

# Bilanciare le competenze? Riflessioni a margine della giurisprudenza costituzionale in tema di PMA\*

Matteo Caldironi\*\*

**SOMMARIO:** 1. Cenni introduttivi. – 1.1. Premessa metodologica. – 2. La Corte costituzionale apre alla fecondazione assistita di tipo eterologo. – 3. Salute e riserva di scienza. – 4. Famiglia o famiglie. – 5. Fattori, argomenti... – 6. ...competenze e principi. – 7. Bilanciamenti e nuovi “equilibri”: un formulario minimo. – 8. I problemi ancora aperti.

## ABSTRACT:

Il contributo analizza la giurisprudenza costituzionale italiana in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA), con particolare attenzione al rapporto tra Corte costituzionale e legislatore nella definizione delle rispettive competenze. Attraverso l'esame di alcune delle decisioni più importanti il saggio mette in luce come la Corte abbia spesso reinterpretato i confini del proprio potere di intervento, oscillando tra approcci più deferenti e soluzioni marcatamente manipolative. Tre i principali argomenti individuati per giustificare questi atteggiamenti: la attendibilità scientifica, la dimensione etico-politica e la coerenza sistematica. Ne emerge un quadro in cui le competenze non sono concepite come limiti rigidi, bensì come espressione di principi suscettibili di bilanciamento, aprendo a una riflessione teorica sulla natura e sulla funzione dei principi formali-organizzativi nella giustizia costituzionale.

*This paper examines Italian constitutional case law on medically assisted reproduction, focusing on the evolving balance of powers between the Constitutional Court and the legislature. By analyzing landmark rulings, the study highlights how the Court has redefined the boundaries of its own jurisdiction, alternating between deferential and activist approaches. Three main lines of reasoning are identified: reliance on scientific evidence, ethical-political considerations, and systemic coherence. The analysis suggests that competences should not be regarded as rigid limits but rather as expres-*

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università di Modena e Reggio Emilia, [matteo.caldironi@unimore.it](mailto:matteo.caldironi@unimore.it).

*sions of formal principles subject to balancing, thereby opening a broader theoretical inquiry into the role of formal principles in constitutional adjudication.*

## 1. Cenni introduttivi

L'obiettivo del presente scritto è di contribuire ad analizzare in che modo la Corte costituzionale abbia inteso negli anni le “regole” del suo processo<sup>1</sup>. In che modo, cioè, essa abbia ri-perimetrato il suo potere d'intervento, talvolta apparentemente anche oltre a quello che parrebbe possibile evincere dal diritto positivo scritto<sup>2</sup>. Ciò sul presupposto che, in taluni casi, essa non sembrerebbe aver inteso i precetti processuali che le sono rivolti come regole cogenti ma piuttosto come norme suscettibili di deroghe, almeno nella misura in cui particolari esigenze lo giustifichino.

Una trattazione frontale e “a tutto campo” di tali questioni, evidentemente, eccederebbe le possibilità di questo contributo. Il tentativo sarà pertanto quello di declinare l'analisi all'interno di un quadro più ristretto, concentrandosi sulla sola giurisprudenza costituzionale che si è occupata di “inizio vita” e, più nello specifico, delle sentenze più rilevanti sulle c.d. tecniche di riproduzione assistita. La scelta si giustifica per il particolare intreccio di problematiche che caratterizzano la materia, che toccano l'etica, la medicina, finendo per intersecarsi pure con aspetti sociologici e relazionali caratterizzanti la nostra società e la sua evoluzione. Non è un caso che proprio questi elementi – in modo a volte autonomo, altre volte congiunto e/o cumulativo – ricorrano, implicitamente o esplicitamente, nelle motivazioni che la Corte usa per giustificare un approccio talvolta più deferente, talaltra invece più “interventista” rispetto alla discrezionalità del legislatore, senza peraltro che a tali diversi approcci corrisponda sempre una attendibile ed esaustiva giustificazione nel diritto costituzionale positivo<sup>3</sup>. Quanto si cercherà di fare sarà allora verificare se vi siano

<sup>1</sup> Infatti, sembra possibile affermare che la nostra Costituzione ha recepito la giurisdizione costituzionale non tanto come contropotere, ma piuttosto come forma di controllo giudiziario nei confronti del legislatore con i vincoli procedurali a ciò annessi (sul punto v. almeno E.-W. BÖCKENFÖRDE, *I metodi dell'interpretazione costituzionale. Riconoscimento e critica*, in Id., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 110).

<sup>2</sup> Con modalità che ricordano lo ‘spostamento di potere’ di cui scriveva H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 189-190. Critico sulla consistenza di tale espressione rispetto a contesti, come quello italiano, caratterizzati da norme costituzionali indeterminate è G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 380-381.

<sup>3</sup> Sul piano comparatistico, il dibattito statunitense ha da tempo tematizzato l'oscillazione della Corte Suprema tra atteggiamenti deferenti (*judicial restraint*) e orientamenti più marcatamente attivisti (*judicial activism*). Si vedano, tra i classici, A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962, spec. cap. IV-V; J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980; C.L. BLACK JR., *The People and the Court: Judicial Review in a Democracy*, New York, Macmillan, 1960; R.A. POSNER, *The Federal Courts: Challenge and Reform*, Cambridge, Harvard University Press, 1996; C.R. SUNSTEIN, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999. Tra i contributi

degli elementi ricorrenti nelle argomentazioni che la Corte pone alla base delle sue motivazioni e se – qualora la risposta sia affermativa – essi possano essere in qualche modo sistematizzati. Si proverà quindi a valutare quale “peso”<sup>4</sup> venga dato dalla Corte agli argomenti in questione e che ruolo venga loro attribuito nella delimitazione della competenza sua e del legislatore per quelle ipotesi in cui non sia applicato così rigidamente il dettato normativo. Dettato che, almeno a prima vista, parrebbe attribuire alla Corte il potere-dovere strettamente *giuridico* di giudicare sulla *legittimità* costituzionale della legge, previa dunque una corretta *interpretazione*<sup>5</sup> del disposto costituzionale e legislativo, lasciando invece in esclusiva al legislatore il ruolo di decisore *politico*, quale unico titolare del potere discrezionale di *attuare* la Costituzione e/o di intervenire negli spazi costituzionalmente neutri<sup>6</sup>. Al termine di questa breve incursione nel “diritto vivente”, si proveranno infine a tratteggiare alcune prime conclusioni di “apertura” a successive possibili riflessioni più generali sul rapporto tra Corte e legislatore, che provino sistematizzare la perdurante dialettica tra dato normativo e prassi giurisprudenziale.

### 1.1. Premessa metodologica

Prima di procedere oltre è però necessario fissare alcuni concetti chiave che ritorneranno poi nel corso della trattazione. Innanzitutto, è necessario comprendere di quale ‘competenza’ della Corte si parli. A questo fine pare corretto prendere le mosse dall’art. 134 Cost. il quale, come è noto, prevede che la Corte costituzionale abbia il (principale) compito di giudicare: «sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni». L’espresso riferimento alla ‘legittimità costituzionale’, parrebbe dimostrare che «i costituenti intendevano palesemente escludere ogni interferenza del sindacato di costituzionalità sul merito (cioè sul contenuto politico)

---

più recenti si veda B. FRIEDMAN, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2009; nonché, in prospettiva comparata, T. GINSBURG, A. VERSTEEG, *Why Do Courts Become Activist?*, in *International Review of Law and Economics*, 2014, pp. 77 ss. e M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

<sup>4</sup> Sulla questione del ‘peso’ v. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 56-57, secondo il quale si tratterebbe di una nozione con una valenza più che altro metaforica.

<sup>5</sup> Sullo specifico problema della ‘correttezza’ nella interpretazione giuridica e costituzionale si rimanda ad A. VIGNUDELLI, “Quant’è bella correttezza che si fugge tuttavia...”. Parte seconda. Dinamica giuridica, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 1/2017, pp. 351-429 (ora anche in IDEM, *Il vaso di Pandora. Scritti sull’interpretazione. Volume II Saggi, repliche e interventi* [a cura di F. Pedrini e L. Vespignani], Modena, Mucchi, 2018, pp. 953-1025) e alla letteratura *ivi* citata. Sull’interpretazione costituzionale in generale si rimanda invece a IDEM, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011, anche per la ricchezza di riferimenti bibliografici.

<sup>6</sup> Così E.-W. BÖCKENFÖRDE, *I metodi dell’interpretazione costituzionale. Riconoscimento e critica*, cit., p. 107 (*corsivi nel testo*): «La costituzione verrebbe così compresa, anche e proprio nelle sue disposizioni di diritto materiale, da un lato come vincolante *fissazione dei limiti* (*Grenzfestlegung*) del potere politico decisionale (la classica funzione di delimitazione), e dall’altro quale *determinazione di indirizzo* (*Richtungsbestimmung*) per il potere politico di azione e di decisione, mediante l’indicazione di determinati obiettivi per l’azione e di principi organizzativi, da inserire e da imprimere nell’ordinamento legale del diritto e della prassi amministrativa (ovviamente senza contenere già per questo un programma normativo sufficiente)».

della legge e sull'uso del potere discrezionale del legislatore<sup>7</sup>. Rilevato, questo, che sembra peraltro confermato anche dall'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87 che, in virtù della riserva di legge dell'art. 137 Cost., contribuisce a determinare i poteri di controllo sulla costituzionalità degli atti attribuiti alla Corte costituzionale. Segnatamente, esso prevede in modo espresso che «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». In quest'ottica, l'art. 28 può essere considerato un completamento (*i.e.*, l'attuazione legislativa)<sup>8</sup> di quanto disposto dall'art. 134 Cost. laddove ribadisce l'obbligo per la Corte di non sovrapporre le proprie valutazioni discrezionali d'opportunità a quelle precedentemente già effettuate dal legislatore, limitandosi ad un controllo di legittimità giuridica e non politica<sup>9</sup>. Soltanto così potrebbe dirsi rispettata la (tendenziale) tripartizione dei poteri secondo la quale la funzione legislativa spetta al Parlamento (artt. 70 e 138 Cost.) in collaborazione coi Consigli regionali (art. 117 Cost.), nonché «eccezionalmente» al Governo (artt. 76 e 77 Cost.)<sup>10</sup>.

In estrema sintesi sembrerebbe quindi potersi affermare che, almeno secondo la lettera della Costituzione e della legislazione ordinaria, il controllo sul merito politico della legge esula dalle competenze della Corte<sup>11</sup>. Di converso, ampia pare essere la discrezionalità

<sup>7</sup> E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 20; cfr. anche C. TRIPODINA, *Il "potere politico" della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, J. LUTHER, *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 19 ss. Anche se, come già rilevava Vezio Crisafulli, «la linea di confine tra legittimità e merito diventa estremamente sottile e rischia, a volte, di essere oltrepassata» (*La Corte costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano II,2*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1984, p. 371, corsivi dell'A.).

<sup>8</sup> Sebbene poi la sua «posizione» all'interno della gerarchia delle fonti e la sua validità siano state particolarmente discusse sin dai primi commentatori. Ci si limita qui a ricordare che taluni ritengono che tale norma sia stata costituzionalizzata (v. ad esempio F. MODUGNO, *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30 l. 11 marzo 1953 n. 87?*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 1725), altri che abbia comunque una capacità di resistenza all'abrogazione superiore rispetto alla legge ordinaria (v. ad esempio S.P. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1970, pp. 189 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, p. 234; P.G. GRASSO, *Prime osservazioni sulla potestà regolamentare della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, p. 953), mentre altri ancora la ritengono sottratta al controllo di costituzionalità (v. ad esempio G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, I, Napoli, Jovene, 1957, pp. 14-15).

<sup>9</sup> Così A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., p. 1025.

<sup>10</sup> In questi termini v. anche L. VESPIGNANI, *Corte costituzionale: politique ou politicienne? Osservazioni sulla posizione della Corte delle leggi nel sistema costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 4/2016, p. 125.

<sup>11</sup> Sul tema la letteratura è ovviamente ampissima (e si registrano approcci molto diversi gli uni dagli altri), e non è possibile certamente ricostruirla compiutamente in questa sede. Tuttavia, si rileva che l'impostazione qui adottata – che ricostruisce il «quadro competenziale» per come ipotizzato originariamente dai costituenti e cristallizzato nel dato positivo –, sembrerebbe trovare conferma pure nei primi rilievi di Livio Paladin (*Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 1037), secondo il quale il controllo di merito della Corte risulta escluso dalla lettera della Costituzione, «in primo luogo, con il riferimento dell'art. 134 alla «legittimità costituzionale delle leggi»; secondariamente, ma in modo da togliere ogni possibile dubbio, con quell'ultimo comma dell'art. 127, che crea competenze distinte in tema di sindacato sulle leggi regionali ed attribuisce alla Corte le questioni di legittimità, lasciando alle Camere le questioni di merito per contrasto di interessi». Si ricorda, infatti, che prima della riforma del Titolo V, era previsto che il Parlamento potesse giudicare le leggi regionali sotto il profilo del merito, in «caso di contrasto con gli interessi delle Camere» (art. 127, comma 4, Cost.), mentre le questioni di legittimità rimanevano di competenza della Corte (sul punto cfr. L. VESPIGNANI, *Corte costituzionale: politique ou politicienne?*, cit., p. 121 e A.

del legislatore, che per lo meno in svariate ipotesi sembrerebbe ampiamente libero di scegliere tra le diverse opzioni compatibili con la Costituzione. Occorre infatti riconoscere che, in molti casi, la Costituzione non esprime norme idonee a vincolare in modo del tutto puntuale (nel senso di: rigido ed automatico) il contenuto delle scelte legislative. Vi sono, infatti, ambiti nei quali essa tace o, comunque, non offre parametri sufficientemente determinati da consentire un sindacato “autoevidente” di legittimità costituzionale. In tali casi, il giudice delle leggi non parrebbe disporre di strumenti per incidere e, dunque, sembrerebbe dover riconoscere che la decisione resti affidata integralmente alla discrezionalità politica del Parlamento<sup>12</sup>, cui soltanto spetta di operare valutazioni di merito in ordine all’opportunità delle scelte da compiere<sup>13</sup>.

Dai lavori preparatori della Costituzione (che portarono alla formulazione dell’art. 134 Cost. come lo conosciamo ora) emerge come i concetti di ‘merito’ e ‘discrezionalità’ mostrino un debito teorico della dottrina costituzionalistica nei confronti di quella amministrativistica<sup>14</sup>. Non è allora un caso che siano sorte sin da subito discussioni circa la configurabilità del vizio di “eccesso di potere legislativo”, nozione particolarmente controversa in dottrina e mai davvero accolta in giurisprudenza<sup>15</sup>. Ciò consente però di comprendere l’accostamento, sul piano descrittivo, tra questo “tipo” di sindacato della Corte e quello tradizionalmente esercitato dal giudice amministrativo in materia di eccesso di potere. In entrambi i casi, infatti, la linea di demarcazione tra controllo di legittimità e valutazione

PIZZORUSSO, *Commento all’art. 134*, in G. Branca [a cura di], *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli Editore e Soc. ed. del Foro Italiano, 1981, p. 100).

<sup>12</sup> V. ad esempio M. DOGLIANI, *Introduzione*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1-3, ma anche per quanto riguarda lo specifico tema della PMA C. TRIPODINA, *Il “diritto al figlio” tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 601 ss.

<sup>13</sup> Il che troverebbe conferma nella struttura “a cascata” del sistema delle fonti in Italia (Così A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull’uso della discrezionalità legislativa*, cit., p. 806).

<sup>14</sup> Anche se sembra che tale richiamo valga al più “nominalmente”: V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, p. 367: «Qui, infatti, si assiste con la massima chiarezza al tentativo di trasferire nominalisticamente alla problematica della validità delle leggi (più spesso e più correttamente, delle disposizioni e norme) e del relativo sindacato una figura, controversa e composita, distintamente prevista, bensì dal diritto positivo, come uno tra i possibili vizi di legittimità degli atti amministrativi (accanto alla incompetenza e alla violazione di legge), ma venutasi progressivamente elaborando, nel suo vario e molteplice contenuto, essenzialmente in via di prassi, ad opera del Consiglio di Stato, muovendo da quello che ne rappresentava all’inizio, e ne rappresenta tuttora il nucleo centrale: lo “sviamento di potere”, vale a dire la deviazione dell’atto, di volta in volta concretamente adottato dallo specifico fine di pubblico interesse, in vista del quale all’amministrazione ea ed è riconosciuto dalla legge, in astratto, il potere di adottarlo».

<sup>15</sup> Per l’approfondimento del tema si rinvia a L. VESPIGNANI, *Ragionevolezza dell’eccesso oppure eccesso di ragionevolezza? Alcune note sull’evoluzione dell’eccesso di potere legislativo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 3/2014, pp. 251-266; G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 3/1999, pp. 387-421 (spec. pp. 403-408); G. AZZARITI, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l’eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco della legge*, in *Giur. Cost.*, n. 3/1989, pp. 653-665; C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*, in IDEM, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954; C. MORTATI, *Sull’eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, pp. 457 ss.; L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964; A. LENER, *L’eccesso di potere legislativo e la Corte costituzionale oggi*, in *Foro it.*, 1982, pp. 2693-2695; A. CELOTTO, *Corte Costituzionale ed eccesso di potere legislativo*, in *Giur. cost.*, n. 5/1995, pp. 3724-3735.

di merito si assottiglia fino a divenire talvolta labile, con il rischio di essere superata<sup>16</sup>. E ancora più problematico è il tema del sindacato di ragionevolezza<sup>17</sup> delle leggi, che in parte si innesta<sup>18</sup> su quella stessa categoria. Tuttavia, mentre l'“eccesso di potere” rinvia a deviazioni strutturali della funzione legislativa<sup>19</sup> come lo “straripamento” nella sfera di competenza attribuita all'esecutivo e al giudiziario o lo “sviamento” dai fini costituzionalmente stabiliti, il giudizio di ragionevolezza – almeno in alcune delle sue possibili forme – ne rappresenta una proiezione più ampia, volta a verificare la coerenza e la non arbitrarietà del contenuto normativo, con il rischio però di trasformarsi in un controllo sul merito delle scelte legislative. Non potendo qui affrontare le questioni che riguardano il giudizio di ragionevolezza, ci si limita ad un paio di considerazioni in merito da una parte al suo *fondamento* e, dall'altra, alla sua *struttura*. Come è noto, il sindacato sulla ragionevolezza si fonda tuttora formalmente (*i.e.*, secondo le stesse indicazioni formali rinvenibili nelle sentenze della Corte costituzionale in cui tale principio o criterio di giudizio è applicato) sull'art. 3, comma 1, Cost. Tuttavia, nella sua evoluzione ha finito per emanciparsene soprattutto per quanto riguarda il controllo sulla ragionevolezza *intrinseca* della legge, ladove implica una valutazione sull'esercizio dell'attività legislativa sganciata dal riferimento

<sup>16</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, pp. 371 ss.

<sup>17</sup> Sul punto la letteratura è sterminata, per un inquadramento ci si limita a rimandare ai seguenti contributi monografici: A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano Giuffrè, 2001; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005.

<sup>18</sup> «A partire dalla metà degli anni Novanta, poi, si consolida la tendenza a ricondurre il vizio di eccesso di potere nell'ambito del giudizio di ragionevolezza, secondo un indirizzo inaugurato dalla sentenza n. 313 del 1995, in cui la Consulta, pur rigettando le censure proposte contro gli articoli 342 (Oltraggio a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario) e 343 (Oltraggio a un magistrato in udienza) del codice penale in quanto il minimo edittale della pena in essi previsto era considerato troppo alto dai remittenti, riconosce nondimeno la possibilità di operare uno scrutinio che direttamente investa il merito delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore: così L. VESPIGNANI, *Ragionevolezza dell'eccesso oppure eccesso di ragionevolezza? Alcune note sull'evoluzione dell'eccesso di potere legislativo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 3/2014, p. 257. Precisa G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 3/1999, p. 410: «le valutazioni di ragionevolezza *in senso stretto* (che vanno tenute distinte da quelle di eguaglianza-disparità di trattamento) sono ricostruibili secondo uno schema argomentativo in cui, a partire dalla *ratio* della norma impugnata, la Corte ripercorre in un'inferenza pratica il ragionamento del legislatore e porta alla luce, attualizzandolo, il fondamento giustificativo delle regolazione normativa per saggiarne la complessiva plausibilità. Questo tuttavia non equivale a dire che il sindacato di ragionevolezza si esaurisce in un controllo teleologico della legislazione, come presupporrebbe la sua sovrapposizione con l'eccesso di potere amministrativo. I riscontri di ragionevolezza implicano infatti valutazioni multiformi: di razionalità sistematica, di efficienza strumentale, di giustizia-equità della legge». Del medesimo avviso J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1997, p. 350, secondo il quale non è possibile sovrapporre le categorie della ragionevolezza con quella dell'eccesso di potere («Come punto fermo vale soltanto la già accennata convinzione, condivisa dalla Corte (sent. n. 37/1969), che tale ricostruzione non può partire dalle categorie dell'“eccesso di potere” nel diritto amministrativo (art. 26 t.u. Cons. St.), essendo l'attività del legislatore, a differenza di quella della pubblica amministrazione, in linea di principio libera nei fini e di natura eminentemente “politica”»). Similmente cfr. L. PALADIN *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento I*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 902. Sul problema dell'eccesso di potere amministrativo/legislativo si rimanda alle considerazioni delle pagine precedenti.

<sup>19</sup> Correttamente, sottolinea come sia necessario procedere con cautela nelle possibili ricostruzioni concettuali dell'eccesso di potere G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 3/1999, pp. 393-398 (parlando di una «concettualogia costituzionalmente ambigua dell'eccesso», p. 397).



ad un preciso parametro costituzionale<sup>20</sup>. Elemento questo che sembra portare a concludere che tale tipo di giudizio, almeno nella sua forma “evoluto” (e per così dire “estremo”) di ragionevolezza-razionalità e ragionevolezza-equità, entri inevitabilmente in contrasto con quanto previsto dalla Costituzione e dalla legge n. 87/1953<sup>21</sup>. Infatti, l’eventuale razionalità dei risultati del sindacato sulla ragionevolezza pare comunque connaturata da un momento valutativo che «inevitabilmente parrebbe trasformare il relativo giudizio in un giudizio (almeno in parte) di merito politico, la cui “colorazione” (politica, appunto) non parrebbe minimamente scalfita dalla (eventuale) valutazione che si tratterebbe di un giudizio di merito “ragionevole”»<sup>22</sup>.

I rilievi sin qui svolti – che non aspirano se non a segnalare le principali criticità – evidenziano come, al di là dello schema astratto di distribuzione delle competenze tra Corte e legislatore tracciato dalla Costituzione, la concreta esperienza applicativa riveli una fisionomia ben più sfumata e articolata. Non sono più così rari i casi in cui la Corte ha ritenuto di doversi occupare anche di profili attinenti al merito, *sconfinando*<sup>23</sup> così oltre il perimetro fissato sul piano positivo.

Un caso recente che ben esemplifica questa dinamica, nell’ambito delle decisioni eticamente più controverse, è il noto “caso Cappato”<sup>24</sup>. Qui la Corte ha esplicitamente riconosciuto che qualora siano in pericolo i diritti fondamentali è non solo possibile, ma anzi

<sup>20</sup> L. VESPIGNANI, *Ragionevolezza dell’eccesso oppure eccesso di ragionevolezza? Alcune note sull’evoluzione dell’eccesso di potere legislativo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 3/2014, p. 266; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1997, pp. 352-353.

<sup>21</sup> Sul rapporto tra ‘ragionevolezza’ e ‘merito’ si veda almeno A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 437-453, il quale ammette che «[il] sindacato di ragionevolezza, propriamente, ha natura di controllo nel merito delle scelte discrezionali del legislatore. Esso presuppone che la Corte apprezzi direttamente che cosa comporti l’applicazione al contesto del principio contenuto nella norma parametro e, conseguentemente, impone al giudice costituzionale di verificare direttamente – rifacendo le valutazioni svolte dal legislatore – se il contenuto della disciplina positiva sia in grado di realizzare adeguatamente il principio costituzionale nel caso concreto» (pp. 449-450).

<sup>22</sup> A. VIGNUDELLI, *Il fantasma della legalità. Fatti e misfatti della Corte costituzionale tra legge e Costituzione*, in *Lo Stato*, n. 7/2016, p. 121. Ma così pure A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi (voce)*, cit., p. 8, secondo il quale il sindacato di ragionevolezza, per come si è conformato nel tempo, porterebbe «nel caso estremo, a cancellare il confine tra legittimità e merito».

<sup>23</sup> Sul punto cfr. v. almeno i recenti: A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, pp. 251-290; IDEM, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 12/2021, pp. 170-212; IDEM, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, in AA.VV., *Le dinamiche della forma di governo nell’Italia repubblicana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, pp. 171 ss., ed anche M. LUCIANI, *Questioni generali della forma di governo italiana*, ivi, pp. 493-494. Sull’equilibrio tra i poteri v. anche R. BALDUZZI, *I caratteri originari della forma di governo e la loro evoluzione*, in AA.VV., *Le dinamiche della forma di governo nell’Italia repubblicana*, cit., pp. 78 ss.

<sup>24</sup> Sulla vicenda Cappato la letteratura è ormai sterminata, ci si limita quindi a richiamare tra i vari C. TRIPODINA, *La “cir-coscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2019, pp. 217 ss.; L. VIOLINI, *Elementi di criticità della vicenda Cappato: una ipoteca sul futuro del “diritto a morire”?*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020, pp. 313 ss.; B. PEZZINI, *Fine vita, sanità, salute nel caso Cappato/Antoniani: la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019*, ivi, pp. 301 ss. Per un inquadramento dell’ordinanza nell’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte v. almeno M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, pp. 644-665.

necessario il suo intervento anche se a discapito della discrezionalità del legislatore<sup>25</sup>. Per cui il merito non rappresenterebbe più un tabù infrangibile<sup>26</sup>. E – come anticipato – non si tratta di un *unicum*, ma semmai della conferma più recente e manifesta di una tendenza già da tempo rilevata dalla dottrina. Tant'è che, anche rimanendo nell'ambito tematico che qui ci si è promessi di indagare, sembra possibile individuare alcune ulteriori attestazioni di queste oscillazioni tra “deferenza” e “attivismo”. Il primo esempio (in questo caso di attivismo) parrebbe essere la sentenza del 10 giugno 2014, n. 162 sull'accesso alle tecniche di fecondazione di tipo eterologo per le coppie affette da sterilità o infertilità assolute e irreversibili.

## 2. La Corte costituzionale apre alla fecondazione assistita di tipo eterologo

La questione sottoposta alla Corte riguardava la compatibilità del divieto di fecondazione eterologa con diversi parametri costituzionali: il diritto alla salute (art. 32 Cost.), il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), la libertà di autodeterminazione in ambito procreativo (art. 2 Cost.) e la tutela della famiglia (artt. 29 e 31 Cost.). Secondo i giudici rimettenti, il divieto violava il diritto alla salute in quanto impediva alle coppie affette da infertilità irreversibile di accedere all'unico trattamento medico idoneo a consentire loro la procreazione, determinando così un vuoto terapeutico. Inoltre, la disciplina risultava discriminatoria e contraria al principio di uguaglianza, poiché introduceva una disparità di trattamento tra le coppie che potevano ricorrere a tecniche omologhe e quelle che, essendo impossibilitate a utilizzare i propri gameti, restavano escluse in via assoluta dalla possibilità di avere figli: una differenza fondata esclusivamente sul tipo di infertilità. A ciò si aggiungeva la viola-

<sup>25</sup> Punto 4, *considerato in diritto*: «Decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità. Come più volte si è avuto modo di rilevare, “posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio” (sentenze n. 162 del 2014 e n. 113 del 2011; analogamente sentenza n. 96 del 2015). Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò “specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore”».

<sup>26</sup> Così M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., pp. 653-654: «Per semplificare si potrebbe oggi dire: le “rime obbligate” giustificano un intervento “immediato” della Corte, ove realmente la lacuna incostituzionale possa da subito essere colmata senza invadere la sfera di discrezionalità del legislatore; al contempo, le “rime obbligate” impediscono alla Corte di intervenire subito, ove l'intervento legislativo si riveli indispensabile nella scelta delle diverse opzioni per colmare la lacuna incostituzionale; ma, in quest'ultimo caso – ed è qui la novità –, le “rime obbligate” non possono impedire alla Corte di intervenire sia pure in “seconda battuta”, ove la questione torni alla sua attenzione a seguito di monito già rivolto al legislatore affinché questi eserciti la sua discrezionalità, trovando una soluzione conforme a Costituzione per rimediare alla già rilevata lacuna. Ciò, in particolare, ove si verta in materia di diritti fondamentali» (v. pure IDEM, *Oltre le rime obbligate? Un riaccentramento del giudizio costituzionale?*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, p. 59 e IDEM, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, n. 1/2020, pp. 66-67).



zione della libertà di autodeterminazione in materia procreativa, garantita dall'art. 2 Cost., poiché la legge n. 40/2004 imponeva una restrizione irragionevole e sproporzionata alla possibilità di decidere come realizzare il proprio progetto familiare. Infine, veniva invocata la tutela della famiglia prevista dall'art. 31 Cost., nella misura in cui il divieto ostacolava l'accesso alla genitorialità, limitando così la protezione costituzionale riservata al nucleo familiare come formazione sociale fondamentale.

Nella sua decisione, la Corte riconosce che la scelta di diventare genitori costituisce espressione della più generale libertà di autodeterminazione della persona. Di conseguenza, ogni limitazione di tale libertà – e tanto più un divieto assoluto che ne impedisca l'esercizio – deve trovare una giustificazione ragionevole e proporzionata, fondata sulla necessità di tutelare interessi costituzionalmente equivalenti. Nel caso della fecondazione eterologa, al contrario, l'accesso libero alla tecnica non si traduce nella compromissione di altri valori costituzionali, né della salute dei donatori né di quella del nato, poiché la sua riserva ai soli casi di sterilità o infertilità consente di escludere in radice eventuali usi distorti a fini eugenetici. A ciò si aggiunge che il divieto sancito dalla legge n. 40/2004 determina un'irragionevole discriminazione tra coppie affette da patologie gravi, finendo per subordinare l'esercizio di un diritto fondamentale alla disponibilità di risorse economiche sufficienti a sostenere il cosiddetto "turismo procreativo". In questa prospettiva, la Corte conclude che il divieto assoluto di ricorso all'eterologa risulta manifestamente irragionevole, poiché, in aperto contrasto con la stessa *ratio* della disciplina, nega la possibilità di realizzare il progetto genitoriale proprio alle coppie colpite dalle forme più gravi di sterilità.

Ebbene, per quel che qui più interessa, è utile osservare come tali conclusioni siano sorrette da un assunto di partenza non del tutto convincente, ossia che la *ratio legis* della legge n. 40/2004<sup>27</sup> sia quella che la Corte ricava dall'art. 1, comma 1 della stessa: «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana». E questo là dove vi sono invece elementi per concludere che per il legislatore italiano non tutte le forme di infertilità e sterilità possano «trovare soluzione nella PMA, ma solo quelle che non mettano in discussione il principio dell'«autosufficienza procreativa della coppia», che non richiedano, cioè, l'intervento di soggetti che ad essa (alla coppia, cioè) siano esterni»<sup>28</sup>. In primo luogo, l'art. 1, comma 1, della legge n. 40/2004 precisa che il ricorso alla procreazione assistita è consentito al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi, ma *alle condizioni e secondo le modalità* previste dalla legge. Il divieto di eterologa non sarebbe quindi una contraddizione interna alla legge n. 40/2004, ma semplicemente una delimitazione delle possibilità relative alla procreazione medicalmente assistita, anche in

<sup>27</sup> Per un più ampio inquadramento della questione della necessità dell'intervento regolatorio della PMA da parte del legislatore si vedano almeno le riflessioni di R. BALDUZZI, *La biotecnologia tra diritto e politica*, in R. BALDUZZI, C. CIROTTI, I. SANNA (a cura), *Le mani sull'uomo. Quali frontiere per la biotecnologia?*, Roma, AVE, 2005, pp. 123-155.

<sup>28</sup> G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, p. 248.

considerazione delle problematiche etiche connesse alle tecniche che scindono sessualità e procreazione. In secondo luogo, pure dal punto di vista ermeneutico, le dichiarazioni di principio valgono «solo nella misura in cui trovano positivo riscontro nell'insieme delle regole che compongono la trama del testo normativo»<sup>29</sup>. Da ultimo, è opportuno rammentare che il legislatore ha introdotto il divieto in parola proprio con il censurato art. 4, comma 3, della l. 40/2004 mentre anteriormente l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era lecita senza limiti né soggettivi né oggettivi. A conferma di una scelta del legislatore magari non condivisibile, ma ponderata e innervata da una sua razionalità, volta a ricondurre la PMA ai principi dell'*imitatio naturae* e dell'autosufficienza procreativa della coppia<sup>30</sup>.

Come la stessa Corte ha più volte ricordato, quando le questioni investono profili eticamente sensibili spetta innanzitutto al legislatore individuare il punto di equilibrio tra i diversi interessi contrapposti; al giudice costituzionale resta il compito di verificare che tale bilanciamento non risulti manifestamente irragionevole rispetto alle esigenze in gioco e ai valori costituzionali di riferimento<sup>31</sup>. Tuttavia, questo non sembra corrispondere a ciò che è accaduto nel nostro esempio. La Corte non si è limitata a verificare la ragionevolezza del bilanciamento svolto dal legislatore nell'esercizio della sua (ampia) discrezionalità in tema di questioni sensibili, ma ha svolto una ricostruzione topografica del conflitto inserendo elementi (parzialmente) diversi<sup>32</sup> che hanno portato ad un diverso punto di arrivo rispetto a quello individuato inizialmente dal legislatore<sup>33</sup>. Perché «va da sé che [...] la topografia del conflitto, se non produce argomenti, individua già le direzioni nelle quali si svilup-

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 255.

<sup>30</sup> Secondo i lavori preparatori, la ratio della legge n. 40/2004 non fu soltanto quella di garantire un vero trattamento terapeutico alle coppie sterili o infertili, quanto piuttosto di circoscrivere rigidamente la PMA entro un modello conforme alla procreazione naturale, escludendo l'esistenza di un «diritto a procreare» e ponendo al centro la tutela prioritaria dell'embrione e della famiglia fondata sul legame biologico (cfr. Relazione illustrativa al d.d.l. AC 156, nonché Relazione di maggioranza on. Bianchi). L'eterologa, in particolare, venne esclusa non come tecnica terapeutica, ma come pratica ritenuta foriera di una «frammentazione delle figure parentali» con danni psico-sociali per il minore, mentre le relazioni di minoranza (on. Cossutta, on. Del Pennino, on. Valpiana) denunciarono i rischi di turismo procreativo, le discriminazioni economiche e il mancato bilanciamento tra i diritti dell'embrione e la salute della donna.

<sup>31</sup> Corte cost., sentenza 10 giugno 2014, n. 162, punto 5, *considerato in diritto*.

<sup>32</sup> Per la Corte sarebbero essenzialmente due: 1) la scelta di divenire genitori e di formare una famiglia con figli, intesa come espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi che riguarda la sfera più intima ed intangibile della persona umana, e che per questo non può che essere incoercibile; 2) la salute, assunta nella duplice accezione di salute fisica e psichica.

<sup>33</sup> Sul punto il dibattito è ampio. Si rimanda per maggiori approfondimenti a C. TRIPODINA, *Il «diritto al figlio» tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2596; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 6-7; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, pp. 1-4; G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, p. 248, ma così pure L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, pp. 10-11; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, p. 11.

peranno i percorsi argomentativi<sup>34</sup> immediatamente successivi. In altri termini, la Corte parrebbe aver sovrapposto le proprie valutazioni di merito relativamente alla selezione degli interessi meritevoli di tutela da considerare nella disciplina della procreazione medicalmente assistita a quelle del legislatore, attraverso modalità che soltanto un decisore politico potrebbe adoperare<sup>35</sup>. E difficilmente, invero, potrebbe ricondursi tale tipologia di intervento a quelle esplicitamente attribuite dalla Costituzione al Giudice costituzionale, il quale, viceversa, sembrerebbe doversi limitare ad un'attività di controllo della legittimità della legge intesa come verifica della sua conformità all'atto normativo costituzionale<sup>36</sup>.

### 3. Salute e riserva di scienza

Tra i vari argomenti addotti dalla Corte – anche rispetto alla successiva giurisprudenza costituzionale sul tema – fondamentale è quello relativo al diritto alla salute, intesa in termini psichici oltre che fisici<sup>37</sup>. Con la conseguenza che «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia»<sup>38</sup>. La scienza medica assumerebbe in questo caso il ruolo di «parametro interposto di costituzionalità»<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 71 (ma più ampiamente pp. 62-71).

<sup>35</sup> La Corte ha infatti inserito nella sua argomentazione elementi che non sembrano «costituzionalmente necessari». Perché, lo si ribadisce, non sembra che in questo caso si sia di fronte a un diritto «totalmente sacrificato a vantaggio esclusivo di un altro», ed è l'assenza di bilanciamento, che la nostra Costituzione sicuramente non tollera». Pertanto solo in questi casi «l'intervento correttore dei giudici e delle corti non è solo opportuno e auspicabile, ma anche necessario». Tuttavia, «quando un (preteso) diritto non è (chiaramente, pacificamente) tra quelli tutelati dalla Costituzione (come il «diritto ad avere un figlio», anche con patrimonio genetico altrui; come il «diritto ad avere un figlio sano», sganciato dal diritto alla tutela della salute della madre), allora l'intervento di giudici e corti teso a sostituire alla decisione politica assunta dal legislatore un'altra decisione, altrettanto politica in quanto non costituzionalmente imposta, è assai più discutibile» (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, p. 86).

<sup>36</sup> «Conformità», dal canto suo, indica etimologicamente un'identità geometrica di forme, rispetto alla quale il contenuto di esse – il merito, appunto – resta estraneo. È, a questi fini, la medesima accezione con cui si discorre in termini di «giurisdizione di legittimità» con riferimento alla giurisdizione amministrativa» (A. VIGNUDELLI, *Il fantasma della legalità. Fatti e misfatti della Corte costituzionale tra legge e Costituzione*, in *Lo Stato*, n. 7/2016, pp. 96-97). Un'impostazione, quest'ultima, che sembra richiamare lo «statico contrasto» tra le leggi e le norme costituzionali che stabiliscono i requisiti formali e sostanziali della loro legittimità teorizzato da Franco Modugno, ma che secondo l'A. non esaurisce le ipotesi di incostituzionalità per l'esistenza di una ulteriore tipologia di contrasto definito «dinamico» che si manifesterebbe «come una non perfetta adeguazione ai principi o ai programmi desumibili o, in qualche modo, sottesi alle norme costituzionali» (*L'invalidità della legge. Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 144).

<sup>37</sup> V. sul punto M.P. IADICICCO, *Prospettive e problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2021, pp. 419 ss.; e G. CAMPANELLI, *Salute «biologica», «intenzionale» ovvero salute psico-fisica: riflessioni sull'estensione della tutela alle coppie omosessuali con riferimento alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione della maternità*, *ivi*, pp. 381 ss.

<sup>38</sup> Corte cost., sentenza 10 giugno 2014, n. 162, punto 7, *considerato in diritto*.

<sup>39</sup> C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, pp. 6 ss.

Un'argomentazione costruita sulla riserva di scienza appare, almeno in prima battuta, dotata di una notevole forza persuasiva<sup>40</sup>, e non è un caso che essa fosse stata utilizzata anche pochi anni prima nella sentenza n. 151/2009 per dichiarare l'illegittimità del divieto di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto (numero comunque non superiore a tre)<sup>41</sup>. Allora il richiamo alle conoscenze scientifiche era servito a mettere in luce l'errore di valutazione in cui era incorso il legislatore. Il limite di tre embrioni e l'obbligo del loro unico e contemporaneo impianto potevano infatti determinare, alternativamente o cumulativamente, due pregiudizi per la donna: da un lato, la necessità di sottoporsi a più cicli di stimolazione ovarica, con l'aumento del rischio di patologie connesse all'iperstimolazione; dall'altro, qualora l'attecchimento fosse riuscito, l'esposizione a gravidanze plurime, talvolta dannose per la salute. Nel 2009, tuttavia, la valutazione degli altri interessi coinvolti – in particolare la tutela dell'embrione – risultava meno problematica, poiché dalla stessa sistematica della legge n. 40/2004 si poteva ricavare che all'embrione non era attribuita una protezione assoluta, ma la sua posizione giuridica restava comunque garantita, in termini sostanzialmente analoghi, anche nella disciplina risultante dall'intervento demolitorio della Corte. Quest'ultima, dunque, aveva riscontrato un cattivo esercizio della discrezionalità legislativa, determinato da un travisamento del dato scientifico e tale da comportare una diretta violazione del diritto alla salute, pur continuando a preservare il principio di "stretta necessità"<sup>42</sup>.

La già richiamata sentenza n. 162/2014 mostra invece come il richiamo alla scienza sia stato utilizzato per «forzare l'originaria *ratio* della legge ed i bilanciamenti che vi erano custoditi»<sup>43</sup> e per «imbrigliare il potere normativo del legislatore, escludendone ogni *vis* regolativa negli ambiti che rientrano, anche virtualmente, nel dominio della scienza»<sup>44</sup>.

Parrebbe confermare tali dubbi la successiva sentenza n. 221/2019, con la quale la Corte ha ritenuto legittimo il divieto di accesso alle pratiche di fecondazione eterologa da parte di due donne dello stesso sesso. Ciò in quanto consentire l'accesso all'eterologa alle coppie omosessuali avrebbe comportato la diretta sconfessione delle linee guida sottese

<sup>40</sup> Sul concetto di 'riserva di scienza' si veda almeno D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 207 ss.; G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2021, spec. pp. 76-80; S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni cost.*, n. 2/2009, pp. 817 ss.; per il caso della PMA cfr. M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 303 ss.; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 545 ss.

<sup>41</sup> S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni cost.*, n. 2/2009, pp. 838-839.

<sup>42</sup> Che ha un fondamento etico essendo strettamente legato all'embrione e alla sua tutela.

<sup>43</sup> G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, p. 246.

<sup>44</sup> *Ivi*, p. 252.

al sistema delineato dal legislatore del 2004, caratterizzato dal bilanciamento tra interesse alla genitorialità e interesse al mantenimento di un legame biologico tra il nascituro e gli aspiranti genitori. Né vi sarebbe stata alcuna incongruenza interna alla disciplina legislativa della materia, considerato che l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile, c.d. infertilità "relazionale" o "sociale") della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive. Quindi, escludere le coppie formate da due donne non sarebbe altro che una scelta volta a ribadire alla procreazione assistita una finalità prettamente ed esclusivamente terapeutica. Tanto precisato, ci si potrebbe chiedere cosa rimanga della salute psichica della coppia che, con il diniego all'accesso alle procedure di fecondazione eterologa, vedrebbe frustrata al proprio desiderio a divenire genitori. E la Corte risponde(rebbe) che «la tutela costituzionale della "salute" non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione»<sup>45</sup>. La dimensione psichica del diritto alla salute sembra così cedere il passo ad altri argomenti, tra i quali rientra la necessità di tenere conto «degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico», che «deve ritenersi affidat[a] in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale [...]». In questa prospettiva, l'idea [...] che una famiglia ad *instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il "luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale»<sup>46</sup>.

Sembra allora che, nel campo della PMA, la riserva di scienza assuma per la Corte non tanto la funzione di vincolo cogente, quanto piuttosto quella di uno strumento duttile, impiegato per modulare l'intensità del proprio intervento e per rapportarsi in maniera variabile alla discrezionalità legislativa, a seconda delle peculiarità del singolo caso. Ne risulta che le considerazioni etico-sociali rimangono spesso in secondo piano, mentre il dato scientifico diventa il principale criterio di giudizio. Tuttavia, la sua forza argomentativa non è sempre la stessa: il richiamo alla salute fisica, ancorato a riscontri medico-scientifici più solidi (come i rischi connessi all'iperstimolazione ovarica o alle gravidanze plurime), conferisce maggiore robustezza al sindacato della Corte; viceversa, il riferimento alla salute psichica, meno facilmente traducibile (e comunque non tradotto nel caso di specie) in parametri oggettivi, costituisce un argomento più fragile, perché privo di un saldo ancoraggio a evidenze scientifiche certe. In ogni caso, la Corte tende a fondare la propria attività di controllo su tale criterio, muovendo dall'idea che la discrezionalità politica debba arretrare di fronte alle evidenze scientifiche recepite nelle sue decisioni, ma senza indicare in

<sup>45</sup> Corte cost., sentenza 23 ottobre 2019, n. 221, punto 16, *considerato in diritto*.

<sup>46</sup> *Ivi*, punto 13, *considerato in diritto*.

modo sempre trasparente le fonti dalle quali quelle stesse evidenze sarebbero state tratte: come se l'affermazione della presunta scientificità fosse, di per sé, sufficiente a dispensarla dall'onere di una più puntuale giustificazione argomentativa. Mentre, *a contrario*, «tale omissione sembrerebbe minare la forza di questi argomenti rendendo difficile, se non addirittura impossibile, valutare la posizione scientifica utilizzata dalla Corte costituzionale come base empirica per la propria decisione, e se questa sia davvero l'unica scientificamente sostenibile. Quanto detto vale a maggior ragione se si considera che, nelle sentenze ora ricordate, la Corte non ha tentato neppure di prendere in considerazione le possibili fonti scientifiche del legislatore, giuste o sbagliate che fossero»<sup>47</sup>.

Tale *modus operandi* del Giudice delle leggi conosce però almeno un limite rappresentato dal sentire etico sociale su questioni così sensibili e innervate nella nostra società come sono quelle relative alla composizione della “famiglia”<sup>48</sup>, che non gli consente di intervenire, non possedendo esso lo strumentario adeguato ad intercettare il “sentimento collettivo” e la sua evoluzione nel tempo<sup>49</sup>. A conferma di quest'ultima affermazione possono essere portate quali ulteriori esempi le sentenze nn. 32 e 33 del 2021<sup>50</sup> e la sentenza n. 69 del 2025.

## 4. Famiglia o famiglie

Nella sentenza n. 32/2021<sup>51</sup> la Corte ha affrontato il problema del riconoscimento del nato tramite procedure di fecondazione eterologa poste in essere all'estero da una coppia omosessuale femminile. Nel caso di specie l'unica forma di riconoscimento del rapporto genitoriale tra la madre intenzionale e le figlie, la c.d. adozione in casi particolari, non era esperibile per mancanza del consenso della madre biologica. Cosicché, pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana, con la medesima madre intenzionale, nessuno strumento poteva essere utilmente adoperato per far valere i diritti delle minori (come il mantenimento, la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise),

<sup>47</sup> F. PEDRINI, *Wissenschaftsvorbehalt und medizinisch unterstützte Fortpflanzung. Kurze Überlegungen im Lichte der italienischen Verfassungsrechtsprechung*, in F. BROSIUS-GERSDORF, A. ENGLÄNDER, A. FUNKE, D. KUCH, A. TSCHENTSCHER, F. WITTECK (hrsg.), *Rechtskonflikte*, Festschrift für Horst Dreier zum 70. Geburtstag, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 849-850 (traduzione mia). E cfr. lo stesso pure sul tema dei poteri istruttori di cui alla riforma della Corte applicati proprio alle tematiche relative alla PMA.

<sup>48</sup> Sul punto cfr. R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in C. CAMARDI (a cura di), *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, Padova, Cedam, 2022, pp. 103-122.

<sup>49</sup> Sul fatto che poi in altri casi la Corte si sia sentita legittimata ad intercettare questo *sentiment* v. *infra* § 5.

<sup>50</sup> Si v. M. CALDIRONI, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile*, cit., pp. 1051-1065.

<sup>51</sup> V. almeno S. CECCHINI, *Illiceità del ricorso a tecniche di PMA da parte di coppie dello stesso sesso e tutela del preminente interesse del minore: la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2021, pp. 414 ss.



in quanto, a seguito della crisi della coppia, la madre biologica aveva negato il consenso indispensabile per perfezionare questa particolare adozione.

Eppure, al riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore la Corte ritiene di non poter porre rimedio. «[R]isulta evidente che i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo»<sup>52</sup>, in quanto le opzioni per il riconoscimento sono parziali (quanto all'estensione della genitorialità) e dipendenti da fattori che possono venir meno nel corso del tempo, come è il caso del consenso della madre biologica. Tuttavia, proprio la sensibilità etica della materia, che riguarda i delicati rapporti familiari relativi alla c.d. "genitorialità sociale"<sup>53</sup>, impedisce al Giudice delle leggi di accogliere la questione. Inoltre, un suo intervento puntuale rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato. A questo proposito, la Corte elenca, in via esemplificativa, alcune possibili soluzioni: una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero l'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione. Soltanto così si eviterebbero i "disallineamenti" che potrebbero prodursi per effetto di un intervento mirato solo a risolvere il problema specificamente sottoposto alla sua attenzione.

Analoghe problematiche sono state oggetto della sentenza n. 33/2021 relativamente al nato attraverso procedure di maternità surrogata all'estero. Il giudice rimettente dubitava della legittimità del divieto al riconoscimento, per contrasto con l'ordine pubblico<sup>54</sup>, del provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore nato tramite surrogazione di maternità all'estero del c.d. genitore d'intenzione, lamentando pure l'inadeguatezza dell'unico altro strumento di riconoscimento disponibile, segnatamente l'adozione in casi particolari. Anche in questo caso la questione viene giudicata inammissibile perché uno strumento esiste seppur inadeguato e in taluni casi pure inutilizzabile<sup>55</sup>. Pertanto, nonostante il deficit di tutele – e quindi l'incostituzionalità della normativa – sia esplicitamente riconosciuto, l'intersecarsi del *best interest of the child* con la tutela della dignità della donna (*i.e.*, della gestante) frena l'intervento dei giudici di palazzo della Consulta. Infatti, se da una parte l'interesse del bambino è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico (che passa dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari)

<sup>52</sup> Corte cost., sentenza 9 marzo 2021, n. 32, punto 2.4.1.3, *considerato in diritto*.

<sup>53</sup> *Ivi*, punto 2.4.1.1, *considerato in diritto*.

<sup>54</sup> C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 119 ss.

<sup>55</sup> V. sempre Corte cost., sent. 32/2021 in caso di crisi della coppia e conseguente diniego del consenso all'adozione da parte del genitore biologico.

dei legami che lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, tale interesse non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro *contro-interesse* in gioco. Perché «[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»<sup>56</sup>. Per altro verso, la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>57</sup> comportando un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate.

In sintesi, la Corte riconosce che il compito di individuare le modalità più congrue per il riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, così come il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata nel contesto del difficile bilanciamento con la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, non può che spettare al legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità politica.

In entrambi i casi l'intersecarsi di questioni ad alto contenuto etico, impone come preferibile l'intervento legislativo. E questo, pure per le implicazioni problematiche di una decisione della Corte che rischierebbe di creare ulteriori incongruenze nella sistematica complessivamente considerata.

Potremmo allora qualificare come “sistematico” l'argomento che sorregge le scelte della Corte in entrambe le vicende considerate. Esso guarda non al singolo profilo di legittimità costituzionale, ma alla “qualità” complessiva della decisione, per come inserita nel contesto normativo. L'idea di fondo è che, quando l'intervento puntuale del giudice delle leggi non sarebbe in grado di assicurare coerenza al sistema, è preferibile che sia il legislatore a farsi carico della disciplina, con strumenti organici e idonei a ricomporre in modo unitario i molteplici interessi in gioco. Così, la Consulta, pur riconoscendo i vuoti di tutela, si arresta di fronte al rischio di disarmonie complessive, riaffermando che la coerenza dell'ordinamento può essere garantita solo da un intervento politico-legislativo, e non da soluzioni giudiziarie parziali e frammentarie.

Di recente, con la sentenza 22 maggio 2025, n. 69<sup>58</sup>, la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi su uno dei limiti soggettivi previsti dalla legge n. 40/2004, soffermandosi in particolare sull'art. 5 laddove preclude l'accesso alle tecniche di PMA alle donne *single*.

<sup>56</sup> Corte cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85.

<sup>57</sup> Corte cost., sent. 18 dicembre 2017, n. 272.

<sup>58</sup> Sulla quale si veda almeno la *Lettera AIC* (06/2025 - *Genitorialità, famiglia e Corte costituzionale*) di B. Liberali che analizza tale ultima pronuncia anche alla luce della precedente giurisprudenza costituzionale, mentre per una attenta analisi della famiglia in evoluzione si veda poi la replica di M. Belletti (*Quale conformazione giuridica di famiglia*

Secondo il giudice rimettente, la disposizione contestata contrasterebbe con il diritto fondamentale ed incoercibile all'autodeterminazione procreativa, che include anche la possibilità di formare una famiglia al di fuori di un legame di coppia e con figli non geneticamente propri. La norma darebbe luogo, inoltre, a una violazione dell'art. 3 Cost., sia per l'irragionevole disparità di trattamento tra coppie e donne singole, sia per l'ulteriore discriminazione interna a quest'ultima categoria, colpendo soprattutto le donne economicamente più deboli, impossibilitate a ricorrere a strutture estere che consentono l'accesso individuale alla PMA. Infine, essa si tradurrebbe in una lesione del diritto alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost., poiché il fattore temporale legato al naturale declino della fertilità esporrebbe le donne singole al rischio di sterilità irreversibile, compromettendo in concreto l'esercizio del diritto alla procreazione.

La Corte, nel richiamare la *ratio* e le finalità della legge n. 40/2004, ribadisce quanto già chiarito dalla propria giurisprudenza consolidata: l'impianto della disciplina è interamente orientato a fornire una risposta terapeutica alle problematiche riproduttive legate alla sterilità o all'infertilità, ponendosi dunque come normativa a prevalente vocazione curativa. Essa ricorda di aver progressivamente dichiarato l'illegittimità costituzionale di diverse disposizioni ritenute «irragionevolmente restrittive delle potenzialità insite nelle tecniche di PMA e lesive di diritti fondamentali»<sup>59</sup> e, per converso, di aver rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate contro l'art. 5, nella parte in cui impedisce l'accesso alla PMA alle coppie dello stesso sesso escludendo la possibilità di estendere la finalità di tali tecniche oltre il perimetro delineato dal legislatore, vale a dire al di fuori della funzione terapeutica di rimedio alla sterilità o infertilità patologica, per includere anche i casi di infertilità «fisiologica», in quanto un simile ampliamento, incidendo in maniera profonda sulla *ratio* stessa della disciplina e coinvolgendo «temi eticamente sensibili», era stato riservato alla «primaria competenza del legislatore»<sup>60</sup>.

In quell'occasione la Corte aveva dunque circoscritto il proprio sindacato al controllo sulla manifesta irragionevolezza della scelta legislativa, reputandola legittima nella misura in cui risultava volta a garantire al nascituro «quelle che, secondo la [...] valutazione [normativa] e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni “di partenza”»<sup>61</sup>. Ed in continuità con quell'orientamento giurisprudenziale, in ragione delle rilevanti implicazioni bioetiche e delle ricadute sociali connesse ai rapporti interpersonali e familiari, il Giudice delle leggi riconosce come uno dei criteri

*nell'evoluzione storica e sociologica*). Riprende la prospettiva del nostro ragionamento anche rispetto alla discrezionalità la replica di A. Ruggeri, *Riproduzione medicalmente assistita, discrezionalità del legislatore, teoria della Costituzione*.

<sup>59</sup> Corte cost., sentenza n. 69/2025, punto 6.2., *considerato in diritto*.

<sup>60</sup> Corte cost., sentenza n. 347 del 1998.

<sup>61</sup> Corte cost., sentenza n. 221 del 2019.

guida usati dal legislatore del 2004 sia stato il principio di precauzione<sup>62</sup>, inteso nel senso di cercare di non creare una eccessiva distanza rispetto al modello della generazione naturale della vita. Un criterio che, per quanto senz'altro non costituzionalmente imposto, è sorretto da una sua razionalità. «Per questo, il legislatore, da un lato, ha fatto riferimento a coppie rispondenti ai presupposti della procreazione naturale – coppie di diverso sesso, in età potenzialmente fertile, viventi – che in tanto possono accedere alle tecniche, in quanto siano affette da sterilità o infertilità patologiche o possano trasmettere malattie genetiche. Da un altro lato, nell'incertezza sui riflessi che un simile cambiamento può avere sui futuri nati, il legislatore ha identificato, nel loro interesse, una soluzione di partenza ritenuta idonea a fornire la migliore tutela in astratto del minore. Questa viene associata alla presenza di futuri genitori identificati nella coppia formata da individui maggiorenni – che, dunque, si presuppongono maturi – e unita da un legame affettivo, attraverso il matrimonio, secondo il paradigma familiare di cui all'art. 29 Cost., o attraverso la convivenza, secondo il modello riconducibile agli artt. 2 e 30 Cost. Si tratta di una soluzione che rinviene le condizioni di accesso nello stesso testo costituzionale, il quale, a sua volta, riflette la stratificazione di modelli sociali storicamente affermatisi»<sup>63</sup>. La Corte non ha considerato la scelta legislativa in esame né costituzionalmente imposta<sup>64</sup>, né costituzionalmente illegittima ma la colloca, piuttosto, nell'alveo delle opzioni discrezionali riservate al Parlamento nella regolazione di una materia, come quella della PMA, caratterizzata da un elevato tasso di sensibilità etica e politica.

Questo è il motivo per cui la scelta del legislatore di non avallare un progetto genitoriale che conduce al concepimento di un figlio senza la figura del padre è al menzionato principio di precauzione nell'interesse dei futuri nati che innerva tutta la legge n. 40/2004<sup>65</sup>. Ed in un'ottica del genere, quindi, «la conseguente compressione dell'autodeterminazione procreativa della donna singola non può, nell'attuale complessivo quadro normativo, ritenersi manifestamente irragionevole e sproporzionata»<sup>66</sup>, a nulla valendo il richiamo alla

<sup>62</sup> Sulla “gracilità” di questo argomento cfr. A. RUGGERI, *Stop and go della Consulta in tema di procreazione medicalmente assistita e di famiglia (noterelle a prima lettura di Corte cost. nn. 68 e 69 del 2025)*, in *federalismi.it*, n. 16/2025, pp. 217-218.

<sup>63</sup> Corte cost., sentenza n. 69/2025, punto 9.1., *considerato in diritto*.

<sup>64</sup> Corte cost., sentenza n. 69/2025, punto 9.2., *considerato in diritto*: «la Costituzione non abbraccia solo modelli di famiglie composte da una coppia di genitori di diverso sesso uniti da vincoli affettivi. Questa Corte ha già in passato riconosciuto che la nozione stessa di famiglia “non si [può] ritenere ‘cristallizzat[a]’ con riferimento all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché [è] dotat[a] della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, [va] [...] interpretat[a] tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei costumi” (sentenza n. 138 del 2010, che ha rigettato la possibilità di ascrivere le unioni tra persone dello stesso sesso all’art. 29 Cost., ma le ha annoverate tra le formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost.). Al contempo, questa stessa Corte non ha escluso la “capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch’esse, all’occorrenza, le funzioni genitoriali” (sentenza n. 221 del 2019)” (sentenza n. 230 del 2020)».

<sup>65</sup> Corte cost., sentenza n. 69/2025, punto 10.2., *considerato in diritto*.

<sup>66</sup> Corte cost., sentenza n. 69/2025, punto 10.2., *considerato in diritto*.

salute psichica, che, pur essendo oggetto di tutela *ex art.* 32 Cost., «non può essere dilatata sino ad abbracciare il senso di delusione per la mancata realizzazione di un altro tipo di interesse, qual è l'autodeterminazione orientata alla genitorialità»<sup>67</sup>. Anche perché, ad oggi, non è esclusa in modo assoluto la possibilità per le persone singole di realizzare un progetto genitoriale. In tal senso, è significativa la recente pronuncia<sup>68</sup> che ha dichiarato l'illegittimità del divieto assoluto, previsto in materia di adozione internazionale, di accesso al giudizio di idoneità da parte del singolo.

Sussistono, tuttavia, differenze strutturali tra adozione e PMA. Nell'adozione, infatti, l'autodeterminazione della persona singola si intreccia con l'interesse del minore a crescere in un contesto familiare stabile e affettivamente idoneo. In presenza di bambini privi di adeguata assistenza, l'esclusione assoluta delle persone singole dall'adozione non appare misura proporzionata alla tutela del loro miglior interesse, che può al più giustificare una preferenza accordata alle coppie, ma non un divieto. In questo ambito, del resto, si tratta di garantire al minore già nato e in stato di abbandono la soluzione concretamente più rispondente alle sue esigenze, pur nel necessario bilanciamento con altri interessi rilevanti<sup>69</sup>. In tale prospettiva, anche l'inserimento in una famiglia monogenitoriale risulta preferibile al permanere in una condizione di abbandono<sup>70</sup>. Va inoltre considerato che, nel procedimento adottivo, la tutela dell'interesse del minore è affidata a una valutazione giudiziale concreta sull'idoneità dell'aspirante adottante, che non costituisce un mero passaggio procedurale, ma rappresenta il criterio-guida dell'intero *iter* decisionale. In tale ambito, infatti, si tratta di un minore già nato e in stato di abbandono, per il quale occorre individuare, caso per caso, la soluzione più rispondente al suo interesse, pur nel necessario bilanciamento con altri valori costituzionalmente rilevanti<sup>71</sup>. In tale ottica, l'inserimento del minore in un nucleo monogenitoriale si configura comunque come opzione maggiormente conforme al suo interesse rispetto alla prosecuzione dello stato di abbandono<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> Corte cost., sentenza n. 69/2025, punto 11., *considerato in diritto*. Inoltre, l'infertilità determinata dall'età, evocata dal giudice rimettente, non può essere considerata una condizione patologica e, di conseguenza, non può rientrare nell'ambito di protezione garantito dal diritto alla salute. Si noti anche qui l'apparente contraddizione con la pronuncia del 2014.

<sup>68</sup> Corte costituzionale, 21 marzo 2025, n. 33, con la quale la Corte ha dichiarato parzialmente incostituzionale l'art. 29 *bis*, comma 1 della legge n. 184/1983 nella parte in cui non riconosce alle persone singole la possibilità di adottare un minore straniero residente all'estero. Con un parallelismo tra questa pronuncia e la n. 69/2025 cfr. A. RUGGERI, *Stop and go della Consulta in tema di procreazione medicalmente assistita e di famiglia (noterelle a prima lettura di Corte cost. nn. 68 e 69 del 2025)*, cit., pp. 214-215.

<sup>69</sup> Si pensi al caso della surrogazione di maternità che, in quanto intesa come limite di ordine pubblico, ostacola il riconoscimento automatico del rapporto con il genitore intenzionale.

<sup>70</sup> Così A. RUGGERI, *Stop and go della Consulta in tema di procreazione medicalmente assistita e di famiglia (noterelle a prima lettura di Corte cost. nn. 68 e 69 del 2025)*, cit., p. 217: «La "bigenitorialità" è, insomma, preferibile; ugualmente, tuttavia, non è esclusa la soluzione contraria».

<sup>71</sup> Si pensi al caso della surrogazione di maternità che, in quanto intesa come limite di ordine pubblico, ostacola il riconoscimento automatico del rapporto con il genitore intenzionale.

<sup>72</sup> Così A. RUGGERI, *Stop and go della Consulta in tema di procreazione medicalmente assistita e di famiglia (noterelle a prima lettura di Corte cost. nn. 68 e 69 del 2025)*, cit., p. 217: «La "bigenitorialità" è, insomma, preferibile; ugualmente, tuttavia, non è esclusa la soluzione contraria».

Diversamente, la PMA persegue la finalità di rendere possibile la nascita di un soggetto ancora inesistente, nei cui confronti il legislatore ha ritenuto necessario predisporre, in via preventiva, quelle che – secondo una valutazione normativa – appaiono come le condizioni di partenza più favorevoli, identificate nel modello familiare eterosessuale, fondato sull'unione di un uomo e di una donna.

In ultimo, quanto alla presunta lesione del principio di eguaglianza, le situazioni delle donne singole e delle coppie di sesso diverso non possono ritenersi omogenee e, pertanto, non esigono un trattamento identico. Come già accennato<sup>73</sup>, la disciplina in materia di PMA ha finalità eminentemente terapeutiche e mira a offrire una risposta a condizioni di sterilità o infertilità di natura patologica, non superabili con altri interventi medici. L'infertilità connessa al decorso naturale dell'età nelle donne singole non è assimilabile a tale condizione, e ciò giustifica la differenziazione di disciplina tra i due gruppi<sup>74</sup>. Rispetto, poi, alla discriminazione fondata sul diverso livello di disponibilità economica delle donne essa non deriva dalla normativa interna oggetto di impugnazione, bensì è l'effetto indiretto della coesistenza di legislazioni straniere che adottano regole differenti. Il semplice fatto che un divieto interno possa essere aggirato ricorrendo a prestazioni all'estero non è, di per sé, sufficiente a far ritenere costituzionalmente illegittima la norma nazionale. Diversamente, si dovrebbe ritenere che il nostro legislatore sia tenuto ad allinearsi sistematicamente alla regolamentazione più permissiva in ambito comparato, il che risulterebbe incompatibile con il principio di autodeterminazione dello Stato<sup>75</sup>.

Questa pronuncia si colloca idealmente nel solco della sentenza n. 221 del 2019, della quale riprende e conferma i principali snodi argomentativi. La procreazione medicalmente assistita non è concepita come strumento volto a soddisfare il mero desiderio di genitorialità, né della coppia omosessuale<sup>76</sup> né del singolo<sup>77</sup>, anche qualora la sua preclusione possa incidere sulla realizzazione della loro salute psico-fisica, ma come tecnica destinata a “curare” l'infertilità patologica delle coppie eterosessuali che impedisca il concepimento naturale. La scelta di riservarne l'accesso alle famiglie ad *instar naturae* rientra, secondo la Corte, nella discrezionalità legislativa, poiché attiene a questioni etico-politiche che

<sup>73</sup> Cfr. Corte cost., sentenze n. 221/2019, n. 96/2015, n. 162/2014.

<sup>74</sup> Corte cost., sentenza n. 69/2025, punto 12.1., *considerato in diritto*: «In tal senso, si è specificamente espressa anche la Corte EDU in riferimento all'art. 14 CEDU. Proprio con riguardo alla disciplina della procreazione medicalmente assistita, infatti, ha ritenuto che, se una legge nazionale riserva tali tecniche a coppie eterosessuali sterili o non fertili, attribuendo loro una finalità terapeutica, non può simile scelta essere considerata fonte di una discriminazione di chi naturaliter non può procreare, in quanto le situazioni poste a confronto non risultano paragonabili alla luce della ratio della disciplina (Corte EDU, sentenza 15 marzo 2012, Gas e Dubois contro Francia)».

<sup>75</sup> Corte cost., sentenza n. 221/2019.

<sup>76</sup> Corte cost., sentenza n. 221/2019. V. anche G. CAMPANELLI, *Salute “biologica”, “intenzionale” ovvero salute psico-fisica: riflessioni sull'estensione della tutela alle coppie omosessuali con riferimento alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione della maternità*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2021, 396.

<sup>77</sup> Corte cost., sentenza n. 69/2025.



spettano al soggetto istituzionalmente e democraticamente legittimato a compiere simili valutazioni.

## 5. Fattori, argomenti...

Questo rapido e per così dire “panoramico” *excursus*, seppur nella sua inevitabile schematicità, è sufficiente per evidenziare alcuni argomenti che la Corte ha utilizzato nella sua giurisprudenza in tema di PMA così da calibrare i suoi interventi privilegiando un approccio talvolta più interventista, talaltra più deferente rispetto alla discrezionalità legislativa. In questa sede, ricostruiremo i tre principali.

Il primo argomento è quello della “attendibilità scientifica”: quanto più la scienza medica risulta affidabile nell’inquadrare certe fenomenologie quali lesioni del diritto costituzionale alla salute (pensiamo alla qualificazione in termini di malattia o meno dell’infertilità o, in prospettiva, alla possibile identificazione di un “bisogno di genitorialità” come un desiderio la cui mancata realizzazione comporta un accertabile pregiudizio di tipo psichico), tanto più il legislatore è limitato (su quegli aspetti) nell’esercizio della sua discrezionalità; in tali ipotesi risulta meno importante chi prende la decisione, mentre si privilegia la correttezza (anche costituzionale) della stessa in quanto conforme a canoni scientificamente attendibili. Nondimeno, la Corte è restia a valutare le diverse impostazioni scientifiche che eventualmente si contendano il campo, ordinandole “gerarchicamente” secondo gradi differenti di “correttezza” o anche solo di “plausibilità”, limitandosi a verificare la non manifesta irragionevolezza scientifica delle scelte legislative in materia sanitaria. Un aspetto particolarmente rilevante emerso in questi casi è il *favor* generalizzato per l’autonomia del medico nelle scelte che abbiano per oggetto la salute<sup>78</sup>. Ciò sul presupposto che sia il sanitario il soggetto più qualificato per individuare la strategia terapeutica più efficace – a sua volta necessariamente basata su presupposti scientifici corretti – richiesta da ciascun singolo caso. Quanto detto si è verificato sia nella sentenza n. 151/2009, nella quale è stato contestato l’automatismo legislativo dei tre embrioni, sia (seppur in minor misura) nella sentenza n. 162/2014, nella quale la Corte ha ribadito che è il medico, di concerto con il paziente, a dover scegliere la miglior tecnica (scientificamente) disponibile per far fronte all’infertilità della coppia, aprendo così alla fecondazione di tipo eterologo. Si conferma allora l’assunto secondo cui il criterio della “maggior attendibilità scientifica” impone di lasciare ampi margini di discrezionalità in concreto al medico nel prendere le decisioni alla luce delle singole fattispecie cliniche, per cui qualora il legislatore ritenga di intervenire già in astratto (introducendo dunque regole valide per qualsiasi caso) egli dovrà basarsi

<sup>78</sup> Sul punto v. D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L’incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019, pp. 87 ss.

sulle migliori evidenze scientifiche<sup>79</sup>. E valorizzando tali argomentazioni la Corte ha ritenuto di poter intervenire anche attraverso decisioni manipolative e additive<sup>80</sup>. In altri termini, «la Corte costituzionale, dunque, avrebbe affinato ed arricchito gli strumenti processuali a sua disposizione, ma soprattutto avrebbe ampliato significativamente i suoi poteri decisionali, dilatando la tipologia delle sue sentenze»<sup>81</sup>.

Per converso, risulta tendenzialmente più ampia la discrezionalità legislativa in tutti quei casi in cui vi sia una maggior incertezza scientifica, ferma restando ovviamente la regola generale secondo cui le relative decisioni devono essere prese sulla base delle migliori conoscenze disponibili dal medico curante con riferimento alla situazione particolare del paziente, in “alleanza terapeutica”<sup>82</sup> con quest’ultimo. In particolare, la “maggior incertezza scientifica” che qui interessa (o dovrebbe interessare) è quella che rende dubbio il fatto che ci sia un danno alla salute, e quindi una violazione dell’art. 32 Cost. Con la conseguenza che, al fine di meglio comprendere le argomentazioni addotte nelle sentenze in commento, risulta essenziale capire quanto e quale spazio sarebbe attribuito al benessere psichico, in ipotesi intaccato dall’impossibilità di realizzare il proprio (della coppia eterosessuale, della coppia omosessuale, del singolo) progetto genitoriale. L’assenza di fonti, espressamente citate nella giurisprudenza costituzionale, che attestino le evidenze scientifiche rende tuttavia difficile “soppesare” correttamente questo elemento. Tanto che potrebbe sembrare che la Corte abbia valutato diversamente la salute psichica nelle sue pronunce del 2014 e del 2019.

Il secondo argomento è quello della componente etico-politica della decisione da assumere. In questa prospettiva, più sensibile o eticamente controversa è una questione, più è opportuno che se ne occupi l’organo maggiormente legittimato dal punto di vista democratico. In altri termini – sempre a detta della stessa Corte –, è al Parlamento che spetta

<sup>79</sup> Corte cost., sentt. nn. 151/2009, 162/2014, 96/2015, 229/2015.

<sup>80</sup> Si veda però A. VIGNUDELLI, *La Corte delle leggi. Osservazioni sulla cosiddetta efficacia «normativa» delle sentenze della Corte costituzionale*, Rimini, Maggioli, 1988, il quale pone in luce come tale tipologia di sentenze si sia sviluppata al di fuori di quanto previsto dal diritto positivo. Altri invece hanno parlato di ‘ingenuità’ dei costituenti (prima) e del legislatore ordinario (poi), proprio con l’auspicio di un’integrazione dello strumentario a disposizione della Corte. In tal senso, cfr. F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in G. LOMBARDI (a cura di), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, Maggioli, 1985, p. 28 e IDEM, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1651. Tuttavia, ci si limita qui ad osservare che questo non implica che di questa integrazione se ne sarebbe dovuta fare carico inevitabilmente proprio la Corte costituzionale (come pare essere invece avvenuto nel caso italiano). A questo proposito si vedano i rilievi di B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, Modena, Mucchi, 2018, secondo il quale oramai il diritto sarebbe «ciò che le competenti supreme istanze giurisdizionali con sentenza passata in giudicato dichiarano diritto vigente», e questo varrebbe per il diritto nazionale, ma anche per le sentenze della Corte di giustizia europea e la Corte europea dei diritti dell’uomo. In questa prospettiva, anche i contenuti della Carta fondamentale dipenderebbero in modo decisivo dai metodi giuridici utilizzati dalla Corte costituzionale nell’interpretazione e nel perfezionamento della Costituzione. «Ciò significa che *le questioni di metodo sono questioni costituzionali*» (p. 39).

<sup>81</sup> F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, cit., p. 25.

<sup>82</sup> Sul complesso tema dell’“alleanza terapeutica” applicato anche al fine vita v. R. BALDUZZI, *L'alleanza terapeutica può includere l'aiuto a morire?*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2019, pp. 179 ss.

porre in essere tutte quelle scelte politiche che vanno a intersecarsi con le diverse concezioni etiche che convivono nella società attraverso il dibattito democratico<sup>83</sup>. Ad essa non si conviene, in linea di principio, di intercettare il “sentimento” generale non avendo essa lo strumentario e la legittimazione per farlo<sup>84</sup>, sebbene vi siano stati dei casi in cui essa non ha mancato di esercitare il ruolo di interprete della coscienza collettiva<sup>85</sup>.

Potremmo definire il terzo come l’argomento “sistematico”, atteso che prende in considerazione la “qualità” della decisione per come inserita nel suo contesto normativo. Più nello specifico, si afferma che qualora la decisione puntuale della Corte non sia idonea in tal senso è preferibile sia il legislatore ad intervenire operando in modo organico e dando (o mantenendo) la coerenza al “sistema”. L’argomento sistematico consente infatti di leggere l’autolimitazione della Corte come il riconoscimento che, in taluni ambiti, solo un intervento legislativo può evitare che la tutela di un singolo diritto produca fratture o incoerenze a danno di altri valori costituzionali. In questa prospettiva, la giurisprudenza più recente sulla filiazione da PMA e sulla surrogazione mostra come la Consulta sia consapevole che un intervento settoriale rischierebbe di creare asimmetrie insostenibili, imponendo soluzioni frammentarie che finirebbero per aggravare le disarmonie già esistenti<sup>86</sup>. Al contrario, la scelta di rinviare al Parlamento mira a preservare la coerenza complessiva dell’ordinamento, garantendo che le risposte alle questioni eticamente più controverse si collochino entro una cornice normativa unitaria, in grado di ricomporre in maniera equilibrata il complesso degli interessi costituzionali coinvolti.

Questi argomenti, da soli o combinati tra loro, sono stati utilizzati dalla Corte per giustificare quelli che parrebbero scostamenti da quanto previsto dal dettato costituzionale rispetto ai suoi poteri di intervento e, quindi, in questo senso, alle sue competenze. Il mo-

<sup>83</sup> Così A. BARBERA, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, Roma, Palazzo della Consulta, 18 marzo 2024, p. 12: deve essere «ampio» il «ruolo del Parlamento nel cogliere le pulsioni evolutive della società pluralista, con le quali la Costituzione respira; pulsioni necessarie per adattarsi al continuo divenire della realtà».

<sup>84</sup> Corte cost., sentt. nn. 221/2019, 32/2021, 33/2021, 161/2023.

<sup>85</sup> Due esempi recentemente ripresi in F. PEDRINI, *La produzione giurisprudenziale della norma costituzionale nell’ordinamento interno*, in *Rivista AIC*, n. 4/2024 (ma per ulteriori approfondimenti sul tema si rimanda alla letteratura *ivi* citata, tra cui v. almeno 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*, n. 4/2017, pp. 1 ss. e V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. “Coscienza sociale” e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, pp. 377 ss.) sono quello dell’adulterio femminile e quello della lettura aperta dell’art. 2 Cost. Quanto al primo, si ricorda che il reato di adulterio femminile, dopo esser stato ritenuto costituzionalmente legittimo con la pronuncia del 28 novembre 1961, n. 64, è stato dichiarato incostituzionale con la sentenza 19 dicembre 1968, n. 126. La Corte ritenne «alla stregua dell’attuale realtà sociale, che la discriminazione, lungi dall’essere utile, è di grave nocumento alla concordia ed alla unità della famiglia» concludendo che «la discriminazione sancita dal primo comma dell’art. 559 del c.p. non garantisca l’unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito; e, come tutti i privilegi, violi il principio di parità». Attraverso la lettura “aperta” dell’art. 2 Cost. (sulla quale v. almeno A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA [a cura di], *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 1975, pp. 50 ss.), invece, la Corte avrebbe riconosciuto negli anni nuovi diritti già “attestati” nella coscienza collettiva. Ma si tratta per lo più di situazioni in cui la lettura della coscienza collettiva è chiara (o reputata tale, come nel caso dell’adulterio femminile sopra citato).

<sup>86</sup> Corte cost., sentt. nn. 369/2006, 32/2021, 33/2021; contr. Corte cost., sent. n. 161/2023.

dello astratto sembrerebbe così essere soggetto a deroghe mostrando di mettere al centro le specificità dei singoli casi anche quando si tratti di applicare le “regole” del processo costituzionale. Più precisamente, i precetti processuali sono intesi non tanto come regole cogenti ma, almeno nella misura in cui particolari esigenze lo giustifichino, come norme defettibili<sup>87</sup>. E le modalità con le quali ciò avviene sembrano essere quelle del processo di bilanciamento che, tradizionalmente<sup>88</sup>, caratterizzerebbe l'applicazione (congiunta) dei “principi”<sup>89</sup> (sostanziali)<sup>90</sup>.

## 6. ...competenze e principi

Quanto appena affermato apre la strada a non pochi interrogativi. Evocare il concetto di ‘bilanciamento’ porta con sé la contestata distinzione tra ‘regole’ e ‘principi’, «anche perché l'impiego del concetto di ‘principio’ deve sempre fare i conti con la difficoltà derivante dalla pluralità di significati che ad esso si associano nel linguaggio giuridico»<sup>91</sup>. Tuttavia, la comprensione del fenomeno di ri-perimetrazione delle competenze e del ruolo della giustizia costituzionale che qui si vuole evidenziare potrebbe per certi versi essere agevolata se si accetta di utilizzare questa distinzione<sup>92</sup>. Ciò con specifico riferimento all'idea per cui da una parte le ‘regole’ possono essere soltanto osservate/applicate o violate/disapplicate (nella modalità “tutto o niente”), mentre dall'altra i ‘principi’ richiedono una realizzazione “nel più ampio grado possibile”, con l'ulteriore conseguenza, nel caso di rilievo di più principi contrapposti per lo stesso caso, di dover determinare il loro peso concreto attraverso la procedura del bilanciamento<sup>93</sup>. Pur non potendoci qui addentrare oltre su questo

<sup>87</sup> Per un approfondimento sul punto si veda almeno P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2008, pp. 471 ss.

<sup>88</sup> Come mette in guardia O. CHessa (*Libertà fondamentali e teoria della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 357-393), infatti, vi sono implicazioni alternative che discendono da possibili diversi modelli di bilanciamento (tra interessi, valori o principi), in quanto «[l]e dottrine del bilanciamento non muovono tutte dal medesimo presupposto per giungere alle medesime conseguenze» (393).

<sup>89</sup> Sui principi e il loro bilanciamento la letteratura è sterminata. Ci si limita allora a richiamare R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012 e R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., in quanto l'impostazione qui adottata richiama talvolta direttamente, talaltra indirettamente quella approfondita in questi contributi.

<sup>90</sup> Sul distinguo tra ‘principi sostanziali’ e ‘principi formali’ v. *infra* § 6. (spec. nt. 49).

<sup>91</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 9.

<sup>92</sup> ...che quindi ha natura convenzionale. È infatti al diverso comportamento e agli approcci adottati dalla Corte che bisogna guardare (così R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 31).

<sup>93</sup> Così R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 1982, pp. 93 e 96: le ‘regole’ sono «applicabili nella forma del tutto-o-niente. Se si danno i fatti stabiliti da una regola, allora: o la regola è valida, e in tal caso si deve accettare la risposta che essa fornisce; oppure la regola è invalida, e in tal caso non influisce sulla decisione». I ‘principi’ «hanno una dimensione che le regole non hanno: quella del peso o dell'importanza. Quando i principi si intersecano [...], per risolvere il conflitto occorre prendere in considerazione il peso relativo di ciascun principio». Parla di *attenuazione* dell'alternativa “o-tutto-o-niente” con riferimento ai principi G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 216.

tema, che meriterebbe ben altro approfondimento, ci si limita ad indicare alcune ipotesi di partenza con il proposito di verificarle nel dettaglio con una più ampia analisi da svolgere in altra sede.

La prima è che le competenze siano riconducibili ad un particolare “tipo” di principi. Quando tradizionalmente si fa riferimento ai principi si pensa molto spesso al contenuto dei singoli diritti costituzionali che qui chiameremo “principi sostanziali”. Tuttavia, nulla esclude di poterne individuare un'altra tipologia che, sulla base del loro contenuto, definiremo “principi formali-organizzativi”<sup>94</sup>: pensiamo a quelli relativi alla separazione dei poteri, alla discrezionalità legislativa, alla certezza del diritto, al precetto di garantire i diritti/ di rendere giustizia costituzionale ecc.<sup>95</sup>.

Le competenze troverebbero il proprio fondamento logico in questo secondo tipo di principi<sup>96</sup> e il legame di questi ultimi con le prime sarebbe talmente stretto da condizionarne la modalità applicativa<sup>97</sup>. La competenza del legislatore di prendere decisioni di merito politico pare essere espressione del principio democratico. Tale principio trae la sua forza direttamente dalla Costituzione, ad esempio là dove prevede all'art. 1 che «l'Italia è una Repubblica democratica» e «la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione», e all'art. 70, nel quale si afferma che «La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere». Più articolata e indiretta risulta la ricostruzione del fondamento della competenza della Corte sul controllo di legittimità delle leggi, che apparentemente sembrerebbe da ricondurre al “principio di primazia della Carta costituzionale” o, meglio, nelle parole della Corte, al “principio di costituzionalità”<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> L'origine della contrapposizione tra principi formali e sostanziali si trova già in R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., *passim* (Dworkin chiama questo primo tipo di principi: ‘*conservative principles*’). È stata approfondita in R. ALEXY, *Postfazione* (2002), in *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., spec. pp. 645-661 e R. ALEXY, *Formal Principles: Some replies to critics*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n. 3/2014, pp. 511-524.

<sup>95</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in E. Malfatti, V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi, A. Sperti (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova “stagione” nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore*, Pisa, Pisa University Press, 2023, pp. 319-326 (che nega la possibilità di bilanciare la “separazione dei poteri” con il “garantire i diritti”) e M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2023, pp. 220-221 (che parla di ‘principio’ per l’“esigenza di rendere giustizia costituzionale” e per la “discrezionalità legislativa”, sempre negando un possibile bilanciamento).

<sup>96</sup> Sul rapporto tra le ‘competenze’ e i ‘principi formali’ in generale: v. M. Borowski, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*, in M. Klatt (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 151-199 e M. Klatt, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014; con specifico riferimento al rapporto Corte-legislatore v. M. Klatt, *Positive rights: Who decides? Judicial review in balance*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n. 2/2015, pp. 354-382.

<sup>97</sup> Con modalità che ricordano il rapporto principi-regole per come inquadrato da Luzzati, secondo il quale i primi sarebbero la *ratio* ispiratrice delle seconde e, anzi, avrebbero persino la possibilità di integrarle. Proprio in questa prospettiva, «[r]egole e principi si integrano in un'unica struttura logica: cercare di separare le une dagli altri è come cercare di scindere le norme dalla loro *ratio*» (C. Luzzati, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 117-118).

<sup>98</sup> Tra le tante: Corte cost., sentenza 5 novembre 1996, n. 387; Corte cost., sentenza 17 ottobre 1991, n. 384; Corte cost., sentenza 18 novembre 1976, n. 226.

Sebbene il fondamento giuridico positivo di una tale ricostruzione dei suddetti principi possa talora risultare problematica<sup>99</sup>, l'idea che le competenze del legislatore e della Corte trovino un loro diretto fondamento in principi costituzionali (testuali per il primo, giurisprudenziali<sup>100</sup> per la seconda) pare quantomeno promettente e può essere un'utile chiave di lettura per la giurisprudenza della Corte.

Si cercherà ora di evidenziare come il bilanciamento tra le competenze<sup>101</sup> della Corte e quelle del legislatore sia avvenuto in concreto, attraverso l'attribuzione ad esse di un determinato peso a seconda della specificità delle singole questioni affrontate, tramite la valorizzazione dei fattori individuati *supra* (§ 5.).

## 7. Bilanciamenti e nuovi “equilibri”: un formulario minimo

In via esemplificativa si richiamano qui le tre sentenze che più di tutte sembrano confermare questa dinamica.

Con la sentenza n. 162/2014 la Corte si è ritenuta competente a garantire l'accesso ad una tecnica di PMA esplicitamente vietata dal legislatore (la fecondazione di tipo eterologo). La presunta finalità terapeutica della legge n. 40/2004 avrebbe richiesto di considerare accessibile questo tipo di pratica in quanto idonea a risolvere problemi di fertilità. I risvolti etici, pur considerati, sono stati invece ritenuti recessivi. È stato quindi attribuito un “peso” minore alla connotazione etica della decisione da prendere, che avrebbe invece avvalorato la “competenza” del legislatore pur in presenza di opposti argomenti di caratte-

<sup>99</sup> Per il caso del principio di “primazia della Costituzione”/“costituzionalità” vi sono almeno due ordini di problemi. In primo luogo, risulta necessario verificare da dove venga ricavato tale principio, in quanto non sembra possibile evincerlo direttamente dalla Costituzione. Si tratterebbe cioè di un principio implicito elaborato primariamente dalla stessa giurisprudenza della Corte, secondo la quale esso richiederebbe pure un suo sindacato improntato a «coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (Corte cost., sent. n. 387/1996, richiamando la giurisprudenza precedente in tema di “zone franche”, sul quale si rimanda al lavoro monografico P. ZICCHITTU, *Le “zone franche” del potere legislativo*, Torino, Giappichelli, 2017). Più precisamente, queste decisioni nel ricostruire il principio di primazia della Costituzione paiono fare propria la struttura dei principi come precetti di ottimizzazione elaborata da Alexy. Secondo l'A., infatti, «i principi (*Prinzipien*) sono norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali. I principi sono, secondo questa definizione, *precetti di ottimizzazione* (*Optimierungsgebote*), caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi diversi e che la misura prescritta della loro realizzazione dipende non solo dalle possibilità fattuali, ma anche dalle possibilità giuridiche» (R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 106, corsivi dell'Autore). Allo stesso modo opererebbe il principio di costituzionalità o di primazia della Costituzione, in quanto la Corte dovrebbe al massimo grado garantirlo tramite un controllo più ampio possibile dell'operato del legislatore (in questi termini si potrebbe parlare di tale principio come precetto di ottimizzazione). In secondo luogo, è indispensabile capirne il contenuto ed anche in questo caso non è possibile individuare nessun elemento testuale di supporto, con la conseguenza che si caratterizza per un'evidente ed elevata genericità.

<sup>100</sup> Almeno al netto di quanto si dirà (spec. nota 98, ma cfr. nota 92).

<sup>101</sup> È critico rispetto alla possibilità di bilanciare le competenze M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 221: «le competenze non si bilanciano. Esse, semplicemente, si osservano (nel duplice senso che si registrano come tali e come tali si rispettano)» (corsivi dell'A.).



re medico-scientifico. E ciò a maggior ragione là dove i motivi ispiratori delle scelte legislative, certo non evidentemente irragionevoli nel loro tentativo di interpretare un sentire etico della collettività, si sarebbero potuti proprio per questo ritenere costituzionalmente legittimi. Non sembra infatti che l'accesso alle tecniche procreative di tipo eterologo possa essere definito costituzionalmente necessario e quindi, sulla base delle sue competenze e dei suoi poteri di intervento *ex art.* 134 Cost. la Corte avrebbe potuto dichiarare l'inammissibilità della questione. Viceversa, si è riconosciuto un maggiore peso al fattore della "attendibilità scientifica" sostenendo che 1) il principio di libertà di scelta del medico sia il criterio più affidabile quando si tratti di salute; 2) esista una componente psichica della salute che può essere lesa dalla frustrazione del progetto genitoriale; 3) tali elementi fossero preponderanti rispetto alla componente etico-politica ravvisabile nella scelta del legislatore di limitare la PMA alle sole pratiche che prevedano di utilizzare il patrimonio genetico della coppia.

Senza alcuna pretesa di generalizzare, operazione che richiederebbe l'analisi di un numero certamente più ampio di pronunce, proviamo a tradurre queste prime considerazioni in una forma capace di restituire con maggiore immediatezza gli elementi centrali del ragionamento svolto.

Guardando ai poteri di intervento potremmo dunque affermare che in astratto (A) ci si sarebbe aspettati che la decisione del legislatore (L) sarebbe stata quella preferibile (p) rispetto a quella della Corte (C), in quanto soggetto maggiormente legittimato a prendere decisioni nel merito:

$$(LpC)A$$

tuttavia, in concreto la Corte ha determinato il peso di determinati fattori (f) che hanno giustificato il suo intervento: l'attendibilità scientifica (E) e la dimensione etico-politica (EP):

$$(CpL)C1$$

là dove nel caso  $C1 = E > EP$

Nella sentenza n. 221/2019 è stato invece riconosciuto un maggiore peso alla componente etico-politica della questione, venendo in considerazione la concezione di famiglia fatta propria dal legislatore (e ad "E" invariata). Nel nostro schema, perciò:

$$(CpL)C2$$

là dove nel caso  $C2 = EP > E$

Con la sentenza n. 32/2021 la Corte, invece, ha dichiarato l'inammissibilità della questione sottoposta al suo giudizio (concernente la normativa che non permetteva il riconoscimento del nato all'estero in caso di eterologa quando non fosse praticabile la c.d. adozione in casi particolari) pur rilevando l'illegittimità della normativa (I). Più in particolare, l'inco-

stituzionalità della disciplina non è stata ritenuta sufficiente per giustificare un intervento immediato a fronte del rischio di creare disarmonie (argomento sistematico: S) e per evitare di occuparsi di problemi etici inerenti alla “concezione” di famiglia più vicina alla società. Anche qui sembra che il giudice delle leggi abbia bilanciato la sua competenza con quella del legislatore, anche se la violazione dei diritti del minore gli avrebbe imposto di pronunciarsi per l'accoglimento.

In astratto, attesa la dichiarata incostituzionalità della disciplina legislativa, ci si sarebbe aspettati:

$$(CpL)A$$

In concreto si riscontra:

$$(LpC)C3$$

$$\text{là dove nel caso } C3 = EP + S > I$$

In sintesi, e pur con tutti i limiti che una simile formalizzazione porta inevitabilmente con sé in termini anche di schematizzazione, la Corte opera un bilanciamento “in concreto”, caso per caso, adducendo varie motivazioni per la preferenza accordata a sé o al legislatore. È ben vero che il disegno istituzionale previsto dalla Costituzione (tra i vari attori istituzionali) privilegia evidentemente il legislatore a determinati fini cosicché, in astratto, è normativamente preferito un soggetto rispetto all'altro per quanto concerne le decisioni di “merito” (il legislatore in quanto soggetto maggiormente legittimato democraticamente). Tuttavia, “a determinate condizioni”, tale competenza può risultare recessiva (ad esempio quando lo impongano le risultanze della scienza medica) mentre in altre circostanze la Corte – pur rilevando l'incostituzionalità della disciplina impugnata – decide di lasciare al Parlamento la soluzione del deficit di legittimità costituzionale ritenendo che un suo intervento risulterebbe inopportuno per ragioni sistematiche o per l'impossibilità di esprimersi su questioni eticamente controverse.

## 8. I problemi ancora aperti

La giurisprudenza costituzionale sul tema della procreazione medicalmente assistita che abbiamo avuto modo di ricostruire sinteticamente in queste pagine sembra confermare almeno alcune delle premesse dalle quali avevamo preso le mosse. In particolare, il rilievo secondo cui il limite della discrezionalità del legislatore è inteso dalla Corte in modo

elastico e che, talvolta, tale discrezionalità può essere oggetto della sua valutazione anche laddove il diritto positivo parrebbe escluderlo<sup>102</sup>.

Lo si è visto quando il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'automatismo relativo al numero massimo di embrioni "impiantabili", ma soprattutto quando si è trattato di (non) aprire alle procedure di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo alle coppie eterosessuali. All'opposto, si è evidenziato come in taluni casi neppure il riconoscimento della incostituzionalità sia stato ritenuto sufficiente per l'accoglimento della questione in quanto ragioni di "opportunità" avrebbero richiesto un intervento del legislatore e non della Corte, come nel caso relativo al problema del riconoscimento dei rapporti genitoriali fra il nato e il genitore intenzionale.

Nel primo caso, la Corte ha ritenuto di potersi dichiarare competente a decidere fondando il proprio sindacato sul richiamo alla riserva di scienza. Colpisce, tuttavia, che tale rinvio non sia stato accompagnato da un effettivo riferimento a fonti scientifiche determinate, bensì dalla forza (apparentemente intrinseca) dell'argomento stesso: la Corte ha cioè presupposto che, quanto più plausibile è il rischio di una lesione del diritto alla salute, tanto più risulta giustificato un suo intervento correttivo nei confronti del legislatore. In questa logica, la plausibilità, piuttosto che la probabilità scientificamente accertata, diventa il criterio che legittima l'attività di controllo. Ciò spiega perché, nelle pronunce in materia di PMA, il richiamo alla salute fisica della donna, più facilmente ancorabile a evidenze mediche (come il rischio da iperstimolazione ovarica o di gravidanze plurime, per la sentenza n. 151/2009, o la finalità terapeutica dell'eterologa per le coppie eterosessuali infertili), si riveli argomento più persuasivo rispetto a quello fondato sulla salute psichica, che difetta di un simile radicamento empirico (sentenza n. 221/2019). In ogni caso, è la forza dell'argomento scientifico – più che la sua verificabilità – a fungere da grimaldello che consente alla Corte di oltrepassare i margini della discrezionalità legislativa.

Nel secondo caso, la Corte ha scelto di non intervenire pur avendo riconosciuto un profilo di illegittimità, concretizzatosi nel deficit di tutele del minore. Una simile *avoidance*<sup>103</sup> appare tuttavia difficilmente conciliabile con l'assetto delle competenze e dei poteri di intervento che la Costituzione le attribuisce, dai quali non sembra ricavabile un potere di astensione in presenza di una violazione accertata.

Questo esito è stato ottenuto soppesando diversi fattori (*i.e.*, interessi) attraverso i quali si è rideterminato l'assetto delle competenze tra Corte e legislatore. La tecnica utilizzata sembra essere quella che parte della dottrina adopera per risolvere i conflitti tra i principi: il

<sup>102</sup>Non è un caso che la discrezionalità del legislatore sia definita "limite relativo" in M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., p. 68. Tuttavia, verrebbe da chiedersi se abbia ancora senso considerare la discrezionalità un *limite*, in quanto proprio per potersi considerare tale, dovrebbe essere necessariamente ben individuabile, non avendo in caso contrario alcuna funzione (utile).

<sup>103</sup>Cfr. sul punto M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Franco Angeli, (*passim*, ma spec.) pp. 234 ss.

bilanciamento. In tale prospettiva, il peso di un principio non dipenderebbe dal suo *status* formale, ma andrebbe inteso nei termini di un concetto di relazione.

Se tale prospettiva può risultare feconda per inquadrare alcuni aspetti dell'attività altrimenti poco giustificabili del Giudice delle leggi, del resto, essa dischiude altresì l'uscio a numerosi ulteriori interrogativi, che potremmo qui ricondurre a due "filoni" principali: *a)* il primo relativo ai principi, ed in particolare alla natura dei principi formali-organizzativi che qui verrebbero in rilievo; *b)* il secondo strettamente legato alle procedure di bilanciamento.

Invero, non è sufficiente *affermare* l'esistenza dei principi formali-organizzativi, ma sarebbe necessario *dimostrarne* l'esistenza (e la consistenza) giuridica. Sicuramente tale operazione risulta più semplice se si tratta di principi come quello della separazione dei poteri<sup>104</sup> o di quello democratico<sup>105</sup> che hanno solidi riferimenti nel diritto positivo, mentre uno sforzo maggiore parrebbe certamente necessario nel caso del c.d. principio di costituzionalità. Quest'ultimo ovviamente non si discute se inteso semplicemente quale limite puntuale alla sovranità popolare, garantito appunto da un organo di giustizia a presidio della rigidità della Costituzione, che pure trova pacifico ed esplicito fondamento nella Legge fondamentale della Repubblica<sup>106</sup>. I problemi iniziano piuttosto quando il principio di costituzionalità viene concepito nei termini di una più ampia e generale (per certi versi però anche generica) esigenza di "rendere giustizia"<sup>107</sup> di tutte le istanze che alla Costituzione in qualche modo si appellino, dimensione che non parrebbe godere di un solido ancoraggio al diritto positivo e la cui forza, infatti, la Corte sembra trarre dalla sua stessa giurisprudenza<sup>108</sup>.

Di tali principi parrebbe inoltre indispensabile individuare il significato *preciso*, atteso che i margini di genericità<sup>109</sup> e indeterminatezza<sup>110</sup> che li caratterizzano<sup>111</sup>, finisce per rendere

<sup>104</sup> Seppur non sia esplicitamente sancito in Costituzione, questo principio sarebbe comunque ricavabile seguendo una elaborazione "dal basso verso l'alto" (v. sull'elaborazione dei principi impliciti v. almeno: G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010, 63 ss.). Infatti, «[b]enché la Costituzione non vi accenni, è difficile credere che il nostro ordinamento non sia ispirato al principio di legalità o a quello di divisione dei poteri; anche se si può ovviamente discutere a lungo sulla misura in cui essi siano stati concretizzati dal complesso delle disposizioni costituzionali e dalle leggi che le hanno attuate» (R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 2001, pp. 3-4).

<sup>105</sup> Qui inteso, appunto, nella sua dimensione procedurale e non sostanziale.

<sup>106</sup> Per questa "dimensione minima", intesa come controllo di legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, si pensi all'art. 134 Cost., nella sua connessione con (l'art. 138 e soprattutto) l'art. 1 Cost., là dove si afferma che l'esercizio della sovranità popolare è limitato appunto dalla Costituzione.

<sup>107</sup> Sul punto v. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, n. 4/2020 *passim*; ma anche IDEM, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, pp. 9 ss.

<sup>108</sup> La Corte riconduce infatti questa specifica dimensione del principio di costituzionalità ai più generici principi di "primazia della Carta costituzionale"/"di costituzionalità" (v. più dettagliatamente *supra* § 6, e la giurisprudenza citata in nota).

<sup>109</sup> V. almeno A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 23-24; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 48-49; R. GUASTINI, *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, 2006, p. 156.

<sup>110</sup> R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2008, pp. 125 ss.

<sup>111</sup> V. almeno G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 53-56.

ancor più incerte e meno prevedibili negli esiti le rispettive modalità d'applicazione. Ma, come anticipato, lo snodo problematico più rilevante da sciogliere è quello relativo al rapporto tra questi particolari principi e le competenze e, più nello specifico, riguarda l'interrogativo se essi possano davvero ritenersi il fondamento di queste ultime. Aggiungendo un elemento ulteriore di complessità: deve essere dimostrato pure il fatto che tale situazione (il rapporto principi formali-competenze) possa fondare concettualmente e giustificare giuridicamente eccezioni alle competenze, laddove la loro applicazione rigorosa parrebbe contraddire la *ratio* espressa dal principio stesso<sup>112</sup>. Per quanto riguarda la procedura di bilanciamento, invece, si tratta di capire come la Corte attribuisca il peso in concreto ai singoli principi attraverso la valutazione dei vari fattori rilevanti (come si è visto per le indagini, mancanti, a supporto delle sue affermazioni in ambito scientifico), e come possa rendere razionale e verificabile tale operazione. Con l'ulteriore passaggio concernente la verifica sulla riconducibilità tra i suoi (della Corte) compiti di una simile modalità di giudizio.

Anche a seguito di questa prima essenziale mappatura delle problematiche, emerge con evidenza come soltanto affrontando razionalmente, in modo adeguatamente argomentato, gli snodi logico-giuridici sopra illustrati è possibile leggere la giurisprudenza con uno

<sup>112</sup>A questo proposito, la questione è ulteriormente complicata se si allarga lo sguardo anche a quelle pronunce nelle quali la Corte modula gli effetti delle proprie decisioni di accoglimento. Esempi non sono rinvenibili nella giurisprudenza in tema di PMA, tuttavia, allargando lo sguardo anche oltre l'oggetto della presente indagine si ricordano almeno, Corte cost., sentenza 13 gennaio 2014, n. 1 sulla legge elettorale; Corte cost., sentenza 11 febbraio 2015, n. 15 sulla c.d. Robin Hood Tax; Corte cost., sentenza 20 luglio 2020, n. 152 sulla pensione di invalidità per gli invalidi civili totali e la recente Corte cost., sentenza 17 marzo 2021, n. 41 sulla magistratura onoraria). Sul punto (e, nello specifico, rispetto alla pronuncia sulla Robin Tax), v. almeno R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 aprile 2015, pp. 1-7, secondo il quale la Corte avrebbe bilanciato (errando) il principio di equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.) con il principio generale della retroattività risultante dagli artt. 136 Cost. e 30 della legge n. 87 del 1953. Infatti, «la c.d. retroattività delle sentenze è un'espressione usata nei manuali di diritto costituzionale per sottolineare una caratteristica delle decisioni di annullamento, probabilmente fuorviando l'attenzione degli studenti. Non c'è nessuna "retroattività" discendente dall'effetto dell'annullamento di un atto, ma c'è invece una precisa norma che vieta ai soggetti dell'applicazione del diritto di applicare la legge una volta che essa sia stata dichiarata illegittima. Non si tratta affatto di un principio di cui la Corte possa o debba tener conto, ma di una regola della cui applicazione la Corte non si deve preoccupare, perché si rivolge – appunto – ai giudici e alla amministrazione pubblica» (4). Dubita invece che la "retroattività", in base all'art 136 Cost. e ai suoi sviluppi legislativi, sia una regola e non un principio M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., p. 54.

Si noti, per converso, l'impostazione fatta propria dal Presidente Barbera, secondo il quale «può sorgere, in casi eccezionali, l'esigenza di modulare gli effetti temporali della pronuncia di accoglimento, in un'ottica di collaborazione con il legislatore. Infatti, contenendo l'impatto della decisione in una precisa dimensione temporale, si agevola un intervento legislativo per una disciplina ricostruttrice che si faccia carico del problema, evitando vuoti normativi, oltre che garantendo maggiore certezza dei rapporti giuridici» (A. BARBERA, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, cit., p. 18, corsivi nostri). Sulla possibilità di impostare il rapporto tra Corte e legislatore in una dimensione (anche) collaborativa si v. M. CALDIRONI, *La "leale collaborazione" tra Corte costituzionale e legislatore*, in *La Rivista Gruppo di Pisa. "Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo: questioni attuali e prospettive future"*, 2023 (fascicolo monografico), pp. 589-601 (soprattutto per alcune prime riflessioni sulla tecnica decisoria della c.d. "incostituzionalità prospettata"). Auspica esplicitamente un «"riposizionamento" della Corte» nei confronti del legislatore tramite un controllo di tipo "cooperativo" in «forma più marcatamente dialogica» M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., pp. 73-74 (si limita, invece, a qualificare questa dinamica come una "tendenza" in atto D. TEGA, *La corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020, p. 314, scrivendo di «controllo non nemico, ma cooperativo»).

sguardo critico. Da questa ricostruzione dipende il fatto che questi pretesi bilanciamenti non si risolvano in una retorica meramente persuasiva, ma che siano veri argomenti idonei ad attribuire un peso ai principi, partendo quindi dal presupposto che il processo decisionale della Corte non segua semplicemente una logica “caso per caso”. Solo così, infatti, parrebbe possibile comprendere se – e, eventualmente, in che modo – la Corte stia inseguendo l’ambizione<sup>113</sup> di rendere giustizia al caso singolo<sup>114</sup> o stia piuttosto cercando di trovare il giusto equilibrio tra i due poli dell’*usurpation* e dell’*abdication* portando alla giusta intensità il suo controllo<sup>115</sup>, nel rispetto della certezza del diritto e della prevedibilità delle sue decisioni.

---

<sup>113</sup>Così M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 199.

<sup>114</sup>D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema Penale*, n. 2/2021, p. 27.

<sup>115</sup>M. KLATT, *Positive rights: Who decides?*, cit., pp. 361-362.