Il principio del consenso nella procreazione medicalmente assistita

Massimo D'Auria
Prof. ord. dell'Università di Siena

Sommario: 1. Premessa. – **2.** La portata unitaria delle decisioni n. 68-69/2025. – **3.** La portata innovativa della decisione n. 68/2025. – **4.** Profili argomentativi. – **5.** Sulla necessità di un'interpretazione evolutiva. – **6.** L'accesso della donna single. – **7.** Sulla programmatica esclusione della figura paterna. – **8.** La preesistenza della coppia come requisito di accesso alla PMA. – **9.** Il problema sistematico: funzione del consenso e serietà dell'intento genitoriale. – **10.** Sulla coppia – famiglia come dispositivo fondante la serietà dell'intento genitoriale. – **11.** Prima obiezione: l'autodeterminazione terapeutica. – **12.** Seconda obiezione: la famiglia *ad instar naturae*. – **13.** Profili critici.

1. Premessa

Le sentenze n. 68 e 69 del 2025 della Corte costituzionale affrontano due problemi relativi alle condizioni di accesso alla PMA[1] rispettivamente per le coppie omosessua-

[1] Com'è noto, la legge 40/2004 è stata oggetto di numerose pronunce da parte della Corte costituzionale che ne hanno ridisegnato l'impianto. Sul punto, v. Carrato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale,* Servizio Studi della Corte costituzionale, marzo 2021, reperibile in *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_319_procreazione_medicalmente_assistita_20210324170526.pdf*; Salanitro, «*A Strange loop*». *La procreazione assistita nel canone della Corte Costituzionale,* in *Nuove leggi civ. comm*., 2020, 209 ss.; Vettori, *La fecondazione assistita tra legge e giudici*, in *Persona e mercato*, 2016, 3 ss.; Ferrando, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir*., 2011, 517 ss.; A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale,* Padova, 2017, 202 ss.

li e per la donna single, attualmente non consentito in forza dell'art 5 l. 40/2004 che lo permette solo alle "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi"[2].

Su entrambi i profili, si registra un acceso scontro politico e ideologico. Ciò è comprensibile, data la novità e caratura dei problemi suscitati dall'introduzione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, impensabili all'epoca della promulgazione della Carta costituzionale. Ciononostante, e non potrebbe essere diversamente, è alla Carta costituzionale che affidiamo la soluzione di conflitti aventi portata culturale, nella consapevolezza, peraltro, che la loro dimensione transnazionale incide inevitabilmente sull'effettività della norma nazionale[3].

Ciò, però, rischia di generare un corto circuito istituzionale dal momento che la Corte viene investita di un ruolo che non è più quello di controllo di costituzionalità delle leggi ma di riconoscimento e promozione di nuovi diritti costituzionali che il legislatore tarda oppure non è incline a riconoscere. In questa prospettiva, deve leggersi il *self restraint* a cui la Corte ricorre quando assume che la cornice ordinamentale non conosce un'unica soluzione costituzionalmente obbligata[4]. Ciò vale quanto dire che la soluzione di questa tipologia di conflitti deve restare di competenza del legislatore, sicché alla Corte può chiedersi non già di dettare la soluzione al posto del legislatore ma d'impedire la permanenza di regole che entrano in insanabile conflitto con i principi fondamentali della Carta costituzionale.

2. La portata unitaria delle decisioni n. 68-69/2025 della Corte costituzionale

Ciò premesso, anche dopo il duplice intervento della Corte costituzionale, le restrizioni all'accesso poste dall'art. 5 l. cit., impropriamente qualificati divieti a carico dei

---

[2] Salanitro, voce *Procreazione medicalmente assistita (diritto civile),* in *Enc. dir.,* Tematici, IV, 2022, Famiglia, F. Macario (dir.), 1015 ss.; Caggia, *La filiazione da procreazione assistita,* in Lipari, Rescigno (diretto da) e coordinato da Zoppini, *Diritto civile,* V. I, Fonti, soggetti, famiglia, II, La famiglia, Milano, 2009, 526 ss., spec. 537.

[3] Caggia, *La filiazione da procreazione assistita,* in Lipari, Rescigno, cit., 531.

[4] Da questo punto di vista, si tratta di un passo indietro rispetto a Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur*., 2014, 1062, con nota di Ferrando e in *Eur. dir. priv*., 2014, 1105, con nota di Castronovo. Come notato da Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm*, 10/2016, II, 1360 ss., 1364 ss. l'argomento impiegato da quelle sentenze per abbattere il divieto di fecondazione eterologa, ossia l'autodeterminazione procreativa e terapeutica in funzione della genitorialità, era talmente pregnanti da mettere in crisi l'intero sistema dei requisiti di accesso; *adde* Bilotti, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale,* in *Nuova giur. civ. comm.,* n. 4, 2021, 919 ss.

"pazienti"[5], continueranno ad impedire ai centri di procreazione medicalmente assistita italiani di accogliere le istanze provenienti tanto dalla donna single, quanto dalle coppie omosessuali.

Si noti, però, che quanto al problema dell'accesso della donna single, il sindacato di costituzionalità è stato effettivamente portato sull'art. 5 l. 40/2004. Ancorché discutibile sul piano motivazionale, la tenuta del requisito della preesistenza della coppia risulta, perciò, per il momento assicurato dall'esito raggiunto dalla Corte costituzionale. Non altrettanto sicura è, invece, la futura tenuta della restrizione all'accesso prevista per le coppie omosessuali, dato che in questo caso, il sindacato di costituzionalità è stato attivato non direttamente sull'art. 5 l. cit. ma sugli artt. 8, 9 l. 40/2004, nonché sull'art. 250 c.c.

Con riferimento al caso delle coppie omosessuali, però, conviene evidenziare come, nel delimitare ulteriormente l'oggetto del giudizio al sindacato sull'art. 8 l. cit., la Corte ha tenuto a precisare l'estraneità dall'area del giudizio del "*diverso profilo delle condizioni, soggettive e oggettive, di accesso alla PMA in Italia e dei correlativi divieti, come attualmente previsti dall'ordinamento*", quello appunto disciplinato dall'art. 5 l. cit. Trattandosi di una *excusatio non petita* essa vale più a minare che a convalidare la premessa posta.

E, infatti, la pronuncia d'incostituzionalità dell'art. 8 l. cit. è stata dichiarata "nella parte in cui non prevede che pure il nato in Italia da donna che ha fatto ricorso all'estero, in osservanza delle norme ivi vigenti, a tecniche di procreazione medicalmente assistita ha lo stato di figlio riconosciuto anche della donna che, del pari, ha espresso il preventivo consenso al ricorso alle tecniche medesime e alla correlata assunzione di responsabilità genitoriale". La realtà è, però, che la disposizione di cui all'art. 8 l. cit. prevede espressamente che l'atto di nascita l'ufficiale di stato civile debba conformarsi alla volontà espressa della coppia di ricorrere alla PMA. Dunque, se il principio che ricollega lo status filiationis al consenso della coppia che sceglie la PMA è sempre stato nel testo dell'art. 8 l. cit., se ne deduce che il nodo problematico della questione affrontata dalla Corte non sta nell'effetto del consenso ma altrove e, segnatamente, nei requisiti di accesso disciplinati dall'art. 5 l. cit.

Con ciò non si vuole certo contestare alla Corte di avere travalicato l'oggetto del giudizio ma soltanto evidenziare la velleitarietà dell'espediente di fare leva sulla deli-

---

[5] È il caso di evidenziare la legge non ponga un divieto di accesso alle coppie omosessuali o al single alla PMA. La norma si esprime con il modulo del permesso poiché non dice che single e coppie "non devono" ma che "non possono" accedere alla PMA. Così regolando la fattispecie, la norma stabilisce delle condizioni la cui violazione rende illecita la condotta del centro medico che accolga le istanze di accesso in assenza dei requisiti stabiliti dall'art. 5 l. cit. Significativo da questo punto di vista, è che l'apparato sanzionatorio di cui all'art. 12 l. 40/2004 sia tutto destinato a sanzionare la condotta dei centri di procreazione medicalmente assistita che l'unica disposizione che si occupa dei "pazienti" è quella di cui all'art. 12,8° che stabilisce una causa di non punibilità in senso stretto per l'uomo o la donna. Sul punto v. l'ampio studio di V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi,* Torino, 2019, spec. 239 ss.

mitazione dell'oggetto del giudizio alla norma di cui all'art. 8 per giustificare il mancato coinvolgimento dei limiti all'accesso della PMA. Ciò dipende dalla circostanza che il legislatore ha preteso di congegnare il rapporto tra status e consenso in modo tale che gli effetti previsti dall'art. 8 l. cit., sul riconoscimento dello status filiationis, dipendono dall'efficacia di un consenso raccolto dal medico *purché* proveniente da coppie rispondenti ai requisiti di accesso prescritti dall'art. 5 l. cit.

La conferma di un siffatto nesso organico si ritrova in una pronuncia della Cassazione, di poco successiva al giudizio della Corte costituzionale qui commentata[6]. Contro chi avanzava la possibilità di un'interpretazione evolutiva volta a rimuovere la restrizione all'accesso delle coppie omosessuali, la Corte ha rilevato che l'art. 8 l. cit. ha stabilito un nesso organico tra status e consenso *ex* art. 6 l. cit., disposizione quest'ultima a sua volta impostata nel senso che quel consenso deve provenire da coppie aventi i requisiti soggettivi di cui all'art. 5 l. cit.

La constatazione incoraggia l'interprete ad assumere una postura meno pregiudicata da tatticismi argomentativi per svolgere una riflessione unitaria sulle sentenze al fine di vagliare, tanto più alla luce della portata assiologica dei principi impiegati, ossia il consenso e il migliore interesse del bambino, la ragionevolezza delle restrizioni all'accesso attualmente vigenti in base all'art. 5 l. cit.

3. La portata innovativa della decisione n. 68/2025

Chiarito il senso dell'indagine, la novità della decisione n. 68/2025 risiede in ciò che l'idoneità del consenso a fondare la responsabilità genitoriale è stata ravvisata anche nel caso in cui questo provenga da una coppia omosessuale[7].

Nella cornice fornita dal principio dell'interesse del minore, la Corte si dilunga nel motivare le ragioni che militano nel senso di escludere che l'omosessualità della coppia possa pregiudicare il principio di responsabilità che governa la relazione tra genitori e figli[8]. Da questo punto di vista, la natura omo o eterosessuale della coppia è del

---

[6] Punto recentemente sottolineato da Cass. 5 giugno 2025, n. 15075 che osserva come l'art. 8 l. 40/2004, richiamandosi all'art. 6, recante appunto le norme sul consenso informato, implicitamente richiama anche l'art. 5 sui requisiti di accesso "fornendo una disciplina organica della materia che non permette di scindere, a livello di previsione normativa, il profilo dei limiti soggettivi del ricorso alle tecniche di PMA da quello della tutela giuridica del nato.

[7] Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di PMA e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente,* in *Genius,* 1, 2018, 85-100;

[8] Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021, nonché Cass. 22 giugno 2016, n. 12962 in *Corr. Giur.,* 2016, 10, 1203, con nota di Morozzo della Rocca. In dottrina, Balestra, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore,* in *Corr. Giur.,* 2013, n. 7, 893. Per un'opinione contraria, ispirata al principio di precauzione, v. D'Aloia, Torretta, *La procreazione come diritto della persona,* in Rodotà, Zatti (diretto da), *Tratt. di biodiritto, Il governo del corpo,* t. II, Milano, 2011, 1353.

tutto irrilevante perché, in entrambi i casi, il principio del *best interest of child* risulta garantito dall'effetto utile del consenso alla procreazione, senza necessità di rifugiarsi nel capzioso argomento, di portata escatologica, del "meglio nascere che non".

Sul piano sistematico, però, il dato più interessante risiede nella riscoperta che il comune progetto genitoriale e la connessa congiunta responsabilità sono il portato del consenso che la coppia ha prestato al momento dell'accesso alla PMA. È dunque, il consenso che costituisce nella PMA la valvola che unisce status e requisiti di accesso, due campi astrattamente separati ma che la legge ha organicamente unito, *perché* su quel consenso la legge fonda un progetto di genitorialità condivisa idoneo a sostenere la comune responsabilità.

Ciò dipende dalla circostanza che, in maniera appunto resa esplicita dall'art. 8 l. cit., mediante il consenso alla PMA, la coppia non dà semplicemente l'assenso a sottoporsi ad una terapia, né a prestare o far prestare il proprio o l'altrui corpo o materiale genetico affinché la terapia riesca (tutti atti, a ben vedere, autorizzatori individuali); né quel consenso è rivolto soltanto ad obbligare la coppia ad assumere congiuntamente le obbligazioni di un contratto di prestazione d'opera professionale con il centro di procreazione assistita.

Il consenso della coppia costituisce, invece, il dispositivo tecnico che la legge ha ritenuto idoneo a fondare la comune assunzione della responsabilità genitoriale a porre al centro l'interesse del minore, a partire dalla promessa che ciascuno dà all'altro che garantirà al nascituro, sin dal momento della nascita[9], la dotazione giuridica corrispondente allo *status filiationis* formalizzato nel consenso[10].

Pertanto, dopo la sentenza n. 68/2025 della Corte costituzionale, il nesso organico tra status e consenso non si presta più ad essere letto nel senso che il consenso attribuisce lo *status filiationis purché* provenga da una coppia avente i requisiti di cui all'art. 5 l.

---

[9] Ma v. art. 6,3° co. l. cit., che, in realtà, anticipa questa assunzione di responsabilità al momento della fecondazione dell'ovulo fissando da questo momento l'irrevocabilità del consenso prestato dalla coppia. Sul punto v. Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161 che ha ritenuto non irragionevole la regola dell'irrevocabilità del consenso *ex* art. 6, comma 3, nella parte in cui arreca una violazione della libertà di autodeterminazione dell'uomo costretto «a diventare genitore contro la sua volontà» quando la donna decide di impiantarsi l'embrione nonostante la successiva opposizione del donatore di gameti. Su tale pronuncia, v. Ingenito, *La genitorialità basata sul consenso e diritto alla vita e dignità dell'embrione. Ancora una questione eticamente complessa sottoposta alla Corte costituzionale,* in *Osservatorio costituzionale,* 2, 2024, 219 ss.; Manetti, *Postilla: l'insostenibile veto del maschio all'impianto dell'embrione nella sentenza n. 161 del 2023,* in *Giur. cost.*, 2705 ss. la quale conclude osservando che "il progetto genitoriale ha, e deve avere, un significato ben diverso dal semplice desiderio di avere un figlio".

[10] Rossi Carleo, *Le informazioni per il consenso alla procreazione assistita,* in *Familia,* I, 2004, 705; D'Auria, *Informazione e consensi nella procreazione assistita,* in *Familia,* 2005, I, 1009 ss.; Faccioli, voce *Procreazione medicalmente assistita,* in *Dig.,* IV, *Disc. priv. sez. civ.*, Agg., II, Torino, 2007, 1051 ss.; Zagaria, *Fecondazione eterologa, status filiationis e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini,* in *Persona e mercato*, 2/2021, 370 ss.

cit., ma al contrario quel nesso deve essere letto nel senso che il figlio ha diritto al riconoscimento dello status conforme al consenso *perché* esso costituisce il titolo su cui l'ordinamento fonda la responsabilità genitoriale a carico della coppia che accede alla PMA.

4. Profili argomentativi

L'inversione del senso di lettura del nesso instaurato tra status filiationis e consenso si comprende ricordando che alla pronuncia che si commenta si è arrivati in forza di premesse già elaborate da precedente pronuncia della Corte costituzionale, la n. 32/2021, nella quale fu sollevato il problema dell'inadeguatezza della *stepchild adoption* quale modalità costitutiva dello status filiationis alternativa al consenso[11].

In particolare, quella soluzione si esponeva al rilievo che lo status filiationis viene reso instabile dalla facoltà di opposizione che la madre biologica avrebbe potuto svolgere contro la volontà di quella intenzionale di riconoscere il figlio concepito tramite PMA, innescando così un procedimento giurisdizionale per superare tale opposizione, con grave danno del principio di certezza delle relazioni giuridiche. Perciò, la Corte aveva lanciato un monito al legislatore affinché rimediasse ad una «una preoccupante lacuna dell'ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi».

Quel monito non era rimasto davvero inascoltato perché la Circolare n. 3/2023 del Ministero dell'Interno, prendendo a pretesto una pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione resa sul diverso caso del riconoscimento dello status filiationis per il nato tramite gestazione per altri[12], aveva prodotto il perverso risultato di convalidare il doppio standard nelle regole di formazione dell'atto di nascita, a seconda che il parto del figlio da coppia omossessuale fosse avvenuto all'estero o in Italia[13].

È, dunque, a fronte di un quadro divenuto, indubbiamente, insostenibile che la Corte è oggi intervenuta al fine di «colmare il divario tra la realtà fattuale e quella legale nel rapporto del minore con la madre intenzionale, nell'ottica di conferire riconoscimen-

---

[11] Per un commento, v. Mannella, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili". Nota alla sentenza n. 32 del 2021 della Corte costituzionale,* in *Nomos,* n. 1/2021, on line.

[12] Si tratta di Cass. sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Nuova giur. civ. comm*., n. 2, 2023, 377 con nota di Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite;* Sesta, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite,* in *Riv. dir. civ.,* n. 2, 2023, 387; Venuti, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162,* in *Questione giustizia,* 2023, 1-22.

[13] Perciò, nel caso di parto avvenuto all'estero, l'atto di nascita con indicazione della doppia maternità può essere integralmente trascritto nei registri dello stato civile italiano. Si veda in tale senso, Cass. 23 agosto 2021 n. 23319, *Foro it.,* 2022, I, 293. Nel caso di parto avvenuto in Italia, alla madre intenzionale è dato l'onere di ricorrere all'adozione speciale *ex* art. 44 lett. d) l. n. 184/1983 (c.d. stepchild adoption) per vedere riconosciuta la relazione con il figlio. Così Cass. ord. 13 luglio 2022, n. 22179, *Foro plus*.

to giuridico ai legami affettivi e familiari esistenti, anche se non biologici, e all'identità personale del minore»[14]. Nel compiere tale intervento, quindi, la Corte costituzionale ha riconosciuto non solo al figlio nato all'estero, ma anche a quello nato in Italia lo status che gli compete alla luce del consenso *ex* art. 6 l. cit., siccome questo meccanismo deve ritenersi adeguato a garantire la comune assunzione di responsabilità genitoriale, senza che possa in alcun modo rilevare la natura omosessuale della coppia[15].

Riconosciuto, che il consenso alla PMA ha efficacia costitutiva dello status filiationis, la sentenza odierna della Corte costituzione suscita il problema di scrutinare se il principio del consenso alla PMA abbia la forza per retroagire anche sul diverso ma contiguo tema dei requisiti di accesso alla PMA. Tale traiettoria di indagine risulta, peraltro, suggerita dalla stessa Corte costituzionale nella parte della motivazione in cui ha osservato come la funzione teleologica del consenso può, a certe condizioni, prescindere dal rispetto delle condizioni di accesso contemplate dall'ordinamento interno. tra le quali figura, appunto, anche la diversità di sesso degli appartenenti alla coppia che consente ad accedere alla PMA.

5. Sulla necessità di un'interpretazione evolutiva

A nostro avviso, la proiezione finalistica del consenso *ex* art. 6 l. cit. oggi riconosciuta dalla Corte costituzionale appare inevitabilmente destinata ad ampliare i requisiti legali di accesso quantomeno rispetto alle coppie omosessuali. Il valore attribuito al principio del consenso ha, infatti, reso privo di qualunque giustificazione razionale la formale permanenza della restrizione all'accesso che impedisce ai centri di PMA italiani di accogliere le istanze provenienti dalle coppie omosessuali. Se, insomma, al fine di assicurare la responsabilità della scelta procreativa, è sufficiente che un consenso via sia e che questo si formi all'interno della coppia, senza distinzioni di orientamento sessuale, non si vede come possa tenersi in piedi una norma che, in maniera chiaramente discriminatoria, impedisca alle coppie omossessuali di esprimere il proprio consenso in Italia, costringendole al deprecabile fenomeno del c.d. turismo procreativo.

---

[14] Sul punto la Corte costituzionale ha superato l'eccezione sollevata dall'avvocatura dello Stato, che richiamandosi proprio alla sentenza n. 32/2021, ha contestato come l'intervento della Corte avrebbe generato, ora come allora, disarmonie nel sistema. Al riguardo la Corte ha rilevato la diversità della questione che, in quella occasione, ove la Corte fosse intervenuto, avrebbe prodotto disarmonie all'interno dell'adozione legittimante, nel senso di prevedere, «per il nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, il riconoscimento dello status di figlio, in caso di crisi della coppia e rifiuto dell'assenso all'adozione in casi particolari, laddove, invece, lo status – meno pieno e garantito – di figlio adottivo, ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983, verrebbe a essere riconosciuto nel caso di accordo e quindi di assenso della madre biologica alla adozione».

[15] Su tale vicenda, con approdo critico condivisibile rispetto all'impiego dell'adozione, v. Venuti, *Co-genitorialità femminile e status della prole,* in *Questione giustizia,* 2023, 1-15.

Del resto, i sintomi di una contraddizione nel sistema si sarebbero potuti sistematicamente cogliere già alla luce della l. 76/2016 che, seppure nulla stabilisce rispetto alla filiazione, [16]avendo prescritto, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1, 20° co., un trattamento normativo previsto dalle leggi speciali per le unioni civili necessariamente equiparato a quello dei coniugi, aveva inoculato all'interno dell'art. 5 l. cit. i germi per la sopravvenuta abrogazione implicita del requisito della "diversità di sesso". Adesso, la funzione riconosciuta al consenso dalla sentenza n. 68/2025, ha fatto esplodere quella contraddizione, appare improrogabile un'interpretazione evolutiva che, costituzionalmente orientata dal principio di eguaglianza di trattamento, abroghi il requisito della diversità di sesso, senza la necessità di reclamare un ulteriore intervento della Corte costituzionale, al fine di superare, anche nell'ordinamento interno, l'ostacolo ancora vigente a carico delle coppie omogenitoriali[17].

6. L'accesso della donna single

Quanto alla richiesta di accesso della donna single, il problema si pone in termini evidentemente differenti[18]. Nel caso della donna single, non è ravvisabile alcuna preoccupante lacuna giuridica che imponga al legislatore d'intervenire sul testo normativo. D'altro canto, è vero che l'autodeterminazione del single rivolta alla genitorialità troverà modo di ripiegare all'estero per praticare la fecondazione artificiale. Tuttavia, anche in questa prospettiva, non è ravvisabile alcuna compromissione del diritto del figlio allo status che gli compete per derivazione biologica dalla donna single che decide di praticare all'estero la PMA.

Il problema risiede in ciò che il legislatore ha compiuto una scelta che la Corte ha ritenuto tra quelle costituzionalmente compatibili[19]. Non resta, perciò, che comprendere

---

[16] Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2016, II, 1707 ss.; Morozzo della Rocca, *Progetti di procreazione e provvedimenti di adozione*, in Aa.Vv., *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di M. Gorgoni, Santarcangelo di Romagna, 2016, 143 ss.; Gattuso, *L'unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica e assetto costituzionale*, in Buffone, Gattuso, Winkler, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017, 38 ss., spec. 60 ss.; Belleli, *La filiazione nella coppia omosessuale*, in *Giur. it.*, 2016, 1819 ss.; Quadri, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *Nuova giur. civ. comm*, 4, 2017, I, 566 ss.;

[17] Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di PMA e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, cit., 91 ss. che riteneva praticabile un simile intervento già prima della pronuncia di incostituzionalità; Id., *Co-genitorialità femminile e status della prole*, in *Questione giustizia,* 2023, 13 -1. Sul diverso ma contiguo problema del riconoscimento alla genitorialità della madre intenzionale, Cass. 5 giugno 2025, n. 15075, cit., ha ritenuto impraticabile l'interpretazione evolutiva dell'art. 8 l. 40/2004 proprio in ragione dell'espressa previsione normativa che limita l'accesso alle coppie di "sesso diverso".

[18] Venuti, *Co-genitorialità femminile e status della prole,* cit., 10.

[19] Così in parte motiva "*la scelta del legislatore di non avallare un progetto genitoriale che conduce al concepimento di un figlio in un contesto che, almeno a priori, implica l'esclusione della figura del*

quale autonomo fondamento assiologico debba darsi alla restrizione stabilita dall'art. 5 l. cit. nella parte in cui vieta ai centri di procreazione medicalmente assistita di accogliere la richiesta del single[20].

Del resto, se una cosa insegna la vicenda delle coppie omosessuali è, appunto, che, seppure il ricorso all'estero non valga ad imporre una revisione della legge, la diffusione del fenomeno potrebbe ridurre il divieto ad una norma manifesto, inutilmente punitiva per le donne e altrettanto limitante per i centri nazionali di procreazione medicalmente assistita.

Anche in questo caso, occorre partire dai principi, da un lato, il consenso e, dall'altro, il migliore interesse del bambino, dei quali occorre fissare il loro significato orientativo sul sistema.

In questa prospettiva, un chiarimento si ritrova nel passaggio operato dalla sentenza n. 69/2025 ove si osserva che il principio di autodeterminazione, terapeutico o procreativo, non può essere "espressione di una libertà che abbia la stessa latitudine di ciò che la tecnica potenzialmente consente, né fonda una pretesa costitutiva di un diritto alla genitorialità" atteso che tale diritto deve essere bilanciato con altri principi costituzionalmente rilevanti alla luce del canone di proporzionalità[21].

Si tratta di un passaggio argomentativo che, evidentemente, attribuisce all'interesse del minore la funzione di limite alla libertà riproduttiva e terapeutica della donna.

7. Sulla programmatica esclusione della figura paterna

Nella delineata prospettiva, la Corte ha impiegato il principio del migliore interesse del bambino coniugandolo, però, in un senso diverso da quello che ha condotto alla pronuncia di incostituzionalità dell'art. 8 l. cit. Ove fosse stato inteso come principio di tutela del figlio ormai nato, si sarebbero aperte le porte della PMA anche per la madre single[22]. D'altro canto, la Corte ha ragionato ponendo come controlimite all'autodeter-

---

padre, è tuttora riconducibile al principio di precauzione nell'interesse dei futuri nati. Pertanto, rispetto all'esigenza di tutelare questi ultimi, la conseguente compressione dell'autodeterminazione procreativa della donna singola non può, nell'attuale complessivo quadro normativo, ritenersi manifestamente irragionevole e sproporzionata".

[20] Già riconosciuta da Corte Cost. 33/2025 sull'apertura dell'adozione ai single.

[21] È il caso di evidenziare come nella sentenza n. 33/2025, la Corte costituzionale ha ritenuto incostituzionale la riserva all'accesso che la legge ha posto ai fini dell'adozione internazionale alle sole coppie sul presupposto che l'esclusione del single costituisce un limite sproporzionato rispetto alla finalità di assicurare al minore adottando un ambiente armonioso in cui sviluppare la propria personalità, il che è comprensibile dal momento che l'alternativa all'adozione del single non è l'adozione della coppia ma la permanenza del minore nell'orfanotrofio. Nel caso dell'accesso del single alla PMA, a meno che non si considera come alternativa la non nascita del figlio, la restrizione all'accesso dei single deve andare alla ricerca di un altro tipo di giustificazione.

[22] Così lo intende Di Masi, *Le sentenze nn. 68 e 69 /2025 ovvero dello strabismo della Corte costi-*

minazione della donna l'interesse del "nascituro" che, accoppiato al principio di precauzione, è stato ritenuto predicativo dell'interesse affinché non sia *programmaticamente* esclusa la presenza della figura paterna dal progetto genitoriale di chi intende solitariamente avvalersi delle tecniche di PMA.

A ben vedere questa scelta argomentativa non pare condivisibile alla luce dell'oggetto del giudizio di costituzionalità, ossia il disposto di cui all'art. 5 l. cit. nella parte in cui prevede che solo le istanze provenienti dalle coppie possono essere accolte dai centri di PMA. In questa prospettiva, a venire in rilievo non è l'interesse del nascituro al rispetto del diritto alla bigenitorialità, ma del "non ancora concepito" a cui, a ben vedere, il legislatore, quando vi ricorre, lo fa per allargare l'autonomia del disponente (arg. *ex* art. 462,3° c.c.). Ciò consente di svolgere due considerazioni.

Anzitutto, vi è che il principio dell'interesse del bambino si presta a giustificare retrospettivamente soluzioni aperturiste o fondamentalmente retrive a seconda per "bambino" s'intenda il nato, il nascituro o, addirittura, il non ancora concepito. Se, infatti, si ragiona sul presupposto che prevale la protezione del bambino perché è nato, tutto si può giustificare, ivi compreso il diritto della donna single ad accedere alla PMA; d'altro canto, corredando l'interesse del bambino che ancora deve nascere o addirittura essere concepito con una serie di "diritti", l'interesse del bambino scade a mero argomento escatologico, avente la funzione di realizzare quello che enfaticamente può essere inteso come l'interesse superiore dell'ordinamento a consolidare gli assetti sociali tradizionali[23].

Chiarita l'accezione impiegata dalla Corte, l'argomento utilizzato, ossia l'interesse del bambino a non subire la programmatica esclusione della figura paterna, suona ana-

---

tuzionale, in *Questione giustizia,* 2025, 16, il quale così implicitamente ammette che la libertà procreativa della donna non è sufficiente a giustificare soluzioni che egli ritiene straordinarie, come appunto l'adozione internazionale del single. Cosicché, sfidando il paradosso, l'autore contesta l'utilizzo perverso del principio del best interest of child che "tradizionalmente rivolta alla salvaguardia concreta di soggetti già esistenti, viene utilizzata per negare la possibilità stessa della nascita, in assenza di requisiti relazionali e strutturali imposti dalla nascita". Ma è facile osservare che la riserva di legge non impedisce al bambino di nascere, ma soltanto alla donna di accedere alla PMA e più, in generale, di soddisfare il proprio desiderio di maternità senza il fastidio di dovere condividere con alcuno, non solo con la figura maschile, la responsabilità genitoriale e la propria stessa vita. E, d'altro canto, senza con ciò volere intraprendere una discussione sulla contrapposizione tra libertà civili e diritto sociali, quando l'autore segnala che, per invertire la tendenza regressiva della natalità in Italia, dovrebbe favorirsi l'accesso a "donne adulte, autonome, spesso culturalmente e professionalmente qualificate (...)" forse si addiviene alla configurazione di un diritto avente una connotazione di classe e funzionale ad invertire una curva le cui ragioni risiedono nella necessità delle coppie di procrastinare la scelta procreativa in ragione di condizione di precarietà economica e sociale, questo essendo un obiettivo socialmente rilevante.

[23] Ciò in nome del modello di famiglia *ad instar naturae* su cui anche Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, 1, 12, 3782. Sul punto si vedano le giuste osservazioni critiche di Di Masi, *Le sentenze nn. 68 e 69 /2025 ovvero dello strabismo della Corte costituzionale,* in *Questione giustizia,* 2025, 15.

cronistica proprio alla luce della coeva sentenza n. 68/2025, che ha appena riconosciuto anche alla coppia lesbica la capacità di assumere un progetto genitoriale responsabile[24].

Posto che, le tecniche di procreazione medicalmente assistita impongono una riconfigurazione del concetto di madre e padre, il rifiuto programmatico della necessità del padre, quale soggetto avente il diritto – dovere di mantenere, istruire e educare il figlio, potrebbe al massimo prospettare un problema sul versante della pari dignità della donna e dell'uomo ad assumere la funzione genitoriale. Allo stato attuale, se si volesse seriamente neutralizzare questo vulnus, si dovrebbe ammettere l'accesso alla PMA anche alle coppie di uomini, sul presupposto che né il padre, né la madre occorrono per assumere la responsabilità genitoriale, basta che vi siano due genitori intenzionali[25]. Ovviamente, l'accesso agli uomini alla PMA è reso impossibile a causa del divieto espresso di gestazione per altri, il che prospetta la necessità di riflettere, ancora una volta anche tenendo conto della dimensione sovranazionale del fenomeno, sull'opportunità di rimuovere il divieto ad una pratica procreativa sul presupposto che esso produce una discriminazione a danno della coppia omosessuale di sesso maschile.

8. La preesistenza della coppia come requisito di accesso alla PMA

La seconda considerazione da svolgere è che il vero problema posto dalla sentenza della Corte è, piuttosto, comprendere perché l'atto unilaterale di autodeterminazione rivolta alla genitorialità fallisce lo scopo che, invece, la Corte ritiene conseguibile soltanto attraverso il consenso proveniente dalla coppia.

Sorge, quindi, l'interrogativo se non sia proprio il principio del consenso appena sancito dalla sentenza n. 68/2025, il dispositivo da cui acquisire un criterio giustificativo sotteso alla restrizione alla coppia del diritto di accedere alla PMA.

Il dato su cui conviene concentrare l'attenzione è la connotazione "programmatica" del consenso all'utilizzo della PMA che, evidentemente, riflette la natura necessariamente intenzionale della genitorialità. Il problema diviene quindi se questo "programma" possa essere anche individuale oppure debba necessariamente essere consensuale. Ai fini di una sua disamina, molto dipende dalla dall'accezione di responsabilità genitoriale quale effetto del consenso che l'interprete intende impiegare.

---

[24] Si tratta, dunque, di un richiamo al principio di precauzione che appare, a questo punto, giunto fuori tempo massimo, almeno se ci si pone nella prospettiva bioetica di chi ha sin da subito sostenuto che la procreazione assistita attui un indebolimento della figura paterna. In questo senso, D'Agostino, *Bioetica,* Torino, 1998, 309 ss. Il punto non pare peraltro necessariamente connesso al divieto di fecondazione eterologa che, peraltro, è stato superato dalla Corte costituzionale. Così, Salanitro, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita,* in *Familia,* 2004, I, 494.

[25] *Contra* Ferrando, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche,* in *Corr. Giur.,* 2004, 815, che esclude l'esistenza di un principio di tutela della doppia figura genitoriale.

Ed invero, il richiamo al principio del consenso quale fondamento della responsabilità genitoriale può assolvere ad una funzione minimale o disincentivante, oppure realmente programmatica.

Partendo dal primo significato, il requisito del consenso costituisce *soltanto* un dispositivo tecnico per prevenire la rilevanza di accordi simulatori che potrebbero formarsi al solo scopo di consentire l'accesso del single alla PMA. Perciò, chiunque contribuisca ad integrare il consenso, si espone al rischio che il partner o il figlio reclami, comunque, l'assolvimento di quei doveri genitoriali dai quali egli non potrà evidentemente sottrarsi, perché si presuppone che quel consenso non è solo un espediente per dare la possibilità alla donna di generare un figlio. Insomma, l'art. 8 prima e la Corte poi hanno inchiodato gli adulti alle responsabilità genitoriali che discendono dalla cosciente condivisione di una scelta[26].

Questo significato indubbiamente risponde alla logica del sistema e riflette, per così dire, una divisione interna del lavoro a cui è stata chiamata la Corte costituzionale che, nel complesso, si è attestata su una linea interpretativa secondo cui la *ratio* del divieto del single all'accesso alla PMA rappresenta il portato inderogabile del diritto del figlio alla dotazione giuridica che gli discende dalla bigenitorialità.

In questa prospettiva, al concetto di responsabilità genitoriale si attribuisce un significato prospettico poiché riferito ai diritti che il figlio deve avere sin dal momento della nascita nei confronti di entrambi i genitori. Cosicché, questo il ragionamento, la restrizione all'accesso del single costituisce sì un ostacolo allo sviluppo della personalità ma giustificato dalla contemporanea presenza del diritto alla bigenitorialità che l'ordinamento garantisce al figlio. Perciò, un servizio d'impresa funzionale ad esaudire la libertà del single di accesso alla PMA costituirebbe un esercizio immeritevole della libertà di iniziativa economica che l'ordinamento riconosce *ex* art. 41 Cost. ai centri di procreazione medicalmente assistita. Risulterà così giustificata l'impossibilità giuridica per i centri di PMA italiani di accogliere le richieste provenienti da single e la conseguente necessità per la donna single a recarsi all'estero al fine di soddisfare il proprio desiderio di genitorialità solitaria, salva naturalmente la garanzia che nulla potrà intaccare il riconoscimento allo status corrispondente alla verità biologica.

9. Il problema sistematico: funzione del consenso e serietà dell'intento genitoriale

Il dubbio è se, alla luce del modo in cui è stato inteso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 68/2025, possa affidarsi qualcosa di più che il compito, alternativo al favor veritatis, di fungere da presidio del diritto del figlio alla bigenitorialità, ovvero da dispo-

[26] È il principio del *nemo potest venire contra factum proprium*, richiamato da Navone, *Note minime in tema di genitorialità intenzionale,*

sitivo d'imputazione *ex post* dei doveri e responsabilità che scaturiscono dalla filiazione. Occorre chiedersi se l'intenzione del legislatore non sia, piuttosto, quella individuare nel consenso della coppia – famiglia un dispositivo funzionale a garantire che l'accesso alla PMA sia seriamente sorretto da un programma genitoriale responsabile.

Contro la plausibilità di un simile risultato si obietta che il consenso dato *ex* art. 6 l. cit. al momento dell'accesso alla PMA non costituisce un presidio sufficiente a garantire che le parti si avvicinino alla scelta procreativa in maniera responsabile, né che lo diventi magicamente perché un medico somministra l'informativa anche sulle conseguenze giuridiche della filiazione. A ben vedere, questa obiezione fa propendere per l'idea che quell'informativa può suscitare un consenso alla PMA sufficientemente o insufficientemente responsabile sia nella coppia che nel single, ragione per cui non si vede perché negare l'accesso alle tecniche solo nel secondo caso.

Sennonché, il consenso all'accesso alla PMA risulta costitutivo della responsabilità genitoriale ma non può ritenersi costitutivo o rappresentativo dell'esistenza di un'organizzazione di tipo familiare. La legge, perciò, intende che questa organizzazione debba preesistere rispetto al momento dell'accesso alla PMA senza di che il consenso ex art. 6 l. cit. non garantirebbe la sussistenza di una seria progettualità genitoriale. Quel consenso interno alla coppia a realizzare il diritto individuale alla genitorialità attraverso la PMA deve, insomma, raggiungere il livello di intesa familiare *ex* art. 144 c.c.[27] perché, secondo la visione del legislatore, la scelta procreativa individuale può essere discussa e sufficientemente meditata soltanto tra individui che hanno instaurato un'unione affettiva connotata da sufficiente stabilità.

Si tocca qui un aspetto del discorso che, evidentemente, può suscitare una facile obiezione, atteso che la legge 40/2004 nulla aveva previsto al fine di accertare la stabilità del rapporto affettivo[28]. Tuttavia, tale obiezione prova troppo già alla luce dell'equiparazione del rapporto di convivenza a quello di coniugio – e oggi agli uniti civilmente – da cui poteva già desumersi che la legge alludesse ad una comunanza di vita dotata di stabilità, seppure in alcun modo garantita. Semmai, anche alla luce del riconoscimento delle convivenze di fatto *ex* l. 76/2016, può formularsi l'interrogativo se, sul piano sistematico,

---

[27] Da questo punto di vista, le tecniche di PMA consentono di allargare l'ambito di operatività delle intese familiari al tema della filiazione, ossia rispetto ad un profilo sul quale non si registrava unanimità di vedute. Si vedano Finocchiaro, *Del matrimonio,* in *Comm. cod. civ.*, dir. Scialoja – Branca, II, Bologna-Roma, 1993, 78; *contra* Alagna, Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto, Milano, 1979, 216; Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi (artt. 143 – 148 c.c.),* in *Comm. cod. civ.,* dir. Schlesinger, Milano, 1990, p. 169 ss. Sulla natura negoziale, v. Santoro Passarelli, *Commento art. 144 c.c.,* in Aa.Vv., *Commentario alla riforma del diritto di famiglia,* cit., 237, 240; Autorino Stanzione, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali,* in *Rass. dir. fam.,* 2004, 1 ss.

[28] Sul punto v. Segni, *Conviventi e procreazione assistita,* in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 7 ss.; Naddeo, *Accesso alle tecniche,* in *Procreazione assistita*, a cura di Stanzione, Sciancalepore, Milano, 2004, 68; D'Auria, *Informazione e consensi nella procreazione assistita,* in *Familia,* 2005, I, 1044.

l'accesso alla PMA non debba prevedere un grado minimo di formalizzazione, al fine di dimostrare la stabilità del rapporto affettivo.

Non vale, invece, obiettare che la legge 40/2004 non tiene in considerazione la permanenza del vincolo affettivo atteso che, una volta formatosi l'embrione, il rapporto bigenitoriale si è instaurato per effetto di un consenso che la legge stessa qualifica da quel momento come irrevocabile *ex* art. 6,3° co. l. cit., senza alcuna garanzia che quella comunione di vita prosegua. Ed invero, ciò che la legge richiede è che ciascun appartenente alla coppia assuma responsabilmente il proprio ruolo di genitore, in costanza di vita in comune o anche nell'eventualità di una separazione.

Semmai, il problema sta in ciò che il legislatore ha, in maniera certamente improvvida, fissato alla fecondazione dell'ovulo il momento in cui risulta impossibile revocare l'intesa familiare raggiunta, *come se* il "risultato" di quell'intesa fosse stato conseguito con la fecondazione dell'ovulo e non con la nascita del figlio. Così disponendo, però, dopo la formazione dell'embrione si pone il problema di come reagire al rifiuto della donna, oppure al dissenso sopravvenuto dell'uomo all'impianto[29]. Tali ipotesi, divenute più probabili anche per la possibilità giuridica di procedere alla crioconservazione degli embrioni[30], potranno essere risolte in forza del principio di eseguibilità unilaterale delle

---

[29] A testimonianza della forza che assume il consenso, è significativo che il principio di irrevocabilità abbia resistito alla questione di costituzionalità. Si veda Corte cost. 24 luglio 2023, n. 161 su cui Astone, *Procreazione medicalmente assistita e dinamiche del consenso. (Riflessioni a margine di Corte cost. 24 luglio 2023, n. 161,* in *Dir. fam. pers.,* 2, 2024, 705 ss., nonché, su questa casistica, v. Bonini, *Procreazione medicalmente assistita: vittime del consenso?,* in *Pol. dir.,* 3, 2021, 475 ss.; Cacace, *La revoca del consenso a essere padre nella procedura di procreazione medicalmente assistita,* in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2023, 569 ss.

[30] In questa prospettiva, un elemento ulteriore di complicazione è evidenziato in maniera condivisibile nello scritto di Bevivino, *L'interesse del minore quale criterio (non sempre correttamente) applicato da Corte Costituzionale nn. 68 e 69 del 2025* a p. 7, che individua appunto un limite della tecnica del consenso nell'impianto dell'embrione *post mortem* dell'uomo, nel qual caso, evidentemente, il diritto alla bigenitorialità del concepito o la tecnica del consenso sono in certa misura compromessi dalla volontà unilaterale della donna che sfocerà nella costituzione di una famiglia monoparentale. E, tuttavia, tendo a ritenere, anche considerato il divieto di accesso alle coppie separate o divorziate, che in un caso del genere, in cui lo scioglimento del rapporto è stato determinato da cause naturali, la morte del partner appunto, non può parlarsi di una famiglia programmaticamente monoparentale e, per certi versi, potrebbe anche discutersi se quel consenso mai revocato, possa in realtà generare la costituzione post mortem di uno status del figlio che ne permetta l'inserimento anche nella famiglia del partner prematuramente scomparso, con tutte le conseguenze giuridiche che ne discendono. In questa prospettiva si veda Cass. 15 marzo 2019, n. 13000 ove risulta stabilito l'importante principio, ai fini dell'attribuzione del cognome paterno, per cui «L'art. 8 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante lo status giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa *post mortem* avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui, che, dopo aver prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo al-

intese da parte della donne, dell'incoercibilità di ordini d'impianto nel corpo della donna e, infine, nella cornice della casistica della responsabilità da violazione del consenso espressamente prestato alla PMA, come tali suscettibili di condurre ad un risarcimento per equivalente dei danni da genitorialità negata in assenza di cause scriminanti[31].

10. Sulla coppia – famiglia come dispositivo fondante la serietà dell'intento procreativo

Dal sistema congegnato dagli artt. 5, 6, e 8 l. cit. quindi, il diritto alla procreazione non appartiene al singolo in quanto tale ma solo alla coppia quale parte soggettivamente complessa e ciò non solo come verità biologica ma anche come costrutto intenzionale.

Ciò vale nella procreazione naturale, ossia un fatto giuridico da cui la legge fa discendere conseguenze giuridiche che, essendo governato dalla necessità, in alcun modo possono dipendere dalla volontà perché la procreazione di un figlio non voluto "non è una violazione di diritti ma un incerto del mestiere di vivere"[32]. Perciò, nella procreazione naturale, la responsabilità della scelta procreativa non esige alcuna formalizzazione ex ante, né richiede la condivisione della scelta procreativa come tecnica per assicurare un sufficiente grado di ponderazione nell'assunzione ex ante delle conseguenze derivanti dalla procreazione che inevitabilmente si produrranno in capo ai genitori.

La procreazione artificiale è, invece, governata dall'intenzione. Perciò, ai fini della responsabilità genitoriale, mentre nella procreazione naturale non è necessario che esistano genitori intenzionali, poiché anche ove l'intenzione non c'è, supplisce la biologia, in quella artificiale, i genitori, quale che sia il sesso, sono necessariamente intenzionali

---

tresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre i 300 giorni dalla morte del padre».

[31] Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale,* in *Dir. fam. pers. Succ.*, 2005, 176; Salanitro, *Principi e regole, contrasti e silenzi. Gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita,* in *Fam. pers. succ.,* 2010, 86, nota 19.

[32] Per usare l'elegante fraseggio di Corte Cost. 20 novembre 2002, n. 494 sul riconoscimento dei figli incestuosi.

ed assumono volontariamente le connesse responsabilità. In questa prospettiva, la legge può scegliere fino a che punto assecondare un programma che ha natura evidentemente negoziale e il legislatore attuale lo ha fatto assumendo che l'intenzione alla genitorialità "responsabile" si costruisce nella famiglia, non attraverso la generazione di un figlio.

Alla luce di quanto dedotto, si può dire che, secondo il legislatore, per dirsi responsabile, la scelta genitoriale deve essere compiuta all'interno di una coppia che è già "famiglia", il che implicitamente significa che la PMA non può proporsi la finalità di consentire al richiedente di "creare" una famiglia.

Sul piano logico costituzionale, il requisito della preesistenza della famiglia non può ritenersi lesivo di alcun precetto costituzionale: non *ex* art. 2 Cost., nel senso che ben si può assumere che il diritto individuale e inviolabile alla genitorialità deve realizzarsi non come singolo ma nelle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo; non l'art. 3 Cost perché l'esistenza della famiglia costituisce una condizione affinché il diritto alla genitorialità acquisisca quel grado sufficiente di maturazione che la legge impone ai fini dell'assunzione della relativa responsabilità dei suoi membri; non l'art. 29 Cost., atteso che il riconoscimento dei "diritti della famiglia" come "società naturale" può generare una ridefinizione del concetto di famiglia la cui estensione non pare possa includere anche l'individuo aspirante genitore a cui attribuire il potere di formare una famiglia attraverso la procreazione assistita; nemmeno, infine, l'art. 30 Cost. che parla del diritto (oltre che del dovere) dei genitori (al plurale e senza connotazioni di genere) di istruire mantenere e educare i figli anche se nati "fuori dal matrimonio", il che però non vuol dire, fuori da una famiglia preesistente.

Perciò, la preesistenza della coppia – famiglia quale requisito di accesso alla PMA non può propriamente configurarsi come un ostacolo di ordine economico e sociale al pieno sviluppo della personalità umana che la Repubblica ha il compito di rimuovere ex art. 3 dovendo, semmai, ritenersi che la famiglia costituisce la formazione sociale al cui interno la Repubblica riconosce e garantisce il diritto a diventare genitori come fattore di sviluppo della personalità.

11. Prima obiezione: l'autodeterminazione terapeutica

Sul piano argomentativo, a questa impostazione possono essere sollevate due obiezioni fondate sul principio di autodeterminazione[33].

La prima obiezione si affida al principio dall'autodeterminazione terapeutica assumendo che il diritto negato della donna single all'accesso alla PMA configura una violazione del suo diritto costituzionale alla salute per gli effetti negativi che la genitorialità negata potrebbe produrre sul benessere psico-fisico.

[33] Su cui v. F. Rescigno, *L'autodeterminazione indeterminata,* in *Liber amicorum Pietro Rescigno,* V. 2., Napoli, 2018, 1629, spec. 1647 ss.

L'argomento che, con intensità certamente minore può estendersi anche all'uomo, è stato espressamente rigettato dalla Corte costituzionale, in un passaggio in cui si assume che il ricorso alla PMA è finalizzato a favorire la soluzione dei problemi riproduttivi della coppia causati dalla sterilità o dalla infertilità umana (...), ossia dalla necessità di rimuovere le cause impeditive della procreazione.

Indubbiamente, nell'impostazione originaria della legge 40/2004, il legislatore aveva pensato alla PMA alla stregua di un dispositivo terapeutico. Suona conferma di ciò l'art. 1,2° co. che classifica la procreazione medicalmente assistita come "un metodo terapeutico" per rimuovere le cause di infertilità o sterilità; la disciplina del consenso informato che, insieme a quello di gradualità delle terapie, assurge a principio applicativo delle tecniche (art. 4,2° co. lett. b).

In questa prospettiva, anche il limite all'accesso alla coppia qualificata dalla sua natura eterosessuale (art. 5), anziché rappresentare il portato di un'aspirazione a naturalizzare la PMA, era espressione coerente della dedotta impostazione salutista della disciplina. Al netto di questo requisito, infatti, la sterilità o infertilità *ex* art. 1 l. 40/2004 non assume alcuna rilevanza giuridica, costituendo una condizione fisiologica riferibile tanto al single, quanto alla coppia omosessuale.

Non può, quindi, escludersi che la finalità terapeutica rispondesse ad una precisa strategia del legislatore che vedeva nel principio di tutela della salute una circostanza concomitante con l'argomento *ad instar naturae* per blindare il requisito di accesso alle sole coppie eterosessuali. D'altro canto, che il consenso *ex* art. 6 l. cit. fosse così classificabile è apparso riduttivo alla dottrina, anche alla luce dei contenuti informativi contemplati dalla norma, evidentemente eccedenti rispetto a quanto necessario a sostenere l'applicazione di una terapia, includendovi tutte le conseguenze giuridiche annesse alla responsabilità della filiazione[34].

Ad ogni modo, se come auspicato, cadesse la restrizione all'accesso per la coppia omosessuale, un ripensamento dell'impostazione terapeutica sarebbe necessario e, su questa linea di faglia, la richiesta di accesso delle donne single potrebbe essere nuovamente avanzata, non è detto, però, con successo.

Ed invero, la rilettura proposta dalla Corte costituzionale n. 68/2025, volta a far prevalere il tema della responsabilità genitoriale sul diritto alla salute getterebbe una consistente ombra sulla responsabilità nell'assunzione del progetto genitoriale che alla nascita di un figlio si disponga per prevenire una malattia fisica o psichica, a ciò opponendosi il principio di dignità umana che impedisce di classificare il concepimento di un

[34] Forse, siamo in presenza di un caso classico di eterogenesi dei fini dato che questa pletora di informazioni, prescritta probabilmente per finalità dissuasive, ha predisposto il giudice costituzionale a ravvisare nel consenso *ex* art. 6 l. 40/2004 un luogo ben più complesso rispetto a quello puramente terapeutico, come tale idoneo a formare lo status filiationis. In tema, v. Rossi Carleo, *Le informazioni per il consenso alla procreazione assistita,* in *Familia,* I, 2004, 705; D'Auria, *Informazione e consensi nella procreazione assistita,* in *Familia,* 2005, I, 1009 ss.; Faccioli, voce *Procreazione medicalmente assistita,* in *Dig.,* IV, *Disc. priv. sez. civ*., Agg., II, Torino, 2007, 1051 ss.

figlio alla stregua di un risultato terapeutico. Perciò, quel diritto alla salute della donna che, nell'ambito dell'interruzione volontaria della gravidanza giustamente prevale nel contrasto con il diritto alla vita del nascituro, siccome riferibile ad una patologia in atto, non vale a costituire autonoma giustificazione per fondare l'accesso ad una tecnica in previsione che insorga un danno alla salute psico-fisica da maternità negata.

Con ciò non si vuole negare la dimensione terapeutica della procreazione medicalmente assistita ma solo che, all'esito della probabile evoluzione che interverrà con l'accesso delle coppie omosessuali, l'intervento e la responsabilità del medico nella PMA non potranno più finalisticamente essere intesi come rivolti a prevenire, diagnosticare, curare o alleviare una malattia del corpo o della mente[35]. Vi è, semmai, che ponendosi a servizio di una scelta di autodeterminazione procreativa[36], occorre procedere medicalmente per alterare la condizione ormonale dell'organismo gestante oltre che, per impiantare l'embrione formatosi in vitro[37], con conseguenze potenzialmente pregiudizievoli per la salute di colei che a quelle tecniche si sottopone. Da qui, insomma, la necessità di un consenso medico la cui liceità dipende da una finalità, quella procreativa, che la legge ha ritenuto meritevole di tutela e che, tuttavia, non può confondersi con il consenso terapeutico.

12. Seconda obiezione: la famiglia *ad instar naturae*

Si obietta che la preesistenza di una coppia - famiglia in cui incanalare il consenso alla PMA quale requisito di serietà del consenso alla filiazione costituirebbe il retaggio di un'impostazione "naturalista" e "patriarcale", ossia di un modello sociale che mira comunque a consolidare i modi di formazione della famiglia all'interno di schemi naturali e sociali predeterminati privi di patenti di costituzionalità[38].

---

[35] Come predica, in maniera anche parossistica, l'art. 4,1° co. l. 40/2004 stabilendo che "Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto 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".

[36] Il punto deve intendersi acquisito con la sentenza n. 162 del 2014, in cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa (contemplato dall'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004), sul presupposto che lo stesso si poneva in contrasto con la fondamentale libertà di autodeterminazione della persona (ricondotta agli artt. 2, 3 e 31 Cost.), la quale, tra le sue espressioni, include la scelta di diventare genitori e formare una famiglia, il cui diritto sarebbe irragionevole non riconoscere anche alle coppie sterili.

[37] Il ragionamento che si sta avanzando avverte come un "problema" la riconfigurazione di una pratica medica c.d. potenziativa che, offre una pletora di "enhancement techcnologies" in cui il concetto di salute e sganciato da quello di cura. Sul tema v. Busnelli, *Il fattore "potenziamento": salute, medicina e deontologia al vaglio delle nuove tecnologie,* in *Liber amicorum Pietro Rescigno,* V. I, Napoli, 2018, 435 ss.

[38] Di modello prescrittivo di genitorialità attualmente dominante e di ascesa di un modello

Anzitutto, conviene rilevare come tale obiezione, sicuramente pregnante rispetto all'originaria impostazione della legge, deve essere ridimensionata specialmente ove, come auspicato, l'accesso risultasse consentito anche alle coppie omosessuali. Del resto, la legge ha già tagliato fuori l'uomo in due modi: il primo, escludendo la responsabilità genitoriale di chi abbia fornito il materiale biologico (art. 9,3° co. l. cit.), così promuovendo una pratica che, evidentemente, con una regola opposta non avrebbe avuto alcuna possibilità di svilupparsi; poi, negando il diritto alla genitorialità dell'uomo che non trova alcuna possibilità di realizzarsi, stante il divieto di gestazione per altri, né come singolo né all'interno della coppia – famiglia.

Ciò detto, merita evidenziare come quella avanzata costituisce un'obiezione epistemologica che, quindi, per sua natura, non vale a giustificare la possibilità di discostarsi dalla situazione giuridica tipica che il legislatore ha riconosciuto come costitutiva del nostro vivere. Ciò almeno non fino al punto da tacciare d'incostituzionalità una scelta normativa, come quella che implica la necessità della preesistenza di una famiglia rispetto alla filiazione, rientrante in una logica che, anche sul piano linguistico, corrisponde al "significato proprio delle parole". Semmai, l'obiezione invita ad assumere posizionamenti meno categorici su questioni che, come detto, si affrontano nella consapevolezza che, specialmente in questo campo, le regole assumono caratura problematica. Posto, infatti, che non esiste una risposta costituzionalmente obbligata, poiché la PMA rende possibile una genitorialità solitaria a cui il legislatore costituzionale non può avere evidentemente pensato, occorre limitarsi a tracciare una traiettoria argomentativa che giustifichi sul piano sistematico la posizione dell'attuale assioma per cui, ai fini dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita, una famiglia deve preesistere rispetto alla filiazione.

In questa prospettiva, una strategia può valorizzare il sottostante intenzionale della genitorialità da PMA al fine di orientare l'interprete ad accordare prevalenza al modello di genitorialità "sociale" anziché a quello fondato sul legame "biologico". Su questa base, dalla constatazione che la società già conosce famiglie monoparentali che svolgono responsabilmente il proprio ruolo genitoriale, l'interprete induce che il single può altrettanto responsabilmente scegliere di diventare genitore mediante la PMA. Accordando prevalenza alla genitorialità sociale si ritiene, infatti, giustificata una soluzione che sganci il diritto a diventare genitori dalla preesistenza coppia – famiglia poiché nella costruzione dell'identità genitoriale, la nascita di un figlio diventa un elemento costitutivo che, come tale, non può essere condizionato da alcuno strumento di "selezione" finalizzato a sondare la responsabilità ex ante della scelta, essendo questa, piuttosto, funzione della qualità della relazione "genitore" – "figlio".

---

emergente parla Marella, *Fra status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità,* in *Liber amicorum Pietro Rescigno,* cit. V. II, 1213, spec. 1215 e 1219, rispettivamente quello della bigenitorialità e della c.d. omoparentalità che l'Autrice collega con l'affermarsi di nuove identità delle soggettività non eterosessuali e cisgender, da apprezzarsi come "base di allargamento del mercato a nuove fasce di consumo e, insieme, estensione della stessa cittadinanza.

13. Profili critici

Senza che possa affermarsi una presunzione legale d'irresponsabilità per il single che accede alla PMA, vi è che il legislatore non intende affidare la costruzione dell'identità genitoriale ad un dato statistico o aneddotico. Certo, la società conosce anche famiglie disfunzionali ma ciò non nega la funzione che l'ordinamento riconosce alla famiglia ma, semmai, imporrà un dovere d'intervento a protezione delle vittime all'interno della famiglia. Il punto fondamentale resta quello che, ridotto alla sua essenza, la "famiglia", intesa appunto come "formazione sociale" e "società naturale", è il dispositivo relazionale a cui l'ordinamento ha deputato la funzione di assicurare la costruzione della genitorialità.

In questa prospettiva, è prerogativa del legislatore fissare il dispositivo che garantisce la serietà del programma genitoriale e, questo dispositivo è stato ritrovato nella coppia – famiglia.

Un riflesso di ciò che si sta sostenendo si ritrova nel disposto di cui all'art. 6, 4° co. che prescrive una divisione del lavoro tra legge e medico: "*Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione*". Dunque, per l'ordinamento interno, chi voglia diventare genitore, deve avere preparato la dimensione relazionale, il luogo chiamato "famiglia", del venire al mondo del figlio, il che ovviamente implica che assolta questa condizione, non sono consentite restrizioni alla libertà di autodeterminazione genitoriale poiché risulterebbero discriminatorie.

Questo significa che soltanto il legislatore può decidere di consentire anche ai single l'accesso alla PMA e, se non lo ha ancora fatto, è perché, al di fuori della coppia – famiglia, la serietà del "programma" genitoriale, non a caso richiesto a tutela del minore nel caso dell'adozione, risulta insondabile nel caso della PMA. Ciò dipende dall'incommensurabilità del fine procreativo rispetto ad ogni altro interesse individuale che chi accede in via solitaria alla PMA, può avere intenzione di realizzare. Al di fuori di questo dispositivo, si profila l'impensabile alternativa di affidare a qualcuno (il centro medico?) la funzione di discriminare tra soggetti idonei e non a sviluppare la propria personalità individuale, il che varrebbe tanto per le coppie, quanto per i single[39].

[39] Qui sta il dato che differenzia l'adozione rispetto alla PMA che l'art. 6,1° co. l. cit. ha messo in relazione di alternatività nel contesto del dovere informativo che incombe al medico somministrare alla coppia. È del tutto evidente che l'alternatività a cui si allude è quella rivolta alla sfera della genitorialità e, quindi, siamo ancora una volta al di fuori dal novero delle informazioni propriamente mediche. D'altro canto, alternatività non significa equivalenza e il punto si comprende osservando come il diritto a procedere all'adozione è subordinato ad una complessa procedura di valutazione della coppia e ora del single finalizzato proprio a sondare la serietà dell'intento genitoriale e la capacità di assicurare un contesto armonioso nel quale il minore adottando potrà sviluppare la propria personalità. Nulla di tutto questo, ovviamente, è previsto nel caso dell'accesso alla PMA proprio perché il legislatore ha ritenuto sufficiente la preesistenza della coppia – famiglia.

Sotto indagine è, dunque, il concetto di famiglia[40] e chi obietta che anche il single potrebbe avere una vita relazionale piena e soddisfacente, avanza la pluralità di modelli familiari diversi dalla coppia-famiglia, sposta la questione sul problema di rinvenire un dispositivo alternativo a quello della coppia che famiglia già è, idoneo a garantire la serietà della scelta procreativa del single la cui pretesa è che la sua "famiglia", quale che sia il significato associato al termine, non condizioni il proprio desiderio genitoriale. Il problema è, insomma, quale modello normativo di relazione diverso dalla coppia – famiglia possa garantire che la scelta di assumersi in solitaria la responsabilità genitoriale sia un "programma esistenziale" che non si esaurisca semplicemente nel desiderio di avere "un figlio solo mio", proiezione dei propri bisogni e desideri, un mezzo anziché un fine[41], che il ricorso alla "tecnica" ha reso possibile, superando limiti "naturali" e "sociali" che solo in senso traslato possono intendersi come ostacoli di ordine economico e sociale che la Repubblica ha il compito di rimuovere.

Abstract

Con le sentenze n. 68 e 69 del 22 maggio 2025, la Corte costituzionale ha sindacato la costituzionalità rispettivamente degli art. 8 e 5 della l. 40/2004, in un caso, sancendo il diritto del figlio nato da coppia same–sex al riconoscimento automatico del proprio status anche rispetto alla madre c.d. intenzionale, nell'altro non riconoscendo alla donna single un diritto di rilievo costituzionale all'accesso alla procreazione medicalmente assistita. Nel farlo, la Corte ha impiegato due principi, il migliore interesse del bambino e quello del consenso della coppia, in funzione di limite o condizione del diritto all'autodeterminazione procreativa.
In dialogo con Guglielmo Bevivino, il saggio di Massimo D'Auria approfondisce il profilo del consenso della coppia quale titolo della responsabilità genitoriale e quale condizione per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

In Judgments Nos. 68 and 69, issued on 22 May 2025, the Constitutional Court examined the constitutionality of Articles 5 and 8 of Law 40/2004. In one case, the Court affirmed the right of a child born to a same-sex couple to automatic recognition of their status, including in relation to the so-called intentional mother. In the other case, the court did not acknowledge a single woman's constitutional right to access medically assisted procreation. In reaching these decisions, the court applied two key principles: the best interests of the child and the couple's consent.

---

[40] Marella, Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto,* Roma-Bari, 2014, *passim*.; Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi,* in *Riv. dir. civ.,* 2013, 1043 ss. ; Caggia, *La complessità nei diritti fondamentali della famiglia nello spazio europeo,* in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, cit., V. I, 473 ss.

[41] Buber, *Io e tu* [1923], in Id., *Il principio dialogico ed altri saggi*, trad. it. A.M. Pastore, a cura di Poma, Cinisello Balsamo (MI), 1993, *s*.

In a dialogue with Guglielmo Bevivino, this essay examines the concept of couples' consent as a basis for parental responsibility and as a prerequisite for the application of medically assisted procreation techniques.