

La fecondazione *post mortem*: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto? *

Alberto Marchese

SOMMARIO: 1. Premessa: sull'esistenza di un limite giuridico alla procreazione umana – 2. Applicazioni pratiche delle tecniche di fecondazione *post mortem*. – 3. Alcuni spunti di riflessione sulle “ricadute civilistiche” della fecondazione *post mortem* – 4. Conclusione: stato dell'arte e nuove problematiche operazionali.

1. Premessa: sull'esistenza di un limite giuridico alla procreazione umana

Scriveva Pavel Florenskij¹ – filosofo, teologo e scienziato russo dei primi Novecento – che “vi è un confine del visibile” e, aggiungerei io, vi è, poi, una linea dell'orizzonte ipotetico ed è estremamente difficile scegliere quale considerare il traguardo; specialmente per chi è convinto che un traguardo (da raggiungere o verso il quale tendere) comunque non esista.

Il tema della fecondazione assistita² (omologa ed eterologa³), analizzabile sotto una triplice prospettiva (medica, bioetica e giuridica), ingloba in sé numerosi e non risolti interrogativi.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ Cfr. N. Valentini, *Pavel A. Florenskij*, “Collana Novecento Teologico” diretta da G. Canobbio, Brescia, 2004, p. 65.

² Sul punto v., tra i molti contributi, M. Iacometti, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. Casonato - T.E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, p. 55; G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, p. 126.

³ Da qualificarsi, secondo una terminologia più corretta e coerente con l'effettiva tecnica impiantistica, “donazione di gameti”.

Non domande senza risposta ma domande che si aprono a più risposte possibili; dove le scelte dei singoli non sempre riescono a trovare un punto di equilibrio accettabile (ed accettato).

È questa, a mio avviso, l'evoluzione (sociale e normativa) di un procedimento asintotico, che mira a raggiungere un obiettivo collocato sulla linea di un orizzonte mobile che progressivamente si allontana⁴.

Esiste, tra etica, scienza e diritto un rapporto di implicita distinzione, poiché ciascuna branca del sapere possiede peculiarità sue proprie; non vi è, tuttavia, una rigida separazione, piuttosto, si delinea tra esse, un mutuo rapporto di reciproca implicazione nel senso che la scienza e l'etica, con modalità e intensità differenti, riescono a orientare la costruzione teorica del diritto esplicitandone i contenuti indefettibili e influenzandone la stessa applicazione pratica. In genere, il diritto dal canto suo organizza e disciplina la realtà contingente e concorre, per questa via, all'attualizzazione dei postulati etici e di quelli scientifici; ciò è tanto più visibile in un settore come quello del diritto alla procreazione dove entrano in gioco problematiche di varia natura, che non sarebbero nemmeno astrattamente comprensibili (oltre che, eventualmente, risolvibili) se non attraverso la feconda mediazione degli orientamenti etici e scientifici più accreditati.

Sotto questo profilo, potremmo dire che la fecondazione *post mortem* – ovvero la possibilità di fecondare *in vitro* (o *in vivo*) l'utero di una donna con il seme del *partner* deceduto oppure di impiantare, nell'ovulo crio-conservato di una donna deceduta, il seme del marito per poi procedere alla *surrogacy* – sia nient'altro che l'ultimo capitolo,

⁴ Spunti di riflessione alquanto suggestivi in S. Pajno, *Giudizi morali e pluralismo dell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, 2013; S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015; O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, p. 481 ss.; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. Rodotà – M. Tallacchini (a cura di) *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, p. 231 ss.

per alcuni il più “innaturale” e addirittura “contro natura”, della cosiddetta “rivoluzione procreativa”⁵.

Tuttavia, con buona pace di ogni pseudo giusnaturalismo (attualizzato o ridondante) è questo uno schema ermeneutico del tutto fallace e fuorviante.

Storicamente basterebbe ricordare che la stessa idea sottesa alla crio-conservazione dei gameti maschili fu quella di consentire ai soldati della Seconda Guerra Mondiale⁶ di inviare il loro seme alla moglie, la quale avrebbe potuto essere fecondata in caso di sopraggiunta morte del marito.

È evidente, allora, che l’idea della fecondazione *post mortem* – sia pure in questa forma intuitiva e prodromica – precede e, di fatto, anticipa l’idea stessa di “rivoluzione procreativa”; sicché viene da subito in rilievo l’estrema difficoltà di marginalizzare una metodica che è alla base delle più moderne tecniche riproduttive e che consente di superare le annose questioni in tema di fertilità e sterilità.

A rigore di logica, non può discorrersi di fecondazione *post mortem* se non all’interno di un contesto culturale, sociale, giuridico e biomedicale profondamente distonico rispetto a quello del passato.

Lo stretto legame tra sessualità e riproduzione è oramai reso più labile proprio per l’esistenza delle tecniche di fecondazione assistita, e il nostro ragionamento non può appiattirsi nell’analisi esteriore del rapporto genitoriale basato sul vincolo di sangue, attesa l’enorme *vis expansiva* del concetto di affettività⁷; idea, quest’ultima portata alla

⁵ Sul concetto di rivoluzione procreativa si vedano le acute riflessioni di G. Berlinguer, *Bioetica quotidiana e bioetica di frontiera*, in A. Di Meo - C. Mancina (a cura di), *Bioetica*, Bari, 1999, p. 1-352.

⁶ Sul punto, cfr. R. Russo, *Storia della fecondazione artificiale*, in Id., *Dalla fecondazione artificiale alla procreazione medicalmente assistita*, in www.accademia-lancisana.it.

⁷ Al riguardo si veda C. Mazzù, *La famiglia degli affetti*, in Id., *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, Torino, I, 2011, p. 11 ss., ove l’A., rimarcando il ruolo interpretativo-sostitutivo svolto dalla giurisprudenza, ed in particolare da quella della Corte costituzionale, precisa che «la lettura delle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale denuncia un’evidente condizione di disagio della giurisprudenza ordinaria. Essa sente di operare lungo la faglia delle relazioni contraddittorie esistenti nell’ambito della famiglia moderna; avverte il bisogno di ridisegnare i contorni e le regole di sviluppo; vede deperire il modello preesistente ed intuisce il bisogno di quello nuovo; chiede l’avallo autorevole della Corte, per sanzionare il

ribalta dalle recenti riforme della filiazione e, in particolare, dall'epocale passaggio dalla "potestà" alla "responsabilità" genitoriale sancito dal d.lgs. 154/2013 e dal consolidato riconoscimento del concetto di maternità sociale⁸.

In senso critico rispetto alla possibilità di una fecondazione *post mortem* vi sarebbe il principio d'inscindibilità del momento unitivo da quello procreativo, base e fondamento dell'*ethos* matrimoniale, oltre all'osservazione, invero abbastanza scontata, che, così facendo, si darebbe vita a forme di famiglie mono-genitoriali, privando i nascituri della possibilità di godere dell'amore dell'altro genitore; ed ancora, gli stessi artt. 29 e 30 Cost. che patrocinerebbero, secondo una certa lettura, la rilevanza costituzionale del diritto del figlio ad essere istruito, educato e mantenuto da (entrambi) i propri genitori. In tal senso, gli accordi tra più soggetti volti a realizzare la fecondazione artificiale dopo la morte del marito andrebbero considerati illeciti, in quanto, per definizione, il nascituro sarebbe *ab origine* privo della figura paterna.

Specularmente, invece, l'esaltazione del principio di libertà consentirebbe qualsiasi forma di procreazione indotta.

Rimangono, ovviamente, in disparte altre molteplici questioni che, giocoforza, vengono ricomprese nella domanda di fecondazione *post mortem*, quali, a titolo meramente indicativo, quella del "diritto di procreare"⁹ da intendersi come diritto fondamentale dell'individuo"

superamento del dato normativo attuale. Dal confronto tra le motivazioni delle ordinanze di rimessione e delle decisioni della Corte costituzionale si coglie l'intensità del conflitto tra visioni diverse della famiglia, la denuncia di ritardi culturali e politici, il pericolo di fughe in avanti, la coscienza della delicatezza della materia trattata. Su tutto domina l'esigenza di tradurre in regola il bisogno di riconciliare tendenze reali e formule legali, di selezionare i bisogni dei singoli componenti, per garantire l'equilibrio dell'assetto comunitario».

⁸ In argomento, per alcuni riferimenti pertinenti anche al tema della fecondazione assistita, cfr., E. Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Rass. for.*, 2014, p. 291 ss. Sulla definizione di "maternità sociale" e di "rilevanza sociale" della procreazione cfr. Aa. Vv., *La fecondazione assistita. Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica*, in www.bioetica.governo.it.

⁹ Appare necessario, a tal proposito, riportare alcuni passaggi dell'articolato normativo della l. 40/2004 che all'art. 5, co. 1, dispone: «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenti di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»; e,

ma che deve essere, tuttavia, “bilanciato” e, dunque, temperato con altri diritti ugualmente fondamentali della persona; o quella relativa alla definizione dello statuto ontologico, etico e giuridico dell’embrione crio-conservato.

2. Applicazioni pratiche delle tecniche di fecondazione post mortem

Scivolando dal piano dei postulati teorici a quello delle applicazioni pratiche, emblematico è il caso deciso dal tribunale di Bologna, con ordinanza del 16 Gennaio 2015, avente ad oggetto l’accoglimento del reclamo di una cinquantenne di Ferrara la quale chiedeva fossero impiantati nel suo utero embrioni crio-conservati, che erano stati prodotti nel 1996 – dunque prima della legge 40 del 2004 – con gli spermatozoi del marito (morto nel 2011)¹⁰.

ancora, all’art. 12, co. 2: «chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell’articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro»; e, al co. 9: «è disposta la sospensione da uno a tre anni dall’esercizio professionale nei confronti dell’esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo». È evidente, dunque, che non solo la fecondazione *post mortem* sia risolutamente vietata, ma anche puniti coloro che si propongono di portare avanti tale prassi biomedicale.

¹⁰ La coppia, infatti, nel 1996 si era sottoposta ad una fecondazione assistita, ma l’impianto non ebbe successo. Per tale ragione otto embrioni non impiantati furono congelati con il consenso della coppia. Dopo la morte del marito, la moglie ne chiese l’impianto e, nonostante il nulla osta del Comitato di Bioetica del Policlinico del capoluogo emiliano, la direzione lo vietò per un’interpretazione della legge 40, secondo cui entrambi i genitori avrebbero dovuto essere in vita. Nel febbraio 2013 vi fu un ricorso in via d’urgenza, ma presto arrivò il rigetto del tribunale; infine, dopo quattro anni di battaglie legali, il reclamo viene accolto dal collegio della prima sezione civile nel dicembre 2014. Il Collegio, riferendosi alla l. 40/2004 che vieta la crio-conservazione (eccetto il caso in cui la donna, dopo la fecondazione dell’ovocita, non possa procedere all’impianto per motivi di salute), ma regola con Linee guida le procedure di fecondazione intraprese prima della sua entrata in vigore – come nel caso in oggetto –, accolse il ricorso sulla base dell’assunto che la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento, eccetto nel caso di embrioni abbandonati. Oltre a ciò l’ordinanza tenne conto di una conferma della volontà della coppia di conservare ancora gli embrioni congelati, risalente al

Non è, invero, questo né il primo né l'ultimo caso di fecondazione *post mortem*: il *leading case* italiano risale al 1999, quando il Tribunale di Palermo¹¹ emise un provvedimento d'urgenza con cui autorizzava il Centro di Fecondazione assistita del noto ginecologo Ettore Cittadini ad impiantare gli embrioni nell'utero di

2010, che, seppur non può essere considerata un valido consenso, costituisce una manifestazione di volontà idonea ad escludere quella di abbandonare gli embrioni. Sulla base di tali considerazioni i giudici di Bologna stabilirono che, considerata l'età della donna, la probabilità non troppo elevata della fecondazione assistita e le maggiori difficoltà proporzionate all'avanzare dell'età, fosse necessario provvedere in via d'urgenza, non potendo la cinquantenne attendere il normale procedimento civile ordinario, data la sua lunga durata. Ad avviso del Tribunale la questione posta dalla domanda era, infatti, estremamente delicata. Non si rinvenivano, nell'esperienza italiana, precedenti in termini e quelli menzionati dalle parti non erano esattamente sovrapponibili al caso concreto (la vicenda esaminata da Trib. Bologna, ord. 9 maggio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, p. 614 ss., rifletteva in realtà un contrasto tra la donna e l'uomo, coniugi separati), se non altro perché risalenti ad un periodo anteriore all'entrata in vigore della l. 40/2004 (v. appunto, in tema di impianto di embrione dopo la morte del marito, Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1653, *Fam. dir.*, 1999, p. 52 e p. 384, *Dir. fam. pers.*, 1999, I, p. 226 e p. 1175, *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 221: la morte del marito era sopravvenuta nel corso dell'applicazione della tecnica, dopo l'impianto del primo dei tre embrioni prodotti - e crioconservati per essere impiantati uno dopo l'altro fino alla gravidanza - e durante il termine di attesa necessario ad eseguire il secondo trasferimento). Nel caso di specie, non si discuteva propriamente della possibilità per la donna di chiedere l'impianto dell'embrione qualora nel corso dell'applicazione delle tecniche di p.m.a. fosse intervenuta la morte del marito o del compagno (sul punto parte della dottrina si è espressa favorevolmente) e dunque se fosse necessaria o meno la permanenza in vita di entrambi i membri della coppia non solo al momento del ricorso alla p.m.a. ma anche "in ogni fase" di applicazione delle tecniche. Piuttosto, si trattava di stabilire se la domanda della moglie, proposta dopo la morte del marito e a distanza di sedici anni da un precedente trattamento rispondesse alle finalità, e dunque rientrasse nell'ambito di applicazione, della l. 40/2004.

¹¹ Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 226 ss., con notazioni di A. Miranda, "Tragic choice" in Italy: brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita e G. Giaimo, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*; per ulteriori approfondimenti, cfr., A. Martini, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, p. 225 ss.; E. Quadri, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, in Aa. Vv., *La procreazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, p. 57 s.; P. Perlingieri, F. Prospero, *Famiglia e rapporti parentali*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2012, p. 890 ss.

una donna rimasta vedova a seguito di un infarto del marito, prodotti anni prima attraverso la PMA.

Particolarmente delicato è il tema del consenso che si presume esistente ogni qual volta il marito deceda dopo aver volontariamente intrapreso l'*iter* medico finalizzato alla procreazione assistita¹².

Si ritiene, infatti, che il consenso di entrambi i genitori si palesi proprio nel momento in cui la coppia decida di congelare i propri embrioni. Cosicché nell'ipotesi di embrioni crio-conservati ottenuti con consenso di entrambi i componenti della coppia, di cui uno successivamente deceduto, non vi sarebbe limite alla esplicazione del diritto della donna ad ottenere il trasferimento degli embrioni stessi.

L'interpretazione giudiziale poggia, in tali casi, sulla considerazione per la quale gli embrioni crio-conservati sono sempre della coppia fino al momento in cui quest'ultima decida di abbandonarli; e, in secondo luogo, sul fatto che in base al DM del 2004 la donna può chiedere sempre il trasferimento in utero degli embrioni.

Per di più, nelle ipotesi citate, non è stata la fecondazione dell'ovulo ad essersi verificata dopo la morte del coniuge, ma l'impianto dell'embrione in utero. La circostanza che vi fossero degli

¹² I requisiti soggettivi fissati dall'art. 5 della l. 40/2004 per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita si riassumono nell'essere i richiedenti una coppia formata da persone maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi. Con riferimento all'esistenza in vita di entrambi i *partners*, è opportuno notare che l'art. 5 si riferisce all'accesso alle tecniche di procreazione assistita, che coincide con l'informativa ed il consenso di cui all'art. 6, revocabile, ai sensi del terzo comma, solo fino alla fecondazione dell'embrione. Da tali disposizioni si fa derivare la liceità del trasferimento in utero richiesto dalla donna dopo la morte o la perdita di coscienza del *partner*, a garanzia del diritto dell'embrione alla vita, sebbene l'ipotesi sia estranea all'impianto originario della legge, che escludeva la crioconservazione dell'embrione, salvi i casi di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, non prevedibile al momento della fecondazione, *ex art.* 14, terzo comma. Deve, comunque, sussistere il consenso originario, escludendosi il prelievo di liquido seminale da soggetto in stato di incoscienza o deceduto, che non abbia espresso la volontà di accedere, con la propria *partner*, all'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita. Sul punto, cfr. E. Moscati, *Questioni vecchie e nuove in tema di capacità a succedere e di indegnità*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006, p. 648 ss.; F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, II, p. 168 ss.

embrioni già formati avvalorerebbe l'idea che si fosse già del tutto consumato, a favore di una scelta *pro vita*, lo *spatium deliberandi* dei due coniugi.

Analoghe ragioni stanno alla base del consenso prestatato dal Tribunale di Messina all'utilizzo del cognome paterno (e, dunque, al riconoscimento postumo di paternità) in favore di una bambina nata nel luglio del 2015 dopo svariati tentativi d'inseminazione artificiale (effettuati in Grecia, a Salonicco) e a distanza di diverso tempo dalla morte del padre biologico, atteso che quest'ultimo, prima di morire, aveva, con un documento autografo, autorizzato la moglie ad utilizzare il suo sperma per cercare di avere un bambino.

3. Alcuni spunti di riflessione sulle "ricadute civilistiche" della fecondazione post mortem

Sotto differente ma collegato profilo, le tecniche di procreazione medicalmente assistita volte alla possibilità di una fecondazione artificiale *post mortem* rappresentano – dal punto di vista dell'osservatore giuridico – una moderna "breccia di Porta Pia" nella cittadella fortificata del diritto di famiglia.

Le metodiche operazionali – sviluppate nell'ambito delle scienze biologiche e di quelle mediche – consentono oggi, con relativa facilità, la nascita di figli in assenza di un rapporto sessuale che coinvolga i futuri genitori; così come la possibilità di dar vita ad embrioni impiantabili in utero ma provenienti da gameti conservati per svariati anni; ovvero di embrioni (già formati e) crio-conservati allocabili anche dopo la morte (di uno) dei (o di entrambi i) soggetti titolari.

Il punto focale su cui merita, fin da subito, di essere rivolta l'attenzione è quello della liceità del ricorso alle tecniche di PMA anche là dove quest'ultime superino vistosamente il confine segnato dalla conclusione della vita umana. La questione è più giuridica che medica atteso che dal punto di vista tecnico-scientifico non si ravvisano ostacoli insormontabili a portare a termine l'intervento procreativo anche dopo la morte di uno dei soggetti che ha consentito, attraverso la dazione del proprio gamete, una siffatta operazione.

Si discute, dunque, della liceità o meno di tali interventi alla luce dei consueti parametri della conformità alla legge e della non

contrarietà rispetto ai principi dell'ordine pubblico e del buon costume.

L'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi piani di interessi coinvolti, nel rispetto del superiore principio della dignità umana, appartiene, ovviamente, all'ambito valutativo del legislatore e, in assenza di una normativa organica, al giudice quale supremo garante dello stesso ordinamento.

L'assolutezza del diritto di procreare, quale diritto fondamentale dell'individuo, non giustifica alcuna esenzione rispetto al *großes Problem* del suo temperamento con altri diritti (ugualmente) fondamentali della persona umana, reclamando, *a contrario*, una tutela *ad hoc* che, nell'ambito della procreazione artificiale, non può che tradursi in un intervento volto alla razionalizzazione ed all'equo temperamento tra gli interessi dei genitori e quelli del figlio nascituro.

Dal punto di vista interpretativo le maggiori difficoltà si riscontrano, *ab initio*, sulla qualificazione stessa di cosa debba intendersi per embrione umano¹³ conservato *in vitro* o congelato,

¹³ È questa, sotto molteplici profili, l'annosa questione della qualificazione giuridica dell'embrione che, *ex art. 6, par. 2, lett. c)*, della direttiva 98/44/CE può consistere in qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione ovvero qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura ovvero ancora qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi. La stessa Corte di Giustizia, nella ormai celebre sentenza *Brüstle c. Greenpeace* rimette ai giudici nazionali la decisione ultima riguardo alla definizione di embrione, purché detti giudici possano stabilire, in considerazione degli ultimi sviluppi scientifici, "se una cellula umana ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti costituisca un "embrione umano" ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva 98/44": compito sicuramente assai problematico, in considerazione del fatto che, là dove la risposta possa darla solo la scienza, non sembra che possano residuare altri margini di apprezzamento discrezionale a beneficio dei giudici. Da ultimo va comunque ricordata la successiva sentenza *International Stem Cell Corporation c. Comptroller Generale of Patents, Designs and Trade Marks*, nella cui motivazione la nozione di "embrione" viene ancorata non solo all'attitudine ad iniziare un processo di sviluppo di una (futura) persona umana ma anche a quella di portarlo a termine in via conclusiva. Sul punto cfr. L. Melina, *Questioni epistemologiche relative allo statuto dell'embrione umano*, in Aa. Vv., *Identità e statuto dell'embrione umano*, Città del Vaticano, 1998, p. 81 ss.; E. Sgreccia, *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, Edizioni Vita e Pensiero, Milano, 1999; N.M. Ford, *When did I begin? Conception of the human individual in history, philosophy and science*, Cambridge,

essendo, tale embrione, un'entità incapace di svilupparsi e vivere di vita propria.

E così, la distinzione – fattuale, prima ancora che giuridica – tra embrione e feto (prodotto, quest'ultimo, dell'avvenuto concepimento e del decorso *sine obstaculis* di tre mesi di gestazione) si ricollega al tema della possibile sperimentazione scientifica intra-embrionale e della tutela (della salute) del concepito nel periodo prenatale.

Dovendosi riconoscere agli embrioni gli stessi diritti fondamentali della persona, essi potranno essere sottoposti solo a quelle tipologie di trattamenti e sperimentazioni totalmente compatibili con un essere umano già formato; e risulterà, dunque, illecita non solo la loro sperimentazione (e successiva commercializzazione) per fini industriali ma anche ogni ulteriore attività che comunque presupponga o produca quale conseguenza la distruzione dell'embrione (c.d. embrionicidio)¹⁴, e ciò

1988; Cfr. anche R. McCormick, *Who or what is the preembryo?*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 1991, 1, p. 1 ss.

¹⁴ Sul punto cfr. Corte cost., sent. n. 229 del 2015 ove la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, che contempla i limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni, nella parte in cui vieta la crioconservazione e la soppressione di embrioni e prevede la reclusione fino a sei mesi e multe fino a 150 mila euro per chi commette reato (co. 1 e 6). Per i giudici la malformazione degli embrioni non ne giustifica, e solo per questo, un trattamento peggiore rispetto a quello degli embrioni sani creati in numero superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto e si prospetta, quindi, «l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione». «L'embrione, infatti – scrivono i giudici della Corte Costituzionale – quale che ne sia il più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico». È interessante ripercorrere sinteticamente l'iter argomentativo seguito dalla Consulta: 1) la discrezionalità legislativa circa l'individuazione delle condotte penalmente punibili può essere censurata in sede di giudizio di costituzionalità soltanto ove il suo esercizio ne rappresenti un uso distorto od arbitrario, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza; 2) nel caso in esame, deve escludersi che risulti, per tali profili, censurabile la scelta del legislatore del 2004 di vietare e sanzionare penalmente la condotta di «soppressione di embrioni», ove pur riferita agli embrioni che, in esito a diagnosi pre-impianto, risultino affetti da grave malattia genetica; 3) anche con riguardo a detti embrioni, si prospetta, infatti, l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione; 4) l'embrione, invero, quale che ne sia il più o meno

indipendentemente dal fatto che vi sia, nel nostro ordinamento, una espressa comminatoria di matrice penalistica in tal senso¹⁵.

Diversamente opinando, invece, sul presupposto che la capacità giuridica si acquista soltanto al momento della nascita, potrebbe negarsi in capo al concepito la titolarità di interessi da tutelare in via autonoma, ivi inclusi i diritti alla vita, all'integrità fisica e alla salute.

Ma questa è un'opinione errata, in quanto il nascituro – in ogni stadio della gestazione – è un'entità alla quale fa capo un interesse

ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico; 5) la tutela dell'embrione, riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost., è suscettibile di «affievolimento» (al pari della tutela del concepito), ma solo in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale (come il diritto alla salute della donna) che, in temine di bilanciamento risultino, di volta in volta, prevalenti; 6) nella fattispecie in esame, il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova, però, giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista; 7) d'altra parte, il divieto di soppressione dell'embrione malformato non ne comporta l'impianto coattivo nell'utero della gestante, come il rimettente, invece, presupponeva.

¹⁵ Per ulteriori riferimenti cfr. G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 547 ss., in cui l'A., partendo dal concetto di “dannosità sociale” quale parametro utile per l'individuazione di beni giuridici penalmente rilevanti, afferma che «dannoso socialmente, e dunque incriminabile, sarebbe invece soltanto un comportamento che cagiona un provabile danno ad altri, ovvero, con formulazione concettuale sostanzialmente equivalente, un comportamento che lede beni giuridici concreti, cioè costituiti da entità tangibili, afferrabili [...] [cosicché] suscettibili di subire un danno concreto, empiricamente accertabile con sufficiente precisione quale effetto causale di singole condotte criminose, sarebbero pur sempre i tradizionali beni giuridici individuali quali vita, integrità fisica, libertà personale e sessuale, patrimonio e pochissimi altri». In definitiva, è legittima anche l'incriminazione di fatti che mettano in mero pericolo o che ledano beni immateriali come la libertà, l'onore e l'intangibilità sessuale, oppure condizioni di sicurezza della collettività e dei singoli, o la pace sociale. Occorre però che tali beni, così apparentemente generici, siano concretizzati in situazioni afferrabili e controllabili criticamente, anche in vista di una gestione giurisprudenziale coerente e non arbitraria. Ulteriori riferimenti sul punto in Id., *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 343; A. Manna, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il cd. "paternalismo penale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1640 ss. che, in tal senso, evoca il rispetto del principio di laicità; e ancora, per una riflessione di carattere più generale, R. Dworkin, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2006, p. 28 ss.; L. Riscato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008.

protetto, in quanto persona e soggetto giuridico *in fieri*: essa è punto di riferimento di un'aspettativa che va tutelata in funzione della conservazione delle *chances* di avveramento della condizione sospensiva della nascita, alla quale è subordinato l'acquisto della capacità giuridica.

Si tratta di una “*soggettività contingente*”,¹⁶ esistente nella fase della transizione da ovulo fecondato a bambino partorito, attribuita in funzione della protezione di questa *spes vitae*, affinché la situazione di fatto (concepimento), prodromica all'acquisto della capacità giuridica e sottoposta alla condizione sospensiva della nascita passi dalla fase della rilevanza a quella dell'efficacia. In altri termini, la natura squisitamente conservativa dell'aspettativa, che assume la scelta di utilizzare l'ovulo fecondato, la colloca nell'alveo dell'attività legittima e coerente con la finalità primaria di consentire il passaggio dalla potenzialità all'attualità di vita e, quindi, dalla mera rilevanza alla piena efficacia della fattispecie.¹⁷

Dal punto di vista tecnico, nelle procedure di fecondazione *in vitro* vengono asportati e fecondati più ovociti crio-conservando gli zigoti in eccesso che potranno essere utilizzati nel caso di eventuale fallimento del primo o secondo impianto¹⁸. Ciò comporta che, in molti casi, una volta iniziata la gravidanza residuano un certo numero di embrioni. Si avrebbe, in tal caso, un divieto di soppressione che viene

¹⁶ Per l'esatta portata di questa endiadi, da utilizzare in chiave strumentale, cfr. C. Mazzù, *La soggettività contingente*, relazione del 15 marzo 2012 al VII Congresso giuridico-forense, in www.comparazionedirittocivile.it

¹⁷ Per una ricostruzione accurata del tema della soggettività giuridica e del soggetto come fattispecie non può prescindere da una lettura, necessariamente ricontestualizzata, delle pagine di A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. IV-204, ove l'A. segnala, con lucida consapevolezza, la centralità dell'elemento soggettivo nell'analisi di qualsivoglia accadimento giuridicamente rilevante postulando altresì un principio di «simultanea e reciproca interferenza» tra fatto e soggetto nell'evoluzione dei singoli fenomeni giuridici. Per la distinzione tra rilevanza ed efficacia, cfr., ancora, Id., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Napoli, 1941, rist. 1999, p. 21 ss.; Id., voce “Efficacia giuridica”, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1992, p. 502 ss.

¹⁸ Cfr. A. Bellelli, *Procreazione medicalmente assistita e situazioni soggettive coinvolte*, Roma, 2009, p. 22; G. Villanacci, *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Napoli, 2006, p. 125; F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 16 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 93; G. Di Rosa, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013, p. 40 ss.

ad essere desunto direttamente dalla normazione primaria di rango costituzionale in tema di diritti fondamentali quali quello alla salute e alla vita del nascituro, e il cui implicito richiamo normativo sarebbe quello dell'art. 1 della l. 22 maggio 1978, n. 194, sull'interruzione volontaria della gravidanza secondo cui: «lo Stato tutela la vita umana fin dal suo inizio»¹⁹.

La disposizione citata, riconoscendo una forte matrice valoriale alla maternità e proteggendo, al tempo stesso, il diritto alla libertà di procreazione, consente l'interruzione volontaria della gravidanza nei primi novanta giorni di gestazione, allorché la gravidanza stessa, il successivo parto o la prospettiva della maternità possano arrecare un serio pericolo (di danno) alla salute psico-fisica della donna, in relazione alla sua precedente condizione di salute e/o socio-economica.

Ovviamente, anche in tali ipotesi, in assenza di una legge che tuteli gli embrioni crio-conservati l'intervento normativo risulta indispensabile al fine di offrire una tutela concreta al concepito.

Secondo alcune proposte di integrazione, dovrebbe attribuirsi direttamente alla donna, o alla coppia che, in base al proprio progetto procreativo, ha contribuito alla creazione del corredo genetico embrionale, la possibilità di decidere sulle modalità di conservazione e successiva destinazione dello stesso.

In tal caso, la crio-conservazione degli embrioni sarebbe consentita solo per un periodo massimo decorso il quale sarebbe possibile chiederne la distruzione o l'etero-utilizzazione (l'utilizzo cioè a favore di altra donna con difficoltà procreative, assicurando in tal caso la massima riservatezza sull'identità di tutti gli interessati e

¹⁹ Sul punto si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1985 in www.giurcost.it. Ancora, le notazioni di E. Dolcini, *Embrioni nel numero "strettamente necessari": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 951 ss., spec. p. 959, ove l'A. sottolinea i due principali effetti della sentenza additiva sulla disposizione: «le ragioni relative alla salute della donna che possono suggerire al medico di non trasferire alcuni embrioni possono essere anche ragioni non imprevedibili al momento della fecondazione; ragioni relative alla salute della donna potranno escludere anche definitivamente, a giudizio del medico, il trasferimento degli embrioni»; Id., *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1675.

perdendo ogni diritto in ordine agli stessi); o, quale ultima possibilità, autorizzarne l'utilizzo per fini scientifici presso strutture pubbliche e previo parere di un'apposita commissione ministeriale.

Ulteriore alternativa è quella che vorrebbe riconoscere alla coppia di coniugi che ha contribuito alla creazione *in vitro* dell'embrione il diritto di richiederne l'impianto, sempre entro e non oltre il consueto termine biennale, decorso inutilmente il quale l'embrione verrebbe considerato in "stato di adottabilità", divenendo così il successivo nato figlio legittimo della coppia accogliente (*rectius*, adottante). Soluzione, quest'ultima, allo stato non praticabile atteso che per procedere all'adozione di un minore è, ad oggi, richiesta una esplicita dichiarazione di abbandono morale e materiale.

De jure condendo, per consentire una vera e propria adozione "pre-nascita", sarebbe quantomeno necessario un esplicito accordo dei coniugi relativo alla volontà di non voler procreare (ossia di non voler procedere all'impianto) realizzandosi così il presupposto materiale dello stato di abbandono, il quale consentirebbe al Tribunale dei minori di pronunciarsi in merito ad una nuova coppia di genitori.

Secondo l'attuale opzione legislativa, invece, i centri ove vanno compiute le procedure di creazione e conservazione degli embrioni devono garantire *ab initio* la produzione di un numero di embrioni pari a quanto strettamente necessario per un eventuale secondo impianto, così da limitare il quantitativo degli embrioni non utilizzati; tra l'altro questi vanno impiantati in utero entro e non oltre ventiquattro mesi dalla loro creazione, decorso inutilmente tale lasso di tempo, la coppia, può chiederne l'immediata distruzione o, per una sola volta, la conservazione per ulteriori cinque anni, allo scadere dei quali non è più consentita né la cessione a terzi né l'utilizzabilità a fini di ricerca²⁰.

²⁰ A tal proposito, si noti che nella letteratura giuridica e scientifica in tema di PMA il principio di precauzione è stato richiamato diffusamente, prima ancora che con riferimento alla ricerca ed alla sperimentazione sugli embrioni, con riferimento alle stesse tecniche procreative, evidenziandosi un margine di rischio specifico, ovvero comunque più elevato rispetto alla fecondazione naturale, delle tecniche in commento. In ogni caso, a queste evidenze se ne possono contrapporre altre di matrice contraria. In particolare, meritano di essere segnalati i risultati di uno studio internazionale pubblicato sulla rivista "Pediatrics" (*Pediatrics Journal of Medicine*,

4. Conclusione: stato dell'arte e nuove problematiche operazionali

La coesistenza di posizioni teoriche così diversificate complica l'inquadramento complessivo della vicenda con riferimento alla possibilità di un prelievo e di un successivo impianto *post mortem* dei gameti.

Nell'ambito della c.d. procreazione artificiale *post mortem* la casistica si presenta, infatti, alquanto variegata.

Infatti, se il *partner* di sesso maschile muore nel lasso temporale in cui l'operazione di tecnica procreativa è già iniziata, ciò significa che lo sperma è stato prelevato e si trova in stato di crio-conservazione ovvero è già stato utilizzato nella formazione dello zigote, a sua volta crio-conservato, escludendo, per il momento, il prelievo dei soli gameti immediatamente dopo la morte.

Dal punto di vista tecnico esistono problematiche differenti a seconda della tecnica di impianto prescelta: se la fecondazione avviene mediante GIFT²¹ (*gamets into Fallop's tubes*) il problema è quello relativo all'attribuzione ad una persona già morta del frutto

PJM, 2005, p. 345 ss.) che, smentendo numerose ricerche precedenti, assicura che i bambini in provetta nascono sani e crescono in modo del tutto normale.

²¹ La tecnica in commento risulta essere statisticamente meno utilizzata rispetto alla *FIVET* (v. nota seguente). Dal punto di vista tecnico si distingue la *GIFT "classica"* in cui alla donna viene somministrato l'ormone HCG (l'ormone della gravidanza) e 34-36 ore dopo viene sottoposta a laparoscopia in anestesia generale. Durante l'intervento, che dura in media 30 minuti, viene aspirato il contenuto dei follicoli, le uova vengono controllate dal biologo e nuovamente aspirate in un sottile catetere che già contiene un numero stabilito di spermatozoi. È possibile eseguire anche il prelievo degli ovociti per via vaginale. A questo punto il catetere viene fatto penetrare dentro le tube e gli spermatozoi e gli ovuli vengono lì depositati. Nelle donne con meno di 36 anni generalmente vengono introdotti tre-quattro ovociti (ripartiti tra le due tube o tutti nella stessa tuba), nelle donne oltre i 36 anni gli ovociti vanno da quattro a sei. Altra variante è la c.d. *GIFT "isteroscopica"* e consiste nell'inserire uova e spermatozoi nell'utero sotto la guida di un isteroscopio introdotto dalla vagina. È una tecnica che da meno possibilità di successo ma che non richiede l'anestesia generale. La maggiore complicanza della *GIFT* è il rischio d'insorgenza della sindrome da iperstimolazione ovarica e, dunque, di gravidanze multiple. Circa il 3-4% delle gravidanze ottenute con la *GIFT* è intratubarica ma viene trattata senza intervento chirurgico.

dell'azione biologica dei suoi gameti, nel caso invece della FIVET²² (*Fecondazione in vitro con trasferimento in utero di embrioni*) il problema è quello dell'attribuzione al *de cuius* degli embrioni già formati, fermi restando i dubbi circa la complessiva liceità dell'intera operazione.

Nel caso sia stato dato un preventivo consenso all'impianto, andrebbe chiarito, infatti, quali siano, nel caso di specie, gli interessi meritevoli di tutela e in che modo vadano singolarmente considerati: cioè, se occorra differenziare a seconda del soggetto cui l'interesse spetti (gestante – figlio nascituro) o a seconda dell'astratta meritevolezza dello stesso; e, ancora, se possano configurarsi profili di responsabilità in capo alla madre per aver deciso di portare a termine una gravidanza pur sapendo che, così facendo, avrebbe privato il figlio del diritto a crescere accudito anche dall'altro genitore; e, da ultimo, quale sia lo *status* da riconoscere al nascituro con i relativi profili di natura successoria.

²² Attraverso la metodica *FIVET*, la coppia inizialmente viene sottoposta ad indagini di laboratorio al fine di confermare la diagnosi di sterilità. In questa fase, se la coppia lo desidera, può affiancarsi al medico anche uno psicologo per aiutare a superare problemi, paure, angosce. All'inizio la donna non deve fare altro che sottoporsi ad un'iniezione di ormoni, nelle ore e nei giorni prescritti. Dopo alcuni giorni di trattamento domiciliare inizia una fase che richiede la frequenza quotidiana dell'ambulatorio: per 5-10 giorni dovrà sottoporsi ad un prelievo di sangue, al mattino, per stabilire attraverso il dosaggio degli estrogeni la quantità giusta di ormoni da iniettare, e ad un'ecografia per valutare il numero di follicoli in evoluzione, il loro diametro e la normalità della loro progressione verso la maturità. La donna dopo il prelievo torna a casa e nel pomeriggio, telefonicamente, le viene comunicato il dosaggio delle gonadotropine. È una pratica fondamentale al fine di stimolare l'ovaio per aumentare la produzione di ovociti (in natura una donna produce un solo ovocita a ciclo). Quando il medico lo indica, la donna dovrà sottoporsi ad un'iniezione di *HCG*; inizia una fase delicata: entro 34-36 ore dall'iniezione verranno prelevati gli ovociti per la fecondazione in vitro. Nella *FIVET*, infatti, ovociti e spermatozoi vengono fatti incontrare in "provetta" e solo dopo la creazione del pre-embione verranno reimmessi nella donna. Entro 36 ore dall'iniezione di *HCG* la donna viene ricoverata e, in analgesia, sottoposta al prelievo degli ovociti. Si inserisce un sottile ago nella vagina, si raggiunge l'ovaio e si aspira il follicolo. La donna non si accorge di nulla, non avverte dolore e non avrà un ricordo traumatico dell'intervento. In circa 10-20 minuti tutto è finito. Nel frattempo l'uomo dovrà fornire il liquido seminale. Può essere d'aiuto, nei giorni precedenti, congelare preventivamente un campione di seme in modo da assicurare il buon fine di questa fase della *FIVET*. In laboratorio, il seme si prepara in modo tale da essere il più "fecondo" possibile.

Secondo una prospettiva ricostruttiva di tipo “classico”²³ l’assenza di capacità giuridica dell’embrione, a mente del disposto di cui all’art. 1 del nostro codice civile, sarebbe il risultato del mancato perfezionamento di una fattispecie a formazione progressiva, ove l’elemento perfezionativo per l’acquisto della stessa sarebbe proprio la nascita; così opinando non vi sarebbe alcuno spazio (né logico né giuridico) per contestualizzare un presunto diritto dell’embrione a (dover) nascere; non esisterebbe, infatti, in capo a nessuno dei soggetti coinvolti un correlativo obbligo di attivarsi *ex ante* per consentire che la gestazione sia portata correttamente a termine; in definitiva, unica detentrica dello *jus eligendi* sul proseguire (o meno) nei tentativi di inseminazione artificiale sarebbe esclusivamente la donna alla quale compete, in ultima analisi, la decisione definitiva tra nascita e non nascita.

Ma, in tema di fecondazione artificiale *post mortem*, il vero *punctum dolens* è quello relativo alla meritevolezza di una nascita voluta ad ogni costo pur in assenza della possibilità di far fruire al nascituro la prospettiva umana della bigenitorialità. Una risposta alquanto *tranchante* sarebbe quella che fa leva sulla constatazione per la quale nell’ambito della procreazione naturale non sussiste alcun limite in tal senso per la donna nubile decida di avere un figlio autonomamente, al solo fine di poter soddisfare la propria aspirazione alla maternità; così come in tema di separazione e divorzio per l’ipotesi di allontanamento di uno dei due genitori, sebbene in questo caso il retroscena della scelta in ordine ad una, per così dire, “monogenitorialità coattiva” sia quello tipico dei maltrattamenti contro il minore e, dunque, di una comprovata inidoneità da parte del genitore estromesso a svolgere adeguatamente le sue funzioni.

Nel caso della fecondazione *post mortem*, invece, la scelta viene preclusa *in radice* residuando, quale unica alternativa, la possibilità di

²³ G. Alpa, *Lo statuto dell’embrione*, in AA.VV., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, cit., p. 145 ss. La questione è affrontata e trattata diffusamente in R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19.2.2004 n.40*, Torino, 2004, p. 29 ss.; opportuni riferimenti anche in P. Stanzione – V. Sciancalepore, *Procreazione assistita. Commento alla L. 19.2.2004, n. 40*, Milano, 2004, 207 ss. Sul tema è intervenuto autorevolmente anche F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, cit.

non portare a termine la gravidanza e, dunque, di non far nascere alcun nuovo soggetto²⁴.

Parallelamente, risolto positivamente il quesito circa l'ammissibilità della prosecuzione di un trattamento volto alla procreazione, pur in assenza del *partner* di sesso maschile, resta da chiedersi se tale comportamento materiale non integri gli estremi di una nuova ipotesi di "atto lecito dannoso"²⁵ e se pertanto non spetti al nuovo nato un'adeguata indennità.²⁶

²⁴ Secondo la giurisprudenza di merito, nel citato precedente attinente alla vicenda sottoposta alla cognizione del Tribunale di Palermo, questo profilo non viene, in verità, espressamente affrontato, concentrandosi l'ordinanza sul presupposto della sicura meritevolezza del diritto di procreare in capo alla madre e del diritto alla vita in capo al nascituro: la scelta del Centro di Medicina della Riproduzione «contrasta con diritti personalissimi della madre e del nascituro. Appare pertanto conforme a giustizia risolvere il dubbio circa la validità del contratto nel senso della sua conservazione pur a seguito del decesso di [...], non essendovi sufficienti ragioni per prestare ossequio ad un precetto extra-giuridico (qual è quello contenuto nel codice di autoregolamentazione) contrario ai principi costituzionali, al diritto positivo vigente, ed ai diritti fondamentali dell'uomo - e del nascituro così come delineati dalle raccomandazioni degli organismi sovranazionali [...]. Tanto, del resto, risponde anche all'esigenza di tutelare la volontà di procreazione «cosciente e responsabile» riconosciuta dal citato art. 1 della L. n. 194 del 1978, che risulterebbe del tutto frustrata ove mai dovesse negarsi valido ingresso al desiderio espresso dalla C. [...]».

²⁵ Sull'autonoma rilevanza della categoria in esame cfr., anche a fini ricostruttivi, A. Astone, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito*, Milano, 2012. Dal punto di vista della tecnica giuridica, secondo l'A., «dapprima si [deve] procede[re] ad una comparazione tra le sfere giuridiche contrapposte al fine di valutare la liceità del comportamento di intromissione nell'altrui sfera giuridica (quella dell'oblato da parte del proponente, quella del destinatario della promessa, quella del proprietario che deve sopportare l'ingresso nel proprio fondo per recuperare lo sciame d'api), e questa fase si conclude con la prevalenza dell'interesse dell'autore del comportamento rispetto a quello del destinatario a non subire ingerenze nella propria sfera giuridica; successivamente, ove un danno si sia prodotto, dovendo valutarsi se lo stesso debba rimanere nella sfera del danneggiato o se possa essere trasferito in quella del danneggiante, l'ordinamento, sulla base di una valutazione ex ante, fa prevalere l'interesse del danneggiato alla traslazione del danno con la previsione dell'obbligo risarcitorio, sul presupposto dell'ingiustizia della lesione» (p. 79). In ogni caso la figura in commento è figura intrinsecamente ambigua e distonica rispetto ad altre previsioni del sistema. Peraltro, in ragione della previsione di un espresso indennizzo e non di un risarcimento integrale, le figure di atto lecito dannoso sarebbero sottoposte ad un regime di implicita tassatività. Questa affermazione presuppone che in tutte le ipotesi di atto lecito dannoso sia prevista la corresponsione di un indennizzo, mentre in alcune fattispecie ricondotte alla

Con riferimento invece al profilo dell'attribuzione automatica della paternità, in costanza di matrimonio, se la nascita avviene entro i trecento giorni dalla morte del marito, il caso rientra nella previsione dell'art. 232, co. 1, c.c., a mente del quale «si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando sono trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio».

categoria dell'atto lecito dannoso è prevista un'obbligazione risarcitoria e non meramente indennitaria.

²⁶ Sull'esistenza di un diritto risarcibile del nascituro per perdita della bi-genitorialità in caso di omicidio colposo del padre durante la gestazione, una giurisprudenza, ormai risalente, aveva affermato che: «al figlio già concepito deve essere risarcito il danno patrimoniale e morale alla persona causato dall'omicidio colposo del padre ad opera di un ignoto conducente di un autoveicolo non identificato» (Trib. Monza, 8 maggio 1998, in *Danno resp.*, 1998, 927); ed ancora, «nella liquidazione equitativa del danno non patrimoniale derivante da fatto illecito, deve tenersi conto della gravità dell'illecito penale e di tutti gli elementi della fattispecie concreta, in modo da rendere il risarcimento adeguato al caso specifico. Ne consegue che il ricorso da parte del giudice di merito al criterio della determinazione della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno morale in una frazione dell'importo riconosciuto per il risarcimento del danno biologico, non è di per sé illegittimo, a condizione che si tenga conto delle peculiarità del caso concreto, effettuando la necessaria personalizzazione del criterio alla specifica situazione, ed apportando, se del caso, i necessari correttivi, senza che la liquidazione del danno sia rimessa ad un puro automatismo. (Nella specie, relativa al risarcimento del danno per la morte del coniuge e padre degli attori in un sinistro ferroviario, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva applicato automaticamente le tabelle in uso presso il tribunale locale, senza dar atto di aver tenuto conto del danno da sconvolgimento delle abitudini di vita del nucleo familiare e della procurata assenza della figura paterna in relazione all'età dei figli (rispettivamente 4 anni e nascituro) al momento del sinistro» [Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2004, n. 10035, in *Giustizia civ. mass.*, 5, 2004]; tra l'altro «ai fini della risarcibilità del danno extracontrattuale non è necessaria la sussistenza di un rapporto intersoggettivo tra danneggiante e danneggiato. Ne consegue che il nascituro, concepito all'epoca del fatto illecito, e successivamente nato, è titolare del diritto di azione per ottenere il risarcimento dei danni ingiusti provocatigli da tale fatto purché si verifichi la nascita e a decorrere da questo momento» (Cass. pen., sez. IV, 21 giugno 2000, n. 11625, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 327 ss.); dal punto di vista della legittimazione «il nascituro è personalmente titolare del diritto d'azione per il risarcimento dei danni patrimoniale, morale e biologico purché si verifichi la nascita e a decorrere da questo momento o da quello in cui si rilevano gli effetti dannosi» (Cass. pen., sez. IV, 21 giugno 2000, n. 1460, in *Studium Juris*, 2001, p. 722 ss.).

In tal caso, non sussiste alcun impedimento per l'ufficiale dello stato civile che, sulla base delle dichiarazioni ricevute, provvederà *de plano* a redigere l'atto di nascita.

Tale presunzione, peraltro, non sarebbe affatto vincolante, potendo essere vinta dando piena prova del momento in cui è avvenuta l'inseminazione in utero. Ed inoltre, grazie ai progressi scientifici che rendono possibile l'indagine genetica sulla paternità, la stessa regola sull'assolutezza della presunzione citata non avrebbe più ragione di esistere²⁷.

Diverso, invece, il caso della nascita oltre i trecento giorni dalla morte del padre: la regola codicistica (artt. 231 ss. c.c.) è nel senso di attribuire rilevanza alla paternità legittima, purché si compri che il concepimento sia avvenuto in costanza di matrimonio.

In caso di fecondazione *post mortem*, partendo dal presupposto che il concepimento coincida con l'inizio della gravidanza, nel caso di ricorso alle tecniche impiantistiche dopo i trecento giorni dalla morte del *partner*, il soggetto, essendo stato concepito quando il matrimonio era ormai sciolto, non potrà essere considerato figlio legittimo.

Parzialmente differente il caso in cui l'inseminazione artificiale sia stata realizzata attraverso l'impiego della FIVET; in questa ipotesi sarebbe comunque necessario fornire la prova certa che la formazione *in vitro* dello zigote sia avvenuta prima della morte del *partner*, pur rimanendo integra la questione circa l'inizio del concepimento.

Nel caso in cui la morte del padre avvenga dopo la formazione dell'embrione, ma prima del suo impianto in utero, applicando le

²⁷ Del resto, anche in passato si sono date situazioni nelle quali l'applicazione della presunzione portava a risultati non veritieri e per certi profili aberranti. In tutte queste ipotesi l'opinione più accreditata è sempre stata nel senso di escludere l'applicazione della regola, in quanto priva di intrinseca razionalità. *A fortiori* ciò è maggiormente vero da quando – con la l. 184/1983 (che ha aggiunto il quarto comma dell'art. 244 c.c.) – si è concesso al pubblico ministero il potere d'iniziativa per la nomina di un curatore speciale che eserciti l'azione di disconoscimento; il che comporta che la paternità potrebbe essere messa in discussione anche contro la volontà del marito e della moglie per perseguire un obiettivo interesse del figlio. Ed ancora, esiste nel nostro ordinamento anche un altro strumento utile per far prevalere – *ex altera parte* – la verità sulla semplice legittimità e cioè l'azione di contestazione di legittimità, espressamente finalizzata a rimuovere, su richiesta di chiunque vi abbia interesse, lo stato di figlio legittimo risultante da un atto di nascita (art. 248, co. 1, c.c.).

presunzioni dettate per la disciplina della filiazione legittima, sarebbe possibile fornire la prova, *ex art. 234, co. 1, c.c.*, che il figlio nuovo nato è stato comunque generato in costanza di matrimonio, anche là dove l'impianto in utero intervenga a distanza di un lungo tempo, anche diversi anni, dalla morte del genitore biologico. In tal caso, il figlio sarebbe non soltanto da considerarsi legittimo ma anche erede necessario, dando vita ad una vera e propria *revolution* nell'ambito della successione del *de cuius*. In linea puramente teorica, altra possibilità sarebbe quella di un eventuale riconoscimento preventivo, ipotesi, tuttavia, non contemplata dalla vigente normativa che richiede, sulla base del disposto di cui all'art. 254, co. 1, c.c. che sia avvenuto quantomeno il concepimento.

Non sarebbe praticabile nemmeno la possibilità di una successiva dichiarazione di paternità in via giudiziale in quanto l'art. 269, co. 1, c.c. consente tale dichiarazione solo nelle ipotesi in cui, astrattamente, il riconoscimento sarebbe ammissibile; l'obiezione, tuttavia, appare superabile – almeno in chiave ricostruttiva – sulla base dell'evoluzione delle moderne tecniche procreative, assolutamente ignorate dal legislatore della riforma.

Per quanto riguarda i profili di diritto successorio, il nascituro verrà ammesso alla successione del *de cuius* solo se già concepito al momento della morte dello stesso. Diversamente, nel caso di embrione crio-conservato, sulla base della regola dell'art. 462 c.c., il nuovo nato potrà partecipare alla successione dando la prova del suo concepimento, prima dell'impianto in utero, benché nato oltre i trecento giorni: in tal caso, il nascituro sarebbe erede sotto condizione sospensiva. E, infatti, il citato art. 462 c.c. precisa che sono capaci di succedere solo coloro che sono concepiti al tempo dell'apertura della successione, considerando pertanto incapaci di succedere quanti siano nati oltre i trecento giorni dalla morte del *de cuius*. Tale regola marca una linea di continuità con il più risalente diritto romano riguardo alla successione dei soggetti concepiti e successivamente nati oltre il decimo mese dalla morte del soggetto rispetto al quale potevano vantare diritti successori in via diretta. Il limite vale, ovviamente, per la sola successione legittima, atteso che la libertà di regolamentare la propria successione per testamento, pur con i limiti imposti dal rispetto delle norme sulla successione necessaria, consente al testatore di istituire eredi quanti nascono oltre il limite dei trecento giorni dalla

sua morte. Può, dunque, ragionevolmente sostenersi che i problemi relativi all'inseminazione *post mortem* avvenuta dopo l'apertura della successione, potrebbero trovare una equa soluzione proprio nel ricorso a clausole testamentarie *ad hoc* ove si contempli espressamente la volontà del defunto genitore in tal senso. Il che garantirebbe, tra l'altro, il pieno rispetto della stessa legge n. 40, là dove prevede (art. 6) come necessaria la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di PMA.

Abstract: Recently some jurisprudential novelties, linked to the use of medically assisted procreation, have reignited the debate on family law and on the limits to the usability of some peculiar medical-surgical techniques. A civil law approach grounds its arguments on two points, namely the necessary link between filiation and a physical relationship between man and woman, and the certainty that the child born of a woman is also biologically her son. The rise of new techniques of artificial insemination, on the other hand, has raised issues that courts have tried to address painstakingly and with caution. One of the most controversial aspects is precisely related to the c.d. post-mortem fertilization. The use of this type of fertilization poses various problems from a legal and ethical point of view. The present essay aims to analyze the most important ones.

Keywords: *post-mortem* fertilization – civil law – cell implantation – informed consent – medical ethics

Alberto Marchese – Ph.D. in Diritto civile – Docente a contratto di Diritto civile nella Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università di Messina – Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche. Università di Messina (amarchese@unime.it)