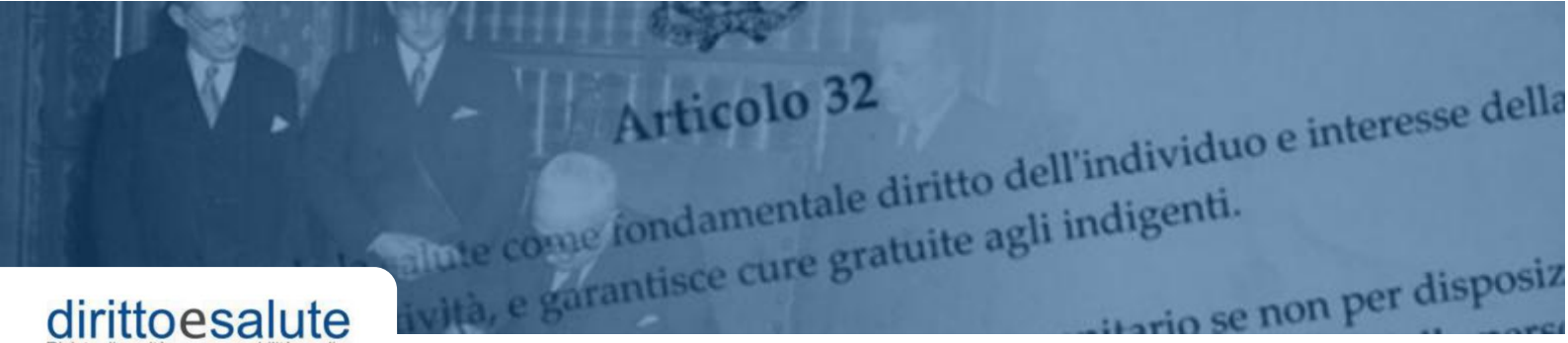

dirittoesalute
Rivista di sanità e responsabilità medica

Recensione a

G. MARCHETTI, *La volontà procreativa. Profili evolutivi nel fenomeno generativo naturale e medicalmente assistito*, Bari, 2025

di Marco Rizzuti*

Il volume si segnala all'attenzione dei lettori della *Rivista* anzitutto in quanto recentissimo ed aggiornato contributo su di un tema in costante, e talvolta magmatica, evoluzione, quale è la procreazione medicalmente assistita. Più in particolare, l'angolatura prescelta dall'autrice, come evidenziato sin dal titolo e dalle premesse introduttive, si impernia sulla considerazione della volontà procreativa. Nei primi due capitoli viene, infatti, condotta un'analisi organica e sistematica della assai diversa rilevanza giuridica che la volontà di procreare assume nella riproduzione naturale ed in quella assistita.

Da una parte, nelle vicende procreative naturali essa ha un rilievo assai limitato, dal momento che i fatti giuridici del concepimento e della nascita producono i loro effetti a prescindere da una eventuale volontà specificamente diretta all'esito riproduttivo che stia a monte degli stessi. Invero, nella maggior parte dei casi una volontà procreativa potrebbe anche essere del tutto assente in concreto al momento della congiunzione carnale senza che ciò abbia alcun rilievo giuridico. Potrà semmai rilevare, come l'autrice pone in evidenza, la volontà negativa di colei che scelga consapevolmente di non procreare, interrompendo la gravidanza, oppure di non divenire giuridicamente madre, optando per il parto in anonimato, così da impedire il prodursi degli effetti normalmente ricollegati al fatto della nascita. Al di fuori di tali evenienze, il fatto biologico della procreazione si impone, e reclama tutela per il nato, a prescindere dalla volontà dei soggetti coinvolti. Di conseguenza, non sussiste alcun meccanismo giuridico che consenta all'uomo non soltanto, ovviamente, di impedire la prosecuzione di una gravidanza ma neanche di optare per un anonimato che lo renda legalmente non padre. Emerge dunque, come ragionevolmente rilevato dall'autrice, uno squilibrio di genere che appare giustificato in quanto nella riproduzione naturale i fatti della gravidanza e del parto ineriscono imprescindibilmente alla corporeità della donna e non possono trovare un qualche omologo maschile[1].

---

* Professore Associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Firenze.

[1] G. MARCHETTI, *La volontà procreativa. Profili evolutivi nel fenomeno generativo naturale e medicalmente assistito*, Bari, 2025, 43 ss.

Può essere opportuno osservare che in altre epoche storiche questo dato, apparentemente così inoppugnabile nella sua naturalità, non ha impedito che si venisse a configurare uno scenario quasi rovesciato. Per secoli, infatti, la nostra tradizione giuridica ha conosciuto la maternità come dato meramente fattuale, insuscettibile di una diversa determinazione giuridica a fronte della sua intrinseca certezza autoevidente, e la paternità come frutto di una scelta che, a fronte della sua insuperabile incertezza fattuale, sino a tempi relativamente recenti si manifestava nel riconoscimento inteso come atto di libertà effettiva, stante il divieto della ricerca della paternità naturale[2]. Solo le nuove certezze offerte dei test genetici e l'emergere del riconoscimento della libertà riproduttiva della donna hanno potuto condurre a quella configurazione odierna della procreazione naturale a partire dalla quale si dipanano le considerazioni dell'autrice.

Alla tendenziale irrilevanza della volontà procreativa nelle vicende naturali viene, infatti, contrapposta la sua centralità in quelle artificiali, procedimentalizzate ed imperniate su di un consenso informato all'accesso alle tecniche, da cui può scaturire anche una genitorialità priva di substrato

[2] Anticamente pure nell'ambito della famiglia matrimoniale il *pater* era libero di scegliere se accogliere il figlio, compiendo il rito del *tollere liberos*, oppure esercitare lo *jus exponendi* (cfr. E. VOLTERRA, *Voce Esposizione dei nati, diritto greco e romano*, in *Nss. D. I.*, VI, Torino, 1960, 878-879), tanto che da un punto di vista romanistico ogni paternità, e non solo quelle adottive, può essere riguardata come essenzialmente giuridica e "artificiale" (cfr. V. MAROTTA, *Ius sanguinis. La storia e le sue mistificazioni*, Napoli, 2023, 7). In età moderna, invece, il dibattito si è concentrato piuttosto sulla filiazione extramatrimoniale. In un contesto in cui l'incertezza sulle origini genetiche ed il connesso rischio di abusi erano tecnicamente ineliminabili, in quanto «*La natura… ha coperto di un velo pudico e impenetrabile l'opera della generazione*» (V. CATTANEO, C. BORDA, *Il Codice civile annotato*, Torino, 1865, 141), mentre si riteneva che non sussistesse alcun interesse pubblico al riconoscimento dei figli naturali, la cui esistenza rappresentava anzi una minaccia alla stabilità della famiglia (J. BLOQUET, *«La société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus» (Napoléon)*, in *Napoleonica*, 2012, 2, 50-73), l'art. 340 del *Code Civil* pervenne alla scelta di massimizzare la libertà del padre di riconoscerli o meno, proibendo, con l'unica eccezione della violenza carnale a fini evidentemente sanzionatori, la ricerca della paternità naturale: giacché altrimenti, osservava A.C. Thibaudeau nei lavori preparatori: "*si esporrebbe la gente dabbene al essere vittima delle pretensioni della prima prostituta. L'uso di questa azione era per lo addietro scandaloso: le leggi che vi hanno posto fine, han renduto servigio ai costumi*" (in A. RENDA, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, 192, nt. 40). Al contrario, la ricerca della maternità, in cui si poteva fare perno sul dato accertabile del parto e si incideva comunque sulla posizione di una donna in termini generali soggetta a doveri più che titolare di poteri, era libera ai sensi dell'art. 341 del *Code Civil*. Ancora nel nostro Codice del 1942 la ricerca della maternità era libera e quella della paternità consentita solo in casi tassativi, sino a che, attuando l'art. 30, ult. comma, Cost., la riforma del 1975 ha riscritto il testo dell'art. 269 c.c. per eliminare ogni differenza fra le due azioni. Il riconoscimento ha quindi perso ogni carattere potestativo ed è divenuto un atto esecutivo e doveroso, la cui mancata effettuazione è surrogabile dall'intervento del giudice, e per di più viene sanzionata a livello risarcitorio (cfr., *ex multis*, Cass., 16 febbraio 2015, n. 3079).

biologico, nel caso di ricorso alla fecondazione eterologa, e correlativamente una non genitorialità del donatore o della donatrice di gameti. Emerge così il problema centrale dei vincoli giuridici che possono derivare da siffatta volontà, espressa dalla coppia come parte complessa[3], anche a fronte di eventuali sopravvenienze che del rapporto di coppia abbiano determinato la fine. Al livello normativo il problema non è affrontato in quanto l'assetto originario della legislazione italiana in materia, con l'obbligo dell'unico e contemporaneo impianto di un massimo di tre embrioni, rendeva tali sopravvenienze assai improbabili, ma il venire meno di un simile assetto, per effetto dei ben noti interventi della giustizia costituzionale[4], ha reso attualissima la questione. La tesi oggi prevalente in giurisprudenza riconosce, invero, alla donna il potere di decidere in ordine all'impianto dell'embrione crioconservato anche nei casi di un dissenso dell'ex partner o del suo decesso, a tutela sia delle *chances* di vita del concepito sia dell'investimento fisico ed emotivo della stessa donna[5], mentre ovviamente non potrebbe mai essere imposto un impianto forzato a colei che non lo voglia più.

L'autrice propone al riguardo una differente ricostruzione, in quanto lo squilibrio di genere non appare qui un esito necessario come nella procreazione naturale, dal momento che le vicende precedenti all'impianto embrionario si svolgono all'esterno del corpo di entrambi, ed in caso di ricorso ad una donatrice di ovociti anche l'investimento fisico ed emotivo non è diverso fra l'uomo e la donna. Viene dunque delineato un assetto in cui per entrambe le parti della coppia vige una distinzione fra revoca del consenso *ad nutum*, sempre inammissibile, e revoca fondata invece sul mutamento oggettivo delle circostanze, sempre ammissibile. Pertanto, da una parte, la revoca *ad nutum* dell'uomo non impedirebbe alla donna di procedere con l'impianto mentre la revoca *ad nutum* della donna non legittimerebbe comunque un impianto forzato, pur restando sanzionabile su altri piani, come ad esempio l'addebito della separazione, ma soprattutto, dall'altra parte, la revoca fondata sul mutamento oggettivo delle circostanze permetterebbe in ogni caso, cioè anche qualora provenga dall'uomo, di impedire l'impianto embrionario[6]. La crisi di coppia, insomma, non rileverebbe di per sé come causa di revocazione legale

[3] In altri ordinamenti si è posto anche il problema della rilevanza di un siffatto accordo anche come un vero e proprio *prenuptial agreement*: cfr. M. RIZZUTI, *Accordi sulla sorte di embrioni e gameti crioconservati in caso di crisi familiare*, in *Actualidad jurídica iberoamericana.*, 2022, vol. 17 *bis*, 662-683.

[4] Alludiamo naturalmente a Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151.

[5] Si tratta dell'approccio adottato da varie decisioni di merito e fatto proprio nella sostanza anche da Corte Cost., 24 luglio 2023, n. 161, che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale relativa al disposto dell'art. 6, comma 3, della l. 19 febbraio 2004, n. 40, con riferimento all'irrevocabilità del consenso dell'uomo dopo la fecondazione.

[6] G. MARCHETTI, *op. cit.*, 87 ss.

del consenso, secondo il modello francese[7], ma come fattore di legittimazione della eventuale revoca.

La critica all'orientamento dominante appare convincente, e valorizzata dalla comparazione sistematica con la procreazione naturale, che fa emergere le differenze sostanziali tra i due paradigmi. Del resto, nella giurisprudenza di merito non mancano sentenze eterodosse che mettono in discussione l'orientamento prevalente da un punto di vita diverso, e per certi aspetti ancor più correlato al profilo del consenso, in quanto proprio il difetto di informazione in ordine alle conseguenze giuridiche in caso di sopravvenienze lo renderebbe invalido e quindi insuscettibile di vincolare l'ex partner di sesso maschile[8]. D'altra parte, considerando anche ulteriori esperienze giuridiche, potrebbe emergere pure un differente meccanismo di risoluzione di questo genere di conflitti, che prescinda dalla complessa analisi dei fondamenti delle cause di revoca del consenso, ma riconosca alla donna il potere di procedere in ogni caso con l'impianto ed al tempo stesso all'uomo quello di sottrarsi alle conseguenze giuridiche di una paternità non voluta[9], secondo un paradigma che, riprendendo proprio le considerazioni dell'autrice, non ha più cittadinanza nella procreazione naturale ma può ben averne in quella artificiale.

Nel terzo capitolo l'angolo visuale si sposta sulla dialettica fra l'autodeterminazione rivolta alla genitorialità ed i limiti ordinamentali all'accesso alle tecniche. Emerge come la giurisprudenza costituzionale abbia valorizzato la posizione soggettiva in discorso per far cadere il divieto della fecondazione eterologa[10], ed abbia quindi richiamato tale decisione come precedente per quella ben più recente che ha aperto alle persone singole l'accesso all'adozione internazionale con effetti pieni[11]. Al contempo non ha invece ritenuto di poterla valorizzare ai fini dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita delle coppie di donne[12] o delle donne singole[13], ritenendo insindacabili le scelte discrezionali del legislatore in proposito. A fronte di un siffatto andamento altalenante delle ultime valutazioni di costituzionalità, la trattazione monografica in commento condivide solo alcuni degli esiti cui è pervenuta la nostra giurisprudenza.

Più in particolare, l'autrice trova ragionevoli quei vincoli che si fondano sulla necessità di assicurare al minore nascituro una duplice figura genitoriale

---

[7] *Article L 2141-2 - Code de la santé publique*, come modificato dalla *Loi n°2021-1017 du 2 août 2021*.

[8] Si veda al riguardo Z.E. ZIADE, *Una sentenza controcorrente in tema di P.M.A. e crisi della coppia. La centralità del consenso informato*, in questa *Rivista*, 2025, 1, 135 ss.

[9] Corte costituzionale della Colombia, 13 ottobre 2022, T-357/22.

[10] Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162.

[11] Corte cost. 21 marzo 2025, n. 33.

[12] Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221.

[13] Corte cost. 22 maggio 2025, n. 69.

e che quindi, laddove non si tratti di garantire le *chances* di vita di un embrione preesistente ma di crearne uno nuovo, impediscono l'accesso alle persone singole e vietano la fecondazione *post mortem*, aspetto quest'ultimo cui programmaticamente l'opera dedica solo degli accenni[14]. Analogamente può risultare ragionevole, ancorché criticabile per la sua indeterminatezza, il divieto di accesso per chi non sia più in età potenzialmente fertile, onde evitare il prodursi di una situazione in cui il minore rischierebbe troppo presto di perdere una figura genitoriale. Per ragioni diverse appare fondato anche il divieto della maternità surrogata, che nella maggior parte dei casi pone un grave problema di dignità della donna, cui si sottrarrebbero solo ipotesi peculiari di una surrogazione puramente solidaristica e non impegnativa per la gestante, e ad ogni modo pone sempre quello della reificazione del nato, che viene comunque fatto oggetto di una vicenda circolatoria a titolo oneroso o gratuito che sia. L'autrice non trova invece più alcuna ragione giustificativa per il divieto di accesso alla fecondazione eterologa per le coppie di donne, a maggior ragione all'indomani della storica decisione che ha reso pienamente riconoscibile la doppia maternità in caso di ricorso alla medesima tecnica all'estero[15].

Naturalmente su ciascuna soluzione si potrebbe discutere. La distinzione fra l'accesso delle persone singole all'adozione, che sarebbe giustificato dall'esigenza di tutelare minori abbandonati già esistenti, e quello alla procreazione medicalmente assistita, che non riguarderebbe invece un mero progetto di genitorialità, può essere messa in crisi dalla considerazione che quando una persona singola si rivolge alla giustizia minorile per essere dichiarata idonea ad adottare, la vicenda non ha ancora ad oggetto alcun minore concretamente determinato e potrebbe produrre un domani i suoi effetti con riguardo ad un bambino che al tempo della domanda non era stato nemmeno concepito. L'indeterminatezza del riferimento all'età non più fertile potrebbe non rappresentare un *vulnus* ma al contrario uno strumento per adeguare in via interpretativa il concetto alla mutata realtà cui le stesse tecnologie riproduttive, e più in generale i mutamenti demografici, stanno dando luogo. A fronte della tenuta del divieto della maternità surrogata, a nostro avviso condivisibile, si potrebbero considerare le diverse ipotesi della poligenitorialità, in cui sia i componenti della coppia sia la gestante sono configurati come tre figure autenticamente genitoriali[16], nonché, in un futuro

---

[14] Per un più ampio approfondimento si vedano L. DANI, *Lo statuto e la destinazione dei gameti tra interessi personali e patrimoniali*, in *Familia*, 2024, 1, 85-107, nonché L. DANI, *La regolamentazione post mortem degli interessi non patrimoniali tra atto e contratto*, Napoli, 2024, 265-286.

[15] Corte cost. 22 maggio 2025, n. 68.

[16] Sia consentito il riferimento a M. RIZZUTI, *Adozioni e poligenitorialità*, in *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, vol. 13, 646-681.

più o meno remoto, quella dell'ectogenesi[17], magari combinata con la gametogenesi artificiale[18]. Concordiamo, ad ogni modo, sul punto fondamentale, ovvero sulla sopravvenuta irragionevolezza del divieto di accesso alla fecondazione eterologa per le coppie femminili.

Nella postilla l'autrice fornisce infine qualche informazione anche su di una ulteriore questione pendente al momento della pubblicazione del volume, indice di quella continua evoluzione della materia cui facevamo cenno all'inizio. Nello specifico emergeva il tema della possibilità di configurare la duplice genitorialità di una coppia divenuta femminile in seguito al cambiamento di sesso del componente maschile, che non aveva però impedito alle interessate di avvalersi del seme crioconservato prima della transizione per portare a termine un procedimento di procreazione assistita. Al riguardo il recensore può solo cogliere l'occasione per dare notizia della decisione frattanto intervenuta nel senso dell'inammissibilità delle questioni sollevate: secondo i giudici costituzionali, infatti, i limiti all'accesso alla procreazione medicalmente assistita non assumerebbero rilievo nel caso di specie, mentre il diritto vigente già consente di riconoscere come padre il soggetto da cui provengono i gameti maschili senza che tale esito possa essere inficiato dall'intervenuta transizione di genere[19]. Un'ulteriore disamina della questione ci allontanerebbe troppo dall'oggetto di questo contributo, ma non ci possiamo esimere dal rilevare che, a quanto consta, la parte chiedeva in realtà di essere qualificata come madre, e che il diritto vigente non sembra ancora in grado di offrire una soluzione al riguardo.

[17] L'ectogenesi potrebbe un domani surrogare tecnologicamente la *surrogacy*, come a suo tempo il latte artificiale ha surrogato il baliatico, e potrebbero sorgere dubbi sulla tenuta del divieto assoluto previsto dall'art. 13 della l. 40 del 2004, ma è chiaro che il problema non può porsi fino a che l'ipotesi non risulti concretamente realizzabile.

[18] La produzione di gameti da cellule somatiche potrebbe consentire addirittura una fecondazione omogenitoriale omologa. Si possono vedere in proposito M. RIZZUTI, *Parenthood and genetic manipulation*, in *Católica Law Review*, 2019, vol. 3, 65-78, nonché L. DANI, *La gametogenesi artificiale tra sostenibilità della p.m.a., circolazione e controllo del materiale biologico umano*, in M.J. SÁNCHEZ CANO, J. MARTÍNEZ CALVO (a cura di), *El derecho privado en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible. Una panorámica global*, A Coruña, 2019, 261-273.

[19] Corte cost. 23 ottobre 2025, n. 155.