

Nel modello tradizionale della procreazione, la volontà ha occupato un ruolo marginale, destinata a restare assorbita dai fatti biologici del concepimento e della nascita. L'avvento delle tecniche di procreazione medicalmente assistita ha segnato una profonda cesura, imponendo una revisione delle coordinate giuridiche che presiedono al fenomeno generativo. In questo nuovo scenario, la volontà diviene il fulcro della rilevanza giuridica dell'agire procreativo, sollevando interrogativi inediti. Attraverso un'analisi sistematica, il volume indaga il modo in cui l'ordinamento italiano ha regolato tale mutamento di paradigma, anche al fine di mettere in luce i profili anacronistici della l. n. 40 del 2004 in materia di procreazione assistita. Il lavoro monografico offre una ricostruzione critica dei nodi più controversi nel diritto contemporaneo: dalla revoca del consenso alla PMA, alla procreazione assistita *post mortem*, ai requisiti soggettivi di accesso e allo stato filiale del nato in violazione di essi, fino alla gestazione per altri. Ne emerge un quadro complesso, in cui si gioca l'equilibrio tra innovazione tecnologica, diritti fondamentali ed evoluzione dei modelli familiari e genitoriali.

Giovanna Marchetti è ricercatrice presso il Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università di Padova. Abilitata alle funzioni di Professore di seconda fascia, in precedenza è stata Universitätsassistentin post-doc presso l'Istituto di Diritto italiano dell'Università di Innsbruck, nonché Visiting Researcher presso l'Università di Siviglia, di Lleida, del Sussex e il Max Planck Institute for Comparative and International Private Law di Amburgo. Le sue principali aree di ricerca riguardano il diritto delle obbligazioni, dei contratti, dei trusts e della famiglia. È già autrice di due monografie e ha pubblicato numerosi saggi in italiano, inglese e spagnolo.

Giovanna Marchetti La volontà procreativa

GIOVANNA MARCHETTI

La volontà procreativa

*Profili evolutivi nel fenomeno generativo naturale
e medicalmente assistito*

ISBN 979-12-5965-507-3



9 791259 655073

€ 30,00



CACUCCI EDITORE
BARI

GIOVANNA MARCHETTI

La volontà procreativa

*Profili evolutivi nel fenomeno generativo naturale
e medicalmente assistito*

CACUCCI  EDITORE
BARI

Volume realizzato con il contributo finanziario del Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università di Padova.

Ringrazio Cacucci Editore per il prezioso lavoro e per l'attenzione dedicata a questo volume.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2025 Cacucci Editore - Bari

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari - Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Indice

Introduzione e premessa di metodo	11
-----------------------------------	----

CAPITOLO I

Problemi e lineamenti evolutivi della volontà nella procreazione naturale

1.	Procreazione naturale e volontà	23
2.	Il problema del riconoscimento della volontà di non procreare nella l. n. 194 del 1978 e gli interessi coinvolti dall'interruzione della gravidanza	27
2.1.	Il riconoscimento della volontà non procreativa della donna in funzione della tutela della sua vita e della sua salute	32
3.	Difficoltà nell'accertamento dei presupposti che legittimano l'interruzione della gravidanza nei primi novanta giorni e discrezionalità della donna nella scelta abortiva	35
4.	Profili problematici del ruolo del padre nella l. n. 194 del 1978 e legittimità costituzionale della preminenza riservata alla donna nel merito della scelta interruttiva della gravidanza	40
5.	La volontà di procreare senza l'instaurazione del legame di filiazione con il nato: il caso del parto anonimo	45
6.	La <i>ratio</i> dell'istituto e la funzionalizzazione dell'abdicazione del ruolo di madre	48
7.	Evoluzione del parto anonimo nel diritto vivente e persistente preminenza della libertà di scelta della donna	53

8.	Verso un nuovo equilibrio degli interessi coinvolti e le ragioni dell'asimmetria esistente tra la posizione della madre e quella del padre	58
9.	Sintesi dei risultati conseguiti con riferimento al fenomeno generativo naturale	64

CAPITOLO II

Rilevanza e vicende della volontà nella procreazione assistita

1.	La centralità dell'elemento volitivo nella procreazione medicalmente assistita	67
2.	Il problema della revocabilità del consenso al progetto procreativo	74
3.	Il rifiuto dell'impianto dell'embrione fecondato <i>in vitro</i> da parte della donna	77
3.1.	La necessità di valorizzare l'accordo sulla procreazione nell'interpretazione dell'art. 6, co. 3, l. n. 40 del 2004 e conseguenze di tale impostazione	81
4.	Conseguenze della tesi proposta in tema di sopravvenuto dissenso dell'uomo all'impianto dell'embrione. Una rilettura dell'art. 6, co. 3, in chiave evolutiva e funzionale al bilanciamento dei diversi interessi in gioco	86
4.1.	La diversa tesi della giurisprudenza. Critica alla decisione della Consulta che tutela l'investimento fisico ed emotivo della donna e l'embrione a discapito dell'uomo. Conclusioni sull'interpretazione dell'art. 6, co. 3	93
5.	Il decesso sopravvenuto di uno degli aspiranti genitori: il divieto di procreazione assistita <i>post mortem</i> nella l. n. 40 del 2004 e le difficoltà a circoscriverne la sfera operativa	102
6.	L'ammissibilità dell'impianto postumo nel prisma degli interessi tutelati e dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di PMA	105
7.	Il problema del consenso dell'uomo all'impianto <i>post mortem</i>	109

8.	La persistente fondatezza del divieto di fecondazione postuma e il confronto con il modello spagnolo	112
9.	Lo stato del nato da procreazione assistita <i>post mortem</i> e profili successori. Cenni	118
10.	Sintesi dei risultati conseguiti con riferimento alla volontà procreativa nella PMA	122

CAPITOLO III

Aspirazioni genitoriali e procreazione artificiale: profili di attualità e anacronismo di un modello

1.	I limiti alla realizzazione delle aspirazioni genitoriali nella l. n. 40 del 2004. Profili problematici dei requisiti soggettivi di accesso e dei diritti riproduttivi nello scenario odierno	128
2.	L'esclusione dalla PMA delle donne sole: <i>ratio</i> e criticità a fronte del superamento divieto di fecondazione eterologa e della limitazione temporale della rilevanza dei requisiti soggettivi	147
3.	La persistente fondatezza del divieto tra bigenitorialità e limiti all'autoderminazione procreativa	151
3.1.	La ragionevolezza del divieto di accesso alla procreazione assistita per la donna singola e il principio di precauzione a tutela dei futuri nati alla luce della sentenza n. 69 del 2025 della Corte costituzionale	161
4.	L'aspirazione genitoriale della coppia omoaffettiva femminile al vaglio della Corte costituzionale: gli ostacoli (in)superabili contro la sua realizzazione	168
5.	I profili di illegittimità della limitazione dell'accesso alla fecondazione assistita in funzione dell'orientamento sessuale	178
5.1.	Bigenitorialità e archetipo della famiglia eterosessuale. L'anacronismo di un modello nel contesto dell'interpretazione evolutiva del sistema ordinamentale	180

5.2.	Il danno alla salute psichica da mancata realizzazione delle aspirazioni genitoriali della coppia <i>same-sex</i>	190
6.	Il ricorso da parte della coppia omoaffettiva femminile alla procreazione assistita all'estero e il problema della costituzione dello <i>status filiationis</i> del nato	194
6.1.	L'illegittimità costituzionale del divieto per la madre intenzionale di riconoscere come proprio il figlio nato in Italia da PMA praticata all'estero	206
7.	Profili problematici e ragionevolezza del limite dell'età potenzialmente fertile	211
8.	La gestazione per altri: gli interrogativi sollevati dalla pratica e premessa di metodo	220
9.	Le modifiche apportate all'art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004 e il problema della delimitazione della sfera operativa del divieto	229
10.	L'invalidità degli accordi di surrogazione di maternità <i>ante</i> l. n. 40 del 2004 e i primi tentativi di legittimare la gestazione per altri c.d. solidale	239
11.	Il fondamento del divieto: la lesione della dignità della donna e del nato	244
12.	Per un'ipotesi di lavoro. Varianti della gestazione per altri in funzione solidale compatibili con la dignità della donna	248
13.	La tutela della dignità del nato e l'indisponibilità dello stato filiale: gli ostacoli insuperabili per la riduzione della sfera applicativa del divieto di surrogazione di maternità	257
14.	Lo stato del nato da gestazione per altri effettuata all'estero e il problema del riconoscimento del rapporto con il genitore c.d. d'intenzione	267
15.	Conclusioni. Profili anacronistici della legge n. 40 del 2004	289
	Postilla	293

Introduzione e premessa di metodo

La volontà nelle vicende procreative ha tradizionalmente occupato uno spazio residuale e privo di rilievo autonomo¹.

Nel contesto della procreazione naturale, per il diritto, essa è destinata a rimanere assorbita dagli eventi della congiunzione fisica dell'uomo e della donna, dell'instaurazione della gravidanza e della nascita.

Il fatto produttivo di effetti giuridici è la derivazione biologica del nato da chi lo ha procreato, indipendentemente dalla sussistenza o meno di un'intenzionalità generativa².

¹ Si veda A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 597, sul significato dell'espressione procreazione da intendersi come «complesso delle situazioni che hanno per conclusione la nascita di un uomo».

² V. ancora le pagine di A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, cit., 598: «il verificarsi della nuova vita avviene molto spesso senza un atto di volontà riflessa dei suoi autori: azione naturale ed elemento volitivo sono assorbiti e superati dalla valutazione giuridica, che parte dal risultato per congiungerne la causa solo ed effetti». V. anche A. GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, 1987, 945 – 948, il quale ha inquadrato le vicende relative alla procreazione nell'ambito dei fatti giuridici della vita materiale e dei comportamenti, osservando che il comportamento umano può assumere rilevanza giuridica perché le conoscenze mediche e tecniche consentono l'intervento interruttivo del processo biologico; F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di STANZIONE – SCIANCALEPORE, Giuffrè, 2004, 93 ss.; E. DEL PRATO, *La scelta come strumento tecnico di filiazione?*, in *Famiglia*, 2001, 1036. In termini problematici sul rapporto intercorrente sul piano giuridico tra volontà umana e il fenomeno della procreazione v. L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, CEDAM, 1993, spec. 67 ss.

La semplicità di questo modello è stata messa in crisi dalla diffusione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, che hanno inciso sulle dinamiche attraverso cui si realizza il processo generativo e, in particolare, sul rapporto esistente tra la componente volontaria e la componente materiale della procreazione: la volontà da elemento marginale del fenomeno generativo è divenuta elemento centrale³.

Questo cambiamento, dall'un lato, ha consentito sul piano della realtà materiale di attrarre al dominio della libera scelta umana e della programmazione il processo generativo di una nuova vita, dapprima difficilmente controllabile⁴.

Dall'altro lato, esso ha determinato il sorgere del problema della regolazione giuridica dei fattori attraverso cui il processo generativo

³ Sono trascorsi quasi quarant'anni da quando A. GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, cit., 968, affermava «la scienza e il tempo hanno valorizzato la volontà. E domani la volontà sembra avviarsi a divenire padrona della realtà procreativa». Sulla correlazione tra atto del generare e area della volontà v. anche E. RUSSO, *Il problema della filiazione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2001, 5 ss. e M. CALOGERO, *La procreazione artificiale*, Giuffrè, 1989, 56, il quale ha affermato che sul terreno della procreazione artificiale «il «desiderio» del figlio prescinde dalla copula e le potenzialità generative della persona si staccano dal corpo dell'uomo e della donna». Si vedano anche le riflessioni di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, 2012, spec. 284, sul nuovo rapporto tra volontà e vita reso possibile dall'arricchirsi delle tecniche di procreazione assistita. In argomento v. anche F.E. D'IPPOLITO – M. DI GIORGIO, *Nuove forme di genitorialità tra evoluzione sociale e anacronismi giuridici*, in *Genitorialità medicalmente assistita e diritti del minore*, a cura di DEPLANO – CARIMINI, ESI, 2024, 13 ss.

⁴ V. G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, Wolters Kluwer - CEDAM, 2019, 19 e C. VIAFORA – S. TUSINO, *Procreazione medicalmente assistita: interrogativi per un bilancio critico*, in *Questioni di vita. Un'introduzione alla bioetica*, a cura di VIAFORA – FURLAN – TUSINO, Franco Angeli, 2019, 292, dove si legge: «un dato che di fronte alla rivoluzione riproduttiva risulta immediatamente evidente è l'ampliamento dello spazio per la scelta umana e il restringimento della necessità della natura. Quanto prima appariva imposto dalle necessità della natura, dal destino o dalla volontà divina, si trasforma in potenziale oggetto di scelta».

artificiale si realizza⁵, oltre che dell'esercizio della libertà procreativa⁶, affinché ciò avvenga senza pregiudizio per gli interessi fondamentali dei soggetti coinvolti⁷.

⁵ Sul ruolo del diritto e del giurista in relazione alla procreazione artificiale v. le pagine di A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 278 ss. e di recente G. DI ROSA, *Famiglia (bioetica e diritto)*, in *Enc. dir., I tematici*, IV, *Famiglia*, a cura di MACARIO, Giuffrè, 2022, 392 ss.

⁶ È pacificamente riconosciuto che la procreazione attiene alla sfera della dignità umana e della libera esplicazione della personalità. È discusso, invece, se la procreazione abbia natura di libertà negativa oppure di diritto positivo di procreare. La differenza tra tali qualificazioni è stata messa bene in luce da G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, CEDAM, 1999, 311-312: «la libertà postula la non interferenza nelle decisioni personali e nella loro realizzazione; l'esistenza di un diritto implica una pretesa nei confronti dello Stato perché metta a disposizione i mezzi e le risorse per realizzare tale diritto». In argomento si vedano fin d'ora anche: P. ZATTI, *Inseminazione omologa ed eterologa, fecondazione e trattamento di gameti e embrioni*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana: atti del Convegno di Verona, 2-3-4 e 25 ottobre 1986 / promosso dall'Istituto giuridico italiano e dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati e procuratori di Verona*, CEDAM, 1987, 82; A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, cit., 559; G. BALDINI, *Le nuove frontiere del diritto di procreare: jus generandi e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in *Persona, biotecnologie procreazione*, a cura di BALDINI - CASSANO, Giuffrè, 2002, 4 ss.; G. VILLANACCI, *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, ESI, 2006, spec. 20 ss.; A. D'ALOIA - P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ - ZATTI, *Il governo del corpo*, II, a cura di CANESTRARI - FERRANDO - MAZZONI - RODOTÀ - ZATTI, Giuffrè, 2011, 1341 ss. Sui rapporti tra PMA e libertà procreativa nella prospettiva bioetica v. C. VIAFORA - S. TUSINO, *Procreazione medicalmente assistita: interrogativi per un bilancio critico*, cit., 278 ss.

⁷ V. G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 277-278, 304 dove si legge che «nella regolamentazione della procreazione assistita il problema di fondo è quello del rapporto tra etica e diritto, tra autonomia delle persone nelle scelte personali e intervento pubblico, è quello del fondamento dei limiti che si vogliono porre a questa libertà in nome di interessi e valori di portata generale o di ordine superiore». Sottolineano questo aspetto anche A. D'ALOIA - P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*,

Il tema della regolazione della procreazione medicalmente assistita e, in particolare, dei limiti posti all'esercizio della libertà di scelta procreativa, esaltata dal progredire delle innovazioni tecnico-scientifiche, è stato e continua ad essere al centro di un dibattito più che mai vivo, nel cui ambito si intrecciano delicate questioni di ordine, anzitutto, etico e antropologico⁸.

Esso è alimentato, tra l'altro, dall'avvenuta riscrittura ad opera della giurisprudenza della disciplina normativa di riferimento contenuta nella legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»⁹.

cit., 1351. Ha osservato M. AZZALINI, *Il consenso "complesso" nella procreazione medicalmente assistita*, in AA. VV., *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, a cura di AZZALINI, Aracne, 2015, 160 che il diritto «ha dovuto fare i conti solo con il mutamento culturale, ma ancora prima con la radicale trasformazione dello storico paradigma della naturalità (..) il regolamento poteva semmai concernere quanto veniva dopo e oltre l'ineluttabile dato di natura, ma non poteva incidere sul paradigma medesimo che rappresentava solo un fatto di cui prendere atto».

⁸ Per un'analisi del fenomeno in prospettiva bioetica si vedano C. VIAFORA – S. TUSINO, *Procreazione medicalmente assistita: interrogativi per un bilancio critico*, cit., 271 ss.

⁹ Sulla l. n. 40 del 2004, sulle problematiche giuridiche a essa correlate e sui ripetuti interventi giurisprudenziali in materia che hanno trasformato radicalmente l'impianto originario della legge v., tra gli altri, L. LENTI, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA – ZATTI, Giuffrè, 2021, 177 ss.; F. BOCCHINI, *Gli stati familiari. Conflitti, patti e tutele*, Giuffrè, 2020, 306 ss.; R. VILLANI, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita*, nel *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, diretto da ZATTI, II, *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di LENTI – MANTOVANI, Giuffrè, 2019, 281 ss.; F. SCIA, *Procreazione medicalmente assistita e status del generato. Percorsi giurisprudenziali e intervento legislativo*, Jovene, 2010; AA. VV., *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di STANZIONE – SCIANLEPORE, Giuffrè, 2004; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, 2017, 40 ss.; G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, cit., 57 ss.; A. CARRATO – R. DE ROSA, *La procreazione medicalmente assistita nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità*, in *Corr. Giur.*, 2021, 937 ss.

Questo studio vuole affrontare alcuni dei problemi irrisolti in materia, accomunati dall'affondare le loro radici nella dinamica nuova che è venuta a crearsi tra la componente volontaria e la componente materiale e biologica del processo generativo.

A questo proposito è utile precisare che la novità non si esaurisce nella prevalenza dell'elemento volontaristico degli aspiranti genitori rispetto a quello fisico e biologico, al punto che, come è stato ben evidenziato, «alla volontà di procreare non si accompagna più, quale necessaria implicazione, l'essere biologicamente coinvolti nel processo causativo dell'evento, potendosi anche saldare tale volontà all'intervento di terzi»¹⁰.

Essa riguarda anche le differenti modalità di rilevanza e di estrinsecazione della volontà generativa nelle due diverse forme di procreazione.

Si vedrà meglio nel prosieguo del lavoro che nell'ambito della procreazione naturale la volontà rilevante per il diritto è, al più, una volontà di segno negativo, trattandosi essenzialmente della volontà riferibile alla donna che domandi l'interruzione della gravidanza nei limiti segnati dalla legge n. 194 del 1978¹¹.

Diversamente, la procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti PMA) è il terreno dove la sostituzione della causalità naturale con quella umana rende imprescindibile l'intervento medico per la realizzazione del concepimento e del tentativo di avvio della gravidanza, determinando, altresì, una «oggettiva valorizzazione dei profili volontaristici e sociali nella determinazione della vicenda»¹².

Nella PMA la volontà procreativa di segno positivo di ciascun componente della coppia assume rilevanza giuridica nella misura in cui si traduce nel consenso informato che entrambi i *partner* devono prestare per l'accesso e l'applicazione delle relative tecniche¹³.

¹⁰ Così M. AZZALINI, *Il consenso "complesso" nella procreazione medicalmente assistita*, cit., 158.

¹¹ V. F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, cit., 96.

¹² G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, cit., 32.

¹³ L'art. 4, co. 2, e l'art. 6 della l. n. 40 del 2004 impongono per l'accesso alla PMA l'espressione del consenso informato da parte di entrambi i

Il consenso espresso dai *partner* costituisce elemento essenziale della fattispecie procreativa e tocca, come sarà chiarito meglio in seguito, almeno due diversi ambiti, ossia il trattamento medico e il progetto procreativo¹⁴.

In tale circostanza si radicano un crocevia di problemi di non facile soluzione e inerenti, in particolare, alla revocabilità ed entro che limiti del consenso prestato al progetto procreativo, alle conseguenze derivanti dal mutamento sopravvenuto durante le successive fasi di svolgimento del procedimento di PMA delle circostanze esistenti nel momento in cui il consenso è stato prestato e alla morte di uno dei componenti della coppia nelle more della procedura¹⁵.

Occorre, infatti, considerare che, a seguito del riconoscimento da parte della Corte costituzionale della possibilità di creare di un numero di blastocisti maggiore di quelle necessarie per un impianto, è divenuta frequente la possibilità di conservare le morule in ambiente criogenico per un tempo notevole¹⁶.

Di conseguenza, è tutta l'altro che remota l'eventualità che tra la fecondazione degli ovuli e il loro trasferimento nel ventre materno si verifichino eventi idonei a modificare i presupposti esistenti quando è stata assunta la decisione di accedere alla PMA e, dunque, che il volere originario di uno o di entrambi i *partner* non sia più attuale.

componenti della coppia, per la cui formazione è imposto al medico di assolvere obblighi informativi aventi contenuto diverso, ossia «sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro».

¹⁴ V. F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, cit., 93 ss.; M. D'AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2005, 1009.

¹⁵ V. *infra* cap. 1.

¹⁶ Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1123. Sulle conseguenze di tale apertura v. in termini problematici E. GRASSO, *Il tempo del consenso: alcune riflessioni comparative sul diritto all'impianto dell'embrione crioconservato e conteso*, in *Pol. dir.*, 2021, 489 ss.

La centralità che l'elemento volontaristico ha assunto nel fenomeno generativo artificiale determina l'insorgere di altri profili controversi su cui si concentrerà l'attenzione.

Tra essi vi è la questione inerente alla possibilità di qualificare le tecniche di PMA come mero trattamento terapeutico per le condizioni di sterilità o infertilità della coppia¹⁷, nella prospettiva che ha ispirato la l. n. 40 del 2004, oppure anche come nuova forma di riproduzione per la realizzazione di un progetto genitoriale, con tutte le implicazioni da ciò derivanti quanto alla possibile apertura della PMA alle donne *single* e alle coppie dello stesso sesso.

L'impossibilità di accedere alla PMA da parte delle donne *single* e delle coppie dello stesso sesso, ritenuta dai giudici delle leggi costituzionalmente legittima¹⁸, può considerarsi giustificata, in linea di principio, lì dove si parta dalla premessa che essa risponde precipuamente a finalità terapeutiche e non, quanto meno in via diretta, allo scopo di consentire la realizzazione delle aspirazioni genitoriali.

Tuttavia, specialmente alla luce della rilevanza che il paradigma volontaristico ha assunto nell'interpretazione e nell'applicazione della disciplina normativa da parte della giurisprudenza, oltre che dell'importanza da essa attribuita alle esigenze della procreazione nel contesto della PMA, l'assolutezza di tale conclusione può essere revocata in dubbio e deve essere indagata.

¹⁷ Il tema sarà ripreso in seguito nel cap. 1. In argomento v. fin d'ora S. RODOTÀ, *Motivazioni individuali e senso sociale nella riproduzione tecnologica*, in AA. VV., *Tecniche di fecondazione assistita: aspetti etici e giuridici*, a cura di MASSI, ERS, 1989, 65 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il diritto e le nuove frontiere della vita umana*, in *Jus*, 1988, 27 ss.; P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale fra principi costituzionali e riforme legislative*, in *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, a cura di FERRANDO, CEDAM, 1989, 144 e ss.

¹⁸ Si allude in particolare alle sentenze Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221 sulla legittimità costituzionale del divieto di accesso alla procreazione assistita per le coppie di donne e alla sentenza Corte cost., 22 maggio 2025, n. 69 sulla legittimità costituzionale del divieto di accesso alla procreazione assistita per le donne sole. Entrambe le decisioni saranno trattate diffusamente *infra* nel cap. 3.

Il quadro si è ulteriormente complicato a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 161 del 2023, secondo cui i requisiti soggettivi imposti dall'art. 5 della l. n. 40 del 2004 sono necessari soltanto nella fase di accesso alle tecniche e fino alla fecondazione dell'ovulo, potendo in seguito venire meno¹⁹.

Ebbene, tale affermazione porta a interrogarsi sulla persistente fondatezza delle ragioni sottese ai requisiti soggettivi previsti dall'art. 5 della l. n. 40 e se sia giustificata la differente rilevanza che secondo la Consulta essi assumono nelle diverse fasi di accesso e applicazione delle tecniche di PMA.

Il quesito è tanto più interessante se si considera che i requisiti soggettivi imposti dalla l. n. 40 del 2004 sono molto più stringenti di quelli dettati da ordinamenti a noi vicini, come ad esempio la Francia o la Spagna, e segnano una netta distanza tra questi modelli e quello italiano.

La rilevanza assunta dal paradigma volontaristico nella PMA che, come si diceva, al di là delle finalità meramente terapeutiche enunciate dall'art. 1 della l. n. 40 del 2004, nell'evoluzione del diritto vivente mostra sempre più la sua attitudine a essere uno strumento di realizzazione delle esigenze procreative, in particolare della donna, porta, altresì, a interrogarsi sul rapporto intercorrente tra la PMA e il superamento dei confini entro cui sarebbe naturalmente possibile dare corso a un tentativo di procreazione sotto due diversi profili.

Il primo riguarda l'ammissibilità e i limiti della procreazione assistita *post mortem* nel sistema ordinamentale italiano, posto che, come è stato messo in luce, la valorizzazione della componente volontaria nei fenomeni generativi medicalmente assistiti consente «di determinare artificialmente non solo l'*an* della procreazione ma anche il *quando*, rendendo di fatto possibile procreare "oltre la vita"»²⁰.

Il secondo interrogativo attiene, invece, alla possibilità che, a fronte dell'allungamento delle aspettative di vita e del progresso delle tec-

¹⁹ Si tratta della sentenza Corte Cost., 24 luglio 2023, n. 161 sulla quale v. *infra* cap. 2.

²⁰ Così I. BARONE, *Procreazione post mortem e status filiationis*, in *Fam. e dir.*, 2020, 951. Sulla procreazione *post mortem* v. *infra* cap. 2.

nologie riproduttive, la PMA diventi strumento di realizzazione delle aspirazioni genitoriali nei casi in cui la componente femminile della coppia abbia superato l'arco temporale entro cui la gestazione è naturalmente possibile²¹.

Il tema delle barriere poste dal legislatore all'esercizio della libertà procreativa involge poi la questione inerente alla persistente fondatezza del divieto di maternità surrogata, sancito dall'art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004.

È una pratica, quella della gestazione per altri, che solleva problemi peculiari che derivano, in particolare, dal coinvolgimento di una gestante estranea alla coppia, la cui dignità umana verrebbe a essere sempre irrimediabilmente lesa dal ricorso a detta procedura.

La materia della gestazione per altri è senza dubbio complessa e richiede di operare un delicato bilanciamento tra interessi riferibili agli aspiranti genitori, alla gestante e al nascituro.

Per verificare la tenuta dell'assunto cristallizzato nella giurisprudenza di legittimità secondo cui la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la libertà della donna»²² - che, invero, potrebbe vacillare con riferimento ai casi di gestazione per altri gratuita²³ - è utile secondo chi scrive impostare l'analisi in chiave sistematica e ricostruire la rilevanza assunta dalla volontà procreativa (positiva e negativa) della gestante nella procreazione medicalmente assistita e naturale, nonché dei limiti alla stessa.

È, dunque, anche in questa prospettiva (ma non solo) che si spiega la scelta di occuparsi nella prima parte di questo lavoro monografico dell'interruzione volontaria della gravidanza e del parto anonimo.

Tali istituti sono un indice del fatto che la riserva di uno spazio affidato unicamente dalla discrezionalità della donna nelle vicende

²¹ V. *infra* cap. 3. In argomento v. fin d'ora C. IRTI, *La persona anziana tra famiglia e società. Problematiche di diritto civile*, Pacini Giuridica, 2023, 27 ss.

²² V. Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193 e Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, sulle quali v. *infra* cap. 3.

²³ In argomento v. fin d'ora A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022, 31 ss.

procreative e la possibilità di scindere la gravidanza dalla maternità non sono eventualità eccentriche rispetto al sistema ordinamentale italiano.

Questa tendenza è confermata, peraltro, anche dall'arbitrio pressoché assoluto riconosciuto alla donna nelle vicende della fecondazione assistita alla luce dell'evoluzione del diritto vivente²⁴.

Più in generale, la prospettiva sistematica mostra che il sistema ordinamentale italiano riserva un ruolo di primazia alla libertà di autodeterminazione della donna nelle vicende della gravidanza e del parto, rendendola arbitra unica di tali eventi²⁵, e le attribuisce, altresì, una posizione privilegiata nella costituzione dello stato di figlio²⁶.

²⁴ V. *infra* cap. 2: emblematici sono i casi di impianto *post mortem* dell'ovulo fecondato prima della morte dell'uomo e di impianto dell'ovulo fecondato prima della sopravvenuta crisi della coppia ritenuto possibile anche a fronte dalla manifestazione di dissenso dell'uomo.

²⁵ Ha ben evidenziato il «ruolo di preminenza della donna nell'attribuzione della genitorialità al figlio» M.N. BUGETTI, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2017, 626. Cfr. anche B. CHECCHINI, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo "istituto" dell'interpello*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1297, sulla «"pretesa" accordata nel nostro ordinamento alla donna partoriente di poter rinunciare alla propria genitorialità, da ogni punto di vista, biologico, giuridico, sociale». È diffusa nella dottrina l'affermazione che la disciplina normativa del parto anonimo rende la partoriente «arbitra indiscussa dello stato di filiazione del nato». Così, tra gli altri, v. A. MENDOLA, *Diritto al parto in anonimato e interesse alla verità biologica della filiazione nel panorama europeo*, in *Rev. Boliv. de Derecho*, 2023, 39.

²⁶ In proposito v. M. MANTOVANI, *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 328 ss., la quale ha osservato che nonostante il sistema di costituzione dello stato di figlio *ex latere matris* «corre su due binari paralleli» per la donna coniugata e la donna nubile, in entrambi i casi «l'intreccio fra previsioni codicistiche (artt. 231, 250, 253 c.c.) e disposizioni del nuovo ord. st. civ. (artt. 29 e 30) ridisegna un sistema di accertamento della filiazione per parte materna da cui emerge per certi aspetti una posizione di preminenza della donna in ordine alla costituzione dello *status* di figlio». Giova ricordare che, nonostante l'unificazione dello stato di figlio da parte della l. 219/2012, le modalità di accertamento dello *status filiationis* sono differenti per i figli nati nel matrimonio e fuori del matrimonio. Qualora il figlio sia nato da una coppia coniu-

Con ciò non si vuole, quanto meno per ora, affermare che il nostro ordinamento riconosca e tuteli, una volta che si sia instaurata la gravidanza, la volontà della donna di decidere in maniera arbitraria delle sorti del nascituro.

Non si vuole nemmeno dire che una eventuale risposta positiva a tale quesito comporti che si debba riconoscere anche la possibilità che la volontà della gestante si traduca in un accordo con gli aspiranti genitori intenzionali per mezzo del quale essa si impegna a procreare e a rinunciare al nato dopo aver portato a termine la gravidanza.

In questo stadio del lavoro, piuttosto, si vuole evidenziare l'utilità della prospettiva di indagine scelta al fine di offrire una soluzione a talune delle questioni aperte in tema di maternità surrogata e, più in generale, in materia di procreazione medicalmente assistita.

L'analisi del se e del come venga riconosciuta e tutelata la volontà procreativa (di segno positivo e negativo) costituisce un tema di particolare interesse anche con riferimento al fenomeno generativo naturale, alla luce della persistente rilevanza delle questioni inerenti all'ampiezza dei limiti imposti dalla legge alla volontà della donna nella disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza e del differente trattamento assicurato in questo ambito alla donna e all'uomo.

Anche nel contesto della procreazione naturale, infatti, i profili di rilevanza giuridica della volontà procreativa sono stati oggetto di un percorso evolutivo importante, basti pensare che la possibilità di scin-

gata, l'instaurazione del rapporto di filiazione tra madre e minore consegue automaticamente dalla menzione della madre nell'atto di nascita del figlio, a meno che la madre dichiari di non voler essere nominata. Nella filiazione da donna non coniugata occorre, invece, l'atto volontario di riconoscimento della madre o la dichiarazione giudiziale di maternità. Sulle differenze nell'accertamento della maternità nella v. ancora M. MANTOVANI, *Il primato della maternità nell'accertamento dello status*, in AA. VV., *Liber amicorum per Dieter Henrich*, I, Giappichelli, 2012, 144 s. e A. MENDOLA, *Le mobili frontiere della filiazione*, Pacini Giuridica, 2020, 81 ss. Per un'analisi in chiave problematica delle differenze che, pur a seguito dell'unificazione dello stato di figlio, ancora permangono nell'accertamento tra figli nati da genitori coniugati e non v. A.C. NAZZARO, *Il difficile rapporto tra genitorialità e famiglia tra indicazioni giurisprudenziali e novità legislative*, in *Dir. succ. e fam.*, 2017, 843 ss.

dere il processo biologico della gravidanza da quello della maternità è una conquista civile non così remota nel tempo e cristallizzata nella l. n. 194 del 1978.

Nell'ambito di questo itinerario è possibile mettere in luce, dall'un lato, i limiti entro cui è stata riconosciuta e tutelata la volontà della donna di non procreare e, dall'altro lato, i limiti entro cui è tutelata la sua volontà di procreare senza instaurare alcun legame di filiazione con il nato.

Lo studio della volontà procreativa in chiave sistematica e, dunque, nel contesto del fenomeno generativo artificiale e naturale, nonché l'individuazione degli interessi protetti su questo secondo terreno è utile, altresì, per scongiurare il rischio che con riferimento alla PMA vengano adottate soluzioni differenti non tanto in ragione della diversità degli interessi coinvolti, quanto più per un pregiudizio dipendente dall'attribuzione di un disvalore alla procreazione artificiale rispetto a quella naturale²⁷.

²⁷ Ha evidenziato il rischio che «il ricorso a pratiche che alterano l'ordine dei fatti appaia come un disvalore, un'esperienza innaturale da guardare con diffidenza» e ancora «che la procreazione artificiale è configurata come un *altro* totale dalla procreazione naturale e quindi come esperienza per la quale vanno predisposti strumenti e soluzioni che *non sarebbero proponibili* per la procreazione naturale» P. ZATTI, «Natura» e «cultura» della procreazione artificiale, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di FERRANDO, CEDAM, 1989, 176 e 178. V. anche gli spunti offerti da A. D'ALOIA – P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1341, sulla procreazione come «contenitore complesso, un crocevia di diritti e interessi anche conflittuali, di principi e valutazioni oggettive, di “funzioni” e responsabilità, di doveri».