

## Diritto successorio e procreazione assistita

Marco Rizzuti\*

INHERITANCE LAW AND ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY

ABSTRACT: Biotechnologies have reshaped Family Law and now they are consequently challenging traditional Inheritance Law principles. The paper analyses the legal aspects of Posthumous Embryo Transfer, recently authorized by Italian judges, and of Post-Mortem Fertilisation, still prohibited in the most part of Europe, because of its contrast with Public Policy, but allowed in other Western Countries. It also raises the question of the new role of Private Wills in this particular context.

KEYWORDS: Posthumous assisted reproduction; Inheritance; Will; Public policy; Human embryo.

SOMMARIO: 1. Dalla famiglia alle successioni. – 2. La posizione successoria del postumo. – 3. La fecondazione *post mortem*. – 4. Il ruolo dell'autonomia privata.

### 1. Dalla famiglia alle successioni

Limitandosi ad un'osservazione superficiale, un contatto fra i temi della riproduzione artificiale ed il fenomeno della successione *mortis causa*, da sempre intimamente connesso alla realtà del diritto familiare<sup>1</sup>, potrebbe sembrare privo di una sua specifica rilevanza nel nostro ordinamento. La legislazione italiana, infatti, da una parte, sancisce che alla procreazione assistita possono ricorrere solo coppie di persone entrambe viventi e, dall'altra, provvede già ad attribuire al nato uno *status filiationis* da cui dipenderanno anche i riflessi successori<sup>2</sup>. In realtà, il quadro si presenta molto più problematico, poiché tali regole si presentano oggi come meri frammenti di un sistema in larga parte scardinato dagli interventi giurisprudenziali.

Si pensi, anzitutto, al meccanismo che prevedeva l'obbligo di procedere all'unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni, comunque prodotti in numero non superiore a tre, e vietava la crioconservazione di quelli soprannumerari o meglio ne rendeva impossibile la stessa sussistenza, giacché nessun embrione sarebbe potuto risultare soprannumerario. Al più si ammetteva la conservazione per brevi periodi di embrioni comunque destinati all'impianto, qualora serie ragioni ne giustificassero il differimento<sup>3</sup>. Invero, era da subito abbastanza evidente che l'impianto non potesse intendersi come coercibile, a pena di una gravissima violazione della dignità della donna che, nell'ipotesi assurda in cui qualcuno avesse preso alla lettera certi passaggi della disciplina, avrebbe corso il rischio di una

\* *Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Firenze. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco.*

<sup>1</sup> Già E. GANS, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, Berlin, 1824, I, 33, avvertiva che il diritto ereditario di un popolo non può essere compreso al di fuori del contesto rappresentato dal diritto di famiglia.

<sup>2</sup> Il riferimento è, rispettivamente, all'art. 5 ed agli artt. 8 e 9, legge 19 febbraio 2004, n. 40.

<sup>3</sup> Si allude al testo originario dell'art. 14, commi 2 e 3, legge 40 del 2004.

sorta di stupro biotecnologico, un esito palesemente incompatibile con i principi del sistema. Si poteva, però, ancora supporre che a rifiutare l'impianto sarebbero state pochissime persone, considerando quanto forte è solitamente il desiderio di genitorialità in chi si avvale della procreazione assistita e che ulteriori valutazioni rimanevano precluse dal divieto della diagnosi preimpianto.

Ormai di tutta questa costruzione non parrebbe esser rimasta più traccia. Il numero di embrioni da produrre è nuovamente rimesso alla discrezionalità del medico<sup>4</sup>, che lo stabilirà in modo da aumentare le probabilità di successo, per cui esso risulterà il più delle volte incompatibile con un ipotetico impianto unitario, laddove non si vogliono determinare gravidanze letali magari con decine di gemelli. Pertanto, è normale prassi che solo alcuni degli embrioni prodotti vengano impiantati mentre gli altri sono conservati per futuri tentativi oppure conservati senza nemmeno tale prospettiva, qualora la diagnosi genetica, ormai pienamente legittimata, ne riveli anomalie incompatibili con il progetto degli aspiranti genitori di avere un "figlio sano"<sup>5</sup>.

Considerando la ragguardevole quantità di embrioni crioconservati prima del 2004, le ipotesi in cui anche nel pieno vigore della legge 40 non si è potuto realizzare l'impianto e soprattutto il fatto che ogni intervento di procreazione assistita successivo al 2009 ha implicato anche la costituzione di una scorta di embrioni soprannumerari, non possiamo stupirci dell'esistenza ad oggi di una numerosa e crescente popolazione di tali entità. Se aggiungiamo che la crioconservazione può mantenerli vitali per decenni, senza che le normative in materia pongano alcun limite temporale<sup>6</sup>, mentre i genitori sono ovviamente mortali, l'eventualità che all'apertura della successione di uno di loro si ponga anche il problema della sorte dei suoi embrioni crioconservati sembra ormai all'ordine del giorno.

In effetti, almeno uno degli aspetti del problema si è già posto in sede giudiziaria ed è stato risolto, con decisioni di primo grado ma a ben vedere difficilmente modificabili<sup>7</sup>, in una maniera che potrebbe sembrare contrastante con il sistema originario della legge 40. Infatti, benché sia ancora in vigore la regola per cui i genitori dovrebbero essere entrambi viventi, su di essa ha prevalso una diversa norma, originariamente dettata come mera disposizione transitoria con riguardo agli embrioni crioconservati prima del 2004<sup>8</sup> ma ora destinata a disciplinare una situazione non confinata al passato, bensì del tutto normale e ricorrente nel presente. La norma prevede appunto che la donna abbia sempre il diritto di richiedere l'impianto dei suoi embrioni crioconservati e nel "sempre" l'interprete non ha potuto fare a meno di ricomprendere anche l'ipotesi in cui l'altro genitore sia frattanto deceduto. Così, si è ammesso che anche a distanza di anni dalla morte del marito la vedova, ma lo stesso varrebbe evidentemente pure nell'ambito di una coppia di fatto, possa ottenere l'impianto degli embrioni<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151.

<sup>5</sup> Corte Cost., 5 giugno 2015, n. 96, sulla scia di CEDU, 28 agosto, 2012, *Costa & Pavan c. Italie*, ha dichiarato illegittimo il divieto di accedere alla procreazione assistita per le coppie fertili, ma desiderose di avvalersi della diagnosi preimpianto onde evitare di procreare figli affetti da anomalie genetiche.

<sup>6</sup> A differenza della *sec. 14 Human Fertilisation and Embryology Act* britannico, come emendato nel 2008, che prevede una scadenza massima decennale oltre la quale la crioconservazione cessa e gli embrioni vengono distrutti.

<sup>7</sup> Una volta effettuato l'impianto embrionario, non si vede come una successiva decisione potrebbe mai modificare la situazione, a meno di non voler immaginare per assurdo una sorta di aborto *iussu iudicis*.

<sup>8</sup> L'indicazione è contenuta nelle Linee Guida del Ministero della Salute, attuative dell'art. 7, legge 40 del 2004.

<sup>9</sup> Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, in *Fam. e Dir.*, 2015, 488, con nota di A. SCALERA, ed in *Corr. Giur.*, 2015, 933, con nota di L. ATTADEMO. La stampa nazionale ha anche diffuso la notizia di un caso analogo deciso nell'aprile

La prima osservazione che tali vicende suscitano attiene al ruolo rispettivo che i genitori assumono nel procedimento procreativo in una siffatta ricomposizione del sistema, poiché risulta evidente la assoluta preminenza riconosciuta all'elemento femminile, in quanto il diritto della vedova all'impianto prescinde dall'eventuale consenso o dissenso del defunto marito<sup>10</sup>. D'altronde, si tratta di un'impostazione coerente con un contesto ordinamentale in cui solo alla donna è riconosciuto un diritto alla genitorialità libera e consapevole<sup>11</sup>, *a fortiori* nel contesto della procreazione assistita che la emancipa da vincoli in passato ritenuti "naturali" e che ora propone concretamente l'ipotesi della stessa partenogenesi<sup>12</sup>. Il medesimo principio è stato, peraltro, affermato anche dalla prima giurisprudenza interna circa l'analoga questione della sorte degli embrioni in caso di rottura del legame coniugale o della relazione di fatto fra i genitori. I giudici hanno, infatti, riconosciuto piena discrezionalità alla donna cui l'ex marito non potrebbe né imporre, il che è ovvio, ma nemmeno impedire di procedere all'impianto<sup>13</sup>, come potrebbe invece argomentarsi se volessimo maggiormente valorizzare l'autonomia di entrambi i *partners* secondo i modelli che altri ordinamenti ci prospettano<sup>14</sup>.

2015 dal Trib. Reggio Emilia. Prima della legge 40 del 2004 una decisione analoga era stata assunta da Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Fam. e Dir.*, 1999, 52, con nota di M. DOGLIOTTI, e che l'entrata in vigore di tale legge non avesse reso inammissibili siffatti interventi lo sostenevano M. FACCIOLE, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. civ. Agg.*, Torino, 2007, III, 1051 ss., nonché A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da P. Zatti e S. Rodotà, Milano, 2011, II, I, 1353.

<sup>10</sup> Il punto è messo in particolare evidenza da Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, *cit.*

<sup>11</sup> Nel sistema di cui alla legge 22 maggio 1978, n. 194, ed al d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, la donna ha, come è noto, il diritto di decidere in ordine all'interruzione della gravidanza oppure al parto in anonimato, senza che la posizione del padre assuma alcun rilievo. Per contro sono scomparsi non solo l'arcaico istituto del *tollere liberos*, ma anche i limiti alla ricerca della paternità naturale che vigevano sino al 1975, benché attenuati rispetto al *Code Napoleon*, per cui l'uomo non ha alcuna possibilità giuridica di sottrarsi alle proprie responsabilità genitoriali.

<sup>12</sup> La partenogenesi è una forma di riproduzione asessuata consistente nella mitosi dell'ovulo non fecondato, che per certe specie viventi è la normale modalità di procreazione e negli umani talvolta origina masse tumorali a livello ovarico, ma che oggi viene anche indotta in laboratorio con stimoli meccanici, chimici o elettrici (J.K. FINLAY & AL., *Human Embryo: a Biological Definition*, in *Human Reproduction*, 2007, 905 ss.), allo scopo di produrre cellule staminali che, non essendo derivate da un'entità capace di svilupparsi in un essere umano senza ulteriori manipolazioni, sono state ritenute brevettabili da CGUE, 18 dicembre 2014, *Comptroller*, in contrasto con la correlativa disciplina americana di cui al *Dickey-Wicker Amendment*, ed anche col precedente della stessa CGUE, 18 ottobre 2011, *Brustle* (R. ROMANO, *Certezza del diritto, incertezza della scienza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 258 ss.; S. PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione normativa di embrione umano*, in *Quad. Cost.*, 2015, 213 ss.; I. RIVERA, *La tutela dell'embrione umano e la brevettabilità del vivente alla luce dei più recenti sviuppi giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 1, 2015, 29 ss.). Può essere significativo ricordare come il termine derivi da Παρθενος, epiteto che, prima di essere cristianizzato con l'attribuzione a Maria, caratterizzava Atena ed altre deità, cui il mito riferiva nascite verginali, ultima traccia di quando i primitivi avevano creduto che le donne generassero da sole, o grazie a spiriti ed energie naturali, il sesso servisse solo al piacere ed allevare i nati fosse un dovere collettivo a prescindere dalla paternità (E.S. HARTLAND, *Primitive Paternity*, London, 1909; B. MALINOWSKI, *The Family among the Australian Aborigines*, London, 1913; ID., *The Sexual Life of Savages in North-Western Melanesia*, London, 1932; R. GRAVES, *I miti greci*, trad. it., Milano, 1963, 5), tutte idee che, dopo esser riaffiorate negli ironici libretti settecenteschi dedicati a *Lucina sine Concubitu* e *Concubitus sine Lucina* (L.S. SBIROLI, *Libertine o madri illibate*, Venezia, 1989), sembrano ora sul punto di essere inverate dallo sviluppo delle biotecnologie.

<sup>13</sup> Trib. Roma, 19 luglio 2013, ha paragonato l'ipotesi a quella di un uomo che pretendesse di imporre alla moglie l'interruzione della gravidanza.

<sup>14</sup> CEDU, 10 aprile 2007, *Evans vs. United Kingdom*, ha ritenuto legittima la normativa inglese che consente all'uomo di richiedere la distruzione dei suoi embrioni crioconservati dopo la fine della relazione con la donna,

Insomma, viene meno quella logica di *imitatio naturae* e di tutela del valore della bigenitorialità eterosessuale su cui si informava l'originaria regolamentazione della riproduzione assistita e si affermano, invece, i diritti procreativi della donna *single*, vedova o divorziata. Sarebbe, del resto, arduo formulare un giudizio di inammissibilità nei confronti della famiglia uniparentale, la cui ampia diffusione sociale è facilmente ricavabile dalle statistiche su separazioni e divorzi, ed è noto come stiano iniziando a vacillare anche le norme che impediscono un'applicazione della procreazione assistita volta alla costituzione di famiglie omogenitoriali<sup>15</sup>.

Il profilo più delicato è, però, quello attinente alla posizione dell'embrione e poi del nato. Volendo "prendere sul serio" il suo diritto internazionalmente riconosciuto alla duplice figura genitoriale<sup>16</sup>, si potrebbe ravvisarne una lesione nella deliberata procreazione di un figlio privo della figura paterna. Ne deriverebbe la prospettabilità di un'azione risarcitoria per i danni da *wrongful life*, un'espressione che del resto era entrata nel dibattito giuridico proprio con riguardo all'irresponsabile costituzione di *status* familiari anomali<sup>17</sup>. Alcuni hanno obiettato che l'evento che dà al nato la vita non può comunque vedersi come fonte di danni risarcibili e insomma che qualunque esistenza deve ritenersi preferibile alla non esistenza<sup>18</sup>. D'altra parte, nel diverso ambito cui la predetta nozione di *wrongful life* è stata applicata, quello delle patologie congenite o ereditarie, non sono mancati orientamenti favorevoli alla configurabilità del concetto di vita dannosa<sup>19</sup>. Come dimostrano, poi, altri ben noti di-

---

anche se costei voleva invece impiantarli. Analogamente *Supreme Court of Ireland*, 15 dicembre 2009, *Roche vs. Roche*, ha riconosciuto all'ex marito il diritto di impedire alla moglie divorziata l'impianto di embrioni che erano stati crioconservati prima della fine del matrimonio. Più di recente, *Illinois Appeal Court*, 12 giugno 2015, *Szafanski vs. Dunston*, pur accogliendo la pretesa della donna di impiantare gli embrioni dell'ex *partner*, lo ha fatto seguendo una logica contrattualistica e valorizzando un accordo verbale intercorso fra i due al momento della fine della relazione.

<sup>15</sup> Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, ha ritenuto ammissibile l'adozione speciale di un minore da parte della convivente lesbica della madre, mentre Trib. Min. Bologna, 10 novembre 2014, ha rimesso alla Corte Cost. la questione della legittimità del divieto di riconoscere analoghe adozioni straniere, che dovrebbe essere discussa all'udienza del 18 novembre 2015. Frattanto App. Torino, 29 ottobre 2014, ha ritenuto trascrivibile e non contrastante con l'ordine pubblico italiano il certificato di stato civile spagnolo che attribuisce ad un minore lo *status* di figlio di due madri, di cui l'una ha fornito l'ovocita, fecondato da anonimo datore di gameti, e l'altra ha portato a termine la gravidanza. La questione della *stepchild adoption* rappresenta, peraltro, uno dei punti più dibattuti del noto d.d.l. Cirinnà, sulla regolamentazione delle convivenze e delle unioni civili. Ancora più rilevanti sarebbero, poi, gli esiti dell'applicazione agli esseri umani di quelle tecniche sperimentali che consentirebbero alle donne di produrre anche gameti maschili, e viceversa, con cui si potrebbe fecondare il/la *partner*, o al limite autofecondarsi, senza bisogno di un intervento eterologo (C.A. REDÌ, M. MONTI, *Gameti artificiali*, in *Le Scienze*, 2015, n. 562).

<sup>16</sup> Il riferimento è alla Convenzione di New York sui Diritti del Fanciullo del 20 novembre 1989, ma anche alla nostra legge 8 febbraio 2006, n. 54, che ha voluto elevare a regola generale l'affidamento condiviso, proprio in nome del valore della bigenitorialità.

<sup>17</sup> Si allude ad *Appellate Court of Illinois*, 3 aprile 1963, *Zepeda vs. Zepeda*, in cui un figlio naturale chiese al padre il risarcimento dei danni morali «for the deprivation of his right to be a legitimate child, to have a normal home, to have a legal father, to inherit from his father ... and for being stigmatized as a bastard». I giudici, pur ritenendo che il padre adultero fosse in torto, preferirono rimettere al legislatore la delimitazione dei presupposti di risarcibilità dei danni da *wrongful life* (F. BRUNETTA D'USSEAU, *Esistere per il diritto*, Milano 2001, 125 ss.).

<sup>18</sup> Così, con specifico riferimento al nostro tema, G. CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*, in *Fam. e Dir.*, 1999, 384.

<sup>19</sup> Già il diritto comune e quello canonico si ponevano il problema se lo scopo di evitare la nascita di *monstra* o di figli malati potesse esimere dal *debitum coniugale* in particolari circostanze (M.S. TESTUZZA, *De coniugio lepro-*

battiti, non sembra un assunto così pacifico nemmeno quello per cui il valore della vita dovrebbe prevalere sempre e comunque su quello della qualità della vita stessa<sup>20</sup>.

Forse, però, ai nostri fini il dubbio può essere risolto senza intraprendere la disamina di così ardue problematiche. Basterà osservare che l'embrione preesisteva al decesso del padre, per cui, benché i tempi siano dilatati rispetto ai nove mesi canonici, la sua posizione non è diversa da quella in cui si venga a trovare chi rimanga orfano durante la gravidanza, eventualità che si è sempre verificata e non ha mai indotto ad ipotizzare un obbligo per la donna di abortire onde evitare la nascita di un figlio leso nel suo diritto alla bigenitorialità. Piuttosto, come si è ammessa una responsabilità nei confronti del nato di chi l'ha davvero privato della figura paterna cagionando illecitamente la morte del genitore<sup>21</sup>, così sarà plausibile estendere l'ipotesi pure a questa particolare categoria di figli postumi.

## 2. La posizione successoria del postumo

Già al diritto romano la successione dei postumi poneva questioni tecniche di difficile soluzione, trattandosi di vicenda comunque anomala rispetto agli schemi usuali<sup>22</sup>. Alcune delle regole derivateci da quell'esperienza giuridica sono ora messe alla prova dalle nuove ipotesi di nascita postuma che la tecnica consente e che esse non potevano ovviamente prevedere. Emerge in particolare la questione dello *status*, poiché l'impianto *post mortem* può essere praticato anche a distanza di anni dal momento del decesso ed è in ogni caso assai probabile che il parto avrà luogo ben oltre il periodo che tradizionalmente consentiva di presumere la filiazione<sup>23</sup>. Ovviamente esclusa è anche l'ipotesi di un riconoscimento della paternità del nato, ed ha invero poco senso prospettare l'anticipazione di un ta-

---

*sorum: antiche questioni di bio-diritto*, in *Forum Historiae Iuris*, 15 novembre 2012), mentre J.S. MILL, *On liberty*, trad. it., Milano, 1981, 141, definiva un «crimine morale» generare una persona senza potergli assicurare «almeno le normali probabilità di condurre un'esistenza desiderabile». Nel nostro ordinamento, Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 987, ha riconosciuto il diritto del figlio ad essere risarcito dai genitori che concedendolo gli avevano trasmesso la luce (P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 614 ss.). Più di recente, *Cour de Cassation*, 17 novembre 2000, *Perruche*, e poi Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, hanno condannato il medico, che non aveva informato la donna sulle anomalie del feto, negandole così la possibilità di una scelta abortiva, a risarcire il danno non solo a costei, ma anche al nato. La questione è stata poi rimessa all'esame delle Sezioni Unite da Cass., 23 febbraio 2015, n. 3569 (L. CONTE, *Danno da nascita indesiderata e danno da nascita malformata: la parola alle sezioni unite*, in questa *Rivista*, 2015, 2, 261 ss.).

<sup>20</sup> Alludiamo alle drammatiche questioni del fine vita, recentemente manifestatesi nei notissimi casi di E. Englaro, P. Welby e T. Schiavo, su cui in questa sede non possiamo intrattenerci.

<sup>21</sup> Si veda, fra le più recenti, Cass., 10 marzo 2014, n. 5509.

<sup>22</sup> L'*interpretatio* della legislazione decemvirale ricondusse fin dal periodo arcaico il *postumus* fra gli *heredes sui*, mentre la possibilità di istituire un *postumus alienus* fu il prodotto di un'elaborazione più tarda. In ogni caso, tali vicende erano sempre problematiche, perché, vigendo la regola per cui il genitore doveva istituire o diseredare i figli, ed in caso di pretermissione il testamento era *ruptum*, la nascita di un postumo rischiava di sconvolgere l'intero assetto della successione. Nella maggior parte dei casi a premorire era il padre, ma si davano anche casi di maternità postuma quando un figlio vivo, il cosiddetto *nonnatus*, era estratto *exsecto ventre* da una donna appena deceduta. Per ulteriori riferimenti si vedano U. ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano, 1937; F. LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, Napoli, 2001; M. BETTINI, *Non nato da donna. La nascita di Cesare e il parto cesareo nella cultura antica*, in *Index*, 2012, 211 ss.

<sup>23</sup> L'art. 232 c.c., come analoghe norme di molte altre codificazioni, presume concepito durante il matrimonio il figlio nato entro i trecento giorni dal suo scioglimento.

le atto con riguardo agli embrioni *in vitro* ancora non impiantati<sup>24</sup>. Ciò nondimeno è assolutamente certo, forse più che in qualunque filiazione non artificiale, che il rapporto genetico di paternità sussiste e non ci sembra ammissibile rifiutare *a priori* di trarne le conseguenze giuridiche.

Occorre, in primo luogo, ricordare che la presunzione in esame è sempre stata configurata come *iuris tantum*, per tener conto di gravidanze particolarmente prolungate<sup>25</sup>, ed ora la medesima relatività potrebbe essere invocata anche per una filiazione che pure si concretizzi non qualche giorno ma magari qualche anno dopo la scadenza legislativamente prevista. Si tratta di una forzatura apparentemente inevitabile per adeguare il dettato normativo all'evoluzione tecnologica, ma che forse potrebbe essere evitata del tutto, considerando come la norma decisiva circa lo *status* del nato non vada più rintracciata nel Codice Civile ma nelle disposizioni speciali in materia di procreazione assistita. Fra quelli che abbiamo indicato come i frammenti di tale regolamentazione vi sono, infatti, anche le disposizioni che ricollegano l'attribuzione dello *status filiationis* direttamente al consenso informato espresso con riguardo all'effettuazione dell'intervento medico, inibendo eventuali attività tese al disconoscimento, all'impugnazione del riconoscimento o alla richiesta di anonimato materno<sup>26</sup>. Ci sembra, quindi, logico ritenere che anche nei casi in esame sia appunto tale consenso ad attribuire lo *status filiationis*, senza che occorra né pretenderne una duplicazione tramite surreali atti di riconoscimento di ciascun embrione, né postulare la necessità di esperire, dopo la nascita, un'azione di stato imperniata sulla prova contraria rispetto alla presunzione codicistica, prova che del resto coinciderebbe proprio con quella del trattamento di procreazione assistita.

Se accettiamo che l'embrione impiantato *post mortem* abbia, dunque, lo *status* di figlio di chi consentì alla sua procreazione *in vitro* e fornì i necessari gameti ovvero accettò la donazione di gameti estranei, ne dovrebbero conseguire una serie di effetti personali e patrimoniali. I primi saranno ridimensionati dal dato ineliminabile del decesso del padre, ma sono comunque individuabili se consideriamo la menzionata ipotesi dell'azione per danni da *wrongful life* nei confronti del suo uccisore, cui possiamo aggiungere quella dell'attribuzione del cognome. La categoria degli effetti patrimoniali è, invece, più ampia e più problematica, poiché si rischia, specie se la nascita segue di molti anni il decesso del padre, di interferire con posizioni di terzi certamente più meritevoli di tutela rispetto all'omicida o a chi si opponesse all'attribuzione del cognome. Verrà, infatti, in rilievo il tema della posizione ereditaria del postumo, nonché del suo diritto alle prestazioni sociali per i superstiti o a quelle che si ricolleghino ad eventuali assicurazioni sulla vita stipulate dal genitore.

Una prima ipotesi potrebbe essere quella che attribuisca la capacità successoria direttamente all'embrione crioconservato, qualificandolo come concepito anche ai sensi delle disposizioni codicistiche, giacché il concepimento inteso come fecondazione ha effettivamente avuto luogo, e considerandolo quindi titolare di diritti condizionati all'evento della nascita, senza che su tale posizione debbano incidere le tempistiche della stessa<sup>27</sup>. La soluzione parrebbe quasi banale, ma rischierebbe di rivelarsi disastrosa sul piano pratico, se dovessimo poi applicarla a tutti gli embrioni che versino in tali

<sup>24</sup> Potremmo invocare l'art. 254 c.c., ma, come si dirà *infra*, il problema è risolto da ulteriori assorbenti considerazioni.

<sup>25</sup> In tal senso depone l'espressa disposizione dell'art. 234 c.c.

<sup>26</sup> Il riferimento è ai già ricordati artt. 8 e 9, legge 40 del 2004.

<sup>27</sup> Si potrebbe invocare in tal senso la lettera dell'art. 462 c.c.



condizioni. Infatti, al decesso di ogni persona che abbia fatto ricorso alla procreazione assistita, andrebbero considerati suoi eredi legittimi anche le decine di embrioni soprannumerari che ancora sussistono presso qualche centro, per cui occorrerebbe suddividere il patrimonio relitto in tante quote quanti sono costoro più gli ulteriori eredi e mantenere le quote “embrionarie” sotto il peculiare regime di amministrazione previsto dal Codice per siffatti patrimoni destinati<sup>28</sup> sino al remoto evento di una loro nascita o di una loro sicura estinzione. Tale meccanismo è ragionevolmente previsto dal Codice per l’ipotesi in cui occorra attendere solo per qualche mese e vi sono forti probabilità che la nascita abbia luogo, ma sarebbe assurdo, oltre che irragionevolmente lesivo per la posizione degli altri coeredi, prospettarlo per attese decennali riguardanti peraltro un ampio numero di quote ereditarie, in vista di una certificazione di estinzione che escluda la possibilità di un evento che è sempre stato oltremodo improbabile, come quello dell’impianto di embrioni rimasti soprannumerari perché malati o perché i loro gemelli erano già in numero adeguato per la procreazione.

Ci sembra più coerente proporre di applicare le norme codicistiche solo alle ipotesi per le quali il legislatore storico le elaborò, ovvero a quelle del concepimento inteso come avvio di una gravidanza all’interno del corpo materno, o eventualmente anche altrove qualora la tecnica dovesse consentirlo<sup>29</sup>. Quanto agli embrioni crioconservati non impiantati, che il codificatore non poteva nemmeno immaginare, andrebbe loro negata la qualifica di concepiti e risulterebbe funzionalmente più adeguata quella di concepturi. Non vogliamo con ciò esprimerci sulla diatriba scientifica circa la distinzione fra embrione e preembrione<sup>30</sup>, che nel nostro ordinamento sarebbe del resto priva di rilevanza giuri-

<sup>28</sup> Ci riferiamo all’ipotesi di curatela speciale prevista dall’art. 643 c.c. (U. NATOLI, *L’amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1968, I, 313 ss.).

<sup>29</sup> Per il futuro si prospettano scenari di gestazioni meccaniche (H. ATLAN, *L’utero artificiale*, Milano, 2006), o di impianti embrionari in corpi maschili e uteri animali (F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2005, 27). Sarebbe così accolta la supplica dell’*Ippolito* euripideo (616-624) di emancipare la procreazione dal ricorso all’odiato genere femminile (O. LONGO, *Il figlio dell’Amazzone: mito e biologia*, in *L’universo dei Greci. Attualità e distanze*, Padova, 2000, 36 ss.).

<sup>30</sup> Nella terminologia scientifica, il prodotto dell’incontro tra i gameti è indicato come ootide prima della singamia, come zigote finché rimane unicellulare, come morula dopo le prime divisioni mitotiche e come blastocisti quando si organizza in una sfera esterna che originerà gli annessi fetali ed un dischetto interno, che una volta disposti secondo un asse cefalo-caudale con la formazione della stria primitiva, verso il 14° giorno dalla fecondazione, verrà finalmente chiamato embrione. A questo punto, infatti, le cellule non sono più totipotenti, come nello zigote e nella morula, né pluripotenti, come nella blastocisti, ma iniziano ad assumere le caratteristiche specifiche delle varie categorie di tessuti somatici: infatti, essendosi a questo punto verificato l’impianto, che consente al nutrimento materno di raggiungere il nuovo essere, ed avendo questo avviato la sua organizzazione attorno ad un asse, può avere inizio la formazione dei vari organi, con un processo che, verso l’8° settimana, condurrà all’acquisizione di una riconoscibile forma umana, e quindi del *nomen* di feto. Pertanto, alcuni scienziati sostengono che nelle fasi preembrionarie non si possa parlare di un nuovo individuo, in quanto le cellule in questione sono ancora suscettibili di dare invece origine a più individui (gemelli monozigotici), a strutture esterne all’individuo (annessi fetali), o a nessun individuo, se l’impianto non avviene (ipotesi assai frequente anche in natura), mentre, secondo altri, tali osservazioni non sono decisive, in quanto gli stessi fenomeni si possono inquadrare come ipotesi di riproduzione agamica, di distacco di parti del corpo o di precoce morte naturale di quello che è già un individuo autonomo, sin da quando il nuovo genoma è stato determinato dalla ricombinazione di quelli dei genitori (A. KIESSELING, *What Is an Embryo?*, in *Connecticut Law Review*, 2004, 1051 ss.; E. BONCINELLI, *L’etica della vita: siamo uomini o embrioni?*, Milano, 2008; C. FLAMIGNI, *La questione dell’embrione. Le discussioni, le polemiche, i litigi sull’inizio della vita personale*, Milano, 2010). Dal punto di vista giuridico, in Spagna l’art. 1, Ley 26 maggio 2006, n. 14, ha accolto la distinzione fra embrione e

dica, in quanto la legge sulla procreazione assistita ha anticipato ogni tutela al momento della fecondazione<sup>31</sup>. Intendiamo piuttosto riflettere sul fatto che la qualificazione di embrione ai fini di tale normativa non implica necessariamente anche quella di concepito ai diversi fini del Codice, che presuppongono l'impianto e l'avvio della gravidanza<sup>32</sup>. Del pari, la proposta assimilazione ai concepturi non si basa certo su somiglianze strutturali, giacché quest'ultimi non sono che mere astrazioni sganciate da ogni substrato naturalistico ed elaborate dal diritto comune essenzialmente allo scopo di costruire vincoli fedecommissari sui patrimoni familiari<sup>33</sup>. Si tratta, invece, di una valutazione funzionalistica che considera come la disciplina dei concepturi sia stata forgiata appunto per gestire una situazione tesa a proiettarsi per una durata pluriennale, in vista di un evento improbabile o comunque meno probabile della nascita di quello che il Codice chiama concepito<sup>34</sup>.

Pertanto, riterremo che l'embrione soprannumerario non impiantato, qualificato come concepturo, non abbia la capacità di succedere in via legittima ma solo quella di essere destinatario di eventuali previsioni negoziali, in sede testamentaria o donativa, che saranno concretamente più probabili nei casi in cui l'ipotesi dell'impianto postumo sia stata presa preventivamente in considerazione, ma-

---

prembione, per ridurre notevolmente le tutele di quest'ultimo e consentirne in particolare l'utilizzo ai fini di quelle sperimentazioni che, del resto, la comunità scientifica e l'industria biotecnologica hanno interesse a svolgere proprio con riguardo a cellule ancora totipotenti o pluripotenti e quindi suscettibili di essere utilizzate per produrre linee cellulari staminali.

<sup>31</sup> Una chiara indicazione in tal senso si trae dall'art. 6, comma 3, legge 40 del 2004.

<sup>32</sup> In tal senso si sono espressi L. LENTI, *La procreazione assistita*, Padova, 1993, 313, e G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 333, nonché nella giurisprudenza australiana *Children's Court of Queensland*, 8 agosto 2012 *LWV & anr. vs. LMH*.

<sup>33</sup> Lo *ius commune*, per favorire lo sviluppo di un istituto particolarmente funzionale al feudalesimo, quale era il fedecommissario, innovò rispetto all'approccio concreto del diritto giustiniano, in cui poteva ricevere solo chi fosse almeno concepito al momento dell'apertura della successione (*D.38.16.6*), e di quello longobardo, in cui il concepimento doveva ancora precedere lo stesso testamento, come nel diritto romano più arcaico. Con lo sviluppo dello Stato moderno, emerse invece l'esigenza di contrastare i vincoli fedecommissari: così Luigi XV con l'ordinanza del 1735 vietò l'istituzione ereditaria dei nascituri, pur consentendo ancora i lasciti a titolo di legato, e Napoleone volle tornare alla regola giustiniana con gli artt. 725 e 906 del *Code*, generalizzando tale divieto con riguardo ad ogni fenomeno successorio. Qualche modesto margine per l'istituto rimaneva solo grazie all'ammissibilità delle donazioni a beneficio degli *enfants a naitre*, se contenute nei *contrats de mariage* ex art. 1082 cc, e delle sostituzioni fedecommissarie, eccezionalmente tollerate nei casi di cui agli artt. 1048 e 1049 cc. Le codificazioni italiane, invece, non sono mai riuscite ad adottare una posizione così netta: in epoca preunitaria, solo il Codice per lo Regno delle Due Sicilie seguì pedissequamente le formulazioni napoleoniche sull'incapacità successoria dei concepturi, ma al tempo stesso le rese inutili, ammettendo i fedecommissari in termini generali; gli altri sovrani, e poi anche lo stesso Codice Pisanelli, mantennero invece il divieto di istituzione fedecommissaria, ma ne consentirono un aggiramento ammettendo la successione testamentaria dei concepturi, purché figli di persone determinate viventi al tempo dell'apertura della successione. Tale soluzione è arrivata al vigente art. 462, comma 3, c.c., cui peraltro si accompagna la reintroduzione di un'ipotesi di fedecommissario ex artt. 692 ss. Anche il diritto tedesco consente l'istituzione del concepturo come *Nacherbe*, ma la sostituzione deve avvenire entro trenta anni dalla disposizione ai sensi dei § 2106 ss. *BGB* (G. GANDOLFI, *Nascituro (storia)* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 537; F. BRUNETTA D'USSEAU, *op. cit.*, 22 ss; E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, 28 ss).

<sup>34</sup> Ai sensi dell'art. 643 c.c., l'amministrazione dei beni destinati al concepito spetta ai genitori, con un'anticipazione di quei poteri che saranno loro conferiti dalla nascita, mentre quella dei beni destinati al concepturo compete al soggetto cui si devolvrebbe la successione qualora la nascita non si verifichi (U. NATOLI, *op. loc. ultt. citt*). Peraltro, in base all'art. 784 cc i frutti del bene donato ad un nascituro spetteranno al nato, se si trattava di donazione ad un concepito, ed al donante, se donatario era invece un concepturo.



gari in ragione della malattia o della particolare esposizione al rischio dell'aspirante padre. Così, in mancanza di specifiche indicazioni negoziali potremo prescindere da ogni considerazione della gran parte degli embrioni soprannumerari. Qualora però l'impianto postumo abbia luogo davvero, il problema si ripresenterà. In base a quanto esposto si potrà sostenere che il postumo vada considerato titolare dei beni che gli siano stati destinati in qualità di concepturo, ma la soluzione risulterà insoddisfacente nei casi maggioritari, in cui tali disposizioni non esistano o laddove si ponga il problema della loro adeguatezza rispetto alle quote riservate agli eredi necessari. Non riteniamo però che ciò imponga necessariamente di rivalutare la qualificazione dell'embrione crioconservato come concepito, con tutti i suoi gravi inconvenienti. Le situazioni cui fare riferimento per trovare un termine di paragone dovrebbero dunque essere diverse.

Potrebbe, infatti, essere utile considerare le vicende che si sono verificate in presenza di figli che certamente esistevano in senso naturalistico, cioè come nati o come concepiti, al tempo dell'apertura della successione, ma il cui rapporto di filiazione col *de cuius* era ignorato o risultava legalmente irriconoscibile. In seguito, la scoperta della verità o l'abrogazione della comminatoria di irriconoscibilità hanno consentito loro di agire per una postuma declaratoria della paternità con cui hanno conseguito lo *status filiationis* e quindi la qualità di eredi. Gli altri chiamati che avessero nel frattempo accettato sono stati così ridotti *pro quota* o *pro toto* a meri eredi apparenti<sup>35</sup>, soggetti alle azioni di *petitio hereditatis* promosse dal figlio dichiarato tale *post mortem*<sup>36</sup>, senza neanche la possibilità di opporgli un'eccezione di usucapione, in quanto la prescrizione acquisitiva non decorre contro chi non poteva far valere i diritti connessi ad uno *status* inesistente prima della declaratoria<sup>37</sup>. Naturalmente, tutto ciò non presupponeva che al momento dell'apertura della successione qualche diritto fosse stato riservato, allo stesso modo in cui si riservano i diritti per i concepiti in attesa della nascita, ad ipotetici "figli segreti" da scoprire o messo da parte per ammortizzare eventuali modifiche normative<sup>38</sup>.

*Mutatis mutandis*, una struttura fondamentalmente analoga potrebbe assumere la successione del nato da impianto postumo rispetto alla posizione del padre, alla morte del quale egli, per le ragioni

<sup>35</sup> L'istituto è disciplinato dagli artt. 534 e 2652, n. 7, cc (G. GALLI, *Il problema dell'erede apparente*, Milano, 1971; E. BARGELLI, F.D. BUSNELLI, *Erede apparente*, in *Enc. dir. Agg.*, Milano, 2002, V, 401 ss.): il meccanismo, com'è noto, non tutela la posizione di colui che appaia erede, ma quella di chi in buona fede abbia acquistato da lui diritti sui beni ereditari.

<sup>36</sup> Si potrebbe ipotizzare che, ricorrendone i presupposti, egli esperisca anche le azioni di riduzione di disposizioni testamentarie o donazioni elargite dal *de cuius* e quindi le conseguenti azioni restitutorie. I subacquirenti godranno, però, delle tutele di cui all'art. 563 cc, come modificato dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, che ha inteso privilegiare la circolazione dei beni, già sin troppo compressa dalla tutela dei legittimari. Pertanto, laddove il primo legittimario venga ad esistenza più di vent'anni dopo la donazione, non vi sarà alcuna possibilità di trascrivere in tempo utile gli atti di opposizione previsti dalla nuova normativa, per cui la posizione dei subacquirenti risulterà inattaccabile.

<sup>37</sup> Il principio, deducibile dall'art. 2935 cc, è stato esplicitato di recente da Cass., 5 settembre 2012, n. 14917, in *Giur. it.*, 2013, 820, con nota di M. RIZZUTI.

<sup>38</sup> Saremmo a questo punto tentati di aggiungere l'ipotesi del beneficiario di un testamento olografo scoperto molti anni dopo l'apertura della successione, ma la giurisprudenza applica in tal caso, discutibilmente, un regime diverso, qualificando l'ipotesi come ostacolo di mero fatto insuscettibile di impedire il decorso della prescrizione del diritto di accettare l'eredità (S. LANDINI, *Accettazione dell'eredità e prescrizione*, in *Famiglia*, 2001, 264 ss.). Ancora diversa è poi la fattispecie del legittimario sopravvenuto di cui all'art. 768-*quinquies*, nell'ambito della disciplina del cosiddetto patto di famiglia, introdotto dalla legge 14 febbraio 2006, n. 55.

che abbiamo visto, non potrebbe qualificarsi come concepito in senso codicistico. In tal caso, la successione si sarà legittimamente devoluta ad altri chiamati che però si ritroveranno ridotti *ex post* ad eredi apparenti, con le conseguenze cui abbiamo fatto cenno. Probabilmente la situazione non sarà nemmeno particolarmente problematica sul piano pratico, qualora unica erede del defunto aspirante padre sia la vedova che chiede l'impianto postumo. Potremmo ipotizzare qualche attrito laddove con la stessa concorrano degli altri figli, oppure i di lui genitori o altri eredi testamentari, ma non possiamo nemmeno escludere ipotesi in cui deflagrerebbe un conflitto ben più serio. Infatti, il diritto di chiedere l'impianto postumo potrebbe spettare anche alla ex moglie del *de cuius* oppure alla sua convivente *more uxorio*. In entrambi i casi, prescindendo da eventuali disposizioni testamentarie che almeno nella prima ipotesi ci sembrano inverosimili, la donna non sarebbe erede del *de cuius*<sup>39</sup>, ma con l'impianto postumo potrebbe travolgere, se del caso a distanza di anni, le posizioni successorie di terzi. Pure in tali ipotesi, però, ed anche supponendo che l'impianto possa essere stato voluto per mero scopo di rivalsa o solo per superare l'assenza di tutele successorie per la famiglia di fatto, parrebbe arduo denegare l'applicazione delle regole che si è tentato di delineare, prospettando magari un'incongrua inquisizione sui moventi psicologici della scelta di generare il figlio, o peggio ancora rivolgendo contro quest'ultimo le conseguenze negative che dall'ipotetica immoralità di siffatti motivi si vogliono far derivare.

### 3. La fecondazione *post mortem*

Lo stesso rischio di punire il nato per colpe non sue si pone se allarghiamo lo sguardo ad ulteriori fattispecie di nascita postuma che le biotecnologie ormai consentono, ma che per ora non sono state prese in esame dalla nostra giurisprudenza. La nascita postuma, infatti, non presuppone più necessariamente che al decesso preesista un embrione, poiché lo si può anche produrre successivamente utilizzando gameti del defunto. Potremmo ipotizzare che ciò accada in maniera accidentale, nel caso di un aspirante padre morto improvvisamente solo qualche ora prima del completamento della fecondazione presso il centro di procreazione assistita<sup>40</sup>, ma anche nel caso di una donna che nasconda ai medici il decesso del consorte o comunque li induca a violare la legge.

Soprattutto, però, dobbiamo considerare le ipotesi realizzatesi all'estero, nell'ambito di ordinamenti in cui la presenza di due persone entrambe viventi non è requisito per la liceità della fecondazione artificiale. Vi sono, infatti, contesti in cui tra i servizi normalmente offerti dai centri di procreazione assistita rientra la conservazione dei gameti di soggetti malati, di militari in missione esposti a gravi rischi o di persone desiderose di rinviare la genitorialità per ragioni di carriera. Tali gameti potranno essere successivamente utilizzati, nella migliore delle ipotesi, quando il paziente sarà guarito, sarà

<sup>39</sup> In caso di divorzio l'ex coniuge ha diritto ad un assegno a carico dell'eredità dell'altro solo se al momento dell'apertura della successione era titolare di assegno divorzile *ex art. 9-bis*, legge 1 dicembre 1970, n. 898, mentre il diritto vigente non prevede nessuna ipotesi di successione *ex lege* fra i familiari di fatto, con l'eccezione del subentro nella titolarità del rapporto locativo ai sensi del disposto di Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404.

<sup>40</sup> Invero, l'ipotesi è analoga a quella, certo suscettibile di verificarsi senza il ricorso alla tecnologia, del soggetto che muoia, poniamo per un *ictus*, durante l'amplesso, se nelle ore seguenti uno dei suoi spermatozoi feconda l'ovocita.

rientrato dal fronte o avrà raggiunto i suoi obiettivi professionali, ma la terapia, l'esposizione ad armi chimiche o l'età ne avranno compromesso la fertilità, oppure, nella peggiore, appunto con la fecondazione *post mortem* di quelli del *partner* superstite<sup>41</sup>. Peraltro, nemmeno il preventivo stoccaggio dei gameti è una condizione imprescindibile, poiché alcune normative ammettono pure un prelievo da cadavere che, se eseguito con la necessaria rapidità, costituisce uno strumento altrettanto efficace<sup>42</sup>. Qualora a tali possibilità si unisca anche la maternità surrogata, le combinazioni ipotizzabili si arricchiranno con la crioconservazione o il prelievo *post mortem* dei gameti femminili, mentre verrà superata la necessità che al decesso preesistesse un rapporto di coppia, in quanto i genitori potranno fecondare i gameti del figlio/a premorto/a con una procedura eterologa e ricorrere quindi ad una gestante sostitutiva per generare un nipote<sup>43</sup>.

Il fatto che alcuni ordinamenti giuridici ammettano tali pratiche non implica, d'altra parte, che gli stessi siano stati in ogni caso adeguatamente conformati per risolvere tutte le possibili complicazioni di natura successoria connesse al loro sempre più diffuso espletamento, fenomeno che sta, infatti, suscitando oltreoceano un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale<sup>44</sup>. A *fortiori* il problema si

<sup>41</sup> L'idea di congelare lo sperma umano per consentire ai caduti in battaglia di generare figli postumi legittimi risale a P. MANTEGAZZA, *Fisiologia sullo sperma umano*, in *Rend. Reale Ist. Lombardo*, 3, 1866, 183 (sul quale cfr. E. BETTA, *L'altra genesi. Storia della fecondazione artificiale*, Roma, 2012). Fu quindi attuata negli Stati Uniti per preservare il seme dei primi astronauti, quando si temeva che l'esposizione alle radiazioni spaziali ne avrebbe compromesso la fertilità (W.B. LEACH, *Perpetuities in the Atomic Age: The Sperm Bank and the Fertile Decedent*, in *American Bar Association Journal*, 1962, 942 ss.). Più di recente, il timore dell'esposizione ad armi biochimiche, specie durante le campagne militari in Iraq, ha incrementato il ricorso a questa prassi, che oggi risulta piuttosto diffusa nell'ambito delle forze armate americane (M. DOUCETTPERRY, *To Be Continued: A Look at Posthumous Reproduction As It Relates to Today's Military*, in *The Army Lawyer*, 2008, 1 ss.). Nell'autunno 2014 ha suscitato grande scalpore sulla stampa internazionale la notizia di come grandi aziende californiane incentivino le dipendenti a rinviare la maternità avvalendosi della crioconservazione degli ovociti, ma anche nel contesto europeo il fenomeno in questione parrebbe in ascesa (L. MARTINELLI & AL., *Social egg freezing: a reproductive chance or smoke and mirrors?*, in *Croatian Medical Journal*, 4, 2015, 387 ss.).

<sup>42</sup> Per un'applicazione giurisprudenziale cfr. *Supreme Court of Western Australia*, 2 gennaio 2013, *ex parte C*. Secondo l'opinione prevalente in ambito medico, il prelievo deve essere effettuato entro ventiquattro ore dal decesso, perché i gameti siano ancora utilizzabili.

<sup>43</sup> Nel 2007 un Tribunale di Tel Aviv ha consentito ai genitori del sergente K. Cohen, caduto nella striscia di Gaza, di utilizzare il suo seme crioconservato per una maternità surrogata, e nel 2009 la *Family Court* di Krayot ha fatto altrettanto per i genitori di uomo morto di cancro che aveva crioconservato lo sperma durante la terapia per potersene avvalere in caso di guarigione, mentre nel 2011 i giudici di Kfar Sava hanno autorizzato i genitori della diciassettenne C.A. Ayash, deceduta in un incidente stradale, al prelievo dei suoi ovociti (J. CLARKE, *Dying to be Mommy: Using Intentional Parenthood as a Proxy for Consent in Posthumous Egg Retrieval Cases*, in *Michigan State Law Review*, 2012, 1331 ss.). D'altronde, in Israele l'approccio delle autorità civili e religiose alla procreazione assistita è sempre stato di particolare favore, poiché l'incremento demografico e la continuità della stirpe vi assumono il valore sacrale di un comandamento ripetuto ad Adamo (*Gen.*, 1.28), Noè (*Gen.*, 9.1), Abramo (*Gen.*, 17.1-4) e Giacobbe (*Gen.*, 35.11), oltre ad essere decisivi per la stessa sopravvivenza di un popolo che ha rischiato l'estinzione per sterminio e si trova in una situazione di guerra pressoché continua con genti ben più numerose. Si pongono, però, delicati problemi di diritto rabbinico se la gestante o la donatrice di ovociti è gentile, in quanto secondo la *Halakha* nasce ebreo solo il figlio di madre ebrea, ma nella tradizione talmudica mancano ovviamente indicazioni certe per stabilire se debba prevalere il riferimento alla madre genetica o alla partoriente.

<sup>44</sup> Negli Stati Uniti d'America la strada è stata aperta dal riconoscimento della validità del testamento di un facoltoso professionista morto suicida, che legava il proprio seme crioconservato all'amante ed istituiva erede il

porrà in maniera drammatica qualora finiscano per avvalersene i soggetti di un ordinamento come il nostro, che tali pratiche vieta<sup>45</sup> e non ritiene quindi di dover disciplinare. D'altronde, la globalizzazione dei rapporti economici ed interpersonali rende piuttosto difficile escludere che cittadini italiani non potranno mai trovarsi coinvolti in uno di questi procedimenti. Si ripresenteranno allora i problemi attinenti alla posizione giuridica del nato, aggravati dalla peculiarità delle circostanze, dai problemi di diritto internazionale privato e soprattutto dalla sussistenza di un chiaro divieto interno: qualcuno potrà magari sostenere che vada esclusa ogni possibilità di riconoscerne lo *status filiationis*, in nome della contrarietà all'ordine pubblico della pratica che ha consentito la nascita.

Invero, una decisione così netta sarebbe difficilmente accettabile alla luce di una complessiva considerazione dei principi del sistema ordinamentale vigente. Senza dubbio non potrebbe considerarsi illegale la mera esistenza del soggetto illegalmente procreato<sup>46</sup>, che a nessuno verrà in mente di poter

---

prodotto della prevista fecondazione postuma, suscitando la furibonda reazione giudiziaria dei figli legittimi (*California 2nd District Court of Appeal*, 1993, *Hecht vs. Kane*, 20 *Cal.Rptr.2d* 275). Si è, quindi, sviluppato un discreto contenzioso, che riguarda soprattutto l'accesso alle prestazioni sociali destinate ai superstiti (*Superior Court of New Jersey*, 2000, *In re Estate of Kolacy*, 753 *A.2d* 1257; *United States District Court for the District of Massachusetts*, 2002, *Woodward vs. Commissioner of Social Security*, 760 *N.E.2d* 257; *United States Court of Appeal for the 9th Circuit*, 14 dicembre 2004, *Gillett-Netting v. Barnhart*; *Supreme Court of New Hampshire*, 2007, *Khabbaz vs. Commissioner - Social Security Administration*, 930 *A.2d* 1180; *Supreme Court of the United States*, 21 maggio 2012, *Astrue vs. Capato*), ma si estende anche a questioni di carattere successorio, come l'inclusione nella discendenza di un certo soggetto ai fini della qualità di beneficiario di un *trust* (*Surrogate's Court - New York County*, 2007, *In the Matter of Martin B.*, 841 *N.Y.S.2d* 207). Col tempo, alcuni legislatori, come ad esempio quelli di California e Louisiana, hanno adottato specifici provvedimenti per regolare lo *status* dei figli nati da un concepimento postumo, che sono ormai centinaia di persone, mentre in altri Stati il dibattito è tuttora aperto: cfr. M.K. ZAGO, *Second Class Children: The Intestate Inheritance Rights Denied to Posthumously Conceived Children and How Legislative Reform and Estate Planning Techniques Can Create Equality*, in *Law School Student Scholarship*, Seton Hall University, 2014, paper 609; J. MATYSIK, *Recent Developments: Posthumously Conceived Children: Why States Should Update Their Intestacy Laws After Astrue v. Capato*, in *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, 2013, 269 ss.; A. STEWART ELLIS, *Inheritance Rights of Posthumously Conceived Children in Texas*, in *St. Mary's Law Journal*, 2012, 413 ss.; D.D. WILLIAMS, *Over My Dead Body: The Legal Nightmare and Medical Phenomenon of Posthumous Conception Through Postmortem Sperm Retrieval*, in *Campbell Law Review*, 2012, 181 ss.; I.S. COOPER, R.M. HARPER, *Life After Death: The Authority of Estate Fiduciaries to Dispose of Decedents' Reproductive Matter*, in *Touro Law Review*, 2010, 649 ss.; B.C. CARPENTER, *A Chip Off the Old Iceblock: How Cryopreservation Has Changed Estate Law, Why Attempts to Address the Issue Have Fallen Short, and How To Fix It*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2011, 347 ss.; K.E. NAGUIT, *The Inadequacies of Missouri Intestacy Law: Addressing the Rights of Posthumously Conceived Children*, in *Missouri Law Review*, 2009, 889; C.P. KINDREGAN JR., *Dead Dads: Thawing an Heir from the Freezer*, in *William Mitchell Law Review*, 2009, 433 ss.

<sup>45</sup> Un divieto analogo a quello italiano, di cui al predetto art. 5 della legge 40 del 2004, è previsto anche dal § 4 della *EmbryonenSchutzGesetz* tedesca, dall'art. 3, comma 4, di quella svizzera e dalle restrittive misure introdotte in Francia con la *Loi* 29 luglio 1994, n. 654, dopo lo scalpore suscitato dall'*affaire Parpalaix*.

<sup>46</sup> K.L. MCHINTOSH, *Illegal Beings: Human Clones and the Law*, Cambridge MS, 2005, ha analizzato il problema con riguardo ad un altro tipo di riproduzione, pressoché universalmente proibita, ma la questione si è posta anche con riguardo al concepimento postumo. Infatti, ad una donna che aveva conservato il seme del figlio premorto e generato un nipote avvalendosi di una gestante surrogata, le autorità della Federazione Russa hanno negato la possibilità di registrare il neonato negli atti dello stato civile con la sconvolgente motivazione che egli non aveva né padre, essendo questi deceduto, né madre, non essendo tale la donatrice anonima, né poteva essere adottato dalla nonna che aveva ormai superato i limiti di età legalmente previsti, per cui andava

solo per tale ragione sopprimere. Soprattutto, considerando più che la mera esistenza in vita, il profilo giuridico dello *status*, occorre ricordare i risultati cui l'evoluzione del sistema ci ha già condotti con riguardo ad ipotesi ancora più problematiche. Da un lato, infatti, le ultime riforme hanno abolito la categoria dell'irricognoscibilità assoluta dei figli, sganciando il conseguimento dello *status* dalle modalità anche criminose della procreazione<sup>47</sup>. Dall'altro, la giurisprudenza europea ha recentemente giudicato inammissibile il diniego di riconoscimento dello *status filiationis* frapposto in nome dell'ordine pubblico ai genitori genetici del minore partorito da una gestante surrogata all'estero<sup>48</sup>.

Se quindi l'interesse di quest'ultimo al conseguimento di uno *status* corrispondente alla realtà genetica della procreazione prevale anche sui divieti che colpiscono una pratica assai lesiva della dignità della donna, quale è la maternità surrogata, sarà difficile ravvisare un ostacolo più forte nel divieto della fecondazione *post mortem*, il cui contrasto con i valori fondamentali del sistema parrebbe di intensità inferiore. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che il nostro ordinamento già ammette, come si è visto, una pratica non troppo dissimile, quale l'impianto uterino *post mortem*, ed a ben vedere consente ormai anche una specifica ipotesi di fecondazione postuma, ovvero quella eterologa qualora ad essere premorto sia il donatore anonimo. Non ci sembra, infatti, che all'indomani dell'apertura giurisprudenziale all'utilizzo dei gameti estranei<sup>49</sup> possa dirsi sussistente un qualche meccanismo che imponga, o anche solo consenta, al momento della fecondazione di verificare l'esistenza in vita di colui che aveva fornito i gameti stessi.

Del resto, i profili successori, che in queste vicende rappresentano le più significative conseguenze del riconoscimento dello *status*, sono quelli che, anche con riferimento ad altre problematiche, hanno mostrato di potersi entro certi limiti emancipare, in quanto "effetti riflessi", dalle valutazioni di contrarietà all'ordine pubblico interno concernenti gli istituti di diritto familiare cui gli stessi si ricollegano in un ordinamento straniero preso in considerazione<sup>50</sup>. Peraltro, la stessa legge sulla procreazione assistita espressamente riconnette l'effetto attributivo dello *status filiationis* anche ad un consenso, evidentemente non formalizzato ma reso a livello di mero fatto, con riferimento ad una procedura procreativa proibita, quale era nel testo originario della legge proprio l'eterologa<sup>51</sup>. Sarebbe ormai ozioso esprimere perplessità circa quella scelta di proibire una tecnica ed al tempo stesso di regolarne gli effetti dando per scontata una sua facile praticabilità altrove, ma resta il fatto che anche questo frammento normativo potrebbe giocare un ruolo nella ricostruzione del regime di una diffe-

---

considerato privo di esistenza giuridica (M. SABATELLO, *Posthumously Conceived Children: An International and Human Rights Perspective*, in *Journal of Law and Health*, 2014, 29 ss.).

<sup>47</sup> Com'è noto, con la riforma del 1975 sono divenuti riconoscibili i figli adulterini e con quella del 2012 anche i figli incestuosi (cfr. *ex multis* L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 201 ss., nonché A. SASSI, *Stato di figlio e diritti fondamentali nei sistemi italiano ed europeo*, in *Diritto e processo*, 2014, 113 ss.), e a ben vedere lo sono sempre stati quelli nati da crimini ben più gravi, almeno per la sensibilità di noi moderni, come lo stupro.

<sup>48</sup> Il riferimento è a CEDU, 26 giugno 2014, casi *Menneson c. France* e *Labassee c. France*. La giurisprudenza d'oltralpe si è quindi adeguata alle indicazioni sovranazionali con *Cour de Cassation* 3 luglio 2015 n. 219.

<sup>49</sup> Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162.

<sup>50</sup> Pensiamo all'ipotesi dell'eventuale rilevanza successoria di un matrimonio poligamico legalmente contratto da un cittadino italiano in un Paese islamico: cfr. Cass., 2 marzo 1999, n. 1739.

<sup>51</sup> Il riferimento è all'art. 9, comma 1, legge 40 del 2004, su cui cfr. E. DEL PRATO, *Intento e procreazione*, in *Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia*, 2014, 3, 39 ss.



rente fattispecie, non diversamente da quanto abbiamo già visto con riguardo alla ricordata disposizione transitoria sull'impianto degli embrioni crioconservati.

Pertanto, sembrerebbe plausibile che anche il nato da fecondazione *post mortem* omologa, praticata legalmente all'estero o illegalmente in Italia, possa vedersi riconosciuto lo *status* di figlio dei suoi genitori genetici, con le ricordate conseguenze per quanto attiene al cognome, all'eventuale azione per danni contro l'uccisore del genitore ed alla qualità di erede<sup>52</sup>. Non è detto, però, che ciò debba implicare una totale equiparazione della sua posizione a quella del nato in seguito al mero impianto postumo. Il riconoscimento dello *status*, infatti, non elimina l'illiceità della pratica procreativa ed il relativo divieto potrebbe quindi mantenere una sua rilevanza giuridica a fini diversi, ben oltre l'ovvia considerazione delle conseguenze sanzionatorie a carico dei medici che abbiano illegalmente praticato l'intervento<sup>53</sup>.

Così, non ci sembrerebbe qui di poter escludere la legittimazione dello stesso nato ad un'azione per danni da *wrongful life* nei confronti del genitore e dei medici stessi, laddove effettivamente le particolari modalità della sua venuta al mondo abbiano avuto gravi conseguenze esistenziali. Infatti, in questo caso non si tratta più dell'autorizzata prosecuzione di un procedimento generativo già avviato, ma ci si presenta davvero la deliberata procreazione di un soggetto costitutivamente orfano, già qualificata dall'ordinamento come fatto illecito e perciò suscettibile di determinare un danno ingiusto. Del pari, non ci parrebbe assurda nemmeno l'eventualità di un'azione per danni promossa nei confronti dei predetti soggetti passivi da chi abbia patito pregiudizi patrimoniali per effetto dello sconvolgimento successorio determinato *ex post* dalla nascita in questione. Inoltre, com'è stato proposto dalla dottrina nordamericana, potrebbe essere opportuno distinguere dalla posizione ereditaria *stricto sensu* la diversa fattispecie rappresentata dai benefici sociali connessi alla qualifica di superstite. Invero, ontologicamente questo postumo non è un superstite, cioè un sopravvissuto, perché era totalmente privo, a differenza dell'embrione impiantato *post mortem*, di esistenza naturalistica al tempo della morte del genitore, per cui sarebbe incongrua la sua collocazione tra quanti fossero stati in un qualunque senso a carico dello stesso<sup>54</sup>.

Ulteriori complicazioni potrebbero sorgere laddove l'ipotesi si intrecci con quella della maternità surrogata. Non è questa la sede per esaurire un tema così impegnativo, ma basterà ricordare che tale pratica implica anzitutto una scissione delle figure genitoriali<sup>55</sup>, che potrebbe riflettersi pure sul fe-

<sup>52</sup> *Contra*, la tesi per cui sarebbe giuridicamente impossibile un rapporto di filiazione fra il nato ed un uomo deceduto prima del suo concepimento è stata sostenuta nella nostra dottrina da P. VERCELLONE, *La fecondazione artificiale*, in *Pol. dir.*, 1986, 397 ss., e più di recente ha trovato accoglimento nella giurisprudenza giapponese (*Takamatsu High Court*, 16 luglio 2004, n. 1748, 60).

<sup>53</sup> Si allude alle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 12, comma 2, legge 40 del 2004.

<sup>54</sup> Il problema è discusso da C. DURKIN STEWART, *Legal Inconsistencies after Astrue v. Caputo: When Children are Conceived Postmortem, Does Society Have an Obligation to Support Those Children?*, in *The John Marshall Law Review*, 2014, 1101 ss.

<sup>55</sup> Si vedano, per tutti, le perspicue considerazioni di G. FURGIUELE, *La fecondazione artificiale: quali principi per il civilista?*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991 II, I, 325, nonché per riferimenti più recenti G. BERTI DE MARINIS, *Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU*, in *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2015, 3, 287 ss.; A. RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*, in *Dir. Succ. Fam.*, 2015, 206 ss.; M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in questa *Rivista*, 2, 2015, 89 ss.



nomeno successorio, autorizzando eventualmente il nato a porsi come erede legittimo e legittimario rispetto ad un numero di linee di parentela ben più vasto di quello consueto. Da una parte, è ormai innegabile che funzioni tradizionalmente riconducibili a due sole figure possono oggi essere dislocate fra un maggior numero di soggetti e che molti di questi rapporti paragenitoriali devono anche vedersi riconosciuto un certo grado di rilevanza giuridica a tutela del prevalente interesse del minore alla conservazione di rapporti significativi oppure del suo diritto fondamentale alla conoscenza delle proprie origini genetiche<sup>56</sup>. D'altra parte, occorre precisare che tutto ciò non implica, né ha implicato storicamente con riguardo a pratiche per certi aspetti analoghe<sup>57</sup>, la necessità di conferire a tali soggetti anche un titolo genitoriale formale con i relativi riflessi successori, che non solo non sarebbero giustificati da particolari ragioni di tutela, ma rischierebbero anzi di determinare un ingiustificato perturbamento del sistema successorio con l'attribuzione ai soggetti procreati artificialmente di una posizione di privilegio. Se, infatti, è inammissibile che la loro condizione li renda oggetto di discriminazioni, nemmeno sembra tollerabile che esse vadano a colpire quei procreati naturali, che peraltro in un futuro non lontano potrebbero forse trovarsi in una posizione di debolezza sociale, laddove un genoma non selezionato né manipolato finisca per essere considerato un *handicap*<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> La giurisprudenza oggi tutela il diritto del minore a mantenere rapporti familiari col genitore cui sia stato sottratto in ragione di problemi sanitari o economici, ma non di violenze o abusi (CEDU, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italie*), col genitore sociale convivente di quello biologico (Trib. Palermo, 15 aprile 2015) e addirittura con la coppia che lo aveva acquistato ricorrendo ad una procedura illegale (CEDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*). Viene, inoltre, riconosciuto il diritto di ogni persona alla conoscenza delle proprie origini genetiche, opponibile entro certi limiti alla madre che abbia partorito in anonimato (CEDU, 25 settembre 2012 *Godelli c. Italie*; Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278) ed anche al donatore di gameti, come parrebbe dedursi da un passaggio di Corte cost. 162 del 2014 (in cui si richiama, appunto, Corte cost. 278 del 2013), in linea con le più chiare prese di posizione della giurisprudenza tedesca (*Bundesgerichtshof*, 28 gennaio 2015), della *Authority* inglese competente in materia di procreazione assistita (*HFEA Disclosure of Donor Information Regulations 2004*) e del legislatore svedese (*Lag 351:2006 om genetisk integritet*), nonché di un orientamento che si va sempre più rafforzando nel panorama internazionale (A. DIVER, *A Law of Blood-ties. The right to access genetic ancestry*, Cham, 2014). L'ipotesi, per il momento, più estrema di scissione delle figure genitoriali si ha, poi, qualora gli stessi genitori genetici siano più di due, il che è possibile laddove una donazione mitocondriale determini la combinazione di tre genomi: quello dello spermatozoo, quello del nucleo dell'ovocita e quello del mitocondrio di un diverso ovocita (M. BALISTRERI, *In merito alle procedure che permettono di correggere le anomalie mitocondriali del nascituro: questioni etiche e prospettive giuridiche*, in questa *Rivista*, 2, 2015, 61 ss; S.A.M. MCLEAN, *Mitochondrial Dna Transfer. Some Reflections from the United Kingdom*, *ivi*, 81 ss).

<sup>57</sup> Una sorta di surrogazione era praticata a Sparta, ed anche presso altri popoli indoeuropei fra cui gli stessi romani: allo scopo di accrescere la potenza demografica e bellica della *πολις*, chi avesse già avuto figli poteva prestare la propria moglie a chi ne fosse privo, in modo tale da non sovraccaricare una sola casa di bocche da sfamare, senza però sprecare la preziosa capacità riproduttiva della donna e creando al contempo utili legami fra le famiglie. A tal proposito PLUTARCHUS, *Comparatio Lycurgi et Numae*, 3.1.1, parlava di *τεκνωσεις κοινωνια*, però XENOPHON, *De republica Lacedaemoniorum*, 1.9, precisava che questi figli comuni sarebbero stati bensì considerati componenti di entrambe le famiglie, ma non ai fini successori.

<sup>58</sup> Il problema della discriminazione genetica si pone da tempo, anche a prescindere dalla procreazione assistita: cfr. L.N. GELLER & AL., *Individual, family and societal dimension of genetic discrimination*, in *Science and Engineering Ethics*, 1996, 71 ss.; P.S. MILLER, *Genetic discrimination in the workplace*, in *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 1998, 189 ss.; L. LOW & AL., *Genetic discrimination in life insurance*, in *BJM*, 1998, 1632 ss.; C. CASONATO, *La discriminazione genetica: una nuova frontiera nei diritti dell'uomo?*, in *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2002, 641 ss.; M.A. ROTHSTEIN, *Genetics and Life Insurance*, Boston, 2004; T. LEMKE, *Beyond genetic discrimination*, in *Genomics*, in *Society and Policy*, 2, 2005, 22 ss.; S. SALARDI, *Tests genetici fra*

Si potrebbe poi individuare un caso estremo in cui lo stesso riconoscimento dello *status filiationis* andrebbe messo seriamente in discussione. Ci riferiamo all'ipotesi che al prelievo gametico da cadavere o all'utilizzo dei gameti crioconservati si proceda contro la volontà del *de cuius* ricavabile da espresse dichiarazioni rese in vita o da altre circostanze inequivocabili<sup>59</sup>. Supponiamo, ad esempio, che ad aver utilizzato i gameti non siano stati il/la *partner* o altri familiari, ma un'estranea impadronitasi abusivamente del materiale genetico, documentando rapporti inesistenti o procurandosi altrimenti la complicità dei medici, magari al solo scopo di generare l'erede di un'immensa fortuna. In un caso del genere manca il presupposto del consenso fattuale che valga ad attribuire lo *status* e l'abusività dell'operazione raggiunge vertici che implicano la necessità di denegare gli effetti pretesi<sup>60</sup>. Sembrerebbe, quindi, ragionevole equiparare il *de cuius* ad un datore di gameti nell'ambito di una sorta di procedura eterologa, altro caso in cui manca ogni volontà di assumere un ruolo genitoriale<sup>61</sup>, per cui il nato non potrebbe essere considerato figlio né erede, ma soltanto esercitare, se del caso, il già menzionato diritto alla conoscenza delle sue origini biologiche.

#### 4. Il ruolo dell'autonomia privata

Considerando la varietà di questioni che la procreazione assistita solleva in campo successorio, non ci sembra da escludere che i soggetti a vario titolo coinvolti possano avere interesse ad una regolamentazione privatistica di qualcuno degli aspetti in discorso. Si porrà, dunque, il problema dell'ammissibilità di congegni negoziali, ed *in primis* testamentari<sup>62</sup>, che abbiano riguardo alla desti-

---

*determinismo e libertà*, Torino, 2010; Y. JOLY & AL., *Genetic discrimination and life insurance*, in *BMC Medicine*, 2013, 11:25; C. AMBRUSTER, C. BOTTA, *The impact of genetic data on medicine and insurance practice*, Napoli, 2014; M. TOMASI, *The kaleidoscope of whole genome sequencing in newborn genetic screenings*, in *The Challenge of Innovation in Law*, Pavia, 2015. La questione ha attirato anche l'attenzione dei legislatori e nel 2008 il Congresso americano ha dedicato a questi temi il *Genetic Information Nondiscrimination Act*. Lo scenario, però, sta diventando sempre più inquietante ora che alla selezione eugenetica preimpianto si aggiunge la prospettiva di un intervento correttivo sulla stessa struttura genomica dell'embrione (P. LIANG & AL., *CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human trippronuclear zygote*, in *Protein & Cells*, 5, 2015, 363 ss.), per cui potremmo finire per arrivare al mondo immaginato da A. Niccol nel film *Gattaca* del 1997.

<sup>59</sup> Anche i Paesi che ammettono la fecondazione *post mortem* riconoscono un'importanza decisiva ai fini dell'attribuzione dello *status filiationis* al consenso del defunto, come si evince per la Spagna dall'art. 9 della *Ley* 26 maggio 2006, n. 14, e per il Regno Unito dallo *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003*, emanato in seguito alle polemiche suscitate dal caso *Blood*.

<sup>60</sup> Già SALV. ROMANO, *Abuso del diritto, diritto attuale*, in *Enc. dir.*, 1958, I, 169, chiariva che il rimedio generale per l'esercizio abusivo di una posizione giuridica è quello dell'inefficacia, *rectius* del «rifiuto di tutela», che «*implica impedimento a conseguire o a conservare i vantaggi ottenuti*» con l'abuso stesso, mentre l'illiceità ed il risarcimento del danno rappresentano un rimedio «*secondario e consequenziale*», anche se certamente esperibile in molti casi.

<sup>61</sup> Non si potrebbe obiettare che tale soluzione deresponsabilizzi il padre, che comunque assumiamo essere premorto, né riterremo di estenderla alla diversa ipotesi dell'uomo cui i gameti vengano "sottratti" con metodi naturali, ad esempio inducendolo all'amplesso in stato di ebbrezza.

<sup>62</sup> Sui temi del contenuto non patrimoniale del testamento resta fondamentale il riferimento a G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, rist. Napoli, 2010, con *Introduzione* di V. Cuffaro, nonché a SALV. ROMANO, *Appunti sulle disposizioni testamentarie attinenti al diritto di famiglia*, in *Ann. R. Univ. Perugia*, 5, 1931, VIII, ed ora in *Scritti minori*, Milano, 1980, I, 141 ss. Nella dottrina più recente si vedano, anche per ulteriori riferimenti, A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della*

nazione *post mortem* degli embrioni e dei gameti del *de cuius*. Le ipotesi di soluzione, che possiamo tentare di formulare in via dubitativa, dovranno però tenere conto delle differenze fra i due predetti eventuali oggetti e divergeranno quindi in modo significativo a seconda di quale di essi si prenda in esame.

Quanto agli embrioni, infatti, la loro stessa configurazione come oggetti di valide esplicazioni dell'autonomia negoziale parrebbe inammissibile e ciò tanto se si voglia adottare la prospettiva che ne fa delle *res extra commercium* oggetto di peculiari tutele<sup>63</sup>, quanto se si preferisca qualificarli direttamente nei termini di una, pur relativa e contingente, soggettività<sup>64</sup>. Invero, le misure della legge sulla procreazione assistita, se possono consentire qualche dubbio fra queste due impostazioni, certamente escludono altri approcci meno tuzioristici<sup>65</sup>. Più concretamente nessuna ipotetica disposizione testamentaria avente ad oggetto gli embrioni crioconservati del *de cuius* ci sembra in grado di produrre effetti nel nostro ordinamento. Così, laddove si preveda nel testamento, o in un ipotetico patto prematrimoniale o contratto di convivenza<sup>66</sup>, l'obbligo o il divieto per la consorte di procedere all'impianto postumo, la disposizione risulterà nulla in un quadro sistematico in cui, come si diceva, ogni valutazione in materia è riservata alla libertà della donna. Nemmeno si può prospettare il conferimento di un qualche ruolo in materia ad un esecutore testamentario, per mezzo del quale si volesse resuscitare in frode alla legge ed in contrasto con i valori costituzionali l'antica *curatela ventris*<sup>67</sup>. Se poi il testatore volesse prevedere l'impianto embrionario postumo in un'altra gestante, o si accor-

---

*successione e dei negozi successori*, I, *Categorie e specie della successione*, 195 ss. Quanto, infine, all'ipotesi di una normazione specifica dedicata al cosiddetto testamento biologico, si tratta di un'eventualità per ora concretizzatasi soltanto nella legge regionale del Friuli Venezia Giulia 13 marzo 2015, n. 14, subito impugnata dal Governo in quanto avrebbe invaso materie rimesse alla competenza esclusiva dello Stato. Il ricorso parrebbe avere buone probabilità di essere accolto, alla luce della recente Corte cost., 9 ottobre 2015, n. 195, che ha dichiarato illegittima l'intrusione della legge regionale della Calabria 16 ottobre 2014, n. 27, nella materia contigua della donazione *post mortem* di organi.

<sup>63</sup> C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 457 ss. Si potrebbe azzardare un paragone con le specie animali a rischio di estinzione o con i beni culturali vincolati.

<sup>64</sup> S. GRASSI, *I natiuri concepiti e i concepiti artificiali*, Torino, 1995; E. GIACOBBE, *op. cit.*; G. VILLANACCI, *Il concepito nell'ordinamento giuridico: soggettività e statuto*, Napoli, 2006. Questa tesi trova oggi conforto nelle proclamazioni di principio di norme quali i rispettivi artt. 1 della legge 29 luglio 1975, n. 405, e delle citate leggi 194 del 1978, e 40 del 2004, nonché in sentenze quali Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, che ha considerato risarcibili i danni subiti durante la vita prenatale per effetto di farmaci teratogeni assunti dalla madre, e Cass., 8 agosto 2014, n. 17811, che ha dichiarato nullo lo scioglimento del fondo patrimoniale convenuto dai coniugi senza la partecipazione di un curatore del concepito.

<sup>65</sup> Si considerino, in particolare, i divieti di commercializzazione degli embrioni e di loro utilizzo a fini di ricerca scientifica, di cui rispettivamente agli artt. 12, comma 6, e 13, legge 40 del 2004.

<sup>66</sup> Abbiamo già detto che problematiche analoghe a quelle dell'impianto postumo possono aversi al momento della rottura di un rapporto coniugale o familiare di fatto. L'ammissibilità, entro certi limiti, dei patti prematrimoniali volti a regolare le varie questioni che si pongono in tali frangenti è stata affermata da Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, e poi ribadita da Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, Id., 21 febbraio 2014, n. 4210, e Id., 19 agosto 2015, n. 16909, mentre a livello normativo un pieno riconoscimento potrebbe intervenire con il ddl *bipartisan* n. 2669 presentato alla Camera dei Deputati il 15 ottobre 2014. Frattanto l'ipotesi di regolare anche le pattuizioni che intercorrano nei rapporti familiari di fatto parrebbe essere confluita nel già ricordato .dd.l. Cirinnà.

<sup>67</sup> Si allude all'abrogato art. 339 c.c. Una sorta di nostalgia per l'istituto sembra ispirare M.P. BACCARI, *Curator ventris. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino, 2012.

dasse direttamente con questa nelle forme del *mandatum post mortem exequendum*<sup>68</sup>, ancora inevitabile sarebbe la nullità alla luce della norma imperativa che sanziona gli accordi di maternità surrogata<sup>69</sup>. Sempre da specifici divieti normativi, attuativi anch'essi di valori fondamentali, deriverebbe, infine, l'invalidità di quelle disposizioni che prevedessero l'obbligo di distruggere gli embrioni soprannumerari sopravvissuti al *de cuius* o di destinarli alla ricerca scientifica<sup>70</sup>.

L'unica via per influire tramite precetti dell'autonomia privata sulle vicende di un embrione, di cui il padre voglia favorire l'impianto postumo, potrebbe allora essere quella indiretta rappresentata dal meccanismo condizionale. Non parrebbe, infatti, *per se* inammissibile la disposizione testamentaria che condizionasse un legato sulla disponibile a favore della moglie, ovvero l'istituzione della convivente come erede o legataria, all'avvenuto impianto dell'embrione. Invero, il fine di agevolare la nascita del nuovo soggetto è meritevole di tutela e, poiché la condizione, secondo la nota definizione, sospende ma non obbliga, non sarebbe nemmeno violata la dignità della donna. Peraltro, occorre ricordare come le condizioni testamentarie che facciano riferimento all'avvenuta nascita dei figli dell'istituto siano reputate lecite<sup>71</sup> e come un'analogia forma di incentivo alla procreazione sia prevista dal Codice<sup>72</sup>. D'altra parte, il medesimo congegno non potrebbe invece essere adoperato per favorire una differente vicenda *per se* inammissibile, come l'impianto postumo in una gestante surrogata, la distruzione dell'embrione o la sua destinazione alla ricerca, poiché in tali ipotesi l'illiceità del fine travolgerebbe anche la disposizione condizionale<sup>73</sup>.

Rimane aperto l'ulteriore problema della possibilità di destinare gli embrioni "orfani" ad altre persone che abbiano intrapreso un percorso di procreazione assistita. Una disposizione che ne facesse oggetto di una sorta di trasferimento proprietario *mortis causa* o *inter vivos*, non importa se a titolo gratuito o oneroso, sarebbe invalida per le predette ragioni che sottraggono la *spes hominis* alle regole della circolazione dei beni. Potrebbe, invece, risultare più conforme ai principi fondamentali dell'ordinamento l'ipotesi di un procedimento pubblicistico, modellato su quello adottivo, che consenta di pervenire allo stesso risultato<sup>74</sup>. Infatti, una volta caduto sotto la scure del giudizio di costitu-

<sup>68</sup> Sui profili più attuali dell'istituto cfr. V. PUTORTI, *Il mandato post mortem*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di A. Ciatti e R. Calvo, Torino, 2014, 343 ss., *Id.*, *Disposizioni mortis causa a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 787 ss., nonché A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, II, *Negozi successori anticipatori*, Torino, 2012, 572 ss.

<sup>69</sup> Il riferimento è all'art. 12, comma 6, legge 40 del 2004.

<sup>70</sup> Il divieto di cui all'art. 13, legge 40 del 2004 è passato indenne al vaglio di CEDU, 27 agosto 2015, *Parrillo vs. Italy*. La medesima questione dovrà essere affrontata anche dalla Corte Cost., cui è stata rimessa da Trib. Firenze, 7 dicembre 2012, che propone, invocando gli artt. 9 e 32 Cost., di distinguere tra gli embrioni sani, destinati alla vita, e quelli malati o non biopsiabili, destinati alla ricerca.

<sup>71</sup> App. Genova, 11 febbraio 1998, in *Giur. it.*, 1999, 1633. Com'è noto, la clausola che può talvolta creare problemi è semmai quella inversa, che appone risolutivamente all'istituzione di un soggetto la condizione *si sine liberis decesserit*, allo scopo di realizzare lo scopo pratico di una sostituzione fedecommissaria vietata.

<sup>72</sup> Alludiamo ai premi di natalità di cui all'art. 699 cc.

<sup>73</sup> La condizione andrebbe considerata *pro non scripta* ai sensi dell'art. 634 cc e potrebbe, se del caso, determinare la caducazione dell'intera disposizione ex art. 626 cc.

<sup>74</sup> Si esprimono a favore di tale ipotesi D. CARUSI, *La "donazione per la nascita" dell'embrione soprannumerario*, in *Biodiritto*, 2012, 5 ss.; M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita*, in questa *Rivista*, 2014, 2, 135 ss.; A. NICOLUSSI, *Si può umanizzare la procreazione medicalmente*

zionalità il divieto di fecondazione eterologa ed una volta ammessa persino la doppia eterologa<sup>75</sup> che porta ad esiti biologici identici a quelli dell'ipotetica adozione embrionaria, risulta ormai irragionevole ai limiti dell'incostituzionalità che quest'ultima continui a non essere prevista. Il panorama attuale vede, infatti, donatrici di gameti soggette ad invasive biopsie precedute da stimolazioni ormonali, coppie in attesa che tali donatrici si facciano avanti e, nella migliore delle ipotesi, la prospettiva di produrre nuovi embrioni, molti dei quali destinati a residuare come soprannumerari, mentre rimane inibito l'utilizzo di quelli che già esistono e non hanno alcuna possibilità di essere impiantati dalla coppia che li ha generati, in quanto è venuto meno ogni interesse ovvero perché i genitori sono morti.

In concreto, si potrebbero ipotizzare procedimenti differenziati a seconda delle circostanze del caso, ma in ogni caso incentrati sulle ipotesi del decesso di uno degli interessati o del verificarsi di quella situazione che già le attuali norme sulla conservazione degli embrioni soprannumerari qualificano come "abbandono" degli stessi<sup>76</sup>. Da un lato, per l'ipotesi in cui sia deceduta la madre o in seguito al divorzio la stessa abbia manifestato un'inequivoca volontà di abbandono dell'embrione, si potrebbe avere un'adozione speciale in favore della nuova moglie del padre, analoga all'adozione speciale del nato che in base alle norme vigenti può già ottenere il nuovo marito della vedova o della divorziata che abbia proceduto all'impianto postumo. Dall'altro, per l'ipotesi in cui entrambi i genitori siano deceduti o sia comunque accertato l'abbandono dell'embrione da parte loro, potrebbe aversi una sorta di adozione ordinaria in favore di una coppia estranea richiedente, oppure un'ulteriore ipotesi di adozione speciale in favore di una stretta parente dei genitori stessi. Ci preme comunque segnalare che in nessuno dei casi ipotizzati si finirebbe per introdurre una fattispecie comparabile alla maternità surrogata, che sarà esclusa in radice proprio da un'adozione prenatale che attribuisca la qualità di genitrice del nato alla partoriente e non già alla donna defunta o abbandonante.

Resta, infine, da considerare la diversa fattispecie in cui l'autonomia negoziale venga esercitata con riguardo non agli embrioni ma ai gameti. In tal caso le difficoltà sul piano dei principi sarebbero minori, perché i gameti sono *res*, in quanto parti staccate del corpo che possono essere oggetto di atti di disposizione non lesivi dell'integrità personale, un po' come, negli esempi d'altri tempi, i capelli venduti al fabbricante di parrucche o il latte fornito dalla balia<sup>77</sup>. D'altra parte, anche qui lo spazio che concretamente rimarrebbe all'autonomia di un ipotetico testatore sarà assai limitato. Infatti, se mirasse a regolare il loro utilizzo in un'eventuale fecondazione *post mortem*, la disposizione testa-

---

*assistita?*, ne *In margine al Sinodo 2014. Riflessioni in punto di diritto su matrimonio e famiglia*, Bari, 2014, 29 ss.

<sup>75</sup> L'indicazione è stata espressamente inserita Nelle Linee Guida del Ministero della Salute, emanate nel luglio 2015. Il nesso tra l'ammissibilità della doppia eterologa e quella dell'adozione embrionaria è stato di recente evidenziato da A. MORRESI, *Fecondazione eterologa in Italia: il perché di un vuoto normativo*, in *Diritto e processo*, 2014, 161 ss.

<sup>76</sup> Il riferimento è al decreto del 4 agosto 2004, emanato dal Ministro della Salute, in base al quale la conservazione degli embrioni che si considerano abbandonati, in seguito all'espressa rinuncia all'impianto da parte della coppia o all'attestata irreperibilità della stessa, non è più onere del centro di procreazione assistita presso cui sono stati prodotti, ma di una Biobanca Nazionale, con spese a carico del bilancio dello Stato.

<sup>77</sup> Si allude naturalmente ai principi di cui all'art. 5 cc. Per ulteriori riferimenti si vedano S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e atti di disposizione del corpo*, Perugia-Roma, 2011; C.M. MAZZONI, *Per uno statuto del corpo*, Milano, 2008; J.P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, 1993.

mentaria sarebbe nulla perché contraria alla norma imperativa che tali pratiche proibisce. Maggior valore potrebbe avere la clausola formulata in senso opposto, tesa ad interdire ogni utilizzo postumo dei gameti, che forse apparirà superflua ma potrebbe essere comunque utile, laddove si ponesse il problema di ricostruire l'esistenza o l'inesistenza di un consenso fattuale all'applicazione illegale delle tecniche proibite, rilevante, come si è detto, ai fini dell'attribuzione dello *status* al nato.

Ammissibile ed efficace parrebbe, invece, la disposizione che prevedesse una destinazione *post mortem* dei gameti alla fecondazione eterologa. Infatti, l'ammissibilità di tale pratica implica anche quella delle donazioni di gameti<sup>78</sup>, cui non ci sembra peregrino assimilare il loro lascito postumo, in analogia peraltro con quanto già si ammette con riguardo alle donazioni di altri tessuti<sup>79</sup>. In mancanza di indicazioni normative, la scelta fra il lascito a favore di un centro di procreazione assistita, che individui poi i concreti beneficiari, e la diretta determinazione di costoro, in maniera specifica o per categorie, andrebbe lasciata all'autonomia del testatore. Comunque, trattandosi di fecondazione eterologa, non potrebbero costituirsi rapporti genitoriali né ereditari fra il *de cuius* e chi eventualmente venga al mondo grazie ai gameti relitti, fermo restando soltanto il diritto fondamentale di quest'ultimo alla conoscenza delle origini genetiche.

<sup>78</sup> M. BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 223 ss.

<sup>79</sup> La prima regolamentazione degli espunti a fini terapeutici di organi e tessuti da cadavere nel nostro ordinamento si è avuta con la legge 3 aprile 1957, n. 235, poi ampiamente modificata ed integrata dalla successiva legislazione. L'inammissibilità del trapianto di gonadi, che si ricava da tale normativa, non ci sembra necessariamente implicare anche quella della destinazione *post mortem* alla fecondazione eterologa di gameti già crioconservati, residuati da trattamenti cui si era sottoposto lo stesso *de cuius*. Anche questa potrebbe rappresentare, d'altronde, una risposta utile ad ovviare alla scarsità delle donazioni di gameti, particolarmente grave, com'è noto, specialmente per quanto riguarda gli ovociti.