

Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?

Benedetta Liberali*

THE NEW DIMENSIONS OF INFORMED CONSENT: WHICH MATERIAL AND TIME LIMITS?

ABSTRACT: The essay examines the most problematic profiles of the ruling of the Court of Santa Maria Capua Vetere. The Court ordered the implantation of embryos in utero even without the consent of the woman's husband. In this regard there are many interesting profiles not only on the merit, but also in a procedural perspective.

KEYWORDS: Informed consent; health; medically assisted procreation; Constitutional Court; embryo

SOMMARIO: 1. Alcune notazioni di contesto – 2. L'apodittico riconoscimento di un preminente diritto alla vita dell'embrione e l'impropria dichiarazione di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale eccepita – 3. L'ambito applicativo dell'art. 6, terzo comma, della legge n. 40 in relazione alle diverse fasi della procedura fecondativa – 4. Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?

1. Alcune notazioni di contesto

La materia della fecondazione medicalmente assistita continua a fornire interessanti spunti di riflessione, a quasi venti anni dall'entrata in vigore della prima normativa organica costituita dalla legge n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*)¹ e a seguito dei numerosi interventi della Corte costituzionale che hanno contribuito a ridisegnarne per molti aspetti sostanziali l'impianto originario.

Si pensi, a questo proposito, ai profili maggiormente problematici della legge n. 40, come l'obbligo di creazione di un massimo di tre embrioni per ogni ciclo di stimolazione ovarica da impiantare contestualmente e al divieto di differimento dell'impianto per motivi connessi allo stato di salute prevedibili al momento della fecondazione, dichiarati incostituzionali con la sentenza n. 151 del 2009; al divieto di donazione di gameti esterni alla coppia, la cui illegittimità costituzionale è stata dichiarata dalla sentenza n. 162 del 2014; al divieto di accesso alle tecniche per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili, oggetto della sentenza n. 96 del 2015.

* Ricercatrice a tempo determinato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano – Mail: benedetta.liberali@unimi.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Come ricorda la sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, «la legge n. 40 del 2004 costituisce la "prima legislazione organica relativa ad un delicato settore [...] che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa" e, quindi, sotto questo profilo, è "costituzionalmente necessaria" (sentenza n. 45 del 2005)».

Altre decisioni, invece, non hanno accolto le relative questioni di illegittimità costituzionale, riconoscendo talvolta l'irrelevanza delle stesse (si pensi alla previsione della irrevocabilità del consenso a partire dal momento di creazione dell'embrione), in altri casi e con sfumature diverse, l'opportunità o la necessità di un intervento del legislatore (al riguardo, vengono innanzitutto in rilievo la sentenza n. 84 del 2016 sui divieti posti dalla legge n. 40 alla ricerca scientifica; la sentenza n. 229 del 2015 relativa al divieto di soppressione degli embrioni; le sentenze nn. 221 e 237 del 2019, 230 del 2020, 32 e 33 del 2021 aventi a oggetto differenti profili connessi alla omogenitorialità e alla tutela dei nati).

Le riflessioni su tali nodi problematici, che hanno formato oggetto delle citate decisioni della Corte costituzionale, si sono ulteriormente arricchite non solo in una accezione sostanziale, considerando il merito delle stesse, ma anche – e forse soprattutto – processuale, in ragione dei paralleli interventi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con decisioni a volte rese direttamente nei confronti dell'Italia², e a fronte del ricorso, da parte della medesima Corte costituzionale, a tecniche decisorie che, proprio laddove richiamano l'intervento del legislatore, hanno posto e pongono tuttora notevoli profili di criticità.

A questo ultimo riguardo, infatti, occorre soffermarsi su due ordini di considerazioni.

Da un lato i moniti che pure sono stati rivolti al legislatore, peraltro a fronte di decisioni di illegittimità costituzionale, non hanno determinato un tempestivo e organico intervento sui profili oggetto delle medesime pronunce.

Si pensi, innanzitutto, alle chiare indicazioni contenute nella sentenza n. 162 del 2014 circa le modalità con cui disciplinare in concreto le modalità di applicazione della tecnica eterologa, il cui divieto, con la medesima decisione, è stato dichiarato incostituzionale. In particolare, a fronte della dichiarazione di illegittimità costituzionale e pur rilevando che, in materia, non vi è alcun vuoto normativo che determini una possibile carenza di tutela per il nato da tale tecnica, la Corte costituzionale si è soffermata su uno specifico profilo, attinente al numero di donazione per ogni soggetto, sottolineando come sia «possibile un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto». Su tale punto – ossia l'individuazione del numero di donazioni di gameti – come è noto non sono intervenute le Linee guida ministeriali nel successivo aggiornamento del primo luglio 2015, che, di conseguenza, non hanno preso in considerazione la “direzione” indicata dalla Corte per la sua determinazione (ossia quella del “limite ragionevolmente ridotto”)³.

² Si vedano, per esempio, Corte EDU, *Labassee c. Francia* e *Menesson c. Francia*, 2014; *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 2017; *S. H. e altri c. Austria*, 2011; *Parrillo c. Italia*, 2015; *Costa e Pavan c. Italia*, 2012.

³ Con il successivo decreto del Presidente della Repubblica n. 131 del 2019 (*Regolamento di attuazione della direttiva 2012/39/UE della commissione, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani*), invece, sono state apportate alcune modifiche al decreto legislativo n. 16 del 2010 (*Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazioni, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani*), prescrivendo all'art. 1 (*Modifiche agli allegati II e III del decreto legislativo 25 gennaio 2010, n. 16*) che le cellule riproduttive donate da una stessa persona (che non sia componente della coppia) «non possono

In secondo luogo, viene in rilievo la sentenza n. 96 del 2015, con cui pur dichiarandosi l'incostituzionalità della legge n. 40 laddove non consentiva l'accesso alle tecniche e in particolare alla diagnosi genetica preimpianto alle coppie portatrici di gravi malattie genetiche si sono specificamente indicati due settori di intervento per il legislatore: da una parte l'individuazione delle stesse malattie e dall'altro lato la disciplina connessa alle strutture sanitarie pubbliche presso cui tali esami diagnostici devono essere eseguiti. Anche rispetto a questi specifici profili di regolamentazione della disciplina non sono intervenuti alcuna modifica normativa e nessun aggiornamento delle Linee guida, benché la Corte, in modo chiaro e diretto, abbia indicato che sia

«poi compito del legislatore introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa)».

Riconoscendo in entrambi i casi una sfera di discrezionalità in capo al legislatore, la Corte, che pure dichiara incostituzionali alcune disposizioni della legge n. 40, consente in ogni caso di rendere autoapplicative le sue pronunce: nel primo caso grazie alla puntuale indicazione dei riferimenti normativi che già garantiscono tutela al nato dalla procedura di fecondazione eterologa; nel secondo caso grazie alla considerazione che devono essere le strutture pubbliche a eseguire tali esami diagnostici e al riferimento alle condizioni di gravità di cui all'art. 6, lett. b), della legge n. 194 del 1978 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*), che come è noto consentono – pur in assenza di una elencazione tassativa dei relativi processi patologici – di interrompere la gravidanza oltre i primi tre mesi di gestazione.

Dall'altro lato, alcune decisioni di inammissibilità, come innanzitutto le ultime sentenze nn. 32 e 33 del 2021, pongono notevoli problematiche non solo per gli eventuali giudizi futuri relativi a casi ana-

determinare più di dieci nascite». Si prevede una specifica deroga nel caso in cui una stessa coppia intenda sottoporsi nuovamente alla fecondazione assistita utilizzando le cellule riproduttive del medesimo donatore. Inoltre, la «donatrice di ovociti non può essere sottoposta ad un numero di cicli di stimolazioni ovariche superiore a sei». La medesima disposizione prevede, inoltre, che i «limiti relativi all'età dei donatori, al numero delle donazioni degli ovociti e dei gameti maschili e al numero delle stimolazioni ormonali cui può essere sottoposta la donatrice, nonché al numero delle nascite scaturenti dal medesimo donatore, sono oggetto di verifica almeno triennale sulla base dei risultati dell'esperienza, della ricerca e delle migliori pratiche della scienza medica seguite anche in sede internazionale, avvalendosi, per la verifica dei limiti al numero delle nascite scaturenti dal medesimo donatore, anche delle competenze dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ai fini dei successivi aggiornamenti del presente regolamento». Si rinvia a B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 114 ss., per i riferimenti ai provvedimenti adottati in materia dalle Regioni e dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome.

loghi, ma anche – e, anzi, forse soprattutto – rispetto ai due specifici procedimenti nell’ambito dei quali sono state sollevate le questioni di legittimità costituzionale⁴.

Se per i primi, infatti, potrebbe prospettarsi in ogni caso la possibilità di risollevare analoghe questioni alla Corte costituzionale – che potrebbe, a fronte di un cospicuo numero di ordinanze⁵, anche decidere di decidere nel merito, non demandando più al legislatore la definizione di una disciplina della cui tenuta costituzionale si può ormai dubitare, proprio alla luce delle chiare indicazioni contenute nelle sentenze nn. 32 e 33 – per questi due ultimi giudizi si pone un rilevante profilo problematico che attiene, in definitiva, all’alternativa che si pone ai giudici *a quibus* di dare seguito alla trascrizione degli atti di nascita in un contesto familiare omosessuale, percorrendo la strada di una interpretazione conforme già peraltro individuata anche prima delle decisioni della Corte costituzionale da alcuni giudici e fatta propria, successivamente, dalla Corte d’Appello di Cagliari, ma non, come si è visto, dalla stessa Corte costituzionale, oppure di dare applicazione a una disciplina rispetto alla quale sono state in ogni caso evidenziate chiaramente, proprio nelle sentenze nn. 32 e 33, indubbi profili di criticità quanto a compatibilità con alcune disposizioni costituzionali.

Al riguardo, considerando anche i precedenti cui si è fatto cenno, pare non potersi escludere che di tali questioni vengano investiti la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo o il (meno conosciuto) Comitato Europeo dei Diritti Sociali, attraverso la procedura dei reclami collettivi⁶.

In attesa che i due giudizi principali si riaprano e in attesa delle rispettive decisioni, oltre che di eventuali ulteriori questioni di legittimità costituzionale che altri giudici intendano sollevare, non ritenendo possibile interpretare in modo costituzionalmente conforme, in particolare, l’art. 8 della legge n. 40, in combinato disposto con l’art. 5, la disciplina della fecondazione assistita è stata oggetto di una ulteriore interessante decisione, resa dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, con riguardo alle diverse questioni sottese al consenso informato prestato alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita da entrambi i componenti della coppia al fine di poter accedere alla loro applicazione.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, con l’ordinanza n. 9240 del 27 gennaio 2021, ha rigettato il reclamo con cui il coniuge separato aveva impugnato la decisione del giudice di prime cure che aveva

⁴ A questo specifico riguardo, per più approfondite considerazioni, sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, *L’importanza delle parole e della tecnica decisoria in due recenti pronunce della Corte costituzionale in materia di genitorialità*, in *Studium Iuris*, 2021, in corso di pubblicazione.

⁵ Sul rilievo del numero di ordinanze circa la ricostruzione della cd. coscienza sociale, che può influenzare la risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale, poiché costituiscono «“antenne” della Corte costituzionale nella identificazione dei mutamenti rilevanti, per l’interpretazione costituzionale, della coscienza sociale», ciò rientrando «perfettamente nella logica del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, giudizio accentrato ma ad iniziativa diffusa», pur non essendo esse «gli unici indicatori» in tal senso, si vedano le riflessioni di N. ZANON, *Corte Costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, IV, 2017, 15. Da ultimo, sul rilievo dell’evoluzione della coscienza sociale nella giurisprudenza costituzionale si veda V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. «Coscienza sociale» e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, II, 2021, 377 ss.

⁶ Sul Comitato Europeo dei Diritti Sociali e sulla specifica procedura di controllo costituita dai reclami collettivi si vedano M. D’AMICO, G. GUIGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, 2013, O. DE SCHUTTER (a cura di), *The European Social Charter: A social constitution for Europe. La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour l’Europe*, Bruxelles, 2010, e C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Napoli, 2016.

ordinato al centro di fecondazione assistita di procedere con l'impianto degli embrioni, nonostante l'intervenuta separazione fra i coniugi e la revoca da parte dello stesso reclamante del consenso alla prosecuzione della procedura.

Al riguardo, vengono in rilievo le problematiche sottese alla previsione di cui all'art. 6, terzo comma, della legge n. 40, che impedisce di revocare il consenso a partire dalla formazione dell'embrione: una volta formatosi l'embrione – alla luce soprattutto della nota sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale – si potrà certamente differire l'impianto o addirittura non effettuarlo solo per cause riconducibili alla salute della donna, non potendosi configurare alcuna ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio. In assenza di tali condizioni, invece, il consenso non è più revocabile, assegnandosi un peso determinante alla formazione dell'embrione, in una prospettiva che sembra avvicinare la gravidanza naturale a quella che prende avvio a seguito delle tecniche assistite.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, nel confermare tale decisione, svolge considerazioni che mirano a sostenere le sue conclusioni che paiono del tutto particolari e sulle quali merita soffermarsi per un duplice ordine di motivi.

2. L'apodittico riconoscimento di un preminente diritto alla vita dell'embrione e l'impropria dichiarazione di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale eccepita

Innanzitutto, viene in rilievo il profilo più strettamente di merito sottostante alla decisione, ossia quello relativo alla possibile configurazione di un diritto a nascere e, dunque, di un diritto alla vita dell'embrione creato *in vitro*: un diritto a nascere e alla vita per di più espressamente ricondotto esclusivamente entro un contesto familiare di tipo tradizionale, che viene nettamente separato (in modo del tutto inconferente rispetto al caso oggetto del giudizio) da quello delle famiglie omogenitoriali o monogenitoriali, anche laddove la coppia eterosessuale si separi.

In secondo luogo, emerge un profilo di carattere processuale, strettamente connesso al primo e che non manca di dispiegare notevoli effetti sul merito delle problematiche sottese alla materia.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, infatti, in modo del tutto eccentrico e improprio pare sostituirsi alla valutazione demandata nel nostro sistema di giustizia costituzionale alla Corte costituzionale in punto di fondatezza o infondatezza (ma, anche, di rilevanza) della questione eccepita dalla difesa del reclamante.

Quest'ultima, infatti, con una eccezione già respinta dal giudice di prime cure, aveva sostenuto profili di non manifesta infondatezza dell'art. 6, terzo comma, della legge n. 40, in relazione agli artt. 2, 13, 30, 31 e 32, Cost., nella parte in cui tale disposizione cristallizza il consenso rendendolo non più revocabile oltre il momento della formazione dell'embrione. In particolare, l'irrevocabilità del consenso si sarebbe posta in contrasto con la libertà e la volontarietà dell'atto che permette di diventare genitori e di formare una famiglia, «dovendosi dare rilievo a tutti gli eventi successivi alla fecondazione» e «ricordando le problematiche di tipo psico/fisico a danno» del reclamante «atteso che il bene salute

sarebbe gravemente compromesso per il rifiuto psicologico dell'idea di proseguire nel progetto di filiazione»⁷.

Il giudice del reclamo, con una motivazione alquanto particolare rispetto al merito delle argomentazioni svolte e soprattutto particolarmente approfondita e distesa, ritiene del tutto infondati i relativi dubbi di compatibilità alla Costituzione, sottraendo, pertanto, alla Corte costituzionale una questione di tutto rilievo, che, come si è accennato, era già stata portata al suo giudizio nel 2009 ed era stata definita nel senso della manifesta inammissibilità per carenza di rilevanza⁸.

Quanto al merito, il Tribunale incentra la sua decisione non tanto sulla posizione della moglie separata che richiede l'impianto degli embrioni, quanto su quella di questi ultimi cui andrebbe riconosciuto un vero e proprio diritto a nascere, poiché la legge n. 40 fin dal suo primo articolo valorizza e pone sullo stesso piano tutti i soggetti coinvolti nella procedura di fecondazione assistita, sulla base di una discutibile lettura dell'impianto della disciplina, come ormai emerge a seguito dei diversi interventi della Corte costituzionale che lo hanno progressivamente e sostanzialmente modificato.

Inoltre, sempre seguendo questa impostazione, il giudice del reclamo richiama anche presunti interessi «pubblicistici di ordine etico», che confermerebbero la «ratio dichiarata della legge di tutela della vita»: e, infatti, tale disciplina non tutela solo «gli interessi dei privati che accedono alla p.m.a.», «ma anche gli interessi pubblicistici sottesi alla delicata materia che involge la genesi della vita, di ordine etico e sanitario».

Questa lettura della legge n. 40 se da un lato, come si è già sottolineato, non tiene in alcun conto le decisioni della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale di diverse disposizioni della disciplina, dall'altro omette di considerare che è proprio la stessa legge n. 40 a rendere esplicite le sue finalità, ossia quelle relative al superamento delle patologie connesse alla sterilità e all'infertilità delle coppie⁹.

Nessuna disposizione della legge n. 40, invece, fa riferimento al diritto alla vita o a nascere dell'embrione, benché certamente la sua posizione, quantomeno nell'impianto originario della disciplina, fosse stata posta sullo stesso piano di quella degli altri soggetti coinvolti (innanzitutto, eviden-

⁷ Trib. Santa Maria Capua Vetere, ordinanza n. 9240 del 2020.

⁸ Al riguardo, si vedano le osservazioni di M. D'AMICO, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)?*, in *Forum costituzionale*, 13 maggio 2004, 2, che, in relazione a una decisione di manifesta infondatezza di una questione relativa alla materia della fecondazione assistita, sottolinea che in quel caso la «valutazione del giudice [...] non si limita all'esame della non manifesta infondatezza della questione: compito del giudice dovrebbe essere infatti quello di una sommaria deliberazione della questione. Quando solleva una questione di legittimità costituzionale, soprattutto se questo avviene "su istanza di parte", il giudice non deve essere soggettivamente convinto che la Corte accoglierà la questione, né deve condividerne soggettivamente il contenuto. Se soltanto il giudice ritiene che la Corte possa entrare nel merito della questione, egli è tenuto a sollevarla». E, infatti, «nel nostro ordinamento il giudizio sulla non manifesta infondatezza della questione non assegna affatto al giudice il compito di selezionare soggettivamente le questioni da trasmettere alla Corte costituzionale, bensì quello di filtrare soltanto le questioni che, sulla base di indici oggettivamente verificabili, siano ritenute del tutto prive di fondamento».

⁹ Si noti che a seguito della sentenza n. 96 del 2015 la legge n. 40 si veda assegnata una ulteriore finalità, ossia quella di consentire alle coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche, di non trasmettere sicuramente tali malattie alla prole, grazie al preventivo accesso alla diagnosi genetica preimpianto, che impedisce di dover ricorrere, a gravidanza avviata, alla sua interruzione a seguito dell'esecuzione di esami diagnostici prenatali.

temente, i componenti della coppia) e tale profilo emerga ancora direttamente dalla lettura dell'art. 1, che prevede che la legge «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

Il diritto alla vita, al contrario, è espressamente citato nella legge n. 194 del 1978, che, pur regolando alla luce delle chiare indicazioni della sentenza n. 27 del 1975 della Corte costituzionale le condizioni e i limiti di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, al suo primo articolo afferma che lo «Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio», ponendo tutta una serie di ben note problematiche circa la stessa identificazione del momento di inizio della vita umana¹⁰.

Le esigenze di tutela del nato in relazione al diritto ad avere una famiglia, composta da due genitori di sesso diverso, invece, sono riconosciute nella legge n. 184 del 1983 (*Diritto del minore ad una famiglia*), che fin dal suo titolo riconosce il diritto del minore ad avere una famiglia.

Ecco che da questo pur rapido raffronto emerge chiaramente come la legge n. 40 del 2004 abbia quale scopo dichiarato quello di offrire uno strumentario tecnico e medico in grado di superare o attenuare anche per un tempo determinato le conseguenze che derivano dalla condizione di sterilità o infertilità di cui possono essere affetti uno o entrambi i componenti della coppia (tanto che nel flusso informativo di cui al medesimo art. 6 che precede necessariamente l'avvio del percorso di fecondazione assistita devono essere fornite indicazioni anche rispetto all'alternativa e ben diversa possibilità di intraprendere una procedura di adozione secondo quanto previsto dalla legge n. 184). E se certamente il legislatore del 2004 ha inteso aderire a un modello di famiglia tradizionale, ossia eterosessuale, benché non fondata sul matrimonio (poiché, al contrario che per l'adozione, sono ammessi all'accesso alle procedure anche le coppie conviventi), ecco che da ciò sembra arduo dedurre, come invece fa il giudice del reclamo, una prevalenza assoluta del «diritto alla vita dell'embrione» sul «diritto alla famiglia costituita da coniugi non separati».

La «preminente tutela della vita», ad avviso del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, invece, sarebbe «consacrata» proprio dall'art. 6, terzo comma, che cristallizza il momento di formazione del consenso, oltre che dall'art. 8, che valorizza la volontà di diventare genitori al fine di garantire la formazione di uno *status* certo di figlio, escludendo che possano avere rilievo comportamenti o eventi successivi alla formazione dell'embrione.

Sulla base di tali riflessioni il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ritiene che i dubbi di illegittimità costituzionale non abbiano alcun fondamento, perché altrimenti si dovrebbe ritenere «prevalente il diritto alla famiglia costituita da coniugi non separati rispetto al diritto alla vita dell'embrione»: nessun rilievo, dunque, può essere riconosciuto a vicende successive alla fecondazione, quale la separazione dei coniugi, che solo in apparenza eliderebbe i requisiti soggettivi richiesti dall'art. 5 della legge n. 40 e comprometterebbe il «diritto alla famiglia, garantito dall'art. 30 Cost.».

In modo esplicito e, però, del tutto inconferente, a questo ultimo riguardo si giunge ad affermare che lo «stato di separazione dei coniugi non può porsi [...] sullo stesso piano» rispetto a quello del genito-

¹⁰ Sulla problematica individuazione dell'inizio della vita umana si vedano P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 1307 ss., I. NICOTRA GUERRERA, «Vita» e sistema dei valori nella Costituzione, Milano 1997, e, da ultimo, M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 311 ss.

re singolo o della coppia omosessuale, che «danno vita a modelli di famiglia che si allontanano da quello tradizionale».

Certamente la famiglia monogenitoriale e omogenitoriale non rispetta i requisiti di accesso imposti dall'art. 5, ma tale rilievo non modifica in alcun modo l'approccio interpretativo relativo alla ben diversa questione della sopravvenuta mancanza del requisito del coniugio (o della convivenza) fra componenti (pure eterosessuali) della coppia.

Il raffronto con la condizione di famiglie monogenitoriali o omosessuali, peraltro, non pare incidere affatto sul riconoscimento, certamente dovuto al minore, del «diritto a godere di entrambe le figure genitoriali», laddove intervenga la loro separazione.

Non vi è dubbio, infatti, che in simili casi il minore conservi tale diritto, che può e deve essere fatto valere nei confronti di entrambi i genitori, che sono chiamati ad adempiere i loro doveri di cura nei confronti dei figli, come impone l'art. 30 Cost. e numerose disposizioni codicistiche che valorizzano innanzitutto la dimensione del dovere rispetto a quella del diritto di cura, da ultimo anche attraverso la significativa introduzione dell'istituto della "responsabilità genitoriale" (anziché "patria potestà" e "potestà genitoriale"), grazie alla modifica operata dalla legge n. 219 del 2012 (*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*).

3. L'ambito applicativo dell'art. 6, terzo comma, della legge n. 40 in relazione alle diverse fasi della procedura fecondativa

Un secondo profilo che attiene al merito della questione posta al giudizio del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere risulta parimente significativo e attiene all'interpretazione che si intende dare alla previsione che richiede che il consenso informato assista tutte le fasi della procedura e che siano presenti e verificati i requisiti di cui all'art. 5 della legge n. 40 per l'accesso a essa. Una delle argomentazioni del reclamante, infatti, atteneva alla intervenuta separazione dei coniugi che avrebbe fatto venire meno la condizione posta dall'art. 5, che richiede che possano accedere alle tecniche coppie eterosessuali maggiorenni e viventi, sposate o conviventi.

Al riguardo risulta dirimente la previsione di cui all'art. 12, secondo comma, della legge n. 40. Con essa, infatti, si prevede la sanzione amministrativa per chiunque applichi in violazione dell'art. 5 tecniche di fecondazione assistita a coppie i cui componenti non abbiano tali caratteristiche, fra cui proprio quella di essere sposati o conviventi.

Ecco che il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, nella pur approfondita (e, però, non priva di profili critici, come si è visto) ricostruzione della *ratio* della legge n. 40 svolta al fine di dimostrare la correttezza della decisione di autorizzare l'impianto in utero degli embrioni, avrebbe dovuto quanto meno considerare questa previsione e interrogarsi sulla scansione temporale delle diverse fasi di accesso alla fecondazione, per verificare se il requisito soggettivo del coniugio dovesse ritenersi superato dall'avvenuta fecondazione.

A fronte di disposizioni non molto chiare nel loro complesso – in ragione del fatto che occorre verificare quali siano le fasi di applicazione delle tecniche, in ordine a quali di esse debba essere rilevato il consenso della coppia, in ordine a quali di esse debbano continuare a sussistere i requisiti soggettivi – e considerando la delicatezza delle problematiche sottese, nella consapevolezza che, in ogni caso,



analoghe questioni erano già state prospettate alla Corte costituzionale e non erano state decise nel merito solo per profili legati alla mancanza di rilevanza, più correttamente il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere avrebbe dovuto sospendere il giudizio e sollevare le relative questioni alla Corte.

Pur a fronte della convinzione che lo ha poi condotto alla decisione di rigetto del reclamo, infatti, il giudice comune ha il dovere di effettuare un filtro solo rispetto a questioni che siano manifestamente prive di fondamento e di non sostituire affatto la sua valutazione in punto di non manifesta infondatezza a quella che invece compete solo alla Corte costituzionale.

La sollevazione delle questioni, inoltre, pare imporsi proprio se si considerano i plurimi interventi del Giudice delle Leggi e le stesse difficoltà interpretative delle disposizioni della legge n. 40.

Da un lato l'art. 6, primo comma, richiede il consenso informato per ogni stadio della procedura, imponendo l'adempimento del dovere di informazione del medico per garantire la formazione della volontà della coppia sia prima dell'accesso sia in ogni fase di applicazione delle tecniche di fecondazione¹¹; dall'altro lato l'art. 12, che pure richiama gli artt. 5 e 6, sanziona chi applica le tecniche alle coppie che non possiedono i requisiti soggettivi richiesti o senza aver raccolto correttamente il consenso. Rispetto al primo riferimento, ci si può interrogare circa il momento in cui possano venire a mancare tali requisiti soggettivi e, dunque, circa il momento oltre il quale la loro assenza non può influenzare l'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita.

Simili problematiche interpretative, che nel caso deciso dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere riguardano l'ipotesi della separazione, peraltro, si possono certamente configurare anche nel caso di decesso del coniuge o del convivente¹².

È pur vero (e in questo certamente risiede un indubbio profilo di ulteriore problematicità complessiva nella lettura organica della disciplina) che le Linee guida del Ministero della Salute sia nella versio-

¹¹ Insiste sulla necessità che il consenso informato debba sussistere per tutta la durata dell'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita, al pari di ogni altro trattamento sanitario, anche F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma, 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, in *BioLaw Journal*, I, 2021, 90 ss.

¹² Sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 311 ss., laddove ci si sofferma sul destino degli embrioni in caso di disaccordo dei componenti della coppia o di decesso di uno o di entrambi e anche sulle decisioni di alcuni giudici comuni intervenute in materia prima dell'entrata in vigore della legge n. 40, e 31 ss., per i riferimenti ad alcune decisioni rese prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004. Si veda, inoltre, Trib. Bologna, ordinanza 16 gennaio 2015, con cui richiamandosi le Linee guida ministeriali si consente di procedere all'impianto degli embrioni crioconservati come richiesto dalla donna, pur a fronte della morte del marito, così come pure Trib. Lecce, ordinanza 24 giugno 2019. È stato ritenuto applicabile da Corte cass., sez. I civ., sentenza n. 13000 del 2019, ai fini dell'attribuzione del cognome paterno in relazione al relativo rifiuto dell'ufficiale di Stato civile, l'art. 8 della legge n. 40 del 2004 anche ai casi di fecondazione omologa con ricorso ai gameti crioconservati del componente maschile della coppia che aveva prestato il suo consenso all'accesso alle tecniche, ma che era deceduto prima della formazione dell'embrione. Sulle problematiche sottese alla cd. fecondazione *post mortem* si rinvia ad A. MARCHESE, *La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, in *Rivista di Diritti Comparati*, II, 2018, 210 ss., D. GIUNGHEDI, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*, in *Giustiziavivile.com*, 10 dicembre 2019. Si veda anche Trib. Vigevano, decreto 3 giugno 2009, con cui non si accoglie la richiesta del tutore del componente maschile della coppia che si trovava in stato di totale incapacità di esprimere il consenso per l'accesso alla fecondazione assistita, in ragione del fatto che il paziente non aveva mai manifestato tale intenzione.

ne originaria del 2004, sia in quelle risultanti dagli aggiornamenti intervenuti nel 2008 e nel 2015, cui peraltro il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere non fa alcun riferimento, riconoscono sempre il diritto della donna di ottenere il trasferimento in utero degli embrioni crioconservati.

È altresì evidente che, in generale, sia in materia di fecondazione assistita sia in quella di interruzione di gravidanza la posizione e il corpo della donna assumono un rilievo peculiare e preponderante: si pensi, infatti, alla possibilità di differire, grazie alla sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale, il trasferimento in utero degli embrioni per ogni tipologia di rischio per la sua salute; si pensi anche alla garanzia per la donna di non coinvolgere il padre del concepito nell'ambito della procedura che può condurre all'interruzione di gravidanza. Al riguardo, la Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto l'«incidenza, se non esclusiva sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna», che rende ragionevole il mancato coinvolgimento del padre, laddove la donna non lo desidera¹³.

Ferma restando, dunque, questa differenza di coinvolgimento che caratterizza i due componenti della coppia in relazione al progetto genitoriale, non si può mancare di rilevare che in caso di fecondazione assistita e prima che si sia proceduto all'impianto in utero dell'embrione entrambi i componenti della coppia si trovano in una condizione di indubbia parità.

A tale riguardo il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere rileva, in effetti, che alle «asserite problematiche psicologiche che il reclamante subirebbe per il rifiuto di portare avanti il progetto di filiazione con una donna con la quale non sussiste più un progetto di vita comune» corrispondono analoghe problematiche per l'altro componente della coppia, «per non vedere realizzato il progetto di filiazione nonostante l'affidamento determinato dal consenso e l'avvenuta fecondazione».

L'individuazione del difficile punto di equilibrio fra queste due posizioni è stato specifico oggetto della decisione resa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Evans* c. Regno Unito nel 2007, con cui la Grande Camera non ha riconosciuto la violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea, non potendosi assegnare al diritto di diventare genitore attraverso l'impianto degli embrioni pur a fronte della separazione della coppia un rilievo maggiore rispetto al contrapposto diritto al rispetto della decisione di non diventarlo, nel medesimo contesto.

Proprio nella differente modalità di fecondazione, in effetti, risiede il profilo di maggiore criticità: la circostanza che sia possibile creare embrioni *in vitro* e mantenerli in stato di crioconservazione pone in evidenza il rilievo che può assumere il periodo di tempo fra la fecondazione e l'effettivo impianto in utero. Secondo la Corte Europea, in materia, deve essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento nella scelta del momento a partire dal quale il consenso dei componenti della coppia diviene irrevocabile: il Regno Unito, al riguardo, richiede un consenso scritto di entrambi rispetto al destino degli embrioni e consente la sua revoca rispetto all'impianto fino a quel momento.

¹³ Corte cost., ordinanza n. 389 del 1988. Si rinvia ancora a B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 561 ss., per il riferimento alla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nel caso *Boso* c. Italia, 2002 e all'orientamento espresso dalla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *R. H. c. Norvegia*, 1992, decisione sull'ammissibilità del ricorso.

4. Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, come si è detto, pone a fondamento della propria decisione una discutibile lettura dell'impianto della legge n. 40, non solo senza operare una interpretazione complessiva della disciplina, ma anche senza tenere conto delle citate diverse decisioni della Corte costituzionale in materia.

Rispetto al consenso informato, che risulta rigidamente cristallizzato al momento della formazione dell'embrione e che per questo non è più revocabile, emerge un ulteriore profilo di interesse della decisione.

Il consenso informato, come è noto, risulta del tutto funzionale a rendere effettivo il diritto alla salute e all'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche.

Come ha chiaramente stabilito la Corte costituzionale, infatti, il consenso informato deve essere «inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico»: esso si configura «quale vero e proprio diritto della persona». Il consenso informato così caratterizzato «pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali», ossia

«quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale»¹⁴.

Ecco che, rispetto alle questioni portate al giudizio del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, il consenso informato sembra assumere una configurazione del tutto particolare, rispetto ai tradizionali casi in cui esso viene in rilievo, sia in ordine al diritto di essere curato sia rispetto al diritto di rifiutare le cure¹⁵.

Nel caso di specie, infatti, si richiede di poter revocare il consenso rispetto a un trattamento sanitario – relativo alle tecniche di fecondazione assistita – che è stato almeno in una prima fase anche applicato direttamente alla parte reclamante (il componente maschile della coppia). La procedura si sviluppa successivamente incidendo in misura inevitabilmente maggiore sulla posizione della donna, che, in ogni caso, resta l'unica destinataria della specifica fase dell'impianto in utero¹⁶.

Si pone, quindi, rispetto al componente maschile il centrale interrogativo in ordine al momento in cui, nei suoi confronti, può dirsi terminata l'applicazione del trattamento sanitario e, dunque, irrilevante il relativo consenso informato oppure in ordine alla possibilità di ritenere che, in ogni caso, anche nei suoi confronti la procedura si stia continuando ad applicare, restando di conseguenza e ne-

¹⁴ Corte cost., sentenza n. 438 del 2008.

¹⁵ Sul consenso informato in generale e in particolare sulla sua declinazione relativa ai casi del cd. fine vita si vedano F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, C. CASONATO, *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, IV, 2017, 597 ss., P. BORSELLINO, *Consenso informato. Una riflessione filosofico giuridica sul tema*, in *Salute e Società*, III, 2012, 17 ss., e A. APOSTOLI, *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in *BioLaw Journal*, I, 2021, 239 ss.

¹⁶ Si veda al riguardo quanto osserva P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 97, laddove sottolinea che il «corpo femminile si colloca al centro del fenomeno procreativo e ne costituisce l'indiscusso protagonista».

cessariamente rilevante il suo consenso, non vertendosi in un caso di trattamento sanitario obbligatorio.

Se certamente, come si è detto, si può ritenere che almeno materialmente sul corpo del marito o convivente (o, ormai, coniuge separato o divorziato o non più convivente) dopo un certo limite temporale non vengano più operate prestazioni sanitarie tali da configurare un vero e proprio trattamento sanitario, certamente restano non pochi profili di problematicità rispetto alla prosecuzione di una procedura (quella di fecondazione assistita appunto) che indubbiamente continua a dispiegare consistenti effetti (anche) nei suoi confronti.

Ciò, soprattutto, se si tiene conto delle conseguenze che si determinano in capo ai genitori a fronte della nascita di un figlio, in termini di assunzione della responsabilità genitoriale, che si declina nei doveri (innanzitutto) e (poi) diritti di cura nei suoi confronti.

La complessità di simile contesto, che porta a emersione, in definitiva, una nuova dimensione del principio del consenso informato (sia in relazione al diritto alla salute fisica e psichica e al diritto di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, sia in relazione al diritto di scegliere di formare una famiglia anche con figli¹⁷), sembra ulteriormente rafforzare le conclusioni cui si è pervenuti intorno alla necessità di sollevare la sottesa questione di legittimità costituzionale.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere rispetto a tale profilo, che, in fondo, risulta centrale per la definizione del caso concreto, evoca, in modo eccentrico, l'art. 13 Cost., per sostenere che, nel caso di specie, non sarebbe «ravvisabile un trattamento sanitario obbligatorio» che, con tale disposizione costituzionale, si porrebbe in contrasto. A suo avviso, infatti, «il divieto di revoca del consenso non impone alcun trattamento sanitario non voluto, limitandosi a produrre effetti vincolanti sull'assunzione di genitorialità». Di conseguenza, non vi sarebbe alcun profilo di frizione rispetto ai principi che sostanziano il consenso informato.

Il giudice prosegue nelle sue argomentazioni, non sempre del tutto lineari e comprensibili, sostenendo che, in «ambito sanitario, il consenso non costituisce accordo, ma assenso, ossia una manifestazione di volontà che non si coniuga con un'altra volontà, con la conseguenza che esso non crea un vincolo, ma soltanto un'autorizzazione per il medico, sempre revocabile».

E, però, – e qui si può rilevare un ulteriore elemento di contraddizione nel percorso motivazionale della decisione – «ben può il legislatore per situazioni diverse dettare una disciplina peculiare che nel caso in esame si giustifica per la tutela dei rilevanti interessi pubblicistici in gioco».

Nel bilanciamento fra i diversi interessi e diritti costituzionali, dunque, nella prospettiva del giudice del reclamo, potrebbe o dovrebbe essere assegnato – in una materia così delicata come quella relativa alla salute non solo fisica, ma anche psichica (che ben può essere parimente compromessa dalla prosecuzione di un trattamento sanitario) – rilievo prevalente alla tutela di “interessi pubblicistici”:

¹⁷ La Corte costituzionale ha specificamente individuato non solo le esigenze di procreazione, che devono bilanciare la tutela dell'embrione, nella sentenza n. 151 del 2009, ma anche il diritto incoercibile di decidere se diventare genitori e di formare una famiglia anche con figli (e non necessariamente genetici) nella sentenza n. 162 del 2014. Sulla possibile configurazione di un vero e proprio diritto a procreare e intorno alle relative problematiche sottese si rinvia a F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, 465 ss., e A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1341 ss.

nemmeno, quindi, alla tutela dell'embrione, cui pure lo stesso giudice riconosce la titolarità del diritto alla vita. Si tratta, peraltro, di un embrione non ancora impiantato, cui viene riconosciuto – come si è visto ripercorrendo le argomentazioni che conducono il giudice a riconoscere il diritto alla vita e, quindi, all'impianto in utero – un grado di tutela ben superiore a quello dell'embrione già impiantato, nei cui confronti può trovare applicazione la legge n. 194 del 1978. Rispetto al rapporto fra le due discipline, la Corte costituzionale ha già avuto occasione di esplicitare in modo molto chiaro i profili di irragionevolezza che caratterizzavano il nostro ordinamento, che imponeva l'impianto dell'embrione pur malato, garantendo in ogni caso, proprio alla luce dell'accertamento di quella patologia, l'accesso al trattamento interruttivo di gravidanza¹⁸.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, quindi, pur dopo aver riconosciuto il diritto alla vita e all'impianto dell'embrione laddove la donna vi consenta e nonostante la contraria volontà del marito o convivente, con ciò individuando un discutibile bilanciamento alla luce di quanto si è ricordato, procede nella definizione di un ulteriore bilanciamento, che questa volta – e in modo ulteriormente contraddittorio e irragionevole – lo conduce a giustificare la sua decisione sulla base della asserita prevalenza di interessi esterni a quelli dei soggetti coinvolti e anche dello stesso embrione. Quest'ultimo diviene, quindi, uno strumento funzionale e servente rispetto alla soddisfazione di quegli stessi interessi pubblicistici.

Proprio in questo, in fondo, si può individuare il profilo di maggiore criticità della decisione, ossia nel persistente richiamo ad asseriti «interessi [...] pubblicistici di ordine etico e sanitario», peraltro non meglio specificati e che però sembrano trascendere la sfera di tutela dell'embrione.

Ciò, come è noto, rispetto alla stessa problematica definizione di dignità umana – che non ammette che una persona possa divenire mero strumento per la soddisfazione di obiettivi collettivi, neppure laddove si tratti di garantire la salute quale interesse della collettività – pone tutta una serie di profili critici.

Si deve ricordare, infatti, che la stessa Corte costituzionale ha inteso declinare la dignità umana e antropologica rapportandola specificamente all'embrione, sia nella sentenza n. 229 del 2015 sia nella successiva sentenza n. 84 del 2016. L'individuazione di questa nozione certamente non è priva di risvolti altamente problematici, ancora una volta se si considerano le ordinarie difficoltà di inquadramento rispetto a chi è già persona e, quindi, a maggior ragione rispetto a chi persona deve ancora diventare (non essendo neppure in uno stadio di sviluppo successivo quantomeno al suo impianto in utero)¹⁹.

¹⁸ Si veda al proposito Corte cost., sentenza n. 96 del 2015.

¹⁹ In generale, sulla nozione di dignità umana si veda A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità*, Roma, 2007, A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale, Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1755 ss., F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987, e L. VIOLINI, *La dignità umana, inesauribile fonte di suggestioni per il costituzionalismo*, in *BioLaw Journal*, II – Special Issue, 2019, 83 ss.; con specifico riferimento alla dignità antropologica dell'embrione sia consentito il rinvio alle più ampie e critiche considerazioni contenute in B. LIBERALI, *Scelte definitorie fra scienza e diritto: una questione non solo terminologica*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 247 ss.; ancora, la Corte si è recentemente soffermata sulla dignità umana in senso oggettivo e soggettivo, rispettivamente in materia di prostituzione libera e consapevole nelle sentenze nn. 141 e 278 del 2019 (sulle cui problematiche si rinvia a M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, II, 2002, 398 ss., M.

Anche di questi profili, però, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere non tiene conto, anche solo per discostarsene consapevolmente. E, ancora una volta, emerge (sembra davvero in modo limpido) lo scostamento fra i compiti di valutazione in ordine alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza delle questioni sottese, compresa la valutazione intorno alla possibile interpretazione costituzionalmente conforme, che sono rimessi ai giudici comuni, e il sindacato accentrato di costituzionalità, che compete esclusivamente alla Corte costituzionale.

La rimessione di tali complesse e problematiche questioni, in definitiva, avrebbe potuto contribuire a chiarire definitivamente la portata del consenso informato, che potremmo definire di “coppia”, perché esso accede a un trattamento sanitario che viene applicato a entrambi i suoi componenti (pur con gradi di invasività differenti) e che produce, conducendo potenzialmente alla nascita di un figlio, una serie di conseguenze in punto di assunzione della responsabilità genitoriale.

L'intervento della Corte avrebbe evitato l'assunzione di una decisione da parte del giudice comune che, come si è cercato di mostrare, risulta problematica non soltanto per il singolo caso concreto, ma anche perché pone in luce come alle medesime conclusioni altri giudici comuni possano non pervenire, determinandosi così una applicazione della legge n. 40 irragionevolmente differenziata, con effetti diretti sulla tutela dei sottesi diritti fondamentali.

A questo medesimo (positivo) risultato, peraltro, si sarebbe potuti pervenire anche laddove la Corte costituzionale avesse “deciso di non decidere” e, quindi, di limitare il perimetro del suo sindacato per rigettare le questioni oppure per rinviare al legislatore la definizione di una disciplina maggiormente aderente ai principi costituzionali.

In particolare, la Corte avrebbe potuto (e ancora evidentemente potrebbe, laddove altri giudici comuni ritenessero di non poter aderire alle conclusioni raggiunte dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere) utilizzare l'innovativa tecnica decisoria inaugurata con il caso Cappato-Antoniani oppure rivolgere un monito, a cui recentemente si è fatto ricorso in modo particolarmente rafforzato: una sorta di “monito armato”, con cui, pur non giungendosi a individuare una data precisa per il rinvio della trattazione delle questioni dando tempo al legislatore per intervenire, si indicano in modo più o meno preciso i profili di (indubbia) criticità dal punto di vista della compatibilità a Costituzione delle disposizioni censurate²⁰.

PICCHI, *Una nuova pronuncia sulle condotte criminali parallele alla prostituzione*, in *Forumcostituzionale.it*, I, 2020, 365 ss. B. LIBERALI, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, III, 2019, 1670 ss.) e in materia di aiuto al suicidio (in particolare, Corte cost., ordinanza n. 207 del 2018).

²⁰ La Corte costituzionale con le sentenze nn. 32 e 33 del 2021 rese in materia di omogenitorialità ha dichiarato le relative questioni inammissibili, pur dopo aver sottolineato, con una serie particolarmente evocativa di espressioni, l'importanza dell'intervento del legislatore, a fronte di indubbi profili di criticità della disciplina censurata. Al riguardo si veda innanzitutto A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Giurcost.org*, I, 2021, 221 s., oltre che F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di “nati non riconoscibili”. Nota alla sentenza n. 32 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, I, 2021, 1 ss., G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Quad. cost.*, II, 2021, 112 ss., e, volendo, B. LIBERALI, *L'importanza delle parole e della tecnica decisoria in due recenti pronunce della Corte costituzionale in materia di genitorialità*, cit.

Resta ovviamente fermo che, in attesa che eventuali altre analoghe questioni vengano sollevate alla Corte costituzionale e, dunque, che essa abbia l'occasione per decidere di entrare nel merito delle stesse, il legislatore ben potrebbe intervenire, «quale interprete della volontà della collettività», essendo «chiamato a 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»²¹.

Le stesse innovative tecniche decisorie con cui la Corte costituzionale tenta di rendere maggiormente cogente l'assunzione di tale responsabilità da parte del legislatore, in fondo, dimostrano che, come è stato efficacemente sottolineato, «le “antenne” per intercettare i mutamenti della “coscienza sociale”» «tra Corte e legislatore» «le ha il secondo»²².

E, come mostrano ancora una volta le medesime decisioni richiamate e, in particolare, la tecnica del rinvio della trattazione a nuova udienza con fissazione di un preciso limite temporale, tale assunzione di responsabilità e le conseguenti determinazioni normative dovrebbero intervenire tempestivamente, anche considerando le specifiche (e delicate) materie che vengono in rilievo e i diritti fondamentali sottesi.

In generale, sull'intreccio di tali possibili tecniche decisorie si veda A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Giurcost.org*, II, 2021, 348 ss., oltre che M. D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, I, 2020, 286 ss., P. VERONESI, *La Corte costituzionale “affina, frena e rilancia”: dubbi e conferme nella sentenza sul “caso Cappato”*, in *BioLaw Journal*, I, 2020, 5 ss., A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Giurcost.org*, III, 2018, 571 ss., e R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale decide con sentenza il “caso Cappato” e supera l'ostacolo “insormontabile” approvando essa stessa la disciplina dell'aiuto a morire*, in *Foro italiano*, III, 2020, 839 ss. Si vedano le critiche notazioni di N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, III, 2021, 86 ss., che si sofferma specificamente sulla «questione del (presunto? Definitivo?) abbandono delle pronunce “a rime obbligate”, in particolare nella materia penale»; sulla «giurisprudenza inaugurata con il c.d. “caso Cappato”, cioè le pronunce definibili come di “incostituzionalità prospettata”», e sulle «sentenze di inammissibilità nelle quali la Corte si ritrae, perché sul diritto messo in gioco dalle questioni di legittimità costituzionale sollevate la Costituzione in realtà tace, e spetta al legislatore decidere, se ritiene di farlo, in uno spazio (tendenzialmente) “vuoto” di diritto costituzionale».

²¹ Corte cost., sentenza n. 84 del 2016.

²² N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 94, che ritiene che dovrebbe essere «semmai il legislatore rappresentativo a doversi porre quale interprete della coscienza sociale, ad avere le “antenne” per intercettarla e tradurla – o non tradurla, se una tale sensibilità non sia né diffusa né “riconoscibile” o sia di segno contrario a quello che alcuni auspicano – in atti normativi» (ivi, 95).