

**Il dinamismo della procreazione nella società della globalizzazione.
La procreazione medicalmente assistita *post mortem*: *status filiationis* e conseguenze successorie ***

di ROSINA ELSA DE ROSA

The rise of new techniques of artificial insemination is reshaping Family and Inheritance Law. This essay proposes to examine the legal problems regarding the “post-mortem procreation” within the Italian legal system. In particular, it focuses on the condition of a child, who is born through the use of these techniques, which are still prohibited in Italy.

SOMMARIO: 1. Premesse introduttive – 2. Considerazioni generali in tema di P.M.A. – PARTE I: 3. La nozione di embrione nel quadro nazionale – 3.1 (*segue*) La posizione della Corte Costituzionale – 3.2 (*segue*) La posizione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea – 3.3 (*segue*) La posizione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo – 4. Precisazioni – PARTE II: 5. Cenni sull’*iter* che ha condotto all’introduzione della legge sulla P.M.A. – 6. Il contenuto della l. n. 40/2004, alla luce dalle pronunce della Corte Costituzionale – 7. La dichiarazione di consenso informato per l’accesso alla P.M.A. – 7.1 (*segue*) Il consenso e l’autodeterminazione procreativa. La revocabilità – 7.2 (*segue*) Il consenso e la responsabilità genitoriale. Il riconoscimento – 8. La procreazione *post mortem* – 8.1 (*segue*) Primi orientamenti giurisprudenziali – a. (*segue*) L’impianto *post mortem* di embrioni già fecondati – b. (*segue*) La fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati – c. (*segue*) Il prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione – 9. Il riconoscimento degli atti di nascita formati nei paesi che consentono la P.M.A. *post mortem*. Cenni – PARTE III: 10. *Status filiationis* e conseguenze successorie per il nato da procreazione *post mortem* – a. (*segue*) Applicabilità, in via esclusiva, delle norme contenute nel codice civile – b. (*segue*) Applicabilità in via esclusiva delle norme contenute nella l. n. 40/2004 – c. (*segue*) Applicabilità delle norme contenute nella l. n. 40/2004, in concorso, con quelle contenute nel codice civile – 11. Conclusioni.

1. Premesse introduttive

La *rivoluzione copernicana* che si è registrata nel settore delle biotecnologie e della medicina della riproduzione se per un verso ha consentito di separare la sessualità dalla procreazione – così da favorire la soluzione di problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana ovvero da malattie geneticamente trasmissibili – per un altro – quello attinente alle modalità di presidio e di tutela di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito – ha esacerbato vecchi problemi configrandone nuovi.

Essi trovano collocazione in una drastica ricalibratura della concezione e dello statuto dell’embrione nonché dello [ipotetico] diritto alla genitorialità.

Orbene, rispetto a tali questioni il giurista non può restare indifferente. Difatti, il tema della procreazione medicalmente assistita (in sigla P.M.A.), in ambito giuridico, sembra rappresentare un moderno *cavallo di Troia*, introdotto proprio nella roccaforte del diritto di famiglia e delle successioni *mortis causa*. Ciò è ancor più vero se si tiene conto della possibilità della procreazione *post mortem*: le nascite postume oggi non presuppongono più

necessariamente la preesistenza di un embrione al decesso del “genitore”, giacché la scienza consente che esso si possa produrre successivamente, mediante l’impiego di gameti del soggetto defunto.

È noto che le pratiche della procreazione *post mortem*, ad oggi, non hanno diritto di cittadinanza nell’ordinamento giuridico italiano, perché ritenute contrarie al *best interest of the child*. Tuttavia, questo non determina, quale conseguenza, l’irrelevanza della materia. Ed infatti è altrettanto noto che le suddette pratiche in alcuni ordinamenti giuridici – come quello spagnolo e quello greco – sono ammesse ed espressamente regolate.

Inoltre, il diffuso fenomeno del *turismo procreativo* – agevolato in Europa del principio della libera circolazione delle persone nonché dal riconoscimento del diritto di accesso ai servizi sanitari di altri Stati membri – evidenzia come le suddette pratiche possano comunque coinvolgere cittadini italiani. Cartina di tornasole è la circostanza che il problema si sta ponendo sempre più insistentemente all’attenzione di alcuni giudici di merito e, in tempi recenti, anche di legittimità.

Ecco, allora, l’attualità e l’opportunità di avviare una riflessione – previa ricostruzione della definizione di embrione e dello statuto giuridico dello stesso – sullo *status filiationis* e sulle conseguenze successorie per il figlio nato da tecniche di procreazione *post mortem*. Sarebbe, infatti, troppo semplicistico ritenere che i divieti posti dalla l. 19 febbraio 2004, n. 40 (“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”), alla genitorialità valgano ad escludere ogni riconoscimento e ogni forma di tutela dei diritti e degli interessi del soggetto nato in seguito a tali pratiche.

Ebbene, rispetto a queste questioni aperte si muove il presente saggio, il quale è stato sviluppato su tre dimensioni:

- I. la prima, di carattere concettuale, mette a sistema la concezione dell’embrione sulla base:
 - a) del quadro normativo nazionale; b) degli orientamenti della Corte Costituzionale, dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo;
- II. la seconda, di carattere analitico: a) illustra il contenuto della l. n. 40/2004, alla luce delle considerevoli modifiche che le pronunce della Corte Costituzionale hanno apportato al suo impianto originario; b) analizza il ruolo del consenso al trattamento di fecondazione assistita, nell’ottica dell’autodeterminazione procreativa e della responsabilità genitoriale;

c) introduce il tema della procreazione *post mortem*; d) esamina le pronunce giurisprudenziali in materia, distinguendo le ipotesi di: I) impianto *post mortem* di embrioni già fecondati; II) fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati; III) prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione;

III. la terza, di carattere programmatico, individua le questioni aperte in ordine allo *status filiationis* e ai diritti successori di coloro che sono nati da tecniche di procreazione medicalmente assistita *post mortem*.

2. Considerazioni generali in tema di P.M.A.

Le questioni prospettate richiedono anzitutto alcune considerazioni generali in tema procreazione medicalmente assistita.

Orbene, con tale espressione si fa riferimento ad un complesso di tecniche – elaborate nel settore delle biotecnologie e della medicina della riproduzione – per consentire a coppie con problemi riproduttivi, derivanti da sterilità o da infertilità umana, ovvero portatrici di malattie geneticamente trasmissibili di generare prole.

In particolare, le varie modalità di P.M.A. si possono suddividere in tecniche di I, II e III livello, in ragione della complessità e del grado di invasività che le caratterizzano. Basti dire che le metodiche di I livello sono semplici e poco invasive, in quanto sono caratterizzate dal fatto che la fecondazione si realizza all'interno dell'apparato genitale femminile (cd. inseminazione artificiale, in sigla I.A.), mentre quelle di II e di III livello sono più complesse e invasive, in quanto prevedono che la fecondazione avvenga *in vitro* (in sigla, F.I.V.).

Quando il gamete maschile ovvero quello femminile non appartiene ad uno dei futuri genitori, ma proviene da un donatore esterno, si ha un'ipotesi di *fecondazione eterologa*¹.

Quando le pratiche in esame vengono realizzate dopo il decesso di uno dei *partners* si ha, come si dirà più diffusamente nel prosieguo, un'ipotesi di *P.M.A. post mortem*.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima.

¹ Sul sito del Ministero della Salute sono disponibili informazioni dettagliate concernenti le diverse tecniche di P.M.A. nonché le relative modalità di accesso (si veda: <https://www.salute.gov.it/portale/fertility/dettaglioContenutiFertility.jsp?area=fertilita&id=4570&lingua=italiano&menu=medicina>).

PARTE I

3. La nozione di embrione nel quadro nazionale

Orbene, brevi cenni ad un tema classico del diritto privato, qual è quello dello *status* dell'embrione, costituiscono la premessa per l'approfondimento di una delle questioni che – nel settore del diritto delle persone, della famiglia e delle successioni – è oggi maggiormente investita dai processi di evoluzione e di cambiamento: la procreazione medicalmente assistita. Alla luce del principio di gerarchia delle fonti, il punto di partenza dell'indagine *de qua* non può che essere rappresentato dalla Carta Costituzionale Repubblicana.

Ebbene, limitandosi ad una lettura superficiale della stessa, si finisce per concludere che l'embrione non è oggetto di tutela, giacché ad esso nessuna norma fa espresso riferimento. Tuttavia, una simile interpretazione si scontrerebbe con gli artt. 2 e 31, co. 2, Cost.

Invero, la ragione del silenzio del legislatore italiano si annida nella circostanza che il tema *de qua* è socialmente ed eticamente sensibile. Ciò si traduce nella stessa difficoltà dell'individuazione di un'entità biologica giuridicamente rilevante, cui riferire gli specifici interessi all'identità e alla destinazione alla vita.

Difatti, benché l'art. 1 della l. 22 maggio 1978, n. 194 (“Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza”) reciti che «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana *dal suo inizio*», esso non precisa quale sia il momento in cui inizi la vita umana individuale².

Del resto, nello stesso settore delle scienze biologiche, si registra un'ampia varietà di opinioni e di teorie sul punto: a seconda del diverso stadio dello sviluppo umano, vi è chi riferisce l'inizio della vita al momento della fecondazione; chi al momento della formazione della linea embrionale primitiva; chi dell'annidamento in utero; chi della perdita della totipotenza; chi della nascita³.

Tuttavia, se è compito dello scienziato passare al microscopio il processo che dà luogo alla

² D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004, 533 ss.

³ Di ciò si dà atto sia nel Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica “*Sulle tecniche di procreazione assistita*” del 17 giugno 1994 sia nel Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica “*Identità e statuto dell'embrione umano*” del 22 giugno 1996.

formazione dell'essere umano, non spetta a lui indicare i valori sulla base dei quali stabilire da quale momento la vita che si sta formando può essere considerata persona: trattasi di una scelta di discrezionalità politica, rimessa al legislatore⁴.

Invero, in sede di lavori preparatori della l. n. 40/2004 si discusse in ordine alla possibilità di elaborare una nozione di embrione, ma non si giunse ad una soluzione condivisa.

Tuttavia, giacché all'art. 1 si precisa che la finalità della legge è di "assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito", ed all'art. 6, co. 3, si precisa che la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di P.M.A. può essere revocata da ciascuno "fino al momento della fecondazione dell'ovulo", si potrebbe affermare che il momento in cui si forma l'entità biologica rilevante per il diritto italiano coincide con l'unione del gamete maschile e di quello femminile (fecondazione), a prescindere dall'impianto in utero dell'embrione⁵. Difatti, proprio sulla scorta di tale considerazione, la giurisprudenza di merito sta autorizzando, come si dirà, alcune ipotesi di P.M.A. *post mortem*.

3.1 (segue) La posizione della Corte Costituzionale

Brevissimi richiami siano consentiti anche alle pronunce della Corte Costituzionale.

Ebbene, nonostante in più occasioni essa si sia pronunciata in ordine alla l. n. 40/2004, non ha mai preso posizione circa la nozione di embrione⁶.

Tuttavia, dapprima con la sentenza n. 27/1975⁷ si è riconosciuto che la dignità dell'embrione ha rango costituzionale e, dappoi, con la sentenza n. 229/2015⁸, si è precisato che l'esigenza di

⁴ G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, 810 ss.

⁵ Sul tema, v. P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 463 ss.; Id., *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 149 ss.; G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 145 ss.; V. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della l. n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2005, 203 ss.; C. FAVILLI, *Autodeterminazione procreativa e diritti dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 487 ss.; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Canterano, 2020.

⁶ Difatti, la Corte ha chiarito che l'elaborazione della nozione di embrione e la qualificazione di questo come "persona umana" sin dal momento della fecondazione rientra in una scelta discrezionale del legislatore ordinario, la quale non può ritenersi rivestita di forza costituzionale, ciò in quanto non esiste equipollenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare.

⁷ Per il testo integrale della sentenza, v. <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

⁸ Per il testo integrale della sentenza, v. <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

tutelare la dignità dell’embrione si pone in quanto deve essere ripugnata l’idea che si tratti di «mero materiale biologico».

Infine, significativa è la sentenza n. 84/2016⁹, nella quale si legge: «la dignità dell’embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale, riconducibile al precetto generale dell’art. 2 Cost.»¹⁰.

Dunque, la crescente valorizzazione della persona e le preminenti ragioni di tutela della vita umana – sottese alle citate pronunce – hanno indotto la dottrina e la giurisprudenza a ripensare ai divieti posti dalla l. n. 40/2004.

3.2 (segue) La posizione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea

Spostando lo sguardo dall’ambito nazionale a quello europeo si scorge un crescente interesse per l’embrione umano ed il suo statuto, benché lo stesso non sia normativamente definito¹¹.

In particolare, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea – chiamata ad interpretare l’art. 6 della Direttiva 98/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche – ha operato un interessante *revirement*. Difatti, mentre nel caso *Brüstle v. Greenpeace*¹², è stata accolta una nozione piuttosto ampia di embrione – considerandosi tale qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi – nel caso *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*¹³, è stato precisato che per poter qualificare un’entità

⁹ Per il testo integrale della sentenza, v. <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

¹⁰ Ispirate al principio della dignità dell’embrione, sono le seguenti leggi ordinarie: 1) l. 29 luglio 1975, n. 405, sull’istituzione dei consultori familiari, la quale all’art. 1 lettera c) indica tra gli scopi del servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità «la tutela della salute della donna e del prodotto del concepimento»; 2) D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, in materia di sepoltura del prodotto del concepimento; 3) l. n. 194/1978.

¹¹ L’art. 1 della Carta di Nizza si limita a prevedere che la dignità umana è inviolabile e che deve essere rispettata e tutelata.

¹² Corte Giust. UE, 18 ottobre 2011. Causa C-34/10, v. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=111402&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1815832>

¹³ Corte Giust. UE, 18 dicembre 2014. Causa C-364/13, v. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160936&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1816427>

biologica come “embrione” è necessario che essa sia idonea a svilupparsi in essere umano, a prescindere da interventi di carattere tecnico-scientifico.

Tuttavia, le pronunce citate non hanno sortito particolari effetti in Italia in materia di P.M.A. *post mortem*. Invero, ciò non deve stupire, giacché le pronunce della C.G.U.E. forniscono una nozione di embrione umano che è circoscritta al settore delle invenzioni biotecnologiche e che, dunque, non è destinata a trovare applicazione *omnibus*.

3.2 (segue) La posizione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo

In materia di procreazione medicalmente assistita è stato spesso invocato l’intervento della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, la quale, tuttavia, ha sempre tenuto un atteggiamento piuttosto defilato. Difatti, sia nel caso *Vo c. Francia*¹⁴ sia nel caso *Evans c. Regno Unito*¹⁵, la Corte si è limitata a ribadire che rientra nella discrezionalità dei singoli Stati definire cosa si intenda per inizio della vita umana.

Un leggero passo in avanti è stato compiuto nel caso *Parrillo c. Italia*¹⁶ giacché – di fronte alla volontà di una donna di destinare alla scienza, dopo la morte del marito, gli embrioni crioconservati – la Corte ha escluso che gli stessi possano qualificarsi come *res*.

Invero, si attende con una certa impazienza la pronuncia sul caso Dalleau e altri c. Francia, sul tema precipuo del divieto della fecondazione *post mortem*¹⁷. In Francia, infatti, la legge pone divieti analoghi a quelli previsti dalla normativa italiana.

4. Precisazioni

L’aver ricostruito lo stato dell’arte in ordine allo statuto giuridico dell’embrione non rappresenta una mera elucubrazione teorica, giacché è funzionale a rendere più agevole la ricostruzione e la comprensione dell’*iter* logico-argomentativo seguito dalla giurisprudenza nelle pronunce, sempre più frequenti, in materia di P.M.A. *post mortem*.

¹⁴ Corte EDU, 8 luglio 2004, *Vo v. France*.

¹⁵ Corte EDU, 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito*

¹⁶ Corte EDU, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*

¹⁷ Corte EDU, ricorsi nn. 57307/18 (*Dalleau c. France*) - 22296/20 (*Baret c. France*) - 37138/20 (*Caballero c. France*), in <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%20>

PARTE II

5. Cenni sull'*iter* che ha condotto all'introduzione della legge sulla P.M.A.

In Italia i primi tentativi volti a disciplinare le tecniche di procreazione medicalmente assistita di I livello (inseminazione *in vivo*) risalgono alla III legislatura (1958-1963).

In particolare, nel 1958, i deputati Gonella e Manco avanzarono la proposta di l. C. 585 che, compendiata in un unico articolo, prevedeva: «La donna che permette su di sé, con seme totalmente o parzialmente non del marito, pratiche inseminative è punita con la reclusione fino a un anno. Con la stessa pena è punito il marito che vi abbia consentito nonché il terzo datore di seme e chiunque su donna coniugata e consenziente compia atti idonei alla inseminazione artificiale».

Dal testo sopra riportato emerge chiaramente l'atteggiamento di negazione della liceità delle pratiche in esame.

Invero, l'intento repressivo del legislatore, realizzato mediante la minaccia della sanzione penale, era motivato dalla crescente diffusione del ricorso alla fecondazione artificiale di tipo eterologo e dal timore che ciò potesse minare l'armonia della famiglia.

Non sorprende allora che nella proposta S. 754, avanzata dalla senatrice Falcucci nel 1969, tale pratica fosse qualificata come fattispecie criminosa, al pari dell'adulterio.

Con l'intensificarsi del dibattito *de quo* anche in ambito europeo – in conseguenza della nascita, avvenuta nel 1978, di Louise Joy Brown, la prima bambina al mondo concepita in virtù di fecondazione *in vitro* – il Ministro italiano della Sanità, nel 1984, istituì una Commissione di studio allo scopo di approfondire le problematiche connesse alla P.M.A.

In seguito ai lavori della "Commissione Santosuoso", cosiddetta dal nome del magistrato che la presiedette, furono avanzate due proposte di legge volte ad ammettere la sola fecondazione omologa, le quali, però, non furono accolte.

Neppure ebbero successo le proposte avanzate in seguito all'istituzione della Commissione presieduta da Guzzanti e della Commissione presieduta da Busnelli. Quest'ultima, in particolare, richiamando la necessità di proteggere la vita umana fin dal momento della fecondazione, suggeriva, in caso di premorienza del marito, di riconoscere alla vedova il diritto di ricevere l'embrione per avviare la gravidanza entro un anno dalla morte, riconoscendo al

nato lo *status* di figlio della coppia originaria¹⁸.

Tuttavia, solo nel 2004 si giunse all'approvazione di un testo normativo in materia di procreazione medicalmente assistita: la l. n. 40/2004, tuttora in vigore¹⁹.

Prima di allora, le uniche disposizioni in materia si potevano rintracciare nel Codice di deontologia medica e nelle circolari del Ministero della Sanità.

In particolare, il codice di deontologia medica del 25 giugno 1995 (art. 41) e il successivo, in vigore dall'inizio di ottobre 1998 fino al 15 dicembre 2006 (art. 42), prevedevano: «Le tecniche di procreazione umana medicalmente assistita hanno lo scopo di ovviare alla sterilità. È fatto divieto al medico, anche nel bene del nascituro, di attuare: a) forme di maternità surrogata; b) forme di fecondazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili; c) pratiche di fecondazione assistita in donne in menopausa non precoce; d) forme di fecondazione assistita dopo la morte del *partner*. È proscriotta ogni pratica di fecondazione assistita ispirata a pregiudizi razziali; non è consentita alcuna selezione dei gameti ed è bandito ogni sfruttamento commerciale, pubblicitario, industriale di gameti, embrioni e tessuti embrionali o fetali, nonché la produzione di embrioni ai soli fini di ricerca. Sono vietate pratiche di fecondazione assistita in studi, ambulatori o strutture sanitarie prive di idonei requisiti».

Tuttavia, non essendo espressamente vietate da una legge nazionale, si ritennero lecite sia la fecondazione omologa sia quella eterologa sia la diagnosi pre-impianto sia la richiesta della vedova di procedere all'impianto *post mortem* di embrioni prodotti e crioconservati quando era in vita il *partner*.

6. Il contenuto della l. n. 40/2004, alla luce dalle pronunce della Corte Costituzionale

Dopo questa prima fase di totale assenza di regolamentazione – in cui le tecniche di

¹⁸ Invero, tanto si prevede nell'ordinamento giuridico spagnolo. In particolare, l'art. 9 della Ley n. 14/2006 consente che il coniuge possa prestare il consenso, in un atto pubblico ovvero in un testamento, all'utilizzo del proprio maritale riproduttivo, entro dodici mesi dell'apertura della sua successione.

¹⁹ Sul tema, v. M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, 1405 ss.; F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, 628 ss.; FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, cit.; P. RESCIGNO, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corr. Giur.*, 2002, 981 ss.; M. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. dir.*, 2004, 117 ss.; R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova l. 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004; Id., *Dal parlamento alle aule di giustizia: le nuove disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita al banco di prova del caso concreto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 415 ss.

procreazione medicalmente assistita sono state praticate in modo più o meno permissivo – è intervenuto il legislatore, introducendo rilevanti divieti e limitazioni. Di qui, la sensazione di trovarsi di fronte ad “un testo arido e lacunoso, limitativo e per molti aspetti deprimente”²⁰. Tant’è che presto furono avanzate diverse richieste referendarie²¹, finalizzate alla sua abrogazione.

In primo luogo, la legge prevedeva la possibilità di accesso a tali tecniche per le sole coppie maggiorenni di sesso diverso (coniugate o conviventi), in età potenzialmente fertile, affette da problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana (art. 1).

Dunque, nella sua formulazione originaria, la l. n. 40/2004 non consentiva che potessero accedere alla P.M.A. coppie che, ancorché fertili, fossero portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. Del resto, non essendo consentita alcuna forma di selezione degli embrioni, era preclusa la diagnosi pre-impianto (art. 13, co. 3, lettera b).

Orbene, era evidente l’irragionevolezza di tale indiscriminato divieto, posto che la l. n. 194/1978 già consentiva l’interruzione volontaria della gravidanza quando, dalle indagini prenatali, fossero state accertate rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, tali da determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna²². Pertanto, stante la violazione degli artt. 3 e 32 Cost., la Corte Costituzionale ha dichiarato – dapprima con la sentenza n. 96/2015²³ – l’illegittimità costituzionale dell’art. 1, co. 1 e 2, e dell’art. 4, co. 1, nella parte in cui non consentivano il ricorso alle tecniche di P.M.A. alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all’art. 6, co. 1, lettera b), della l. n. 194/1978, accertate da apposite strutture pubbliche, e dappoi – con la citata sentenza n. 229/2015 – l’illegittimità costituzionale dell’art. 13, co. 3 lettera b) e co. 4, nella parte in cui contemplavano come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l’impianto nell’utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai detti criteri di gravità

²⁰ G. ALPA, *Laicità e diritto privato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, aprile 2007, 11.

²¹ E. LAMARQUE, *I referendum sulla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2005, 195 ss.

²² B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; M. D’AMICO - B. LIBERALI, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016.

²³ Per il testo integrale della pronuncia, v. <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

e accertate da apposite strutture pubbliche.

In secondo luogo, si prevedeva il divieto del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (art. 4), in quanto – in un sistema incentrato sul *favor legitimitatis* piuttosto che sul *favor veritatis* – si temeva che il nato non potesse essere adeguatamente tutelato.

Orbene, tale scelta legislativa comprometteva le concrete possibilità della coppia di realizzare l'agognato progetto di genitorialità e, indirettamente, favoriva la fuga all'estero per l'elusione del divieto.

Invero, la procreazione medicalmente assistita coinvolge molteplici interessi di rango costituzionale: a) la fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, di cui la scelta di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione; b) il diritto alla salute; c) il diritto del nato ad essere riconosciuto come figlio della coppia.

Ebbene, quanto all'interesse *sub a)*, come emerge dalla legge in materia di adozione²⁴, il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia. Conseguentemente, i limiti ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono tradursi in un divieto assoluto del ricorso alla P.M.A. di tipo eterologo.

Quanto all'interesse *sub b)*, le tecniche di P.M.A. di tipo eterologo non comportano un rischio diverso rispetto a quelle di tipo omologo. Piuttosto, il divieto assoluto di ricorrere ad esse può incidere negativamente sulla salute della coppia, intesa come benessere psichico della stessa.

Quanto all'interesse *sub c)*, si osserva che lo stesso legislatore, consapevole della possibile violazione del divieto, aveva regolato le conseguenze in ordine allo *status filiationis*, assicurando tutela al nato (art. 9²⁵).

Pertanto, cagionando il divieto *de quo* una lesione della libertà fondamentale della coppia di

²⁴ L. 4 maggio 1983, n. 184.

²⁵ Art. 9: «Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'art. 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'art. 263 dello stesso codice. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'art. 30, comma 1, del regolamento di cui al D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi».

formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza fosse giustificata dalle esigenze di tutela del nato, la Corte Costituzionale con sentenza n. 162/2014²⁶ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, nella parte in cui stabiliva per la coppia di cui all'art. 5, co. 1, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora fosse stata diagnosticata una patologia che fosse causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili; dell'art. 9, co. 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'art. 4, co. 3»; dell'art. 12, co. 1.

In terzo luogo, si prevedeva il divieto di creazione di un numero di embrioni superiore a tre, tutti destinati ad un unico e contemporaneo impianto (art. 14). Del resto, non era ammessa la crioconservazione.

Orbene, la rigidità di tale divieto precludeva al medico ogni valutazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottoponeva alla procedura. Ciò spesso rendeva necessario il ricorso alla reiterazione dei cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non avesse avuto alcun esito.

Pertanto, stante l'evidente violazione degli artt. 3 e 32 Cost., la Corte Costituzionale con la sentenza n. 151/2005²⁷ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 2, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», e dell'art. 14, co. 3, nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

Conseguentemente, è caduto sotto la scure della Corte Costituzionale anche il divieto di crioconservazione degli embrioni.

7. La dichiarazione di consenso informato per l'accesso alla P.M.A.

Nonostante l'impianto originario della l. n. 40/2004 sia stato modificato in seguito alle suddette pronunce, la P.M.A. resta un trattamento sanitario e non è divenuta una tecnica di concepimento alternativa a quella naturale, per cui è possibile accedere ad essa solo quale *extrema ratio*, come si ricava dal combinato disposto degli artt. 1, 4 e 6.

²⁶ Per il testo integrale della sentenza, v. <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

²⁷ Per il testo integrale della sentenza, v. <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

In particolare, l'art. 6 prevede che – prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di P.M.A. – il medico debba informare in maniera dettagliata i *partners* in ordine non solo ai metodi, ai problemi bioetici, ai possibili effetti collaterali sanitari e psicologici, alle probabilità di successo e ai rischi derivanti dall'applicazione delle tecniche stesse, ma anche e soprattutto in ordine alle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro²⁸. Ne consegue, che tale consenso deve essere prestato esclusivamente dai soggetti che accedono a dette tecniche.

Giacché si vuole assicurare la formazione di una volontà consapevole e consapevolmente espressa, il consenso di entrambi i soggetti deve essere reso per iscritto al medico responsabile della struttura sanitaria, secondo modalità predeterminate²⁹.

Inoltre, tra la manifestazione della volontà e l'applicazione delle tecniche deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni.

Dunque, il consenso costituisce anzitutto un imprescindibile requisito di validità del contratto di prestazione d'opera, in forza del quale si instaura la relazione tra il medico, la struttura sanitaria e coloro che si sottopongono alle tecniche di P.M.A.

7.1 (segue) Il consenso e l'autodeterminazione procreativa. La revocabilità

Invero, il consenso informato assolve ad un'ulteriore funzione: tutelare la libertà di autodeterminarsi nelle scelte procreative³⁰.

Orbene, affinché il consenso possa essere lo strumento di esercizio della suddetta libertà, è imprescindibile che sia stato preceduto da un'informazione adeguata: la scelta è veramente

²⁸ La necessità del consenso costituisce una regola ormai consolidata, prevista – oltre che dalla l. n. 40/2004 – dalla “Carta dei diritti fondamentali dell’Ue”, dalla “Convenzione per la protezione dei diritti dell’uomo e la dignità dell’essere umano con riguardo all’applicazione della biologia e della medicina. Convenzione dei diritti dell’uomo e la biomedicina” nonché dal Codice di deontologia medica.

²⁹ Si precisa che è il D.M. 28 dicembre 2016, n. 265 reca le norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell’articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40.

³⁰ In tal senso, v: A. RICCI, *La disciplina del consenso informato all’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il D. M. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1, 40 ss. L’Autrice, richiamando le fonti di diritto internazionale e sovranazionale, individua nel consenso informato la massima espressione del valore di tutela della persona e della sua dignità.

libera se la volontà generativa si forma nella piena coscienza e con modalità che assicurino una genitorialità responsabile³¹.

Come ogni libertà, anche quella di autodeterminarsi nelle scelte procreative ha dei limiti. Poiché obiettivo dichiarato della l. n. 40/2004 è di assicurare tutela a tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito, l'art. 6, co. 3, sancisce l'irrevocabilità del consenso prestato dopo la fecondazione dell'ovulo e, quindi, dopo la formazione dell'embrione³².

Invero, la formulazione letterale dell'art. in commento non sembra distinguere tra la posizione dell'uomo e quella della donna, per cui non sembrerebbe possibile riconoscere ai membri della coppia un diritto di ripensamento a procedere all'impianto.

Tuttavia, una simile interpretazione è apparsa fin da subito poco convincente, alla luce delle esigenze di tutela della salute della donna, intesa come suo benessere psico-fisico.

In particolare, la dottrina³³ ha ritenuto che il divieto *de quo* si riferisse unicamente al *partner* di sesso maschile e che il consenso della donna fosse revocabile in ogni fase della procedura. A tale conclusione si è giunti mediante il metodo del ragionamento per assurdo di Zenone: laddove il consenso della donna fosse irrevocabile, si dovrebbe procedere ad un impianto forzoso dell'embrione; ciò renderebbe la P.M.A. un trattamento sanitario obbligatorio, con conseguente violazione dell'art. 32 Cost.

Inoltre, una simile opzione interpretativa apparirebbe irragionevole anche alla luce del contenuto della legge n. 194/1978. Difatti, l'embrione non impiantato finirebbe per ricevere una tutela di gran lunga maggiore rispetto a quella che viene riservata al feto nei primi tre mesi di gestazione³⁴.

Invero, deve essere segnalata la posizione di una parte della dottrina³⁵ che – proprio in ragione del combinato disposto della legge n. 40/2004 e della legge n. 194/1978 – considera illegittimo

³¹ *Ibidem*.

³² Invero, la norma che prevede l'irrevocabilità del consenso alla P.M.A., una volta formatosi l'embrione, ha destato dubbi di legittimità costituzionale. Difatti, tale prescrizione appare in contrasto con la qualificazione della P.M.A. quale trattamento sanitario. Tuttavia, la Corte Cost. ha sempre ritenuto inammissibili le questioni sollevate.

³³ AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, cit.; M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 2004, 6; M. FACCIOLO, *La procreazione assistita post mortem tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004*, in *Riv. biodiritto*, 3, 2021, 27 ss.

³⁴ In tal senso, v. A. ORESTANO, *Procreazione medicalmente assistita – procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione*, in *Giur. it.*, 12, 2021, 2610 ss.

³⁵ In tal senso, v. *Ibidem*.

il rifiuto della donna di ricevere l'impianto dell'embrione fuori dei casi in cui è consentita l'interruzione volontaria della gravidanza. Tuttavia, l'impossibilità di ipotizzare una coazione diretta dell'impianto, ha indotto l'Autore a suggerire l'applicazione delle sanzioni previste in tema di soppressione dell'embrione (art. 12).

7.2 (segue) Il consenso e la responsabilità genitoriale. Il riconoscimento

Dalla prestazione del consenso libero ed informato, reso nell'ambito delle tecniche di P.M.A., sembra discendere un'ulteriore e più importante conseguenza giuridica: l'attribuzione della genitorialità al nato³⁶.

Difatti, mentre l'art. 8 della l. n. 40/2004 precisa che i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di P.M.A. hanno lo stato di figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle medesime, l'art. 9 vieta il disconoscimento della paternità e l'anonimato della madre³⁷.

Invero, la centralità del ruolo del consenso ai fini ora indicati è emersa in tutta chiarezza a seguito di due recentissime pronunce del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere che hanno riconosciuto ad una donna il diritto di procedere all'impianto di embrioni crioconservati, nonostante l'opposizione del marito e la sopravvenuta crisi familiare, testimoniata dall'instaurazione di un giudizio di separazione³⁸. In particolare, il giudice ha individuato nella consolidazione del consenso, a seguito della formazione dell'embrione, la *condicio sine qua non* all'instaurazione del legame genitoriale con il nascituro. In altre parole – enfatizzando la partecipazione volontaristica alla P.M.A. – si è ritenuto che il consenso di cui all'art. 6 fosse espressivo di un riconoscimento del figlio anteriore alla nascita (arg. *ex art. 8*)³⁹.

³⁶ Com'è stato affermato, «la centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito dell'applicazione di tecniche di fecondazione artificiale, dimostra una sicura preminenza della tutela del nascituro sotto il profilo del conseguimento della certezza dello *status filiationis*». FACCIOLO, *La procreazione assistita post mortem tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004*, cit. *In senso contrario*, v. FAVILLI, *Autodeterminazione procreativa e diritti dell'embrione*, cit.

³⁷ A. MENDOLA, *Inediti modelli di genitorialità nella fecondazione post mortem* (nota a Cass. civ., Sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000), in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2019, 1614 ss.

³⁸ M. DE PAMPHILIS, *Il diritto dell'embrione all'impianto tra consenso informato e genitorialità* (nota a Trib. Santa Maria Capua Vetere, Sez. I, ord. 25 novembre 2020 e Trib. Santa Maria Capua Vetere, Sez. I, ord. 27 gennaio 2021), in *Fam. dir.*, 11, 2021, 1048 ss. Nel bilanciamento tra il diritto della donna a non perdere la *chance* della maternità e quello dell'uomo a non vedersi imposta la paternità, il Tribunale ha reputato preminente il primo.

³⁹ In tal senso, v. A. PAGLIARO, *L'accertamento dello status del figlio procreato post mortem*, in *Jus civile*, 2, 2022, 539 ss.; M. FACCIOLO, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1282 ss.

Ebbene, tale pronuncia si colloca nel solco di quell'orientamento secondo il quale *consensus facit filium*⁴⁰.

Invero, il tema del riconoscimento della filiazione nata da tecniche di P.M.A. [di tipo eterologo, prima ancora che *post mortem*⁴¹] ha diviso la dottrina e la giurisprudenza, ben prima dall'entrata in vigore della legge n. 40/2004⁴².

In particolare, la prima pronuncia in materia risale al lontano 1956, quando il Tribunale di Roma è stato chiamato a pronunciarsi in ordine all'ammissibilità dell'azione di disconoscimento di paternità esercitata da un uomo che, prima della crisi coniugale, aveva consentito alla fecondazione eterologa della moglie. Il giudice, evidenziata l'assenza di specifici precedenti giudiziari nonché il *vulnus* normativo ed applicati i principi generali dell'allora vigente diritto di famiglia, ha affermato che il rapporto di filiazione si stabilisce e può essere riconosciuto solo nei confronti della persona il cui seme fu impiegato nell'operazione di fecondazione, essendo irrilevante ogni indagine sulla volontà o sul consenso⁴³.

Del medesimo avviso è stato il Tribunale di Cremona, pronunciatosi circa quarant'anni dopo, il quale ha ritenuto che il rapporto giuridico di filiazione fosse di diretta derivazione genetica, essendo irrilevante il semplice consenso prestato⁴⁴. Tale pronuncia è stata confermata dalla Corte d'Appello di Brescia⁴⁵, successivamente oggetto di ricorso per Cassazione.

Parimenti, il Tribunale di Napoli, affrontando un caso analogo a quello considerato dai predetti giudici, ha ribadito che l'esclusione dell'azione di disconoscimento di paternità, in assenza di un'espressa previsione di legge, si sarebbe risolta in un'operazione ermeneutica di tipo creativo. Tuttavia, dopo aver evidenziato come l'accoglimento dell'azione *de qua* avrebbe determinato per il nato la privazione giuridica della figura paterna e la lesione irreversibile del diritto alla propria identità ed al proprio nome, ha sollevato questione di legittimità

⁴⁰ In tal senso, v. M. RIZZUTI, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *Riv. biodiritto*, 3, 2015, 29 ss; F. SANTOSUOSSO, *Procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; E. DEL PRATO, *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in questa *Rivista*, 2001, 1035 ss.

⁴¹ Invero, le considerazioni svolte in tema di P.M.A. di tipo eterologo – quando la stessa era espressamente vietata – possono riproporsi in ordine alla P.M.A. *post mortem*.

⁴² Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, v. P. VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in *Fam. dir.*, 1, 2007, 87 ss.

⁴³ Trib. Roma, 30 aprile 1956, in *Giur. it.*, I, 2, 1957, 218 ss.

⁴⁴ Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Giur. it.*, I, 2, 1994, 995 ss.

⁴⁵ App. Brescia, 10 maggio 1995, in *Giur. it.*, I, 2, 1997 48 ss.

costituzionale – dichiarata poi inammissibile con sentenza n. 347/1998 dalla Corte Cost.⁴⁶ – in ordine all’art. 235 c.c.⁴⁷

Senonché la Corte di Cassazione – chiamata poco dopo a pronunciarsi sul ricorso proposto avverso la citata sentenza della Corte d’Appello di Brescia – ha sovvertito il precedente orientamento. In particolare, si è affermando che «il marito, dopo aver validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto, non ha azione per il disconoscimento della paternità»⁴⁸.

Tale orientamento è stato poi recepito dal Tribunale di Napoli nel 1999, il quale ha evidenziato come la manifestazione di volontà del padre costituisca un atto di responsabilità sostanzialmente equiparabile a quello della generazione per via naturale⁴⁹.

Tali ultime pronunce, i cui principi fondanti in parte riecheggiano nella decisione del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, hanno anticipato il contenuto del citato art. 8 della l. n. 40/2004. Tuttavia, nonostante l’intervento del legislatore e l’evoluzione giurisprudenziale, il dibattito non è ancora del tutto sopito.

Orbene, le considerazioni svolte in tema di consenso informato, soprattutto sotto il profilo dell’instaurazione del rapporto di filiazione, saranno utili al fine di individuare la condizione giuridica del nato da P.M.A. *post mortem*.

8. La procreazione *post mortem*.

Nonostante molti dei divieti originariamente posti dalla l. n. 40/2004 siano stati superati, non ogni forma di procreazione medicalmente assistita, possibile scientificamente, è giuridicamente consentita. Difatti, ai sensi dell’art. 5 si prevede: «Fermo restando quanto stabilito dall’art. 4, co. 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, *entrambi viventi*».

Ebbene, alla luce di tale norma, la quale non precisa quale sia il momento della procedura – e, segnatamente, l’accesso alle tecniche, il prelievo dei gameti, la fecondazione, l’impianto

⁴⁶ Per il testo integrale della sentenza, v. <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

⁴⁷ Trib. Napoli, ord. 2 aprile 1997, in *Foro it.*, I, 1997, 2677 ss.

⁴⁸ Cass. civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315, in *Giust. civ.*, I, 1999, 1317 ss.

⁴⁹ Trib. Napoli, 24 giugno 1999, in *Giust. civ.*, I, 1999, 2507 ss.

dell’embrione fecondato – nel quale deve sussistere il requisito predetto, una parte della dottrina⁵⁰ considera preclusa ogni forma di procreazione medicalmente assistita *post mortem* e, precisamente: a) l’impianto *post mortem* di embrioni già fecondati; b) la fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati; c) il prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione. Si ritiene, infatti, che dette pratiche siano contrarie al principio di *best interests of the child*, giacché la legge *de qua* ha inteso riconoscere al nascituro il diritto ad essere cresciuto da due genitori (cd. principio di bigenitorialità).

Diversamente, altra parte della dottrina⁵¹ si attesta su posizioni più permissive. Richiamando le citate esigenze di tutela della vita umana sin dalla sua formazione, si afferma che il requisito della contemporanea esistenza in vita dei futuri genitori sia richiesto solo fino al momento della fusione del gamete maschile e di quello femminile. A sostegno di tale interpretazione si richiama l’art. 6, co. 3, che – nel sancire l’irrevocabilità del consenso alla P.M.A. dopo la formazione dell’embrione – sembra suggerire l’irrilevanza dei comportamenti e degli avvenimenti successivi a tale momento. Inoltre, si osserva che nessuna sanzione è prevista per la violazione del divieto, posto che l’art. 12 esclude che siano punibili l’uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche *de quibus*.

Alla luce di dette previsioni, tale parte della dottrina considera lecito il trasferimento in utero degli embrioni crioconservati, nonostante il decesso di uno dei *partners* e, segnatamente dell’uomo, giacché la morte della donna «determinerebbe il definitivo arresto della procedura per impossibilità di eseguire l’impianto»⁵², salvo si attuino pratiche di *surrogacy*⁵³, *anch’esse*

⁵⁰ F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in *Procreazione assistita. Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di Stanzone e Sciancalepore, Milano, 2004, 37 ss.

⁵¹ C. CASINI - M. CASINI - M. L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. Commentario, Torino, 2004; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam.*, 2005, 198 ss.; M. FACCIOI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto civ.*, Agg., III, 2, Torino, 2007, 1063 ss.

⁵² A. VALONGO, *Profili evolutivi della procreazione assistita post mortem*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 531 ss.

⁵³ Sul tema. v. G. RECINTO, *Le “pericolose oscillazioni” della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata*, in *Fam. dir.*, 11, 2021, 1007 ss.; Id., *La maternità surrogata al vaglio, non del tutto convincente, della Consulta*, in *Dir. e relig.*, 1, 2021, 763 ss.; Id., *Un inatteso “revirement” della Suprema corte in tema di maternità surrogata*, in *Fam. dir.*, 7, 2020, 690 ss.; Id., *Un pericoloso “passo indietro” della Suprema Corte a proposito della c.d. maternità surrogata*, in *Dir. e rel.*, 1, 2020, 541 ss.; Id., *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere “filiazione”*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 347 ss.; Id., *Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo “stop” al “diritto ad essere genitori”*, in *Dir. e rel.*, 2019, 560 ss.; S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata: limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2021.

vietate dalla l. n. 40/2004 (art. 12, co. 6).

Tuttavia, in alcuni ordinamenti giuridici stranieri la P.M.A. *post mortem* è ammessa ed espressamente regolata. Dunque, poiché ad essa possono accedervi anche i cittadini italiani⁵⁴, diviene necessario ricostruire la condizione giuridica del nato, ossia il suo *status filiationis* e i suoi diritti successori nei confronti del genitore premorto.

8.1. (segue) Primi orientamenti giurisprudenziali

All'uopo, appare opportuno analizzare le pronunce giurisprudenziali in materia di procreazione medicalmente assistita *post mortem*.

a. (segue) L'impianto *post mortem* di embrioni già fecondati

Con particolare riferimento all'impianto *post mortem* di embrioni già fecondati, il *leading case* italiano risale all'8 gennaio 1999 – ben cinque anni prima dell'introduzione della l. n. 40 – ed è stato deciso, con ordinanza, dal Tribunale di Palermo⁵⁵.

Il caso vedeva come protagonista una coppia di coniugi con problemi di infertilità, la quale si era rivolta ad un centro ospedaliero per accedere alle tecniche di P.M.A.

Stipulato il contratto d'opera professionale, venivano prodotti e crioconservati tre embrioni. Senonché, dopo un primo tentativo fallace di impianto, era sopraggiunta la morte dell'uomo, sicché il centro medico aveva interrotto l'esecuzione del contratto, in ossequio all'art. 11 lettera e) del codice di autoregolamentazione per la P.M.A., approvato e sottoscritto il 2 novembre 1998, in forza del quale si vietava ai centri associati di eseguire tali tecniche dopo la morte di uno dei *partners*.

Dinanzi al rifiuto di adempimento della prestazione, la donna si è rivolta al Tribunale *ex art.*

⁵⁴ B. SALVATORE, *Status filiationis e procreazione medicalmente assistita*, in *Liber Amicorum* per Paolo Pollice (a cura di C. Fabricatore, A. Gemma, G. Guizzi, N. Rascio, A. Scotti), 2020, 961 ss.

⁵⁵ Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 225 ss., con nota di E. PALMERINI, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi*, e di F. D. BUSNELLI, *Postilla*; in *Fam. dir.*, 1999, 52 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*; *ivi*, 384 ss., con nota di G. CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*; in *Foro it.*, 1999, 1654 ss., con nota di L. NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)*; in *Dir. fam. pers.*, 1999, 231 ss., con nota di A. MIRANDA, *"Tragic choice" in Italy: brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita*, e di G. GIAIMO, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*; in *Dir. fam. pers.*, 1999, 1175 ss., con nota di R. NATOLI, *L'impianto di embrioni post mortem tra scontri ideologici e prezzi da pagare (a proposito di un'ordinanza palermitana)*.

700 c.p.c. domandando – in ragione della sua libertà di generare prole – che fosse ordinato al centro ospedaliero di procedere all’impianto degli embrioni.

Ritenuti sussistenti il *periculum in mora* ed il *fumus boni iuris* – stante l’elevata probabilità di riduzione della percentuale di successo dell’impianto dell’embrione, in ragione del trascorrere del tempo, con conseguente danno grave ed irreparabile dei diritti personalissimi della ricorrente – il Tribunale ha accolto l’istanza. In particolare, si legge: «Posto che il divieto di eseguire la procreazione medicalmente assistita (P.M.A.) dopo la morte di un *partner*, previsto soltanto da una norma deontologica del codice nazionale di autoregolamentazione della P.M.A. non vale a giustificare, pur in mancanza di una legge in materia, il rifiuto opposto da un centro medico alla richiesta di una donna vedova di procedere all’impianto degli embrioni crioconservati ottenuti in provetta, quando il marito era ancora in vita, dall’unione dei gameti di entrambi i coniugi, va disposto, in via cautelare urgente, che il centro medico proceda al trasferimento in utero degli embrioni (nella specie, uno alla volta fino al successo della gravidanza)».

Il Tribunale di Palermo si è spinto ben oltre, pronunciandosi altresì in ordine al tema controverso dello *status filiationis*. In particolare, si legge: «Non appaiono di ostacolo all’accoglimento della domanda le incertezze connesse agli effetti della presente decisione e segnatamente relative allo *status* del figlio nato più di trecento giorni dopo la morte del padre (tanto è quel che avverrà ove la P.M.A. eseguita in adempimento della presente ordinanza dovesse sortire esito favorevole) ed ai suoi diritti successori: un’interpretazione evolutiva degli artt. 234 e 462 c.c. potrebbe infatti ragionevolmente consentire al figlio della ricorrente di ottenere sia lo *status* di figlio legittimo sia il riconoscimento della capacità di succedere, ed a parte la pur esaustiva considerazione che una soluzione negativa ad entrambi i problemi (non s’ignora infatti che il dibattito dottrinario è ancora assai vivace e tutt’altro che risolto) non giustificerebbe comunque la compressione di diritti con valenza costituzionale incommensurabilmente superiore».

Or dunque, il Tribunale – secondo quanto sancito dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 347/1998⁵⁶ – ha operato un bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti ed è giunto alla conclusione che il diritto del nascituro – garantito ai sensi dell’art. 30 Cost. – ad essere educato,

⁵⁶ Per il testo integrale della sentenza, v. <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

mantenuto, istruito ed assistito da due genitori non possa giustificare, nel caso di morte di uno dei *partners*, la scelta della soppressione dell’embrione – e, quindi, del sacrificio del diritto alla vita del concepito – né il sacrificio del diritto del coniuge superstite a proseguire il processo vitale innescato con l’apporto dei propri gameti.

Tuttavia, non può ignorarsi la circostanza che il Tribunale di Palermo si sia mosso in un contesto in cui le pratiche in esame non erano espressamente vietate da una legge nazionale ed in cui giaceva in Parlamento una proposta volta a consentire l’impianto *post mortem* di embrioni crioconservati.

Su un caso analogo a quello posto poc’anzi riportato si è pronunciato altresì il Tribunale di Bologna, il 16 gennaio 2015⁵⁷. In particolare, nel 1996, una coppia di coniugi si era sottoposta alle tecniche di P.M.A. Eseguito un primo tentativo di impianto, senza che avesse successo, otto embrioni venivano crioconservati su consenso dei coniugi. Dopo la morte del marito, avvenuta nel 2011, la donna si era rivolta all’ente ospedaliero al fine di ottenere l’impianto dei suindicati embrioni. Dinanzi al rifiuto dello stesso, motivato dal disposto degli artt. 5 e 12 della l. n. 40/2004, ella ha proposto ricorso *ex art.* 700 c.p.c.

Il Tribunale, in particolare, ha rilevato che – avendo i coniugi reso nel 2010 una dichiarazione con la quale avevano manifestato l’interesse alla conservazione degli embrioni già venuti ad esistenza, in vista del futuro impianto – doveva escludersi che essi versassero in stato di “abbandono”. Inoltre, avendo i coniugi avuto accesso alla procedura di fecondazione medicalmente assistita prima dell’entrata in vigore della l. n. 40/2004, il Tribunale ha applicato le Linee Guida del Ministero della Salute, attuative dell’art. 7 della legge stessa, in forza delle quali «in caso di embrioni crioconservati, ma non abbandonati, la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento dei predetti».

Orbene, quella che nell’intenzione del legislatore doveva essere una norma di applicazione residuale sembra oggi destinata a regolare tanti e tali casi per cui si dubita della sua eccezionalità. *In primis*, si osserva che è elevato il numero di embrioni crioconservati prima della legge *de qua* ed *in secundis* che le linee guida attuative dell’art. 7 non pongono alcun

⁵⁷ Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, in *Corr. giur.*, 2015, 933 ss., con nota di L. ATTADEMO, *Il trasferimento intrauterino di embrioni crioconservati anni dopo la formazione degli stessi e la morte del padre*; in *Fam. dir.*, 2015, 488 ss., con nota di A. SCALERA, *Sulla legittimità dell’impatto post mortem di embrioni crioconservati*.

limite temporale all'impianto, il quale finisce per dipendere dall'esclusiva volontà della donna. Dunque, sussistendo il *periculum in mora* – posta la stessa età della reclamante, di anni cinquanta, nonché l'aleatorietà dei risultati della fecondazione assistita e delle maggiori difficoltà proporzionate al progredire dell'età dei genitori – ed il *fumus boni iuris*, il Tribunale ha accolto il ricorso.

Sulla scia di tale ordinanza, due mesi dopo, si è pronunciato il Tribunale di Reggio-Emilia⁵⁸. In particolare, una coppia di conviventi ha avuto accesso alle tecniche di P.M.A. nel 2012. Dei tre embrioni crioconservati, due venivano impiantati, ma senza successo. Senonché, sopraggiunta la morte dell'uomo, la donna aveva richiesto all'ente ospedaliero di procedere comunque all'impianto dell'ultimo embrione. Vedendosi opposta il rifiuto dello stesso, ella ha proposto ricorso al Tribunale *ex art. 700 c.p.c.* Ebbene, nell'aprile 2015 l'istanza è stata accolta, sul presupposto che: «Nell'ipotesi di embrioni crioconservati ottenuti con consenso di entrambi i componenti della coppia, di cui uno successivamente sia deceduto, gli artt. 5 e 12² non costituiscono limite alla esplicazione del diritto della donna ad ottenere il trasferimento degli embrioni».

Invero, non può ignorarsi che il Tribunale di Reggio-Emilia si sia pronunciato rispetto ad un caso solo apparentemente analogo a quelli sopra esposti. Infatti, la coppia protagonista della vicenda *de qua* aveva avuto accesso alla P.M.A. dopo l'entrata in vigore della l. n. 40/2004 e, quindi, vigente il divieto di procreazione *post mortem*. Eppure, proprio la concezione dell'embrione quale entità che ha in sé il principio della vita, ha orientato la decisione del giudice. Del resto⁵⁹, come è stato efficacemente affermato⁵⁹, nella fecondazione artificiale *post mortem* l'alternativa è *tranchant*: nascere o non nascere. Proprio perché l'ordinamento favorisce la nascita, si è ritenuto che l'interesse ad evitare il pregiudizio per il figlio, derivante dall'assenza della figura paterna, non potesse prevalere sul diritto alla maternità della donna.

In questa direzione si muove altresì la pronuncia del Tribunale di Lecce del 24 giugno 2019⁶⁰.

In particolare, una coppia di coniugi aveva deciso di accedere alle tecniche di P.M.A. e,

⁵⁸ Trib. Reggio Emilia, 18 aprile 2015, inedita.

⁵⁹ CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*, cit.

⁶⁰ Trib. Lecce, 24 giugno 2019, in *Fam. dir.*, 2020, 10, 949 ss. nota di I. BARONE, *Procreazione post mortem e status filiationis*.

sottoscritto il consenso informato, erano stati fecondati e crioconservati due embrioni soprannumerari. Deceduto il marito, la donna ne aveva chiesto il trasferimento intrauterino. A seguito del rifiuto dell'ente ospedaliero, ella si è rivolta all'autorità giudiziaria, cui ha chiesto l'autorizzazione a procedere all'impianto nonché, in caso di accoglimento della domanda, il riconoscimento per il nato dello *status* di figlio del coniuge defunto.

Il Tribunale ha accolto il ricorso cautelare in esame e ha ordinato il trasferimento intrauterino degli embrioni, ritenendo che: «In caso di P.M.A. omologa, la donna ha il diritto ad ottenere l'impianto degli embrioni, formatisi in conformità alla procedura ai sensi della l. n. 40 del 2004, anche in un tempo successivo alla morte del marito. L'art. 5 della l. n. 40 del 2004 dispone la sussistenza in vita di entrambi i componenti della coppia, requisito che deve ritenersi soddisfatto se entrambi sono vivi al momento della fecondazione».

Anche tale soluzione si fonda su un'esigenza di assicurare «una vera e propria destinazione alla vita piena» dell'embrione ed appare coerente con le disposizioni delle linee guida del 2015 che, per un verso, confermano il diritto della donna ad ottenere l'impianto degli embrioni in qualsiasi momento e, per un altro, non ripropongono il divieto di procreazione medicalmente assistita *post mortem*.

Al caso della procreazione *post mortem* di tipo eterologo si riferisce, invece, l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 25 agosto 2018⁶¹. In particolare, nel 2016 una coppia coniugata aveva avuto accesso alle tecniche di P.M.A. di tipo eterologo, con donazione di ovociti, all'esito delle quali erano stati ottenuti tre embrioni, di cui due soprannumerari. Senonché, deceduto nel 2018 il marito, la donna aveva richiesto all'ente ospedaliero di procedere con il tentativo di impianto degli altri due embrioni congelati. Ottenuta risposta negativa, la donna si è rivolta all'A.G *ex art.* 700 c.p.c. Il Tribunale – condividendo l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale secondo cui il divieto espresso dall'art. 5 attiene soltanto alla fecondazione *post mortem* e non anche all'impianto *post mortem* di embrioni già fecondati – ha accolto il ricorso, affermando che non ha alcun rilievo la circostanza che la coppia, per comprovate ragioni mediche, abbia fatto ricorso a ovociti donati da altri, atteso che il divieto di fecondazione eterologa è venuto meno in seguito alla citata sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014.

⁶¹ Trib. Bologna, 25 agosto 2018, in *Foro it.*, 2019, 1, 1430 ss., con nota di G. CASABURI.

b. (segue) La fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati

Con particolare riferimento alla fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati, significativi spunti di riflessione e nuove frontiere per il diritto di famiglia e delle successioni *mortis causa*, si pongono in seguito all'ordinanza del Tribunale di Roma del 19 settembre 2018.

In particolare, una vedova aveva richiesto all'ente ospedaliero, presso il quale aveva avuto accesso con il marito alle tecniche di P.M.A., di ritirare tutti i campioni di liquido seminale ad esso appartenuti, ritenendo che tale facoltà le derivasse dal subingresso, in quanto erede, nel rapporto contrattuale di deposito e crioconservazione stipulato dal marito nonché da un'espressa disposizione testamentaria dello stesso. Orbene, di fronte al rifiuto del centro, la donna si è rivolta al Tribunale, il quale ha ritenuto che – stante la centralità del diritto all'autodeterminazione e la facoltà di espressione, ma anche di revoca, del consenso a qualsiasi trattamento del materiale biologico – la manifestazione della volontà del *de cuius* di affidare alla vedova la disponibilità di questo avesse il duplice effetto di risolvere il contratto con la clinica, privandola del potere di compiere qualsiasi operazione sui gameti, al di fuori dell'unica espressamente autorizzata, e di costituire in capo alla vedova il diritto di entrare in possesso dei gameti stessi. Pertanto, il giudice ha ordinato alla clinica di restituire alla reclamante detto materiale.

Si badi, formalmente oggetto del giudizio non era l'uso dei gameti del *de cuius* ai fini della fecondazione *post mortem* – come, invece, nell'istanza rigettata dallo stesso Tribunale di Roma, con ordinanza del 19 novembre 2018⁶² – bensì la più complessa questione della natura giuridica dei gameti, della natura e titolarità dei diritti di cui essi possono essere oggetto, e delle modalità e dei limiti della loro circolazione⁶³.

Tuttavia, una volta riconosciuta al coniuge superstite la possibilità di ottenere la restituzione dei gameti del defunto, nulla impedisce che il progetto di genitorialità sia realizzato all'estero. L'ipotesi ora prospettata non pare possa dirsi inattuale e residuale. Difatti, recentemente essa si

⁶² Trib. Roma, 19 novembre 2018, in *Foro it.*, 2019, 692 ss.

⁶³ Nell'ipotesi *sub b)* il tema della P.M.A. *post mortem* si arricchisce di spunti di riflessioni. Difatti, esso si intreccia con quello concernente la disciplina giuridica dei gameti, argomento poco approfondito dalla dottrina. In particolare, occorre chiedersi se i gameti e il genoma possano costituire oggetto di atti di disposizione del proprio corpo ammessi *ex art. 5 c.c.* In caso affermativo, si tratterà di verificare se di essi si può disporre mediante testamento o D.A.T. Sul tema, v. E. GIUSTI, *Il lascito testamentario dei gameti. A will of gamets*, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2019, 1279 ss. A. GALASSO, *Biotecnologie ed atti di disposizione del corpo*, in questa *Rivista*, 4, 2001, 911 ss.

è posta all'attenzione della Suprema Corte di Cassazione⁶⁴.

In particolare, la vicenda ha visto protagonista una coppia che aveva deciso di sottoporsi alle tecniche di P.M.A. L'uomo, dopo avere scoperto di essere affetto da una grave malattia terminale, aveva reiterato in forma scritta il proprio consenso, autorizzando la moglie all'utilizzo del proprio seme crioconservato, al fine di ottenere una gravidanza con l'ausilio della fecondazione omologa *post mortem*.

Dopo meno di un anno dalla morte del marito, la donna si era recata in Spagna, al fine di attuare tale programma genitoriale e aveva dato alla luce, in Italia, una bambina. In seguito al rifiuto dell'ufficiale dello Stato civile di iscrivere la paternità della minore nel relativo atto di nascita, essendo decorsi più di trecento giorni dalla morte dell'uomo, la donna – in proprio e nella qualità di genitore esercente la responsabilità genitoriale sulla minore – ha proposto ricorso *ex art. 95 D.P.R. n. 396/2000*.

Orbene, la Corte di Cassazione ha accolto la domanda affermando: «L'art. 8 della l. n. 40 del 2004, 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 P.M.A., 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 altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto; ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre (in applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha ritenuto che nell'atto di nascita alla figlia minore della ricorrente, nata a seguito di inseminazione medicalmente assistita *post mortem*, potesse essere attribuito lo *status* di figlia del marito deceduto)».

Invero, nel caso di specie la Corte non è stata chiamata a stabilire se il defunto fosse il padre biologico della bambina nata da fecondazione *post mortem* né se si possano trascrivere in Italia

⁶⁴ Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000, in *Corr. giur.*, 6, 2020, 748 ss, con nota di D. M. LOCATELLO, *L'attribuzione dello status filiationis al nato da fecondazione omologa eseguita post mortem*; in *Fam. dir.*, 1, 2020, 27 ss, con nota di D. GIUNCHEDI, *La procreazione assistita post mortem tra responsabilità procreativa e favor stabilitatis*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, 2019, 1282 ss, con nota di FACCIOLI, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem*, cit.

gli atti di nascita redatti in uno dei paesi che consentono le tecniche di P.A.R. (*Posthumous assisted reproduction*) né della liceità di dette tecniche.

In definitiva, con la pronuncia *de qua* la Corte si è limitata ad accertare l'illegittimità del rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di iscrivere nell'atto di nascita la paternità del nato da tecniche di procreazione *post mortem*, che l'ordinamento nazionale vieta e non ritiene di dover disciplinare.

c. (segue) Il prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione

Con particolare riferimento al prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione, interessanti spunti di riflessione sono offerti da una pronuncia del Tribunale di Vigevano del 3 giugno 2009⁶⁵.

In particolare, il caso sotteso alla decisione *de qua* trae origine dalla volontà di una donna di generare un figlio – avvalendosi delle tecniche di P.M.A. – mediante l'utilizzazione del liquido seminale asportato al marito, mentre questi si trovava in stato di coma vegetativo.

In seguito al prelievo dei gameti, il genitore dell'uomo, nella qualità di suo tutore provvisorio, ha proposto ricorso al fine di essere autorizzato ad esprimere il consenso – in luogo del figlio e previa ricostruzione della volontà di questo – per l'accesso alla P.M.A. Il Tribunale, tuttavia, alla luce del citato art. 6 non ha accolto l'istanza, stante la mancanza di un libero e soprattutto informato consenso di uno dei futuri genitori.

Orbene, se si sposta lo sguardo verso alcuni ordinamenti stranieri – si pensi al Regno Unito e all'Australia – il preventivo stoccaggio dei gameti non è una condizione imprescindibile per la P.M.A., posto che si ammette il prelievo gametico persino da cadavere⁶⁶.

È evidente, allora, che in questi casi in cui manca del tutto il presupposto del consenso fattuale i problemi della liceità della procreazione *post mortem*, dello *status filiationis* e dei diritti successori del nato divengono ancora più delicati.

⁶⁵ Trib. Vigevano, 3 giugno 2009, in *Dir. fam.*, 2009, 1847 ss.

⁶⁶ G. GIAIMO, *Il consenso inespresso ad esser genitore. Riflessioni comparatistiche*, in *Dir. fam.*, 2, 2011, 855 ss.

9. Il riconoscimento degli atti di nascita formati nei paesi che consentono la P.M.A. *post mortem*. Cenni

Ciò posto – e prima di svolgere alcune considerazioni in tema di *status filiationis* e di diritti successori del nato da P.M.A. *post mortem* – è utile verificare se si possano trascrivere in Italia gli atti di nascita redatti in uno dei paesi che consentono le tecniche di P.A.R.

Come si è accennato, sul punto non si rivengono specifici precedenti giurisprudenziali⁶⁷.

Invero, se si aderisce alla tesi dottrinale che nega l'ammissibilità di ogni forma di procreazione medicalmente assistita dopo la morte di uno dei *partners*, si dovrebbe coerentemente negare anche il riconoscimento degli atti *de quibus*.

Diversamente, aderendo alla tesi più permissiva si potrebbe ammettere, nei predetti casi in cui è reputata lecita la P.M.A. *post mortem*, il riconoscimento dei relativi atti di nascita formati all'estero, proprio al fine di salvaguardare il primario interesse del minore a definire la propria identità come essere umano.

A scardinare una simile opzione interpretativa non sarebbe sufficiente – almeno nelle ipotesi di P.M.A. *post mortem ex latere patris* – richiamare quelle pronunce giurisprudenziali che hanno negato il riconoscimento in Italia di atti di nascita formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione in confronto a genitori dello stesso sesso, i quali abbiano fatto ricorso a tecniche di maternità surrogata⁶⁸.

Difatti, tali pronunce si fondano sul presupposto che «la gestazione per altri offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane⁶⁹», giacché comporta il rischio di sfruttamento della vulnerabilità delle sesse, soprattutto ove versino in situazioni sociali ed economiche disagiate.

Infine, neppure potrebbe cogliere nel segno l'obiezione che il riconoscimento degli atti di nascita in esame si pone in contrasto con il combinato disposto degli artt. 12, co. 6, della l. n. 40/2004 e 18 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 («Regolamento per la revisione e la

⁶⁷ Difatti, Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000 ha dichiarato espressamente di non essere stata chiamata a pronunciarsi sul tema.

⁶⁸ Per un approfondimento del tema, v. G. FERRANDO, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto dei figli due mamme o di due papà ad avere due genitori* (nota a Corte Cost. 9 marzo 2021 n. 32 e n. 33), in *Fam. dir.*, 7, 2021, 704 ss.

⁶⁹ In tal senso, Corte. cost., 18 dicembre 2017, n. 272.

semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, co. 12, della l. 15 maggio 1997, n. 127").

Difatti, la Suprema Corte di Cassazione ha chiarito che il concetto di ordine pubblico, richiamato dal summenzionato art. 18, deve intendersi come il «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria⁷⁰», di guisa tale che «un contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma dai principi fondamentali dell'ordinamento⁷¹».

PARTE III

10. *Status filiationis* e conseguenze successorie per il nato da procreazione *post mortem*

Una volta appurato che la scienza consente la procreazione medicalmente assistita *post mortem* e che nell'attuale società globalizzata non è difficile avervi accesso, occorre interrogarsi sullo *status filiationis* e sui diritti successori del nato da tali tecniche, nei confronti del genitore defunto⁷².

Come è stato condivisibilmente affermato⁷³, l'esame e la soluzione di tali interrogativi dovrebbero prescindere da ogni giudizio di valore, altrimenti il rischio è quello di perdere di vista l'esigenza primaria di tutela del soggetto venuto ad esistenza, ormai persona.

Sia pure in via di *obiter dictum*, la giurisprudenza italiana ha provato a prospettare qualche

⁷⁰ Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. dir.*, 7, 2019, 653 ss, con nota di M. DOGLIOTTI; in *Nuova giur. civ.*, 4, 2019, 741 ss., con nota di U. SALANITRO; in *Corr. giur.*, 10, 2019, 1198 ss., con nota di D. GIUNCHEDI.

⁷¹ I. BARONE, *La trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero da una coppia same sex tra legalità costituzionale e ordine pubblico internazionale*, in *Corr. giur.*, 10, 2018, 1204 ss.

⁷² Interessantissimi spunti di riflessione sul tema sono offerti dagli scritti di RIZZUTI, *Diritto successorio e procreazione assistita*, cit.; *Id. Posthumous assisted reproduction and transnational successions*, in *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, 1, 2019, 65 ss.

⁷³ A. NATALE, *I diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Fam. pers. succ.*, 6, 2009, 523 ss.

soluzione. Si è già detto, infatti, che lo stesso Tribunale di Palermo nel 1999 aveva suggerito un'interpretazione evolutiva degli artt. 234 e 462 c.c., al fine di riconoscere al nato il diritto di ottenere sia lo *status* di figlio del genitore defunto sia il riconoscimento della capacità di succedergli. Si è detto altresì che la Suprema Corte di Cassazione nel 2019 ha ritenuto che l'art. 8 della l. n. 40/2004, recante lo *status* giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, fosse riferibile anche all'ipotesi di fecondazione *post mortem*.

Tuttavia, occorre verificare se simili soluzioni siano condivisibili e se siano applicabili indistintamente a tutte e tre le forme di procreazione *post mortem*, poc' anzi esaminate.

All'uopo, occorre stabilire preliminarmente se le norme contenute nel codice civile – scritte in un contesto in cui la procreazione medicalmente assistita non era forse neanche immaginabile dal legislatore – siano applicabili alle nuove forme di filiazione.

Sul punto, la soluzione prospettabile è triplice⁷⁴: a) applicabilità, in via esclusiva, delle norme contenute nel codice civile; b) applicabilità, in via esclusiva, delle norme contenute nella l. n. 40/2004; c) applicabilità delle norme contenute nella l. n. 40/2004, in concorso, con quelle contenute nel codice civile.

a. (segue) Applicabilità, in via esclusiva, delle norme contenute nel codice civile

In primo luogo, si potrebbe affermare che, regolando la l. n. 40/2004 le modalità di accesso a dei trattamenti sanitari, essa non è idonea ad escludere l'applicazione delle norme del codice civile in tema di genitorialità e di filiazione, destinate ad operare in via esclusiva.

Seguendo tale impostazione, ai fini del riconoscimento dello *status* di figlio del genitore defunto, occorrerebbe avere riguardo all'esistenza o meno del vincolo coniugale tra i genitori e al momento del concepimento⁷⁵.

In particolare, ove la nascita sia avvenuta entro 300 giorni dalla morte del genitore, dovrebbe applicarsi il primo comma dell'art. 232 c.c., a norma del quale «Si presume concepito durante

⁷⁴ FACCIOLI, *La procreazione assistita post mortem tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004*, cit.

⁷⁵ A. MARCHESE, *La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, in *Rivista dir. comp.*, 2, 2018, 210 ss.; PAGLIARO, *L'accertamento dello status del figlio procreato post mortem*, cit.; CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*, cit.

il matrimonio il figlio nato quando non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio».

In altre parole, si assisterebbe ad un'attribuzione *ipso iure* dello *status* di figlio del genitore defunto. Dunque, sotto il profilo successorio si applicherebbero le norme generali a tutela dei discendenti del *de cuius*.

Escludendo tale interpretazione l'applicabilità delle norme contenute nella l. n. 40/2004, essa dovrebbe operare indistintamente per tutte e tre le forme di procreazione medicalmente assistita *post mortem*, praticate su coppie coniugate.

Diversamente, laddove la nascita sia avvenuta oltre i 300 giorni dalla morte del genitore, troverebbero applicazione sia il secondo comma dell'art. 232 c.c.⁷⁶ sia l'art. 234 c.c.⁷⁷

In altre parole, si tratterebbe di dimostrare che il concepimento sia avvenuto in costanza di matrimonio. In tal caso, allora, diventa determinante stabilire cosa si intenda per concepimento. Orbene, secondo la ricostruzione tradizionale, esso coinciderebbe con l'inizio della gravidanza. Poiché in tutti e tre i casi di procreazione *post mortem* la gravidanza ha inizio quando il matrimonio si è ormai sciolto, per morte di uno dei coniugi, ci si troverebbe dinanzi ad un'aporia.

Secondo un'interpretazione più recente, il concepimento coinciderebbe con il momento di formazione dell'embrione umano. Dunque, nel solo caso di impianto *post mortem* di embrioni già fecondati si potrebbe attribuire al nato lo *status* di figlio del genitore defunto, con conseguente riconoscimento dei relativi diritti successori. Diversamente, nei casi di fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati e di prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione, resterebbe la detta aporia.

Dunque, seguendo tale strada, si determinerebbe – come riconosciuto dalla Corte di Cassazione

⁷⁶ Art. 232, co. 2, c.c.: «La presunzione [del comma 1] non opera decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale, o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla data della comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o dei giudizi previsti nel comma precedente».

⁷⁷ Art. 234 c.c.: «Ciascuno dei coniugi e i loro eredi possono provare che il figlio, nato dopo i trecento giorni dall'annullamento, dallo scioglimento o dalla cessazione degli effetti civili del matrimonio, è stato concepito durante il matrimonio. Possono analogamente provare il concepimento durante la convivenza quando il figlio sia nato dopo i trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale, o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla data di comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o dei giudizi previsti nel comma precedente. In ogni caso il figlio può provare di essere stato concepito durante il matrimonio».

nel 2019 – un’irragionevole disparità di trattamento a seconda del tipo di tecnica di P.M.A. e del momento di formazione dell’embrione.

Ulteriore limite di tale ricostruzione risiede nella circostanza che privi di soluzione resterebbero le questioni dello *status filiationis* e dei diritti successori del nato a seguito di tecniche di procreazione medicalmente assistita *post mortem* praticata su coppie conviventi, non potendosi applicare le norme testé citate.

b. (segue) Applicabilità in via esclusiva delle norme contenute nella l. n. 40/2004

In secondo luogo, si potrebbe affermare che la citata l. n. 40/2004, avendo introdotto una nuova forma di filiazione, sia destinata a costituire un sistema normativo autonomo e alternativo rispetto a quello posto dal codice civile.

Seguendo tale impostazione, si dovrebbe coerentemente affermare che lo *status filiationis* trovi il suo fondamento nel *consenso* espresso dai coniugi ovvero dai convenienti ai fini dell’accesso alle tecniche di P.M.A. Del resto l’intero *corpus* normativo della l. n. 40/2004 ruota, come si è detto, attorno al *consenso informato*.

In tal modo, come avvenuto per i figli nati dall’allora vietata P.M.A. eterologa, si applicherebbe l’art. 8, a mente del quale «I nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli [nati nel matrimonio] o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime, ai sensi dell’art. 6»⁷⁸.

Sul piano del diritto successorio, allora, nessuna distinzione sarebbe immaginabile tra i diritti spettanti ai figli nati da un atto naturale di concepimento e a quelli nati attraverso le tecniche di P.M.A.

Tale interpretazione, sarebbe applicabile alle ipotesi di impianto *post mortem* di embrioni già fecondati e di fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati, sia che tali tecniche siano applicate su coppie coniugate sia che siano applicate su coppie conviventi. Diversamente, non sarebbe applicabile all’ipotesi di prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione, mancando il presupposto del consenso libero, informato e reso nell’ambito della procedura di P.M.A.

⁷⁸ Una simile interpretazione sembra essere sottesa alla più volte citata pronuncia della Corte di Cassazione del 2019.

Escludendo tale interpretazione l'applicabilità delle norme contenute nel codice civile, in tale ultima ipotesi di procreazione *post mortem* non troverebbero soluzione i quesiti relativi alla condizione del nato.

c. (segue) Applicabilità delle norme contenute nella l. n. 40/2004, in concorso, con quelle contenute nel codice civile

In terzo luogo, si potrebbe prospettare una soluzione intermedia, combinando ed integrando la disciplina contenuta nella l. n. 40/2004, con quella contenuta nel codice civile⁷⁹.

Tale ricostruzione, allora, consentirebbe di risolvere il problema dello *status filiationis* e dei diritti successori del nato a seguito del prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione, sia praticate su coppie coniugate sia su coppie conviventi.

Difatti, disattivata in tali casi – come si è detto – l'operatività della l. n. 40/2004 e, quindi, del summenzionato art. 8, si potrebbe applicare la disciplina contenuta nel codice civile. Dunque, si potrebbe immaginare che si venga a configurare un'ipotesi di filiazione non riconoscibile⁸⁰. Categoria che neanche la l. n. 219/2012 ha completamente espunto del sistema nazionale. Dunque, ai figli nati da tale tecnica di P.M.A. *post mortem*, sul piano del diritto successorio potrebbero essere riconosciuti i limitati diritti di cui agli artt. 580 e 594 c.c.⁸¹

In tal caso, la disparità di trattamento non sarebbe irragionevole – a differenza della fattispecie esaminata *sub a)* – giacché sarebbe giustificata dalla circostanza che si è in presenza di situazioni differenti⁸².

Piuttosto, in un simile caso più che nei precedenti, si potrebbe essere suggestionati dal voler riconoscere una qualche forma di risarcimento del danno al nato nei confronti del genitore superstite – non solo e non tanto per essere stato messo al mondo orfano dell'altro genitore – ma per essere stato generato in condizione di non poter essere riconosciuto.

⁷⁹ FAVILLI, *Fecondazione post mortem e attribuzione dello stato di figlio*, cit.; BARONE, *Procreazione post mortem e status filiationis*, cit.

⁸⁰ Stante l'affermata centralità del consenso informato, in simili ipotesi si tratterebbe di tutelare il diritto personalissimo dell'individuo al rifiuto di procreare, ricavabile dagli artt. 2, 29, 30, 31 Cost.

⁸¹ Invero, è ormai pressoché pacifico che tali disposizioni si applichino a tutte le categorie di figli non riconoscibili e non solo a quelli cd. incestuosi. V. G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, 5, I, Torino, 1997, 464 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 2ª ed., vol. II, Milano, 2002, 308 ss.

⁸² A parere di chi scrive tale ricostruzione risulta decisamente preferibile, in funzione della effettività della tutela del diritto della persona umana alla propria identità.

Ebbene, il presunto danno da *wrongful life* resta una mera suggestione giacché è inconcepibile che ci si possa lamentare di essere venuti al mondo, laddove l'unica alternativa possibile era quella dell'inesistenza.

11. Conclusioni

In conclusione, può dirsi che dall'analisi condotta sin qui è emerso che la lenta riscrittura della l. n. 40/2004 ad opera della Corte Costituzionale si fonda su una progressiva valorizzazione del principio di autodeterminazione della persona in ordine alle scelte procreative.

Ciononostante, continuano ad essere vietate, tra le altre, le tecniche di procreazione *post mortem*, intendendosi con tale locuzione tre distinte ed autonome fattispecie: a) l'impianto *post mortem* di embrioni già fecondati; b) la fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati; c) il prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione.

Tuttavia, la circostanza che in Italia sia preclusa la possibilità di generare prole mediante processi di laboratorio realizzati dopo il decesso di uno dei *partner*, non esclude che i cittadini italiani vi abbiano accesso in altri Stati, come ad esempio in Spagna o in Grecia nonché in Australia o nel Regno Unito. Non a caso, il problema si sta ponendo sempre più insistentemente all'attenzione di alcuni giudici di merito e, in tempi recentissimi, anche di legittimità. Dall'analisi di tali pronunce è emersa la tendenza ad una progressiva valorizzazione dell'interesse dell'embrione alla vita e del diritto alla maternità della donna, ritenuti prevalenti rispetto al principio di bigenitorialità.

In assenza di una specifica presa di posizione da parte del legislatore, i dubbi concernenti la condizione giuridica del nato a seguito di P.M.A. *post mortem* potrebbero essere superati mediante l'applicazione delle norme contenute nella l. n. 40/2004 e, solo in via sussidiaria, nel codice civile.

In particolare, nei casi di procreazione *post mortem sub specie* dell'impianto *post mortem* di embrioni già fecondati e di fecondazione *post mortem* di gameti già prelevati, sia che tali tecniche siano applicate su coppie coniugate sia che siano applicate su coppie conviventi, potrebbe riconoscersi al nato lo *status* di figlio del genitore defunto, con conseguente riconoscimento dei relativi diritti successori. Orbene, il fondamento di tale interpretazione andrebbe rinvenuto negli artt. 6 e 8 della l. n. 40/2004 e, quindi, nel *consenso informato*

all'accesso alle tecniche di P.M.A.

Diversamente, nell'ipotesi di prelievo *post mortem* di gameti ai fini della fecondazione, mancando il presupposto del consenso libero, informato e reso nell'ambito della procedura di P.M.A., la questione relativa allo *status* del figlio andrebbe risolta applicando le norme contenute nel codice civile, con il conseguente configurarsi di un'ipotesi di filiazione non riconoscibile, cui sono attribuiti – sul piano successorio – i limitati diritti di cui agli artt. 580 e 594 c.c.

Tale soluzione – apparentemente radicata nel sistema normativo attualmente vigente – non dovrebbe far gridare allo scandalo, essendo costituzionalmente previsto che a fattispecie diverse vada riservato un trattamento diverso.