

La possibilità per le coppie omosessuali e i *singles* di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita: verso quale nozione di famiglia?

Giulia Sulpizi*

THE POSSIBILITY FOR SAME-SEX COUPLES AND SINGLE INDIVIDUALS TO ACCESS MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION: TOWARDS WHAT CONCEPT OF FAMILY?

ABSTRACT: This paper aims at considering the evolution of medical assistance procedures dealing with same sex couples and singles. The present work takes into account the legislative reforms and the jurisprudential decisions taken by the Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights. Thanks to a comparative perspective and after social changes we could underline both the importance of Parliament's action and of constitutional justices' support. These comprehensive innovative tools are vital to define a new notion of family, in a modern and transformed legal system.

KEYWORDS: procreation; family; parliament; Constitutional Court; ECHR

ABSTRACT: Il presente contributo intende analizzare l'evoluzione della materia della procreazione medicalmente assistita con riferimento alle coppie omosessuali e ai *singles*. Si prendono qui in esame le riforme legislative intervenute e le decisioni della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, utilizzando altresì il metodo della comparazione giuridica, per comprendere se i cambiamenti sociali siano recepiti dal legislatore. Da qui, l'importanza dell'azione del Parlamento per rispondere a tali sollecitazioni della società civile, oltre al supporto dei giudici costituzionali. Tutti questi strumenti sono centrali per delineare una nuova nozione di famiglia in un contesto, normativo e culturale, evolutivo.

PAROLE CHIAVE: procreazione; famiglia; legislatore; Corte costituzionale; CEDU

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema – 2. La disciplina normativa della procreazione medicalmente assistita – 2.1. Le "Linee guida" applicative della l. n. 40/2004 – 3. Una necessaria risposta della giurisprudenza – 3.1. Le innovazioni apportate dalla giurisprudenza costituzionale – 3.2. La giurisprudenza di legittimità: in continuità o discontinuità con il giudice delle leggi? – 3.3. La giurisprudenza convenzionale e i suoi principali approdi – 4. La praticabilità per le coppie omosessuali e i *singles* all'estero della P.M.A. – 4.1. Che soluzioni tra abuso e garanzia di un diritto? – 5. In vista di quale soluzione? – 5.1. L'opzione prediletta.

* Dottoressa di ricerca in "Diritto, mercato e persona", Università Ca' Foscari (Venezia)-Université Sorbonne Paris Nord (Parigi). Mail: giulia.sulpizi@unive.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

«Ohana significa famiglia. E famiglia significa che nessuno viene abbandonato o dimenticato»
Lilo e Stitch, 2002

1. Introduzione al tema

Tema ampiamente dibattuto nell'ordinamento italiano contemporaneo è la nozione di “famiglia”, riguardo ai cui confini è bene interrogarsi. Cosa si intende oggi per “padre”, “madre” e “figlio”? Come vanno a qualificarsi le relazioni tra questi soggetti? Come si possono estendere le maglie di tali definizioni, al fine di adeguarsi alle tendenze socioculturali attuali?

Per lungo tempo ci si è, infatti, ancorati ad interpretazioni letterali – e, potremmo dire, “originaliste” – del concetto contenuto all'art. 29 Cost., che ricomprendeva esclusivamente le coppie sposate eterosessuali, con ciò impedendo la riconduzione a tale ipotesi delle coppie omoaffettive e delle “famiglie monoparentali”, ovvero sia composte da soggetti singoli, siano essi uomini o donne.

Ma è ancora compatibile con un sistema giuridico profondamente innovato tale visione tradizionale? In questa analisi ci si interrogherà, quindi, proprio su questi profili, cercando di individuare delle posizioni argomentative alla luce delle quali si potrebbe/dovrebbe portare il legislatore nazionale a dare copertura normativa alle suddette problematiche. Si intende, quindi, verificare se si possa discorrere, se non proprio di un diritto soggettivo alla procreazione o alla genitorialità, di una prerogativa meritevole di tutela, di un interesse qualificato alla generazione e alla creazione di una “realtà familiare” latamente intesa.

Ciò sarà, a ben vedere, possibile solo in seguito alla disamina della giurisprudenza costituzionale, di legittimità e convenzionale, oltre che osservando il panorama comparato, che, come si avrà modo di considerare, di fatto incoraggia il Parlamento ad agire in *subiecta* materia, al fine di fornire risposte esaustive e coerenti con l'intero sistema¹.

Ci si dovrà riannodare, non a caso, con la disciplina della procreazione medicalmente assistita (P.M.A.), cercando di indagarne il perimetro applicativo, per comprendere se e in che modo sia utile per creare relazioni genitoriali anche “innovative”.

Da qui, si procederà, in primo luogo, all'analisi della normativa *de qua* e alle sue evoluzioni prescrittive. In secondo luogo, sarà necessario confrontarsi con il formante giurisprudenziale, sia esso costituzionale, di legittimità o convenzionale. Da ultimo, si dovranno considerare possibili tendenze evolutive, sottolineando l'importante ruolo svolto dal legislatore.

Si impiegherà altresì il metodo della comparazione con altri ordinamenti, europei e non solo. I sistemi presi in considerazione sono quelli particolarmente vicini, per tradizione costituzionale e per evoluzione socioculturale, all'Italia. Sarà, dunque, interessante esaminare le diverse soluzioni prospettabili e le ragioni a sostegno delle impostazioni assunte.

¹ S. PENASA, *Genitorialità plurali (al plurale)? Forme di riconoscimento della genitorialità sociale in prospettiva comparata*, in M. CALDIRONI, S.P. PERRINO, *The Family (R)Evolution. Insights into rising parenthood issues*, Modena, 2025, 125, laddove si afferma che «L'elemento che accomuna esperienze tanto conservatrici [...] quanto riformatrici [...] è rappresentato dalla centralità della fonte legislativa quale canale privilegiato – esclusivo – del mutamento giuridico in tale ambito, quando gli effetti di quest'ultimo siano destinati ad alterare i modelli esistenti in materia».



2. La disciplina normativa della procreazione medicalmente assistita

Per fornire una risposta a tali quesiti, è bene partire dal dato normativo in merito al rapporto di filiazione. Il primo modo² per dare luogo ad essa è rappresentato, appunto, dalla generazione, che può avvenire in maniera naturale o mediante procreazione medicalmente assistita (P.M.A.), oggi disciplinata dalla, ormai risalente, l. n. 40/2004³, che può prendere la forma della fecondazione omologa, mediante gameti appartenenti alla coppia di riferimento, o della fecondazione eterologa, mediante gameti estranei alla coppia. Proprio tale disciplina costituisce il perno della presente disamina, disciplina che non si occupa solamente di centri abilitati all'esecuzione delle suddette tecniche, ma che, anzi, introduce i limiti, in termini oggettivi e soggettivi, di accesso alle pratiche in parola e che definisce i diritti delle persone nel campo della procreazione⁴.

Già a partire dal suo art. 1, si evidenzia la finalità di queste previsioni, ovverosia quella di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana [...] alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Da questo semplice assunto discendono due centrali conseguenze.

In primo luogo, si può notare come il Parlamento abbia deciso di intervenire in materia in maniera “forte”, rinunciando quindi ad un «diritto leggero»⁵, capace di adattarsi alle istanze e ai mutamenti della società e «teso a garantire la competenza dell'intervento tecnico e la libertà di accesso a coloro che lo richiedono per sé, senza imporre alcunché agli altri», in modo da assicurare «il rispetto dei diritti civili che fonda gli stati moderni, democratici e il rispetto del pluralismo etico»⁶. Anzi, il legislatore italiano ha dato vita ad un «manifesto dello Stato etico, nel quale un'unica morale detta le regole e il diritto le rafforza»⁷. In altre parole, si discorre di un'impostazione volutamente “moralizzante” o “paternalistica”, che interviene in un settore complesso, che intreccia numerosi profili di rango costituzionale.

² Da distinguersi dall'ipotesi dell'adozione, sia essa nazionale o internazionale.

³ Anche se la prima nascita a seguito di procreazione medicalmente assistita risale in Italia al 1983. Tali tecniche sono state per lungo tempo affidate all'autoregolamentazione dei sanitari, in assenza di una disciplina nazionale. Tra i meccanismi impiegati comparivano sia la fecondazione eterologa, con gameti in tutto o in parte esterni alla coppia richiedente, sia la surrogazione di maternità, che la fecondazione di singole donne. Già in questa congerie temporale nascevano nuovi modelli di “famiglia”, ma ciò non ha eliminato la necessità di un intervento legislativo, che ha delineato dei punti fermi in un quadro tutt'altro che consolidato: così, S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2020, spec. 1. La stessa Corte costituzionale in questo periodo aveva riconosciuto come un intervento legislativo fosse necessario, tenuto conto della particolare rilevanza costituzionale dei beni giuridici coinvolti dall'applicazione delle tecniche di P.M.A., specificando che spettasse al Parlamento individuare un corretto e opportuno bilanciamento tra interessi contrapposti. Così si è espressa la sentenza n. 347/1998 della Corte costituzionale.

⁴ M.R. MARELLA, M. VIRGILIO, *Una cattiva legge*, in AA.VV., *Un'appropriazione indebita. L'uso del corpo della donna nella procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, 172.

⁵ S. PENASA, *La procreazione medicalmente assistita: due modelli a confronto*, in E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Ombre e luci*, Trento, 2005, 93 ss.

⁶ Così si è espressa la Consulta di bioetica nel maggio 1997 in un documento relativo ai *Principi etici per una legislazione sulla procreazione assistita*, come riporta V. CASCIELLO, *La legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita: “controindicazioni per l'uso”*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Padova, 2016, 172.

⁷ B. LA MONICA, *Regole e corpi di donne*, in AA.VV., *Un'appropriazione indebita. L'uso del corpo della donna nella procreazione medicalmente assistita*, cit., 142.

Si tratta, come si evince dalla disposizione *ante* richiamata, di un insieme di tecniche che hanno lo scopo di aumentare le possibilità di una gravidanza per una coppia, cercando di incrementare le “opportunità” di incontro tra i gameti maschili e femminili. Secondo alcune impostazioni, proprio per tali ragioni, si può parlare di un «metodo terapeutico», capace di rientrare nell’alveo di tutela di cui all’art. 32 Cost.⁸, che si basa sull’*imitatio naturae*. Da qui, si ancora il ricorso a tali pratiche alla sussistenza di una coppia maggiorenne di sesso diverso, coniugata o convivente, in età potenzialmente fertile, dando così contenuto ad una nozione in tal senso di “famiglia”, che esclude, a ben vedere, le coppie omosessuali e i *singles*⁹. Ciò è, pure, funzionale, a dare sostanza alle responsabilità genitoriali sorte a seguito di questi metodi di procreazione¹⁰.

Secondariamente, si può notare che si tratta della prima volta che lo Stato italiano riconosce nella cellula fecondata una persona vera e propria, considerando, quindi, l’embrione come ente autonomo e indipendente dalla madre. Tale visione comporta, a ben vedere, una «doppia nascita», in cui si distingue tra il concepimento, primo “passaggio” della nascita, e il parto vero e proprio¹¹.

Tutto ciò premesso, è bene distinguere due aspetti. Dapprima, sarà opportuno considerare quali siano gli elementi distintivi di tale normativa rispetto al quadro dettato dal Codice civile in materia di filiazione “naturale”. In secondo luogo, ci si dovrà interrogare su chi siano, concretamente, i soggetti ammessi oggi a ricorrere a tale pratica, evidenziando, quindi, eventuali disparità di trattamento. È proprio quest’ultimo versante a rappresentare il fulcro della presente disamina, che vuole indagare se le coppie omosessuali e i *singles* possano essere oggi ricompresi fra i legittimati a ricorrere a tale strumento, poiché potenzialmente rappresentanti un nuovo modello/idea di famiglia.

Partendo, dunque, dal primo dei due summenzionati profili, è bene delineare un elemento centrale. Si badi, infatti, che il consenso espresso a ciascuno degli atti medici nei quali si articola la P.M.A. fino alla fecondazione dell’ovulo comporta un’assunzione di responsabilità anticipata da parte dei genitori nei confronti del figlio¹², a differenza di quanto avviene nella procreazione naturale, nella quale la spontaneità e l’occasionalità del concepimento fanno sì che sia subordinata a specifiche regole ed atti, in tema, ad esempio, di riconoscimento. Da ciò discende una fondamentale conseguenza, espressa all’art. 8 della legge, che afferma che «i nati a seguito dell’applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime». In questo senso, quindi, sia per le coppie sposate che per quelle conviventi si acquisisce lo *status* di figlio in maniera automatica e diretta, senza alcun tipo di eventuale adempimento ulteriore.

Passando, poi, al secondo versante, si deve chiarire quale fosse l’originaria platea dei soggetti legittimati a ricorrere a tale meccanismo.

Ai sensi dell’art. 4, inerente ai requisiti oggettivi per l’accesso a tali tecniche, si enumeravano le seguenti casistiche, ovverosia «quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive

⁸ Così, V. CASCIELLO, *La legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita: “controindicazioni per l’uso”, cit.*, 177-178. Si riprende qui l’assunto raggiunto dalla giurisprudenza costituzionale, di cui si darà conto *infra*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ C. SARACENO, *Ma che razza di famiglia è? Uteri che camminano, padri padroni, embrioni contro bambini*, in AA.Vv., *Un’appropriazione indebita. L’uso del corpo della donna nella procreazione medicalmente assistita*, cit., 217.

¹¹ N.M. FILIPPINI, *Il corpo dominato e la personificazione dell’embrione: una prospettiva storica*, in AA.Vv., *Un’appropriazione indebita. L’uso del corpo della donna nella procreazione medicalmente assistita*, cit., 106 ss.

¹² Così art. 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40.



della procreazione» limitatamente «ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico». Si sanciva, inoltre, il divieto di utilizzare la «procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo», consistente nell'utilizzazione di gameti da donatori esterni alla coppia per ottenere una gravidanza¹³.

È bene sin d'ora rammentare che sul punto è intervenuta fin da subito, e a più riprese, la giurisprudenza, sia essa ordinaria, amministrativa e sovranazionale, oltre che costituzionale e di legittimità¹⁴. In particolare, saranno questi tre specifici apporti ad essere separatamente analizzati nella prosecuzione della trattazione, al fine di delineare non solo (e non tanto) le ricadute applicative delle prescrizioni della l. n. 40, ma anche e soprattutto gli interventi censori (e non) succedutisi nel corso del tempo.

Quanto, poi, ai requisiti soggettivi per ricorrere alla P.M.A. l'art. 5 stabilisce che «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Tale assunto non è stato ad oggi superato, nemmeno in via giurisprudenziale.

Per queste ragioni, le modificazioni indirettamente operate dalla giurisprudenza su alcune di queste norme si riferiscono solo alle coppie eterosessuali, senza toccare né la situazione delle coppie omosessuali né dei *singles*.

In aggiunta a tutto ciò, è bene notare la peculiarità dell'originaria versione dell'art. 14, l. n. 40/2004, che stabilisce che «È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni», che «Le tecniche di

¹³ Tecniche tra cui rientra pure il ricorso alla maternità surrogata, la cui organizzazione, pubblicizzazione e commercializzazione costituisce reato, facendo così rientrare la norma penale nella disciplina della P.M.A., come si avrà modo di vedere *infra*. Su questi profili si rinvia ad un'ampia letteratura, tra cui, *ex multis*, V. SGROI, *Riflessi della fecondazione artificiale sul rapporto di filiazione legittima*, nota a Trib. Roma, 30 aprile 1956, in *Giust.civ.*, vol. I, 1612; V. LOJACONO, voce *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Enc.dir.*, vol. XXI, 1971, 751; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv.dir.civ.*, vol. I, 1986, 495; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1, 1986, 1; G. ALPA, *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, in *Dir.fam.pers.*, vol. II, 1987, 941; F.D. BUSNELLI, *Norme per la tutela sociale della maternità, disciplina dell'adozione e problematica dell'inseminazione artificiale*, in *Dir.fam.pers.*, vol. II, 1987, 989; G. BALDINI, *Considerazioni su paternità biologica e sociale nell'ambito della procreazione artificiale eterologa*, in *Rass.dir.civ.*, vol. I, 1996, 1; M. FINOCCHIARO, *Fecondazione artificiale tra diritto vivente, Corte Costituzionale e prospettive de jure condendo*, in *Vita not.*, 1998, 1481; F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass.parl.*, 2005, 361; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir.fam.pers.*, vol. II, 2005, 168 e G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv.dir.civ.*, vol. I, 2005, 329.

¹⁴ Sul punto basti rinviare ad alcuni casi che si sono dipanati nel tempo, mostrando come tali prescrizioni abbiano trovato alternativa fortuna nell'ordinamento italiano. Si può, in primo luogo, rammentare il contenuto della sentenza del Tribunale di Salerno, che ha ammesso, per la prima volta, l'accesso alle tecniche di P.M.A. anche alle coppie non sterili in senso tecnico, ma che presentassero «un rischio qualificato di trasmissione di malattie gravi e in guaribili». A seguito, poi, di una sentenza del T.A.R. del Lazio (sez. III *quater*, 21 gennaio 2008, n. 398) si è addivenuti all'annullamento per eccesso di potere della prescrizione in parola. Una prima impostazione interpretativa favorevole si è aperta, poi, con una pronuncia del Tribunale per i minorenni di Roma (30 luglio 2014, n. 299), laddove si è riconosciuta la possibilità per la madre intenzionale di adottare la figlia della compagna biologica, dando avvio alla prassi della c.d. *stepchild adoption*. Similmente il Tribunale di Cagliari (ord. n. 5925/2012) e quello di Milano (ord. n. 58158/2014) hanno riconosciuto il diritto di una coppia portatrice di una grave patologia trasmissibile di accedere alla P.M.A. con diagnosi genetica preimpianto a carico del servizio sanitario. Similmente, il giudice amministrativo ha dichiarato l'illegittimità della disciplina regionale che, in merito all'accesso alle suddette prestazioni a carico del Servizio Sanitario Regionale, stabiliva criteri differenziati tra P.M.A. eterologa e omologa (Cons. St., sez. III, 24 novembre 2020, n. 7343).

produzione degli embrioni [...] non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» e che «Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile». Alla luce di queste espressioni, risulta chiaramente come l'impianto iniziale della legge non rispettasse pienamente il principio di autodeterminazione della madre, che non potesse rifiutarsi di sottoporsi al trattamento né quando ciò non corrisponda più alla sua volontà¹⁵ né quando risultino possibili malformazioni o malattie dell'embrione.

In questa prospettiva pare ulteriormente interessante esaminare cosa abbia deciso il giudice delle leggi in merito alle succitate disposizioni. Rileva, ad ogni modo, che la l. n. 40 continui ad affermare due principi fondamentali, ovverosia che le misure di P.M.A. abbiano carattere meramente residuale¹⁶ e che il diritto dovrebbe «imitare la natura», nella misura in cui «la coppia eterosessuale in età fertile sia il solo ambiente appropriato alla cura e alla educazione dei figli»¹⁷.

Si dovrà, quindi, notare come tali assunti siano stati confermati nei fatti dalla Consulta, in maniera più o meno esplicita e a più riprese, anche se la stessa ha comunque apportato ulteriori innovazioni interpretative.

Prima di procedere a tale disamina sarà bene considerare il panorama “di contorno”, soprattutto di carattere “tecnico” per comprendere come l'ordinamento declini concretamente questa disciplina normativa.

Resta, ad ogni modo, da analizzare una peculiare vicenda che ha connotato tale legge. Ci si riferisce alla richiesta di *referendum* abrogativo condotta nel 2005, poiché si lamentava la «radicalità» della scelta del legislatore nazionale, che è venuto a connotare di soggettività il concepito, senza, pare, soffermarsi troppo sulle conseguenze, pratiche e giuridiche, sul punto. Dal carattere assoluto ed incompressibile del diritto alla vita di quest'ultimo emerge, in primo luogo, una netta prevalenza di tale valore sulla salute della donna, nella misura in cui la P.M.A. si trasforma da tecnica di cura volontaria a trattamento sanitario obbligatorio, per come si impongono certe decisioni ai neogenitori¹⁸. In secondo luogo, la garanzia dell'embrione prevale sulla libertà della ricerca scientifica, che rappresenta un aspetto indefettibile di un ordinamento democratico, nella misura in cui si vietano sperimentazioni su ciascun embrione umano¹⁹.

¹⁵ Ci si riferisce al divieto di revoca del consenso dopo il momento della fecondazione dell'ovulo, dei cui all'art. 6, c. 3, l. n. 40/2004.

¹⁶ Questa è la prima funzione della l. n. 40/2004, come riporta N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema*, in *Federalismi*, 6, 2021, 295.

¹⁷ V. BONINI, V. CALDERAI, E. CATELANI, A. SPERTI, E. STRADELLA, *Diritto e genere nella prospettiva europea*, Napoli, 2021, 251. La seconda idea base «involge la struttura del nucleo familiare scaturente dalle tecniche di PMA e si articola attraverso una serie di limitazioni di ordine soggettivo e oggettivo»: N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema*, cit., 296.

¹⁸ A. MUSUMECI, *I referendum e la legge sulla procreazione medicalmente assistita. Note a margine su un dialogo (impossibile) tra Parlamento, Corte costituzionale e corpo elettorale*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015, 2.

¹⁹ Divieto di cui all'art. 13, commi 1 e 3, l. n. 40/2004, cui un tempo si univa il divieto di crioconservazione di cui all'art. 14, c. 1, ma quest'ultimo, come si vedrà, è stato oggetto di censura di illegittimità da parte della Corte costituzionale. Sul punto, L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993.



Alla luce di queste considerazioni, si è dato vita ad un “plurireferendum”, consistente nella sottoposizione al corpo elettorale, in via contestuale, di una domanda di ablazione totale della legge e di quattro quesiti parziali di abrogazione di specifici disposti²⁰. La scelta di rivolgersi direttamente ai cittadini, invece che alla Corte costituzionale, rispondeva ad una precisa consapevolezza: il legislatore del tempo, infatti, era intervenuto in maniera chiara e autoritativa su una questione scientifica molto controversa, con l’unica certezza di sacrificare diritti riconosciuti dalla Costituzione come meritevoli di tutela, a partire dal «diritto di procreare»²¹.

Tale scelta si inseriva, dunque, nel solco delle lotte per i diritti civili che hanno caratterizzato la seconda metà del Novecento italiano, evidenziando l’importanza di dare nuova linfa al rapporto, bilaterale e biunivoco, tra rappresentanti e rappresentati²².

Pare qui d’interesse analizzare quanto evidenziato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 45/2005, in cui ha dichiarato l’inammissibilità della richiesta di *referendum* abrogativo totale, accogliendo, invece, i quattro quesiti parziali. Una parte della dottrina ha sottolineato, in ogni caso, come tale decisione possa definirsi “distonica”, poiché i quesiti parziali ammessi andavano «a censurare degli aspetti qualificanti la disciplina adottata [...], senza le quali la legge è privata del suo contenuto essenziale»²³. Sembrava, infatti, una scelta quantomeno peculiare, poiché volta a celare una sostanziale distruzione della disciplina. In altri termini, l’effetto sarebbe stato quello di un’abrogazione totale, anche se mediante l’eventuale, e di fatto improbabile, accoglimento di tutte le richieste referendarie parziali.

Ciò avrebbe ricondotto, nei fatti, alla completa eliminazione di una disciplina che è stata qualificata da un’ampia parte della dottrina come costituzionalmente necessaria, creando un *vulnus* nell’ordinamento. Ad ogni modo, considerando come remota la possibilità di un accoglimento di tutti i quesiti parziali da parte del corpo elettorale e sostenendo l’ammissibilità nei termini di illegittimità di alcune parti del suddetto testo normativo, si è proceduti con la celebrazione del *referendum*²⁴.

Sempre con la pronuncia della Corte n. 45 si è giunti a rimarcare, con espressioni chiare e inequivocabili, che la l. n. 40 era andata a regolamentare analiticamente una molteplicità di differenziati profili dal carattere etico, che necessitava di ponderazione e bilanciamento tra esigenze contrapposte. Il giudice delle leggi, quindi, ha ricordato come il legislatore nazionale si sia innestato in un solco già percorso a livello sovranazionale, menzionando espressamente la Convenzione di Oviedo sui diritti dell’uomo e della biomedicina del 4 aprile 1997 e il relativo Protocollo addizionale stipulato a Parigi il 12 gennaio 1998, oltre alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea proclamata nel 2000, tutti testi che si erano occupati di garantire, in un complesso equilibrio, principi quali il consenso libero e informato della persona interessata ad un trattamento medico, il divieto di pratiche eugenetiche e il divieto di clonazione riproduttiva degli esseri umani. L’importanza di un bilanciamento, quindi, appare in maniera manifesta a più

²⁰ Questa è la felice espressione coniata da P. CARNEVALE, *Ragioni, pretese e reali, della prassi del «plurireferendum» ugualmente orientato (in margine all’attuale vicenda dei referendum in tema di procreazione medicalmente assistita)*, in *Rivista AIC*, 10 dicembre 2004.

²¹ Sul punto, cfr. F. PASTORE, *Il diritto di procreare. Natura, titolarità e limiti*, in V. BALDINI (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004.

²² A. MUSUMECI, *I referendum e la legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., 3.

²³ *Ivi*, 4.

²⁴ Sul punto, F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2005, 379.

livelli e ben si può evidenziare come sia sempre discrezionale, assegnato alle istituzioni, nazionali e non solo, che debbono individuare di volta in volta quali siano gli interessi da considerare prevalenti.

In ogni caso, i quesiti ammessi richiedevano l'abrogazione di talune parti della l. n. 40/2004.

Si deve, però, rammentare che il mancato raggiungimento del *quorum* necessario²⁵ abbia dichiarato, di per sé, la sopravvivenza della disciplina, che è quindi rimasta immutata a lungo.

Solo in un secondo momento si sono ravvisati numerosi interventi censori da parte del giudice delle leggi italiano, anche sulla scia delle interpretazioni e degli orientamenti dei giudici sovranazionali, oltre che della giurisprudenza di merito e di legittimità.

2.1. Le “Linee guida” applicative della l. n. 40/2004

In attuazione della l. n. 40/2004 è stato istituito nel 2005 il Registro Nazionale della P.M.A. con decreto del Ministro della salute presso l'Istituto Superiore di Sanità, come registro nazionale delle strutture autorizzate all'applicazione delle suddette tecniche, degli embrioni formati e dei nati a seguito dell'applicazione di queste nuove metodologie. All'indomani dell'entrata in vigore di tale normativa sono aumentate le coppie che si sono rivolte alle strutture, pubbliche e private, per accedere alla fecondazione assistita, con una progressiva stabilizzazione delle suddette percentuali. Negli ultimi dieci anni, inoltre, si è assistito ad un innalzamento dell'età media delle donne che hanno fatto ricorso a tali pratiche, con più di 700.000 coppie trattate tra il 2005 e il 2015, oltre 150.000 gravidanze cominciate e circa 97.000 di queste esitate in parti.

Di conseguenza, si può testimoniare come le coppie eterosessuali abbiano fatto sempre più ricorso a tali innovative tecniche mediche²⁶.

Alla luce, poi, del progresso scientifico e tecnologico, unitamente alle evoluzioni della giurisprudenza, ordinaria, amministrativa e costituzionale, si è dato vita ad un mutamento pure delle norme, “tecniche” e non solo, di applicazione della l. n. 40/2004²⁷. Non stupisce, infatti, che si sia passati dalle “Linee guida”

²⁵ L'esito negativo del *referendum* abrogativo tenutosi il 12 e il 13 giugno 2005 ha confermato, grazie al mancato raggiungimento del *quorum* di riferimento (attestatosi attorno al 25%), la disciplina vigente: così, E. ROCCELLA, allora sottosegretario al Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, comunicato stampa n. 314, 1 luglio 2009.

²⁶ Nel 2015 è di 36, 7 anni l'età media delle donne che accedono alle tecniche di P.M.A., con un aumento delle donne over 40 che vi ricorrono e una diminuzione delle donne più giovani. Tutti questi dati, in termini di coppie che hanno ricorso alla P.M.A. e agli esiti delle gravidanze, si rinvia a R. SPOLETINI, *I dati del Registro Nazionale Procreazione Medicalmente Assistita*, in M. DI TRANI, A. LA MESA (a cura di), *In-fertilità. Un approccio multidisciplinare. Atti del I Convegno nazionale Roma 5-6 maggio 2017*, Roma, 2018, 48-53.

²⁷ Si afferma che il diritto è coinvolto nella e dalla evoluzione tecnologica applicata al fenomeno riproduttivo, così come lo sviluppo tecnologico deve essere considerato come uno dei principali «motori» dei progressivi assestamenti di senso della Costituzione: così, P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, 138. In altre parole, «La scienza e l'evoluzione tecnologica si pongono [...] quale fattore di determinazione e di rinnovamento del fenomeno giuridico, che d'altro canto non può abdicare alla sua tradizionale funzione regolativa e orientativa dei comportamenti sociali»: S. PENASA, *Procreazione, scienza e diritto: nuovi paradigmi di disciplina nella prospettiva della massima valorizzazione della Costituzione*, in P. TORRETTA, V. VALENTI (a cura di), *Il corpo delle donne. La condizione giuridica femminile (1946-2021)*, Torino, 2021, 74. Sempre in questa prospettiva «il legislatore è chiamato a garantire la massima valorizzazione costituzionalmente compatibile di tale rapporto circolare – del fatto alla norma, della scienza al diritto –, predisponendo un quadro normativo che esprima un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti all'interno del quale trovi riconoscimento la funzione invertebrata dei principi e dei diritti costituzionali che è stata attribuita alla



del 2004 inizialmente adottate a quelle del 2008, che hanno recepito le indicazioni provenienti dai giudici amministrativi. Solo in seguito alla sentenza n. 162/2014 della Consulta, di cui si darà conto più dettagliatamente *infra*, si è giunti alle “Linee guida” del 1 luglio 2015, che hanno ulteriormente dato seguito alla normativa come innovata dalla giurisprudenza costituzionale.

Da ultimo, sono state approvate le “Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”, adottate con decreto del Ministero della salute del 20 marzo 2024. Qui si dettano le prescrizioni principali in materia, delineando previsioni specifiche attuative dell’ancora vigente l. n. 40. Vengono qui prese in considerazione le disposizioni concernenti il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 4); la gradualità nel ricorso alle tecniche (art. 4); il consenso informato da parte di coloro che si sottopongono alle tecniche stesse (art. 6); l’accertamento dei requisiti previsti per le coppie alle quali si applicano le tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 12); le disposizioni concernenti la sperimentazione sugli embrioni umani (art. 13) in accordo alle modifiche introdotte dalla sentenza della Corte costituzionale n. 229/2015 e tenendo conto dei principi espressi dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 84/2016, laddove si è riconosciuta la dignità giuridica dell’embrione; i limiti all’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita sugli embrioni, anche a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 (art. 14); le modifiche relative al ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (con donazione di gameti) introdotte dalla sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 (articoli 4, 9 e 12); le modifiche relative al ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili introdotte dalla sentenza della Corte costituzionale n. 96/2015; le modifiche relative all’abolizione come ipotesi di reato per la condotta di selezione degli embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili introdotte dalla sentenza della Corte costituzionale n. 229/2015 e la preservazione della fertilità relativamente a patologie o terapie che pongono a rischio di un esaurimento funzionale delle gonadi.

Si stabilisce, poi, che, quando la diagnosi è completata e certificata da atto medico il trattamento della coppia sterile, essa deve basarsi su tre principali opzioni, consistenti, alternativamente, nel trattamento medico per ripristinare la fertilità in uno o entrambi i *partner*; nel trattamento chirurgico per ripristinare la fertilità in uno o entrambi i *partner* e nell’accesso alle procedure di fecondazione assistita.

Sotto il profilo “soggettivo”, riguardante la platea di coloro cui sia consentito accedere alla P.M.A., si individuano casi specifici, che ineriscono, tra gli altri casi, a quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, alle ipotesi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico, alla sterilità o infertilità da causa accertata e certificata da atto medico, incluso un tempo anagrafico e/o biologico a disposizione per concepire ridotto e alle coppie portatrici di patologie genetiche trasmissibili rispondenti a precisi criteri di gravità. In aggiunta a tutto ciò, ci si riferisce alle coppie in cui uno o entrambi i *partner* siano ricorsi in passato alla crioconservazione dei propri gameti o di tessuto gonadico per preservazione della fertilità nei casi indicati dalle Linee guida del 2024.

Solo in una seconda sezione si passano a definire le «tecniche di PMA», ovverosia tutti quei procedimenti che comportano il trattamento di ovociti umani, di spermatozoi o embrioni nell’ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza. Questi procedimenti, che possono essere effettuati sia con gameti

scienza e alla tecnologia», riprendendo G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 287.

della coppia sia con gameti donati, includono l'inseminazione intrauterina; la fecondazione in vitro e il trasferimento intrauterino di embrioni; la microiniezione intracitoplasmatica dello spermatozoo; la crioconservazione dei gameti e degli embrioni e la biopsia embrionale per eseguire i test genetici di preimpianto. Elemento comune a tutti questi metodi è che si tratti sempre di coppie, e soprattutto di coppie eterosessuali, con ciò escludendo dall'accesso a tali pratiche le coppie omosessuali e i *singles*.

Da qui, deriva un'ulteriore considerazione, consistente nel divieto di accesso alla maternità surrogata nel nostro ordinamento, che permetterebbe sia agli uomini *singles* che alle coppie omosessuali maschili di accedere, di fatto, alla P.M.A.

Alla luce della suddetta analisi, è bene notare come ancora oggi sussistano alcuni profili problematici, che danno luogo a vere e proprie ipotesi di abuso del diritto, che il legislatore e la giurisprudenza nazionali sono stati chiamati a fronteggiare.

3. Una necessaria risposta della giurisprudenza

Considerando, dunque, la complessità della questione in esame è bene rammentare come siano numerose le problematiche giuridiche emerse nel corso dei decenni, cui anche la giurisprudenza ha tentato di fornire una risposta, mediante l'acuta osservazione non solo delle disposizioni legislative succedutesi, ma anche e soprattutto dell'evoluzione del comune sentire.

Per queste ragioni, esamineremo le più importanti pronunce sul punto del giudice delle leggi, per poi passare a quelle della Cassazione e, da ultimo, a quelle adottate in sede sovranazionale, tentando di comprendere se queste decisioni si pongano in linea di continuità o di discontinuità tra loro. Si procederà, dunque, con una disamina separata di questi tre apporti, ma non tanto perché essi non "comunichino" tra di loro, quanto per una questione di "ordine" della trattazione, in cui risulterà più chiaro comprendere la linea evolutiva di ciascun giudice per poi, nella parte conclusiva del presente lavoro, riunire tali aspetti.

3.1. Le innovazioni apportate dalla giurisprudenza costituzionale

In primo luogo, dunque, si prenderà in esame lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale italiana, analizzando sia le pronunce che più specificatamente si concentrano sulla P.M.A. e la sua regolamentazione (appuntandosi dunque esclusivamente sulla l. n. 40/2004) sia quelle che ineriscono alla maternità surrogata, metodologie entrambe che possono portare, di fatto, ad estendere le maglie della procreazione, rendendola possibile anche nei confronti di coppie omosessuali e *singles*.

L'esito negativo del *referendum* abrogativo ha mantenuto quindi in vita la l. n. 40/2004, con tutte le sue disposizioni. Ciò non toglie che tale normativa sia stata sottoposta in seguito all'attenzione della Corte costituzionale italiana, sotto diversi profili, che non riguardano esclusivamente l'estensione soggettiva dell'ambito applicativo di tali disposizioni, ma anche altre questioni, che ineriscono alla salubrità degli embrioni e ai bilanciamenti tra diritto alla salute delle gestanti e dei nati/concepiti.

Per questo si prenderanno in considerazione diverse decisioni, anche con oggetti dissimili, ma tutte utili a comprendere l'attuale configurazione della normativa sulla P.M.A., al fine di delineare – come comune punto di partenza – quali siano le previsioni di fatto applicabili in materia.

Precedente rilevante sul punto è la sentenza n. 347/1998 della Consulta, laddove si è sostenuto che l'art. 235 c.c., in tema di disconoscimento di paternità, riguarda esclusivamente la generazione che deriva da



un rapporto adulterino, ammettendo l'ipotesi in parola solo in ipotesi tassative indicate dal legislatore. Ciò non può, quindi, estendersi al caso della fecondazione eterologa, mancando omogeneità di elementi essenziali tra le due fattispecie e identità di *ratio*. Da qui, è stata dichiarata l'inammissibilità di tale questione, senza giungere a giudicare nel merito²⁸.

Caso centrale è stata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge in parola, censurato in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., nella «parte in cui faceva divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che avevano avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie». La questione è stata respinta con ordinanza n. 369/2006, con cui si è evidenziato l'errore in cui è incorso il giudice *a quo* nel chiedere la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una specifica disposizione relativa al divieto di sottoporre l'embrione prima dell'impianto ad una diagnosi per l'accertamento di eventuali patologie dei genitori, che, secondo la stessa impostazione dell'ordinanza di rimessione, sarebbe stata desumibile anche da altri articoli della stessa legge non impugnati, nonché dall'interpretazione dell'intero testo legislativo «alla luce dei suoi criteri ispiratori».

Tali profili testimoniano, quindi, come la Corte costituzionale, già all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 40, ritenesse centrale occuparsi della legittimità delle prescrizioni ivi contenute, anche se attendeva, per pronunciarsi compiutamente, l'invocazione dei corretti parametri violati e l'individuazione completa delle norme da impugnare.

Il giudice delle leggi, dunque, solo in un secondo momento è intervenuto come «organo respiratorio» dell'intero ordinamento²⁹, modificando indirettamente le disposizioni della l. n. 40/2004.

In specie, in più ipotesi ha ravvisato profili di irragionevolezza.

Ciò è avvenuto, in primo luogo, grazie alla sentenza n. 151/2009, con riferimento al divieto di crioconservazione e al relativo obbligo di creazione e di contestuale impianto di un numero massimo di tre embrioni, pratica che costringeva la donna a sottoporsi a ripetuti trattamenti ormonali in caso di fallimento³⁰. La Consulta ha, infatti, dichiarato l'illegittimità dell'art. 14, c. 2 della l. n. 40 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» sull'assunto che tale disposizione, in assenza di ogni considerazione circa le condizioni soggettive della figura femminile che di volta in volta effettua le pratiche di P.M.A., contrastasse con l'art. 3 Cost., nei termini di irragionevolezza, e l'art. 32 Cost., per la compromissione della salute della donna ed, eventualmente, del feto. Da qui, la conseguenziale dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 14, c. 1, in tema di divieto di crioconservazione, e dell'art. 14, c. 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzarsi appena possibile secondo la norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

Tutto ciò premesso, risulta centrale l'apporto del medico, cui spetterebbe decidere il numero di embrioni da produrre attraverso una valutazione da effettuare in concreto, considerando l'età e le condizioni di

²⁸ Per una ricostruzione sintetica degli orientamenti di legittimità che hanno dato origine alla suddetta questione di legittimità costituzionale si veda F. ZAGARIA, *Fecondazione eterologa, status filiationis e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini*, in *Persona e mercato*, 2, 2021, 1374-1377.

²⁹ Così si è espresso Paolo Grossi, come si riporta sul sito della Corte costituzionale stessa, laddove si evidenzia che la Consulta è «l'organo respiratorio dell'ordinamento, il luogo in cui matura l'elaborazione del concetto di ragionevolezza e in cui si commisura la norma del diritto vivente».

³⁰ Così la sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale.

salute della donna e della coppia³¹. D'altra parte, restava un ulteriore nodo da sciogliere, attinente alla possibilità per i portatori di malattie genetiche, ma non sterili, di accedere alla P.M.A. A tal proposito, non a caso, si sono andati delineando due opposti orientamenti giurisprudenziali. Il primo si esprimeva in senso affermativo, come sancito dal Tribunale di Salerno nel 2010, nel caso di una coppia che in passato aveva avviato per quattro volte una gravidanza, ma una volta aveva avuto una figlia vissuta soltanto per sette mesi e poi deceduta a causa di atrofia muscolare spinale, per altre due volte la donna aveva fatto ricorso all'aborto volontario, poiché il feto era risultato affetto dalla stessa malattia genetica, mentre in un solo caso la gravidanza si era conclusa felicemente, con la nascita di un bimbo che all'indagine prenatale era risultato non affetto dalla malattia. Il secondo indirizzo, al contrario, considerava le suddette tecniche come riservate alle coppie sterili e a quelle in cui l'uomo fosse portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili (come l'HIV e l'epatite B e C)³².

Una pronuncia da ritenersi fondamentale è, poi, senza dubbio la n. 162/2014, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, di cui all'art. 4, c. 3, l. n. 40/2004, sul presupposto che lo stesso si poneva in contrasto con la libertà di autodeterminazione della persona, da ricondursi agli artt. 2, 3 e 31 Cost., che, fra le sue espressioni, include la scelta di divenire genitori e formare una famiglia, che si dovrebbe di conseguenza riconoscere anche alle coppie sterili. Il venir meno di tale prescrizione è stato giustificato anche sulla base della necessità di tutelare la salute di cui all'art. 32 Cost., obiettivo che sarebbe stato frustrato ove fosse stata procurata una sofferenza psicologica alle coppie che si sarebbero viste escluse dal ricorso di una tecnica che, ammessa in altri Paesi, è pretesa a risolvere i problemi irreversibili di sterilità.

È bene, comunque, rammentare che il giudice delle leggi stesso abbia escluso l'utilizzabilità di tali metodi per «illegittimi fini eugenetici» e di pratiche, di conseguenza vietate, come la surrogazione di maternità.

È altresì necessario rimarcare come la pronuncia in esame sia fondata solo su parametri interni, ritenendo assorbite le censure sollevate in relazione alle decisioni della CEDU. Tale soluzione si pone, in ogni caso, in linea con l'impostazione della giurisprudenza costituzionale quando si tratta dei rapporti tra parametri interi e sovranazionali, laddove i secondi prevalgono sui primi solo ed esclusivamente qualora la Carta dello Stato non assicuri il medesimo livello di tutela dei diritti fondamentali che, invece, la norma "esterna" garantisce.

Questa decisione ha rappresentato un punto di partenza, o, se si vuole, di non ritorno. Certamente non si è andati a riconoscere un diritto alla genitorialità, ma si è espressamente riconnessa la scelta procreativa nell'alveo della libertà dell'individuo.

³¹ G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Nuova giur.civ.comm.*, II, 2009, 530: «al ruolo del medico, sminuito dalla legge che ne faceva un esecutore di ricette preconfezionate dal legislatore, viene ora restituita dignità». Su commenti generali sulla pronuncia in esame si rinvia a M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, 214 ss.; L. VIOLINI, *Note minime ad una decisione problematica*, in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, cit., 191 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur.cost.*, 2009, 1688 ss. e G. BALDINI, *Diritti della madre e interessi dell'embrione: legge 40/04 e interventi della giurisprudenza*, in P. GUARNIERI (a cura di), *In scienza e coscienza. Maternità, nascite e aborti tra esperienza e bioetica*, Bari, 2009, 87-98.

³² E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2013, 9.



D'altro canto, si è comunque sostenuta l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, ma è rimasto un profilo problematico da affrontare, consistente nel rischio di una possibile "estensione applicativa" imprevedibile e incontrollabile. Non si è, infatti, inteso generalizzare il ricorso a tale pratica, come ha avuto modo di specificare la Corte, laddove ha affermato che la P.M.A. eterologa debba ammettersi solo per i soggetti in possesso dei requisiti di cui all'art. 5, l. n. 40, disposizione intatta e ancora in vigore. In altri termini, tale fecondazione potrebbe essere richiesta e assicurata solo alle «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». A ciò si dovrebbe unire un'ulteriore condizione, consistente nella mancanza di metodi terapeutici efficaci per rimuovere la causa di sterilità e/o di infertilità che deve avere carattere assoluto ed irreversibile, documentato da atto medico e da questo certificato. In terzo luogo, si è precisato che la donazione di gameti deve avvenire in forma anonima ed essere gratuita. Resta, quindi, in auge il divieto di maternità surrogata, di cui all'art. 12 della predetta legge.

Si è, infine, ribadito che ai nascituri frutto di queste pratiche sia da riconoscersi lo *status* di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere a queste tecniche.

Si è trattato comunque di un approdo centrale in cui il giudice delle leggi ha compiuto un passo fondamentale, considerando unitamente due profili, consistenti nell'importanza della scelta di divenire genitori e di formare una famiglia con figli, da intendersi come espressione della libertà di autodeterminazione del singolo, e della salute fisica e psichica dell'individuo³³, inserendo una nuova topografia del conflitto che, «se non produce argomenti, individua già le direzioni nelle quali si svilupperanno i percorsi argomentativi»³⁴. Parte della dottrina ha, quindi, salutato tale decisione con parziale preoccupazione, argomentando che qui il giudice costituzionale avrebbe esorbitato dai propri compiti, sfociando nel campo del legislatore per mutare, in via indiretta, i contorni della sua azione³⁵.

Poi, con la pronuncia n. 96/2015, si è affermata l'incompatibilità con il sistema giuridico italiano del divieto di diagnosi preimpianto nei confronti delle coppie eterosessuali fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili gravi, tali da giustificare l'interruzione di gravidanza³⁶. Qui, richiamando la sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, si è ravvisata una «palese antinomia normativa», poiché il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso l'interruzione volontaria di gravidanze naturali quando siano accertati processi patologici relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna. Si è quindi ribadita l'importanza dell'opera,

³³ M. CALDIRONI, *Bilanciare le competenze? Riflessioni a margine della giurisprudenza costituzionale in tema di PMA, in Corti supreme e salute*, 3, 2025, 776-777.

³⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 71 spec.

³⁵ Sul punto si è ampiamente dibattuto. Si rimanda, per una visione più completa, a C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur.cost.*, 2014, 2596; ID., *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, 86; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 6-7; G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, in *BioLaw Journal*, 2, 2023, 248 e L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, 10-11.

³⁶ Si rinvia alla sentenza n. 96/2015 della Corte costituzionale.

discrezionale, del Parlamento nazionale, che è il solo ad avere il compito di introdurre misure adeguate, specifiche e precise sul punto, sempre tenendo conto del paradigma tecnologico in campo biomedico³⁷. Così operando, si potrebbe affermare che la Corte costituzionale abbia inteso introdurre una «norma generale ed astratta, applicabile senza la necessaria interposizione dell'autorità giurisdizionale, seppur all'interno di un quadro legislativo che presenta [...] evidenti lacune»³⁸. È bene, quindi, considerare la peculiarità dei parametri scelti dal giudice delle leggi, consistenti nella ragionevolezza e nella tutela della salute della donna, che sembrano indicare «che il rapporto tra tecniche diagnostiche preimpianto e prenatali dovrà essere considerato in termini complementari e non alternativi»: il ricorso, quindi, ad una delle due tecniche non esclude, successivamente, l'impiego della seconda, stante la necessità di garantire non solo la salvaguardia dell'embrione concepito, ma anche e soprattutto quella della donna³⁹.

Alla luce di tali considerazioni, tuttavia, la Consulta ha operato mediante un monito «a contenuto rafforzato», con ciò intendendo un particolare congegno teso a “sostituire” la tradizionale formula di richiamo ad un bilanciamento tra interessi contrapposti con l'indicazione di specifici “elementi essenziali”, tanto di contenuto quanto di metodo. Sono stati, di conseguenza, delineati gli interventi di cui avrebbe dovuto farsi carico il legislatore, consistenti nell'indicazione «delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA», «delle correlative procedure di accertamento» e «di forme di autorizzazione e controllo delle strutture abilitate ad effettuare» la diagnosi⁴⁰.

Si può, dunque, ad oggi discorrere «di un onere di “copertura” legislativa, reso flessibile dal riconoscimento di un margine di discrezionalità riguardante i contenuti di dettaglio», sempre tenendo conto del panorama comparato, che ben potrà/dovrà porsi come modello di riferimento⁴¹.

Da questi asserti discende un'ulteriore considerazione, oltretutto che, significativamente, la sentenza in parola sia stata fondata su soli parametri interni, escludendo quelli convenzionali, raggiungibili mediante il richiamo all'art. 117, c. 1 Cost.⁴².

Ciò non toglie che sia fondamentale il lavoro “valoriale” operato dal Parlamento nazionale⁴³, che, secondo la decisione del giudice delle leggi, ha il compito di ripensare *in toto*, se così si può dire, l'impianto della l. n. 40, risolvendo un'apparente contraddizione. Con i vari interventi della Consulta fin qui condotti, infatti, si è sottolineato come le disposizioni in parola risultino ancora oggi ispirate da due dissimili esigenze: da una parte, alla necessità di ovviare a cause di infertilità; dall'altra, a quella di interrogarsi su un modello

³⁷ Sul punto risulta centrale l'espressione di A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in *Federalismi*, 10, 2016, 258: «Tra etica, scienza e diritto si dà [...] un rapporto di distinzione, ciascuno di essi possedendo una sua propria caratterizzazione, ma non di rigida separazione [...]; piuttosto, si intrattiene (e deve, secondo modello, intrattenersi) un incessante e fecondo sussidio».

³⁸ S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti “rafforzati”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 luglio 2015, 1-2.

³⁹ *Ivi*, 2.

⁴⁰ Così, Corte cost., sent. n. 96/2015.

⁴¹ S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40*, cit., 3.

⁴² Per un approfondimento sul punto si rinvia alle considerazioni espresse in F. VIGANÒ, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 giugno 2015.

⁴³ Sull'importanza dell'intervento del legislatore nazionale sono diversi i contributi, ma qui ci si limita a segnalare M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 giugno 2015.



nuovo e inedito di riproduzione, volto a garantire, mediante l'analisi preimpianto, la non trasmissione di malattie genetiche⁴⁴. Da qui, si pone un'assimilazione tra coppie infertili e coppie sane, ma portatrici di tare ereditarie⁴⁵.

È, non a caso, intervenuta a completare tale quadro la sentenza n. 229/2015, che ha dichiarato illegittimo l'art. 13, c. 3, lett. b) e c. 4, l. n. 40/2004 nella parte in cui si contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, c. 1, lett. b), l. n. 194/1978 e accertate da apposite strutture pubbliche. In sintesi, non è stato più possibile, a seguito di tale pronuncia, considerare come illecito penale l'attività del sanitario che trasferisca nell'utero della donna solo embrioni sani.

Sempre nella medesima decisione è stata, invece, ritenuta non fondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, c. 1 Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, dell'art. 14, commi 1 e 6, l. n. 40, che vieta e sanziona penalmente la condotta di «soppressione degli embrioni», anche se si tratta di embrioni che, a seguito di indagine preimpianto, siano risultati affetti da grave malattia genetica. Ciò che rileva in maniera particolare qui è il riconoscimento giuridico dell'embrione e la peculiarità del suo *status*, poiché quest'ultimo non si riduce «a mero materiale biologico», a prescindere dal «più o meno ampio riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita»⁴⁶.

Si è affermato qui che la malformazione non potrebbe giustificare un trattamento deteriore rispetto agli embrioni sani creati nel rispetto delle condizioni di legge. A prescindere, infatti, dal grado di «soggettività» da riconoscersi all'embrione, è fuori discussione, ad avviso del giudice delle leggi, qualificarlo nei termini di mera *res*. Per questa ragione si è arrivati a discorrere, in quest'ipotesi, di una compromissione della dignità dell'embrione che, ancorché malato, ha comunque diritto di essere.

Si tratta certamente di una diversa problematica, ma ci si è comunque interessati alle previsioni della l. n. 40, andando ad incidere sulla nozione di «famiglia» in maniera indiretta, con un *focus* più specifico sul versante del figlio, che può considerarsi tale – seppur con certe cautele – già con riguardo all'embrione. Questione dissimile, ma fondamentale nel panorama che si pone innanzi ai nostri occhi, riguarda quanto statuito dalla sentenza n. 225/2016. Ci si è occupati in questa sede di problematiche conseguenti alle nuove istanze sociali e relazionali poggiate sull'emergenza e sulla valorizzazione di nuovi modelli di rapporti, di *partner* e genitoriali, riversi rispetto a quelli eterosessuali. Si trattava, in questo caso, di un conflitto insorto all'interno di una coppia omoaffettiva di donne, contrasto provocatosi a seguito della rottura della loro relazione, in ragione della quale la «genitrice intenzionale» aveva inteso sostenere il riconoscimento del suo diritto alla conservazione di un rapporto con la figlia biologica della sua ex compagna, che,

⁴⁴ Si tratta di una vera e propria scelta di politica legislativa, come ricorda C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 1, 2013, 13 spec., laddove si afferma che «se si guarda all'esperienza comparata in cui esistono esempi di normative che ammettono l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale anche alle coppie fertili, emerge che la giustificazione di tale scelta risieda non tanto nella finalità di ovviare ad una causa ostativa della procreazione, quanto piuttosto nella volontà di impedire la trasmissione di malattie genetiche al nascituro. Una scelta, dunque, che parrebbe espressione della discrezionalità politica del Parlamento nazionale, che sceglie di assegnare un'ulteriore finalità al ricorso alle tecniche di procreazione artificiale».

⁴⁵ I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 novembre 2015, 4.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 229/2015.

invece, glielo aveva impedito. Elemento fondamentale della decisione è rappresentato certamente dal richiamo, operato dal giudice rimettente, al *best interest of the child*, consistente nel diritto del minore di mantenere un rapporto con il vecchio compagno del genitore “biologico”, ampiamente affermato e sancito a livello sovranazionale⁴⁷. Eppure, si è arrivati a ribadire la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, poiché esistono, allo stato, dei rimedi esperibili nell’ordinamento italiano al fine di salvaguardare tale interesse del minore. Si tratta dell’ipotesi di condotta del genitore «comunque pregiudizievole al figlio» di cui all’art. 333 c.c. Tale norma, infatti, consente già al giudice di adottare i «provvedimenti convenienti» per salvaguardare i frutti di una coppia omoaffettiva che versi in tale, peculiare, condizione, ovverosia di negazione di prosecuzione della relazione affettiva, precedentemente consolidatasi, con l’ex *partner* omosessuale del medesimo genitore biologico, individuandone le concrete modalità di esercizio⁴⁸.

Nel mezzo si è posta la sentenza n. 272/2017, che inerisce alla questione della gestazione per altri (o maternità surrogata). Qui la disposizione censurata consisteva nell’art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l’impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all’interesse dello stesso. Significativamente il giudizio si è chiuso con un’interpretativa di rigetto, ma rileva altresì considerare che, fra i vari dati normativi favorevoli a un bilanciamento tra verità biologica e conservazione dello *status filiationis*, sia stato invocato l’art. 9 l. n. 40/2004 (che esclude che il coniuge o il convivente che abbiano acconsentito al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo potessero promuovere l’azione di disconoscimento o impugnare il riconoscimento ai sensi dell’art. 263 cod. civ.).

La Consulta ha, quindi, ripercorso l’evoluzione prescrittiva e sociale del concetto di famiglia, confermando il rilievo giuridico della genitorialità sociale e ricordando che «la verità biologica della procreazione costituisce «una componente essenziale» dell’identità personale del minore, la quale concorre, insieme ad altre componenti, a definirne il contenuto»⁴⁹. Resta, quindi, la necessità di un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all’accertamento della verità dello *status* e delle conseguenze che ne possano derivare, dove il giudice “di merito” sarà incaricato di tenere conto della durata del rapporto instauratosi col minore, della condizione identitaria già da esso acquisita, delle modalità del concepimento e della gestazione, della presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato e della considerazione dell’elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale.

Per quanto riguarda, invece, altri profili, come la possibilità di utilizzare i gameti di un donatore o di una donatrice limitatamente alle coppie eterosessuali sterili, infertili o affette da una malattia trasmissibile in via ereditaria, il giudice delle leggi ha ribadito nella sentenza n. 221/2019 che tale scelta «si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce, pur rimanendo quest’ultima aperta a soluzioni di un segno diverso, in parallelo all’evolversi dell’apprezzamento sociale»⁵⁰.

⁴⁷ Ci si può riferire alla *Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo di New York* del 1959, agli artt. 7 e 24 della *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea* del 2001 e all’art. 8 della *Convenzione europea dei diritti dell’uomo* del 1950.

⁴⁸ Corte cost., sent. n. 225/2016.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 272/2017.

⁵⁰ Così la sentenza n. 221/2019 della Corte costituzionale.



Per giungere a tale conclusione la Consulta ha dato vita ad un complesso percorso argomentativo nell'ambito di due giudizi di legittimità costituzionale poi riuniti nel medesimo procedimento, accomunati dalla volontà di rimuovere il requisito soggettivo di accesso alla PMA rappresentato dalla diversità di sesso dei componenti la coppia richiedente, chiedendo così alla Corte «di rendere fruibile la PMA alle coppie omosessuali in quanto tali: indipendentemente, cioè, del fatto che i loro componenti risultino affetti, *uti singuli*, da patologie che li pongano in condizioni obiettive di infertilità o di sterilità»⁵¹, dichiarando le questioni non fondate. In primo luogo, si evidenziava come la l. n. 40/2004 costituisse la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali»⁵².

Si è giunti, poi, al punto nodale della pronuncia, dove si è avuto modo di ricordare che la materia della l. n. 40 tocca «temi eticamente sensibili»⁵³, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore»⁵⁴, che può, quindi, decidere come meglio crede, restando, sempre e comunque, sindacabile nel proprio operato, al fine di verificare la correttezza dell'operazione effettuata. Nella medesima prospettiva, non a caso, si è mossa la Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ricordato come la procreazione medicalmente assistita coinvolga svariate questioni di ordine etico e morale, al punto che è agli Stati che deve essere riconosciuto un margine di apprezzamento per comprendere come allocare i diversi interessi⁵⁵.

Risulta, a questo punto, evidente che la l. n. 40 abbia operato due scelte di fondo, espressione di un sentire del legislatore dell'epoca della sua entrata in vigore. La prima concerne il fatto che la P.M.A. rappresenta un rimedio alla sterilità o all'infertilità umana aventi una causa patologica e non altrimenti rimovibile, con ciò escludendo che esse si pongono come modalità per la «realizzazione del "desiderio di genitorialità" alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati». La seconda, invece, attiene proprio alla struttura del nucleo familiare che si va ad identificare con le previsioni in parola, che vogliono riprodurre il modello eterosessuale, che vede coinvolti solo un padre e una madre, di sesso diverso⁵⁶.

Dando, poi, il via ad un'opera di *distinguishing*, la Consulta ha chiarito come i propri stessi precedenti, consistenti nelle importanti e parzialmente già analizzate sentenze nn. 162/2014 e 96/2015, abbiano avuto il dichiarato intento di rimuovere «quelle che apparivano come distonie, interne o esterne, della disciplina delineata dal legislatore, senza incidere – o incidendo solo in modo marginale – sulle coordinate di fondo di quest'ultima», mentre l'operazione richiesta al giudice delle leggi nel 2019 si poneva su un

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² In tal senso, la sentenza n. 45/2005 della Corte costituzionale.

⁵³ Così la sentenza n.162/2014 della Corte costituzionale: non a caso, il confronto con i precedenti è inevitabile nella pronuncia del 2019, che ne tiene conto e se ne distanzia.

⁵⁴ Così Corte cost., sent. n. 347/1998. Similmente si esprime A. BARBERA, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, Roma, 18 marzo 2024, 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».

⁵⁵ Ci si riferisce alle sentenze della Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, del 28 agosto 2012, e *S.H. e altri c. Austria*, del 3 novembre 2011.

⁵⁶ Corte cost., sent. n. 221/2019

piano ben diverso. Si discorreva, infatti, dell'ammissione delle coppie omosessuali alla P.M.A., che «esigerebbe [...] la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le linee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive»⁵⁷.

Sulla scorta di queste considerazioni si è arrivati ad affermare che «l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata». Così argomentando, non si può evidenziare alcuna distonia nella l. n. 40, poiché si tratta di una precisa scelta di campo del legislatore⁵⁸.

Tutto ciò premesso, si è rammentato come la scelta di ammettere le coppie omosessuali alla P.M.A. spettasse solamente al Parlamento nazionale, che sul tema non ha, al tempo dell'approvazione della legge, raggiunto un adeguato consenso. Pure ricordando la l. n. 76/2016 in tema di "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" e gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, che ha espressamente riconosciuto le coppie dello stesso sesso come espressione delle formazioni sociali rilevanti ai sensi degli artt. 2 e 29 Cost., la Corte si è arrestata. Non sembrava, infatti, possibile identificare una compromissione dell'autodeterminazione della coppia omosessuale, che gode di un suo *status* e di specifici diritti, ma che non può, in modo assoluto e automatico, vedersi riconosciuto un "diritto alla genitorialità", poiché tale, importante, scelta spetta solo al legislatore nazionale. Da qui, l'impossibilità, ad avviso del giudice delle leggi, di invocare la compromissione dell'art. 31 Cost., che «riguarda la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore»⁵⁹, e dell'art. 32 Cost. in tema di tutela della salute, che non può essere estesa sino alla garanzia di qualsiasi aspirazione soggettiva o di qualsiasi bisogno di coppia⁶⁰.

Con la successiva sentenza n. 237/2019 la Corte ha affrontato un'ulteriore problematica, attinente alla riconoscibilità degli effetti civili, in termini di trascrizione anagrafica del relativo *status*, di una filiazione riferibile ad una coppia omosessuale femminile. Dichiarata l'inammissibilità della questione, il giudice delle leggi ha evidenziato come il ricorso alle tecniche di P.M.A. sia legato al consenso di entrambi i genitori e alla responsabilità degli stessi nel progetto educativo, elementi che nel nostro ordinamento sono riferiti esclusivamente, per una precisa scelta legislativa, a coppie eterosessuali. Anche in questo caso si è ritenuto che un richiamo alla l. n. 76/2016 non potesse apparire corretto. Questa disciplina certamente ha il merito di riconoscere il valore sociale e giuridico delle coppie omosessuali, ma non consente la filiazione, adottiva o per fecondazione assistita, in loro favore. Non a caso, il rinvio operato dall'art. 20, c. 1 della suddetta legge opera alle norme sul matrimonio, nei termini di «clausola di salvaguardia», ma restano escluse, poiché non richiamate, quelle che regolano la paternità, la maternità e l'adozione

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Così, N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema*, cit., 313. In senso contrario, M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 aprile 2020, 154, laddove si evidenzia che «la distinzione fra le due condizioni non sembra [...] così netta, non fosse altro perché la previsione costituzionale richiamata stabilisce altresì che la Repubblica deve proteggere la maternità "favorendo gli istituti necessari a tale scopo"».

⁶⁰ N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema*, cit., 313.



legittimante. Ne discendeva chiaramente, ad avviso della Corte, che il nostro ordinamento, per decisione espressa ed esplicita del Parlamento, non ammettesse che le coppie dello stesso sesso possano divenire, mediante pratiche e tecniche di cui alla l. n. 40, genitori.

Questione connessa è stata affrontata nella sentenza n. 127/2020, in cui la Consulta ha dichiarato la non fondatezza, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., della questione di legittimità di cui all'art. 263 c.c. nella parte in cui tale disposizione non esclude la legittimazione ad impugnare il riconoscimento del figlio da parte di chi lo abbia effettuato nella consapevolezza della sua non veridicità. Il giudice *a quo*, infatti, rilevava un'irragionevole disparità di trattamento tra chi abbia consapevolmente effettuato il riconoscimento non veridico e chi abbia prestato il consenso alla fecondazione assistita eterologa. Similmente la norma permetterebbe a chi abbia consapevolmente scelto di instaurare un rapporto di filiazione di sacrificare l'interesse del soggetto riconosciuto come figlio per il perseguimento di un fine personale adducendo la non veridicità del riconoscimento. Nella medesima prospettiva si dovrebbe invocare pure la violazione dei principi di responsabilità individuale, di solidarietà sociale e di tutela dell'identità personale del figlio.

Tutto ciò premesso, il giudice delle leggi italiano non ha riconosciuto tali presupposti, argomentando, anzi, una ragionevole disparità di trattamento. La disciplina civilistica della l. n. 40, infatti, è impostata su un regime di deroga rispetto al regime generale di filiazione, presentando un carattere eccezionale. Da qui, è stato rimarcato come le due situazioni non potessero essere equiparate. Un conto è, infatti, la volontà di generare con materiale biologico altrui, un altro la volontà di riconoscere un figlio altrui: nella prima ipotesi, si realizzerebbe la nascita di un soggetto che altrimenti non sarebbe venuto ad esistenza; nella seconda, invece, il riconoscimento si esprime in relazione ad una persona già nata. In aggiunta a ciò, si è rilevato come, nel caso della fecondazione assistita eterologa, un eventuale accertamento negativo della paternità non potrebbe rappresentare il presupposto di un successivo accertamento positivo della paternità biologica di un altro soggetto, elemento impossibile dato l'anonimato del donatore di gameti ex art. 9, c. 3, l. n. 40/2004. D'altro canto, le ipotesi di disconoscimento cui si riferisce l'art. 263 c.c. sono da ricondursi a situazioni "opache", al di fuori del controllo, previsto e sussistenza per la P.M.A., medico-sanitario.

Da tutti questi assunti, è emersa la non contrarietà della disparità di trattamento tra tali dissimili situazioni alle esigenze dell'ordinamento.

Nella medesima prospettiva si è posta la sentenza n. 230/2020, che ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 20, l. n. 76/2016 e dell'art. 29, c. 2, d.P.R. n. 396/2000, nella parte in cui escludono che la madre intenzionale possa essere riconosciuta come genitrice del bambino, nato in Italia, a seguito di un progetto di fecondazione assistita perfezionato all'estero, nell'ambito di una coppia omogenitoriale femminile unita civilmente, poiché una diversa tutela del miglior interesse del minore, al fine di salvaguardare il suo rapporto con la madre intenzionale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attengono al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore.

Sono stati comunque richiamati principi centrali contenuti negli artt. 2, 30 e 31 Cost., che riconoscono, nell'attuale interpretazione della giurisprudenza costituzionale, in continuità con gli orientamenti sovranazionali ed europei, la necessità di tutelare il *best interest of the child*, valorizzando anche la genitorialità sociale, non coincidente con quella biologica.

La pronuncia è, quindi, stata chiusa con una considerazione fondamentale, consistente nel fatto che i tempi sono maturi per una revisione tendenzialmente complessiva della materia della fecondazione

assistita, su cui, però, dovrà esprimersi il Parlamento, intervenendo con l'innovativa tecnica decisoria dell'«incostituzionalità prospettata»⁶¹.

Altra decisione centrale è stata la n. 32/2021, riguardante la legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 l. n. 40/2004 e dell'art. 250 c.c., in quanto, secondo il giudice rimettente, tali disposizioni non consentirebbero al figlio nato nell'ambito di un progetto di P.M.A., praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale, qualora non ricorrano i presupposti per l'adozione in casi particolari. In questa sede la Consulta ha sottolineato come queste previsioni vadano oggi interpretate per la garanzia dei preminenti interessi del figlio, sulla scorta anche della normativa comunitaria ed internazionale, come segnatamente l'art. 8 CEDU, che impone di valorizzare il legame di fatto tra figlio nato da P.M.A. e genitore intenzionale, a tutela del diritto del minore all'identità personale, affettiva e relazionale e alla stabilità familiare e della cura, in maniera indipendente dalle vicende della coppia⁶².

La Corte ha notato, in maniera significativa, a tal riguardo un preoccupante vuoto di tutela nei confronti dei figli nati all'estero, in Stati in cui questi mezzi di procreazione sono permessi alle coppie dello stesso sesso, con ciò evidenziando l'insufficienza dell'istituto dell'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato, laddove si richiede il necessario assenso del genitore biologico che, come nel caso di specie, potrebbe venire a mancare, colpendo proprio il benessere del minore.

Secondo il giudice delle leggi, dunque, è evidente come «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. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi»⁶³.

La Consulta, tuttavia, ha ritenuto di non poter porre rimedio al riscontrato vuoto di tutela, in ragione della preminenza della discrezionalità legislativa in materia, esortando così il Parlamento nazionale ad intervenire, ponendo fine al più presto alla propria inerzia, al fine di individuare «un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti»⁶⁴. A questo punto, si è giunti ad un ulteriore monito della Corte al legislatore, invitandolo a prevedere una modalità più congrua per il riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, ad esempio con una nuova modalità di adozione.

Significativamente è intervenuta, poi, la sentenza n. 33/2021, in tema di maternità surrogata, dove la Consulta ha deciso la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Cassazione sull'impossibilità di riconoscere in Italia una sentenza straniera di attribuzione dello stato di genitori a due uomini italiani uniti civilmente, che abbiano fatto ricorso alla gestazione per altri all'estero. La Corte ha dichiarato inammissibile la questione, ma ha sottolineato la necessità di un indifferibile intervento del legislatore, al fine di

⁶¹ N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 3, 2021, 91 e 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*, 2, 2021, 414 ss.

⁶² Questa è la prospettiva, adottata in sede sovranazionale, di CEDU, *Mennesson e Labassee v. Francia*, 26 giugno 2014.

⁶³ Corte cost., sent. n. 32/2021.

⁶⁴ *Ibidem*.



porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore. Si è, dunque, avuto modo di sottolineare come l'ordinamento debba in ogni caso garantire piena tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico da parte di entrambi i componenti della coppia che ne hanno voluto la nascita e che lo hanno poi accudito, esercitando di fatto la responsabilità genitoriale. Già con questa decisione, quindi, si può evincere la centralità della garanzia del rapporto genitore/figlio con qualsiasi accezione possibile (e con qualsiasi tipo di scaturigine).

Una questione di particolare interesse è, pure, contenuta nella sentenza n. 161/2023⁶⁵ della Consulta, che si è occupata dell'art. 6, l. n. 40/2004, affermando che l'irrevocabilità del consenso di entrambi i componenti della coppia rispetto al proseguimento della fecondazione assistita dopo la formazione dell'embrione non violi la Costituzione. Da qui, l'infondatezza della questione. Eppure, si è giunti ad affermare, in maniera centrale, che «Corpo e mente della donna sono [...] inscindibilmente interessati in questo processo, che culmina nella concreta speranza di generare un figlio, a seguito dell'impianto dell'embrione nel proprio utero». In questa prospettiva il consenso dell'uomo ha determinato in certo affidamento nella donna, indotta ad un impegno, gravoso, di carattere fisico e psichico, con conseguente «concreta aspettativa di maternità». Si è andati, quindi, in maniera centrale ad adottare una «prospettiva di genere» nella pronuncia in esame, dove sono stati individuati svariati argomenti a favore della «prevalenza della volontà della donna rispetto a quella dell'uomo», accanto ad una rilevanza giuridica dell'embrione⁶⁶. Proprio questi elementi possono risultare centrali, al fine di sviluppare ulteriori considerazioni di sistema. Basti, a tal proposito, considerare già qui che si compia una distinta e separata valutazione dell'apporto – biologico in primo luogo – dell'uomo e della donna alla procreazione, arrivando ad evidenziare come si tratti di elementi dissimili tra loro, in cui deve assumere speciale rilievo l'autodeterminazione femminile, che agisce con responsabilità con riferimento alle scelte per sé e per il concepito⁶⁷.

Stante quest'assunto, si può, ad ogni modo, affermare che la l. n. 40 sia stata di fatto «scardinata» dalla Corte costituzionale e dalla magistratura ordinaria, chiamata ad operare attraverso lo strumento dell'interpretazione costituzionalmente conforme a Costituzione⁶⁸. Non a caso, oggi alcuni discorrono addirittura di una «ex legge 40»⁶⁹.

⁶⁵ Per i primi commenti alla sentenza si rinvia a G. CASABURI, *L'irrevocabilità del consenso paterno alla p.m.a.: la Consulta (involontariamente?) "apre" alla genitorialità non biologica*, in *Il Foro it.*, 9, 2023, 2343 ss.; F. COLELLA, *La non irragionevolezza della irrevocabilità del consenso dell'uomo alla PMA resiste alla prova dei mutamenti del quadro normativo e della sopravvenuta crisi della coppia*, in *Giur.it.*, 10, 2023, 2028 ss.; S. NICCOLAI, *Una decisione di infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore? Scelte tragiche e tragiche non scelte in Corte cost. n. 161/2023*, in *Diritti comparati*, 16 ottobre 2023 e E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sent. n. 161 del 2023)*, in *Federalismi*, 23, 2023, 122 ss.

⁶⁶ M. D'AMICO, B. LIBERALI, *Manuale di diritto delle donne*, Milano, 2025, 117-118.

⁶⁷ F. ANGELINI, *La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma l'irreversibilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni. Commento alla sentenza n. 161 del 2023*, in *Nomos*, 3, 2023, 9, riprendendo le affermazioni di P. VERONESI, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 30.

⁶⁸ A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 997-1000.

⁶⁹ Sottolinea tali aspetti B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2014.

Questo non toglie che essa sia, di fatto, ancora vigente e che residuino numerosi *vulnus* da sanare, proprio alla luce dell'ineludibile adattamento alle mutate esigenze sociali del nostro ordinamento.

Dopo aver esaminato tutte le summenzionate questioni, è bene interrogarsi riguardo all'estensibilità dei limiti soggettivi di cui all'art. 5 l. n. 40/2004, considerando la possibilità di applicare la P.M.A. alle coppie omosessuali, unite civilmente o conviventi, e ai *singles*, uomini o donne. Si tratta, a ben vedere, di soggetti che richiedono di sperimentare su di sé una gravidanza, con ciò escludendo le ipotesi di maternità surrogata o gestazione per altri, che pongono ulteriori questioni che non saranno qui analizzate.

Di conseguenza, oggetto di indagine sarà esclusivamente l'applicabilità della P.M.A. alle coppie omosessuali femminili o alle donne *singles*, entrambe categorie che sono capaci naturalmente e in via autonoma di portare a termine una gravidanza e di partorire.

Da qui, è bene considerare l'approdo delle recenti sentenze nn. 68 e 69 del 2025 della Corte costituzionale. Per quanto riguarda il primo caso (la sentenza n. 68), si tratta di un giudizio in via incidentale riguardante gli artt. 8 e 9, l. n. 40/2004 e l'art. 250 c.c., disciplina che, unitamente considerata, «frustrerebbe il diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel proprio nucleo familiare [...] e alla propria identità sociale, presupposto per l'azionabilità dei diritti nei confronti di chi si è assunto la responsabilità di procreare» e che impedire il riconoscimento di tale legame di filiazione verrebbe a creare «una nuova (e unica) categoria di nati non riconoscibili, come tale soggetta a discriminazione, in ragione delle caratteristiche della relazione (in questo caso, omosessuale) tra i genitori», come lo furono i figli adulterini ed incestuosi. Si tratterebbe di una differenziazione non giustificabile nell'ordinamento, anche e soprattutto poiché distonica rispetto al principio di unicità dello *status* di figlio sancito dalla riforma apportata dalla l. n. 219/2012 e dal d.lgs. n. 154/2013. In secondo luogo, «sarebbe offeso il diritto alla bigenitorialità del bambino inteso come diritto ad avere due persone che, sin dalla sua nascita, si assumano la responsabilità di provvedere al suo mantenimento, alla sua educazione e istruzione, nei confronti delle quali poter vantare diritti successori ma, soprattutto, poter agire in caso di inadempimento e di crisi della coppia». In terza istanza, «il mancato riconoscimento delle donne omosessuali quali genitori del nato da fecondazione eterologa praticata dall'una con il consenso dell'altra costituirebbe un ostacolo al pieno sviluppo della loro personalità che spetta alla Repubblica rimuovere». Da ultimo, «si ravviserebbe una disparità di trattamento tra bambini concepiti da due donne con PMA, a seconda che siano nati all'estero o sul territorio italiano», poiché, per costante orientamento della Cassazione, solo nel primo caso si potrebbe procedere alla trascrivibilità di tali atti, anche se, da un punto di vista pratico, ciò resta sempre subordinato alla «decisione» degli ufficiali di stato civile.

Il giudice delle leggi, poi, ha avuto modo di ricordare l'importante legame genitore-figlio, che si riconnette alla «volontà [che] porta alla nascita una persona che altrimenti non sarebbe nata»⁷⁰ e che implica il diritto del nato a vedersi riconosciuto come figlio di chi quella nascita ha voluto. È, dunque, il consenso l'elemento base da cui scaturisce il progetto di genitorialità anche in ipotesi di scissione tra identità biologica e giuridica, elemento idoneo a dare vita allo *status filiationis*⁷¹.

Da qui, l'emersione del «secondo concetto guida rilevante, costituito dall'interesse del minore o, per come si esprimono le fonti internazionali, dal "miglior interesse del minore"». Esso consiste nel «diritto del

⁷⁰ Così la sentenza n. 127/2020 della Corte costituzionale.

⁷¹ Come già affermato in Corte cost., sent. n. 162/2014.



minore di mantenere un rapporto con entrambi i genitori»⁷², riconosciuto a livello sia di legislazione ordinaria che a livello internazionale e comunitario.

Riprendendo poi la sentenza n. 272/2017, che si è occupata della maternità surrogata, la Consulta ha rammentato come la salvaguardia dell'interesse del minore, anche quando si tratti fecondazione assistita eterologa, sia da lungo tempo un obiettivo della giurisprudenza costituzionale italiana.

Nella parte conclusiva della pronuncia, inoltre, ci si è riallineati alla sentenza n. 32/2021, evocata pure dal giudice rimettente. Si tratta, infatti, del precedente con cui si è chiamati a confrontarsi nel caso in esame, poiché già lì si ribadiva l'importanza di un riconoscimento che operasse subito e indipendentemente dalle vicende della coppia e da eventuali mutamenti formali dello *status filiationis*, che rappresentano anzi «elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione»⁷³.

Si è rammentato pure che non pare coerente un possibile richiamo alla disciplina dell'adozione in casi particolari: questo è vero, in primo luogo, poiché tale disciplina è radicalmente diversa dal riconoscimento, essendo la prima solo eventuale, su richiesta, e successiva, rispetto all'automatico riconoscimento; in secondo luogo, sussisterebbe un considerevole lasso di tempo tra la nascita e il perfezionamento dell'adozione, che lascerebbe il minore in uno stato di incertezza e imprevedibilità in ordine al suo stato, con ciò compromettendo la sua identità personale; da ultimo sul territorio nazionale si assiste ad una significativa eterogeneità di comportamenti tenuti dagli ufficiali di stato civile in ordine alla decisione di iscrivere o meno il nome della madre intenzionale del nato da P.M.A., oltre che dai pubblici ministeri in ordine alla decisione di chiedere la rettificazione dell'atto.

In questa dimensione si potrebbe, quindi, delineare un «potenziale cortocircuito del sistema»⁷⁴.

Alla luce di questa complessiva e articolata ricostruzione si è sottolineata la compromissione dell'interesse del minore, che non può certamente dirsi «tiranno», privo di qualsiasi bilanciamento, ma che qui, ha ritenuto il giudice delle leggi italiano, non si scontra con esigenze di pari rango e di segno opposto.

La Consulta ha, in definitiva, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, l. n. 40/2004 nella parte in cui non prevede che pure il nato in Italia da donna che ha fatto ricorso all'estero a tecniche di P.M.A. abbia lo *status* di figlio riconosciuto anche della donna che ha espresso il preventivo consenso al ricorso a queste pratiche e alla correlata assunzione della responsabilità genitoriale.

In questa prospettiva si è giunti a riconoscere il *best interest of the child* nella volontà di salvaguardare le prerogative delle coppie omosessuali e la loro aspirazione alla genitorialità, dal momento che l'orientamento sessuale dei genitori non ha alcuna influenza – almeno scientificamente accertata – sullo sviluppo del figlio⁷⁵.

Per quanto riguarda il secondo caso (contenuto nella pronuncia n. 69/2025), ci si è occupati dell'art. 5 l. n. 40/2004 nella parte in cui prevede che possano accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi», e non anche donne singole.

⁷² In tal senso, la sentenza n. 102/2020 della Corte costituzionale.

⁷³ Corte cost., sent. n. 32/2021.

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 68/2025.

⁷⁵ Per un primo commento sulla pronuncia si veda M.P. IADICICCO, *La Corte costituzionale prosegue, in solitaria, il proprio cammino sui diritti dei nati da PMA*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2025, 230 ss. spec.

La Corte ha qui riassunto la *ratio* ispiratrice dei propri precedenti sulla l. n. 40, ricordando i diversi interventi con cui si è giunti a incidere su tale normativa e ha pure richiamato la giurisprudenza convenzionale, giungendo però agli assunti della sentenza n. 221/2019 riguardo alla possibilità di consentire l'accesso alla P.M.A. a coppie dello stesso sesso e, nello specifico, a coppie di donne. Si è ribadita, a tal proposito, l'impossibilità per la Consulta di intervenire estendendo la funzione delle tecniche in parola da mero rimedio per le sterilità e infertilità patologiche a via di accesso alla procreazione per i casi di infertilità "fisiologica". Come si è avuto modo più volte di sostenere, si tratta con ogni evidenza di «“temi eticamente sensibili”»⁷⁶, per cui spetta solamente al legislatore delineare «un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana»⁷⁷.

L'unico compito della Corte è, quindi, quello di verificare se sia stato superato, a causa dell'omissione legislativa, l'argine della manifesta irragionevolezza e sproporzione, tenuto conto anche dell'evoluzione dell'ordinamento.

Si è poi richiamata pure la sentenza n. 68/2025, che si è occupata della connessa, ma diversa, questione del nato in Italia a seguito di fecondazione assistita eterologa effettuata all'estero da due donne nel rispetto della disciplina straniera. In questa sede si è riconosciuta la possibilità, nell'interesse del minore, che la madre intenzionale possa riconoscere il figlio. Da qui, un'ulteriore apertura alle coppie omosessuali per quanto riguarda il riconoscimento di un vincolo genitoriale già instauratosi, al fine di salvaguardare l'identità del nato.

Ferma restando, dunque, l'assenza di impedimenti costituzionali perché il legislatore estenda l'accesso alla P.M.A. anche a nuclei familiari di nuovo conio, si è passati a verificare se l'omessa considerazione della donna singola superi il vaglio della non manifesta irragionevolezza e sproporzione.

Tramite un'opera di *distinguishing*, la Consulta ha ricordato la propria pronuncia n. 33/2025, che pure ha rimosso, con riferimento all'adozione internazionale, il divieto che impediva alle persone singole di sottoporsi al giudizio di idoneità a adottare. Si è argomentato qui che simile possibilità non contraddice la non manifesta irragionevolezza e sproporzione delle cautele adottate dal legislatore nel caso della procreazione medicalmente assistita. In quest'ultima ipotesi, infatti, l'autodeterminazione delle persone singole converge verso lo stesso interesse del minore riflesso nella finalità perseguita con l'istituto adottivo: «A fronte di bambini e di ragazzi in stato di abbandono per i quali l'alternativa all'adozione è quella di restare in contesti non paragonabili a un ambiente familiare stabile e armonioso, il puro divieto frapposto alle persone singole è un mezzo non proporzionato a perseguire il loro miglior interesse, anche a fronte di quello alla bigenitorialità, che al più potrebbe giustificare, a favore delle coppie, un criterio di tipo preferenziale». *Ad abundantiam*, si è affermato che «nel caso dell'istituto adottivo l'interesse del minore è direttamente assicurato dall'accertamento giudiziale in concreto operato sull'idoneità dell'aspirante adottante a garantire un ambiente stabile e armonioso ed è il criterio ermeneutico che orienta tutte le fasi del procedimento».

Alle medesime conclusioni cui si è pervenuti con riferimento alla lesione dell'autodeterminazione ex art. 2 Cost., si è giunti avendo riguardo anche al diritto alla vita privata di cui all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU.

⁷⁶ Corte cost., sent. n. 162/2014.

⁷⁷ Corte cost., sent. n. 221/2019.



La discrezionalità del legislatore trova corrispondenza nell'ampio margine di apprezzamento che la Corte di Strasburgo lascia agli Stati aderenti sia nella decisione concernente l'*an* della regolamentazione sia nell'individuazione del punto di equilibrio fra i vari interessi implicati.

Questo non comporta, anche per il giudice sovranazionale, un esonero da qualsivoglia considerazione sull'operato degli Stati, ma si deve cautamente valutare come sia stato operato il bilanciamento tra esigenze contrapposte⁷⁸.

Non si tratta di indagare se il singolo Stato avrebbe potuto adottare una soluzione differente, ma se, nel compiere la scelta sottoposta a scrutinio, abbia ecceduto rispetto al margine di apprezzamento a esso riconosciuto⁷⁹.

Da qui, si è ribadita la necessità di verificare se siano stati ecceduti i limiti di sproporzionalità e di manifesta irragionevolezza entro i cui margini gli Stati debbono stare. Alla luce dei richiamati orientamenti, dunque, la scelta operata dal legislatore italiano nel non consentire l'accesso alla P.M.A. alla donna singola risulta rientrare nel margine di apprezzamento dello Stato e, di conseguenza, non va a ledere l'art. 8 CEDU.

Si è, poi, passati a considerare non fondata la censura concernente l'art. 32 Cost. Il giudice *a quo*, infatti, fa discendere la lesione della salute della donna dal trascorrere del tempo e dal conseguente rischio di superare l'età fisiologicamente fertile, ma si è rilevato come l'infertilità per ragioni di età non possa reputarsi di natura patologica. Parimenti, non si è riscontrato alcun particolare *vulnus* alla salute psichica «che 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»⁸⁰.

Passando, poi, alle questioni di cui all'art. 3 Cost., il giudice *a quo* ha evocato una disparità di trattamento in relazione a due distinti profili, lamentando innanzitutto una disciplina irragionevolmente differenziata nella comparazione fra la categoria delle donne singole e quella delle coppie di diverso sesso.

Osservando quindi la *ratio* dell'art. 5 e dell'intera disciplina che regola le suddette tecniche, si è affermato che «la categoria delle donne singole e quella delle coppie eterosessuali non risultano omogenee e, pertanto, non richiedono il medesimo trattamento», poiché «L'infertilità fisiologica della donna singola non è omologabile a detta situazione, sicché la disomogeneità dei due gruppi di ipotesi non determina una irragionevole disparità di trattamento».

Sotto un secondo profilo, si è denunciata una disparità di trattamento correlata alle condizioni economiche delle donne, poiché l'attuale disciplina dei requisiti soggettivi di accesso favorirebbe le donne singole più abbienti, che possono far ricorso alle tecniche di PMA all'estero, mentre a quelle meno abbienti simile itinerario risulterebbe precluso. Ciò, però, rappresenta, si è sostenuto, la «naturale conseguenza della presenza di legislazioni straniere che dettano differenti regole».

⁷⁸ «[...] to examine carefully the arguments taken into consideration during the legislative process and leading to the choices that have been made by the legislature and to determine whether a fair balance has been struck between The competing interests of the State and those directly affected by those legislative choices»: così Corte EDU, sentenza 5 maggio 2022, *Lia c. Malta*, par. 61.

⁷⁹ «the central question in terms of Article 8 of the Convention is not whether a different solution might have been adopted by the legislature that would arguably have struck a fairer balance, but whether, in striking the balance at the point at which it did, the Czech legislature exceeded the margin of appreciation afforded to it under that Article»: così Corte EDU, sentenza 8 dicembre 2022, *Pejřilová c. Repubblica Ceca*, par. 55.

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 221/2019.

Nonostante queste premesse, la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale ritenendo sempre necessario l'intervento del legislatore, «Ferma restando [...] l'assenza di impedimenti costituzionali affinché il legislatore estenda l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche a nuclei familiari diversi da quelli indicati nell'art. 5 della legge n. 40 del 2004». Questo significa, in maniera lapalissiana, che la Consulta non chiude la porta a tale evenienza, ma la lascia esplicitamente aperta al Parlamento.

Resta, quindi, aperto il versante dell'estensibilità dei limiti soggettivi per l'accesso alla P.M.A. nei confronti delle coppie omosessuali femminili e delle donne singole, poiché per quanto riguarda le coppie omosessuali maschili e gli uomini singoli si dovrebbe, piuttosto, fare riferimento ad una specifica ipotesi, ovvero sia quella della gestazione per altri, che pone diversi e ulteriori problemi di carattere costituzionale.

Da questa sintetica disamina possiamo sintetizzare come il giudice delle leggi sia giunto a due dissimili – e opposti – approdi delle due succitate pronunce. Da una parte, infatti, si è aperto – per così dire – ad un nuovo modello di famiglia; dall'altra si è negata qualsiasi cittadinanza, per sola via giurisprudenziale, alla nozione di nucleo familiare “monogenitoriale”. Si è, quindi, argomentato che la Corte, nonostante abbia evidenziato l'importanza delle questioni sottoposte alla sua attenzione, abbia escluso un palese e piano riconoscimento del “desiderio di genitorialità” come «dimensione costituzionale della donna», restando «subordinato alla capacità di conformarsi a un modello familiare preciso e alla disponibilità economica». Il giudice delle leggi, quindi, consapevole di questa tensione, anche e soprattutto con il principio di uguaglianza, decide di non sciogliere il nodo gordiano, «demandando ancora una volta al legislatore il compito di restituire coerenza costituzionale a un'area del diritto civile che, nella sua forma attuale, si fa veicolo di esclusione più che di tutela»⁸¹.

Da qui, è bene notare i differenti temi trattati dalla sentenza n. 68 e n. 69, la prima inerente al riconoscimento dello *status* di filiazione, escludendo qualsiasi ipotesi di discriminazione, la seconda in merito ai requisiti soggettivi per l'accesso alla P.M.A., su cui solo gli Stati possono intervenire. Significativamente possiamo nominare anche la sentenza n. 33/2025, riguardante l'adozione internazionale e le persone singole, ammettendo tale possibilità per queste ultime in via pretoria, operando mediante un'additiva di principio⁸². Ciò evidenzia, ad ogni modo, come il giudice delle leggi abbia sempre rammentato l'importanza di operare un *self restraint*, al fine di salvaguardare il margine di apprezzamento del Parlamento su questioni eticamente sensibili.

Merita, infine, una distinta considerazione la sentenza n. 155/2025 della Consulta, che si è occupata della questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10, l. n. 40/2004 con riferimento agli artt. 2; 3; 31, c. 2; 32, c. 1 e 117, c. 1 Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU; agli artt. 2, paragrafi 1, 17, 23 e 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato dall'Assemblea ONU e agli artt. 2, 3 e 9 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, nella parte in cui le impugnate disposizioni, limitando l'accesso alle tecniche di P.M.A. alle sole coppie di sesso diverso, impedirebbero che vi possa ricorrere una coppia formata da componenti attualmente dello stesso sesso, allo scopo di consentire la fecondazione omologa tra il gamete maschile di uno di essi (crioconservato prima della

⁸¹ Così, M. DI MASI, *Le sentenze nn. 68 e 69/2025 ovvero dello strabismo della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 18 giugno 2025, 17.

⁸² I. TARDIA, *La misura della libertà procreativa: proporzionalità, precauzione e margine di apprezzamento nella PMA (a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 69 2025)*, in *Osservatorio AIC*, 5, 2025, 159-170.



rettificazione dell'attribuzione di sesso) e il gamete femminile dell'altro, sanzionando altresì chiunque applichi tali tecniche alle coppie dello stesso sesso. Da questo complesso di norme si dedurrebbe l'impossibilità di procedere al riconoscimento e alla dichiarazione giudiziale di paternità.

A tal proposito la Consulta si premura di fornire un'ulteriore delimitazione della questione di cui si discorre, ritenendo che riguardi «l'interesse del figlio nato in Italia da PMA praticata all'estero al riconoscimento [...] anche da parte del genitore che ha fornito il gamete maschile, poi divenuto donna». Ci si aspetta, in questo caso, su una pronuncia di inammissibilità, poiché il giudizio *a quo* ha ad oggetto un'azione di *status* volta alla dichiarazione giudiziale di paternità di due minori, nate mediante ricorso alla P.M.A. all'estero, dove la donna convenuta, richiedente l'accertamento, prima uomo, aveva donato il proprio gamete per la fecondazione. Si ravvisa, dunque, come ciò comporti l'applicabilità degli artt. 250 e 269 c.c., mentre il rimettente censura le previsioni di cui alla l. n. 40/2004. Con questo errore, il Tribunale di Como non si confronta con l'intero assetto normativo, che, anzi, si concentra sulla preclusione al soggetto che, nell'ambito di una fecondazione omologa, abbia «fornito il proprio contributo maschile alla procreazione ed è poi divenuto donna, di procedere al riconoscimento delle figlie e [...] di essere potenziale destinatario della relativa dichiarazione giudiziale di paternità».

Da qui, stante l'unico presupposto, necessario e sufficiente, per l'accoglimento dell'istanza di dichiarazione giudiziale di paternità l'accertamento del legame biologico tra genitore e nato, si rammenta come tale condizione risulti pacifica e soddisfatta, senza che la questione della procreazione medicalmente assistita assuma alcuna applicazione concreta.

Ciò considerato, tale decisione pare affermare due principi centrali. In primo luogo, mette in evidenza l'importanza di una corretta delimitazione del *thema decidendum* da parte dell'autorità giudiziaria, che è chiamata a porsi come prima "barriera" per mettere in luce problematiche di rilievo per il diritto costituzionale. In secondo luogo, mette nuovamente in luce come il giudice delle leggi compia una – necessaria e ineludibile – opera di *self restraint*, soprattutto quando si tratta di scelte eticamente complesse, da ponderare adeguatamente da parte del Parlamento nazionale⁸³.

Sembra, infatti, chiaro che si discorra di tematiche, etiche e soprattutto sensibili, su cui non possa intervenire in maniera solitaria la Corte costituzionale.

È ben vero che essa ha più volte operato come baluardo dell'ordinamento, come «organo respiratorio» che ha permesso un'evoluzione e un'innovata attenzione della società per diritti fondamentali di nuovo conio.

⁸³ Quasi compiendo quell'operazione che pare necessaria per salvaguardare non solo l'autonomia del pubblico decisore, ma anche l'effettività di determinazioni giuridiche. Parte della dottrina ha, infatti, sostenuto come, in questioni soprattutto socialmente rilevanti ed etiche, l'intervento della Corte costituzionale possa qualificarsi come "dannoso", poiché toglierebbe anche visibilità, a livello di dibattito pubblico e mediatico, a suddette problematiche, comportando un "appiattimento" degli effetti delle proprie pronunce manipolative: così, E. FRONTONI durante la Tavola rotonda sul tema "La riforma dell'attribuzione del cognome alla prole" presso l'Università la Sapienza di Roma, svoltosi il 17 novembre 2025.

Ma è pur vero che, quando si discute di prerogative non pienamente consolidate in un dato sistema giuridico⁸⁴, l'ultima – e unica vera – parola dovrebbe spettare al Parlamento, come luogo di sintesi di interessi e posizioni, che debbono confrontarsi nell'*agorà* delle pubbliche opinioni.

3.2. La giurisprudenza di legittimità: in continuità o discontinuità con il giudice delle leggi?

È, in secondo luogo, opportuno passare alla disamina della seconda "tipologia" di formante giurisprudenziale, che inerisce alle pronunce della Cassazione italiana, laddove questo giudice va a relazionarsi con gli approdi della Corte costituzionale (e pure della Corte EDU). Rileva considerare come si tratti di un quadro complessivo che, certo, nell'economia del presente contributo (e per esigenze di chiarezza espositiva) è bene analizzare separatamente.

Anche la giurisprudenza di legittimità si è occupata di tali questioni, giungendo a interrogarsi su chi siano i soggetti legittimati a ricorrere alla P.M.A., verificando se qui si ricomprendano coppie omosessuali e *singles*, uomini o donne che siano. Tenendo, infatti, in considerazione gli orientamenti della Consulta, la Cassazione si è interrogata se porsi o meno in linea di continuità rispetto a quanto statuito dal giudice delle leggi.

Principale approdo in tal senso è stata la sentenza n. 19599/2016, che si è interessata della tematica sulla tutelabilità dei rapporti di filiazione sorti all'estero nell'ambito di una coppia omogenitoriale. Alla luce di questa pronuncia il diritto alla conservazione e alla continuità dello *status* familiare, acquisito in forza di un atto validamente formato all'estero, rappresenta un interesse superiore del minore, espressione che traduce la formula di stampo anglosassone di *best interest of the child*, che costituisce non solo un principio cardine dell'ordinamento italiano interno, ma pure di rango sovranazionale, ricollegandosi direttamente al diritto all'identità personale e alla libera circolazione delle persone, come ha avuto modo di affermare anche la giurisprudenza convenzionale.

Sempre nella medesima decisione si afferma un ulteriore elemento chiave, ovvero sia che la differenza di sesso tra i due genitori non può costituire un presupposto della filiazione. Da qui, l'ammissibilità anche per le coppie omosessuali di accogliere nuovi nati nella propria famiglia.

In altre parole, non si può invocare il principio dell'ordine pubblico per giustificare discriminazioni e differenziazioni legislative sulla base di condizioni personali o sociali, né possono riversarsi sul nato le conseguenze di eventuali violazioni, da parte dei genitori, di prescrizioni e divieti nazionali. In questa prospettiva, il diritto alla genitorialità dovrebbe essere assicurato al minore, che deve vedersi preservato il suo *status filiationis*, nei termini di un riconoscimento legislativo e di un'assicurata continuità dei rapporti familiari.

Nella pronuncia si riprende, quindi, una nozione di "famiglia" come «incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti», di sicuro di nuovo conio, adeguata all'evoluzione sociale degli ultimi decenni.

In conclusione, si ravvisano alcuni punti fermi, su cui la Cassazione si esprime in maniera netta. In primo luogo, si afferma che il principio secondo cui è madre colei che ha partorito, di cui all'art. 269, c. 3 c.c., non assume rango costituzionale, per cui è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero, validamente

⁸⁴ Quando, in altri termini, risulti difficile, se non impossibile, ravvisare un diritto, anche derivante dagli orientamenti della Corte EDU, consolidato, dall'assenza del quale vengono enucleati indici sintomatici: così, Corte cost., sent. n. 49/2015.



formato, dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri, poiché non sussiste alcuno ostacolo, nei termini di ordine pubblico interno, a ciò. In secondo luogo, è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero, validamente formato, dal quale risulti che il nato è figlio di due donne, poiché nessun principio, né di rango costituzionale né sovranazionale, proibisce o esclude in radice che una coppia omosessuale possa essere autrice di un progetto di genitorialità. Si chiarisce, poi, che la P.M.A. qui praticata, con donazione dell'ovocita da parte di una delle due donne della coppia e conduzione a termine della gravidanza da parte della seconda con utilizzo di gamete maschile di un terzo ignoto, non rappresenta una forma di gestazione per altri o di maternità surrogata. Si resta, infatti, "all'interno" della coppia. Inoltre, si ribadisce che, seppure tale possibilità non sia annoverata dalla l. n. 40, non si può invocare una lesione dell'ordine pubblico interno, poiché nell'ambito della procreazione si tratta di materie eticamente sensibili e complesse, che richiedono numerose e complicate valutazioni. Da ultimo, si rileva come il giudice nazionale, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, deve verificare non se quell'atto sia conforme alla disciplina interna di uno Stato, ma solo se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo prescritti dalla Costituzione, dai trattati europei e dalla Carta di Nizza, nonché dalla CEDU.

In sintesi, si può affermare che alla domanda se il principio che la madre di un nato sia solo ed esclusivamente quella "biologica", che partorisce, escludendo così qualsiasi altra forma di maternità, la giurisprudenza di legittimità abbia fornito una precisa e innovativa risposta. Facendo leva sul mutamento culturale intervenuto nel nostro ordinamento e sull'importanza del legame genitoriale in quanto tale per l'identità del nato si sottolinea come la maternità debba essere ampiamente interpretata, al fine di comprendere al suo interno anche le esperienze omosessuali. Ciò che conta è, quindi, preservare l'interesse del figlio e il suo diritto all'identità personale, da iscriversi a pieno titolo tra i diritti fondamentali riconosciuti e tutelati dalla Costituzione e dalle carte sovranazionali.

Si potrà, dunque, discorrere di un diritto alla genitorialità "all'inverso" o "capovolto".

Se, in genere, si guarda a tale nozione dal "lato" del genitore, interpretando questa dizione come la pretesa del padre/madre di avere un figlio, si deve invece passare dal "lato" del nato, che, proprio per essere pienamente tutelato dall'ordinamento e per avere cura ed educazione, ha un diritto a vedersi riconosciuto un genitore, in una dimensione "attiva".

È questo il *best interest of the child* che il giudice di legittimità ha scelto di tutelare, sebbene impiegando una nomenclatura non così estrema a ben vedere.

Con la successiva sentenza n. 14878/2017 la stessa Cassazione precisa alcuni ulteriori aspetti, affermando che vada accolta la domanda di «rettificazione» dell'atto di nascita del minore nato all'estero e figlio di due madri coniugate all'estero, già trascritto in Italia nei registri dello stato civile con riferimento alla sola madre biologica, non sussistendo contrasto con l'ordine pubblico internazionale e italiano. Anche in questo caso per giungere a tale soluzione si fa leva sull'esigenza di assicurare la stabilità degli *status* familiari al minore, che assume quindi un "diritto alla genitorialità" perché tali soggetti assumano nei suoi confronti compiti di cura e di assistenza funzionali allo sviluppo armonico della sua persona.

Occupandosi, da ultimo, dei possibili effetti riconducibili alla nascita da fecondazione eterologa praticata all'estero da coppie omosessuali si ribadisce la diversità tra gli atti stranieri che accertino il rapporto di filiazione con due donne e i medesimi atti, formati in Italia, con l'indicazione di due genitori dello stesso

nesso, dal momento che la nozione di ordine pubblico rilevante al fine di consentire la trascrizione di atti o provvedimenti stranieri sarebbe più ristretta di quella operante nell'ordinamento interno. Da qui, la piena compatibilità con il sistema giuridico italiano contemporaneo di una diversità di trattamento tra le due distinte fattispecie. In un caso, infatti, si discorrerà di documenti della cui validità ed efficacia si dovrebbe valutare alla luce di parametri "esterni"; nell'altro, sarà necessario allinearsi a quanto prevede l'ordinamento costituzionale repubblicano⁸⁵.

Si riscontrano, infatti, orientamenti ondivaghi nell'ambito delle pronunce della Cassazione italiana. A fronte di chi sostiene percorribile la genitorialità intenzionale omosessuale, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni della legge in parola, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito come non si sia tenuto conto del divieto della procreazione medicalmente assistita imposto alle coppie omosessuali. Si rileva, anzi, che «la valorizzazione di una genitorialità condivisa apre il varco ad una concezione del tutto svincolata dalle regole biologiche, facendo dipendere esclusivamente dalla volontà la sua attuazione e spostando su un piano meramente potestativo l'attribuzione dello *status filiationis*, finora pacificamente ritenuto sottratto alla disponibilità delle parti». Si sottolinea, invece, come, anche a seguito della parziale dichiarazione d'illegittimità costituzionale della l. n. 40/2004, l'ampliamento delle ipotesi di filiazione restasse finalizzato esclusivamente a consentire la filiazione a coppie che, in astratto, potrebbero procreare ma che, in concreto, ne sono impediti, mentre per le coppie omosessuali l'impedimento deriva da un limite naturale, che rende impossibile la generazione di figli se non attraverso il ricorso a pratiche mediche richiedenti la cooperazione di terzi. Si ha modo, poi, di aggiungere che a nulla rilevasse l'introduzione della l. n. 76/2016, che ha escluso l'applicabilità delle relative disposizioni al di fuori dell'ambito espressamente previsto. Similmente, anche riferendosi agli assunti raggiunti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 221/2019, di cui si è dato atto *ante*, si giunge a rammentare che, anche ad avviso del giudice delle leggi, l'esclusione delle coppie omosessuali dalla P.M.A. non possa qualificarsi come «fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale»⁸⁶. Da qui, quella che appare come una palese chiusura di importante giurisprudenza sul punto. A maggior ragione, anche la situazione dei *singles*, non espressamente ricompresi dalla normativa dei legittimati a ricorrere alla P.M.A., patisce attualmente il medesimo destino. Se la *ratio* è la diversità di sesso tra i genitori, che, quindi, sono necessariamente una coppia, come ammettere che persone singole siano considerati capaci per sé stessi di dare vita ad un rapporto autonomo di filiazione?

In definitiva, si può affermare ora che la tutela dell'interesse del minore non possa essere prevalente rispetto ad altri obiettivi dell'ordinamento, quantomeno non al punto da legittimare «l'automatica estensione delle disposizioni dettate per la procreazione medicalmente assistita anche ad ipotesi estranee al loro ambito di applicazione, non potendo questa Corte sostituirsi al legislatore, cui spetta, nell'esercizio della propria discrezionalità, l'individuazione degli strumenti giuridici più opportuni per la realizzazione del predetto interesse, compatibilmente con il rispetto dei principi sottesi alla L. n. 40 del 2004»⁸⁷.

⁸⁵ Si rinvia a Cass., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668 e Cass., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029.

⁸⁶ Così, Cass., sez. I, 7 marzo 2022, n. 7413. Questioni del tutto analoghe a quelle oggetto del presente giudizio sono state risolte da questo giudice in due recenti pronunce, Cass., sez. I, 23 agosto 2021, n. 23320 e n. 23321, che, nel ribadire il principio di diritto espresso nelle pronunce nn. 7668 e 8029/2020.

⁸⁷ Sempre Cass., sez. I, sent. n. 7413/2022.



In questa dimensione, è bene sottolineare come l'impostazione prediletta dal giudice di legittimità si sia posta in linea ideale di continuità rispetto alla giurisprudenza della Consulta. Entrambi, non a caso, ravvisano un necessario bilanciamento tra interessi contrapposti, senza poter individuare un diritto come necessariamente "superiore" rispetto ad un altro, con ciò determinando un intervento – ormai ineludibile – del Parlamento nazionale, che dovrà agire in prima persona per compiere delle scelte di campo precise.

3.3. La giurisprudenza convenzionale e i suoi principali approdi

Date queste premesse, come si è già avuto modo di evidenziare, la giurisprudenza costituzionale e di legittimità hanno avuto modo di confrontarsi, più o meno direttamente, con gli assunti della giurisprudenza convenzionale, soprattutto poiché in tante questioni di legittimità è stata invocata la compromissione dell'art. 117 Cost., con riferimento all'art. 8 CEDU, che tutela la vita privata. Tale principio è stato interpretato in maniera sempre più estensiva, fino a connotare il diritto al pieno sviluppo della persona umana, divenendo, secondo alcuni, un «catalizzatore normativo» delle nuove istanze soggettive e/o di coppia che emergono all'indomani di un'evoluzione sociale e culturale, investendo anche il fenomeno procreativo⁸⁸. Il primo caso da prendere in esame è *Evans c. Regno Unito* del 10 aprile 2007, laddove l'art. 8 in parola è stato interpretato nel senso di incorporare «the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent». Tale diritto vero e proprio è stato poi specificato, alla luce dell'evoluzione tecnico-scientifica, nella prospettiva di ricomprendere il diritto di diventare genitori genetici attraverso la P.M.A., nella decisione *Dickson c. Regno Unito* del 4 dicembre 2007. Sempre qui si è precisata non solo l'importanza di atteggiamenti di astensione da parte degli Stati aderenti alla Convenzione, ma anche di contegni "propositivi", volti all'adozione «of measures designed to secure respect for private and family life even in the sphere of the relations of the individuals between themselves».

In seguito, si è rivelata fondamentale la sentenza *S.H. e altri c. Austria* del 3 novembre 2011, laddove si è effettuato un passo in avanti per così dire della giurisprudenza convenzionale. Si è identificato un diritto alla procreazione, coincidente con la possibilità di accedere alle innovative pratiche di P.M.A. in maniera effettiva.

Un'ulteriore evoluzione si è avuta con *Costa e Pavan c. Italia*, dove la Corte EDU ha condannato il Paese resistente poiché si è ritenuto che il divieto di accedere alla diagnosi preimpianto imposto alle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili contrastasse con l'art. 8 della CEDU riguardante l'esercizio da parte della coppia del diritto al rispetto della propria vita familiare⁸⁹. Rileva, ad ogni modo, considerare che la sentenza in parola non abbia efficacia *erga omnes*, con ciò comportando che il sindacato dell'autorità giudiziaria nazionale sulla non convenzionalità della norma interna, e la sua conseguente disapplicazione, sia circoscritto al solo caso concreto, risolvendosi così in una soluzione di scarsa effettività "pratica" per la tutela dei diritti delle coppie. Per quanto, dunque, si tratti di importanti affermazioni di principio, è bene rammentare come, all'atto pratico, non possano qualificarsi come sentenze di accoglimento della Corte costituzionale italiana, idonee a far cessare l'applicazione delle prescrizioni normative ritenute lesive dei parametri invocati nei procedimenti giurisdizionali.

⁸⁸ S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in [Forum di quaderni costituzionali](#), 3 aprile 2013.

⁸⁹ Sentenza del 28 agosto 2012.

Sicuramente, dunque, vi è un “effetto positivo” per chi si ritrovi, in altri giudizi, nelle medesime condizioni, ma non in maniera del tutto risolutiva.

Altro caso è stato trattato nella decisione *Knecht c. Romania* del 2 ottobre 2012, fattispecie che riguardava la richiesta della ricorrente di rilasciare gli embrioni prodotti attraverso la fecondazione *in vitro* e crioconservati presso una clinica rumena, sottoposta a sequestro penale. Quest’ultima aveva poi richiesto di ottenere il rilascio dei propri embrioni, senza tuttavia esito positivo. Da qui, l’invocata violazione dell’art. 8 in parola. La Corte europea dei diritti dell’uomo, riannodandosi alla propria giurisprudenza, ha ricordato come tale previsione ricomprendesse anche il diritto al rispetto della decisione di diventare o non diventare genitori o il diritto di una coppia di concepire un figlio e di fare uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita a tal fine, con ciò comportando la necessaria assunzione di un’obbligazione positiva ad adottare tutte le misure necessarie al fine di garantire un rispetto effettivo della vita privata e familiare.

Nel particolare campo della P.M.A., inoltre, si è andati comunque a riconoscere un ampio margine d’apprezzamento statale con riguardo sia all’*an* sia al *quomodo* dell’intervento normativo, trattandosi di questioni sensibili ed etiche, che subiscono altresì un incessante sviluppo medico e scientifico, come testimoniava anche il caso di specie trattato.

Vi sono state nel mezzo altre decisioni che sono parse rilevanti sul punto, ma di sicuro una sentenza centrale è stata *X c. Italia* del 9 ottobre 2025, che ha affrontato la questione del riconoscimento giuridico del legame tra un minore nato in Italia a seguito di procreazione medicalmente assistita e la madre d’intenzione, nell’ambito di una coppia omosessuale femminile. L’oggetto del ricorso riguardava la perdita, a distanza di cinque anni dalla nascita, del vincolo di filiazione che univa il bambino alla madre intenzionale, a seguito della rettifica giudiziale dell’atto di nascita originariamente formato, lamentando la compromissione dell’art. 8 CEDU, sostenendo che l’annullamento parziale dell’atto di nascita aveva determinato una frattura nell’identità personale e familiare del figlio minore.

La Corte ha concluso per la non violazione di tale previsione, ritenendo che lo Stato italiano avesse adempiuto alle proprie obbligazioni positive, avendo reso disponibile un mezzo giuridico effettivo per il riconoscimento del legame familiare di fatto. Si è fatto, quindi, riferimento all’adozione in casi particolari, evidenziando un margine di apprezzamento statale con riferimento alla scelta dei mezzi idonei a perseguire tale fine, potendo lo Stato optare per soluzioni alternative alla trascrizione diretta dell’atto di nascita. Di conseguenza si è argomentato che l’assenza di un riconoscimento immediato mediante trascrizione non integrasse una violazione quando l’ordinamento offre un rimedio alternativo adeguato e accessibile.

Ciò pare muoversi in sincronia rispetto alla sentenza n. 68 del 2025 della Corte costituzionale, dove si è andati oltre, a ben vedere, rispetto agli assunti della giurisprudenza convenzionale, mediante la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disciplina che escludeva la possibilità di riconoscimento diretto della madre d’intenzione nei casi di procreazione medicalmente assistita praticata all’estero da coppie femminili italiane, superando quindi l’approccio rimediabile che subordinava la tutela del legame con la madre intenzionale a una procedura adottiva, cioè ad un meccanismo concepito come misura eccezionale ed eventuale e non come strumento fisiologico di attribuzione della genitorialità.

Dal canto suo, la pronuncia della Corte EDU, per quanto di alcuni mesi successiva a quella del giudice delle leggi italiano, nel perimetrare il proprio intervento alla questione della compatibilità o meno dello strumento (per presupposti operativi e natura molto diverso) individuato dall’ordinamento nostrano –



l'adozione in casi particolari – per la tutela del nato da P.M.A. effettuata all'estero da una coppia omosessuale femminile, si è limitata a valutare la sufficienza della soluzione adottata al tempo dei fatti senza adottare una prospettiva più ampia, che imponesse specifici interventi nel sistema giuridico nostrano. Non si è, quindi, dato vita ad un obbligo generalizzato di riconoscimento automatico della maternità d'intenzione, al fine di lasciare un margine di discrezionalità alle autorità nazionali sul punto.

Da qui, si possono trarre due centrali conclusioni. In primo luogo, è bene notare fin da subito l'importanza che la nozione di "famiglia" ampiamente intesa ha assunto in diversi ordinamenti europei, andando a connotare dissimili metodi di procreazione e nuove tipologie di rapporti, siano essi omoaffettivi o monoparentali. In secondo luogo, si evidenzia così la necessità di un intervento dei singoli Paesi per disciplinare la P.M.A. e le sue concrete implicazioni, dando spazio – in via principale – ai Parlamenti nazionali e – in via suppletiva – alle Corti costituzionali.

4. La praticabilità per le coppie omosessuali e i *singles* all'estero della P.M.A.

Se in Italia l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sono negate alle coppie omosessuali e ai *singles*, non sempre è così anche negli altri Paesi, europei ed extraeuropei.

Tra questi, si potrà considerare quanto si prevede attualmente in Spagna, in Francia, nel Regno Unito e negli Stati Uniti, alcuni tra gli Stati che sono stati maggiormente interessati dal "turismo procreativo".

Partendo, dunque, dal sistema spagnolo, se ne può evidenziare un centrale mutamento legislativo. In particolare, si sanciva inizialmente un rinvio mobile all'autonomia decisionale del medico responsabile del trattamento, che definirà quanti embrioni trasferire all'utero della donna, limitandosi a quel numero considerato come scientificamente necessario per dare vita ad una gravidanza⁹⁰. Con tale assetto si dava, però, luogo ad una serie di problemi, tra cui un numero ingente di embrioni crioconservati.

È intervenuta, poi, una nuova regolamentazione, mediante la centrale l. n. 14/2006, che tiene conto, oggi, dell'esigenza di bilanciare la garanzia delle esigenze della maternità e della salute della donna con l'interesse a limitare il numero degli embrioni prodotti e non trasferiti. In questo senso, il rinvio mobile è stato "temperato", sulla base dell'evoluzione delle *best practices* avvenuta successivamente all'entrata in vigore della legge del 1988, distinguendo tra un numero di embrioni producibili, per cui resiste il richiamo al rinvio mobile, con scelta in capo al medico, e il numero di embrioni trasferibili, per cui si sancisce invece un limite fisso e predefinito di un massimo di tre per ciclo⁹¹.

Si consente, inoltre, in questa disciplina, la diagnosi preimpianto, ma esclusivamente se soddisfatte una serie di condizioni che riguardano anche la natura della malattia, che deve essere «grave», di «manifestazione precoce» e «incurabile alla luce delle attuali conoscenze scientifiche»⁹².

⁹⁰ Così la l. n. 35/1988. Valuta in modo positivo questa scelta M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. CASONATO, T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 61: «la legge [...] non ha individuato, in modo aprioristico, quanti "pre-embriani" debbano essere creati e trasferiti, ma ha consentito di adattare il loro numero alle caratteristiche della donna che si sottopone alla procreazione assistita, ammettendo dunque che il medico possa valutarne l'età, la conformazione fisica, i particolari problemi di sterilità da cui sia eventualmente afflitta».

⁹¹ In questo senso, il Tribunale costituzionale spagnolo, che nella sentenza n. 116/1999 ha riconosciuto la legittimità di tale approccio, come sottolinea S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, tomo I, Milano, 2012, 142.

⁹² Art. 12, l. n. 14/2006.

Al fine di completare il suddetto quadro normativo è stata poi introdotta in Spagna la l. n. 4/2023, che stabilisce che le persone lesbiche, bisessuali e transgender con capacità di gestazione hanno possibilità di accedere gratuitamente alle tecniche di fecondazione assistita e, in specie, alla pratica denominata “ROPA”⁹³ per le coppie femminili in cui una delle due è gestante dell’ovulo fecondato della compagna. Sempre in questo testo si prevede che le coppie lesbiche e bisessuali possono registrare i figli come propri senza dover essere sposate, come avviene per le coppie eterosessuali, mentre per le coppie omosessuali maschili l’unica opzione resta procedere all’adozione, poiché la maternità surrogata è vietata nel Paese. Anche la legge francese ammette la diagnosi preimpianto a titolo eccezionale, quando sussistano condizioni quali «la forte probabilità della nascita di un figlio affetto da una malattia genetica di particolare gravità, considerata incurabile al momento della diagnosi»⁹⁴, come monitorata da una struttura a ciò autorizzata da un organismo pubblico indipendente, ovvero sia l’*Agence de la biomédecine*.

È bene, in ogni caso, rammentare che in questo ordinamento è stato a lungo vietato l’accesso alla P.M.A. per i *singles* e le coppie *same-sex*, nonostante il riconoscimento del diritto all’adozione per i primi e la possibilità di sposarsi per i secondi⁹⁵.

Solo con la *loi* n. 1017/2021 *relative à la bioéthique* si è giunti ad un centrale mutamento, riconoscendosi la possibilità anche alle donne delle coppie omosessuali e alle *singles* di accedere alla P.M.A. Tutto ciò in seguito alla *décision* del *Conseil constitutionnel* n. 821/2021, con cui il giudice delle leggi ha giudicato della compatibilità tra i suddetti strumenti e il sistema giuridico francese. In particolare, all’indomani degli indirizzi della Corte di cassazione francese che ha riconosciuto la trascrivibilità degli atti di nascita a seguito di P.M.A. effettuata all’estero e alla luce dei mutamenti sociali, etici e culturali nel panorama d’Oltralpe⁹⁶, si afferma chiaramente, nell’art. 1 del nuovo articolato come trasposto nel *Code de la Santé Publique*, che possono accedere alle tecniche di fecondazione assistita «tout couple formé d’un homme et d’une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée», senza alcuna differenza di trattamento in considerazione dello *status* matrimoniale di tali soggetti o dell’orientamento sessuale dei richiedenti.

Vi è, però, una pronuncia che circoscrive l’ampiezza di tali assunti, mettendo nuovamente in luce l’importanza delle decisioni del giudice delle leggi. In particolare, si è addivenuti ad evidenziare la possibile contrarietà di una disposizione del *Code de la santé publique* che escludeva dall’accesso alla P.M.A. gli uomini soli o *same sex*. La previsione, infatti, enumera tra i soggetti tutelati «Tout couple formé d’un homme et d’une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée», così comportando una discriminazione rispetto alla condizione maschile. Così facendo, infatti, si dà la possibilità a soggetti nati uomini che hanno compiuto la transizione di genere – e che sono quindi divenuti donne – di essere ammessi alle suddette pratiche, negandola agli altri.

⁹³ Il metodo ROPA (Ricezione di ovociti dalla coppia) è uno dei trattamenti indicati per le coppie di donne omosessuali che vogliono essere madri. Si tratta di una fecondazione in vitro in cui le due donne sono protagoniste nel loro percorso verso la maternità, partecipando attivamente al processo. Una di loro sarà sottoposta a stimolazione ovarica e successiva puntura per estrarre gli ovociti, mentre l’altra sarà gestante e partorerà il loro bambino. In tutti i casi utilizzando sperma di donatore per fecondare gli ovociti.

⁹⁴ Artt. 21 e 23, *loi de Bioéthique* n. 814/2011.

⁹⁵ A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, in questa *Consulta online*, 1, 2021, 196.

⁹⁶ E. SUPLOT, *Loi de bioéthique: les grandes lignes d’une réforme attendue*, in *Dalloz Actualité*, 7 settembre 2021.



Eppure, si è arrivati a sostenere come stia al legislatore adottare la disciplina che ritiene più idonea in materia, senza assegnare al giudice costituzionale il potere di integrare le previsioni in parola. Da qui, si è argomentato che «Les dispositions contestées, qui ne sont pas entachées d'incompétence négative et ne méconnaissent pas non plus le droit de mener une vie familiale normale, la liberté personnelle, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution»⁹⁷. In questa prospettiva, si mette, ancora una volta, in evidenza il difficile bilanciamento tra potere normativo del Parlamento e supplenza, laddove invocata, del giudice delle leggi.

Rileva, ad ogni modo, considerare che in Francia, ad esempio, si discorra oggi di “umanità” nel riferirsi sia ai nati che ai non nati, dando così un’autonoma rilevanza alla vita prenatale. Si argomenta, quindi, che l’umanità sia espressione del valore della dignità che deve essere preservato al di là e a prescindere dalla “soglia” della nascita. In nome, quindi, proprio della dignità umana si è giunti a dettare in questo sistema giuridico un complesso di norme sul trattamento degli embrioni, sulla loro produzione e sulla sperimentazione sugli stessi. Non si va, dunque, a negare rilevanza alle nuove frontiere della scienza, ma anzi esse sono “affrontate” e ricomprese nell’ordinamento⁹⁸.

Per quanto riguarda la Gran Bretagna, invece, si riscontra una legislazione ben più *liberal*, che ammette il ricorso alle tecniche di P.M.A. alle coppie omosessuali e ai *singles*, richiedendosi, in ogni caso, la necessaria licenza da parte dell’*Authority* a favore dei centri autorizzati all’esercizio delle suddette pratiche, al fine di verificare che in essi si utilizzino tecniche riproduttive conformi all’evoluzione della scienza, nell’interesse della salute della gestante e del nascituro⁹⁹.

In particolare, con l’approvazione del *Human Fertilisation and Embryology Act* nel 2008, successivamente innovato e modificato, ma di fatto tuttora vigente, si è ammesso che le donne, siano esse parte di coppie omosessuali femminili o *singles*, possano accedere liberamente alle tecniche di P.M.A.¹⁰⁰. In specie, nel nuovo addentellato normativo, si ricorre ad una formula volutamente generica, che indica per il nascituro solamente «the need of supportive parenting», ovvero l’esigenza di un genitore partecipe, che dia sostegno, senza quindi la necessità di indicare, quando si voglia accedere a tali pratiche, una figura paterna.

Per quanto riguarda, poi, il Regno Unito, è bene notare come la pratica di *artificial insemination donor* – A.I.D., che si traduce in fecondazione eterologa – sia stata conosciuta a partire dagli anni ‘30 del secolo scorso, come strumento per combattere la crescente sterilità maschile. Venne, quindi, istituita una commissione da parte dell’Arcivescovo di Canterbury, che nel 1948 raccomandò di sanzionare penalmente tali

⁹⁷ *Conseil constitutionnel, décision* del 8 luglio 2022, n. 1003.

⁹⁸ M.R. MARELLA, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005, 7.

⁹⁹ A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, cit., 197.

¹⁰⁰ «In Gran Bretagna sono aumentati i trattamenti per la fecondazione assistita, soprattutto quelli non offerti dal servizio sanitario pubblico e quindi a pagamento. Richiesti soprattutto da coppie omosessuali e donne single, che pagano cifre anche molto elevate per avere un figlio, perché il sistema sanitario non garantisce loro questo tipo di cure. Arrivata a livelli record anche la richiesta di congelamento ovuli, in numero di gran lunga superiore rispetto ai livelli pre-pandemia. Da un rapporto periodico pubblicato dall’Ente Nazionale per la Fecondazione e l’Embriologia, emerge che le madri single che ricorrono al trattamento di fecondazione in vitro sono aumentate del 44% rispetto al 2021, mentre le coppie formate da persone dello stesso sesso che si sottopongono a trattamenti per la fertilità sono del 33% in più»: così, V. SIMONETTI, *Fecondazione in vitro, Uk “+44% donne single e coppie gay”/ “Boom di ovuli congelati”*, in *Il Sussidiario*, 20 giugno 2023.

tecniche, soluzione poi rigettata. Non stupisce, infatti, che nel 1970 una commissione dell'Associazione dei medici consigliò di includere queste pratiche nelle prestazioni del *National Health Service*, istituendo poi nel 1991 un'apposita autorità indipendente, la *Human Fertilisation and Embriology Agency*, con il compito di controllare le strutture pubbliche e private che eseguono A.I.D.¹⁰¹

Oggi la disciplina in materia è regolamentata nell'*Health Fertilisation and Embriology Act* del 2008, ai sensi del quale il donatore o la donatrice che abbiano contribuito alla fecondazione tramite donazione di gameti non hanno alcun legame giuridicamente rilevante con il nato e non assumono alcuna responsabilità riguardo alla sua educazione e mantenimento. La figura del donatore è segnata dall'anonimato, ma ciò non toglie che, soprattutto nel caso del ricorso a tali pratiche da parte di coppie lesbiche che abbiano usufruito del *known donor*. Tali circostanze, infatti, impediscono l'applicazione della suddetta disciplina e nella maggior parte dei casi le conseguenze di tale concepimento vengono regolate da accordi privati intercorrenti tra le madri e il donatore, spesso un amico o un soggetto vicino alla coppia. In molte ipotesi, proprio tali intendimenti prevedono che lo *status* genitoriale sia attribuito ai soggetti omosessuali, che avranno piena titolarità dell'esercizio della responsabilità, restando il padre biologico una figura "ibrida", priva di una qualificazione specifica ma titolare del diritto di visita e di partecipazione alla vita del figlio. Sorgono, dunque, problemi di natura legale quando il *donor*, in un momento successivo rispetto alla nascita, decide di ottenere un riconoscimento legale e di prendere attivamente parte alle scelte di educazione del nato. La questione ruota attorno ad una duplicità di piani: da una parte, infatti, si ha la coppia omosessuale, titolare di diritti e potestà genitoriali; dall'altra il padre avente un legame biologico con il bambino. Proprio data la complessità degli interessi in gioco e la peculiarità delle singole situazioni, si possono ravvisare diverse soluzioni della giurisprudenza inglese sul punto.

In *Re D* del 16 novembre 2006 l'accordo concluso tra la coppia e il donatore prevedeva che la coppia omosessuale sarebbe stata non solo titolare dello *status*, ma avrebbe anche esercitato la funzione di *primary carer* dell'educazione e del mantenimento del figlio, lasciando solo in via residuale a donatore la possibilità di influire sulla vita del minore. Ci si è qui rifatti alla volontà negoziale delle parti, ai sensi del quale «the debate about parental responsibility is particularly finely tuned», poiché i genitori omoaffettivi sostenevano che «They see themselves and their two children as a family» e «They argue that they are D's parents and that if she were to have a third parent, it would compromise the family, affecting not only their relations with Mr B but also the way in which they, and D, are seen by others».

Da qui è emersa l'importanza di segnare una distinzione concettuale tra *parenthood* e *parental responsibility*, dove solo il primo inerisce allo *status* genitoriale, comportante diritti e doveri nei confronti del minore, mentre il secondo si riferisce piuttosto ad una «funzione genitoriale, che non solo può essere esercitata da soggetti non titolari di alcuno status legittimo, ma ancor di più può essere esercitata da più di due adulti, che a vario titolo si trovino in contatto con il minore e a prescindere dalla natura e dall'origine di tale rapporto»¹⁰². Questo concetto risulta, quindi, ben più ampio e onnicomprensivo e, non a caso, trova cittadinanza nel caso in esame, dove il donatore appare come «parent of a very different sort, no less important», ma che deve essere limitata, non potendo il "padre" prendere direttamente contatto con

¹⁰¹ J. LUTHER, *Libertà di astenersi e dovere di informarsi: donare gameti è un malcostume da vietare?*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005, 4.

¹⁰² D. GIUNCHEDI, *Le nuove forme di genitorialità tra vincoli biologici, verità legale e legami affettivi*, Bologna, 2020, 189.



la scuola del figlio né adottare decisioni riguardo la salute e le scelte mediche del figlio. Tale decisione, di bilanciamento, è stata ispirata alla realizzazione de superiore interesse del minore, impedendo così il verificarsi di situazioni di instabilità o di interferenza tali da pregiudicare il benessere psico-fisico e relazionale del nato.

Similmente in *MA v. RS* del 29 luglio 2011 il giudice del Regno Unito ha affermato che la responsabilità genitoriale appartiene a entrambe le madri e al padre, anche se i figli non lo considerano come tale.

Tutto ciò premesso, appare evidente, da un punto di vista pratico, la difficoltà di coniugare diverse esigenze, che spesso si trovano in contrapposizione le une con le altre. Ci si riferisce, in particolare, al rispetto delle decisioni assunte dai genitori “legali” e l’influenza che il “padre”, biologico, può avere sulla vita del minore.

Passando, poi, agli Stati Uniti, è bene notare che qui il primo ricorso all’A.I.D. sia datato 1884, essendo stata qualificata dalla *Supreme Court* dello Stato di New York come una sorta di adozione informale¹⁰³. Tale posizione fu poi successivamente superata da una pronuncia della *Supreme Court* della California, secondo cui ragioni di equità precludono al padre sociale di promuovere un’azione di disconoscimento e che deve comunque operare la presunzione di legittimità de figli nati nel matrimonio¹⁰⁴.

Ciò ha comportato l’introduzione di specifiche normative sul punto in diversi Stati americani, prevedendo limiti e modalità della donazione di gameti e l’obbligo di farsi assistere da un medico abilitato, di depositare la dichiarazione di consenso, di rispettare la segretezza altrui e altri diritti ed obblighi. È altresì rilevante considerare come in alcuni casi, a seconda della normativa di riferimento, che in materia di diritto alla salute e di inizio e fine vita differisce tra i diversi ordinamenti interni, sembra consentita anche l’inseminazione di donne non coniugate¹⁰⁵.

In particolare, si può considerare la disciplina dell’*assisted reproduction* in California, uno degli Stati che maggiormente ammettono tali pratiche. Qui, in particolare, a partire dal 2016, è stato approvato il *California Assembly Bill 960* (AB 960), definito anche come “*Equal Protection for All Families Act*”, che assicura un’eguale protezione legale per le famiglie venutesi a creare mediante P.M.A., ivi comprese quelle che hanno impiegato l’inseminazione artificiale e le coppie non sposate. A prescindere, quindi, dal legame giuridico tra i partner e dai mezzi di concepimento, tali soggetti sono riconosciuti, a tutti gli effetti di legge, come genitori. Si chiarisce, altresì, che i donatori non sono invece considerati di default come genitori del nato, a meno che non sia data prova contraria.

In questa linea è stata, quindi, modificata la *Part 3, “Uniform Parentage Act”*, del *California Family Code*, in specie nella sezione 7613 che prevede oggi che «If a woman conceives through assisted reproduction with semen or ova or both donated by a donor who is not the woman’s spouse, with the consent of another intended parent, that intended parent is treated in law as if that intended parent is the natural parent of a child thereby conceived. The other intended parent’s consent shall be in writing and signed by the other intended parent and the woman conceiving through assisted reproduction».

Appare, infine, altresì significativo che, ai sensi dell’attuale normativa, anche i *singles*, siano essi uomini o donne, possono divenire genitori in questo Stato. Nell’ipotesi di cui si discorre, che si distingue, come

¹⁰³ *Strand v. Strand*, decision n. 390/1948.

¹⁰⁴ *People v. Sorensen*, decision n. 280/1968.

¹⁰⁵ Ciò avviene, ad esempio, in Oregon, Arkansas, New Hampshire, New York e New Mexico, come testimonia J. LUTHER, *Libertà di astenersi e dovere di informarsi: donare gameti è un malcostume da vietare?*, cit., 4.

abbiamo già più volte sottolineato dalla maternità surrogata, è importante notare come le donne singole possano accedere all'*assisted reproduction*, mentre per le donne singole sterili o affette da altre cause di infertilità e gli uomini soli sarà, evidentemente, necessario ricorrere alla gestazione per altri, data l'impossibilità di portare a termine, in maniera autonoma, una gravidanza.

Tale ampia, varia e dissimile disciplina, fortemente differenziata a seconda del Paese di riferimento, evidenzia la complessità della tematica in esame. Non è, quindi, univoca la soluzione adottata, che varia a seconda della "sensibilità" dell'ordinamento considerato. Basti notare, in questa prospettiva, che i sistemi giuridici più *liberal*, in senso economico e non solo, hanno adottato, in maniera parallela, normative aperte e flessibili, volte a ricomprendere e a riconoscere valenza a svariate situazioni, anche coinvolgenti coppie *same sex* e *singles*. D'altro canto, laddove assistiamo ad impostazioni più tradizionaliste anche con riguardo alla disciplina dell'aborto e del fine vita, si ravvisa una legislazione più restrittiva.

4.1. Che soluzioni tra abuso e garanzia di un diritto?

In un sistema giuridico globalizzato come quello contemporaneo, si può notare come diverse coppie omosessuali – e anche svariati *singles* – siano ricorsi all'estero alle pratiche di procreazione medicalmente assistita, dando luogo ad un c.d. "turismo procreativo"¹⁰⁶.

Ciò avveniva un tempo soprattutto per poter accedere alla diagnosi genetica preimpianto e alla fecondazione eterologa.

Oggi, invece, dato il superamento in Italia dei summenzionati profili grazie all'apporto della Corte costituzionale, si attende un ampliamento del novero dei soggetti legittimati a ricorrere a tali tecniche. Tra questi spiccano, significativamente, le coppie omoaffettive, femminili e maschili, queste ultime che dovranno impiegare la maternità surrogata, e i *singles*, donne e uomini, anche in quest'ultimo caso mediante la gestazione per altri.

È importante, ad ogni modo, tenere in considerazione tre diversi aspetti in tema di riconoscimento dell'atto di nascita (conseguente alla procreazione avvenuta in Paese terzo) costituito all'estero¹⁰⁷.

Per lungo tempo è mancata una normativa, sia essa nazionale che sovranazionale, che assicurasse la lotta agli abusi nel caso della P.M.A. e così è ancora oggi. Quando si tratta, infatti, di fecondazione assistita non eterologa non vi sono sanzioni, amministrative o penali, per chi si sia recato all'estero e abbia usufruito di tali tecniche, ritornando poi in Italia. Si è posto a lungo il tema del problematico riconoscimento degli atti di nascita effettuati a seguito di queste operazioni in Paesi esteri, ma tale profilo sembra essere parzialmente superato in via pretoria.

Ciò non toglie che si possa ad oggi riscontrare una certa illogicità: da una parte, il nostro ordinamento non prevede la possibilità di ricorrere alla P.M.A. per soggetti non ricompresi nell'art. 5 della l. n. 40; dall'altra, nemmeno si vanno a colpire coloro che, avendone le possibilità, abbiano utilizzato questi metodi

¹⁰⁶ Il numero delle coppie italiane che ricorreva all'estero alla P.M.A. si attestava nel 2011 attorno ai 4000, come riporta E. DOLCINI, *Il punto sulla procreazione assistita: in particolare, il problema della fecondazione eterologa*, in *Corriere del merito*, gennaio 2013, 7. Si registra pure un peggioramento della situazione. I numeri sono, infatti, superiori rispetto a quelli registrati nel 2019, in periodo pre-Covid. Sono oltre tredicimila le coppie italiane che si recano al di fuori dei confini nazionali per la P.M.A., come si riporta sul sito di [Equivalente](#). Per quanto riguarda i *singles* che ricorrono all'estero alla P.M.A. non si rinviengono dati precisi sul punto.

¹⁰⁷ Su tutti questi profili, V. BONINI, V. CALDERAI, E. CATELANI, A. SPERTI, E. STRADELLA, *Diritto e genere nella prospettiva europea*, cit., 254-256.



innovativi di concepimento in sistemi giuridici che li prevedono e regolamentano. Da qui, si evidenzia una compromissione, quantomeno nei fatti, delle pari opportunità tra soggetti dell'ordinamento, lasciando aperte le porte della fecondazione assistita a chi abbia i mezzi economici per recarsi all'estero e praticarla e sbarrando la strada a chi, mosso dall'eguale desiderio di genitorialità, non abbia le capacità finanziarie per sostenere una spesa di questo genere.

Il secondo profilo inerisce alla distinzione tra chi risiede e vive stabilmente all'estero da chi, residente in Italia, si reca temporaneamente in un altro Paese per usufruire di condizioni più favorevoli all'accesso a tali tecniche e di costituzione del suddetto rapporto. Nel primo caso, la filiazione è regolata interamente dalla legge dello Stato di residenza, fatto salvo il controllo della non manifesta contrarietà del provvedimento straniero di cui si chiede la trascrizione ai principi fondamentali del diritto italiano, riassunti nella formula dell'ordine pubblico "internazionale" o "costituzionale". Nel secondo caso, l'applicazione della normativa italiana non può essere esclusa a priori, per non avallare l'elusione del diritto interno, fatto salvo il controllo della compatibilità del provvedimento con i principi fondamentali del diritto italiano. Qui si può ben comprendere ancora di più l'illogicità della scelta del legislatore: a fronte, infatti, del medesimo comportamento, posto in essere da cittadini italiani, unico elemento distintivo resta quello della residenza, che solo in un caso esclude la valutazione di compatibilità con i principi di ordine pubblico interno. Da qui, potremmo avere ancora più problematiche – e assurde – pratiche abusive, che permetterebbero ad alcuni di trovarsi in condizioni ancora più favorevoli e "semplici" per un riconoscimento dei loro diritti nel nostro Stato.

Il terzo profilo attiene ai cittadini e alle cittadine, residenti in Italia, che si recano in un altro Paese per beneficiare di una legislazione più favorevole in materia di P.M.A., verificando se la costituzione di tale rapporto all'estero sia compatibile con i principi fondamentali del diritto italiano. È da notare come le supreme magistrature abbiano integrato nei principi dell'ordine pubblico costituzionale del nostro Paese la tutela della vita familiare del minore, sotto il profilo della garanzia di certezza e di stabilità del vincolo di filiazione costituito all'estero, anche in assenza di un legame biologico¹⁰⁸. Nella medesima prospettiva si è posta la Corte costituzionale, che ha ritenuto prevalente garantire il nato, affermando così, anche se indirettamente, un "diritto alla genitorialità", nel senso del diritto alla preservazione di un rapporto genitoriale già instauratosi mediante il riconoscimento nel nostro Paese degli atti di nascita a seguito di P.M.A. eseguita legittimamente all'estero¹⁰⁹.

Alla luce di queste considerazioni, sarà bene, ora, evidenziare quale sia l'approdo ultimo raggiunto dalla Consulta che, in un dialogo che si potrebbe definire "a distanza" (anche se serrato) con il legislatore, è

¹⁰⁸ Così si è affermato, ad esempio, in Cass., sentt. nn. 19599/2016 e 23321/2021.

¹⁰⁹ Così nella sentenza n. 68/2025 della Corte costituzionale, in cui si afferma in ogni caso che l'interesse superiore del minore non è «un interesse "tiranno", che debba sempre e comunque prevalere», ma che nemmeno può considerarsi sempre recessivo, in assenza di un controinteresse tale da richiedere il sacrificio del rapporto tra madre intenzionale e figlio. La Consulta, in ogni caso, ribadisce di non voler intervenire in questa sede sull'accesso alla P.M.A. in Italia né intende modificare l'atteggiamento nei confronti della gestazione per altri. L'intenzione è quella di garantire che, una volta che il bambino è nato, i suoi legami affettivi e familiari possono trovare piena protezione giuridica, alla luce di una necessaria ed ineludibile interpretazione "evolutiva" della Carta costituzionale, come sottolinea E. BETTI, *Interpretazione della legge*, Milano, 1949, 92, come riporta S. ROMANO, *L'interesse superiore del minore alla prova di resistenza delle tecniche di PMA. Note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2025*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2025, 491.

tornata ad occuparsi delle previsioni della l. n. 40/2004, al fine di considerare, ancora una volta, la sua reale “tenuta” nel sistema giuridico italiano attuale.

5. In vista di quale soluzione?

Considerati gli apporti di cui *supra*, è bene ora esaminare quali siano le possibili argomentazioni a favore e contro rispetto all’apertura alle coppie omoaffettive e ai *singles* della possibilità di divenire, in maniera autonoma, genitori nell’ordinamento italiano. Si procederà, quindi, dapprima con una rassegna delle principali posizioni e ragioni evidenziabili da una parte e dell’altra per poi, in una seconda sezione, individuare quale sia l’impostazione prescelta dal presente scritto.

In particolare, partendo dagli elementi positivi, a favore di un mutamento normativo, si possono delineare i seguenti aspetti.

Si andrebbe a riconoscere una nuova prerogativa individuale, anche se non si tratta di un diritto.

Tale conclusione si innesta, sia per le coppie omosessuali che per i *singles*, sulle considerazioni svolte tra le righe della sentenza n. 221/2019 della Consulta. Si può configurare qui una nuova nozione di “famiglia”, che non può e non deve solo limitarsi alla definizione di cui all’art. 29 Cost., ma deve inserirsi nel solco delle “formazioni sociali” di cui all’art. 2 Cost. Il giudice delle leggi, nella pronuncia richiamata, infatti, «sembra [...] far implicitamente confluire [nella nozione di famiglia] per la prima volta anche l’unione omosessuale»¹¹⁰, con ciò superando i propri precedenti assetti, che avevano espressamente negato tale equiparazione.

Allo stesso modo, si può giungere a delineare un’innovativa concezione di “famiglia”, che va a ricomprendere la coppia eterosessuale, sposata o convivente, la coppia omosessuale e pure i *singles*, maschi e femmine, dando atto di come oggi si possano qui ravvisare due tipologie di relazioni, una di carattere “orizzontale”, che regola i rapporti tra i coniugi, e l’altra di tipo “verticale”, tra genitori e figli. È importante sottolineare che entrambe queste componenti sono costitutive dell’essenza “sociale” della suddetta formazione e risultano disancorate l’una dall’altra. Un conto, quindi, è il profilo “matrimoniale”, un altro è la componente “di filiazione”, che prescinde dal tipo di vincolo che si innesta tra i genitori. Non stupisce, infatti, che pure alle coppie conviventi si consente l’accesso alle tecniche di P.M.A. grazie alla l. n. 40¹¹¹.

In questa prospettiva, soprattutto valorizzando alcuni passaggi della sentenza n. 162/2014¹¹², si potrebbe riconoscere la volontà del giudice delle leggi di dare copertura costituzionale al desiderio di procreare¹¹³.

¹¹⁰ A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giur.cost.*, 2019, 2638.

¹¹¹ N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema*, cit., 321.

¹¹² Basti pensare che qui si afferma che «la scelta di tale coppia [con un componente sterile] di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi».

¹¹³ Per una ricostruzione di questa tematica si vedano, *ex multis*, G. CAPIZZI, *Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine*, in *BioDiritto*, 15 giugno 2012; B. LIBERALI, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in M. D’AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L’illegittimità costituzionale del divieto della “fecondazione eterologa”: analisi critica e materiali*, Milano, 2014, 65-100; C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2014 e V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in *Diritti fondamentali*, 2, 2014. Sul punto si rinvia, altresì, al contributo di G. BALDINI (a cura di), *Tecnologie riproduttive e problemi*



Ciò evidenzia, in ogni caso, non tanto un diritto alla genitorialità vero e proprio, quanto un elemento che risulta connesso alla libertà di autodeterminazione, che appare come valore costituzionale sfumato¹¹⁴. Non si discorre di una posizione giuridica soggettiva, ma piuttosto di un'aspirazione, connotazione che ha rilevanza normativa seppure non possa trovare una traduzione nell'ambito dei diritti oggettivi o soggettivi che siano¹¹⁵.

Si eviterebbe il ricorso a pratiche distorsive. È, infatti, non solo abusivo del diritto, ma anche discriminatorio dare vita al c.d. "turismo procreativo". Che senso ha ammettere e riconoscere un atto compiuto all'estero se esso è proibito in Italia, specialmente quando non si ritiene di sanzionare chi abbia così operato all'estero?

Oltre a questo, tale pratica va a legittimare una disparità di trattamento innestata su una diversità di condizioni, economiche, di partenza, dando vita, quindi, ad un «caso d'ingiustizia della legge, anche se derivante sostanzialmente da mere differenze di fatto»¹¹⁶.

Anzi, qualora non si optasse per la possibilità di riconoscere la P.M.A. anche nell'ordinamento nazionale si verrebbe a creare una sensibile disparità di trattamento tra i figli minori di coppie omosessuali femminili che abbiano fatto ricorso alle suddette tecniche: se hanno così proceduto all'estero, potranno ottenere il pieno riconoscimento attraverso la trascrizione dell'atto straniero; se nati in Italia, non vi sarebbe in alcun modo una possibilità di riconoscimento autonomo e si potrebbe procedere solamente mediante l'applicazione del congegno dell'adozione in casi particolari (che identifica, si badi, una ben diversa fattispecie in realtà)¹¹⁷.

Proprio tale equiparazione si scontra con un dato che sembra acquisito dalla giurisprudenza costituzionale italiana. Nella sentenza n. 221/2019 si afferma come l'orientamento sessuale sia da considerarsi come un

giuridici, Torino, 1997, laddove si ricomprende un diritto alla maternità, da intendersi come diritto alla genitorialità, inclusivo, nei suoi contenuti, dell'accesso alle tecniche di P.M.A.

¹¹⁴ Non a caso, «la Costituzione non parla di autodeterminazione in alcuna delle sue disposizioni, e ciò nonostante che la nozione di persona, nelle sue diverse aggettivazioni [...], sia richiamata 21 volte, quella di uomo (o umano) ben 9 volte, in alcuni casi in reciproca combinazione [...] e la dignità è richiamata due volte [...]»: S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, Relazione tenuta al IV Laboratorio Sublacense su «La comunità familiare e le scelte di fine vita», Abbazia di Santa Scolastica – Subiaco, 3-5 luglio 2009, 2. In altri termini, «quella che perciò si definisce comunemente come "autodeterminazione" non ha sicuramente nell'ordinamento giuridico una dimensione unitaria, ma è suscettibile di assumere valenza giuridica solo per frammenti, riconducendo i diversi aspetti delle scelte e decisioni individuali all'ambito giuridico che le è loro proprio, e cioè ad una disposizione puntuale che contempla una determinata situazione e la qualifica giuridicamente»: *ivi*, 3.

¹¹⁵ Si tratta di una soluzione che si poteva intravedere nella sentenza n. 96/2015 della Corte costituzionale, dove sembrava che la Consulta volesse «in parte sconfiggere quanto sancito nella precedente sentenza n. 162/2014, limitando il rispetto del diritto all'autodeterminazione – inteso come diritto della coppia a formare una famiglia – considerato elemento determinante ai fini della censura del divieto di fecondazione eterologa»: così, A. CAUTELA, *Legge n. 40/2004: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla normativa in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, 2, 2018, par. 4.

¹¹⁶ A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 giugno 2014, 3.

¹¹⁷ M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA*, cit., 159. In questo senso Trib. Pistoia, decreto 5 luglio 2018, laddove si afferma che un diverso trattamento imporrebbe «accettare situazioni discriminatorie tra figli nati da coppie etero o omosessuali che abbiano fatto ricorso alle tecniche della PMA di tipo eterologo, rendendo illegittimo elemento di discriminazione il contesto familiare in cui il minore è accolto, cresciuto, educato, amato». Nello stesso senso, Trib. Milano, sez. VIII, ord. 24 ottobre 2018 e Trib. Genova, sez. IV, decreto 8 novembre 2018.

elemento che incide sulla capacità di essere genitori e sul grado di accettazione del nato nella collettività. Si identifica, quindi, una netta diversità di funzione tra P.M.A. e adozione, salvo poi, in altre sedi, aver comunque argomentato sull'applicabilità delle norme di adozione in casi particolari per il riconoscimento dei legami familiari sorti a seguito di innovative pratiche mediche. Ciò, però, non pare coerente. Basti, tra l'altro, rammentare che lo stesso legislatore del 2004 ha affermato che alla coppia che voglia accedere alla P.M.A. debba essere prospettata la possibilità di ricorrere all'adozione o all'affidamento¹¹⁸. In definitiva stante la diversità di presupposti operativi e normativi che animano le varie situazioni, c'è un elemento che accomuna tutti questi istituti: si tratta, a ben vedere del «progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, [che] è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione»¹¹⁹. Dissimili punti di partenza, dunque, ma stesso risultato sperato.

Si può, infine, analizzare la questione inerente al possibile pregiudizio per gli interessi del minore. La stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 162/2014, non si era astenuta dal verificare tale presupposto, riannodandosi anche alla disciplina in materia di adozione, che era risultata centrale nel ragionamento del giudice delle leggi. In particolare, «si era [...] rilevato come i rischi connessi all'assenza di un legame biologico fossero già stati presi in considerazione e avessero già ispirato una serie di interventi di regolamentazione in materia di adozione, esclusivamente applicabili anche in materia di procreazione eterologa, e, soprattutto, come non fosse stato scientificamente comprovato, ma solo supposto dal legislatore, che tali rischi presentassero una portata maggiore in caso di procreazione eterologa»¹²⁰.

La discrezionalità legislativa, non a caso, va di pari passo rispetto all'evoluzione del sapere scientifico, alla luce del quale è stato ampiamente sconfessato che le coppie omosessuali non fornirebbero pari garanzie in ordine all'equilibrato sviluppo del minore rispetto alle coppie eterosessuali¹²¹. Si imporrebbe, quindi, o un ripensamento della scelta del legislatore o un intervento di accoglimento della Consulta, che ben

¹¹⁸ Art. 6, c. 1, l. n. 40/2004.

¹¹⁹ In tal senso, Corte cost., sent. n. 162/2014.

¹²⁰ L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020, 240-241, riprendendo G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni del Gruppo di Pisa*, 2017, confluito in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018.

¹²¹ C. FLAMIGNI, *Il dibattito sulla genitorialità, una questione di scienza e di morale*, in M. DI TRANI, A. LA MESA (a cura di), *In-fertilità*, cit., 33: «Il 20% de bambini viene educato da un padre diverso da quello biologico, e lo sa; poco meno del 10% si trova nelle stesse condizioni senza esserne a conoscenza. Un numero impreciso di figli viene educato in famiglie monoparentali e l'ISTAT nel suo rapporto del 2014 sulle tipologie familiari ha segnalato che le famiglie monogenitoriali [...], in Italia sono cresciute in 10 anni del 25% e sono oggi il 15,3% delle famiglie italiane. Dopo aver a lungo cercato, debbo dire di non aver trovato un solo documento solido che asserisca che per curare un figlio è assolutamente necessaria la doppia genitorialità. [...] Le affermazioni relative al fatto che avere due genitori 'sia preferibile' sono prevalentemente empiriche, non si basano su ricerche prospettiche e usano strumenti valutativi discutibili. Debbo dire per correttezza che anche la documentazione che ho consultato e che afferma che non si riscontrano elementi negativi considerando i risultati dell'educazione impartita da genitori dello stesso sesso è scientificamente discutibile».



potrebbe avvalersi degli strumenti istruttori di cui dispone, chiamando ad intervenire nel giudizio di legittimità costituzionale anche associazioni o soggetti tecnici di riferimento, nel ruolo di *amici curiae*¹²².

Anzi, il riconoscimento di un legame biologico tra genitori omosessuali e figli è un elemento da salvaguardare nell'ordinamento, specialmente in una prospettiva di tutela degli interessi dei minori, come ha avuto modo di evidenziare a più riprese la giurisprudenza della Corte EDU nell'ambito della maternità surrogata, ma con argomentazioni estensibili anche alla P.M.A. senza gestazione per altri, caso di cui si discorre¹²³.

A seguito di tale ripensamento, sia esso di natura normativa o giurisprudenziale, si deve notare come l'eventuale riconoscimento delle esigenze procreative delle coppie di persone dello stesso sesso femminile non potrebbe che accompagnarsi al medesimo riconoscimento in capo alle coppie omosessuali di sesso maschile. In questo senso, dunque, si potrebbe ricorrere alla P.M.A. nel primo caso e addirittura alla maternità surrogata nel secondo caso¹²⁴.

Nella medesima prospettiva, si potrebbe concludere che i minori cresciuti dalle coppie omosessuali non patiscano conseguenze negative sul piano educativo e dello sviluppo¹²⁵ e, similmente, anche i *singles*, uomini e donne che siano, dovrebbero essere riconosciuti come capaci di divenire genitori e di avere figli, mediante l'adozione delle medesime tecniche procreative di cui *supra*.

Da ultimo, si darebbe vita ad un vero e proprio diritto all'identità del soggetto nato da tecniche di P.M.A., che deve essere salvaguardato in maniera piena e autonoma. A nulla varrebbe invocare l'applicazione di principi già esistenti negli ordinamenti, come l'adozione in casi particolari, che mal si attagliano alla fattispecie in esame. Dubbi in tal senso sono stati, non a caso, formulati dalla Corte EDU, che ha rammentato che il diritto all'identità del minore sia da identificarsi anche nel riconoscimento, giuridico, normativo ed effettivo, di un legame di filiazione con i genitori, lasciando alla discrezionalità degli Stati il compito di stabilire le concrete modalità perché ciò sia assicurato¹²⁶.

¹²² Come è oggi possibile fare a seguito della delibera della stessa Corte costituzionale dell'8 gennaio 2019, recante modifiche alle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale", come evidenzia L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa?*, cit., 244.

¹²³ M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA*, cit., 157.

¹²⁴ Ciò pure se si tratta, in quest'ultimo caso, di una pratica vietata nell'ordinamento italiano contemporaneo. E pure dalla giurisprudenza, costituzionale e di legittimità. Basti, a tal proposito, ricordare la sentenza 272/2017 della Corte costituzionale e Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193. Su questo duplice riconoscimento si esprime L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa?*, cit., 245.

¹²⁵ Si veda in particolare Cass., sez. I, 26 maggio 2016, n. 12962. Similmente si afferma che «non sussistono evidenze scientifiche nel settore della psicologia dello sviluppo che il modello tradizionale di genitorialità individuato dal legislatore sia la migliore condizione di partenza per lo sviluppo del bambino. Sembrerebbe essere invece la qualità delle relazioni genitoriali a fare la differenza. L'assunto pare essere dunque un pregiudizio, più che un accertamento dei fatti, che si radica nella tradizione culturale»: A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, cit., 2640-2641. Anzi, sono molti gli studi che, basandosi su precisi studi e dati, hanno verificato come le coppie *same sex* siano in grado di garantire le migliori condizioni di partenza per i figli, raggiungendo un livello di benessere pari (o a volte superiore) a quello dei coetanei nati da P.M.A. da genitori eterosessuali: così, S. GOLOMBOK, *Modern families: parents and children in new family forms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015 e V. LINGIARDI, N. CARONE, *La tradizione è custodire il fuoco, non adorare le ceneri. Alcune riflessioni sulle sfide per la ricerca con le famiglie omogenitoriali*, in M. EVERRI (a cura di), *Genitori come gli altri e tra gli altri. Le famiglie omogenitoriali in Italia*, Milano, 2016, 161 ss.

¹²⁶ Corte EDU, Grande Camera, parere 10 aprile 2019.

Si può, quindi, evidenziare l'importanza di salvaguardare un diritto che non è del genitore, sia esso eterosessuale, omosessuale, coniugato, convivente o *single*, uomo o donna, ma del figlio all'identità personale. Ciò fa sì che il minore veda costruirsi attorno a sé un complesso di prerogative che gli consentono di essere cresciuto ed educato in uno specifico ambito familiare, anche se variopinto, realizzandosi un «fondamentale diritto di essere riconosciuto quale frutto di un progetto genitoriale, anche se esso sia stato realizzato in violazione di norme ordinarie interne» che, in ogni caso, non si pongono come norme di ordine pubblico, poiché non sono da ritenersi espressione di valori costituzionali superiori e inderogabili¹²⁷. In questo senso, dunque, ciò che assume rilievo è la responsabilità genitoriale, di qualunque natura essa sia, che va ad instaurarsi, che prescinde dall'orientamento sessuale e dal genere di appartenenza o dall'esistenza di una relazione con un *partner*. Conta, piuttosto, che siano garantite le buone condizioni di sviluppo dei figli e la capacità di svolgere responsabilmente il ruolo, educativo e di supporto di genitore.

Anzi, proprio il possibile stigma sociale¹²⁸, l'incertezza normativa, il crescente numero di domande giuridiche di riconoscimento e i tempi di attesa di fronte alle autorità giurisdizionali adite comportano, a ben vedere, una possibile compromissione del benessere e dello *status* psico-fisico del minore, che si ritrova così perennemente "oscillante", privo di un'identità e di un ancoraggio preciso¹²⁹.

Passando, poi, agli elementi negativi, *che* si frappongono ad un'innovazione normativa, si possono prendere in esame le seguenti argomentazioni.

Risulta certamente centrale salvaguardare la discrezionalità legislativa, che è il solo ed unico strumento non solo per "riannodare i fili" tra scienza e diritto¹³⁰, ma anche e soprattutto per evitare uno "straripamento" del potere giudiziario nel campo proprio del Parlamento nazionale¹³¹, specialmente considerando la natura eticamente e socialmente sensibile dei profili sollevati¹³².

In tal senso si è espressa anche alcuna giurisprudenza di merito italiana, che ha sottolineato come la normativa vigente discorra di "madre" e "padre", basandosi su una piena bigenitorialità ispirata, tra l'altro, alla diversità di genere dei genitori. Si verrebbe, quindi, a creare un'inadeguata opera di creazione

¹²⁷ Corte A Perugia, decreto 18 novembre 2019.

¹²⁸ «Se qualcosa può costituire un significativo fattore di rischio per lo sviluppo dei bambini che vivono in tali famiglie, questo è da ricercarsi negli atteggiamenti pregiudiziali, nella stigmatizzazione sociale e nella discriminazione giuridica di cui tali realtà familiari, e i bambini che in esse vivono, sono oggetto»: in tal senso, F. TANI, *Famiglie omoparentali: perché no?*, in *Giornale italiano di psicologia*, 1-2, 2016, spec. 179.

¹²⁹ Così si evidenzia in A. PURICELLA, *'Figli di due madri', ma il Comune di Taranto non si pronuncia da un anno e mezzo: "Così la nostra è famiglia sospesa"*, in *la Repubblica*, 30 marzo 2020.

¹³⁰ S. PENASA, *Procreazione, scienza e diritto: nuovi paradigmi di disciplina nella prospettiva della massima valorizzazione della Costituzione*, cit., 85.

¹³¹ Corte cost., sent. n.162/2014, facendo cadere il divieto di fecondazione eterologa, aveva ammesso la nascita di famiglie tramite P.M.A. anche in assenza di un legame biologico tra genitori e figli. In ogni caso, tale pronuncia non aveva toccato la scelta legislativa di attribuire a tali pratiche finalità terapeutica e di consentire l'accesso alle stesse alle sole coppie eterosessuali. Chiamata, poi, ad esprimersi su tale specifico profilo, con sent. n. 221/2019, la Consulta ha ritenuto che la decisione del Parlamento nazionale di limitare l'accesso alla P.M.A. alle sole coppie eterosessuali non possa considerarsi arbitraria o irrazionale, né lesiva dell'art. 2 Cost. e degli articoli che la Costituzione dedica alla famiglia.

¹³² Sottolineano tale aspetto le Corti nazionali e sovranazionali. Basti pensare agli approdi di Corte cost., sentt. nn. 272/2017 e 221/2019 e di Corte EDU, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017.

legislativa ad opera delle autorità giudiziarie, che verrebbe a compromettere i necessari limiti esistenti tra potere giudiziario e legislativo¹³³.

Tale scelta si dovrebbe in ogni caso riannodare con la necessità di tenere viva l'impostazione prescelta dal Costituente. "Famiglia" è, non a caso, da intendersi, ex art. 29 Cost., «la società naturale fondata sul matrimonio». Tale assunto sembra, ad avviso di autorevole dottrina¹³⁴, in controtendenza rispetto a chi oggi discorre di una pluralità di famiglie, ricomprendendovi anche le c.d. famiglie monoparentali¹³⁵. Si assisterebbe, in questo modo, «ad un'autentica destrutturazione della istituzione familiare»¹³⁶, soprattutto qualora si volesse valorizzare fino alle sue estreme conseguenze l'approdo della sentenza n. 33/2025 della Consulta, che ha ormai spianato «la via che porta all'adozione piena da parte del single anche oltre i casi [...] in cui è già consentita, come pure da parte delle coppie composte da persone dello stesso sesso, anche se non civilmente unite, appiattendosi in tal modo in toto la condizione complessiva in cui l'uno e le altre versano rispetto a quella che è propria della famiglia *strictu sensu*»¹³⁷.

Da qui si richiama l'importanza dell'intervento del Parlamento nazionale, come sede dei rappresentanti che debbono occuparsi di un necessario bilanciamento fra interessi contrapposti. Solo questi è, infatti, deputato a garantire la tenuta di istituzioni sociali primarie, tra cui rientra anche la famiglia. In questo senso, dunque, «la Costituzione può (e deve) fare la propria parte, illuminando ed orientando con le sue norme maggiormente qualificanti ed espressive, a partire ovviamente dai principi fondamentali, l'opera di ritessitura del tessuto sociale sfilacciato e di consolidamento delle strutture portanti della Repubblica»¹³⁸. In questa prospettiva sarebbe bene tenere fermo e ben presente il dettato costituzionale qualora il legislatore decidesse di innovare le prescrizioni della l. n. 40/2004.

Non si può, poi, ravvisare nel nostro sistema giuridico un "diritto alla genitorialità"¹³⁹, inteso in senso soggettivo, né un "diritto alla procreazione"¹⁴⁰. Soprattutto se si guarda alla sentenza n. 221 del 2019 la

¹³³ Così Trib. Agrigento, decreto 15 maggio 2019.

¹³⁴ A. RUGGERI, *Un ossimoro costituzionale: la "famiglia monoparentale" (implicazioni di ordine istituzionale ed al piano della teoria della Costituzione)*, in *Federalismi*, 10, 2025, spec. IV-V.

¹³⁵ Si richiamano, ex multis, F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv.dir.civ.*, vol. I, 2002, 509 ss.; G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir.fam. e pers.*, 3, 2006, 1219 ss.; G. COLLURA, *Famiglia o famiglie? Riflessioni in tema di laicità dello Stato*, in AA.VV., *Scritti in onore di M. Comporti*, Milano, 2008, 825 ss. e B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008.

¹³⁶ A. RUGGERI, *Un ossimoro costituzionale: la "famiglia monoparentale" (implicazioni di ordine istituzionale ed al piano della teoria della Costituzione)*, cit., VIII.

¹³⁷ *Ivi*, IX.

¹³⁸ *Ivi*, XVI.

¹³⁹ Alcuni affermano, infatti, che non sia veritiero «sostenere che la PMA [...] soddisfi tutti i desideri procreativi della coppia eterosessuale – a differenza di quelli nutriti dalla coppia omosessuale, o dalla persona sola –, poiché nello sfortunato caso richiamato [una donna che, per cause patologiche, non sia in grado di portare a termine la gravidanza] l'unica forma di genitorialità compatibile col rispetto della Costituzione resta quella adottiva». Per quanto riguarda l'infertilità della coppia omosessuale si tratta di un'incompatibilità biologica dei componenti, non riconducibili a cause patologiche di alcun genere. In questo senso, non è «illegittimo il vieto di accesso alla PMA delle coppie che risultano ontologicamente infertili in quanto composte da due donne (o se per questo, da due uomini): esse non possono considerarsi malate, o in forma parafrasata "disabili"»: M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giur.cost.*, vol. V, 2019, 2617.

¹⁴⁰ Sul tema C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere* in *Giur.cost.*, vol. III, 2014, 2593 ss.; C. CICERO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto: ovverosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, in

Corte pare voler invertire la rotta rispetto agli approdi coraggiosi della pronuncia del 2014. Se in quest'ultimo caso si tendeva a valorizzare al massimo grado il principio di autodeterminazione, con la decisione più recente si vuole "invertire la rotta", volendo valorizzare piuttosto che un concetto generico di "libertà dell'individuo", sinonimo di un'espansione incontrollata e incontrollabile delle libertà¹⁴¹, la dignità della persona¹⁴², che diviene «"fondamento" e "limite" delle libertà costituzionali»¹⁴³. La Corte ha ribadito, quindi, la necessità di rimettere al legislatore la decisione sul punto, al fine di individuare un bilanciamento adeguato tra esigenze contrapposte.

In definitiva, considerate le ragioni a favore di e contro a una riforma legislativa, è bene passare a delineare la soluzione che in questa sede appare preferibile. Si tratta, evidentemente, di una scelta che ha forti connotazioni etiche e che, a prescindere dall'apparato argomentativo impiegato, può dare vita anche a dissimili impostazioni e visioni.

5.1. L'opzione prediletta

Tutto ciò premesso, è bene trarre alcune conclusioni di sistema sul punto, conclusioni che si innestano sulle considerazioni giurisprudenziali e normative, anche in prospettiva comparata, svolte in precedenza. In primo luogo, sarebbe quantomeno opportuno affidarsi ad una normativa di nuovo conio, che si basi sulle scelte del legislatore, al fine di dare una corretta declinazione ai diversi interessi in gioco.

Si tratta, infatti, di "scelte di campo" ben precise¹⁴⁴, in cui risulta fondamentale l'impostazione del Parlamento nazionale, come il ruolo di ultimo custode assunto dal giudice delle leggi¹⁴⁵, cui si aggiunge l'importanza dei giudici comuni, siano essi di merito o di legittimità¹⁴⁶, e delle Corti sovranazionali¹⁴⁷. Si può, quindi, dedurre la centralità di tutti questi attori sulla scena, anche se si vuole in ogni caso scongiurare il

Dir.fam.pers., vol. IV, 2014, 1290 ss. e B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017 e ID., *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile "diritto a procreare"?*, in *Studium Iuris*, 5, 2020, 534 ss. Si ricordi, infine, l'assunto di F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in *Diritti fondamentali*, 2, 2020, 591: «il desiderio di avere figli tramite l'uso della tecnologia e l'autodeterminazione della coppia in tal senso non possono far venire meno ogni considerazione circa la tutela da apprestare al bambino».

¹⁴¹ In questi termini si esprimono diversi autori in AA.VV., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Bari, 2001, 59, 73 e 81.

¹⁴² Sul punto sottolinea A. BARBERA, *Un moderno "Habeas corpus"?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 giugno 2013, 7.

¹⁴³ Così, A. BARBERA, *Un moderno "Habeas corpus"?*, cit., 7, richiamando A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *Pol.dir.*, 1991, 347.

¹⁴⁴ Di matrice ideologica tratta A. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, 22 e M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. del dir.*, 3, 2004, 453.

¹⁴⁵ A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3, 2015, 2.

¹⁴⁶ Si rinvia sul punto, per un confronto, a R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame «concreto» dei casi difficili e del ruolo de giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Pisa, 2014.

¹⁴⁷ A. PATRONI GRIFFI, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2015.



rischio del «giudice legiferante»¹⁴⁸, figura che la stessa Consulta osteggia. Da qui, i recenti *self restraint* che il giudice delle leggi si è auto-imposto attraverso l'impiego del canone della ragionevolezza¹⁴⁹, cui ci si richiama quale forma di controllo «minimale», cioè di verifica che non sia compromessa nel suo «minimo» la posizione costituzionale coinvolta. In molti casi, quindi, è la stessa Corte a fare un passo indietro, pronunciando un rigetto per lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore. E a tale approdo si giunge pure nel caso in cui il giudice costituzionale non condivida nel merito la scelta, criticata parzialmente nell'*obiter dictum*, senza che ciò si traduca in una declaratoria di incostituzionalità¹⁵⁰.

Starebbe, dunque, al Parlamento nazionale – che nei fatti resta però volutamente silente¹⁵¹ – decidere, operando dapprima un bilanciamento tra interessi contrapposti secondo proporzionalità e ragionevolezza, che assumono speciale rilievo nell'ambito dei diritti riproduttivi, che si pongono al crocevia di libertà e prerogative già riconosciute¹⁵². In questo senso, tale necessario bilanciamento, in tema di bioetica costituzionale, si attua prima ancora dell'eventuale riconoscimento di «nuovi» diritti¹⁵³, secondo delle «linee direttrici» d'azione che ben possono essere dettate dal giudice delle leggi¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Questa l'efficace espressione di L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, 10.

¹⁴⁹ Di questa tendenza tratta A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., 3-4.

¹⁵⁰ Un esempio in tal senso è considerato la sentenza n. 249/2010 della Corte costituzionale, come riporta A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., 4.

¹⁵¹ Anche il silenzio si tramuta in chiara ed evidente scelta politica. La mancata revisione, a più di vent'anni di distanza, dell'addentellato normativo della l. n. 40 è significativo della non volontà, quantomeno non comune, di ripensare l'impostazione di fondo, aprendola anche a *singles* e coppie omosessuali. Sui profili che restano aperti (e più in generale sull'importanza della scelta discrezionale del legislatore nell'alveo di canoni di ragionevolezza, in dialogo con la Corte costituzionale e la giurisprudenza) si vedano, *ex multis*, V. PICCININI, *Filiazione naturale e filiazione da procreazione medicalmente assistita. A vent'anni dalla Legge n. 40/2004*, Torino, 2025; A. APRILE, P. BENCIOLINI, *Gravidanza, parto e nascita: questioni medico-legali nell'ottica del biodiritto*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, 1769 ss.; A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1341 ss.; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2021 e B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017. Più nello specifico, è A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018, p. 46 spec. a sostenere che «Il fermento della giurisprudenza appare l'effetto dell'anomia legislativa, posto che la vita reale bussa alle porte dei tribunali, chiedendo ai giudici di decidere casi concreti così per come si pongono nella quotidianità, anche in assenza di riferimenti normativi chiari». In senso particolarmente critico nei confronti dell'attuale assetto della l. n. 40/2004 si pone E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, cit., laddove afferma che «Anche a mio giudizio, la legge n. 40 del 2004 ha segnato una svolta neoconfessionale nel nostro ordinamento: in particolare, ha modellato la disciplina della procreazione assistita sulla falsariga della dottrina cattolica, largamente ostile a terapie della sterilità umana alle quali si rimprovera di attentare alla *naturalità* e alla *dignità della procreazione*». Ad ogni modo, come evidenziano tutti gli autori, il legislatore gioca in tale questione etica un ruolo di primaria importanza e, di conseguenza, appare dirimente osservare come quest'ultimo decida (e non decida) sul punto.

¹⁵² Sul punto si rinvia a F. PASTORE, *Il diritto di procreare: natura, titolarità, limiti*, cit., 159 ss.

¹⁵³ Questo tema è stato posto da F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

¹⁵⁴ Così, L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, cit., 5, in cui si afferma che spesso la giurisprudenza costituzionale si ritrae a favore del Parlamento. Non a caso, si assiste ormai ad una «significativa restrizione degli spazi di incidenza della normazione primaria proprio in quei settori (la bioetica e le scelte eticamente controverse) in cui dare preminenza alle scelte del legislatore».

Proprio alla luce di quest'attivismo della giurisprudenza costituzionale, la materia della P.M.A. è oggi sensibilmente mutata. Non a caso, a seguito dei numerosi interventi del giudice delle leggi italiano, si parla oggi di una "ex legge 40", ormai vetusta e tagliata nelle sue componenti essenziali. Da qui, si apre la strada dell'opera del legislatore¹⁵⁵, che ha, a sua volta, nella dialettica parlamentare¹⁵⁶, due vie alternative avanti a sé, consistenti in un approccio astensionista e in uno interventista.

Il primo vorrebbe un ripensamento della disciplina, che dovrebbe limitarsi, però, similmente a quanto avveniva in Spagna nei decenni scorsi, ad ammettere un rinvio mobile ai sanitari. Si tratterebbe, quindi, di lasciare ai medici, responsabili del trattamento prescelto, il compito di decidere se e come ricorrere alla P.M.A. e solo in via subordinata, sussidiaria-rimediale, la possibilità di rivolgersi alle corti.

Il secondo, al contrario, intenderebbe attribuire proprio al Parlamento il compito di intervenire in *subiecta materia*, guardando al panorama comparato e alle suggestioni provenienti dalla giurisprudenza, senza sentirsi "a monte" compresso nella sua autonomia e aumentando "a valle" «(in sede attuativa) l'effettività e la legittimità del quadro normativo»¹⁵⁷. Ciò sembra funzionale ad evitare di ricadere in un vuoto normativo in un ambito che è costituzionalmente necessario e necessitato, non trattandosi di una materia "auto-generativa"¹⁵⁸. Essa deve, infatti, incontrare i *desiderata* del legislatore, che sarà chiamato a definire non solo l'*an*, ma anche il *quomodo* della nuova disciplina della P.M.A., riuscendo a ricongiungere etica e diritto in uno Stato pluralista, dove è fondamentale il confronto tra diverse posizioni, anche se una mediazione in tal senso è spesso e volentieri difficile, financo impossibile¹⁵⁹. Da qui, sembra centrale introdurre una normativa a maglie larghe, un "diritto mite", che lasci spazio all'autodeterminazione della persona e alla flessibile applicazione del diritto al caso concreto, sia nella pratica medica che davanti ai giudici¹⁶⁰, che non si ispiri ad una "logica e decisione dei più", ma piuttosto sia ispirata alla «costruzione del consenso valoriale»¹⁶¹.

¹⁵⁵ A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, cit., 1000: parla di «bivio» della legge 40, che si trova tra «progressivo svuotamento (o ricostruzione) giurisprudenziale, e ricerca consapevole di un nuovo equilibrio tra gli interessi coinvolti nelle procedure di PMA».

¹⁵⁶ Il Parlamento dovrebbe, infatti, evitare di indulgere in posizioni radicalmente orientate sul piano ideologico: così, P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4, 2014. Ciò non toglie che una legislazione fondata su «un'etica dei più» impone al giudice costituzionale di intervenire, divenendo un "giudice legiferante", "intervenedo" sulle scelte del legislatore: S. RODOTÀ (curr.), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1993, XI.

¹⁵⁷ S. PENASA, *Procreazione, scienza e diritto: nuovi paradigmi di disciplina nella prospettiva della massima valorizzazione della Costituzione*, cit., 87.

¹⁵⁸ «Da evitare il rischio, nel silenzio della politica, di una diretta, illimitata interpretazione delle istanze provenienti dal corpo sociale da parte dei giudici, i quali, in assenza di una disciplina normativa settoriale, non possono che ricorrere direttamente all'applicazione dei principi anche di rango costituzionale, adottando soluzioni che ben possono essere, esse stesse, irragionevoli e criticabili quanto e più di quelle della politica stessa»: A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., 28.

¹⁵⁹ *Ivi*, 30.

¹⁶⁰ Sul punto le considerazioni espresse da L. BUFFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2010, 6, che richiama altri autori che sono concordi nell'adottare un metodo di tal fatta.

¹⁶¹ Sui rischi di una degenerazione di una "logica dei più" si rinvia alle considerazioni svolte da S. RODOTÀ in C. CASO-NATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 156. Sulla necessità della «costruzione del consenso valoriale» si veda P. GIUSTINIANI, *Bioetica e laicità dello Stato*, in P. FAVO e A. STAGLIANÒ (a cura di), *Bioetica. Percorsi e incroci*, Napoli, 2008, 129.



È quest'ultimo approccio che andrebbe preferito. Lasciare, infatti, ai responsabili sanitari il compito di decidere se e a quali condizioni ricorrere alla P.M.A. conferirebbe al legislatore il potere di "lavarli pilatescamente le mani", senza prendere una posizione precisa sul punto. Ciò comporterebbe il potere per i medici di optare come meglio credono, seguendo la propria etica, con ciò causando una situazione simile a quella che si riscontra per quanto riguarda l'aborto, che subisce forti limitazioni di fatto in Italia nelle sue prassi applicative, a causa della possibilità di formulare obiezione di coscienza¹⁶². Da qui, si riscontrerebbe un approccio eccessivamente moralizzante, che potrebbe dare luogo anche e soprattutto a disparità di trattamento, a seconda dell'area geografica di riferimento e del comune sentire sociale.

Tutto ciò risulta funzionale a perseguire due diversi obiettivi. In primo luogo, si tratta di assicurare e fornire tutela costituzionale ad un'aspirazione, ad un desiderio che, per quanto individuale, trova un suo ancoraggio e una sua giustificazione, innanzitutto, nel principio di autodeterminazione¹⁶³. Da qui, certo si annovera l'impossibilità di discorrere propriamente di un diritto soggettivo alla procreazione o alla genitorialità¹⁶⁴, ma si può comunque parlare di una prerogativa meritevole di tutela¹⁶⁵. In altri termini, «Essere genitore non costituisce un diritto suscettibile di tutela» poiché «oggetti di questo diritto sarebbe un soggetto (il figlio) che non si può "oggettivizzare" reclamandolo come bene ma soltanto renderlo destinatario di una relazione complessiva»¹⁶⁶. Si giunge, quindi, a discorrere solo di un più che legittimo «desiderio di avere un figlio»¹⁶⁷. Si tratta, dunque, di un interesse individuale che esprime una «tensione dell'individuo verso quel bene della vita che è [...] la genitorialità»¹⁶⁸. In questa prospettiva, l'avere dei figli, allevarli e custodirli diventano i perni della "nuova famiglia"¹⁶⁹.

¹⁶² Secondo la relazione del ministero della Salute (2021), in Italia si è dichiarato obiettore il 63,4% dei ginecologi, il 40,5% degli anestesisti e il 32,8% del personale non medico: così riporta A. MANCINI, *Aborto, negli ospedali italiani tassi di obiezione superiori all'80% e in alcuni casi de 100%: «Ma i dati sono spesso inaccessibili»*, in *Open*, 1 dicembre 2024.

¹⁶³ In via generale si rinvia a M. BIANCA, *La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020*, in *Giustizia insieme*, 16 dicembre 2020.

¹⁶⁴ Sul tema la letteratura è ampia ma basti rinviare, *ex multis*, a M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004; M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc.giur.*, vol. XXVIII, 2004, 1 ss.; R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv.dir.civ.*, 2016, 1554 ss. e F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir.fam.pers.*, vol. II, 2005, 198 ss.

¹⁶⁵ F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 592 afferma che «per la Consulta [...] non esiste un diritto alla genitorialità tramite l'uso della tecnologia, da ricomprendere tra i diritti inviolabili previsti dall'art. 2 Cost. o tutelato dall'art. 31 Cost., come protezione della maternità potenziale o come diritto ad usare la tecnologia per la maternità». Similmente, V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, cit., 6, laddove si sancisce che «il desiderio di essere genitori potrebbe essere tutt'al più protetto come "diritto di libertà negativa, garantito nei confronti di ogni ingerenza del potere pubblico che mirasse a limitare lo stesso"; ma ciò "non implica anche l'inclusione nella sua sfera materiale di tutela dell'impiego delle tecniche di PMA"».

¹⁶⁶ L. MORAMARCO, *Omogenitorialità e interesse de minore nella second parent adoption*, in *Rass.dir.civ.*, 2015, 1204.

¹⁶⁷ L. BOZZI, *La tutela del minore: un'analisi non retorica de iure condito e de iure condendo*, in E. BILOTTI, M. SESTA (a cura di), *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?*, in *Famiglia e diritto*, 11, 2022, 1067.

¹⁶⁸ V. ROTONDO, *I requisiti di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir.succ.fam.*, 2021, 130.

¹⁶⁹ M. PARADISO, *Dal matrimonio alla filiazione. Ritorno al futuro de diritto di famiglia*, in E. BILOTTI, M. SESTA (a cura di), *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?*, cit., 1046.

Da qui, si identificano due diversi versanti nell'ambito della genitorialità. Si tratta di a) l'interesse alla generazione e di b) gli interessi all'accudimento e all'accoglimento. *Sub a)* si possono identificare delle discrepanze operative, poiché solo in alcuni casi di genitorialità in coppia eterosessuale (e anche qui in assenza di malattie o difficoltà procreative) ciò può realizzarsi naturalmente. D'altro canto, *sub b)*, non vi sono apprezzabili differenze tra famiglia omoaffettiva ed eteroaffettiva, poiché si può ritenere che «il luogo più idoneo ad accogliere e crescere un figlio sono la madre che lo ha generato in grembo e che [...] lo accoglie e lo accudisce dalla nascita in poi, ed il padre biologico», aggiungendosi che, in loro assenza, «qualunque famiglia che lo voglia accogliere sarà ugualmente idonea»¹⁷⁰.

È bene, quindi, riferirsi ad una nozione composita di “famiglia”, che diviene un “arcipelago”, dalle multiformi componenti, in cui è il rapporto di filiazione a rappresentare il principale collante tra le varie componenti¹⁷¹. In questo senso, si può sostenere che «All'unità dello stato di figlio corrisponde la pluralità dei modelli familiari» e che pure se lo stato di figlio è unico «sono ormai numerosi i modelli normativi o sociali dei rapporti di coppia»¹⁷².

In conclusione, dunque, non si può più discorrere di un modello unico di “famiglia”. Parte della dottrina, non a caso, è arrivata pure a sostenere che lo stesso art. 30 Cost. arriverebbe a prevedere, anche se adottassimo una lettura originalista, una duplice nozione familiare, una fuori, l'altra dentro il matrimonio, che oggi pare valorizzare proprio l'elemento della genitorialità, da leggere come migliore interesse del minore, anche alla luce delle previsioni europee e sovranazionali¹⁷³.

In definitiva, trattandosi di un ambito prettamente e strettamente etico, connotato dalla più ampia libertà dei singoli, è opportuno che la legge sia meno restrittiva possibile di fronte a quei versanti che incidono sulla sfera intima delle persone, come ha avuto modo di sottolineare in maniera chiara la *Supreme Court* degli Stati Uniti, laddove ha affermato che «Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code»¹⁷⁴.

In secondo luogo, ci si deve concentrare sugli interessi dei minori più che su quelli degli adulti¹⁷⁵. In altre parole, si potrebbe vedere e interpretare il “diritto alla genitorialità” all'inverso, “capovolto”, nel senso del diritto “attivo” di un minore a vedersi assegnata una famiglia e a vedersi riconosciuto un rapporto

¹⁷⁰ E. MIGLIACCIO, “Famiglia omoaffettiva” e diritto alla genitorialità, in G. LA ROCCA, E. BILOTTI, V. PICCININI (a cura di), *Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte*, Torino, 2024, 72.

¹⁷¹ F. VARI, *A proposito della scomparsa (del progetto costituzionale di promozione) della famiglia*, in G. LA ROCCA, E. BILOTTI, V. PICCININI (a cura di), *Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia*, cit., 54.

¹⁷² Così argomenta in maniera lapalissiana Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162.

¹⁷³ Così, E. LAMARQUE nel Convegno “Costituzione e forme plurali di famiglia. Un dialogo tra costituzionalisti e privatisti” tenutosi a Ca' Foscari, Venezia, il 30 gennaio 2026. Si è qui ripreso il ragionamento già espresso in G. PEDRAZZA GORLERO, *L'autonomia dei minori tra diritto e società*, Milano, 1980, dove si evidenzia come il rapporto tra genitore e figlio vada già di per sé a qualificare, in via verticale, una famiglia. È, poi, nella sentenza n. 33/2021 (red. Viganò) della Corte costituzionale che si afferma per la prima volta, sulla scia della Carta di Nizza, il principio del *best interest of the child*, che si ricavava già in via interpretativa dalla pronuncia n. 11/1981 della Consulta, a firma di Leopoldo Elia. Si afferma in questa sede la centralità dell'identità relazionale del minore. Sulla centralità dei mutamenti sociali e sulla, ormai assodata, inesistenza di una mera famiglia basata sull'*imitatio naturae* si rinvia alle argomentazioni contenute in C. SARACENO, *La famiglia naturale non esiste*, Roma-Bari, 2025.

¹⁷⁴ *Planned Parenthood of Southern Pa. v. Casey*, decision n. 505/1992.

¹⁷⁵ G. RECINTO, *La legittimità de divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”*, in *Corriere giuridico*, fasc. 12, 2019, 1460 ss.



genitoriale, a prescindere dalla natura e dal tipo di relazione che si potrebbe instaurare¹⁷⁶. Non importa, dunque, se si tratti di coppie eterosessuali o omosessuali, sposate o conviventi, o *singles*, uomini o donne: tutti vanno a configurare una famiglia quale «risultante di una serie di tensioni individuali, volte a creare al di là di qualsiasi accidentalità o occasionalità, un rapporto di coppia o una relazione di tipo genitoriale ed educativo»¹⁷⁷, trattandosi di «comunione di vita materiale e spirituale in funzione dello sviluppo della persona» poiché «a poco rileva se la comunione origini da atti formalmente diversi o da nessun atto formale o da meri fatti»¹⁷⁸. Si può, ad ogni modo, discorrere di un «principio famiglia»¹⁷⁹, cui si deve riconoscere un nucleo di diritto, tra cui è da ricomprendersi la tutela del minore, che ha un diritto all'accudimento e all'accoglimento. Tale prerogativa «si coniuga (e non confligge) con l'interesse alla genitorialità della coppia eteroaffettiva, omoaffettiva ed anche della persona singola», a prescindere dall'inesistenza o dall'impossibilità di configurare un legame con chi sia il genitore «generante»¹⁸⁰.

In altre parole, può identificarsi il *best interest of the child*¹⁸¹ come diritto alla genitorialità «capovolto», che assume una triplice, più specifica, connotazione. Si tratta, in primo luogo, del «subjective right» a che gli interessi del minore siano valutati e presi in considerazione «as a primary consideration» in tutte le azioni e decisioni pubbliche e private che lo riguardino, realizzando così la «giustizia del caso concreto»¹⁸², sia determinando a volte l'allontanamento da un dato ambiente familiare, sia prescrivendo l'inserimento del nato, a seconda di quale sia l'opzione migliore¹⁸³. In secondo luogo, il *best interest* è qualificato come «*legal principle*» riferibile ad un gruppo ampiamente inteso, riferendosi soprattutto alla salvaguardia del

¹⁷⁶ «[...] recent decisions and opinions of ECHR promote a more fluid approach, based on the need to protect the interests of the child in maintaining his/her legal status and the emotional relationship with parents who have expressed the intention to exercise parental responsibility»: D. GIUNCHEDI, *Families, Maternity and Reproduction: a Queer Perspective of Italian Law in the Light of ECHR Court*, in E. STRADELLA (a cura di), *Gender based approaches to the law and juris dictio in Europe*, Pisa, 2020, 77.

¹⁷⁷ N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, 8.

¹⁷⁸ G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Rass.dir.civ.*, 2018, 104.

¹⁷⁹ S. PATTI, *Il «principio di famiglia» e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in G. IUDICA, G. ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della costituzione italiana*, Napoli, 2006, 245.

¹⁸⁰ E. MIGLIACCIO, «Famiglia omoaffettiva» e diritto alla genitorialità, cit., 72.

¹⁸¹ Sul punto la dottrina nazionale e internazionale è sterminata ma basti citare, *ex multis*, per una rassegna complessiva E. CECCHERINI, F. BRUNETTA D'USSEAU (a cura di), *Best interest(s) of the child. Una delicata e controversa declinazione*, Napoli, 2023; E. LAMARQUE, *I best interests of the child*, in AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA (AGIA) (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, Roma, 2019, 140-161; L. GARAYOVÁ, *The Best Interests of the Child Principle*, in *Central European Academy Law Review*, 2, 2025 e V. LORUBBIO, *The Best Interests of the Child. More than 'a Right, a Principle, a rule of Procedure' of International Law*, Napoli, 2022.

¹⁸² Si veda, *ex multis*, Corte EDU, *Gnahore c. Francia*, del 19 settembre 2000. Similmente opra Corte EDU, *Bronda c. Italia*, del 9 giugno 1998, che avalla la decisione di un Tribunale per i minorenni italiano di mantenere il collocamento di una minore nella famiglia affidataria e la sospensione dei contatti con la famiglia di origine. Emerge, quindi, l'importanza di considerare cosa sia meglio per il minore nel caso concreto, anche «contravvenendo», per così dire, al ritorno nella famiglia di origine, se ciò possa pregiudicare il *best interest of the child*.

¹⁸³ J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, in *Questione Giustizia*, aprile 2019, 414.

diritto alla vita privata e familiare¹⁸⁴. Da ultimo, tale nozione assume la natura di una «*procedural rule*», volta soprattutto a garantire la «voce» della persona minore nei procedimenti, giurisdizionali e non solo, che lo riguardano¹⁸⁵.

Tutto ciò è evidente sulla base degli apporti della normativa interna, in specie grazie alla riforma dello *status* dei figli del biennio 2012-2013, che ha promosso una progressiva affermazione del minore come soggetto, e non più come oggetto, di diritti, con importanti ripercussioni anche in tema di riconoscimento dei minori¹⁸⁶. Quest'elemento si rinviene, inoltre, nella disciplina internazionale¹⁸⁷ e comunitaria¹⁸⁸, oltre che nella giurisprudenza costituzionale¹⁸⁹. In questa prospettiva ci si inserisce, in ogni caso, in un contesto sociale e culturale profondamente mutato, che hanno imposto un adeguamento giuridico¹⁹⁰ e un nuovo complesso bilanciamento tra gli interessi in gioco¹⁹¹.

L'adozione di una prospettiva di questo genere è funzionale, tra l'altro, ad evitare disparità applicative tra coloro che accedano alla P.M.A. all'estero e coloro che non abbiano in Italia la possibilità di ricorrervi (senza, peraltro, poter viaggiare all'estero). Per queste ragioni, sarebbe bene introdurre una radicale riforma, necessariamente legislativa, della disciplina delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, che debbono tenere in considerazione un complessivo ridisegno della famiglia. Quest'ultimo dovrebbe, dunque, ricomprendere qualsiasi tipo di formazione, di qualsivoglia natura e dovrebbe essere il primo luogo di formazione e di accudimento del minore da tutelare e garantire nell'ordinamento. Il ricorso, in funzione *latu sensu* legittimante, all'adozione in casi particolari dovrebbe, a ben vedere, rappresentare l'*extrema ratio* del sistema giuridico nostrano¹⁹².

Sta, in conclusione, al Parlamento il compito di completare l'opera demolitoria della l. n. 40/2004 cominciata dalla Corte costituzionale¹⁹³.

Un esempio particolarmente positivo di avvenuta regolamentazione è, a ben vedere, quello già richiamato *ante* del Regno Unito, dove si riscontra una legislazione *liberal*, che ammette il ricorso alle tecniche di P.M.A. alle coppie omosessuali e ai *singles*, richiedendosi, in ogni caso, la necessaria licenza da parte dell'*Authority* a favore dei centri autorizzati all'esercizio delle suddette pratiche, al fine di verificare che in essi si utilizzino tecniche riproduttive conformi all'evoluzione della scienza, nell'interesse della salute

¹⁸⁴ Il riferimento è alla pronuncia Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, del 24 gennaio 2017, dove si è ritenuto che non configurasse violazione dell'art. 8 CEDU l'allontanamento di un minore dalla coppia che l'aveva avuto all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità e cresciuto in Italia come figlio per alcuni mesi.

¹⁸⁵ J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, cit., 414.

¹⁸⁶ Tra i molti contributi sul punto si veda ad esempio S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 4, 2018, 1373 ss.

¹⁸⁷ Artt. 8 e 14 CEDU, oltre a Convenzione ONU sui diritti del fanciullo de 1989.

¹⁸⁸ Art. 24, par. 3 Carta di Nizza.

¹⁸⁹ Si rinvia, *ex multis*, a Corte cost., sentt. nn. 32/2021 e 68/2025.

¹⁹⁰ Così, G. ALPA, *Introduzione*, in *Nuova giur.civ.comm. Speciali digitali*, 2020, 6-8 e Id., *Tecnologia e diritto privato*, in *Riv.it.sc.giur.*, 2017, 212-214.

¹⁹¹ In questo senso, V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dell'Unità d'Italia a oggi – Parte prima – Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»*, in *Riv.dir.civ.*, 5, 2013 e P. POLLICE, *Il difficile rapporto nel diritto di famiglia tra istanza individuale e interesse «pubblico»*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Gandolfi*, Milano, 2002, 907 ss.

¹⁹² E. MIGLIACCIO, *«Famiglia omoaffettiva» e diritto alla genitorialità*, cit., 76-77.

¹⁹³ R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur.dir.priv.*, 2017, 952 ss.



della gestante e del nascituro. Dato del tutto peculiare attiene all'assenza, in tale ordinamento, di ogni distinzione tra sessi, lasciando quindi la più ampia libertà ai singoli, siano essi uomini o donne, soli o in coppia, di addivenire alla P.M.A., a differenza di quanto avviene in altri sistemi, come la Spagna e la Francia, dove la scelta dei legislatori nazionali si è indirizzata nel consentire tale possibilità alle sole donne.

Da qui, l'importanza di "aprire la porta" a nuove situazioni familiari meritevoli di tutela nell'ordinamento, secondo, ad ogni modo, un procedimento istituzionalizzato, normato e, come tale, controllato dalle pubbliche autorità. In questa prospettiva, possiamo dunque ben sottolineare la centralità di una determinazione del legislatore nazionale, che accompagna – e pone in essere – una precisa scelta, di un modello etico e sociale da perseguire.

Ciò non toglie che si stia assistendo ad una perdurante inerzia del Parlamento italiano. Da tempo, non a caso, si discorre e si dibatte di una riforma normativa, ma questa resta ancora un obiettivo da perseguire nell'ordinamento. Quale scenario, dunque, potrebbe prospettarsi nel caso in cui tale *status quo* perdurasse? Come superare un'*impasse* del genere?

Una possibile soluzione sembrerebbe risiedere proprio nell'attività della Corte costituzionale che, dopo aver riconosciuto l'esistenza di un'esigenza di garanzia di nuovi soggetti di diritti, dovrebbe spingersi fino alla più completa tutela di costoro, o mediante moniti "rafforzati"¹⁹⁴ o mediante interventi demolitori ed additivi.

In aggiunta a questi strumenti giurisdizionali "interni" si potrebbe, altresì, invocare il ricorso a meccanismi di nuovo conio provenienti dalle Corti sovranazionali. Basti, a tal proposito, invocare quanto previsto dal Protocollo n. 16 della CEDU, che consente alle Corti nazionali di trasmettere alla Corte di Strasburgo richieste di pareri consultivi in merito a questioni di principio riguardanti l'applicazione o l'interpretazione di diritti e libertà sanciti nella Convenzione stessa. Peculiarità centrale è che tale richiesta possa essere formulata solo nel corso di una causa pendente di fronte ad un'alta autorità giurisdizionale di un Paese aderente, mediante la presentazione di un atto che ricostruisca pure il quadro normativo e fattuale del caso in parola. Sta, poi, ad un *panel* di cinque giudici della Grande Camera decidere se accettare o meno la richiesta formulata. Nel primo caso, si investe della questione la Grande Camera stessa, che rende un parere consultivo motivato e pubblicato. Si potrebbe, dunque, impiegare tale meccanismo con riguardo all'art. 8 CEDU, allo scopo di fornirne un'interpretazione il più possibile coerente con gli sviluppi giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo e dell'evoluzione socio-culturale.

Non si tratta, però del *preliminary ruling* di stampo comunitario, in termini di rinvio pregiudiziale che sospende il giudizio in attesa di una decisione che è obbligatoria per l'autorità richiedente e per la Corte di Giustizia dell'Unione europea che la emette. Ai sensi, infatti, dell'art. 5 dello stesso Protocollo n. 16 tali pareri non sono vincolanti, anche se ben potranno essere impiegati dal giudice nazionale, come «giudice convenzionale», nel suo potere/dovere di applicare le norme della Convenzione stessa¹⁹⁵. Rileva, ad ogni modo, considerare come il Protocollo in parola sia stato firmato dall'Italia, ma non ancora ratificato. Non stupisce, dunque, che i suoi pareri siano stati invocati da alcuni giudici a quo nei giudizi di legittimità costituzionale, ma la loro efficacia è rimasta, per così dire, circoscritta. La stessa Consulta, nella sentenza n. 49/2015, ha sottolineato come questi strumenti siano utili veicoli per un dialogo tra Corti, che si collocano

¹⁹⁴ Tramite il tanto chiacchierato ricorso a nuove tecniche decisorie, come avvenuto nel "caso Cappato" e non solo.

¹⁹⁵ F. BUFFA, *Il parere consultivo nel Protocollo n. 16*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, cit., 219-221.

nella prospettiva del «carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale» in cui sono coinvolti «idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte costituzionale». L'istituto del parere, anzi, costituisce «un'opzione di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali». Ancora in maniera più significativa, in una successiva pronuncia, la n. 33/2021, il giudice costituzionale nostrano ha assunto l'importanza del richiamo al contenuto di un parere ex Protocollo n. 16, nell'ambito della questione, eticamente delicata in tema procreativo, della maternità surrogata, ma ha rammentato al contempo come le considerazioni lì espresse non possano qualificarsi come principi di diritto consolidati, senza, quindi, annoverare quest'innovativo meccanismo tra quei modi per delineare effetti giuridici «orizzontali» nel nostro ordinamento¹⁹⁶.

Da qui, possiamo ben considerare l'applicabilità, anche nel campo della P.M.A., del parere consultivo, che potrebbe rafforzare il *judicial dialogue*, soprattutto in campi delicati dove il bilanciamento tra interessi contrapposti risulta, spesso, problematico. Si tratta, quindi, di un'opportunità per il sistema giuridico italiano, anche se parzialmente «mancata», che potrebbe/dovrebbe essere implementata, fornendo utili spunti di riflessione ai giudici costituzionali per affrontare nuove istanze di garanzie dei singoli nell'ordinamento¹⁹⁷, siano essi minori o adulti, in un diritto alla genitorialità inteso in senso «attivo» – diritto ad essere genitori – o «passivo» – inteso come diritto ad essere figli, in una famiglia, a prescindere dalla sua composizione –.

Pare non convincere una soluzione monitoria della Consulta «a due tempi», poiché potrebbe, potenzialmente, restare priva di sanzione e di adeguate conseguenze. Da qui, la possibilità per il giudice delle leggi di compiere una scelta «coraggiosa», con declaratorie di incostituzionalità «secche», senza incorrere in un *horror vacui* legislativo.

Semplicemente, caduta la disposizione normativa censurata, si riaprirà lo spazio di autonomia e di autoregolazione tra medico e paziente rinvenibile prima dell'entrata in vigore della suddetta normativa. Certo, ciò porta a soluzioni differenziate e da qui si torna a ribadire la centralità dell'intervento – chiarificatore – del legislatore.

C'è pure chi prospetta, in casi di ulteriore e perdurante inerzia del legislatore, di operare mediante un richiamo alla sentenza *Franovich* della Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁹⁸ per chiedere un risarcimento del danno per «responsabilità da funzione legislativa», consistente nella mancata attuazione di un indirizzo della Consulta. Eppure, tale meccanismo di ricorso, diretto, al giudice comunitario sembra poco convincente, soprattutto poiché pare difficilmente ipotizzabile un suo impiego secondo questa

¹⁹⁶ E. ALBANESI, *Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?*, in *Consulta online*, I, 2021, 235-236.

¹⁹⁷ In questi termini si è espresso, a margine della lezione in tema di «La sicurezza internazionale in Parlamento: il ruolo del Copasir nella vicenda della cessione di armi all'Ucraina» G. Piccirilli, nel corso «L'integrazione europea a trent'anni dal Trattato di Maastricht. La politica estera e la sicurezza comune. Il rispetto dello Stato di diritto. Il 3° pilastro e la questione della Giustizia. Guerra e pace», 16 gennaio 2024, presso l'Università Ca' Foscari di Venezia.

¹⁹⁸ Del 19 novembre 1991, che ha stabilito la responsabilità degli Stati membri per i danni causati ai singoli dalla mancata o tardiva trasposizione delle direttive comunitarie. Il caso nacque contro l'Italia per la mancata attuazione della direttiva 80/987/CEE a tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore.



prospettazione. Si tratterebbe, anche in questo caso, di un rimedio di secondo grado per rimediare ad inerzie del Parlamento nazionale, ma che non va a risolvere, in maniera più “immediata”, la questione. Date queste sintetiche linee teoriche è bene, ad ogni buon conto, rammentare come stia al legislatore intervenire. L’attivismo giudiziario in una materia come quella della P.M.A. non sarebbe, infatti, da incoraggiare, poiché non sarebbe del tutto in grado di garantire le posizioni giuridiche soggettive dei cittadini coinvolti. In altri termini, i giudici potrebbero intervenire caso o per caso o “per principi” a coprire vuoti di tutela ma è evidente che non possano sostituire le determinazioni del legislatore nazionale con previsioni di nuovo conio. Da qui, l’intervento suppletivo delle Corti, costituzionali e sovranazionali in particolare, non sarebbe da salutare con eccessivo favore, ma semmai da considerare come *extrema ratio* di tutela in una situazione di perdurante “vuoto” normativo. In altri termini, in assenza di un intervento di regolazione del Parlamento tale scelta potrebbe qualificarsi come “il male minore”.

Resta, però, una parziale speranza, almeno così appare dalle notizie più recenti. Ci si riferisce, in specie, alla campagna “PMA per tutte” costruita dall’Associazione Luca Coscioni, consistente in un gruppo di lavoro di circa trenta donne, che ha di recente portato una petizione al Parlamento che ha raccolto oltre 45.000 firme per evidenziare come, nonostante le decisioni della Corte e la mobilitazione di decine di migliaia di persone, il Parlamento sia rimasto ancora fermo con riguardo alla procreazione di cui alla l. n. 40. Per superare questa inerzia è stata, quindi, lanciata una proposta di legge volta a modificare l’art. 5 della predetta normativa, al fine di ammettere tutte le donne, senza discriminazioni, alla P.M.A.¹⁹⁹.

In linea conclusiva, è bene, quindi, rammentare la centralità di un intervento legislativo, che vada a colmare i vuoti che attualmente sussistono nella disciplina normativa italiana²⁰⁰, lasciando come eventuale e residuale l’ipotesi di un intervento della giustizia costituzionale, che dovrà, semmai, servire come “pungolo” per il Parlamento, come strumento utile a rammentargli di intervenire – il più prontamente possibile – sulla questione della “genitorialità” ampiamente detta, al fine di regolamentare, e soprattutto dare giustizia, a situazioni concrete, rendendo così pienamente effettivi i diritti sociali già enucleati in sede giurisprudenziale, a diversi livelli.

Da qui, l’importanza di un ripensamento della l. n. 40/2004, sotto due fronti: in primo luogo, mediante l’estensione dell’alveo applicativo dell’art. 5 nei confronti di tutte le donne (aprendo così la possibilità di addivenire alla P.M.A. per coppie omosessuali femminili e donne *singles*); in secondo luogo, mediante una nuova sezione nella suddetta legge, dedicata alla gestazione per altri (maternità surrogata), al fine di regolamentarla in maniera specifica (come avviene anche in altri ordinamenti) per dare cittadinanza come genitori alle coppie omosessuali maschili e agli uomini *singles*.

Tale operazione risulta, in definitiva, funzionale ad assicurare piena tutela ad una nuova nozione di “famiglia”, più composita²⁰¹, in cui sono i minori il fulcro e il cuore del sistema, che non devono essere né dimenticati né abbandonati.

¹⁹⁹ Così sul sito dell’[Associazione Luca Coscioni](https://www.associazionelucacoscioni.it), aggiornamento del 11 giugno 2026.

²⁰⁰ Sull’importanza di coprire una serie di “buchi” o comunque di situazioni “nuove” (come la gestazione per altri o la genitorialità di donne omosessuali e *singles* tramite P.M.A.) si rinvia a M.C. VENUTI, *Procreazione assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, in *GenIUS*, 1, 2018, 85 ss.

²⁰¹ Sull’importanza di un riconoscimento normativo e giuridico di un fatto sociale, già acquisito dall’ordinamento, di cui devono farsi carico congiuntamente e unitamente Parlamento e magistratura si rinvia alle considerazioni espresse da R. BIN, *Normatività de fattuale*, Modena, 2021, 28, laddove si evidenzia che la genitorialità sociale costituisce un fatto che «spinge per una qualificazione giuridica diversa», giustificata da un mutamento legislativo o dall’evoluzione della coscienza sociale.