

Accordi sulla sorte di embrioni e gameti crioconservati in caso di crisi familiare*.

di Marco Rizzuti**

Abstract IT: *Alcune recenti vicende giurisprudenziali, sia europee che americane, hanno riproposto all'attenzione degli interpreti il contenzioso relativo alla sorte degli embrioni crioconservati in caso di crisi della coppia aspirante alla genitorialità, con un intreccio di problematiche che coinvolgono l'autodeterminazione riproduttiva della donna, il valore del consenso prestato e le chances di vita del nascituro. Risulterà dunque assai rilevante indagare, con particolare riferimento all'ordinamento italiano, quale ruolo possa avere l'autonomia privata, beninteso con differenti gradi di disponibilità a seconda che si tratti di embrioni o di meri gameti, nell'elaborazione di possibili soluzioni preventive, o anche nella successiva costruzione di nuovi rapporti, che consentano di superare tali conflittualità.*

Abstract EN: *Recent caselaw, both in Europe and America, shows an increasing litigation with regard to cryopreserved human embryos and gametes in case of family breakdown. It involves issues such as free reproductive choices of the woman, binding value of the consent to assisted procreation, chances of life for the unborn child. Therefore, we will take into consideration, having specific regard to the Italian legal order and distinguishing between embryos and mere gametes, the possible role of private autonomy in elaborating preventive solutions and/or new relationships in order to overcome the mentioned conflicts.*

Sommario: 1. Premesse. – 2. Embrioni e crisi familiari. – 3. Il possibile ruolo dell'autonomia privata.

1. Premesse.

* Il presente contributo è stato già edito su “*Actualidad Jurídica Iberoamericana*” e viene qui ripubblicato con il consenso del direttore della predetta Rivista.

** Ricercatore in Diritto Privato, Università degli Studi di Firenze.

L'ipotesi di un conflitto fra le parti di un rapporto familiare in ordine alla sorte, in caso di crisi del rapporto stesso, di quelle peculiarissime entità che ricadono non più nell'ambito del patrimonio ma non ancora in quello della filiazione, ovvero i gameti o gli embrioni crioconservati, solleva oggi non poche problematiche giuridiche. Invero, non si tratta nemmeno di questioni imprescindibilmente connesse ai moderni sviluppi tecnologici, in quanto possono darsi, e si sono sempre potuti dare, casi limite in cui la crisi familiare deflagra proprio durante la gravidanza e si litiga anche sull'affidamento del nascituro, oppure in cui nella stessa fase già emergono gravissime carenze della gestante come genitrice, tali da indurre qualcuno ad attivarsi subito perché si possa arrivare all'adottabilità del concepito.

Al riguardo possiamo rinvenire anche precedenti antichissimi: basti pensare alla vicenda, ben nota alla tradizione romanistica, di un *pater* che dopo il divorzio chiedeva l'emissione di un *interdictum de liberis exhibendis et ducendis* contro la ex-moglie incinta, ed al quale un celeberrimo rescritto imperiale rispose negativamente, disponendo che la donna venisse ispezionata e custodita sino al parto, ma ritenendo impossibile prendere provvedimenti su ciò che era ancora una mera "*portio mulieris vel viscerum*"¹, definizione che sarebbe nei secoli divenuta tralozia e del tutto svincolata dalle peculiarità di un siffatto caso. Beninteso, la soluzione romanistica non limitava i poteri paterni per una qualche considerazione della posizione della donna incinta, che rilevava essenzialmente solo in quanto *venter*, ed era come tale assoggettata a quei meccanismi di controllo e curatela che del resto sarebbero sopravvissuti sino a tempi storicamente a noi vicinissimi². Tantomeno assumeva rilievo una qualche soggettivizzazione dell'embrione, che anzi veniva esplicitamente negata proprio nella fortunata formuletta consegnata ai posteri dal rescritto in discorso. Piuttosto, si prendeva atto che la peculiare natura dell'entità oggetto di causa, ancora priva di una sua esistenza autonoma, impediva il normale esercizio dei poteri fatti valere dall'attore: in altri termini una siffatta casistica rappresentava già allora una sfida per il funzionamento degli ordinari meccanismi giuridici di soluzione dei conflitti.

In tempi molto più recenti altre ipotesi, comunque ancora non condizionate dall'applicazione delle biotecnologie riproduttive, hanno riproposto problematiche per certi versi analoghe. Così, la giurisprudenza dei nostri tribunali minorili ha avuto occasione di manifestare sia una posizione sostanzialmente fedele all'antica impostazione, per cui si è ritenuto comunque impossibile provvedere in anticipo in ordine all'adottabilità ed all'affidamento

¹ Il riferimento è al noto passo di ULPIANUS, *ad Edictum*, 24, in *D.25.4.1*. Sugli *interdicta de liberis exhibendis et ducendis* si veda, anche per ulteriori riferimenti, A.M. RABELLO, *Effetti personali della "patria potestas". Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979, 274 ss.

² Sulla donna come *venter* cfr. E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 2003, 107-113. Del resto, la figura del *curator ventris* che nel passo citato alla nota che precede trova una delle sue radici è sopravvissuta negli ordinamenti di tradizione romanistica fino a tempi recentissimi, tanto che, com'è noto, campeggiava anche nel testo originario dell'art. 339 del Codice Civile del 1942, in vigore sino alla riforma del 1975. E ancora ai nostri giorni non è impossibile trovare delle, sia pur isolate, voci dottrinarie favorevoli ad una sua reintroduzione (cfr. M.P. BACCARI VARI, *Curator Ventris. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino, 2012).

del nascituro, nonostante la situazione potenzialmente molto pericolosa in cui versava la gestante³, sia un diverso orientamento che ha invece considerato percorribile la via di una tutela giudiziaria della salute del concepito contro la irresponsabile condotta di vita della madre, con prescrizioni congegnate in maniera tale da comportare, in caso di inottemperanza, l'immediata adottabilità dello stesso dopo il parto⁴. Tornando quindi allo specifico dei conflitti fra le ex compartimenti del rapporto familiare, potremmo poi menzionare, in tempi ancora più vicini a noi, una decisione di merito che ha ritenuto omologabile l'accordo raggiunto in sede di separazione consensuale con riferimento alla disciplina dei rapporti con il figlio ancora nascituro⁵.

Dunque, come sovente accade, la tecnologia non ha creato *ex nihilo* il problema giuridico, ma lo ha piuttosto riconfigurato e, verrebbe fatto di dire, lo ha reso molto meno episodico. Invero, in una società in cui il ricorso alla procreazione assistita è sempre più diffuso, l'eventualità che al deflagrare di una crisi familiare sussistano per qualche ragione gameti e/o embrioni crioconservati suscettibili di essere oggetto di conflitto, è evidentemente molto più significativa di quella, tipica dei casi storici, di una crisi che scoppi proprio durante la gravidanza. D'altronde, l'ipotesi tecnologica, oltre ad essere potenzialmente più frequente, può anche presentare maggiori complessità in ragione della relativa autonomia fisica che tali entità presentano al di fuori del corpo femminile, nonché della ben più ampia durata della loro possibile esistenza nel limbo della criopreservazione. Invero, dal momento che il ricorso alle tecniche riproduttive è regolato e procedimentalizzato, non sarebbe stato incongruo attendersi una disciplina legislativa di siffatte ipotesi. Nella fase dell'acquisizione del consenso si sarebbe, infatti, potuto anche opportunamente collocare un momento procedimentale dedicato proprio alla regolamentazione preventiva in ordine a certe sopravvenienze sostanzialmente fisiologiche quali per l'appunto la rottura del rapporto familiare (matrimoniale o unionale o di convivenza non cambia molto), oppure anche, ad esempio, la morte o l'incapacità di una o entrambe le parti. Si potrebbero quindi prospettare scenari improntati ad una maggiore o minore autonomia ovvero eteronomia a seconda di più generali opzioni di politica del diritto, nel senso cioè di dare spazio alla recezione di preventive indicazioni delle parti oppure invece a meccanismi di revocazione legale del consenso, con le più differenziate ulteriori combinazioni e variabili, alcune delle quali avremo modo di prendere in considerazione più avanti in una, sia pur limitata, disamina dei profili comparatistici della problematica.

Ad ogni modo, almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano, di una siffatta ipotizzabile disciplina positiva non vi è traccia, anche perché la base legislativa della nostra regolazione interna risente di una originaria sistemazione in cui tutta la vicenda avrebbe dovuto svolgersi immediatamente con l'unico e contemporaneo impianto di un numero limitato di embrioni e senza ricorrere

³ Trib. Min. Trieste, 26 novembre 1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 110, con nota di P. ZATTI, *Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre*.

⁴ Trib. Min. Firenze, 24 agosto 2004, in *MinoriGiustizia*, 2005, 200-203.

⁵ Trib. Mantova, 4 aprile 2017, in www.ilcaso.it.

alla crioconservazione. Il punto è che i successivi interventi notissimi giurisprudenziali⁶ hanno radicalmente alterato tale quadro senza poterne definire uno organicamente sostitutivo, di talché spetta all'interprete integrare i frammenti tuttora vigenti della vecchia disciplina, caducata in alcune sue parti essenziali, con il nuovo contesto ordinamentale. Anche l'impostazione della questione che ci occupa in questa sede risente, come del resto quella di molte altre nella medesima materia, di questa situazione di fondo che, oltretutto, si appalesa come tutt'altro che provvisoria, stante la forte improbabilità di un nuovo riordino complessivo, quasi come se, in termini più generali, il nostro legislatore fosse rimasto scottato dal sostanziale fallimento della precedente normativa e preferisse in sostanza lasciare la soluzione dei problemi ad una giurisprudenza, che a sua volta però non può farsi carico di tutto e finisce quindi per invocare invano interventi che non arrivano⁷.

2. Embrioni e crisi familiari.

Restringendo, beninteso, il nostro campo di osservazione alla specifica problematica che qui ci interessa, possiamo dunque osservare come stia ultimamente emergendo nella nostra giurisprudenza di merito, chiamata ormai più di una volta a risolvere questo genere di conflitti, un'impostazione abbastanza netta, in base alla quale ogni decisione sull'eventuale impianto compete solo all'ex partner di sesso femminile senza che quello di sesso maschile abbia alcuna voce in capitolo⁸. Un sopravvenuto dissenso di quest'ultimo rispetto all'impianto viene financo equiparato alla volontà, evidentemente immeritevole di qualsivoglia tutela nell'attuale contesto assiologico, di chi volesse imporre alla propria donna di abortire. Nelle motivazioni si affaccia, invero, anche il profilo della protezione delle *chances* di

⁶ Si allude, ovviamente, a tutta la complessa vicenda giurisprudenziale che ha avuto il suo punto di partenza in Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in www.biodiritto.org

⁷ Si considerino, ad esempio, i recenti moniti di Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33, in *Foro it.*, 2021, 6, I, c. 1923, le quali hanno riconosciuto come il livello di tutela attualmente attingibile, tramite la via pretoria della cosiddetta *stepchild adoption*, per il figlio nato da una coppia omosessuale che abbia fatto ricorso all'estero alla procreazione assistita, può risultare inadeguata, ma hanno anche dovuto rimettere ad un, invero un po' improbabile, intervento del legislatore ordinario l'elaborazione di una soluzione diversa.

⁸ Si vedano dapprima Trib. Roma, 19 luglio 2013, in www.diritto24.ilssole24ore.com, quindi più di recente Trib. Perugia, 28 novembre 2020, in *Giur. it.*, 2021, 12, 2610 ss., con nota di A. ORESTANO, *Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione*, e soprattutto la più nota e discussa Trib. Capua, 27 gennaio 2021, in *Corr. giur.*, 2021, 7, 937 ss., con nota di A. MENDOLA, *Tutela della vita prenatale e limiti all'autodeterminazione procreativa nella crisi coniugale*, ed in *Fam. e dir.*, 2021, 11, 1048 ss., con nota di M. DE PAMPHILIS, *Il diritto dell'embrione all'impianto tra consenso informato e genitorialità imposta*, nonché la ancora successiva App. Perugia, 12 aprile 2022, segnalata in www.giustizia.umbria.it. Specie con riferimento alla decisione capuana non sono mancati commenti critici: cfr. M. FACCIOLI, *Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo*, in *Persona e mercato*, 2021, 2, 361 ss.; R. VILLANI, *Trasferimento di embrioni crioconservati e separazione personale tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, 586 ss.; F. MEOLA, *Il consenso informato al trattamento di P.M.A. e la sua irrevocabilità a proposito di alcune recenti ordinanze... da ignorare*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 2, 331 ss.; R. TREZZA, *La fecondazione omologa post matrimonio: l'embrione crioconservato è "concepito"?*, in www.familia.it, 15 febbraio 2022.

vita dell'embrione, ma il punto fondamentale è evidentemente l'autodeterminazione della donna, in quanto se fosse stata costei a denegare l'impianto la posizione del nascituro perderebbe ogni rilievo.

Il valore del consenso inizialmente prestato dai partners all'avvio del procedimento procreativo assume dunque un valore del tutto peculiare che occorre tentare di inquadrare. A tal fine lasciamo, beninteso, in disparte il profilo tranquillamente contrattuale del rapporto professionale con il centro che pratica la procreazione assistita, per concentrarci piuttosto su quell'ulteriore manifestazione di consenso che ha evidentemente un oggetto distinto. Non si tratta però del mero consenso informato necessario per legittimare l'effettuazione di un trattamento sanitario, che sarebbe sempre revocabile mentre questo lo rimane solo fino alla fecondazione per espressa disposizione di uno di quei frammenti normativi che dobbiamo cercare di inquadrare nel sistema odierno⁹. Al tempo stesso tale consenso assume, infatti, anche un valore direttamente costitutivo dello *status filiationis*, come tale per l'appunto irrevocabile, che sarebbe uno dei tratti caratteristici di un nuovo paradigma della genitorialità.

In effetti, nella procreazione naturale il preventivo consenso in sostanza non rileva, in quanto a rilevare sono semmai, da un lato, il fatto biologico della riproduzione, che ovviamente può benissimo avvenire senza alcuna procedimentalizzazione ed esplicitazione di consensi di sorta, riducendosi alla felice inconsapevolezza dell'atto sessuale, ovvero può anche avere luogo in circostanze segnate, ad esempio, da ipotesi di violenza o di incapacità che di per sé nulla tolgono allo *status* del nascituro, e, dall'altro lato, l'operare di ulteriori meccanismi quali le presunzioni nascenti dallo stato coniugale ovvero la successiva manifestazione di volontà che si estrinseca nell'atto di riconoscimento. A tutto ciò si contrapporrebbe invece la nuova genitorialità fondata solo sul previo consenso, senonché è proprio questo tipo di casistiche a mostrare come la formula rischi paradossalmente di rovesciarsi nel suo opposto se l'esito è proprio quello di imporre di diventare genitore ad un soggetto che esplicitamente dissente. Sembra piuttosto emergere anche qui la tendenza per cui le odierne riconfigurazioni della genitorialità si basano sempre più sullo schiacciante predominio del dato genetico, divenuto incomparabilmente più facile da accertare rispetto al passato, di talché nella procreazione naturale la sussistenza o meno del rapporto matrimoniale non incide più sullo *status* ed il mancato riconoscimento può essere superato senza i limiti e le preclusioni del passato dalla dichiarazione giudiziale della paternità,

⁹ Alludiamo all'ultimo periodo dell'art. 6, comma 3, della ben nota l. 19 febbraio 2004, n. 40, disciplina che ebbe a suo tempo un impatto innovativo sulla questione che qui ci occupa: se infatti in precedenza una giurisprudenza di merito aveva ritenuto che la moglie separata non avesse diritto a procedere unilateralmente all'impianto embrionario contro la volontà del marito (Trib. Bologna 9 maggio 2000, in *Fam. e dir.*, 2000, 487 ss., con nota di G. CASSANO, *Brevi riflessioni sul destino degli embrioni in vitro*), invece in seguito alla sua entrata in vigore autorevole dottrina ha avuto modo di osservare che una decisione del genere non sarebbe più stata possibile (M. SESTA, *Commento agli artt. 1-11, l. 19 febbraio 2004, n. 40, in Codice della famiglia, Addenda di aggiornamento* (a cura di M. Sesta), Milano, 2015, 2584), così in effetti anticipando gli sviluppi giurisprudenziali più recenti cui abbiamo fatto riferimento.

mentre in quella artificiale è appunto la provenienza del materiale biologico che vale a superare ogni dissenso¹⁰.

Ulteriore peculiarissima caratteristica del consenso in discorso è la sua vincolatività unilaterale, a seconda del genere dei soggetti coinvolti, in quanto la sua irrevocabilità sancita a livello legislativo si atteggia però in maniera radicalmente diversa nei due casi. La donna non potrà formalmente revocare il consenso dopo la fecondazione ma non può nemmeno, ovviamente, subire un impianto coattivo ed in caso di rottura del rapporto il suo dissenso risulta preclusivo di ogni prosecuzione del progetto genitoriale della controparte. Al contrario, il dissenso sopravvenuto dell'uomo non solo non impedisce alla donna di procedere materialmente all'impianto ma nemmeno vale a preservare il dissenziente dall'instaurazione di un rapporto giuridico di genitorialità con tutti i suoi effetti personali e patrimoniali¹¹. Anche questa divaricazione, a ben vedere, non è tipica della riproduzione artificiale in quanto tale, ma ripropone tratti essenziali dell'odierna riconfigurazione di quella naturale, con il padre che ha perso gli antichi poteri che facevano del riconoscimento un atto di libera volontà e non, com'è invece oggi, un atto dovuto a fronte della responsabilità nascente dal mero fatto della procreazione, mentre la donna può sempre insindacabilmente avvalersi del diritto a partorire in anonimato e, ove successivamente interpellata sulla base delle più recenti elaborazioni pretorie¹², di quello a non revocare tale scelta.

Né, d'altra parte, le proposte intese all'istituzione di una sorta di simmetrico anonimato paterno sembrano destinate a particolare fortuna, in quanto si tende a vedere questo come un caso paradigmatico in cui il principio di eguaglianza, in maniera almeno apparentemente paradossale, impone bensì il diverso trattamento di situazioni diverse¹³. Invero, sia la *ratio* di prevenire l'aborto, che sta alla base dell'anonimato materno, sia quella di evitare un impianto coattivo, che a dispetto della *littera legis* consente alla donna di revocare nella sostanza il consenso alla procreazione assistita, non possono evidentemente trovare una posizione corrispondente a livello maschile, per cui un sindacato in termini di eguaglianza ben difficilmente potrebbe condurre ad esiti concretamente apprezzabili.

Ad ogni modo, occorre senz'altro rilevare come la costruzione che si è tentato di riassumere appaia come tutto sommato piuttosto peculiare del nostro

¹⁰ Si possono vedere in proposito le considerazioni di J. HENDRICKS, *Genetic Essentialism in Family Law*, in *Health Matrix*, 2016, 1, 109-122; T. DOUGLAS, K. DEVOLDER, *A conception of genetic parenthood*, in *Bioethics*, 23 luglio 2018; nonché M. RIZZUTI, *Parenthood and genetic manipulation*, in *Católica Law Review*, 2019, 2, 65 ss.

¹¹ Si richiama al riguardo Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Fam. e dir.*, 2019, 1, 21 ss., con nota di A. FIGONE, *Revoca del consenso alla fecondazione eterologa*, secondo la quale ai sensi dell'art. 9, comma 1, della l. n. 40 del 2004, una revoca successiva alla fecondazione e precedente all'impianto non legittima ad esperire il disconoscimento di paternità.

¹² Si allude naturalmente ai ben noti sviluppi che hanno portato da Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Corr. giur.*, 2014, 4, 471 ss., sino a Cass. sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, I, 2017, c. 477.

¹³ Di recente in tal senso si veda Cass., 26 novembre 2021, n. 37023, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 388 ss., con nota di M. RENNA, *Dichiarazione giudiziale di paternità e anonimato materno*.

ordinamento¹⁴, mentre una considerazione comparatistica, sia pur limitata ad alcuni fra gli ordinamenti occidentali a noi più vicini, fa emergere soluzioni notevolmente distanti, che non possiamo certamente esimerci dal considerare, oltretutto in ragione della frequente natura transnazionale delle vicende inerenti alla procreazione assistita che non di rado pongono il problema della diretta rilevanza di discipline straniere anche per il nostro ordinamento. La legislazione francese, ad esempio, anche prima della recente riforma, espressamente considerava e tuttora considera fra le ragioni impeditive dell’impianto embrionario sia una revoca formalizzata dell’originario consenso da parte dell’una o dell’altra parte sia, a prescindere da ulteriori manifestazioni di volontà, le ipotesi di decesso o di rottura del rapporto familiare¹⁵. D’altronde, nella giurisprudenza sia europea sia soprattutto americana non è affatto raro imbattersi in espliciti riconoscimenti della legittimità della richiesta dell’uomo di ottenere la distruzione dei suoi embrioni crioconservati dopo la fine del rapporto con la madre, nonostante la di lei volontà di procedere invece all’impianto¹⁶. Non stupisce dunque che in siffatti contesti ordinamentali si siano anche concretamente aperti degli spazi per una prospettiva di regolazione in termini di autonomia privata, e si sia insomma posto il problema della rilevanza di accordi che le stesse parti del rapporto familiare concludano, in vista di un eventuale crisi dello stesso, al fine di regolare anticipatamente questo genere di evenienze.

Chiarisco subito che il nostro ricorso ad un lemma abbastanza generico, per quanto tecnico, come quello di “accordi” non è certo casuale ma mira ad evitare una diversa terminologia più specificamente contrattuale, o negoziale, che

¹⁴ A quanto pare il consenso sarebbe irrevocabile dopo la fecondazione soltanto in Italia ed in Germania, almeno secondo la rassegna comparatistica prospettata da Corte EDU, 10 aprile 2007, n. 6339/05, *Evans vs. United Kingdom*, §§ 39-42.

¹⁵ Il riferimento è all’*article L. 2141-2 del Code de la santé publique*, sia nella versione rimodellata dalla nuova *Loi de bioéthique* del 2 agosto 2021, sia nella versione previgente. Anche nel nuovo *Código Civil y Comercial Nacional* argentino del 2014 troviamo all’art. 561 una previsione che esplicitamente permette la revoca del consenso fino al momento dell’impianto dell’embrione, per cui la giurisprudenza del Paese sudamericano, modificando un precedente orientamento, nega oggi l’ammissibilità della richiesta dell’ex moglie di procedere all’impianto per divenire “madre unilaterale” contro la volontà dell’ex marito (cfr. “Fallo judicial: impiden a una mujer implantarse los embriones que había congelado junto a su expareja”, in www.lanacion.com.ar, 21 aprile 2021).

¹⁶ Quanto al nostro continente si veda anzitutto la già richiamata Corte EDU, 10 aprile 2007, *Evans vs. United Kingdom*, ma anche Supr. Court Ireland, 15 dicembre 2009, *Roche vs. Roche*, mentre oltreoceano si possono vedere Supr. Court Tennessee, 1° giugno 1992, *Davis vs. Davis*, nonché Missouri Court Appeals, 15 novembre 2016, *McQueen vs. Gadberry*, e sulla medesima linea di tendenza sembrerebbe collocarsi, in assenza a quanto pare di casi decisi, pure la dottrina sudafricana (cfr. C. VAN NIEKERK, *When a relationship has reached its expiration date, does the same apply to the embryos under South African law?*, in *Obiter Law Journal*, 2017, 165-180). Per un’ulteriore significativa variante della casistica segnaliamo poi una recente decisione di merito spagnola che, a fronte della lite fra ex partner che chiedevano rispettivamente di destinare gli embrioni alla ricerca scientifica o di donarli con finalità riproduttive ad altre coppie, ha ritenuto che scelte unilaterali dell’uno o dell’altra fossero comunque inammissibili ai sensi dell’art. 11 della *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, per cui ha salomonicamente deciso di lasciare gli embrioni a disposizione del centro di procreazione assistita, investito di ogni potere al riguardo, che a quanto pare ha scelto di distruggerli senza farne altro utilizzo (cfr. “Disputa por los embriones congelados después del divorcio”, in www.diariodesevilla.es, 20 luglio 2020, e poi “La clínica decide destruir los embriones en disputa tras un divorcio”, in www.diariodesevilla.es, 27 luglio 2020).

implicherebbe una apodittica presa di posizione in ordine alla vincolatività degli stessi, che è invece quanto occorrerà analiticamente valutare. Al riguardo assumono un notevole valore paradigmatico le impostazioni nettamente differenziate fra di loro che sono state elaborate dalla giurisprudenza di due Paesi che pure possono senz'altro essere entrambi considerati rappresentativi, a livello giuridico e prima ancora culturale, di un approccio liberale alle tematiche inerenti alla riproduzione assistita, quali sono Israele e gli Stati Uniti d'America¹⁷. Da una parte, occorre infatti prendere in considerazione il non recentissimo, ma tuttora assai significativo ai nostri fini, caso israeliano¹⁸ di due coniugi che avevano concordato di avviare in patria una procedura di fecondazione *in vitro* omologa allo scopo di poter ricorrere successivamente alla maternità surrogata all'estero, in ragione dell'impossibilità per la donna di portare la gravidanza a causa di un intervento chirurgico cui si era dovuta sottoporre. In seguito alla rottura del rapporto familiare, ed al costituirsi di uno nuovo fra l'ex marito e un'altra donna che gli aveva anche dato un figlio per vie naturali, l'ex moglie adiva le vie giudiziali chiedendo, nonostante la di lui opposizione, che le venissero consegnati gli embrioni in maniera tale da poter procedere appunto con la programmata surrogazione, istanza inizialmente accolta a livello di giurisdizione distrettuale. A fronte del ricorso dell'ex marito la Corte Suprema ha adottato, però, un approccio diverso, ritenendo giuridicamente impossibile accogliere la richiesta della donna. Nello specifico i supremi giudici hanno argomentato che il diritto a divenire genitore, pur essendo indubbiamente un diritto fondamentale della persona, non può essere considerato *enforceable* nei confronti della comparte del rapporto familiare, come dimostra la, oggi incontestata, regola per cui, nell'ambito della riproduzione naturale, il rimedio all'inadempimento del *debitum coniugale* non va certo trovato nel ricorso alla coercizione bensì eventualmente nel divorzio, ed insomma non sussiste, né potrebbe sussistere nel quadro assiologico proprio delle nostre società liberaldemocratiche, una tutela in forma specifica. Analogamente anche nella riproduzione assistita non sarà possibile costringere la comparte dissenziente a divenire genitore facendo leva sul consenso precedentemente espresso, proprio come il consenso al matrimonio non legittima l'esecuzione forzata dei doveri che dallo stesso erano nati.

Il passaggio della motivazione per noi più interessante sul piano della qualificazione giuridica è quindi quello che definisce il consenso prestato dal marito all'avvio del procedimento riproduttivo come "*a weak agreement*" insuscettibile di produrre gli effetti vincolanti propri del contratto. Peraltro, i supremi giudici segnalano anche come nella manifestazione di un consenso al ricorso alla procreazione assistita in costanza di matrimonio non possa di per sé

¹⁷ Da un lato, infatti, com'è noto, gli Stati Uniti, o forse meglio quelli fra gli Stati caratterizzati da un orientamento più *liberal*, rappresentano uno dei contesti giuridici in cui nella materia dei diritti riproduttivi maggiore spazio è stato riconosciuto all'*autonomy*. Dall'altro, Israele può essere assunto come paradigma di un sistema in cui a livello sociale e anche religioso, prima che giuridico, l'approccio nei confronti del ricorso alla procreazione assistita è tendenzialmente di netto favore.

¹⁸ Israeli Supr. Court, *Nahmani vs. Nahmani*, 30 March 1995. I protagonisti della vicenda erano i coniugi Ruth e Daniel Nahmani.

considerarsi implicito pure quello alla sua prosecuzione nonostante la rottura del rapporto familiare, il che vale oltretutto a confutare il principale argomento della *dissenting opinion*, tutta incentrata sulla necessità di tutelare proprio il ragionevole affidamento della moglie, evidentemente fondato proprio su tale ipotetico nesso di implicazione.

Nel contesto giuridico statunitense possiamo invece incontrare le ricostruzioni più esplicitamente contrattualistiche in ordine alla natura di questo genere di accordi e quindi più propense a riconoscere loro i caratteri di una vera propria vincolatività. In un primo caso¹⁹, a fronte del consueto contrasto fra gli ex partners in ordine all'impianto degli embrioni, i giudici nordamericani hanno riconosciuto alla donna il diritto di procedervi nonostante la contrarietà dell'uomo, ma non già in ossequio alla di lei autodeterminazione riproduttiva come avrebbero probabilmente fatto i nostri, in quanto tutt'al contrario abbiamo già ricordato come in ambito angloamericano pure la volontà della controparte di ottenere la distruzione degli embrioni dopo la crisi familiare viene tutelata²⁰, bensì in considerazione della valorizzazione di un'intesa in tal senso che sarebbe stata a suo tempo conclusa tra gli interessati, vincolandoli quindi in termini sostanzialmente contrattuali. Il medesimo ragionamento può tuttavia valere anche a parti radicalmente invertite, per cui è stato deciso²¹ che l'accordo che a suo tempo aveva vincolato la coppia a donare gli embrioni in caso di rottura del rapporto deve prevalere sulla pretesa della donna di ottenerne invece l'impianto contro la volontà dell'ex marito.

Come indice del medesimo approccio va soprattutto segnalata una vicenda californiana più recente, e più celebre in ragione della notorietà delle parti²², in cui dopo la rottura del rapporto familiare era l'uomo a chiedere l'impianto degli embrioni in una gestante surrogata, pratica di per sé pienamente lecita nell'ordinamento in questione, mentre la donna si opponeva facendo valere le clausole dell'accordo a suo tempo intervenuto fra i due, che subordinava l'ammissibilità di una siffatta vicenda all'esplicito consenso scritto della comparte. Coerentemente con l'approccio che abbiamo visto prevalere nella

¹⁹ Illinois Appeal Court, 12 giugno 2015, *Szafrański vs. Dunston*.

²⁰ Si considerino in particolare i casi *Davis vs. Davis*, e *McQueen vs. Gadberry*, già menzionati in precedenza.

²¹ New York Court of Appeals, 7 maggio 1998, *Kass vs. Kass*, 696 N.E.2d 174, 180 (N.Y. 1998), su cui cfr. K. SUMMERS, *Kass v. Kass, Blazing Legal Trails in the Field of Human Reproductive Technology*, in *Cleveland State Law Review*, 2000, 3, 637 ss., nonché più di recente Arizona Supr. Court, 23 gennaio 2020, *Terrel vs. Torres*, che si richiama espressamente al predetto *leading case* per sancire che gli "agreements between couples regarding the disposition of their embryos" dovranno "generally be presumed valid and binding, and enforced in any dispute between them". Sempre nel mondo di *common law*, ritroviamo il medesimo approccio anche in Western Australian Family Court, 22 giugno 2007, *G and G [2007] FCWA 80*.

²² Alludiamo, infatti, alla vicenda di cui sono protagonisti la nota attrice Sofia Vergara, star della serie *Modern Family*, ed il suo ex partner Nick Loeb. Può essere interessante notare come lei sia nata in una famiglia cattolica, mentre lui è noto anche per aver diretto nel 2020 un film di orientamento *pro-life* dedicato a *Roe v. Wade*, il che determina una sorta di rovesciamento dei posizionamenti cui saremmo abituati in quanto la parte antiabortista è al tempo stesso *pro-surrogacy*. Il tutto potrebbe però apparire meno sorprendente se consideriamo che in ambo i casi si tratta pur sempre di una prospettiva mirante al controllo neo-patriarcale sul corpo della donna (secondo uno spunto che dobbiamo ad un intervento di Barbara Pezzini nel webinar "Il nodo del consenso nella procreazione medicalmente assistita. Riflessioni a margine delle recenti pronunce del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere", del 26 aprile 2021).

mentalità giuridica d'oltreoceano, il decidente²³ ritiene valido ed *enforceable* tale vincolo contrattuale, escludendone l'invocato contrasto con l'ordine pubblico, e considera d'altra parte non provate le ulteriori eccezioni fondate su di un preteso successivo accordo orale modificativo, nonché sull'asserito vizio di *duress* del contratto in questione. Com'è evidente, tutta la tematica viene dunque inquadrata senza esitazioni nei termini del diritto dei contratti, in maniera perfettamente coerente con le più generali tendenze di un ordinamento che ha pienamente legittimato il ricorso ai *prenuptial agreements* per la regolazione preventiva, in via di autonomia privata, della vita familiare e delle conseguenze della sua eventuale crisi²⁴.

3. Il possibile ruolo dell'autonomia privata.

Possiamo dunque tornare a valutare come analoghe vicende assumerebbero una eventuale rilevanza nell'ambito nel nostro ordinamento, rispetto al quale è ragionevole ipotizzare che questo genere di casistiche, oggi forse ancora percepibili come assai peculiari, lo diverranno in progresso di tempo assai meno, nel contesto di una società in cui sia il ricorso alla procreazione assistita sia una certa frequenza della rottura dei rapporti familiari, sia quindi una combinazione delle due vicende, sono da tempo fenomeni avviati a poter rappresentare, se si vuole ricorrere ancora ad un termine recentemente abusato, la nuova normalità. Verso una faticosa normalizzazione si va, del resto, avviando anche la stessa prospettiva di un'apertura agli accordi in vista delle crisi familiari che superi il dogma del presunto divieto dei patti prematrimoniali. Da un lato, infatti, in giurisprudenza si sono aperti degli spiragli con quelle, non più recentissime, decisioni che, recuperando un'operazione argomentativa ben nota nel finitimo campo dei patti successori²⁵, mirano a sottrarre all'operatività di tale divieto tutti

²³ In seguito al fallimento di un tentativo di Nick Loeb di portare la questione dinanzi ai giudici della Louisiana per il tramite di una sorta di *forum shopping*, che mirava a trarre vantaggio dalle peculiarità di quell'ordinamento (cfr. H.C. CATCHINGS, *A "Modern Family" Issue: Recategorizing Embryos in the 21st Century*, in *Louisiana Law Review*, 2020, 1521 ss.), a decidere è stata invece la Los Angeles Superior Court, 28 gennaio 2021, nella persona del giudice Rafael Ongkeko, noto magistrato di origine filippina e di orientamento *liberal*, già assurto agli onori delle cronache hollywoodiane per essere stato ricusato dal tradizionalista e cattolico tridentino Mel Gibson in occasione della sua causa di divorzio. Per l'accesso al testo della pronuncia californiana su *Loeb vs. Vergara*, e di ulteriori atti del procedimento, dobbiamo un sentito ringraziamento alla disponibilità dell'amico e collega Giacomo Pailli. La decisione in parola ci risulta peraltro essere stata successivamente confermata anche in grado di appello (cfr. "Sofia Vergara's Ex-Fiancé Can't Revive Pre-Embryo Suit", in www.law360.com, 22 settembre 2022).

²⁴ In passato anche oltreoceano i *prenuptial agreements* erano stati ritenuti invalidi per contrasto con la *public policy* (cfr. Supr. Court Kansas, *Neddo vs. Neddo*, in *56 Kan. 507, 52 44 P. 1, 2, 1896*), ma l'apertura giurisprudenziale nei confronti dell'istituto risale ormai a Supr. Court California, *In re Marriage of Dawley*, 29 giugno 1976, in *17 Cal.3d 342*, per cui ad oggi non si dubita della loro ammissibilità ma si tratta semmai di verificare che in concreto i patti non risultino *unconscionable*.

²⁵ Alludiamo alla ben nota tesi (risalente quantomeno a G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento: contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 37 ss.), per cui l'accordo non va considerato inammissibilmente *mortis causa*, ogniqualvolta l'evento morte operi invece come condizione o termine. Tale impostazione, com'è noto, ha ricevuto un'ottima accoglienza in dottrina, in giurisprudenza e nella prassi notarile, anche perché rende possibile riquilibrare in questi termini, con un po' di sforzo interpretativo, una vasta porzione delle pattuizioni in discorso, o almeno di quelle dotate di un qualche

quei patti in cui la crisi familiare operi come mera condizione e non come causa²⁶. Dall'altro, il legislatore ha aperto alla diretta disponibilità negoziale dello *status* coniugale per il tramite del cosiddetto divorzio degiurisdizionalizzato²⁷, così rendendo assai discutibile la riconducibilità all'ordine pubblico di un principio che ne vieterebbe una disponibilità solo indiretta²⁸. Ciò nondimeno, le proposte di un'organica regolamentazione del nuovo istituto, convintamente propugnate dal ceto notarile e più volte approdate anche nelle aule parlamentari, non hanno al momento condotto a risultati concreti²⁹, per cui rimane tuttora ineliminabile un'impressione di complessiva incertezza circa gli effettivi spazi per l'autonomia privata *in subiecta materia*³⁰.

rilievo non solo scolastico. Ci sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti a M. RIZZUTI, *Patti successori prematrimoniali*, in *Scritti in onore di Giovanni Furginele*, Mantova, 2017, II, 187 ss.

²⁶ Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Foro it.*, 2013, 3, I, c. 864, ha ritenuto ammissibile l'accordo con cui un nubendo si sia impegnato a ritrasferire alla comparte la proprietà di un immobile "in caso di fallimento di matrimonio", a titolo di corrispettivo per le spese sostenute per la ristrutturazione di un ulteriore locale che era stato adibito a residenza familiare (cfr. G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, in *Fam. e dir.*, 2013, 323-334). Quindi Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 54, ha analogamente ritenuto valida la scrittura privata che prevedeva l'obbligo di un coniuge di restituire all'altro in caso di separazione le somme ricevute a titolo di prestito.

²⁷ Il riferimento è all'art. 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni in l. 10 novembre 2014, n. 162, in base al quale, in assenza di figli minori o non autosufficienti, la separazione consensuale o il divorzio congiunto, o la relativa modifica delle condizioni precedentemente pattuite, possono prodursi per effetto di un atto dei coniugi ricevuto dall'ufficiale di stato civile ed inserito nei registri di sua competenza, un negozio dunque, che, in linea con la regola generale del *contrarius actus*, appare fondamentalmente analogo all'atto di matrimonio, nonché all'art. 6 del medesimo d.l. 132 del 2014, in base al quale, anche in presenza di figli minori o non autosufficienti, le predette vicende possono inoltre prodursi anche per effetto di un accordo negoziato dai coniugi con l'assistenza di almeno un avvocato per parte.

²⁸ Si possono vedere al riguardo, anche per ulteriori riferimenti: C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 207 ss.; M. PALAZZO, *Epicidio per la nullità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Vita not.*, 2016, 1429-1522; L. BALLERINI, *Gli accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d. l. n. 132 del 2014*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1 ss.; M. PALAZZO, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Giust. civ.*, 2017, 93 ss.; R. MONTINARO, *Marital Contracts and Private Ordering of Marriage from the Italian Family Law Perspective*, in *The Italian Law Journal*, 2017, 1, 75 ss.; M. AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, in *Riv. not.*, 2017, 2, 251 ss.

²⁹ Si possono ricordare le vicende della proposta elaborata in occasione del XLVI Congresso Nazionale del Notariato del 13-15 ottobre 2011, cui si è quindi largamente ispirato il d.d.l. *bipartisan* n. 2669, presentato alla Camera dei Deputati in data 15 ottobre 2014, ed infine quelle del più ampio d.d.l. delega n. 1151 per la revisione del Codice Civile, presentato dal Governo Conte I al Senato della Repubblica il 30 luglio 2019.

³⁰ Si possono vedere al riguardo, anche per ulteriori riferimenti: AA. VV., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* (a cura di M. Palazzo - S. Landini), Milano, 2018; A. GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Persona e mercato*, 2018, 4, 236 ss.; A. SEMPRINI, *Gli accordi in vista della crisi della convivenza*, in *Famiglia*, 2019, 5, 597 ss.; G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali": note de iure condendo*, in *Fam. e dir.*, 2019, 12, 1153 ss.; V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma*, in *Dir. succ. fam.*, 2020, 2, 407-466; U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3, 645 ss.; G. DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia*, Torino, 2020; C.M. NANNA, *Accordi in vista del divorzio*, Pisa, 2021; C. SARTORIS, *Pre-nuptial Agreements. New Challenges in the Italian and European Context*, in *Los nuevos retos del derecho de familia* (a cura di G. Berti de Marínis - A.A. Estancona Pérez - A. Gallardo Rodríguez), Valencia, 2021, 363 ss.; G. LIBERATI BUCCIANI, *Autonomia privata e ordine pubblico familiare*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 16, 46-79; L. VENTURA, *Gli accordi prematrimoniali, tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale, all'esame della feminist relational contract theory*, in *Contr. impr.*, 2022, 1, 317 ss.

Beninteso, ancor più complessa potrebbe farsi la valutazione se restringiamo il campo agli accordi che ci interessano in questa sede, cioè a quelli intesi a regolare in vista della crisi familiare la sorte delle peculiarissime entità di cui stiamo discutendo, e su cui si riflettono inevitabilmente anche le ulteriori incertezze di fondo circa l'odierno assetto giuridico della procreazione assistita cui pure abbiamo già fatto qualche riferimento. Riterremo, però, che qualche ipotesi di soluzione possa essere costruita in maniera ragionevolmente equilibrata solo se distinguiamo nettamente le due categorie di ipotesi che possono venire in rilievo³¹: altro è avere a che fare con i gameti, o al limite con gli ootidi prima della singamia, e quindi con entità fondamentalmente qualificabili come parti staccate del corpo e dunque come *res* suscettibili di formare oggetto di diritti e dei relativi atti di disposizione; altro è avere invece a fare con gli embrioni, rispetto ai quali occorre parlare di una, sia pur relativa e contingente, soggettività giuridica³² ed occorre di conseguenza escludere una prospettiva totalmente reificante.

Nel primo caso, invero, nulla osta in linea di massima a configurare atti dispositivi anche tecnicamente contrattuali, per cui non vedremo insormontabili ostacoli alla redazione di una clausola che, ad esempio, preveda che in caso di rottura del rapporto familiare i gameti già crioconservati debbano essere distrutti, ovvero donati per finalità di fecondazione eterologa o anche di ricerca scientifica. Incontrerebbero specifici ostacoli normativi solo quelle clausole che prevedano utilizzi non leciti, come la vendita dei gameti oppure, per il profilo che più ci interessa in questa sede, l'avvio di un procedimento fecondativo con riferimento a quella sarebbe ormai una persona *single*, e non già una coppia come tale legittimata ad accedere alla procreazione assistita³³. D'altra parte, ciò non toglie che anche siffatte clausole potrebbe avere un rilievo nelle, non così improbabili, ipotesi transnazionali che coinvolgono ordinamenti dove, poniamo, i gameti possono circolare anche a titolo oneroso ovvero alle tecniche in questione possano accedere anche le persone *single*.

Nel secondo caso, invece, l'ostacolo di principio alla configurazione degli embrioni in termini di oggetto trova una sostanziale conferma nella considerazione che le eventualmente ipotizzabili clausole che direttamente incidano sulla loro destinazione finirebbero tutte per scontrarsi con divieti di carattere imperativo. Così non potremmo certo ritenere valide clausole che ne prevedano la distruzione o l'utilizzo a fini di ricerca o l'impianto in una gestante

³¹ Alla medesima *summa divisio* si siamo già ispirati in altra sede per quanto riguarda l'autonomia testamentaria: cfr. M. RIZZUTI, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *BioLaw Journal*, 2015, 3, 29 ss.

³² Senza voler entrare nel complesso dibattito sul tema, ricordiamo solo che importanti riferimenti normativi sono rappresentati dagli artt. 1, 254, 462, 643, 687, 715, 784 c.c., dall'art. 578 c.p. e dai rispettivi artt. 1 della l. 29 luglio 1975, n. 405, della l. 22 maggio 1978, n. 194 e della citata l. 40 del 2004. In giurisprudenza Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, c. 141, ha riconosciuto la risarcibilità dei danni causati al nato dai farmaci teratogeni assunti dalla madre in gravidanza, mentre Cass., 8 agosto 2014, n. 17811, in *Riv. not.*, 2014, 970, ha dichiarato nullo lo scioglimento del fondo patrimoniale convenuto dai coniugi senza l'intervento di un curatore speciale del concepito.

³³ Si allude naturalmente ai requisiti soggettivi di cui all'art. 5 della legge 40 del 2004: in proposito cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. RIZZUTI, *Le esclusioni soggettive dalla procreazione assistita nell'odierno contesto ordinamentale*, in *La comunità familiare tra autonomia e riforme*, (a cura di D. Carusi), Rimini, 2019, 173-200.

surrogata, tutte ipotesi sanzionate persino a livello penale³⁴. Anche con riferimento all'ipotesi senz'altro lecita dell'impianto nel grembo della stessa madre occorre d'altra parte ricordare come la nostra giurisprudenza abbia configurato l'ipotesi in termini di massima valorizzazione dell'autodeterminazione della donna, per cui sarebbero senz'altro invalide le ipotetiche clausole che proibiscano siffatto impianto ovvero lo qualifichino, tutt'al contrario, come obbligatorio.

Un ristretto margine per il ricorso all'autonomia negoziale potrebbe forse ravvisarsi soltanto con riferimento ad un accorto utilizzo di meccanismi condizionali che, ferma restando la piena libertà per l'interessata di procedere o meno all'impianto, prevedano conseguenze patrimoniali favorevoli qualora lo stesso si realizzi effettivamente, in linea con la finalità, senz'altro meritevole di tutela, di agevolare la nascita del nuovo soggetto, e di sovvenire al contempo agli oneri economici che la stessa inevitabilmente comporterà. Il rispetto per la libertà e la dignità della donna passerebbe dunque in sostanza dalla nota regola per cui la condizione sospende ma non obbliga³⁵. Il tutto, beninteso, sempre che si considerino più in generale, nell'ambito del quadro evolutivo più sopra richiamato, in una qualche misura ammissibili pattuizioni che per l'appunto regolino in via preventiva aspetti della crisi familiare tramite il ricorso a strumenti condizionali.

Fra le ipotizzabili pattuizioni relative agli embrioni che dovremmo ritenere inammissibili parrebbe allo stato rientrare anche quella di un accordo con cui, in vista dell'eventuale crisi familiare ovvero anche a crisi già deflagrata, si decida di metterli a disposizione di altre coppie. Invero, non solo sarebbe ovviamente inammissibile una vendita, o comunque cessione a titolo oneroso, degli embrioni, palesemente reificante per gli stessi, ma, in assenza di previsioni normative che la legittimino, non sembrerebbero esservi i margini nemmeno per una loro messa a disposizione puramente solidaristica, che potremmo definire in termini di donazione oppure di adozione a seconda che si voglia inclinare più verso il parallelismo con la donazione dei gameti o invece porre l'accento sulla dimensione della soggettività dell'embrione abbandonato³⁶, senza che ad ogni modo la scelta per l'una o l'altra opzione linguistica, o per ulteriori possibili mediazioni terminologiche che risultino ideologicamente meno problematiche, sposti nella sostanza i termini del problema. Il punto è infatti che la tenuta di una siffatta regola, peraltro in fondo deducibile come dicevamo da un mero silenzio legislativo, suscita oggi fortissimi dubbi sul piano assiologico. La regola poteva avere una sua razionalità nel contesto dell'originario sistema che ammetteva soltanto la fecondazione omologa e

³⁴ Il riferimento è al disposto degli artt. 12, 13 e 14 della legge 40 del 2004.

³⁵ Lo avevamo argomentato, con riferimento alle vicende *post mortem*, anche in M. RIZZUTI, *Patti successori prematrimoniali*, cit., 209, nt. 65.

³⁶ Di embrioni abbandonati si parla nella disciplina di cui al decreto del 4 agosto 2004, emanato dal Ministro della Salute, in base al quale la conservazione degli embrioni che si considerano per l'appunto abbandonati, in seguito all'espressa rinuncia all'impianto da parte della coppia ovvero 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.

dunque postulava come sempre imprescindibile un nesso biologico con entrambi i genitori.

Attualmente, però, una volta ammessa persino la doppia eterologa³⁷, 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, in un panorama che vede 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 venire impiantati dalla coppia che li ha generati, in quanto è venuto meno ogni interesse in tal senso. D'altra parte, non ci sembra irrilevante considerare che anche in contesti in cui la donazione di gameti è regolata secondo paradigmi più restrittivi dei nostri, autorevoli istanze favorevoli ad ammettere invece quella degli embrioni non sono affatto mancate³⁸. E a questo punto, però, il discorso travalica il nostro tema degli accordi, in quanto una regolamentazione di questo genere di vicende dovrebbe certamente includere, per certi aspetti addirittura *a fortiori*, le ipotesi in cui l'abbandono si verifichi pure a prescindere da una volontà donativa degli aspiranti genitori, ad esempio anzitutto in caso di decesso degli stessi.

Tornando, dunque, in maniera più specifica alle ipotizzabili manifestazioni di accordo che si possono inserire nel contesto in esame, ci sembra di dover valutare anche un'altra eventuale variabile. Poniamo infatti che in seguito alla rottura del rapporto familiare sia l'ex partner maschile ad avere interesse a che l'impianto abbia luogo e che la sua nuova compagna sia disponibile ad accogliere uno degli embrioni in questione nel proprio grembo con il consenso anche della precedente partner. Se dunque l'ipotesi cui abbiamo prima fatto cenno rassomiglia, al livello embrionario, all'adozione piena del minore in stato di abbandono, qui ci troveremmo di fronte ad una vicenda comparabile a quella della cosiddetta adozione in casi particolari o adozione aperta, suscettibile cioè di dare luogo ad una configurazione in cui i genitori giuridici siano più di due³⁹. Invero, anche una siffatta possibilità non risulta prevista, ed anche in tal caso non riusciamo a ravvisare alcuna giustificazione razionale di tale mancata previsione. Beninteso, lo schema prospettato non avrebbe nulla a che fare con la maternità surrogata, e quindi con i relativi divieti penali, dal momento che qui

³⁷ L'indicazione è stata espressamente inserita nelle Linee Guida del Ministero della Salute, emanate nel luglio 2015.

³⁸ Si allude in particolare alla posizione espressa dal Deutscher Ethikrat, 22 marzo 2016, un autorevole organismo indipendente comparabile al nostro comitato nazionale di bioetica, nel contesto dell'ordinamento tedesco, di un Paese cioè dove pure, a differenza di quanto accade da noi, non è ammessa l'ovodonazione ma solo la donazione del seme. Quanto alla dottrina italiana favorevole all'ammissibilità dell'adozione degli embrioni, prima ancora che la fecondazione eterologa tornasse ad essere lecita, cfr. D. CARUSI, *La "donazione per la nascita" dell'embrione soprannumerario*, in *Biodiritto*, 2012, 5 ss.

³⁹ Sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a M. RIZZUTI, *Adozioni e poligenitorialità*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 13, 646-681, nonché M. RIZZUTI, *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021.

sarebbe proprio la donna che riceve l'impianto dell'embrione altrui a divenirne legalmente anch'essa madre. D'altra parte, si tratterebbe dell'unica configurazione suscettibile di valorizzare anche la volontà dell'uomo di proseguire nel progetto genitoriale, con un effetto di riequilibrio rispetto a quell'odierno assetto fortemente divaricato su cui ci siamo prima soffermati, e conseguentemente di offrire anche in tal caso delle *chances* di vita all'embrione. Beninteso, abbiamo in quest'ultimo passaggio delineato una casistica meramente ipotetica, e prescindiamo qui totalmente da eventuali, ed invero improbabili, nuovi disegni di ri-regolamentazione *de jure condendo* al riguardo, ma non ci sentiamo affatto di escludere che una vicenda del genere possa affacciarsi anche nella realtà pratica, e riterremo in proposito che una giurisprudenza, giocoforza creativa come già tante altre volte *in subiecta materia*, potrebbe per le esposte ragioni superare l'irragionevole silenzio legislativo e riconoscerne infine la meritevolezza di tutela.

