresentate da diverse opzioni terapeutiche suddivise in tecniche di I, II e III livello in base alla complessità e al grado di invasività tecnica che le caratterizza:

- le metodiche di I livello sono semplici, poco invasive e caratterizzate dal fatto che la fecondazione si realizza all'interno dell'apparato genitale femminile;
- le tecniche di II e III livello sono invece più complesse e invasive e prevedono che la fecondazione avvenga in vitro.

In Italia la materia è disciplinata dalla legge 40 del 2004 e dalle linee guida del Ministero della salute approvate con decreto 1° luglio 2015, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*.

Estendendo lo sguardo a esperienze di Paesi diversi si segnala che, in ambito europeo, tutti i centri per la PMA fanno capo alla *European society of human reproduction and embryology* (Eshre). Nel 1999, nel corso di un convegno a Tours in Francia, la Eshre ha allestito un registro, chiamato *European Ivf Monitoring*, con lo scopo di realizzare un programma di raccolta dati a livello europeo sulla PMA.

Nel registro oggi sono presenti 25 Paesi fra quelli facenti parte dell'Unione europea e non. In Italia, il Registro nazionale della procreazione medicalmente assistita è stato istituito nel 2005: è gestito dall'Istituto superiore di sanità che raccoglie i dati delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di PMA, degli embrioni formati e dei nati con tecniche di PMA e li elabora per la Relazione annuale¹⁶ al Parlamento consentendo una

¹⁶ Per gli approfondimenti sulle Relazioni annuali che il Ministro della salute presenta al Parlamento in merito allo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di Procreazione medicalmente assistita (articolo 15 della legge n. 40 del 2004,) si veda il sito: <https://www.epicentro.iss.it/pma/mondo>.

visione costante del trend negli anni, anche al fine di consentire la trasparenza e la pubblicità delle tecniche di procreazione medicalmente assistita adottate e dei risultati conseguiti.

Interesse del minore: con riferimento alla tematica affrontata in questo contributo secondo la Corte costituzionale la considerazione dell'interesse del minore a un contesto familiare non conflittuale non può arrivare al punto da far ritenere che integri una condizione esistenziale talmente decisiva, da far preferire la non vita; lettura che, tra l'altro, si pone in sintonia anche con l'orientamento della Corte costituzionale relativamente al diritto dell'embrione a nascere che non costituisce un diritto assoluto ma che è comunque un diritto.

Riferimenti normativi

Convenzione europea per i diritti dell'uomo
Costituzione (artt. 2, 31 comma 2, e 32)

Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita

Ministero della salute, *decreto ministeriale 1 luglio 2015, Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*

Legge 22 dicembre 2017, n. 219, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento

Riferimenti giurisprudenziali

Corte costituzionale

Corte costituzionale, ordinanza 31 marzo 1988, n. 389

Corte costituzionale, sentenza 8 maggio 2009, n. 151

Corte costituzionale, sentenza 5 giugno 2015, n. 96

Corte costituzionale, sentenza 24 luglio 2023, n. 161

Corte di cassazione civile

Cassazione civile, sez. VI, ordinanza 18 dicembre 2017, n. 30294

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 7 marzo 2022, n. 7412

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 13 luglio 2022, n. 22179

Cassazione civile, Sez. unite, sentenza 30 dicembre 2022 n. 38162

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza, 2 agosto 2023, n. 23527

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza, 29 agosto 2023, n. 25436

Corte europea per i diritti dell'uomo

Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenza 10 aprile 2007, *Evans v. Regno Unito*

Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenza 22 gennaio 2008, *E. B. c. Francia*

Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenza 8 novembre 2011, *V. C. c. Slovacchia*

Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenza 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia, ricorso 54270/10*

Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenza 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia, ricorso n. 25358/12*

Sul tema della PMA si vedano anche:

Corte europea per i diritti dell'uomo, Sez. I, sentenza 30 maggio 2023, *Nuti e Dallabora e altri c. Italia* ricorsi nn. 47998/2020 e 23142/2021

Corte europea per i diritti dell'uomo, Sez. I, sentenza 30 maggio 2023, *Modanese e altri c. Italia*, ricorso n. 59054/19

Corte europea per i diritti dell'uomo, Sez. V, sentenza 7 settembre 2023, ricorsi numero 21424/16 e 45728/17