



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2024 FASCICOLO II

Gaia Atzori

**La Corte giudica se stessa.
Note a margine della sentenza n. 161 del 2023
sull'irrevocabilità del consenso maschile alla PMA**

14 giugno 2024

IDEATORE E DIRETTORE: PASQUALE COSTANZO
CONDIRETTRICE: LARA TRUCCO



Gaia Atzori

La Corte giudica se stessa. Note a margine della [sentenza n. 161 del 2023](#)
sull'irrevocabilità del consenso maschile alla PMA*

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale dinanzi ad una nuova “scelta tragica”. – 2. Il mutato contesto giuridico della disposizione censurata per effetto dello *ius superveniens* della Corte. – 3. Le ragioni del rigetto: alla ricerca delle garanzie di una “volontà consapevole e consapevolmente espressa”. – 4. L'ultimo sintomo degli *sconfinamenti* della giustizia costituzionale: la Corte giudica se stessa.

ABSTRACT: In its [Judgement No. 161 of 2023](#), the Italian Constitutional Court refused to declare the illegitimacy of Article 6, paragraph 3, of Law No. 40 of 2004, providing for the irrevocability of men's consent to medically assisted reproduction after an embryo formation. The paper critically analyses the arguments used by the Court and points out a potential new inconsistency in the relationship between the Court and the legislator. During the years, the Constitutional Court has modified various aspects of the law concerning medically assisted reproduction, ultimately altering the meaning of the provision in question. Starting from this point, the author focuses her attention on the problem of a Court having to judge a rule shaped by its own jurisprudence, effectively placing the Constitutional Court in a position of “judging itself.”

1. La Corte costituzionale dinanzi ad una nuova “scelta tragica”

Con la [sentenza n. 161 del 2023](#) la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*¹), là dove prevede che la volontà di accedere alle tecniche di PMA possa essere revocata «da ciascuno dei soggetti [...] fino al momento della fecondazione dell'ovulo», e quindi non oltre la formazione dell'embrione.

Nel caso di specie, una coppia di coniugi aveva deciso di non procedere subito all'impianto dell'embrione formatosi mediante PMA, bensì di crioconservarlo al fine di eseguire una biopsia sullo stesso. In seguito, il decongelamento e il trasferimento dell'embrione erano stati ulteriormente differiti affinché la donna potesse sottoporsi ad ulteriori terapie in vista dell'impianto, che, tuttavia, non ebbe comunque luogo a causa della sopravvenuta separazione tra i coniugi.

A circa un anno dalla formale separazione, la donna chiedeva alla struttura sanitaria di procedere comunque all'impianto ma, in assenza del consenso maschile, la struttura non vi acconsentiva.

* contributo sottoposto a referaggio.

Gaia Atzori è dottoranda in Diritto costituzionale nel Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna.

¹ D'ora in avanti: “PMA”.



Così, la donna, sul presupposto dell'irrelevanza giuridica del sopravvenuto dissenso dell'uomo ex art. 6, l. 40/2004, adiva il Tribunale ordinario di Roma, chiedendo la condanna della struttura sanitaria all'impianto dell'embrione crioconservato. Di qui la questione in esame.

Le ragioni addotte dal giudice *a quo*, a fondamento del dubbio di costituzionalità, gravitano intorno all'effetto preclusivo della facoltà di revocare il consenso alla PMA in un momento successivo alla formazione dell'embrione. Preclusione che, di fatto, colpisce esclusivamente il componente maschile della coppia. Infatti, sebbene l'art. 6 si rivolga espressamente ad entrambi i soggetti, il momento della fecondazione dell'ovulo comporta la decadenza assoluta dalla facoltà di revocare il consenso solo nei confronti dell'uomo, il quale, ad embrione formato, rimane esposto alla possibilità che la donna ne richieda l'impianto e, di conseguenza, all'eventualità di divenire padre, con tutte le implicazioni giuridiche annesse, anche contro la sua volontà. La donna, viceversa, come osservato dal giudice *a quo*, rimane sempre libera di non dare corso alla PMA. L'applicazione dell'art. 6 non potrebbe, infatti, condurre all'imposizione di un trattamento sanitario, come l'impianto coattivo dell'embrione².

Ad avviso del rimettente, dunque, la norma censurata, lederebbe il diritto all'autodeterminazione dell'uomo in ordine all'assunzione del ruolo genitoriale e quello al rispetto della vita privata e familiare, violando così gli artt. 2, 3 e 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 8 CEDU³.

Il richiamo all'art. 3 rileva sotto il duplice profilo della ragionevolezza e dell'uguaglianza.

Sotto il profilo della ragionevolezza, in quanto la norma censurata, consentendo alla donna l'impianto malgrado il sopravvenuto dissenso dell'uomo, lo costringerebbe irragionevolmente a divenire genitore contro la sua volontà.

Sotto il profilo dell'uguaglianza, in quanto la norma censurata, consentendo alla donna di rifiutare il trasferimento in utero dell'embrione in qualsiasi momento, sacrificerebbe soltanto la libertà individuale dell'uomo.

Il presupposto logico-giuridico del dubbio di costituzionalità, sul quale il giudice *a quo* si sofferma in via di premessa, è il disallineamento tra il contesto giuridico nel quale avrebbe dovuto inserirsi la disposizione in oggetto, secondo il disegno originario del legislatore, e quello nel quale essa si trova attualmente ad operare, per effetto di ripetuti interventi della Corte costituzionale.

Emblematico è, nella sentenza, il passaggio nel quale la stessa Corte riconosce che, a seguito delle sue pronunce, volte «a dare corretto rilievo al diritto alla salute psicofisica della donna», la norma sull'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo «si è venuta a collocare al limite di quelle che sono state definite "scelte tragiche" (...), perché caratterizzate dall'impossibilità di

² Ciò, in coerenza con quanto previsto dall'art. 1 della l. n. 219 del 2017 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento). Inoltre, con [sent. n. 229/2015](#), la Corte costituzionale aveva già chiarito che il divieto di soppressione dell'embrione «non ne comporta [...] l'impianto coattivo nell'utero della gestante».

³ Tra le censure sollevate dal giudice *a quo* rientrano anche gli asseriti *vulnera* agli artt. 13, comma 1, e 32 Cost. Tuttavia, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità di tali censure per omessa motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale ([Corte cost., sent. 161/2023](#), *In diritto* n. 8).



soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti nella fattispecie»⁴. Così, pur precisando che quello attuale non costituisce l'unico punto di equilibrio costituzionalmente legittimo⁵, la Consulta ha rigettato, per infondatezza, le censure del rimettente, ritenendo che la norma in esame esprima, ancora oggi, un bilanciamento ragionevole tra libertà di autodeterminazione dell'uomo, da una parte, e salute psicofisica della donna e dignità dell'embrione, dall'altra.

2. Il mutato contesto giuridico della disposizione censurata per effetto dello *ius superveniens* della Corte

Come può una disposizione, che nel suo originario contesto normativo non avrebbe destato dubbi di costituzionalità, venire successivamente a collocarsi al limite di una "scelta tragica"?

Può accadere quando, per effetto delle anomalie nei rapporti tra Giudice delle leggi e Parlamento, nel medesimo testo legislativo si trovino a coesistere, senza armonizzazione, le anime di due "legislatori" diversi: quello rappresentativo, da un lato, e il giudice costituzionale nelle vesti di "supplente", dall'altro⁶.

La pronuncia in esame offre interessanti spunti di riflessione in relazione alle ultime conseguenze di quelli che sono stati definiti gli *sconfinamenti della giustizia costituzionale*, «ossia le situazioni nelle quali il giudice supera il recinto della legittimazione e della Costituzione»⁷.

⁴ Ivi, *In diritto* n. 9.2. Sulle altre "scelte tragiche" nella giurisprudenza costituzionale, v. 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 [federalismi.it](https://www.federalismi.it), n. 23/2023, 128 ss.

⁵ Ivi, *In diritto* n. 15. Basti pensare che nel Regno Unito, in Danimarca, in Francia, in Grecia, nei Paesi Bassi e in Svizzera, il legislatore riconosce il diritto di revocare il consenso fino all'impianto dell'embrione. La Consulta, come esempio di ipotesi normative diverse, ha richiamato la decisione della Corte costituzionale colombiana, 13 ottobre 2022, T-357/22 che, in una vicenda analoga, ha permesso l'assimilazione del padre a un donatore anonimo. Sulle soluzioni normative e giurisprudenziali offerte dal diritto comparato, v. E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica"*, cit., 130 ss.

⁶ Efficace in tal senso la metafora del "labirinto" di S. TALINI, [Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel "labirinto" della legge n. 40/2004](https://www.federalismi.it), in questa *Rivista*, 2023/III, 883. Nel "labirinto" che è oggi la legge n. 40/2004, infatti, le disposizioni originarie di matrice legislativa e le disposizioni sopravvenute di matrice giurisprudenziale, in quanto frutto di due inconciliabili visioni sulla gerarchia degli interessi in gioco, non possono che disorientare l'interprete, proprio come in un labirinto.

⁷ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251. In questo primo scritto, nonché in *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 12/2021, 170-212 e in B. Caravita (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino, Giappichelli, 2021, 67-116, l'A. ha messo a punto la teoria del "suprematismo giudiziario" della Corte costituzionale, «un'attività giurisdizionale lontana dalle forme giuridiche, non oggettiva o non dichiarativa, essenzialmente diretta a creare "realtà" o "forme" nuove rispetto a quelle dell'ordinamento vigente. Una realtà non oggettiva che, però, si pretende di rendere tale attraverso diversi strumenti e, in ultimo, mediante la costruzione di un consenso presso l'opinione pubblica, come fonte di legittimazione politica» (Ibid., *Suprematismo giudiziario*, cit., 251, nota 1). Questa dottrina individua, con le annesse criticità, la tendenza



Com'è noto, la legge n. 40/2004 non è nuova al vaglio della Corte costituzionale, la quale ha costruito un "mosaico" di pronunce "creative" che ne hanno «ridisegnato il volto», dando vita ad uno dei più eclatanti esempi di "riscrittura" giurisprudenziale di un testo legislativo⁸. La legge sulla PMA è stata, infatti, oggetto di aspre critiche sin dalla sua approvazione⁹, a causa di un assetto di interessi ritenuto eccessivamente sbilanciato a favore dell'embrione¹⁰.

Pertanto, al fine di comprendere la peculiarità del ruolo della Corte nella questione in esame, è necessario ripercorrere brevemente le tappe del «sostanziale smantellamento»¹¹ della legge n. 40, per mano del giudice costituzionale.

Le sentenze che hanno scandito la suddetta "riscrittura" sono, principalmente, tre: la [n. 151/2009](#)¹², la [n. 162/2014](#)¹³ e la [n. 96/2015](#)¹⁴. La prima, dichiarando l'illegittimità costituzionale del

sempre più marcata della Corte costituzionale a superare il *limen* segnato dai confini costituzionali dei suoi poteri. In questi scritti, l'A. mette in luce come la prassi giurisprudenziale costituzionale si sia progressivamente distaccata dal suo mero ruolo di custode della Costituzione, coniando «nuovi moduli (di giudizio e di decisione), superando le regole processuali esistenti, riscrivendo norme sostanziali, modificando l'equilibrio dei poteri» (ivi, 257) giungendo sino ad invadere l'*agorà*, alla continua ricerca di un collegamento diretto con l'opinione pubblica. Poiché in più punti del presente lavoro emergerà il tema degli sconfinamenti della Corte, si intende precisare sin d'ora che ci si riferisce al concetto elaborato da questa dottrina.

⁸ Parla di «uno dei più caratteristici casi di "riscrittura" per via giurisprudenziale di un testo di legge» attraverso una «progressiva erosione dei divieti della legge 40/2004» che ne ha «ridisegnato il volto», F. FAENZA, in *Bioetica e biodiritto. Problemi, casi e materiali*, in C. Faralli (a cura di), 3a ed., Giappichelli, 2018, 77 ss. Del resto, F.D. BUSNELLI, in *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Rivista di diritto civile*, già nel 2011, apriva il suo scritto affermando che «Occorre ormai prendere atto che la disciplina dettata dalla Legge 40 non risponde più per intero al modello fortemente voluto dal legislatore; ed è per di più sulla via di un progressivo sgretolamento. Pertanto essa non può più essere interpretata privilegiando il canone ermeneutico della «intenzione del legislatore» (459). In tal senso anche G. FERRANDO, *Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni in vitro, dissenso del marito*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2021, vol. 37 secondo la quale «la legge non può essere letta soltanto nel prisma delle intenzioni del legislatore storico, dato che nel frattempo gli interventi della Corte costituzionale non solo ne hanno modificato alcune regole fondamentali (congelamento di embrioni, fecondazione eterologa, diagnosi preimpianto), ma hanno chiarito la cornice di principi costituzionali entro cui la legge deve collocarsi ed essere interpretata e che forse il legislatore storico non aveva messo completamente a fuoco.» (649).

⁹ Per le prime critiche alla l. n. 40/2004, v. M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 2004, 3, 453 ss. e C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Diritto pubblico*, 2004, 2, 501 ss.

¹⁰ Basti pensare che «l'articolo 1 della legge n. 40, perseguendo la piena parificazione tra embrione e persona, ha prodotto una sgrammaticatura legislativa che rende quell'articolo difficile da spiegare e da applicare, per il peso ideologico che lo contraddistingue»: S. RODOTÀ, in *Perché laico*, Laterza, 2009, 53.

¹¹ M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, 171.

¹² A commento, M. MANETTI, *La sentenza sulla PMA, o del legislatore che volle farsi medico*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2009, 28 maggio 2009, nonché *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 3, 1688 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?* ivi,, 3,



divieto di produrre più di tre embrioni e del vincolo di trasferirli mediante un unico e contemporaneo impianto, ha annullato, per «logica conseguenza», il divieto generale di crioconservazione degli embrioni previsto ai sensi dell'art. 14, comma 1. La seconda, ha fatto venir meno il divieto di fecondazione eterologa in caso di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. La terza, infine, ha annullato il divieto di accesso alla PMA per le coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche, consentendo loro di ricorrere alla diagnosi pre-impianto, la cui tempistica richiede necessariamente la crioconservazione dell'embrione¹⁵.

È interessante notare come la Consulta abbia caducato i principali divieti che connotavano la legge sulla PMA, allo scopo di ricondurre entro i confini della ragionevolezza il complesso bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco, affievolendo, pronuncia dopo pronuncia, il carattere rigidamente «impositivo» della legge, in favore di un modello di tutela dei diritti riproduttivi «artificiali» più «permissivo»¹⁶, caratterizzato da una maggiore apertura alle scelte individuali¹⁷. Ne consegue che il forzato intreccio tra questi due approcci, mai armonizzato dal legislatore rappresentativo, non possa che aumentare i margini di incertezza applicativa dell'intera disciplina, a causa della difficoltà di combinare gli innesti normativi di matrice giurisprudenziale con le disposizioni originarie, rimaste vigenti in un contesto ormai radicalmente mutato.

1696 ss.; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in questa *Rivista*, 2009 (15 luglio 2009).

¹³ V. C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti Costituzionali*, 17 giugno 2014; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in questa *Rivista*, 2014 (13 giugno 2014); S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 giugno 2014.

¹⁴ *Ex multis*, C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2015; R. FATTIBENE, *La diagnosi genetica preimpianto dalla sentenza della Corte costituzionale all'ordinanza del giudice comune. Ed il legislatore? Considerazioni, a prima lettura, sull'ord. Tr. Milano, sez. I civ., depositata il 18 aprile 2017*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, n. 2/2017, 209 ss.; M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 giugno 2015.

¹⁵ Rispetto a questa ipotesi, e solo a questa, la volontà al trasferimento dell'embrione in utero, stante quanto previsto dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 229/2015](#), può essere revocata da entrambi i soggetti indicati dal comma 3 dell'art. 6 della legge n. 40/2004 in qualunque momento quando sia stata applicata una tecnica di diagnosi preimpianto che abbia diagnosticato una patologia dell'embrione rispondente ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 194 del 1978 (Norme per la tutela della maternità e sulla interruzione della gravidanza) e accertate da apposite strutture pubbliche o private autorizzate.

¹⁶ Il riferimento è ai modelli «impositivo» e «permissivo» di C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2006, 131 ss.

¹⁷ In tal senso, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana*, cit., 193 ss., nonché C. TRIPODINA, *Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Biolaw Journal- Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 89 ss. A conferma, D. TEGA, *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in *federalismi.it*, 27 gennaio 2021, 67, afferma che le «decisioni che hanno progressivamente «smantellato» la legge n. 40/2004 in tema di procreazione assistita» rappresentano uno dei quei casi in cui emerge la natura contro-maggioritaria della Consulta.



Nella pronuncia in esame, la Corte ammette che, in particolare a seguito delle [sentenze n. 151/2009](#) e [96/2015](#), «il rapporto regola-eccezione relativo al divieto di crioconservazione originariamente impostato dalla legge n. 40 del 2004 si è, nei fatti, rovesciato: la prassi è divenuta la crioconservazione (...) e l'eccezione l'uso di tecniche di impianto "a fresco"»¹⁸.

Così, mentre nel quadro legislativo originario, la fecondazione e l'impianto avvenivano in un regime di sostanziale contestualità perché era vietata la crioconservazione¹⁹, oggi questi due momenti di fatto si scindono, aprendo una finestra temporale che può estendersi per anni²⁰ e la cui durata non è predeterminabile. Ecco che è esclusivamente in tale mutato contesto che, a parere del giudice *a quo*, la norma censurata pregiudicherebbe il diritto di scelta dell'uomo in ordine all'assunzione del ruolo genitoriale, soprattutto quando, «in considerazione del decorso del tempo, l'impianto venga chiesto in presenza di una situazione giuridica diversa da quella esistente al momento della manifestazione della volontà»²¹.

La particolarità di questo giudizio, allora, risiede nel fatto che la Corte non è chiamata a valutare la ragionevolezza del bilanciamento sotteso alla disposizione in oggetto, bensì la ragionevolezza del bilanciamento espresso in concreto dalla norma che si evince *oggi* da tale disposizione, a seguito dei vari interventi manipolativi della Corte stessa. In questo senso, la Consulta, prima di entrare nel merito delle singole censure, conclude le premesse intorno all'avvenuto mutamento del quadro normativo, affermando di essere «chiamata a valutare se la norma censurata (...) esprima tutt'ora, nel contesto ordinamentale risultante dagli interventi della propria giurisprudenza, un bilanciamento non irragionevole alla luce dei parametri evocati dal rimettente»²².

3. Le ragioni del rigetto. Alla ricerca delle garanzie di una "volontà consapevole e consapevolmente espressa"

Il nucleo della decisione della Corte risiede nel rigetto dell'asserita violazione della libertà di autodeterminazione dell'uomo in ordine alla scelta di divenire genitore.

¹⁸ [Corte cost., sent. 161/2023](#), *In diritto* n. 9.2.

¹⁹ Derogabile, prima della [sent. 151/2009](#), solo in un caso eccezionalissimo *ex art.* 14, comma 3, ossia l'ipotesi di trasferimento dell'embrione divenuto «impossibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione».

²⁰ Come, del resto, avvenuto nel caso di specie, in cui dal momento della decisione di congelare gli embrioni al momento della richiesta di impianto sono intercorsi circa due anni e quattro mesi.

²¹ È innegabile che il prolungamento del lasso temporale che può intercorrere tra il momento della fecondazione dell'ovulo e il momento del suo effettivo trasferimento comporti un inevitabile aumento del rischio di erosione di quel legame di coppia che potrebbe aver costituito il presupposto essenziale della volontà di accedere alla PMA e che, certamente, ha costituito il presupposto giuridico soggettivo di accesso alla procedura ai sensi dell'art. 5, l. 40/2004, il quale richiede espressamente il coniugio o la convivenza. Tuttavia, come afferma la Corte, l'argomento del mutamento delle condizioni di accesso non rileva in quanto «il dato testuale non richiede (...) che tali presupposti rimangano invariati anche dopo la fecondazione» ([Corte cost., sent. 161/2023](#), *In diritto* n. 7.1.).

²² *Ivi*, *In diritto* n. 9.



Se, infatti, le censure attinenti alla disparità di trattamento derivante dalla possibilità per la donna di rifiutare sempre l'impianto e quelle relative alla violazione del diritto al rispetto della vita privata ex art. 8 CEDU sono state agevolmente rigettate, ricorrendo, rispettivamente, alle consuete argomentazioni dell'eterogeneità delle posizioni e del margine di apprezzamento, mentre non si può dire lo stesso per il rigetto della violazione degli artt. 2 e 3 Cost., entrambi evocati a sostegno dell'irragionevole lesione della libertà di autodeterminazione dell'uomo. Ed è proprio su quest'ultimo punto che si sofferma la Consulta.

Ai fini del rigetto, la prima difficoltà è data dalla sussistenza oggettiva della compressione lamentata. La Corte afferma, infatti, che la scissione temporale tra fecondazione e impianto, «indubbiamente si ripercuote sulla libertà dell'uomo di autodeterminarsi, quando, per il decorso del tempo, sia venuta meno quell'*affectio familiaris* sulla quale si era, in origine, fondato il comune progetto di genitorialità». In questi casi, continua la Corte, «la volontà della donna di procedere comunque all'impianto dell'embrione costringe la libertà dell'uomo a subire tale evento»²³. Non è dunque sull'*an* del pregiudizio che si concentra la Corte, bensì sul test di ragionevolezza-proporzionalità del *quantum* di tale compressione.

La seconda difficoltà risiede nella particolarità del giudizio in esame che, come anticipato, richiede alla Corte di valutare se la disposizione censurata si possa *ancora* ritenere coerente con la disciplina normativa sopravvenuta per effetto della sua stessa giurisprudenza. Vediamo, quindi, come la Corte giunge a ritenere che «la previsione dell'irrevocabilità del consenso stabilita dalla norma censurata (...) mantiene un non insufficiente grado di coerenza anche nel nuovo contesto ordinamentale risultante dagli interventi di questa Corte»²⁴.

Le motivazioni addotte appartengono a due ordini di ragioni, afferenti, da una parte, alla formazione del consenso che l'uomo deve prestare ai fini della fecondazione assistita e, dall'altra, ai contrapposti interessi a presidio dei quali si pone l'irrevocabilità del consenso maschile dopo la fecondazione.

Per quanto riguarda il primo ordine di ragioni, la Corte afferma che la disciplina ex art. 6 sull'obbligo informativo prodromico alla prestazione del consenso, garantisce che l'autodeterminazione dell'uomo maturi in un contesto di consapevolezza di tutte le possibili conseguenze, fattuali e giuridiche, del vincolo del consenso. In particolare, l'uomo, anche ai sensi del regolamento interministeriale di attuazione dell'art. 6²⁵, è «reso edotto del possibile ricorso alla

²³ Ivi, *In diritto* n. 11.1.

²⁴ Ivi, *In diritto* n. 13.

²⁵ Decreto interministeriale (Giustizia e Salute) 28 dicembre 2016, n. 265, *Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40*. Ex art. 1, lett. t, gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato in caso di richiesta di accesso alla PMA concernono: «la possibilità di crioconservazione degli embrioni in conformità a quanto disposto dall'articolo 14 della legge n. 40 del 2004 e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009; a tal fine deve essere precisato che le tecniche di produzione degli embrioni non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario alla procreazione, e che il trasferimento degli embrioni così creati deve essere effettuato non appena possibile, senza pregiudizio della salute della donna. Deve altresì essere illustrato e discusso il rischio di produrre embrioni soprannumerari, con la conseguenza di destinare quelli in eccedenza



crioconservazione, come introdotta dalla giurisprudenza costituzionale e anche a questa eventualità presta, quindi, il suo consenso»²⁶. L'uomo sarebbe, dunque, «in ogni caso consapevole della possibilità di divenire padre»²⁷ e questo, ad avviso della Corte, è sufficiente a rendere «difficile inferire, nella fattispecie censurata dal giudice *a quo*, una radicale rottura della corrispondenza tra libertà e responsabilità»²⁸. La responsabilità cui si riferisce la Corte è, ovviamente, quella in ordine alla garanzia dello *status filiationis* in caso di successo delle tecniche di PMA. È proprio il carattere di atto finalisticamente orientato a fondare lo stato di figlio che, secondo la Corte, attribuisce al consenso informato alla PMA, una «portata diversa e ulteriore rispetto a quella ascrivibile alla mera nozione di “consenso informato” al trattamento medico»²⁹. Sul punto, la Consulta conclude aggiungendo che il consenso alla PMA, così disciplinato, risponde alla *ratio* di «riprodurre nella fecondazione artificiale i tratti della irreversibilità della responsabilità propri della fecondazione naturale»³⁰. *Ratio*, questa, testimoniata dai divieti di disconoscimento della paternità e di anonimato della madre previsti ex artt. 8 e 9 l. n. 40/2004.

Quanto osservato in merito al consenso libero e consapevole dell'uomo è funzionale a concludere che la norma censurata, anziché sacrificare *in toto* la libertà di autodeterminazione maschile, si limiterebbe solo a comprimerla. Fatto salvo, dunque, il contenuto essenziale della libertà dell'uomo, la Corte può spostare il *focus* della decisione sullo scrutinio di ragionevolezza-proporzionalità della compressione rilevata.

Il secondo ordine di ragioni ruota intorno al ruolo che la norma censurata ricopre rispetto alla tutela della dignità dell'embrione e, soprattutto, rispetto alla tutela della salute psicofisica della madre³¹.

alla crioconservazione.». Il Ministro della Salute, con decreto 20 marzo 2024. *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*) ha recepito quanto deciso dalla Corte nella sentenza in esame. Sul punto, il decreto afferma che «ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di PMA, devono essere esplicitate, con chiarezza e per iscritto, le conseguenze giuridiche di cui all'art. 8 e all'art. 9 della legge n. 40/2004. Con le medesime modalità deve essere rappresentato che, dopo la fecondazione assistita dell'ovulo, il consenso alla P.M.A. non può essere revocato e la donna può richiedere l'impianto dell'embrione anche se il partner sia deceduto (Cass., 15 maggio 2019, n. 13000) ovvero sia cessato il loro rapporto ([Corte costituzionale, n. 161/2023](#))».

²⁶ *Ivi*, *In diritto* n. 11.3.

²⁷ *Ivi*, *In diritto* n. 11.4.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.* Sul rapporto tra consenso e *status filiationis*, v. C. INGENITO, *Le Genitorialità basata solo sul consenso e diritto alla vita e alla dignità dell'embrione. Ancora una questione eticamente complessa sottoposta alla Corte costituzionale*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2/2024, 2 aprile 2024, 233 ss; nonché G. RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e «gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna» nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2024, 209 ss.

³⁰ *Ivi*, *In diritto* n. 13.

³¹ Sebbene la Corte definisca le considerazioni sull'embrione «complementari» a quelle sulla donna (*In diritto* n. 12.2), l'ordine di prevalenza della salute psicofisica della donna rispetto ai diritti dell'embrione non è in discussione. Ci si riferisce alla storica massima, espressamente richiamata anche nella sentenza in esame come unico limite ai diritti dell'embrione, in base alla quale «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute [psicofisica] proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che



Per quanto riguarda l'embrione, non c'è molto da dire e la stessa Corte non si sofferma particolarmente sul punto: è evidente che l'irrevocabilità del consenso maschile dopo la fecondazione va nella direzione di garantire maggiori *chance* di vita all'embrione la cui "dignità" si ricava dall'assunto per cui «quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»³². L'argomento dominante, infatti, è un altro. La Corte ravvisa nell'irrevocabilità del consenso maschile la funzione di salvaguardia della salute della donna, nella sua dimensione psichica, «dalle ripercussioni negative che su di lei produrrebbe l'interruzione del percorso intrapreso, quando questo è ormai giunto alla fecondazione»³³.

Per giustificare la legittimità della funzione servente di una posizione soggettiva rispetto all'altra, la Corte valorizza la significativa differenza che sussiste tra il contributo femminile e maschile al raggiungimento del comune progetto genitoriale per mezzo della PMA. La donna, infatti, anche nei processi riproduttivi artificiali, risulta «coinvolta in via immediata con il proprio corpo, in forma *incommensurabilmente* più rilevante rispetto a quanto accade per l'uomo»³⁴. Si pensi agli impegnativi cicli di stimolazione ovarica, «relativamente ai quali non è possibile escludere l'insorgenza di patologie, anche gravi»; al prelievo dell'ovocita, «che necessariamente (a differenza di quanto accade per l'uomo) consiste in un trattamento sanitario particolarmente invasivo, tanto da essere normalmente praticato in anestesia generale» e ad eventuali ulteriori trattamenti farmacologici e analisi, nonché interventi medici, prodromici all'impianto³⁵. Ad un simile investimento fisico ed emotivo, la donna si presta in virtù del legittimo affidamento che ella ripone nel consenso prestato dall'uomo. Pertanto, a fronte della tutela di tale affidamento, la norma censurata non sconfinava nell'irragionevolezza-sproporzionalità.

Tale impianto argomentativo, tuttavia, non è del tutto convincente.

Le maggiori perplessità si appuntano intorno al primo ordine di ragioni, relativo alla garanzia del formarsi, nell'uomo, di una «volontà consapevole e consapevolmente espressa».

persona deve ancora diventare» ([sent. n. 27/1975](#)). Infatti, nell'apparato argomentativo della pronuncia in oggetto, la "dignità dell'embrione" ha un rilievo meramente accessorio rispetto all'argomentazione principale che verte sulla salute psicofisica della donna. È vero, come osserva E. GRASSO, *Il tempo del consenso*, cit., 499, che «Una volta fecondato l'ovulo, la normativa italiana protegge l'embrione in un modo assoluto: quelli in sovrannumero non possono essere donati alla ricerca [[Corte cost., sent. 84/2016](#)] e non possono in alcun caso venire distrutti. La legge impedisce esplicitamente la revoca del consenso di uno dei coniugi al trasferimento dell'embrione, in Italia destinatario di una tutela rafforzata, che gli riconosce una sorta di «diritto all'impianto» anche successivamente alla morte di un membro della coppia. [Trib. Palermo 8/01/1999, in *Foro it.*, I, 1999, 1653-1660; Trib. Bologna 16/01/2015, in *ilQG*, 13/02/2015]». Tuttavia, la tutela dell'embrione che è stata disegnata dal legislatore del 2004 può dirsi assoluta solo "sulla carta" poiché, in concreto, come ribadito dalla Corte anche in questa occasione, i diritti dell'embrione incontrano un limite invalicabile nella salute psicofisica della donna, non solo in quanto "già persona", condizione che appartiene anche all'uomo, ma anche in quanto incommensurabilmente più coinvolta, con il corpo e con la mente, nei processi procreativi, naturali e non.

³² [Corte cost., sentt. n. 84 del 2016](#) e [n. 229 del 2015](#).

³³ *Ivi*, *In diritto* n. 12.

³⁴ *Ivi*, *In diritto* n. 12.1.

³⁵ *Ibid.*



Non si comprende, infatti, come tali conclusioni possano coesistere con la presa di coscienza, collocata nelle premesse, circa l'incertezza che oggi assume, sul piano temporale, la durata del percorso di PMA. È lo stesso Giudice delle leggi, infatti, ad affermare che, nonostante l'art. 14, comma 3, continui a prevedere che l'impianto successivo alla crioconservazione debba essere realizzato «non appena possibile», e nonostante questo punto sia espressamente richiamato tra gli elementi informativi necessari dal relativo regolamento interministeriale, la giurisprudenza costituzionale ha finito per consentire una «dissociazione temporale, anche significativa, tra il consenso prestato alla PMA e il trasferimento in utero»³⁶. Da tale considerazione discendono almeno due contraddizioni logiche che indeboliscono il ragionamento della Corte.

In primis, va sottolineato che, solo nel quadro originario, prescrivere l'impianto dell'embrione crioconservato «non appena possibile» aveva un significato ben chiaro, in quanto strettamente connesso al venir meno della causa di forza maggiore che, sola, giustificava il congelamento dell'embrione (art. 14, comma 3). Oggi, invece, poiché la crioconservazione da eccezione è divenuta regola, tale limite temporale, benché ancora in vigore, risulta privo di contenuto.

Tale contraddizione, tra la disposizione e il fatto, non può che ostare alla formazione di un consenso libero e consapevole.

In altre parole, com'è possibile supporre che l'uomo sia esaustivamente informato sulle conseguenze della crioconservazione se queste non sono chiaramente desumibili neanche per legge? La scissione temporale tra fecondazione e impianto è illimitata? Per quanto tempo la possibilità di divenire genitore può legittimamente dipendere solo ed esclusivamente dalla volontà o dalle condizioni di salute di un altro soggetto (la donna)? E, infine, quali circostanze concorrono a determinare la condizione di salute psicofisica della donna richiesta dall'art. 14 ai fini dell'impianto? In particolare, le circostanze esistenziali, come la separazione tra i coniugi, giustificano il differimento dell'impianto? Tutti aspetti che andrebbero necessariamente regolati per legge, prima di potersi asserire che, nell'odierno contesto giuridico della legge n. 40/2004, il consenso alla PMA è frutto della formazione di una volontà consapevole e consapevolmente espressa.³⁷

In secundis, se è vero che la disciplina sul consenso alla PMA ex art. 6 era stata formulata al fine di «riprodurre nella fecondazione artificiale i tratti dell'irreversibilità della responsabilità propri nella fecondazione naturale», appare quanto mai evidente che la disposizione in esame non possa *più* dirsi coerente con l'attuale quadro normativo della legge n. 40.

La richiamata giurisprudenza costituzionale, dilatando notevolmente i tempi della PMA, ha acuito in modo significativo le differenze tra fecondazione naturale e fecondazione artificiale. L'obiettivo di assimilare un'esperienza procreativa all'altra poteva giustificare l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione, quando l'impianto era destinato ad avvenire nella sostanziale contestualità della

³⁶ *Ivi*, *In diritto* n. 9.

³⁷ Critica la presunzione di un'adeguata informazione alla coppia nelle procedure di PMA, R. VILLANI, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita*, in *Il nuovo diritto della filiazione*, L. Lenti, M. Mantovani (a cura di), II, Milano, 2019, 310 ss. Così anche F. CARLINO, *Fecondazione eterologa e dinamiche del consenso: disconoscimento di paternità e tutela dell'interesse del minore*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2018, 1195 ss.



formazione dell'embrione, ma non più nel contesto attuale, in cui le due esperienze sono divenute irriducibili tra loro.

Il punto è che, nel caso della fecondazione naturale, l'irrelevanza giuridica della volontà del padre del concepito ai fini della prosecuzione della gravidanza³⁸ e l'irreversibilità della sua responsabilità lo relegano in una situazione di incertezza giuridica rispetto all'ipotesi della paternità per un lasso di tempo prevedibile. Viceversa, per la PMA, la crioconservazione apre una finestra temporale durante la quale l'uomo rimane, potenzialmente *ad infinitum*, irreversibilmente assoggettato all'eventualità di una paternità, a prescindere dall'attualità del suo consenso al momento effettivo dell'impianto.

Alla luce di quanto detto, la mera consapevolezza della possibilità di divenire padre non appare sufficiente ad escludere che, per effetto della norma censurata, si possa realizzare una radicale rottura della corrispondenza tra libertà e responsabilità.

In conclusione, si ritiene che certamente non erri la Corte nell'affermare, in sostanza, che ad un maggior coinvolgimento del corpo e della mente femminili nei processi riproduttivi, anche "artificiali", debba corrispondere una maggior garanzia della posizione soggettiva della donna rispetto a quella dell'uomo, al fine di evitare che una indebita parificazione di situazioni dissimili si risolva in un pregiudizio eccessivo per la donna. Tuttavia, questa differenziazione di disciplina non può prescindere, a monte, da un'adeguata regolamentazione giuridica del consenso prestato alla PMA.

La debolezza di questa argomentazione, pertanto, travolge inevitabilmente anche il prosieguo della parte motiva.

Le difficoltà della Corte, preannunciate dal riferimento ad una «scelta tragica», emergono in modo ancora più evidente nella parte finale della sentenza³⁹. La Consulta, infatti, precisa di essere consapevole delle conseguenze che la norma censurata produce sull'uomo che non desidera più diventare padre in nuove e diverse circostanze, e in particolare del fatto che «lo *status* di genitore comporta una modifica sostanziale dei diritti e degli obblighi di una persona, idonea a investire la maggior parte degli aspetti e degli affetti della vita». Tuttavia, è «altrettanto consapevole che il panorama del diritto comparato mostra soluzioni anche molto diversificate, sia a livello legislativo che

³⁸ È interessante notare che, anche su questo punto, la Corte ricorre all'analogia con l'interruzione di gravidanza. Nello specifico afferma che «proprio il coinvolgimento del corpo della donna» e, in particolare, «l'incidenza (...) sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna» hanno condotto la Corte, nell'[ord. 389/1988](#), a ritenere «insindacabile la scelta politico-legislativa di lasciarla unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza, senza riconoscere rilevanza alla volontà del padre del concepito»: ivi, *In diritto* n. 12.1.1. Sul punto, S. TALINI, [Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre](#), cit., 893, definisce «troppo audace» il parallelismo con l'interruzione di gravidanza in quanto potrebbe «prestare il fianco a pericolose assimilazioni tra due situazioni profondamente differenti: da un lato, la sola esistenza di un embrione fecondato (e non impiantato) che, come affermato dalla stessa Corte, ha in sé solo la speranza che una volta trasferito nell'utero dia luogo a una gravidanza e conduca alla nascita; dall'altro l'IVG, in cui si è in presenza di una gestazione già pienamente in corso nel corpo della donna».

³⁹ Anche S. TALINI, [Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre](#), cit., 894, ha osservato come dalle parole di chiusura emerga «un certo grado di "imbarazzo" dovuto alla consapevolezza delle gravi conseguenze derivanti dalla decisione in ordine al totale sacrificio di un fondamentale interesse coinvolto: la libertà di autodeterminazione dell'uomo in ordine alla scelta di diventare, o meno, padre.».



giurisprudenziale»⁴⁰ e, pertanto, rammenta che «la ricerca (...) di un ragionevole punto di equilibrio, eventualmente anche diverso da quello attuale, fra le diverse esigenze in gioco in questioni che toccano temi eticamente sensibili (...) non può che spettare primariamente alla valutazione del legislatore, alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale»⁴¹.

La pluralità di soluzioni costituzionalmente possibili porta quindi la Corte a concludere invocando il noto limite della discrezionalità legislativa, spettando agli organi di indirizzo il compito di intervenire. Quella stessa discrezionalità che, tuttavia, la Consulta si trova spesso ad invadere a causa del perdurante immobilismo, da alcuni definito una vera e propria “latitanza”⁴², del nostro decisore politico⁴³.

⁴⁰ Ivi, *In diritto* n. 14. M.P. IADICICCO, «Cosa resta del padre?». A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2024, 263 ss., ritiene che nelle ultime battute del *decisum* «il percorso che la Corte costituzionale pare suggerire al legislatore, alla luce anche di esperienze maturate in altri ordinamenti» vada nella direzione di una «genitorialità biologica a cui non corrispondano responsabilità giuridiche». La stessa A. auspica che «nei casi in cui l'impianto avvenga a distanza di molto tempo dal consenso originariamente prestato e nel frattempo sia venuto meno il legame di coppia, il padre biologico possa (ove lo vuole) non riconoscere il figlio». Infatti, «ciò consentirebbe di non interrompere il trattamento di PMA già avviato e di non frustrare tanto l'aspettativa di maternità della madre quanto quella alla vita dell'embrione, senza per questo sacrificare del tutto la libertà di autodeterminazione dell'uomo.». Tale soluzione, inoltre, secondo Iadicicco, ove percorsa, imporrebbe al legislatore una regolamentazione che garantisca l'anonimato del padre biologico e l'introduzione della PMA con donazione di gameti per donne single. *Contra*, S. TALINI, *Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre*, cit., 898 ss., la quale osserva che «una modifica in questo senso, oltre a comportare una quasi integrale deresponsabilizzare dell'uomo in riferimento alle conseguenze derivanti dalla PMA - così vanificando le legittime aspettative della donna anche in ordine alla futura gestione del rapporto (bi)genitoriale - finirebbe per riversare la maggior parte degli effetti della revoca sullo *status* giuridico del futuro figlio, privandolo - nonostante il consenso originariamente espresso - di una figura genitoriale (con rilevanti conseguenze anche sotto il profilo economico). Si tratta proprio di quegli effetti che, comportando un forte decremento di tutele dei figli nati all'esito della PMA, l'attuale legislazione italiana mira specificamente ad evitare stabilendo che essi assumono lo stato di figli nati nel matrimonio o riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà.» Secondo Talini, la soluzione migliore sarebbe mantenere l'irrevocabilità del consenso paterno ed estendere l'accesso alla PMA alle donne *single*, per evitare che le stesse si trovino costrette, soprattutto in età avanzata, a «procedere, forzatamente, con l'impianto dell'embrione fecondato con il precedente partner». Sulla PMA per donne *single*, cfr. anche F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020, 160 ss.

⁴¹ Ivi, *In diritto* n. 15.

⁴² «il (...) fenomeno tendenzialmente globale della giurisdizionalizzazione dello Stato costituzionale, in Italia addirittura diventa "epifenomeno", a causa delle tradizionali e storiche *defaillance*, quando non vere e proprie latitanze, del potere legislativo.» A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, n.2/2023, 105.

⁴³ Sull'uso del limite della discrezionalità politica da parte della Corte *ex multis*, v. A. RUGGERI, *L'uso a fisarmonica del limite della discrezionalità del legislatore nei giudizi di costituzionalità e le sue implicazioni al piano dei rapporti istituzionali ed interordinamentali*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di P. Bilancia*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 4, 2022, 2 febbraio 2022, 867 ss.



4. L'ultimo sintomo degli sconfinamenti della giustizia costituzionale: la Corte giudica se stessa

Nell'ultima parte della trattazione, si intende utilizzare quanto emerso dall'analisi della [sentenza n. 161/2023](#), al fine di mettere in luce quello che potrebbe costituire il preludio di una nuova "stagione" giurisprudenziale della Corte costituzionale.

Le decisioni che, dal 2009 in poi, hanno modificato la legge n. 40/2004, si inseriscono nella più generale tendenza della Consulta a superare i tradizionali limiti del proprio potere, sconfinando negli «spazi politici che la Costituzione garantisce proprio per realizzare il suo progetto di società»⁴⁴.

Lungi dall'entrare nel merito delle divergenze dottrinali sull'opportunità o meno che la Corte, a fronte della crisi del sistema politico che si è andata acuendo dagli anni '80 in poi⁴⁵, assuma un ruolo di "supplenza" degli organi elettivi nel processo di attuazione della Costituzione⁴⁶, il punto sul quale si

⁴⁴ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II.*, cit., 194.

⁴⁵ Per una scansione temporale delle stagioni giurisprudenziali della Corte costituzionale, v. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 7 ed., Giappichelli, Torino, 2021; in particolare sulla fase "activist" della Corte, A. MORRONE, in *Suprematismo giudiziario II*, cit., 190, osserva che «In un contesto in cui la debolezza e la discontinuità di governo è stata fortemente condizionata da una situazione di instabilità politica, che l'Italia non aveva conosciuto prima, almeno nelle dimensioni che ha assunto soprattutto dopo il 1992, il ruolo del custode della Costituzione si è manifestato con una intensità tale che non aveva avuto precedenti. Del resto, seguendo le periodizzazioni della giustizia costituzionale più attendibili, alla fase iniziale di riconoscimento, è seguita una lunga fase di smaltimento dell'arretrato, che è finita proprio negli anni in cui il sistema politico italiano si disintegrava. La Corte costituzionale ha svolto un nuovo e diverso ruolo *activist* proprio negli anni in cui gli organi elettivi e la legislazione hanno conosciuto crisi continue e tuttora permanenti. I conflitti più rilevanti (...) si sono verificati a partire da quel crinale della storia nazionale».

⁴⁶ A. PIZZORUSSO, in *La Corte costituzionale tra legislazione e giurisdizione*, in *Il Foro Italiano*, 1980, V, 117 ss., definisce la "supplenza" della Corte costituzionale nei confronti del legislatore come una "interferenza" «derivante dalla circostanza che le decisioni di accoglimento della corte operano come fonti del diritto e come tali entrano in concorrenza con le leggi emanate dal Parlamento e dai consigli regionali, con gli atti normativi primari adottati dal Governo, ecc.». Sull'annoso dibattito scaturito dalla conseguente alterazione dell'equilibrio tra poteri, l'A. afferma «La discussione testé sommariamente ricordata ha indotto non pochi commentatori a censurare la corte, non tanto per il contenuto specificamente proprio di singole decisioni da essa adottate, quanto per il fatto di essersi riconosciuti poteri normativi che a loro giudizio non le spetterebbero, e si è fatto leva tra l'altro, a dimostrazione dell'interferenza, sulla struttura non democratica della corte e sulla sua conseguente pretesa inidoneità a partecipare al processo politico inteso in senso lato.» (118). Parla, invece, di "necessario ruolo di supplenza della Corte di fronte alla latitanza degli organi di indirizzo" A. SPADARO, *Sulla intrinseca "politicalità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso, Il pendolo della Corte. Le oscillazioni tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Giappichelli, Torino, 2017, 122 ss., inserendosi tra coloro che considerano una *culpa felix* «questa capacità della corte costituzionale italiana di ritagliarsi spazi, piuttosto disinvoltamente, di fronte all'inerzia degli altri poteri» grazie alla quale la Consulta ha potuto svolgere l'opera di «"bonifica" costituzionale della legislazione» (il richiamo è a G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità) in Dig. disc. priv., sez. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 32). Tuttavia, Spadaro osserva anche che non si può più tollerare «che le continue lacune ed omissioni del potere legislativo vengano colmate grazie all'attività di supplenza della corte costituzionale esercitata perlopiù (...) "inventando" tecniche decisorie per cercare di risolvere i problemi che la classe politica non riesce o non vuole risolvere.» *ilvi*, 128). In uno scritto più recente, e soprattutto successivo al ricorso da



intende porre l'attenzione è un altro. Si ritiene, infatti, che, nella [sentenza n. 161/2023](#), i limiti insiti nella prassi di ricorrere a sentenze manipolative pur di porre rimedio ad un *vulnus* costituzionale⁴⁷, configurino, nei rapporti tra il potere legislativo e il ruolo della Corte, un'anomalia nuova.

Innanzitutto, occorre rilevare che, nel giudizio in esame, disposizione e norma censurata si scindono: la prima, ricavata dalla lettera dell'art. 6 della l. n. 40, prescrive che la volontà di accedere alle tecniche di procreazione assistita può essere revocata «da ciascuno dei soggetti fino al momento della fecondazione dell'ovulo»; la seconda, evinta calando la lettera della disposizione nell'ambito della crioconservazione, come introdotta dalla giurisprudenza costituzionale, prescrive che la donna può ottenere l'impianto dell'embrione malgrado il sopravvenuto dissenso dell'uomo, che, in caso di successo della PMA, diventerà padre a prescindere dalla sua attuale volontà. Ciò, quandanche, per il decorso del tempo, sia venuta meno la situazione giuridica esistente al momento della manifestazione della volontà. Ora, che la Corte costituzionale giudichi su norme, ma pronunci su disposizioni non è certo una novità⁴⁸. Il *quid pluris*, nel caso di specie, risiede nel fatto che, alla scissione tra disposizione e norma in relazione all'oggetto, si accompagna la scissione tra disposizione e norma in relazione al soggetto: la disposizione è frutto dell'attività normativa del legislatore, la norma è frutto dell'attività normativa del Giudice delle leggi ed è destinata a sostituire integralmente la disposizione.

A ben vedere, infatti, la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata, formalmente, sull'art. 6, ma in sostanza riguarda la norma che si desume in concreto dal combinato disposto tra l'art. 6 e le sentenze manipolative del giudice costituzionale.

Nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, gli interventi "normativi" della Corte sono stati talmente profondi, in quanto modificativi dei tratti essenziali della legge, da mutare, indirettamente, anche il significato delle disposizioni legislative di contorno, come quella in esame⁴⁹.

parte del Giudice delle leggi alla tecnica del rinvio della trattazione a data fissa ("caso Cappato"), l'A, pur continuando a definire l'incremento di potere della Corte costituzionale una fisiologica (e non patologica) risposta al *deficit* legislativo, elabora quattro condizioni che, sole, legittimerebbero i giudici costituzionali a sostituirsi al legislatore con una decisione costituzionalmente adeguata (e non obbligata), superando il limite della discrezionalità legislativa. Condizioni, queste, che dovrebbero confluire in un progetto di razionalizzazione e "auto-normazione / limitazione" della Corte costituzionale: A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione?* cit., 104 ss.

⁴⁷ Per una panoramica sulle prime diverse voci sul problema delle sentenze additive in una democrazia parlamentare, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Il Foro Italiano*, 1981, V, 245 ss., nonché L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, vol. I, 300 ss.; più recente, *ex multis*, A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione?* cit. 114 ss.

⁴⁸ «In generale la disposizione (...) costituisce il necessario veicolo di accesso della norma al giudizio della Corte, che si svolge sulla norma quale oggetto del raffronto con il contenuto precettivo del parametro costituzionale, e rappresenta poi parimenti il tramite di ritrasferimento nell'ordinamento della valutazione così operata, a seguito di tale raffronto, dalla Corte medesima, la quale quindi giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni»: [Corte cost., sent. 84/1996](#), *In diritto* n. 4.2.1.

⁴⁹ Se, infatti, la Corte fosse stata chiamata a giudicare la legittimità di una parte di disposizione sulla quale è intervenuta direttamente, allora non soltanto la norma censurata sarebbe stata di matrice giurisprudenziale, ma anche la disposizione, configurandosi una coincidenza soggettiva in relazione alla fonte delle due regole, entrambe ascrivibili all'attività normativa della Corte.



Così facendo, come si è visto, tali disposizioni si trovano oggi a produrre un effetto normativo ben diverso da quello iniziale.

Ecco che, nel momento in cui il Giudice delle leggi si trova a dover vagliare la ragionevolezza di un bilanciamento emerso dalle sue stesse sentenze, emerge con evidenza la suddetta anomalia: la Corte che giudica se stessa.

Quest'ultimo risvolto non può dirsi del tutto inaspettato, poiché si inanna perfettamente in quella catena di alterazioni dell'equilibrio tra poteri che deriva dalla commistione di due fattori: gli "sconfinamenti" della Corte nel ruolo di "supplente", da un lato, e la perdurante passività del legislatore, dall'altro⁵⁰. Il meccanismo della "supplenza" può "funzionare" solo se effettivamente di supplenza si tratta, ossia di una temporanea e sussidiaria sostituzione del legislatore ad opera della Corte. Se, invece, a seguito dell'intervento suppletivo della Consulta, gli organi di indirizzo politico non si riappropriano delle loro funzioni, armonizzando la disciplina incisa dal giudice costituzionale, "l'ultima parola" sulla legge rimane quella della Corte⁵¹. Invero, il rischio insito in questo *modus iudicandi*, concretizzatosi nella pronuncia in esame, è che proprio quest'ultima parola si ripresenti, come un *boomerang*⁵², dinanzi alla Corte, passando per la via dell'incidente di costituzionalità.

D'altronde, se un Giudice delle leggi si fa "co-legislatore", non è inimmaginabile che possa trovarsi a fare i conti con i suoi "sconfinamenti", finendo per divenire, come nel caso di specie, giudice delle sue "leggi".

A fronte di quest'aporia, allora, si ripropone con forza un annoso quesito: *sed, quis custodiet ipsos custodes?* Il rischio, in sostanza, è che quando la Corte si trovi a vagliare quanto da lei "normato", possano attenuarsi proprio quegli attributi essenziali dell'imparzialità e della terzietà che, inizialmente, avevano rafforzato la legittimazione della Consulta a sostituirsi in via sussidiaria al legislatore⁵³. Nel caso in esame, ad esempio, si potrebbe inferire che sul segno della decisione abbia

⁵⁰ Come osserva D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 85, «il successo o l'insuccesso della singola tipologia decisoria (...) dipende in larga parte dalla "risposta", in termini di "seguito" del legislatore e dei giudici».

⁵¹ Si tratta di un vero e proprio "intoppo" nella dialettica dei rapporti Corte-legislatore poiché, come osserva P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos*, 3-2023, 12., attraverso le pronunzie di inammissibilità per discrezionalità legislativa, nonché attraverso sentenze di accoglimento che contengono moniti e sollecitazioni al legislatore perché intervenga a ri-disciplinare la materia, il giudice costituzionale dimostra di essere consapevole di aver trovato solo «una soluzione parziale e limitata» al problema di costituzionalità «e che la risposta offerta, ad onta della definitività della formula decisoria, resti pur sempre espressione di una parola "penultima", "l'ultima" rimanendo auspicabilmente rimessa alla voce del legislatore.»

⁵² Si usa questa espressione per alludere alla parabola che compie la norma di matrice giurisprudenziale: questa viene creata per effetto dell'accoglimento di una questione di legittimità costituzionale e poi ritorna dinanzi alla Corte sotto forma di oggetto di una nuova questione di legittimità costituzionale.

⁵³ Sui canali attraverso i quali la legittimazione della Corte «è stata conquistata, difesa e allargata: sicché un istituto nuovissimo e di incerta collocazione, che sarebbe potuto rimanere vaso di coccio tra vasi di ferro, è riuscito invece a diventare un punto di riferimento per i cittadini e le istituzioni repubblicane», v. D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 84 ss. Sul rapporto direttamente proporzionale tra crescente sfiducia nei confronti del potere politico e crescente legittimazione della Corte costituzionale, v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II*, cit., 194, il quale osserva che *l'auctoritas* della Corte «si rafforza ulteriormente dall'essere professionalmente il



pesato anche la volontà di non delegittimare, *a posteriori*, il lavoro di “riscrittura” giurisprudenziale della legge n. 40/2004, attraverso una dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma per come emersa dalla giurisprudenza della stessa Corte⁵⁴.

Nell’ambito di una riflessione più ampia, non rileva tanto se ciò sia effettivamente accaduto nel caso di specie. Rileva piuttosto che, dietro alle eventuali carenze argomentative della Consulta, si possano ravvisare interessi che esulano dalla mera custodia dei valori costituzionali. Ciò, infatti, potrebbe rischiare di minare la credibilità del Giudice delle leggi, quale custode della fonte suprema del nostro ordinamento.

Sicuramente va tenuto a mente che la legge n. 40/2004, per la suddetta matrice ibrida che la caratterizza, si presta in modo particolare all’inverarsi dello scenario in cui la Corte sia, al tempo stesso, giudice e “autrice” della norma da giudicare. Tuttavia, la PMA non rappresenta l’unico ambito del diritto nel quale la Corte è ricorsa allo strumento delle sentenze manipolative per sanare un *vulnus* costituzionale e, di conseguenza, non si può escludere che una simile dinamica possa ripetersi, magari proprio a partire dagli altri ambiti eticamente sensibili nei quali la stessa ha esercitato il suo “attivismo giudiziario”⁵⁵. Ad esempio, un settore in cui sembra destinata a ripetersi la medesima ambiguità è quello del “fine-vita”. Si pensi alle recenti autodenuche di coloro che hanno accompagnato cittadini italiani in Svizzera per permettere loro di accedere al suicidio assistito⁵⁶. In Italia, tali pazienti non avrebbero potuto ottenere l’assistenza medica al suicidio poiché la loro condizione clinica non integrava tutti i requisiti previsti nella [sentenza n. 242/2019](#), relativa alla vicenda Cappato-Antoniani ed emblematica di una creatività giurisprudenziale che si è spinta ben oltre le “rime obbligate”⁵⁷.

giudice al di sopra degli interessi pluralistici che dividono, al di là della babele delle lingue che si esercitano nel *government by discussion, au-dessus de la mêlée*, di una politica partigiana interessata solo al particolare».

⁵⁴ Del resto, nella pronuncia in esame, come osserva S. TALINI, in [Diritto all’impianto e revoca del consenso del padre](#), cit., 897, la Corte godeva di un «sufficiente margine di azione anche per adottare una soluzione di segno diverso, ritenendo che la norma censurata finisse per comprimere irragionevolmente la libertà di autodeterminazione dell’uomo, imponendo - in seguito ai più volte richiamati interventi giurisprudenziali - una “cristallizzazione” della sua volontà, anche per un significativo intervallo di tempo, a prescindere dal possibile cambiamento delle condizioni previste dalla legge n. 40 del 2004 in riferimento all’accesso alle tecniche PMA».

⁵⁵ Peraltro, L. PACE, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 368 ss. osserva come l’inerzia del legislatore spesso coincida con una «precisa volontà di non decidere», soprattutto in materie che presentano un alto grado di sensibilità etico-sociale, per le quali risulta più complesso «addivenire ad un compromesso fra le varie e alle volte inconciliabili posizioni di interesse che confluiscono nel procedimento legislativo».

⁵⁶ Per un approfondimento delle relative vicende giudiziarie, si consulti il sito dell’[Associazione Luca Coscioni](#).

⁵⁷ A. MORRONE, *Il caso e la sua legge. Note sulla vicenda Cappato/ Dj Fabo*, in *Famiglia e diritto*, n.3, 1° marzo 2020, 221; a commento sia dell’[ord. 207/2018](#), sia della [sent. 242/2019](#), v. F. MINNI, *Tutela della vita, diritto a morire, divieto penale di aiuto al suicidio: il caso Cappato*, in A. Morrone (a cura di), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, CEDAM, ed. 9, 2022, 143 ss.; sintesi *pro* e *contra* di questa «aggressiva tecnica decisoria» A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore*, cit., 127 ss.; per un commento sui profili penali della sentenza si rinvia a S. CANESTRARI, *Una sentenza «inevitabilmente infelice»: la «riforma» dell’art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 2159 ss.



Di recente, infatti, la Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Firenze ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 580 c.p., per come modificato dalla Corte costituzionale, «nella parte in cui richiede che la non punibilità di chi agevola l'altrui suicidio sia subordinata alla circostanza che l'aiuto sia prestato a una persona "tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale"»⁵⁸. Proprio in questo giudizio, la coincidenza tra Giudice delle leggi e autore della *res iudicanda* raggiunge il suo massimo grado. Alla creazione della disposizione censurata, infatti, il legislatore rappresentativo non ha partecipato, neanche in minima parte⁵⁹.

In conclusione, alla luce di quanto emerso, ci si chiede: la pronuncia in esame potrebbe considerarsi emblematica di una nuova "stagione" giurisprudenziale in cui la Corte sarà chiamata a giudicare se stessa? E, se così fosse, fino a che punto il giudice costituzionale si potrà spingere nell'essere *iudex in causa propria* senza minare la propria legittimazione⁶⁰? Che conseguenze potrebbe avere sull'equilibrio tra poteri la coincidenza tra un giudice di ultima istanza (art. 137 u.c.) e il soggetto *sub iudice*⁶¹? Del resto, in dottrina è già stato sottolineato che la storia giuridica della PMA in Italia «si pone come emblematica di un certo modo di strutturarsi dei rapporti tra legislatore,

⁵⁸ «... per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 32 e 117 Cost., quest'ultimo in riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione EDU.»: Tribunale di Firenze, Sezione GIP, [ord. 17 gennaio 2024](#). La questione trae origine dal procedimento che vede coinvolti Marco Cappato, Felicetta Maltese e Chiara Lalli per aver contribuito ad accompagnare un paziente affetto da sclerosi multipla in una clinica svizzera a praticare il suicidio assistito. In proposito, v. C.D. LEOTTA, [L'aiuto al suicidio del malato tenuto in vita da un trattamento di sostegno vitale: l'art. 580 c.p. torna davanti alla Corte costituzionale](#), retro, 693 ss.

⁵⁹ Venendosi qui a verificare l'ipotesi di cui, *supra*, alla nota 48.

⁶⁰ Soprattutto visto e considerato che «come tutte le grandi istituzioni, la Corte costituzionale italiana, che è stata forse il miglior prodotto della Costituzione del 1947, ha bisogno tuttavia di una continua rilegittimazione» L. ELIA, *Intervento*, in P. Pasquino, B. Randazzo, (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, Milano, 2019, 130.

⁶¹ A. RUGGERI, *Verso un assetto viepiù "sregolato" dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?* in E. Malfatti, V. Masserini, R. Romboli, E. Rossi, A. Sperti (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova "stagione" dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?* Pisa University Press, 2023, 21 ss., nell'ambito di un paragrafo intitolato proprio "*La riscrittura a mano libera dei testi di legge da parte del giudice costituzionale, in violazione del limite del rispetto della discrezionalità del legislatore: quale ne è il giuridico fondamento?*" osserva che «Nella cornice teorica che si va ora delineando, l'art. 137, ult. c., usualmente considerata quale la norma di chiusura del sistema, rischia di andare incontro a torsioni semantiche ed applicative foriere di gravissimi effetti nocivi per l'intero sistema. Il divieto di impugnazione delle decisioni della Corte, nel peculiare significato che gli è proprio, ha la sua peculiare ed indefettibile ragion d'essere in un contesto istituzionale nel quale la Corte opera quale massimo garante del sistema (e, perciò, in primo luogo, dei diritti fondamentali lesi dalle leggi e da altri atti o comportamenti dei pubblici poteri). Se, però, la Corte dovesse nei fatti manifestarsi quale massimo decisore politico, il canone in parola, per una singolare eterogenesi del fine, vedrebbe alterato il suo originario e genuino significato, portando ad effetti francamente ripugnanti.» (29) L'A. conclude sul punto affermando che «la Corte, insomma, non è (e non può essere) *Constitutioni soluta*, ciò che negherebbe l'essenza stessa della Costituzione quale *norma normans* ma non *normata* e, per ciò pure, l'essenza della giustizia costituzionale quale strumento al servizio della legalità costituzionale» (30).



giudici e corti nella disciplina dei diritti fondamentali di ultima generazione: quei diritti, cioè, sui quali la nostra Costituzione “non dice”»⁶².

Nell’attesa di ulteriori sviluppi della giurisprudenza costituzionale e nella consapevolezza che, rispondere ai quesiti posti, presupporrebbe un’indagine sull’applicabilità dei canoni della terzietà e dell’imparzialità ad un organo che si può dire “giurisdizionale” solo in parte⁶³, si confida di aver quantomeno gettato il seme per una riflessione più ampia sui tormentati rapporti tra legislatore e Corte costituzionale.

⁶² «...e che nascono dalle nuove possibilità - ma anche “dalle nuove minacce alla vita, alla libertà e alla sicurezza” che “possono venire dal potere sempre più grande che le conquiste della scienza e delle applicazioni che ne derivano danno a chi è in condizione di usarne”»: così C. TRIPODINA, in *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia*, cit., 67, richiamando la descrizione dei diritti di ultima generazione di N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1997, 263 ss. Sul punto, l’Autrice afferma infatti che il «ruolo preponderante del diritto giurisprudenziale sul diritto politico non è un *unicum* della disciplina della PMA, ma è, al contrario, elemento che caratterizza la storia della tutela di tutti i diritti di ultima generazione. (...) La “competenza normativa concorrente” del diritto giurisprudenziale, così, da eccezionale e residuale rispetto al diritto legislativo, si è fatta progressivamente ordinaria e prevalente, e la denuncia dell’assenza di una legge, o la denuncia di una cattiva legge, è divenuta mera clausola di stile per aprire a creazioni giurisprudenziali».

⁶³ Del resto, la scelta di un «giudice speciale con la competenza esclusiva a giudicare sulla conformità delle leggi alla Costituzione, ha determinato la previsione di un organo che opera secondo un procedimento a carattere giurisdizionale (istanze, ricorsi, termini, contraddittorio, sentenze, obbligo di motivazione ecc.), ma che è chiamato a giudicare su un atto espressione di scelte politiche e quindi politico per eccellenza. Questo non può non determinare effetti e colorare di politicità il processo costituzionale, diversificandolo da tutti gli altri.» R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, n.3/2017, 18/09/2017, 7. Romboli, inoltre (6 ss.), ripercorre alcuni dei momenti salienti del dibattito dottrinale sul carattere ibrido della Corte costituzionale, in bilico tra un’anima giurisdizionale e un’anima politica, non sempre in equilibrio, a seconda del contesto storico politico e della stagione giurisprudenziale nella quale si trova ad operare. L’A. passa attraverso il celebre dibattito tra Zagrebelsky e Modugno al convegno fiorentino del 1981 e i due volumi pubblicati da Cheli (*Il Giudice delle leggi*, Bologna, 1996) e da Zagrebelsky (*Principi e voti*, Torino, 2005) per poi arrivare al dibattito contemporaneo. Quest’ultimo può essere efficacemente approfondito attingendo dagli autorevoli scritti sulla “doppia anima” della Corte e sul suo rapporto con il legislatore, raccolti in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit.; nonché in *Ricordando Alessandro Pizzorusso: verso una nuova “stagione” nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?* cit.