

### **Procreazione medicalmente assistita e irrevocabilità del consenso della donna: obbligo illegittimo o obbligo-fantasma?**

**Sommario:** 1. *La Corte costituzionale e l'irrevocabilità del consenso maschile all'impianto dell'embrione.* – 2. *La non revocabilità della volontà espressa “da ciascuno dei soggetti” e le conseguenti situazioni giuridiche obbligatorie.* – 3. *L'indebita sovrapposizione tra obbligatorietà e coercibilità.* – 4. *Un trattamento sanitario obbligatorio costituzionalmente illegittimo a carico della donna.* – 5. *Un'occasione mancata per una dichiarazione di illegittimità costituzionale?*

#### **1. La Corte costituzionale e l'irrevocabilità del consenso maschile all'impianto dell'embrione**

Con la sentenza n. 161/2023 la Corte costituzionale ha deciso una questione di legittimità riguardante il contenuto normativo dell'art. 6, c. 3, u.p., della l. n. 40/2004 in tema di procreazione medicalmente assistita. Nel suo insieme, l'art. 6, c. 3, regola il consenso che i componenti della coppia che decide di ricorrere alle tecniche di Pma sono chiamati a manifestare, dopo aver ricevuto dal medico le pertinenti informazioni di carattere sanitario (e perfino di carattere bioetico e giuridico). Nella disposizione vengono disciplinati forma, tempi ed effetti del consenso, specificandosi in particolare che “la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto”, che “tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni” e che, infine, “la volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo”.

Proprio quest'ultimo profilo è oggetto di censura da parte dell'autorità giudiziaria rimettente, sebbene esclusivamente con riguardo alla posizione del *partner* maschile della coppia – evidentemente per ragioni legate anzitutto all'oggetto del giudizio *a quo* e dunque alla rilevanza della questione. In punto di non manifesta infondatezza, infatti, il giudice *a quo* prospetta il contrasto con una pluralità di parametri costituzionali della irrevocabilità del consenso maschile all'impianto intrauterino dell'embrione nella donna: irrevocabilità che si produce a partire dal momento dell'avvenuta fecondazione dell'ovulo e, permanendo *sine die*, può perfino comportare (come nel caso affrontato nel giudizio principale) il prodursi di una paternità non più voluta in quanto destinata a verificarsi in un periodo anche di molto successivo alla manifestazione del consenso, quando l'*affectio* interna alla coppia sia oramai tramontata. Le norme costituzionali che nell'ordinanza di rimessione si assumono violate sono quelle desunte dagli artt. 2, 3, 13, c. 1, e 32, c. 2, Cost., nonché l'art. 117, c. 1, Cost. in relazione al diritto al rispetto della vita privata e familiare protetto dall'art. 8 Cedu.

Nonostante in più parti della pronuncia la Corte renda esplicita la sua consapevolezza della “delicatezza” e della “complessità” della questione che è chiamata a valutare (1), essa comunque decide per il rigetto della questione, ritenendola in parte inammissibile (in riferimento agli artt. 13, c. 1, e 32, c. 2, Cost. per carenza di motivazione sul punto dell’ordinanza di rimessione), in parte infondata (in relazione ai restanti parametri). La conclusione è che, quindi, l’irrevocabilità legislativamente stabilita del consenso maschile appare “ancora esprimere un bilanciamento che non sconfina nella irragionevolezza”, essendo in grado di salvaguardare sia la salute della donna sia la dignità dell’embrione crioconservato, e venendo ritenuta accettabile la connessa compressione della libertà di autodeterminazione dell’uomo in ordine alla paternità. Ad ogni modo, le ultime righe della motivazione lasciano chiaramente intendere che il punto di equilibrio raggiunto nella disciplina scrutinata non è l’unico legittimo, precisandosi però che può essere soltanto il legislatore a introdurre (sempre entro i confini della ragionevolezza) un assetto normativo che contemperì in maniera diversa gli interessi costituzionali in gioco.

Le brevi osservazioni critiche che seguiranno, tuttavia, non saranno focalizzate sul contenuto per così dire “principale” della sentenza n. 161/2023, che del resto è già stata oggetto di una pluralità di analisi da parte della dottrina alle quali si rinvia senz’altro (2). Il profilo della decisione che si intende qui rapidamente esaminare attiene invece a quegli speditivi passaggi dell’argomentazione in cui la Corte sembra non rilevare alcuna sostanziale operatività nei confronti della donna del disposto dell’art. 6, c. 3, u.p., l. n. 40/2004, e del vincolo giuridico della irrevocabilità del consenso all’impianto che esso espressamente stabilisce.

## 2. La non revocabilità della volontà espressa “da ciascuno dei soggetti” e le conseguenti situazioni giuridiche obbligatorie

(1) Viene anche osservato dalla Corte come la disciplina sulla irrevocabilità del consenso giunga a lambire il terreno normativo di quelle “scelte tragiche” (tragiche “in quanto caratterizzate dall’impossibilità di soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti nella fattispecie”) che, con riguardo a differenti questioni, la stessa Corte ricorda di aver già evocato in precedenti pronunce (sent. n. 118/1996, n. 84/2016, n. 14/2023).

(2) V., ad esempio, 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 <www.questionegiustizia.it>, 16 ottobre 2023; E. Crivelli, *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)*, in <www.federalismi.it>, 20 settembre 2023, 122 ss.; S. Niccolai, *Una decisione di infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore? Scelte tragiche e tragiche non scelte in Corte cost. n. 161/2023*, in <www.diritticomparati.it>, 16 ottobre 2023; S. Talini, *Diritto all’impianto e revoca del consenso del padre. Nel “labirinto” della legge n. 40 del 2004*, in <www.giurcost.org>, 3 ottobre 2023.

Il tenore letterale della disposizione appena menzionata individua con precisione, come si è già rilevato, il termine ultimo entro il quale il consenso al procedimento di Pma può essere ritirato, fissandolo nel momento della avvenuta fecondazione dell’ovulo. Altrettanto esplicitamente, tale termine viene configurato come vincolante sia per l’uomo che per la donna: infatti, se in base al disposto “ciascuno dei soggetti” può revocare la volontà soltanto fino alla fecondazione, dopo – a tutta evidenza – nessuno dei due è più abilitato a farlo.

Il senso normativo della irrevocabilità del consenso appare limpido: dal punto di vista legislativo la creazione dell’embrione sottrae i passaggi successivi della procreazione medicalmente assistita al dominio della mera volontà dei componenti della coppia; dunque, per risultare conformi alla legge le fasi seguenti della vicenda procreativa potranno prescindere da rinnovate manifestazioni di consenso, entrando pertanto in una dimensione che non pare improprio definire obbligatoria. In sostanza, come è stato efficacemente osservato, a partire dalla fecondazione dell’ovulo si determina “l’impossibilità di sistemare quella vicenda in schemi volontaristici” (3).

Una situazione giuridica di obbligatorietà legislativamente imposta risulta anzitutto palesemente posta a carico dell’uomo e consiste in un *patis*; si tratta di una imposizione che, per l’appunto, la sentenza n. 161/2023 ha ritenuto non costituzionalmente illegittima. Ma a soggiacere ad una situazione di obbligatorietà è anche la componente femminile della coppia, giacché pure il suo consenso per l’art. 6, c. 3, u.p., diviene irrevocabile – al pari di quello maschile – successivamente alla fecondazione. L’obbligo che ne deriva a carico della donna non può che consistere, secondo il portato normativo della l. n. 40/2004, nel vincolo giuridico di non sottrarsi all’impianto intrauterino dell’embrione.

In proposito v’è da precisare che non sembra possano essere coronati da successo i tentativi di percorrere la via dell’interpretazione c.d. adeguatrice o costituzionalmente conforme, al fine di escludere che l’irrevocabilità del consenso abbia effetto e produca conseguenze giuridiche anche nei confronti della donna. A ciò ostano la chiarezza e l’univocità del disposto che espressamente si riferisce a entrambi i soggetti, sicché l’esito interpretativo di limitarne la portata alla sola componente maschile si porrebbe in radicale opposizione con il senso pienamente desumibile dal costrutto linguistico (4). È del resto la stessa giurispru-

(3) Così S. Niccolai, *op. cit.*

(4) Benché non siano mancati sforzi ingegnosi per fornire interpretazioni alternative del disposto; si consideri, ad esempio, l’opinione secondo cui “la disposizione dell’art. 6 sul consenso informato non si riferisce tanto al consenso alla terapia [...], ma è specificamente rivolta alla responsabilizzazione di entrambi i componenti della coppia sui rischi e sulle conseguenze dell’applicazione delle tecniche di procreazione assistita”: così U. Salanitro, *Art. 6. Consenso informato*, in G. Di Ro-

denza costituzionale ad aver posto, da oramai oltre un decennio, specifici limiti alla possibilità per il giudice di procedere a quelle interpretazioni che, più che essere costituzionalmente conformi, risultino in realtà sganciate dal significato delle parole (5). In altri termini, “la lettera della legge [...] opera come limite invalicabile dell’interpretazione del giudice, anche di quel tipo specifico di interpretazione che è quella conforme a Costituzione”, e pertanto ai giudici “non spetta il potere di disapplicare la legge e neppure il riferimento alla Costituzione permette loro di superare il vincolo costituzionale della soggezione alla legge, dovendosi invece seguire la via della proposizione di una questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale per ottenere una declaratoria di incostituzionalità” (6).

Quanto finora rilevato non significa tuttavia che la vigente disciplina della l. n. 40/2004 prescriva tutto quel che deve accadere dopo la fecondazione secondo un rigido automatismo non suscettibile di alternativa, né che la situazione giuridica dell’uomo e quella della donna – pur nella comune sottoposizione a un regime obbligatorio – non presentino significative differenze.

È infatti noto come gli interventi a “correzione” della legge finora apportati dalla giurisprudenza costituzionale (e in particolare quelli realizzati con le sentenze n. 151/2009 e n. 96/2015) abbiano messo in risalto la preminenza da assegnarsi alla tutela della salute femminile nell’ambito del percorso di Pma (7). Pertanto, la necessità di proteggere la condizione psicofisica della donna è senza dubbio idonea a incidere sull’obbligo legislativamente a lei imposto di sottoporsi all’impianto e potrà validamente determinare, previo accertamento medico, il rinvio di esso o anche il suo definitivo accantonamento.

---

sa (a cura di), *Commentario del codice civile. Della famiglia. Leggi complementari*, II ed., Torino, Utet, 2018, 1718 ss., spec. 1724 ss. Si tratta tuttavia di una prospettiva che, oltre ad apparire poco persuasiva sulla base del dato letterale e sistematico della l. n. 40/2004, risultava disattesa (quanto meno in relazione al consenso maschile) dalla prevalente giurisprudenza di merito e di legittimità, e appare ora contrastata anche dalla sentenza n. 161/2023 che ha per l’appunto ritenuto il consenso (sempre maschile) indirizzato specificamente all’impianto dell’embrione e non meramente finalizzato alla “responsabilizzazione” della coppia.

(5) Si veda, ad esempio, la sentenza n. 110/2012, in cui si chiarisce che “la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell’interpretazione costituzionalmente conforme [...], non consente in via interpretativa di conseguire l’effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre”.

(6) In questi termini G. Pitruzzella, *L’interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell’interpretazione della legge*, in <www.federalismi.it>, 27 gennaio 2021, 161 ss., spec. 163 s.

(7) È un aspetto sottolineato anche nella sent. n. 161/2023, nella quale viene ricordato come le citate precedenti pronunce abbiano attribuito il “corretto rilievo al diritto alla salute psicofisica della donna”.

È tuttavia appena il caso di precisare che l’esattezza di questa constatazione non equivale – quanto meno in base all’ordito normativo tuttora vigente della l. n. 40/2004 – a rimettere *tout court* alla mera volontà della donna la decisione riguardante l’impianto né dissolve strutturalmente l’obbligatorietà di esso, considerato che, esclusi i casi in cui sussistano esigenze direttamente connesse alla tutela della salute, è da ritenersi che l’imposizione sul piano legislativo permanga efficace.

È poi certamente vero che la l. n. 40/2004 non prevede alcuna specifica sanzione per l’ipotesi in cui la donna, anche quando non si riscontrino acclarate ragioni inerenti al suo stato di salute, decida comunque di non sottoporsi all’impianto dell’embrione, operando sul piano del fatto una “revoca” del consenso prestato e materialmente tenendo quindi un comportamento in violazione della prescrizione legislativa. Del pari (è difficilmente immaginabile il contrario), la legge non contempla alcuna forma di costrizione fisica o di esecuzione forzosa dell’impianto medesimo. Ma questi dati non devono indurre in errore: l’assenza di sanzioni specifiche e l’esclusione di interventi di natura coattiva, difatti, sono elementi del tutto estrinseci rispetto alla sussistenza dell’obbligo. Si tratta di un aspetto che talvolta (anche nella sent. n. 161/2023) finisce per essere oscurato nella ricostruzione sulle conseguenze derivanti dall’art. 6, c. 3, u.p., nei confronti della donna e intorno al quale può essere utile richiamare succintamente l’attenzione.

### 3. *L’indebita sovrapposizione tra obbligatorietà e coercibilità*

“Il diritto quando comanda non coércisce, quando coércisce non comanda”: con questa celebre formula, contraddistinta dalla consueta forza espressiva, Carlo Esposito tracciava la linea di demarcazione (anzi: la strutturale alterità) tra i comportamenti normativamente imposti in termini obbligatori e le situazioni nelle quali, invece, la norma rende lecito che il soggetto subisca una costrizione materiale attraverso il ricorso alla forza (8). In altre parole, le imposizioni che acquisiscono sul piano normativo carattere meramente obbligatorio “sono quelle alle quali il soggetto può sempre sottrarsi, anche se al prezzo di una eventuale e

---

(8) C. Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Padova, Cedam, 1932, 61, ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto* (a cura di J.P. Berardo), Napoli, Jovene, 1999, 49 ss., spec. 109. L’obbligo normativamente imposto – chiarisce ancora il Maestro – “vuole che si voglia in un determinato modo e si rivolge quindi alla volontà di quelli da cui vuole essere realizzato senza esercitare violenza su di essi e senza tramutarli in soggetti passivi della propria attività”, e aggiunge: “a riconfermare empiricamente tale affermazione vale l’esistenza di atti contrari al diritto, i quali provano che è tanto poco vero che il diritto costringa, che si può anche agire in modo contrario al diritto” (*ibidem*).

successiva sanzione” (9); ben diversamente, le attività coercitive sono quelle che verranno portate a compimento “in virtù non già della collaborazione più o meno spontanea dell’individuo che vi è sottoposto, ma dell’assoggettamento di quest’ultimo all’impiego, sia pur potenziale, della forza” (10).

Conseguentemente, l’assenza di coercibilità nella configurazione legislativa di un comportamento imposto, lungi dal farne svanire la natura obbligatoria, vale semmai a confermarla (11). Così come il sottrarsi di fatto a un comportamento normativamente imposto in via obbligatoria, anche quando ciò non determini la sottoposizione a una sanzione *ad hoc*, integra in ogni caso una condotta non conforme al diritto, ossia illecita (12).

La riferibilità di queste considerazioni al vincolo giuridico derivante dall’art. 6, c. 3, u.p., l. n. 40/2004 non pare possa alimentare dubbi fondati: come detto, l’irrevocabilità anche per la donna del consenso alla Pma la obbliga a tenere un certo comportamento (accettare di sottoporsi all’impianto dell’embrione) dal quale ella può lecitamente esimersi soltanto al ricorrere di determinate circostanze (il rischio di pregiudizio per la sua salute). Neppure pare dubbio che il sottrarsi all’obbligo desumibile dalla legge configuri – al di fuori del verificarsi delle dette circostanze – un comportamento da cui derivano conseguenze negative sul piano giuridico, benché esse non assumano la forma di sanzioni peculiarmente prefigurate nell’atto normativo.

(9) Così D. Morana, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L’art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, Giuffrè, 2007, 186.

(10) Il rilievo è di S.P. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. soc.*, 1979, 875 ss., spec. 888, con peculiare riguardo ai trattamenti sanitari coattivi ma con argomentazione spendibile in ordine a qualsivoglia misura coercitiva.

(11) Il carattere alternativo della coercibilità rispetto alla obbligatorietà di un comportamento è stato talvolta affermato con nettezza anche dalla Corte costituzionale: ad esempio, nella sent. n. 275/2017, con riguardo alla distinzione tra accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera (misura coercitiva) e ordine impartito allo straniero di abbandonare il territorio italiano (misura obbligatoria), viene osservato che “l’accompagnamento coattivo e l’ordine di lasciare il territorio dello Stato sono chiaramente alternativi”, e pertanto l’adozione della seconda misura impedisce di ricorrere alla prima. E nello stesso ordine di idee sembra muoversi anche la sent. n. 14/2023, relativa al trattamento sanitario obbligatorio consistente nella vaccinazione anti-Covid-19, laddove nota che “l’obbligatorietà del vaccino lascia comunque al singolo la possibilità di scegliere [*videlicet*: in via di fatto] se adempiere o sottrarsi all’obbligo, assumendosi responsabilmente, in questo secondo caso, le conseguenze previste dalla legge”.

(12) È questo un profilo che la stessa giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di chiarire: si consideri, ad esempio, la recente sent. n. 25/2023 in tema di obblighi vaccinali dei militari nella quale la Corte ha evidenziato che non fa venir meno la natura obbligatoria del comportamento imposto “né l’assenza testuale del termine ‘obbligo’, né la mancata espresa previsione delle sanzioni conseguenti alla sua violazione”.

In proposito, com’è stato acutamente osservato, rappresenta una conseguenza negativa “già la sola valutazione legislativa di illiceità che grava sul comportamento difforme da quanto richiesto dalla norma” (13); illiceità che si accompagna, può aggiungersi, alla generale non spendibilità in relazione a tale comportamento del principio *qui suo jure utitur neminem laedit* (14). Come pure può menzionarsi tra le conseguenze negative ulteriori (non importa se concretamente frequenti o infrequenti) l’addebitabilità alla donna della separazione personale provocata dalla sua decisione di non procedere all’impianto dell’embrione, in dissenso dal marito (15). O anche si consideri l’effetto preclusivo che dovrebbe prodursi a carico della donna che, dopo aver scelto di non procedere all’impianto dell’embrione, desiderasse accedere a un ulteriore procedimento di Pma con un nuovo *partner* all’interno di una diversa relazione stabile: in una situazione simile, infatti, risulterebbero evidentemente insussistenti quelle ragioni connesse alla tutela della salute e ostative alla gravidanza che, sole, ai sensi della l. n. 40/2004, consentirebbero di superare l’irrevocabilità del consenso già prestato.

Rispetto all’insieme degli argomenti finora esposti, le cursorie notazioni contenute nella sentenza n. 161/2023 in merito alla irrevocabilità del consenso della donna si indirizzano però verso tutt’altra direzione. In particolare, nella decisione la Corte non può fare a meno di confrontarsi con l’effetto della non ritrattabile manifestazione di volontà *ex art. 6, c. 3, u.p.*, anche con riguardo alla volontà femminile: tale riferimento, infatti, viene assunto come *tertium comparationis* nell’atto introduttivo del giudizio, nel punto in cui la questione di legittimità costituzionale dell’irrevocabilità del consenso maschile viene posta, come in precedenza accennato, anche con riguardo all’art. 3 Cost.

Nello specifico, secondo la prospettazione contenuta nell’ordinanza di rimessione, la norma contestata determinerebbe una violazione del principio di eguaglianza “sotto il profilo della disparità di trattamento perché l’irrevocabilità del consenso sacrificerebbe, in realtà, soltanto la libertà individuale dell’uomo, po-

(13) D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2021, 218.

(14) Sulla radicale inadeguatezza di un comportamento, qualificabile come illecito sulla base di una norma, a porsi come contenuto di un diritto, v. P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed. ampl., Torino, Giappichelli, 1991, 210 ss.; ferma restando la ovvia possibilità di accertare, secondo le forme e i meccanismi previsti dall’ordinamento, l’illegittimità della norma medesima, riconducendo per conseguenza all’ambito della liceità il comportamento in questione.

(15) Per questo rilievo, benché all’interno di una diversa prospettiva, v., ad esempio, G. Oppo, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 329 ss., spec. 330. Sulla rilevanza, nell’ambito dell’addebito nella separazione coniugale, del rifiuto dell’uomo di proseguire nella Pma dopo aver formalizzato il consenso v. Cass., Sez. I, 9 aprile 2015, n. 7132.

tendo invece la donna sempre rifiutare il trasferimento in utero dell’embrione”. La Corte ritiene non fondata la censura, rilevando che in questo contesto “la situazione in cui versa la donna è [...] profondamente diversa da quella dell’uomo”, senza che sia quindi rilevabile una violazione dell’eguaglianza. Ma questa argomentazione viene sviluppata proprio a partire dalla condivisione dell’assunto iniziale da cui muove il giudice *a quo*. Secondo la Corte, infatti, “sebbene il divieto di revoca del consenso sia riferito a “ciascuno dei soggetti” coinvolti, è indubbio che la norma non possa condurre a ipotizzare un impianto coattivo nei confronti della donna”, aggiungendo che “il trasferimento nell’utero dell’embrione si tradurrebbe, infatti per la donna in un vero e proprio trattamento sanitario, estremamente invasivo, che non può in alcun modo esserle imposto”.

Quelli appena citati sono certamente tra i passaggi più discutibili, almeno per il profilo che qui interessa, della motivazione della sentenza n. 161/2023. La Corte infatti da una parte esclude, correttamente, che l’art. 6, c. 3, u.p., implichi l’impianto coattivo; ma dall’altra parte, anziché inquadrare l’irrevocabilità del consenso come produttiva di conseguenze che operano nella dimensione della mera obbligatorietà (e porsi il problema della legittimità costituzionale di tale obbligatorietà), finisce col ritenere che l’assenza di un effetto coercitivo si traduca in *nessun effetto* normativamente derivante a carico della donna, come se la rilevata insussistenza della coercizione escludesse *ipso iure* anche l’obbligo (16). In altre parole, il “vero e proprio trattamento sanitario” che la sentenza evoca, e che la l. n. 40/2004 impone alla donna in termini obbligatori in seguito alla maturazione della irrevocabilità del consenso, nella visione della Corte acquisisce le fattezze di una sorta di obbligo-fantasma. Un obbligo, cioè, la cui consistenza viene dissolta non per mezzo di una dichiarazione di illegittimità costituzionale ma tentando di ottenere un risultato analogo attraverso la mera attività interpretativa delle disposizioni: obiettivo difficilmente conseguibile, nel caso di specie, atteso che – come la stessa sentenza dà atto – sul piano legislativo espressamente “il divieto di revoca del consenso [è] riferito a ‘ciascuno dei soggetti’ coinvolti”.

(16) V’è da dire che anche secondo una parte della dottrina la norma sulla irrevocabilità del consenso prevista dalla l. n. 40/2004 non sarebbe produttiva di effetti giuridicamente vincolanti nei riguardi della donna, che quindi già a legislazione vigente conserverebbe di diritto (e non solo in via di mero fatto) la facoltà di lecitamente rifiutare l’impianto dell’embrione: v., ad esempio, M. Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 191 ss., spec. 265, M. Faccioli, *Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell’uomo*, in <www.personaemercato.it>, 2/2021, 361 ss., spec. 362 s., nonché gli ulteriori riferimenti dottrinali ivi citati; si tratta di un indirizzo interpretativo che qui non viene condiviso, per le ragioni diffusamente esposte nel testo.

A suggello di tale impostazione, la decisione conclude sul punto facendo propria l’espressione della difesa erariale secondo cui la donna «può sempre “legittimamente rifiutarsi di subire” [l’impianto dell’embrione], data l’“ovvia incoercibilità del trattamento”». Il rifiuto (cioè la revoca del consenso e il non adempiere l’obbligo) viene valutato come *legittimo* (dunque conforme alla norma e non collocato sul piano del mero fatto), e tale legittimità sussisterebbe, si badi, *sempre* (e non già soltanto quando siano accertati rischi per la salute della donna). Pure a tale risultato si ritiene di poter pervenire *sulla base della legislazione vigente*, senza la necessità di una dichiarazione di illegittimità costituzionale ma semplicemente tenendo in non cale l’opposto dato legislativo. Anche da questo punto di vista, dunque, viene confermata l’indebita sovrapposizione compiuta dalla Corte tra coercibilità e obbligatorietà di un comportamento, deducendo dalla incoercibilità l’insussistenza anche dell’obbligatorietà e, di séguito, desumendo dalla ritenuta assenza di obbligatorietà la piena legittimità (o, ancor meglio, la liceità) del non tenere il comportamento normativamente imposto.

#### 4. Un trattamento sanitario obbligatorio costituzionalmente illegittimo a carico della donna

Optando per la descritta soluzione, la Corte ha potuto evitare di confrontarsi con l’esito interpretativo cui attenta dottrina è invece da tempo approdata, vale a dire che l’irrevocabilità del consenso che l’art. 6, c. 3, u.p., stabilisce (anche) nei confronti della donna individua a carico di quest’ultima (e solo a carico di quest’ultima) un’ipotesi, costituzionalmente illegittima, di trattamento sanitario obbligatorio (17).

Si tratta di una conclusione che invero può essere agevolmente raggiunta attraverso brevi considerazioni all’interno di una linea argomentativa sillogistica. L’impianto intrauterino dell’embrione nella donna rappresenta palesemente un trattamento sanitario (qualificazione esattamente impiegata anche nella sentenza n. 161/2023) (18); l’art. 6, c. 3, u.p., l. n. 40/2004, prevede che il consenso della donna a tale impianto diviene irrevocabile dopo la formazione *in vitro* dell’embrione; a partire da questo momento, quindi,

(17) Cfr. in questo senso, ad esempio, D. Morana, *La salute come diritto*, cit., 216 ss., e F. Meola, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma, 1 e 6, commi 1 e 3 della l. n. 40/2004*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2021, n. 1, 75 ss., spec. 88 ss.

(18) È dunque priva di pregio la prospettazione contenuta nell’ordinanza di rimessione (che ha poi condotto alla sent. n. 161/2023) secondo la quale l’art. 6, c. 3, u.p., l. n. 40/2004 porrebbe a carico dell’uomo un trattamento sanitario obbligatorio incompatibile con l’art. 32 Cost.: al di là della insufficiente motivazione che l’atto introduttivo del giudizio presenta sul punto (e che ha poi indotto la Corte a dichiarare inammissibile questa censura), è di immediata percezione che la norma contestata non configura alcun trattamento sanitario nei confronti dell’uomo, non essendo lui il soggetto nel quale l’embrione dovrà essere obbligatoriamente impiantato.

l'impianto acquisisce il carattere di obbligatorietà (salvi i casi di rischio per la salute della donna) ed è pertanto definibile come trattamento sanitario obbligatorio (non coercitivo (19)); l'art. 32 Cost. assoggetta la legittimità della imposizione legislativa di trattamenti sanitari obbligatori al tassativo e contestuale rispetto di alcune condizioni; tra tali condizioni vanno annoverate, oltre all'osservanza della riserva di legge (l'unica qui soddisfatta), la finalità di tutelare la salute come interesse della collettività e la necessità di non oltrepassare i limiti del rispetto della persona umana (20); è pacifico che l'obbligatorietà dell'impianto dell'embrione nella donna non risulti finalizzato in alcun modo alla protezione della salute collettiva; inoltre, è quanto meno fortemente dubbio che l'imposizione normativa di una gravidanza possa risultare conforme al rispetto della persona umana (21); sicché, conclusivamente, l'irrevocabilità legislativa del consenso della donna all'impianto (con la conseguente obbligatorietà del medesimo) è costituzionalmente illegittima per insanabile contraddizione con l'art. 32 Cost.

Può essere utile precisare che il regime costituzionale cui sono sottoposti i trattamenti sanitari obbligatori non ha lo scopo di proteggere (soltanto) il benessere dell'individuo. Ancor prima, ad essere oggetto di protezione è il diritto costituzionale di libertà garantito allo stesso individuo in tema di interventi che incidono, alterandola, sulla sua condizione psicofisica, non importa se orientati a migliorare o peggiorare tale condizione. Il tipo di tutela offerta al riguardo dall'art. 32 Cost. è, per così dire, "anticipata" e riguarda già il

(19) In questo senso, la posizione qui espressa si differenzia dall'opinione dottrinale che individua come costituzionalmente illegittima l'irrevocabilità del consenso della donna derivante dall'art. 6, c. 3, u.p., sulla base del rilievo, non condivisibile, che esso consentirebbe il "trasferimento coattivo dell'embrione nell'utero della madre che lo rifiuta": v. in questo senso, C. Tripodina, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della l. n. 40/2004 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Dir. pubbl.*, 2004, n. 2, 501 ss., spec. 525; va però precisato che la considerazione è stata dall'A. formulata immediatamente dopo l'entrata in vigore della legge e, quindi, ben prima degli "aggiustamenti" derivanti dalla giurisprudenza costituzionale, in particolare per quanto attiene alla praticabilità della crioconservazione degli embrioni.

(20) In tema di limiti costituzionali alla imposizione di trattamenti sanitari obbligatori v., per tutti, D. Morana, *La salute come diritto*, cit., 48 ss.

(21) In proposito, a entrare in gioco, infatti, non è solamente il ruolo, giuridico e sostanziale, di madre che la donna acquisisce in seguito all'esito positivo della gravidanza (aspetto per il quale la sua posizione è certamente più assimilabile a quella in cui, a séguito dell'acquisizione del ruolo di padre, viene a trovarsi l'uomo), ma anche il diverso profilo implicato dall'avvio della gestazione e dalle conseguenze sul piano fisico e psichico che ne derivano. Infatti, è soprattutto sotto quest'ultimo riguardo (rispetto al quale, peraltro, la differenza di situazione tra uomo e donna appare macroscopica) che emergono le difficoltà maggiori a poter considerare rispettosa della persona un'imposizione legislativa avente questo contenuto.

momento della imposizione in termini di obbligatorietà degli interventi di cui si parla, indipendentemente dalla circostanza che la trasgressione dell'obbligo sia sanzionata o che l'obbligo, una volta trasgredito, possa successivamente essere sostituito da operazioni di tipo coercitivo.

##### 5. Un'occasione mancata per una dichiarazione di illegittimità costituzionale?

In passato la Corte costituzionale era stata in un caso sollecitata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale (in riferimento anche all'art. 32 Cost.) dell'art. 6, c. 3, u.p., l. n. 40/2004 nella parte in cui esso stabilisce l'irrevocabilità del consenso alla Pma prestato dalla donna. In quella circostanza la questione era stata valutata come inammissibile per difetto di rilevanza (22).

A conclusione di queste considerazioni, resta un interrogativo da porsi: decidendo sull'ordinanza di rimessione da cui la sentenza n. 161/2023 ha tratto origine, avrebbe potuto la Corte, nel rispetto dei canoni processuali del giudizio di costituzionalità, dichiarare l'illegittimità della norma che prescrive l'irrevocabilità del consenso femminile? Pur trattandosi, chiaramente, di una norma diversa rispetto a quella sottoposta a giudizio da parte dell'autorità rimettente, ad avviso di chi scrive la risposta dovrebbe essere comunque più affermativa che negativa.

In particolare, la strada più utilmente percorribile per superare lo sbarramento rappresentato dal principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato poteva essere individuata, nel caso di specie, nell'autorimessione da parte della Corte della questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la norma di cui si parla (23). Deve anzi aggiungersi che, nel confronto con altri più problematici casi in cui la stessa Corte ha ritenuto di poter assumere il ruolo di giudice *a quo* (24), nella circostanza in esame non sembra che l'autorimessione avrebbe comportato significativi stravolgimenti rispetto alle regole di fondo che delimitano presupposti e svolgimento del giudizio

(22) Corte cost. 16 aprile 2016, n. 84.

(23) Tra le riflessioni oramai classiche riguardanti la Corte come giudice *a quo* v., almeno, C. Esposito, *La Corte costituzionale come giudice "a quo"*, in *Giur. cost.*, 1960, 212 ss.; L. Carlassare, *Riflessioni sulla Corte costituzionale come giudice "a quo" e sui giudizi di eguaglianza*, ivi, 1980, 840 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., riv. agg., Padova, Cedam, 1984, 276 ss.; B. Caravita di Toritto, *Appunti in tema di "Corte giudice a quo" (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1988, 40 ss.

(24) Si pensi, ad esempio, all'ord. n. 18/2021 (con cui la Corte ha sollevato davanti a sé stessa una questione di legittimità costituzionale in tema di disciplina dell'attribuzione ai figli del cognome paterno), la quale ha destato perplessità in diversi commentatori soprattutto con riguardo alla dubbia presenza del requisito della rilevanza: v., ad esempio, G. Monaco, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, in <www.federalismi.it>, 21 aprile 2021, 161 ss.

in via incidentale, con peculiare riguardo al requisito della rilevanza della questione.

Come si è finora riferito, infatti, il Giudice di costituzionalità è stato tra l'altro chiamato a valutare, sulla base del principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.*, la sussistenza di una illegittima disparità di trattamento tra la posizione giuridica dell'uomo e quella della donna in ordine alla irrevocabilità del consenso alla Pma prescritta dall'art. 6, c. 3, u.p., l. n. 40/2004. Da questa disposizione legislativa, in sostanza, deriva sia la norma oggetto del giudizio (relativamente all'uomo) sia la norma adottata come *tertium comparationis* (relativamente alla donna). In questo contesto, pare certo che la Corte, per affrontare questo profilo della questione di legittimità, dovesse inevitabilmente utilizzare – e cioè *applicare* – l'art. 6, c. 3, u.p., con riguardo agli effetti che ne discendono nei confronti della donna, ricostruendone preliminarmente il significato normativo. Detto altrimenti, la Corte non avrebbe potuto definire il giudizio senza esaminare la lamentata violazione dell'art. 3 Cost. (considerata anche la accertata infondatezza della questione rispetto ai rimanenti parametri indicati dal giudice *a quo*) e non avrebbe potuto svolgere questo esame facendo a meno di attribuire un ruolo alla espressa irrevocabilità del consenso femminile.

Seguendo questo ordine di idee, non pare frutto di intollerabile forzatura della disciplina processuale ravvisare la rilevanza – nel senso più pieno di pregiudizialità – della questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, c. 3, u.p., nella parte in cui esso qualifica la volontà della donna come non più revocabile dopo la fecondazione dell'ovulo; così come non pare assente il requisito della non manifesta infondatezza in relazione all'art. 32 Cost. Del resto, la stessa giurisprudenza costituzionale più restrittiva in tema di autorimessione ha avuto modo di affermare che la Corte è legittimata a sollevare una questione di legittimità costituzionale incidentale davanti a se stessa “solo allorché la Corte dubiti della incostituzionalità di una norma, diversa da quella impugnata, ma che essa è chiamata necessariamente ad applicare nell'*iter* logico per arrivare alla decisione sulla questione che le è stata proposta: in altri termini, deve trattarsi di norma che si presenti pregiudiziale alla definizione della questione principale e come strumentale rispetto alla emananda decisione” (25).

Naturalmente, la praticabilità di una simile opzione avrebbe richiesto che la Corte non scegliesse di accedere alla poco persuasiva interpretazione dissolutrice degli effetti nei confronti della donna dell'irrevocabilità del consenso, come invece ha scelto di fare nella sentenza n. 161/2023 a dispetto del dato

legislativo espresso. Peraltro, nella sua precedente giurisprudenza sono rinvenibili nitide indicazioni che avrebbero potuto indurre la Corte a preferire in questo caso l'autorimessione: in particolare, nella nota ordinanza n. 22/1960 (relatore Sandulli) si legge che non può ritenersi che “proprio la Corte – che è il solo organo competente a decidere delle questioni di costituzionalità delle leggi – sia tenuta ad applicare leggi incostituzionali, e neanche che, nell'ipotesi di incostituzionalità delle leggi che regolano la materia, possa e debba disapplicarle, senza mettere in moto il meccanismo (di portata generale e necessaria nel vigente ordinamento) destinato a condurre, se del caso, con le debite garanzie di contraddittorio, alla eliminazione, con effetti *erga omnes*, delle leggi incostituzionali” (corsivo aggiunto). Deve peraltro osservarsi che una dichiarazione di illegittimità costituzionale incidentale nel senso anzidetto non avrebbe in alcun modo impedito alla Corte di sviluppare comunque, in ordine alla questione principale, le stesse argomentazioni svolte nella sentenza n. 161/2023 e di raggiungere le medesime conclusioni; con la differenza però – non di poco conto – che tale esito sarebbe stato più solido e lineare, basato sull'avvenuta espunzione dal sistema della norma illegittima assunta come *tertium comparationis* anziché sulla sua sostanziale disapplicazione.

Non si vuole qui negare che rischierebbe di apparire in certo modo bizzarra una pronuncia che, rigettando la questione proposta nell'atto introduttivo del giudizio, ne accogliesse un'altra in esso non proposta. Si tratta, del resto, di un'eventualità sempre possibile, una volta che si ritenga ammissibile il meccanismo dell'autorimessione. In ogni caso, nel momento in cui tale sbocco venisse a prodursi all'interno del perimetro di ciò che le norme processuali ammettono e di ciò che strumenti decisionali ampiamente sperimentati consentono, la bizzarria si paleserebbe invero più apparente che reale.

Un'ultima osservazione: potrebbe opinarsi che, in fondo, non intercorra una differenza cospicua tra l'esito che si sarebbe conseguito con una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'obbligo di impianto dell'embrione a carico della donna e il risultato che la Corte ha raggiunto nella sentenza n. 161/2023 attraverso la sua trasformazione, in via interpretativa, in ciò che si è sopra definito un obbligo-fantasma. Contro rilievi di questo genere può anzitutto notarsi che, per le ragioni esposte nelle pagine precedenti, a quell'approdo interpretativo può in realtà pervenirsi soltanto [...] non interpretando l'art. 6, c. 3, u.p., l. n. 40/2004 e ritenendo il suo disposto, per quanto concerne il riferimento alla donna, *tamquam non esset*: un approccio ermeneutico che, sul piano del metodo, non può essere condiviso e non dovrebbe essere praticato. A ciò si aggiunga che l'inefficacia dell'obbligo rilevata dalla Corte nella motivazione della decisione in commento non è in condizione di imporsi in termini giuridicamente vincolanti né alle autorità giudiziarie né, in senso più ampio, ai soggetti chiamati a vario titolo a interpretare e applicare la disposizione in que-

(25) In questi termini si esprime la sent. n. 122/1976, che può a ragione essere considerata esemplificativa di un atteggiamento restrittivo in materia, anche sulla base della considerazione che in essa la Corte non accoglie le sollecitazioni emerse nel corso del giudizio affinché essa stessa sollevasse una questione come giudice *a quo*.

stione, che è rimasta inalterata e vigente. Non può escludersi, pertanto, che in futuro interpretazioni non in linea con quella nullificante fatta propria dalla Corte possano manifestarsi, rivitalizzando in qualche forma l'irrevocabilità del consenso della donna e facendo discendere effetti (non importa di quale entità) da una previsione di obbligatorietà manifestamente incompatibile con l'art. 32 Cost.

LUCA PIROZZI