

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

Mirko Faccioli*

POSTHUMOUS ASSISTED REPRODUCTION: LEGAL PROHIBITIONS, CASE LAW SOLUTIONS AND PROSPECTS OF REFORM OF LAW NO. 40/2004

ABSTRACT: The paper analyzes the so-called posthumous assisted reproduction, a practice that, despite the prohibition established by law n. 40/2004, seems to be more and more widespread in our country and raises several delicate interpretative issues related to the reconstruction of the legal status of the child from the point of view of the status filiationis and inheritance rights towards the deceased parent.

KEYWORDS: Family Law; post mortem assisted reproduction; law of successions; human embryo; reproductive cells.

SOMMARIO: 1. Introduzione: ipotesi lecite e ipotesi vietate di procreazione assistita *post mortem* – 2. La condizione giuridica del soggetto procreato *post mortem* – 3. Lo status filiationis – 4. I diritti successori – 5. Pretese risarcitorie nei confronti della madre e del personale medico? – 6. Conclusioni e prospettive di riforma.

1. Introduzione: ipotesi lecite e ipotesi vietate di procreazione assistita *post mortem*

Negli ultimi anni, la procreazione assistita (d'ora in poi, p.m.a.) *post mortem* sembra trovare una diffusione sempre maggiore nel nostro Paese, nonostante si tratti di pratica di principio proibita dalla l. 19 febbraio 2004, n. 40: allo scopo di tutelare il diritto del nascituro alla doppia genitorialità, l'art. 5 della stessa infatti consente l'accesso alla p.m.a. solamente alle coppie di soggetti «entrambi viventi», mentre l'art. 12, comma 2°, della legge cit. punisce con una sanzione amministrativa pecuniaria chiunque applichi procedure di fecondazione artificiale in violazione della norma testé riferita¹.

* Professore associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Verona – Dipartimento di Scienze giuridiche. Mail: mirko.faccioli@univr.it. Il presente contributo rientra nell'attività di ricerca del Team "D.I.G.I.T.S – Informazione e dati nella società globale dell'informazione tecnologica: diritti, responsabilità e tutele" nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona "diritto, cambiamenti e tecnologie". Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Sulla ratio del divieto v., fra gli altri, C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in tema di procreazione medicalmente assistita"*. Commentario, Torino, 2004, 108; U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in G. DI ROSA (a cura di), *Della famiglia. Leggi complementari*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, 2^a ed., Torino, 2018, 1712; M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto disc. Priv. Sez. Civ., agg. III, 2*, Torino, 2007, 1069; A. VALONGO, *Profili evolutivi della procreazione assistita post mortem*, in *Dir. Succ. Fam.*, 2019, 531 s.

Come suggerisce l'ampia formulazione letterale della stessa, la p.m.a. *post mortem* può invero realizzarsi tanto *ex latere patris* quanto – al contrario di quanto si potrebbe a prima vista pensare² – *ex latere matris*, nel secondo caso facendo ricorso a pratiche di maternità surrogata che senz'altro attraggono la fattispecie nell'area dell'illiceità tratteggiata in termini rigidi e assoluti dall'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004³.

La situazione è, invece, decisamente più sfumata nelle ipotesi, le uniche finora sottoposte all'attenzione della nostra giurisprudenza, in cui il decesso riguarda il membro maschile della coppia. L'art. 5 l. n. 40/2004 trascura, infatti, di precisare fino a quale momento del processo fecondativo deve ritenersi effettivamente necessario il requisito dell'esistenza in vita e solleva, quindi, il problema di determinare, in via interpretativa, la liceità o meno delle tre diverse ipotesi che possono in questo caso presentarsi: a) il prelievo del seme dal cadavere dell'uomo; b) l'inseminazione artificiale della donna con seme conservato, prelevato dal *partner* prima del decesso; c) l'impianto nel corpo della donna dell'embrione formatosi quando entrambi i componenti la coppia erano in vita. A fronte di questo incerto quadro, una quasi unanime opinione dottrinale e giurisprudenziale considera allora vietate le prime due ipotesi⁴, mentre ritiene la terza lecita in virtù di una triplice serie di argomenti⁵: le preminenti ragioni di tutela della vita dell'embrione, che costituendo uno dei capisaldi della l. n. 40/2004 non può che prevalere sull'opportunità di evitare al nascituro i pregiudizi che egli potrebbe subire a causa della mancanza della figura paterna; la previsione delle Linee guida in tema di p.m.a. (a più riprese adottate con d.m. ex art. 7 l. n. 40/2004) secondo cui «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati», quindi anche dopo l'avvenuto decesso del marito o del compagno; l'art. 6 comma 3°, l. n. 40/2004, che nel sancire l'irrevocabilità del consenso

² Nel senso che le fattispecie di p.m.a. *Post mortem* riguarderebbero solamente casi di decesso del membro maschile della coppia, perché «la morte della donna comporterebbe l'inevitabile interruzione della procedura per l'impossibilità di eseguire l'impianto degli embrioni nell'utero materno», v. A. VALONGO, *op. cit.*, 532.

³ cfr. A. MARCHESI, *La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, in *Riv. Dir. Comp.*, 2018, 211; I. BARONE, *Procreazione post mortem e status filiationis*, in *Fam. Dir.*, 2010, 952 s.; A. CORDIANO, *Post-mortem homologous fertilization: parental patterns in the dialectical comparison between the constraints of biology and rules on consent*, in *Italian Law Journal*, 2020, 362.

⁴ Nel corso degli anni si sono occupate della seconda ipotesi: Trib. Bologna, 31 maggio 2012 (in *foro it.*, I, 2012, 3349), che ha rigettato la domanda della moglie di poter accedere alla p.m.a. utilizzando il seme crioconservato del marito deceduto; Trib. Roma, 19 novembre 2018 (in *foro it.*, I, 2019, 692), la quale, argomentando dall'impossibilità di utilizzare il seme del *partner* defunto a fini procreativi, ha respinto la domanda ex art. 700 c.p.c. proposta da una vedova e tesa ad ottenere il liquido seminale crioconservato del marito defunto da parte dei centri medici presso i quali era stato depositato; Trib. Roma, 8 maggio 2019 (in *foro it.*, I, 2019, 1952), la quale ha invece accolto analogo ricorso proposto da una vedova per conseguire, con le opportune modalità conservative, la consegna del seme crioconservato del marito premorto, come disposto da quest'ultimo con il testamento, da parte del centro medico presso il quale era depositato, osservando che: a) ciascuno può disporre anche con atto di ultima volontà dei propri gameti, revocando, con una nuova manifestazione di volontà, il consenso informato precedentemente prestato alla conservazione ed eventuale distruzione del seme in caso di morte; b) non rilevano le finalità dell'istante, né quelle eventualmente espresse dal *de cuius*, in quanto di un eventuale uso riproduttivo di quel seme, oggetto di divieto legislativo ex art. 5 l. n. 40/2004, come anche dei suoi eventuali limiti territoriali, potrà tenersi conto in altra sede giudiziaria.

⁵ tra le poche voci dissenzienti, v. F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 82 s., che nel combinato disposto degli artt. 5, 6, comma 4° e 12, comma 2° l. n. 40/2004 ravvisa l'intenzione del legislatore di «vietare indiscriminatamente tutte le ipotesi di fecondazione *post mortem*».

alla p.m.a. dopo la fecondazione dell'ovulo⁶ sembra sottendere il principio secondo cui devono ritenersi irrilevanti, ai fini della prosecuzione della procedura, tanto i comportamenti quanto gli avvenimenti intervenuti dopo il momento della formazione dell'embrione⁷.

Sulla scorta di questi rilievi si riconosce, quindi, che la donna, a prescindere dal fatto che il *partner* defunto avesse o meno autorizzato la continuazione della procedura dopo la sua morte⁸, ha diritto di ottenere in via d'urgenza, ex art. 700 c.p.c., l'impianto in utero degli embrioni crioconservati e formati prima della morte del marito o del compagno, sul presupposto che, durante il tempo necessario a far valere il diritto in via ordinaria, le possibilità di ottenere la gravidanza verrebbero irrimediabilmente pregiudicate dal deterioramento degli embrioni medesimi e/o dall'avanzamento dell'età della donna stessa⁹; rimangono invece illecite, in quanto colpite dal divieto stabilito dall'art. 5 l. n.

⁶ Come noto, tale regola in realtà riguarda solamente il membro maschile della coppia, perché negare l'efficacia della revoca tardiva del consenso della donna significherebbe considerare la p.m.a. un'ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio, da portare a termine mediante l'impianto forzoso dell'embrione nell'utero della dissenziente, nonostante l'evidente mancanza dei presupposti al riguardo richiesti dall'art. 32, comma 2°, cost.: fra i tanti v., anche per indicazioni di giurisprudenza conforme, M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 2004, 6; L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2008, 231 ss.; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020, 191 ss.; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, 79.

⁷ In dottrina v., *ex multis*, M. FACCIOLI, *op. cit.*, 1070 s.; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 109; U. SALANITRO, *op. cit.*, 1712 s.; A. VALONGO, *op. cit.*, 537; M. SESTA, *op. cit.*, 8 s.; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *La filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, 2ª ed., Milano, 2012, 663 ss.; ID., *L. 19 febbraio 2004, n. 40*, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, 4ª ed., Padova, 2020, 2132 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. Fam. Pers.*, II, 2005, 198; B. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, B. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, 2ª ed., Torino, 2018, 111; C. CIRAIOLO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *Jus civile*, 2014, 487; F. AZZARRI, *I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita*, in *familia*, 2019, 576 s.; S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *questa rivista*, 2020, 237 ss. Nello stesso senso v., in giurisprudenza, Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, in *Fam. Dir.*, 2015, 488, con nota di A. SCALERA, *Sulla legittimità dell'impianto post mortem di embrioni crioconservati*, e in *Corr. Giur.*, 2015, 935, con nota di L. ATTADEMO, *Il trasferimento intrauterino di embrioni crioconservati anni dopo la formazione degli stessi e la morte del padre*; Trib. Bologna, 25 agosto 2018 e Trib. Messina, 28 settembre 2017, entrambe in *foro it.*, I, 2019, 1430; Trib. Lecce, 24 giugno 2019, in *Fam. Dir.*, 2020, 949, con nota di I. BARONE, *Procreazione post mortem*, cit. Nello stesso senso si era del resto pronunciata, già prima dell'avvento della l. n. 40/2004, Trib. Palermo, 1º agosto 1999, in *Fam. Dir.*, 1999, 384, con nota di G. CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*.

⁸ Lo sottolinea M. RIZZUTI, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *questa rivista*, 2015, 31, richiamando la decisione di Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, cit. Come vedremo *infra*, nel par. 2, il consenso dell'uomo assume invece rilevanza ai fini dell'attribuzione della genitorialità al nato da procreazione assistita *post mortem*.

⁹ v. la giurisprudenza cit. in nota 7. Nella scia di questo ragionamento e sulla scorta dell'affinità che lega le due ipotesi (in dottrina evidenziata, già prima dell'avvento della l. n. 40/2004, da A. GORGONI, *Rilevanza giuridica dell'embrione e «procreazione» di un solo genitore*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002, 367 ss.), le recenti pronunce di Trib. Santa Maria Capua Vetere 11 ottobre 2020 e 27 gennaio 2021 hanno riconosciuto il diritto ad ottenere l'impianto in utero degli embrioni ad una donna coniugata che aveva visto la struttura sanitaria interrompere la procedura di p.m.a. in seguito all'intervenuta revoca del consenso da parte del marito e all'avvenuta instaurazione del giudizio di separazione della coppia: per una riflessione su questa fattispecie, v. F. MEOLA, *Quando si*

40/2004, le ipotesi di fecondazione *post mortem* realizzate tramite il prelievo del seme dal cadavere dell'uomo o tramite l'inseminazione della donna con seme prelevato dal *partner* prima del decesso¹⁰.

2. La condizione giuridica del soggetto procreato post mortem

Una volta conclusasi con successo, la procedura di p.m.a. *post mortem* solleva il problema di ricostruire la condizione giuridica del nato, vale a dire il suo *status filiationis* e i corrispondenti diritti successori nei confronti del padre defunto. Sono preliminari all'esame di tali questioni due premesse di fondo.

La prima rileva che la risoluzione delle questioni di cui sopra deve prescindere dal profilo attinente alla liceità o illiceità della tecnica di fecondazione *post mortem* concretamente utilizzata¹¹. Secondo un'impostazione largamente diffusa tanto in dottrina quanto in giurisprudenza¹², la valutazione attinente alla violazione di prescrizioni e divieti da parte degli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale non può, infatti, in alcun modo condizionare in senso negativo

dice non più. *Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della legge n. 40/2004*, in questa rivista, 2021, 75 ss.

¹⁰ Per la distinzione tra impianto *post mortem* e fecondazione *post mortem* v., tra gli altri, I. BARONE, *op. cit.*, 952.

¹¹ Sul punto v., per tutte, cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1282, con nota di M. FACCIOLI, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem*; in *Dir. Succ. Fam.*, 2020, 654, con nota di V. D'ALESSANDRO, *Procreazione medicalmente assistita post mortem e status del nato*; in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della cassazione civile*, Milano, 2020, 47, con nota di C. FAVILLI, *Fecondazione post mortem e attribuzione dello stato di figlio*; in *Corr. Giur.*, 2020, 748, con nota di D.M. LOCATELLO, *L'attribuzione dello status filiationis al nato da fecondazione omologa eseguita post mortem*; in *Fam. Dir.*, 2020, 27, con nota di D. GIUNCHEDI, *La procreazione assistita post mortem tra responsabilità procreativa e favor stabilitatis*; in *Dir. Fam. Pers.*, I, 2019, 1117, con nota di F. ZAPPATORE, *Fecondazione omologa c.d. post mortem: regole e principi di determinazione dello status filiationis in una recente pronuncia di legittimità*; in *Riv. It. Med. Leg.*, 2019, 1614, con nota di A. MENDOLA, *Inediti modelli di genitorialità nella fecondazione assistita post mortem*; in *www.centrostudilivativo.it*, con nota di E. BILOTTI, *La fecondazione artificiale post mortem nella sentenza della 1ª sezione civile della cassazione n.13000/2019*; in *www.juscivile.it*, con nota di A. PAGLIARO, *L'accertamento dello status del figlio procreato post mortem*. La fattispecie esaminata dalla suprema corte riguardava una coppia coniugata che, dopo l'avvio di una procedura di p.m.a. omologa, aveva scoperto che l'uomo era gravemente malato: dovendo anche assumere farmaci atti a compromettere la sua capacità di generare, nella consapevolezza dell'imminente decesso egli aveva allora autorizzato espressamente la moglie all'utilizzo *post mortem* del suo seme crioconservato al fine di ottenere una gravidanza mediante fecondazione assistita omologa. Dopo la scomparsa del marito, la donna si era sottoposta con successo alla procedura in spagna e aveva successivamente partorito una bambina presso una struttura sanitaria italiana. Nel rendere la dichiarazione di nascita all'ufficiale di stato civile la puerpera, allegando documentazione atta a comprovare i fatti di cui sopra, aveva chiesto che nell'atto di nascita della figlia venisse indicata la paternità del defunto marito con attribuzione del relativo cognome, incontrando però un netto rifiuto fondato sulla pretesa contrarietà di tale dichiarazione all'ordinamento giuridico vigente. La donna aveva allora fatto ricorso in giudizio ex artt. 95 ss. ord. st. civ. per ottenere, previo accertamento dell'illegittimità del rifiuto opposto, la rettifica dell'atto di nascita della figlia nel senso da lei indicato: la sua istanza, respinta tanto dal tribunale quanto dalla corte d'appello in sede di reclamo, è stata infine accolta dalla cassazione sulla base del ragionamento che verrà esposto *infra*, nel par. 3.

¹² e che invero si muove nel solco autorevolmente tracciato da A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in AA.VV., *Procreazione artificiale e genetica umana. Atti del convegno di verona 2-3-4 e 25 ottobre 1986*, Padova, 1987, 5 s.; ID., *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Noviss. Digesto it.*, VIII, Torino, 1962, 733. Sul punto in esame v., peraltro, quanto si dirà *infra*, nella parte finale del par. 3.

l'individuazione della condizione giuridica del soggetto così procreato, la quale dev'essere invece ricostruita esclusivamente alla luce della doverosa e preminente esigenza di tutela del nato: lo conferma il fatto che questo modo di ragionare era stato fatto proprio dallo stesso legislatore del 2004 nel disciplinare le conseguenze della violazione del – successivamente venuto meno¹³ – divieto di fecondazione eterologa tramite l'art. 9, comma 1°, della legge sulla p.m.a.¹⁴.

Sotto un secondo profilo ci si domanda, poi, se la condizione giuridica del nato dipenda anche dalla volontà dell'uomo defunto circa lo svolgimento della procedura dopo la sua morte. La questione appare controversa e, al netto delle posizioni dubitative¹⁵, vede ai due estremi contrapporsi la tesi della totale irrilevanza della volontà in discorso¹⁶ e l'opposta soluzione secondo cui sarebbe sempre necessaria, al fine dell'attribuzione di uno *status* familiare e di pretese successorie al nato, un'espressa autorizzazione del padre alla p.m.a. *post mortem*¹⁷. Rispetto a tali rigide impostazioni appare, tuttavia, preferibile l'opinione che ritiene che il problema vada risolto caso per caso, valutando se il generico consenso alla p.m.a. possa o meno ricomprendere anche le tecniche *post mortem* alla luce delle circostanze della fattispecie concreta e della possibilità, attestata dalle previsioni dell'art. 9, comma 1°, l. n. 40/2004, di desumere il consenso alla procreazione assistita anche da atti concludenti: si pensi, per esempio, al comportamento di chi, pur nella consapevolezza di essere destinato ad un imminente decesso a causa di una grave malattia che lo affligge, decide di avviare comunque una pratica di p.m.a. senza esprimere alcuna volontà con riguardo alla (invero probabile) eventualità che la sua morte giunga prima del completamento della procedura¹⁸.

¹³ Per effetto della pronuncia di incostituzionalità resa da Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. Giur.*, 2014, 1062.

¹⁴ In senso critico sul punto v., peraltro, C. FAVILLI, *op. cit.*, 80, secondo cui «l'argomento [...] che fa leva sull'esperienza della fecondazione eterologa non sembra di per sé dirimente dal momento che in quel caso era stato lo stesso legislatore a prevedere le conseguenze giuridiche della pratica sul piano dello stato in caso di trasgressione del divieto, e quindi aveva attratto all'interno della legge una fattispecie vietata [...]. Inoltre, la fecondazione *post mortem*, come la gestazione per altri, non si giustifica con la finalità di ovviare a problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità di coppia, a differenza della fecondazione eterologa per la quale è venuto a cadere, proprio alla luce di tale considerazione, l'originario divieto».

¹⁵ v., per esempio, U. SALANITRO, *op. cit.*, 1766; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, 5ª ed., Torino, 2020, 334.

¹⁶ M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004, 193.

¹⁷ M. SESTA, *op. cit.*, 9; R. VILLANI, *L. 19 febbraio 2004, n. 40, cit.*, 2134.

¹⁸ D.M. LOCATELLO, *op. cit.*, 764 ss., il quale evidenzia, a sostegno della sua impostazione, che «si tratta di approfondire se il sopraggiungere della morte (senza che il defunto si sia espresso sul punto) possa equipararsi *quoad effectum* [...] ad un atto di ritrattazione dell'originaria volontà. Non v'è dubbio che richiedere un'estensione [...] del contenuto del consenso presenta il pregio di evitare che il prelievo e l'uso del seme avvengano – in assoluto – contro la volontà del defunto (come nel caso emblematico dell'asportazione non autorizzata del seme dal cadavere). Ma [...] non si comprende su quale base si possa sancire in termini generali che quel soggetto abbia voluto limitare al tempo della propria vita, quindi interrompere, l'applicazione delle tecniche, qualora l'iniziale volontà procreativa non sia mai stata ritrattata e per qualsiasi ragione le pratiche siano proseguite ad onta dell'evento morte (ad esempio perché la struttura sanitaria ne era all'oscuro)». Per considerazioni non dissimili, v. A. GORGONI, *op. cit.*, 401.

3. Lo status filiationis

Per ricostruire lo *status filiationis* del soggetto nato da fecondazione assistita *post mortem*, occorre innanzitutto stabilire se la disciplina applicabile alla filiazione da p.m.a. sia quella contenuta nel Codice civile o quella introdotta dalla l. n. 40/2004. Sulla questione si contrappongono diverse opinioni: una prima ritiene applicabili anche allo scenario della fecondazione artificiale le norme del codice civile sull'attribuzione della genitorialità; secondo una diversa tesi, la disciplina della filiazione della l. n. 40/2004 costituirebbe un sistema normativo autonomo ed alternativo rispetto al dettato codicistico, fondato sull'espressione del consenso ad assumere l'ufficio genitoriale; secondo una ulteriore – e probabilmente preferibile – soluzione, infine, la normativa dello *status filiationis* della legge sulla p.m.a. sarebbe destinata ad integrare, senza escluderli, i tradizionali meccanismi codicistici di attribuzione della paternità e della maternità¹⁹.

Oltre che dalla disciplina normativa prescelta per la sua regolamentazione, lo *status* del soggetto nato da p.m.a. *post mortem* è, poi, inevitabilmente destinato a mutare a seconda che la coppia sottoposti alla procedura fosse o meno coniugata.

Iniziando dalla prima fattispecie, quanti risolvono la questione sulla scorta della normativa codicistica si suddividono, a loro volta, in diversi filoni a seconda che ritengano o meno di condividere la tesi che, nell'ottica dell'interpretazione evolutiva delle norme giuridiche, estende il concetto di "concepimento" di cui agli artt. 232 e 234 c.c., tradizionalmente identificato con la gravidanza, fino a ricomprendere la fecondazione dell'ovulo con la fusione dei gameti maschile e femminile. Accedendo a questa impostazione, che soprattutto nei tempi più recenti appare in effetti essere quella maggiormente accreditata nell'ambito di questa prima corrente di pensiero²⁰, sarebbe in ogni caso necessario distinguere fra diverse ipotesi. Qualora l'embrione sia già stato ottenuto al momento del decesso dell'uomo, al neonato spetterebbe lo stato di figlio nato del matrimonio, in virtù dell'art. 232 c.c. o dell'art. 234 c.c. a seconda che la nascita sia avvenuta prima o dopo il trascorrere di 300 giorni dalla morte dell'uomo. Laddove la formazione dell'embrione sia invece successiva al decesso del marito della madre (e quindi allo scioglimento del matrimonio), al neonato potrebbe essere riconosciuto lo stato di figlio nato nel matrimonio solamente nel caso di nascita avvenuta entro i 300 giorni dalla morte dell'uomo; nel caso di nascita successiva ai 300 giorni in discorso, al bambino andrebbe invece

¹⁹ sul punto v., anche per ulteriori citazioni relative ai sostenitori delle diverse tesi menzionate nel testo, C. FAVILLI, *op. cit.*, 72 s.; I. BARONE, *op. cit.*, 956; A. CORDIANO, *op. cit.*, 349 ss. Tra i fautori della tesi intermedia, v., in particolare, U. SALANITRO, *op. cit.*, 1739 s., che rispetto alla rigida alternativa tra l. n. 40/2004 e codice civile considera «più congrua» e «ancora più appropriata dopo la sentenza che legittima la fecondazione eterologa [...] un'interpretazione volta a integrare la disciplina generale del codice civile con le regole speciali che si propongono di anticipare e rafforzare la tutela del nato da procreazione assistita»; L. PASCUCCI, *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?*, in *Giur. It.*, 2016, 2117 s., secondo cui «non pare azzardato affermare che, per quanto dettate in un contesto "speciale", le norme sulla p.m.a. non facciano che ribadire i principi dettati dalle norme generali: [...] sarebbero, cioè, disposizioni speciali *ratione materiae*, più che con riferimento al contenuto della disciplina che apprestano», sicché «l'applicabilità o meno della disciplina della p.m.a. Rileverebbe, dunque, in definitiva, limitatamente all'operatività o meno delle deroghe che la stessa introduce alla disciplina generale» (corsivi dell'a.).

²⁰ Nel senso che l'art. 234 c.c. si riferirebbe al «caso della gravidanza di eccezionale durata, che non ha nulla a che vedere con l'ipotesi in esame», v., peraltro, E. BILOTTI, *op. cit.*

riconosciuto lo stato di figlio nato fuori del matrimonio della madre, con facoltà di agire *ex art.* 276 c.c. per ottenere la dichiarazione di paternità nei confronti degli eredi del padre²¹.

La necessità di diversificare la soluzione a seconda che l'embrione sia già stato o meno ottenuto al momento della morte dell'uomo si ripresenta, poi, anche nell'ipotesi – a quanto consta, ancora priva di riscontri giurisprudenziali nel nostro Paese – della p.m.a. *post mortem* praticata su di una coppia non coniugata. Nel primo caso, al bambino potrà essere senz'altro attribuito lo stato di figlio nato fuori del matrimonio del padre, il consenso alla p.m.a. di quest'ultimo potendosi considerare espressivo di un riconoscimento del figlio anteriore alla nascita ma posteriore al concepimento *ex art.* 254 c.c.; qualora l'embrione si sia formato dopo la morte dell'uomo, il bambino potrà invece acquistare lo stato di figlio nato fuori del matrimonio del padre solamente in seguito all'esperimento dell'azione di cui all'art. 276 c.c.²².

L'impostazione che si è appena finito di esporre è stata però criticata osservando come la stessa, oltre a fare leva su di una interpretazione del concetto di "concepimento" poco plausibile ed eccessivamente lontana dalla sua accezione tradizionale, finisca con il distinguere immotivatamente la situazione giuridica del nato a seconda del momento in cui avvengono la formazione dell'embrione e la morte del *partner* della madre: il che significa prendere atto che le regole codicistiche si rivelano inadeguate a risolvere le questioni sollevate dal fenomeno della fecondazione assistita *post mortem*, ogni soluzione su di esse fondata non potendo che risultare artificiosa e insoddisfacente. Sulla scorta di questi rilievi appare pertanto preferibile la tesi, alla quale pure chi scrive ritiene doversi prestare adesione, secondo cui il problema in esame dev'essere risolto facendo applicazione dell'art. 8 l. n. 40/2004 e, quindi, attribuendo senz'altro ed in ogni caso al soggetto generato tramite procreazione assistita *post mortem*, alla quale la donna abbia fatto ricorso successivamente al decesso dell'uomo, lo stato di figlio nato nel matrimonio della coppia coniugata o lo stato di figlio nato fuori del matrimonio della coppia non coniugata²³.

²¹ Su tutto questo v., anche per indicazioni relative alla dottrina di segno contrario, M. SESTA, *op. cit.*, 9; R. VILLANI, *L. 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 2134; ID., *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 183 ss.; M. MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *La filiazione*, cit., 30 s.; A. NATALE, *I diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, 531 s. In giurisprudenza, v. Trib. Palermo, 1° agosto 1999, cit., nella quale si propone «un'interpretazione evolutiva degli artt. 234 e 462 c.c.» che consentirebbe di attribuire al soggetto procreato *post mortem* più di 300 giorni dopo la morte del padre «sia lo status di figlio legittimo sia il riconoscimento della capacità di succedere».

²² R. VILLANI, *L. 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 2134. Le conclusioni appena esposte nel testo evidentemente presuppongono che venga accolta anche nell'ambito della p.m.a. *post mortem* la – invero non del tutto pacifica – tesi (sulla quale v., più in generale, M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 1062 s.; ID., *Riconoscimento del figlio naturale e p.m.a.*, in *Studium iuris*, 2008, 1127 s.) secondo cui l'instaurazione del rapporto di filiazione fuori del matrimonio prescinde, nel caso di procreazione artificiale, dal compimento di un atto di riconoscimento da parte dei genitori *ex art.* 250 ss. C.c., il riconoscimento in discorso realizzandosi già con l'espressione del consenso alla p.m.a. rilasciato secondo la disciplina dettata dall'art. 6 l. n. 40/2004 (si esprime in tal senso a. A. VALONGO, *op. cit.*, 533 s.; D. GIUNCHEDI, *op. cit.*, 44 ss.; A. PAGLIARO, *op. cit.*, 546).

²³ Pur senza richiamare l'art. 8 l. n. 40/2004 si esprimono in questi termini, oltre agli autori citati nelle note successive, G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2005, 105; T. AULETTA, *op. cit.*, 334. Sulle implicazioni che questa tesi comporta sul piano dell'ordinamento dello stato civile e dei relativi adempimenti, v. D.M. LOCATELLO, *op. cit.*, 766 ss., nonché D. BERLOCO, *Fecondazione omologa post mortem. Pronuncia della cassazione del 15 maggio 2019*, in *St. Civ. It.*, 7, 2019, 4 ss.

Sostiene questa conclusione il rilievo che la norma testé citata non contiene alcun riferimento agli artt. 4 e 5 della legge cit., i quali definiscono i presupposti oggettivi e soggettivi legittimanti l'accesso alla p.m.a., ed invece menziona l'art. 6 della medesima nonché la volontà di ricorrere alla fecondazione assistita espressa dalla coppia, così evidenziando la centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito dell'applicazione di tecniche di fecondazione artificiale e dimostrando una sicura preminenza della tutela del nascituro sotto il profilo del conseguimento della certezza dello *status filiationis*²⁴. Conferma questa soluzione, poi, anche la disciplina del già menzionato art. 9, comma 1°, l. n. 40/2004: facendo intendere che il rapporto di filiazione nel matrimonio o fuori del matrimonio si instaura anche nel caso in cui si è fatto ricorso alla tecnica, (un tempo) del tutto vietata, della fecondazione eterologa, con preclusione della facoltà del membro maschile della coppia di esercitare l'azione di disconoscimento (se coniugato con la madre) o di impugnare il riconoscimento (se non coniugato con la madre), la norma in discorso induce infatti a ritenere che le medesime conseguenze debbano a maggior ragione prodursi anche nelle ipotesi in cui la fecondazione omologa, in astratto consentita, sia stata in concreto posta in essere in mancanza di uno dei requisiti di ammissibilità – nel nostro caso, l'esistenza in vita di entrambi i componenti la coppia – previsti dalla legge, mancanza alla quale fa del resto da contraltare, nell'ipotesi in esame, la certezza della derivazione biologica del nato dal marito o dal compagno della madre²⁵.

Non costituiscono, invece, un valido supporto della tesi in esame quei passaggi giurisprudenziali in cui viene evocato lo scenario di una «procreazione nella società della globalizzazione» caratterizzata da «un particolare dinamismo, subordinato agli interessi concreti che è volta a soddisfare», e nel quale «la genitorialità spesso può anche scindersi dal nesso col matrimonio e dalla famiglia, declinandosi in una molteplicità di contesti prima ritenuti inediti», per dedurre la necessità di «superare i confini della tradizione ed accettare, regolandoli, i nuovi percorsi della genitorialità», antepo- nendo la preminente esigenza di tutelare la posizione di chi è nato al rigido rispetto dei «divieti di genitorialità pure evincibili dal nostro ordinamento», in modo da offrire «una tutela sistematica (e non più occasionale) dei fenomeni prima sconosciuti o ritenuti minoritari»²⁶. Queste argomentazioni, infatti, de-

²⁴ Come rileva C. FAVILLI, *op. cit.*, 81 s., nell'ambito della p.m.a. *post mortem* il profilo del consenso all'assunzione della genitorialità non dev'essere peraltro sovraccaricato di significato, perché si tratta di un contesto «nel quale è impedita *ab initio* la possibilità di profilare un rapporto tra genitore e figlio, ed è parimenti preclusa la possibilità di ravvisare quell'assunzione di responsabilità, che rappresenta la sostanza della filiazione e alla cui effettività tende il sistema speciale di attribuzione dello stato contenuto nella legge n. 40/2004; per tale ragione, del resto, di stato di figlio in questa vicenda non può che parlarsi in una prospettiva puramente formale e non, invece, nel suo pieno significato di concetto evocativo di una posizione giuridica collocata all'interno di un rapporto e fonte di diritti e obblighi nei confronti del genitore».

²⁵ Su tutto questo cfr., tra gli altri, F. NADDEO, *op. cit.*, 92 s.; U. SALANITRO, *op. cit.*, 1734 ss., 1763 ss.; M. FACCIOLI, *op. cit.*, 1063, 1071; C. CIRAOLO, *op. cit.*, 487 ss., 497 ss.; A. VALONGO, *op. cit.*, 533; P. RESCIGNO, *Note in margine alla legge sulla procreazione assistita*, in AA.VV., *La fecondazione assistita: riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 38; C. CAVAIANI, *Procreazione assistita e status filiationis*, in M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, 2010, 101 s. In giurisprudenza questa soluzione, dopo essere stata delineata da Trib. Messina, 28 settembre 2017 (in *foro it.*, i, 2019, 1430), ha ricevuto l'avallo della suprema corte con Cass. n. 13000/2019, cit., per poi essere confermata, seppure senza la necessità di prendere una decisione sul punto, da Trib. Lecce, 24 giugno 2019, cit.

²⁶ Sono affermazioni di Cass. n. 13000/2019, cit.

stano l'impressione che il giudice, reputando ingiustificato il divieto di fecondazione *post mortem* stabilito dal legislatore, si ritenga legittimato a superarlo in via ermeneutica riconducendo alla fattispecie che realizza la sua violazione le medesime conseguenze che si producono, in punto di genitorialità, nel caso di procreazione assistita realizzata in conformità alla legge: operazione, questa, che però travalica i compiti e le prerogative della magistratura, la quale è piuttosto chiamata a sollevare, laddove ritenga di trovarsi di fronte ad una scelta normativa inappropriata, la questione della sua legittimità costituzionale²⁷.

D'altro canto, l'idea stessa che la tutela degli interessi del minore nato da p.m.a. *post mortem* necessariamente imponga di riconoscere il rapporto genitoriale con il padre defunto è meno scontata di quello che potrebbe a prima vista sembrare. Tale conclusione è, invero, assai difficilmente contestabile nei casi di impianto *post mortem*, posto che tale fattispecie è da considerare lecita per l'esigenza di tutelare il diritto alla vita dell'embrione ormai formatosi al momento della morte del membro maschile della coppia²⁸. Nelle ipotesi in cui, invece, si utilizza illecitamente il seme crioconservato dell'uomo o prelevato dal suo cadavere dopo il decesso, secondo taluno

«proprio l'esistenza di un divieto legislativo di fecondazione *post mortem* dovrebbe indurre l'interprete a concludere in senso opposto. E ciò perché, a ben vedere, quel divieto trova la sua ragion d'essere appunto nell'idea che l'accertamento della paternità di chi sia già defunto al momento del concepimento rappresenti un grave pregiudizio per il nato. [...] In realtà, più precisamente, il divieto di fecondazione *post mortem* intende evitare il concepimento – e non la nascita – di un orfano di padre: un risultato che la tecnica omologa di fecondazione assistita rende nondimeno astrattamente possibile. E ciò perché si ritiene evidentemente che in tal modo si attingerebbe un livello di strumentalizzazione davvero intollerabile del nato, non più bilanciato dal preteso interesse fondamentale degli adulti alla genitorialità».

Sulla scorta di questa premessa, si è allora concluso che

«l'accertamento della paternità in capo a chi fosse già defunto al tempo del concepimento e avesse autorizzato l'utilizzo *post mortem* del suo seme crioconservato rimarrebbe quale segno indelebile di quella che l'ordinamento considera una strumentalizzazione intollerabile del nato»

e, pertanto, che proprio «nell'interesse del minore – per evitare il perpetuarsi di una strumentalizzazione a suo carico – la paternità biologica debba essere rimossa e occultata» nei casi in discorso²⁹.

Che si ritenga o meno di condividerle, tali riflessioni appaiono, senza dubbio, suggestive e stimolanti, se non altro perché confermano quanto sia indeterminato, opinabile e difficile da definire in maniera precisa quel concetto di interesse del minore che ciononostante sembra essere «dotato di un valore taumaturgico: ogni decisione, qualunque ne sia il contenuto, acquista subito un connotato di valore

²⁷ cfr. E. BILOTTI, *op. cit.*; M. FACCIOLI, *La condizione giuridica*, cit., 1285.

²⁸ I. BARONE, *op. cit.*, 961.

²⁹ sono affermazioni di E. BILOTTI, *op. cit.* (corsivi dell'autore), alle quali ha poi aderito I. BARONE, *op. cit.*, 959 ss., soggiungendo come tale soluzione parrebbe giustificarsi anche alla luce dell'esigenza di tutelare la dignità umana di cui l'embrione è portatore. Con riguardo a quest'ultimo profilo v., *ex multis*, A. SPADARO, *Il "concepito": questo sconosciuto...*, in *questa rivista*, 2019, 419 ss.; F.D. BUSNELLI, *nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, II, 2017, 393 ss.; R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 1554 ss.

positivo per il solo fatto di essere qualificata come “conforme all’interesse del minore”, come fosse toccata da una bacchetta magica»³⁰.

4. I diritti successori

Destano notevole interesse pure le implicazioni di diritto successorio della procreazione assistita *post mortem*, tema che è stato autorevolmente definito «il vero grande problema in tema di capacità di succedere all’inizio del terzo millennio»³¹.

La successione testamentaria del nato da p.m.a. *post mortem* invero non presenta alcun aspetto critico, considerato che l’art. 462, comma 3°, c.c. attribuisce espressamente la capacità di ricevere per testamento anche al non concepito³²; secondo taluno, anzi, il lascito testamentario al “figlio in provetta” da parte del padre defunto, oltre a non presentare problemi di ammissibilità, potrebbe essere pure valorizzato quale indice del consenso dell’uomo alla fecondazione assistita *post mortem*³³.

La questione emerge, invece, in tutta la sua gravità con riguardo alla successione legittima³⁴ e pare dover essere risolta in sintonia con la soluzione che si ritenga di accogliere in merito allo *status filiationis* del nato, così da evitare di introdurre nell’ordinamento quella che sarebbe una inedita (e fortemente anomala) scissione tra stato familiare e diritti successori attribuiti al medesimo individuo³⁵: si ripropone dunque, pure in questo ambito, l’alternativa fra l’applicazione delle norme del codice civile e la ricerca della soluzione nella disciplina della legge sulla p.m.a. già vista nel par. precedente.

Chiamando in causa l’art. 462 c.c., secondo cui «sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell’apertura della successione», la prima prospettiva ricostruisce diversamente il diritto del nato da procreazione assistita *post mortem* di partecipare alla successione legittima del

³⁰ In argomento, v. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 86 ss., al quale appartengono anche le parole da ultimo citate nel testo (corsivi dell’autore).

³¹ E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di capacità di succedere e di indegnità*, in *Famiglia*, 2006, 57.

³² R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 191; A. NATALE, *op. cit.*, 534; C. FAVILLI, *op. cit.*, 78; G. COPPOLA, *Procreazione assistita e capacità di succedere dei concepiti post mortem patris*, in *Teoria storia dir. Priv.*, 2015, 22 s.

³³ A. MIRANDA, «*Tragic choice*» in *Italy: brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. Fam. Pers.*, I, 1999, 240.

³⁴ Ai sostenitori della tesi, esposta nella parte conclusiva del par. precedente, che ritiene doversi disconoscere la genitorialità del padre defunto nei casi di fecondazione *post mortem*, invero «non sfugge che un esito di questo tipo potrebbe comportare a carico del nato un sacrificio di ordine patrimoniale. Quest’ultimo, infatti, insieme all’accertamento della paternità sarebbe privato anche dei connessi diritti successori». Al riguardo si è ritenuto, peraltro, di poter ribattere che «proprio il riconoscimento dei diritti successori in capo al nato da fecondazione *post mortem* potrebbe indurre nella madre condotte finalizzate a incidere sull’amministrazione dei beni o sulla loro stessa destinazione, con ulteriore strumentalizzazione del nato. Si deve poi considerare che, ai sensi dell’art. 462, co. 3, cod. civ., anche i non concepiti possono essere destinatari di disposizioni testamentarie purché si tratti di figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, sicché chi consente all’impiego *post mortem* del proprio seme crioconservato potrebbe anche disporre a favore del nato. In ogni caso, anche a voler ritenere che il mancato accertamento della paternità porti con sé un possibile pregiudizio di ordine patrimoniale per il nato da fecondazione *post mortem*, non sembra comunque ragionevole che, per scongiurare una simile eventualità, possa mettersi in discussione una valutazione normativa che, come si è visto, si fonda sull’intento di evitare un grave pregiudizio alla dignità della persona» (E. BILOTTI, *op. cit.*).

³⁵ E. MOSCATI, *op. cit.*, 61; A. NATALE, *op. cit.*, 532; v. D’ALESSANDRO, *op. cit.*, 669.

padre in conseguenza del modo in cui ritiene di interpretare la disciplina in discorso: una sua applicazione letterale porterebbe ad attribuire pretese successorie solamente a chi nasca da un embrione già impiantato nell'utero materno al momento della morte del padre³⁶; l'interpretazione evolutiva del concetto di "concepimento" di cui si è già detto nel par. precedente consentirebbe, invece, di ammettere il nato alla successione in tutti i casi in cui il decesso avvenga dopo la formazione dell'embrione, anche se non ancora impiantato nel grembo materno, mentre varrebbe la soluzione opposta per il figlio nato da crioconservazione dei soli gameti³⁷.

Questa tesi si espone, però, agli stessi rilievi critici ai quali abbiamo visto andare incontro l'impostazione che vorrebbe determinare lo *status filiationis* del figlio procreato *post mortem* sulla scorta delle previsioni codicistiche: anche sul piano successorio, cioè, le soluzioni elaborate sulla base di quella disciplina appaiono artificiali forzature e comportano una irragionevole disparità di trattamento fra nati da procreazione artificiale *post mortem* in conseguenza del momento della formazione dell'embrione e della morte del padre³⁸, sicché appare preferibile, pure con riguardo al profilo ereditario, fare riferimento all'art. 8 l. n. 40/2004 e, pertanto, riconoscere senz'altro a quel soggetto i diritti successori che gli spettano quale figlio nato nel matrimonio o al di fuori del matrimonio del defunto marito o compagno della madre³⁹.

Che si accolga l'una o l'altra delle due impostazioni, l'attribuzione di diritti successori al nato da fecondazione assistita *post mortem* solleva, poi, il problema di fronteggiare l'incertezza circa i tempi e il contenuto della successione ingenerata dalla possibilità di conservare, anche per lungo tempo, il seme dell'uomo così come gli embrioni eventualmente già formati al momento del suo decesso. Anche con riguardo a questo profilo sono state ipotizzate diverse soluzioni.

Secondo un orientamento, si dovrebbe fare ricorso alle previsioni codicistiche dettate per la successione del *concepturus*, soggetto la cui vocazione è subordinata alla condizione sospensiva impropria rappresentata dalla nascita: ai sensi dell'art. 643 c.c. l'amministrazione dei beni ereditari verrebbe, quindi, temporaneamente attribuita ai chiamati in ordine successivo, mentre l'art. 715 c.c. precluderebbe la divisione ereditaria fino alla venuta ad esistenza del soggetto, salvo autorizzazione del giudice⁴⁰.

Altri ha tuttavia rilevato come tale soluzione, fondata sull'applicazione di norme dettate sulla base delle tempistiche proprie della procreazione naturale, si riveli fortemente sconveniente e irragionevolmente lesiva degli interessi degli altri coeredi quando calata nel contesto della procreazione artificiale, fenomeno potenzialmente in grado di protrarsi per periodi di tempo molto lunghi nonché di riguardare un elevato numero di embrioni. Per queste ragioni, potrebbe allora preferirsi una soluzione che, equiparando la posizione del soggetto procreato *post mortem* a quella in cui si trova il figlio nato fuori del matrimonio in caso di accertamento giudiziale della paternità intervenuto dopo il decesso

³⁶ Sembrano orientati in tal senso E. MOSCATI, *op. cit.*, 61 e A. NATALE, *op. cit.*, 533 s.

³⁷ R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 190; G. CASSANO, *op. cit.*, 389; Trib. Palermo, 1° agosto 1999, cit.

³⁸ Condividono questi rilievi, del resto, gli stessi autori citati in nota 36, ai quali si aggiunge G. COPPOLA, *op. cit.*, 6 ss.

³⁹ U. SALANITRO, *op. cit.*, 1765; M. FACCIOLO, *op. cit.*, 1071; M. RIZZUTI, *op. cit.*, 34; v. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 670 ss.

⁴⁰ v., anche per ulteriori citazioni di dottrina conforme, R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 190 s.; C. FAVILLI, *op. cit.*, 77; A. MUSIO, *Misure di tutela dell'embrione*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita*, cit., 246.

del genitore⁴¹, gli attribuisca la possibilità di esperire la *petitio hereditatis* – o di agire in riduzione, qualora ne sussistano i presupposti – nei confronti di quanti siano nel frattempo addivenuti alla successione del padre⁴². Accogliendo tale prospettiva, parrebbe potersi poi affermare che la nascita del figlio da procreazione assistita *post mortem* è idonea a comportare pure la revoca del testamento eventualmente lasciato dal padre *ex art. 687 c.c.*, sulla scorta dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale che reputa tale norma applicabile anche nel caso di sopravvenuto accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale⁴³.

5. Pretese risarcitorie nei confronti della madre e del personale medico?

Il rilievo, già evidenziato nelle pagine precedenti, che il divieto di fecondazione assistita *post mortem* esprime la repulsione dell'ordinamento verso l'operato di chi programma e realizza la generazione artificiale di un individuo destinato a nascere orfano di padre porta, infine, a chiedersi se colui che è stato in tal modo procreato possa pretendere dalla madre, e/o dal personale medico che ha assistito quest'ultima, un risarcimento del danno per averlo messo al mondo in quella sfortunata condizione. Alla domanda, forse provocatoria ma non del tutto peregrina se si pensa all'ampio e ben noto dibattito sviluppatosi in tema di *wrongful life* e danno da procreazione⁴⁴, è tuttavia agevole fornire una risposta negativa: analogamente a quanto è stato infine chiarito dalle Sezioni Unite in materia di danno da nascita indesiderata⁴⁵, sarebbe, infatti, palesemente inconcepibile che il soggetto di cui si discute, lamentando il disagio esistenziale dovuto alla mancanza della figura paterna, potesse ottenere

⁴¹ Sul diritto di partecipare alla successione del padre facente capo al figlio non matrimoniale in caso di dichiarazione giudiziale di paternità intervenuta *post mortem patris*, v., *ex multis*, A. SASSI, *Stato di figlio e diritti ereditari*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., 705; M. SESTA, *Filiazione (Dir. Civ.)*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2015, 472; M. DOGLIOTTI, *La filiazione fuori del matrimonio. Artt. 250-290*, in *Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2015, 441 s.

⁴² M. RIZZUTI, *op. cit.*, 34 ss.

⁴³ sul punto v., *ex multis*, E. BILOTTI, *Testamento, sopravvenienza di figli ulteriori, successivo accertamento giudiziale dello status*, in *Fam. Dir.*, 2018, 556 ss.; R. OMODEI SALÈ, *La revocazione del testamento per sopravvenienza di figli (nella dinamica della devoluzione ereditaria)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2019, 751.

⁴⁴ Sebbene la casistica giurisprudenziale e la riflessione dottrinale *in subiecta materia* si siano sviluppate avendo precipuamente riguardo alla responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie che assistono la donna durante la gravidanza e il parto, la discussione si è talvolta occupata anche della configurabilità di una responsabilità dei genitori per danno da procreazione, responsabilità che potrebbe per esempio trovare fondamento, secondo quanto deciso da una risalente pronuncia di merito, dal fatto di avere trasmesso una malattia venerea al figlio con il concepimento (Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *foro it.*, I, 1951, 987). La dottrina di gran lunga maggioritaria, tuttavia, ha sempre ritenuto che il ricevere la vita, per quanto questa possa essere sventurata e disagiata, non può mai essere considerato un danno per colui che viene procreato e una fonte di responsabilità per chi lo ha messo al mondo: in argomento v., fra gli altri, S. LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 251 ss.; M. FOGLIA, *Nascita indesiderata e danno al nascituro*, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, II, 2017, 276 ss., 286 s.

⁴⁵ Da Cass., Sez. Un., 22 gennaio 2015, n. 25767, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, I, 2016, 443, poi confermata da Cass., 11 aprile 2017, n. 9251, in *Danno resp.*, 2017, 549. Per una più ampia disamina sul punto v., *ex multis*, M. POLI, *Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell'esperienza italiana*, in *questa rivista*, 2018, 33 ss.

un risarcimento fondato sul fatto stesso di avergli dato la vita, posto che se tale condotta non avesse avuto luogo egli non godrebbe certo di un'esistenza migliore, bensì nemmeno esisterebbe⁴⁶.

6. Conclusioni e prospettive di riforma

Le vicende della p.m.a. *post mortem* costituiscono una fedele testimonianza della contrapposizione tra l'«inerzia parlamentare» e l'«attivismo giurisprudenziale» che notoriamente caratterizzano la fecondazione assistita⁴⁷, materia che non a torto è stata indicata come «emblematica del ruolo della legge e del giudice nell'attuale sistema delle fonti»⁴⁸.

Se la necessità di un'apposita disciplina normativa delle conseguenze della p.m.a. *post mortem* in punto di *status filiationis* e diritti successori del nato viene da sempre avvertita dalla gran parte della dottrina, conseguentemente deplorando il silenzio serbato dalla l. n. 40/2004 al riguardo⁴⁹, taluni si mostrano pure favorevoli a superare, almeno entro certi limiti, il divieto concernente la pratica in esame⁵⁰, ritenendo che quest'ultima non sia affatto incompatibile con i principi e i valori del nostro ordinamento, come dimostra il fatto che la stessa era ammessa da alcuni d.d.l. in materia elaborati in epoca antecedente alla l. n. 40/2004⁵¹. Anche prendendo spunto dalla normativa dei Paesi stranieri che si muovono in tal senso⁵², in questa prospettiva si auspica, quindi, l'introduzione di una disciplina della p.m.a. *post mortem patris* sviluppata attorno ai seguenti principi fondamentali: l'attribuzione, all'uomo, della facoltà di disporre che i suoi gameti vengano utilizzati dopo il suo decesso per completare la procedura di fecondazione assistita iniziata quando egli era in vita; la predeterminazione di un limite temporale massimo, successivo alla morte dell'uomo, entro il quale la procedura deve concludersi; l'esplicito riconoscimento, al soggetto nato da p.m.a. *post mortem*, del rapporto genitoriale con il padre accompagnato dai relativi diritti successori⁵³.

D'altro canto, se da un lato è vero che la pratica in discorso consente di aggirare l'ostacolo costituito dalla fine della vita umana⁵⁴ e che, da questo punto di vista, essa potrebbe anche apparire la più

⁴⁶ G. CASSANO, *op. cit.*, 391; A. SCALERA, *op. cit.*, 493; M. RIZZUTI, *op. cit.*, 32 s. Secondo A. MARCHESE, *op. cit.*, 227, comunque «resta da chiedersi se tale comportamento materiale non integri gli estremi di una nuova ipotesi di "atto lecito dannoso" e se pertanto non spetti al nuovo nato un'adeguata indennità».

⁴⁷ v., *ex multis*, L. CHIEFFI, *op. cit.*, 47 ss., 98 ss., al quale appartengono le espressioni riportate nel testo.

⁴⁸ G. VETTORI, *La fecondazione assistita fra legge e giudici*, in *Pers. Merc.*, 2016, 4.

⁴⁹ v., fra gli altri, E. MOSCATI, *op. cit.*, 58; G. COPPOLA, *op. cit.*, 23; A. PAGLIARO, *op. cit.*, 555; C. FAVILLI, *op. cit.*, 78; A. NATALE, *op. cit.*, 534.

⁵⁰ Per una recente presa di posizione in favore del divieto in discorso v., peraltro, A. MORACE PINELLI, *La filiazione da p.m.a. e gli spinosi problemi della maternità surrogata e della procreazione «post mortem»*, in *foro it.*, I, 2019, 3356, secondo cui «in via generale, benché la richiesta di procreazione *post mortem* possa non essere capricciosa, tale tecnica di p.m.a., ideologicamente radicata sull'esaltazione dell'autodeterminazione della donna, appare lesiva dei diritti del nascituro, il cui interesse non può essere ridotto al venire comunque ad esistenza [...]. La vita che nasce artificialmente, senza un genitore, lede il fondamentale diritto alla bigenitorialità di cui il minore è portatore».

⁵¹ A. GORGONI, *op. cit.*, 402 ss.; F. NADDEO, *op. cit.*, 79 ss.

⁵² La procreazione assistita *post mortem* è ammessa, per esempio, in Spagna, in Grecia e nel Regno Unito.

⁵³ Su questi aspetti v., in particolare, A. VALONGO, *op. cit.*, 535 ss.

⁵⁴ Lo evidenzia G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in *foro it.*, I, 2019, 2010: «qui viene in rilievo non tanto la genitorialità sociale, quanto – in contrasto addirittura con il senso comune – il riconoscimento della genitorialità *rectius*, della paternità, in capo a chi, al momen-

“estrema” e “innaturale” delle molteplici conformazioni assumibili dalla fecondazione artificiale, quasi l’ultima e più avveniristica frontiera del fenomeno, dall’altro lato lo studio del passato smentisce questa impressione, perché ci tramanda che già ai soldati e agli astronauti impegnati nelle guerre e nelle missioni spaziali del secolo scorso era permesso lasciare alle mogli un campione del proprio seme con il quale tentare di avere un figlio nel caso in cui non avessero fatto ritorno⁵⁵.

to dello stesso concepimento del figlio, era morto da tempo; è così superato e vinto quello che è stato definito l'ultimo tabù, quello della morte: o, se si preferisce, è l'estremo trionfo dei morti anche nel mondo del diritto».

⁵⁵ A. MARCHESE, *op. cit.*, 211 s. Per ulteriori ragguagli circa le origini storiche della pratica, v. M. RIZZUTI, *op. cit.*, 39, nt. 41.