

Distruzione di gameti o di embrioni e perdita di *chance* procreativa. Profili risarcitori

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il diritto al concepimento quale ‘diritto fondamentale’, ma non ‘tiranno’. Il necessario bilanciamento con altre situazioni giuridiche concorrenti. – 3. Il contratto di crioconservazione e la natura dei gameti. Aperture giurisprudenziali. Il distacco da logiche proprietarie e la valorizzazione degli interessi sottesi al rapporto. – 3.1. *Segue*. Il danno non patrimoniale da perdita di gameti. Imputabilità della perdita e clausole contrattuali che legittimano la distruzione. – 4. Il danno da perdita di embrioni. Rilievi preliminari. – 4.1. Il caso trattato dal Tribunale di Milano nel 2013. L’interesse leso in ipotesi di perdita di embrione *in vitro* e il danno concretamente risarcibile. – 5. Rilievi conclusivi. Scomposizione del processo procreativo e ‘nuovi’ interessi risarcibili. La tutela dell’aspettativa di genitorialità. Confronto con la diversa ipotesi del danno da morte del feto.

1. Uno studio, pubblicato nel 2017 sulla *Columbia Law Review*¹, sollecita la riflessione sugli strumenti di tutela attivabili in ipotesi di *reproductive negligence*. Il contesto normativo nel quale si pone tale scritto è differente rispetto al nostro, ma apre uno scorcio sui possibili danni connessi alle tecniche di PMA e, più in generale, all’agire medico in campo procreativo. Si discorre di *reproductive wrongs*, distinguendosi a seconda che essi concretizzino una *Procreation imposed*, una *Procreation deprived*, o una *Procreation confounded*, ed evidenziandosi i limiti di un approccio che trascuri di considerare l’aspirazione a realizzare un progetto di genitorialità, talvolta irrimediabilmente lesa. Le ipotesi inquadrabili nell’ambito dei *reproductive wrongs* sono molteplici e travalicano i confini delle procreazioni assistite. Del resto, la stessa ‘autonomia procreativa’ è variamente declinabile: in ‘positivo’, quale interesse a realizzare un progetto di genitorialità, anche attraverso il ricorso alle menzionate tecniche; in ‘negativo’, quale interesse a evitare una gravidanza e una seguente nascita (si pensi, a titolo esemplificativo, ai casi di errori nell’intervento abortivo, di fallita sterilizzazione, di erronee diagnosi sul feto o sull’embrione preimpianto, dai quali derivi una nascita non voluta)².

¹ D. FOX, *Reproductive negligence*, in *Columbia Law Review*, 2017, vol. 117, p. 149 ss. V. anche ID., I. GLENN COHEN, E. Y ADASHI, *Losing Embryos, Finding Justice: Life, Liberty, and the Pursuit of Personhood*, in *Annals of Internal Medicine*, 2018, p. 800.

² Cfr. Cass., 10 settembre 1999, n. 9617, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 315, con nota di V. CITARELLA, *Intervento medico di sterilizzazione e profili di responsabilità*; in *Dir. fam.*, 2000,



Entro tale quadro l'analisi si incentra sulle ipotesi di perdita o danneggiamento di gameti o di embrioni.

Il frequente ricorso alla crioconservazione di gameti, la diffusione del *social freezing* e, dunque, la tendenza ad ammettere il ricorso a tali tecniche per preservare la fertilità, di là da problematiche di carattere medico³,

p. 1008, con nota di G. CASSANO, *La cicogna beffarda: brevi note in tema di responsabilità del medico per erroneo intervento di sterilizzazione*; in *Danno resp.*, 2000, p. 730, con nota di R. NATOLI, *Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di compensazione ed esigenze di deterrence*; G. FACCI, *Il danno da sterilizzazione non riuscita*, in *Resp. civ.*, 2004, p. 155 s.; G. CASSANO, *Intervento di sterilizzazione, nascite indesiderate e danni incidenti nella sfera «esistenziale»*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 106; A. FERRERO, *Nascita sana ma non voluta: i danni risarcibili in caso di omesso intervento di sterilizzazione*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1598. Con specifico riferimento al caso del risarcimento per mancata interruzione di gravidanza, v. invece Trib. Padova, 9 agosto 1985, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1995, con nota di V. ZENO ZENCOVICH, *Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione di gravidanza*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 115, con nota di P. Zatti; nonché Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, sulla quale M. GORGONI, *Il diritto di programmare la gravidanza e risarcimento del danno per nascita intempestiva*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 1034; D. CARUSI, *Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il danno da «procreazione» nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 343. In termini più ampi sul danno da nascita indesiderata, connesso anche a erronee od omesse diagnosi, v. inoltre; F. PARENTE, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, in *Famiglia*, 2005, p. 1009; V. GUGLIELMUCCI, *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno resp.*, 2007, p. 957; A. ARCERI, *I plurimi aspetti del danno da nascita indesiderata nella recente giurisprudenza*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 291. Anche per un'analisi comparativa sulla giurisprudenza straniera in tema, A. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999.

³ Il processo di crioconservazione è incluso nella procedura di PMA. In questa direzione si richiama l'art. 14, comma 8, l. 40/2004, ove dispone che è «consentita la crioconservazione dei gameti maschile e femminile, previo consenso informato e scritto», nonché, più incisivamente, le Linee-guida sulla PMA del 9 maggio 2004, che alla sezione VII dispongono che per «tecniche di PMA» si intendono «tutti quei procedimenti che comportano il trattamento di ovociti umani, di spermatozoi o embrioni nell'ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza», con la precisazione che questi procedimenti, che possono essere effettuati sia con gameti della coppia sia con gameti donati, includono anche «il processo di crioconservazione dei gameti e degli embrioni nel concetto di procreazione medicalmente assistita». Si registra, tuttavia, un progressivo distacco dall'idea secondo la quale la crioconservazione sia necessariamente funzionale a preservare la fertilità in ipotesi di patologie o concreti rischi incidenti sulla fertilità, là dove tali casi rappresentano oggi soltanto una parte del fenomeno, sempre più diffuso a prescindere da ragioni strettamente mediche. Tale consapevolezza si rintraccia anche in una recente pronuncia del Tar Lazio, ove si afferma che alla pratica della crioconservazione «chiunque può ricorrere, a proprie spese, in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo lo ritenga opportuno e, pertanto, indipendentemente dal ricorso nell'immediatezza alla fecondazione assistita; d'altronde è ben noto il fenomeno del cd. *social freezing* ossia della crioconservazione degli ovociti a scopo precauzionale, e quindi della terapia dell'infertilità futura, richiesta dalle donne che per motivi personali vogliono preservare la fertilità e ricercare una gravidanza più avanti nel tempo, quando possono subentrare delle difficoltà nel concepimento naturale per riduzione della fertilità; si parla, invece, di cd. *egg sharing* nel caso in cui la donna si sottopone al trattamento per sostenere una fecondazione in vitro di cui lei stessa beneficerà, donando



rendono di crescente attualità il tema della risarcibilità dei danni in ipotesi di colpevole distruzione dei medesimi: quale l'interesse leso e quale il danno concretamente risarcibile? Interrogativi che si pongono anche rispetto all'altra questione, concernente la lesione di embrione in attesa di impianto⁴, rispetto alla quale non può prescindersi dal dibattito, più ampio, sulla natura dell'embrione, nel quale si rinvengono voci quantomai distanti, che – sebbene in contesti a noi lontani – si spingono fino al punto di una assoluta parificazione dell'embrione *in vitro* al 'bambino'⁵, con inevitabili implicazioni anche per le vicende risarcitorie in esame⁶.

La giurisprudenza interna è ancora scarna. Pochi i casi nei quali le Corti sono state chiamate a decidere sul danno sofferto per perdita di gameti o di embrione⁷. Nondimeno, pur senza anticipare gli sviluppi che seguiranno, si ravvisa una tendenza a valorizzare l'interesse, l'aspettativa di genitorialità, disattendendo logiche proprietarie, ma evitando anche quella che appare una indebita sovrapposizione tra genitorialità (attuale) e interesse alla stessa.

esclusivamente gli ovociti in sovrannumero rispetto a quelli che utilizzerà per se stessa»: TAR Lazio, sez. III *quater*, 22 dicembre 2022, n. 17330, in *Dejure online*. Sulla questione dei limiti al ricorso al *social freezing* v. il Parere espresso dalla Commissione nazionale d'etica in materia di medicina umana n. 28 dell'11 maggio 2017, su *Social egg freezing - una riflessione etica*; nonché, da ult., A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Napoli, 2024, p. 93 ss. Per una riflessione di carattere etico, oltre i confini nazionali, v. A. BOROVECKI, P. TOZZO, N. CERRI, L. CAENAZZO, *Social egg freezing under public health perspective: Just a medical reality or a women's right? An ethical case analysis*, in *J Public Health Res.*, 2018.

⁴ Anche in tal caso, del resto, deve constatarsi – alla luce degli sviluppi avuti grazie ai ripetuti interventi della Corte costituzionale – il consolidarsi della 'prassi' della crioconservazione degli embrioni. In Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, in *cortecostituzionale.it*, si legge: «il rapporto regola-eccezione relativo al divieto di crioconservazione originariamente impostato dalla legge n. 40 del 2004 si è, nei fatti, rovesciato: la prassi è divenuta quindi la crioconservazione – e con essa anche «la possibilità di creare embrioni non portati a nascita» (sentenza n. 84 del 2016) – e l'eccezione l'uso di tecniche di impianto "a fresco". Nonostante l'art. 14, comma 3, continui a prevedere la formula "da realizzare non appena possibile", si è così determinata la possibilità di una eventuale dissociazione temporale, anche significativa, tra il consenso prestato alla PMA e il trasferimento in utero».

⁵ Alabama Supreme Court, 16 febbraio 2024, in *biodiritto.org*, con nota di commento di S. Sulmicelli.

⁶ P. GINOD and M.H. DAHAN, *Embryos as unborn children: the Alabama Supreme Court's ruling and its possible impact for legal rulings in other states*, in *National library of Medicine*, 2024, p. 130, in commento alla citata pronuncia della Corte Suprema dell'Alabama osservano: «Potential legal actions stemming from embryo loss, non implantation, or early pregnancy loss, common occurrences in the IVF process, now risk being construed as wrongful death or battery».

⁷ Ripercorre alcuni casi, soprattutto stranieri, di risarcimento per perdita di gameti o di embrioni C. SCOGNAMIGLIO, *Campioni biologici e profili di responsabilità civile*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, num. spec., 2016, p. 257 ss.



2. Le due ipotesi prese in considerazione pongono questioni diverse, sebbene per entrambe rilevi il riconoscimento del discusso ‘diritto al concepimento’, espressione – nella prospettiva seguita dalla Corte edu⁸ – dell’art. 8 CEDU, sul diritto al rispetto della propria vita privata e familiare⁹, nonché richiamato dalla Corte costituzionale tra i «fondamentali diritti della persona»¹⁰.

Il confronto con la disciplina della procreazione medicalmente assistita ne evidenzia il carattere non assoluto¹¹ e il suo essere in costante bilanciamento con altre situazioni giuridiche egualmente rilevanti¹². Basti,

⁸ Corte edu, 28 agosto 2012, ric. 54270/10, in *Foro it.*, 2012, IV, c. 474; Corte edu, 1° aprile 2010, n. 57813/00, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 14, con nota di M. MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Nella giurisprudenza interna di merito cfr. Trib. Salerno, ord., 13 gennaio 2010, in *biodiritto.org*, sul ‘diritto al figlio’ quale diritto inviolabile ai sensi dell’art. 2 cost.; Trib. Milano 21 maggio 2013, in *Danno resp.*, 2014, 4, p. 422 ss., sul diritto al concepimento quale fondamentale estrinsecazione della personalità umana (su tale pronuncia v. più ampiamente *infra*); Trib. Roma, 14 gennaio 2014, in *osservatorioaic.it*, sulla necessità di garantire il diritto al concepimento (artificiale) al di là delle ipotesi di infertilità della coppia.

⁹ Tale diritto troverebbe, infatti, attuazione anche attraverso la realizzazione di un progetto di genitorialità Sul rapporto tra la procreazione assistita e il principio del rispetto della vita privata nella giurisprudenza della Corte europea, v. G. FERRANDO, *La donazione dei gameti in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in A. BARENGHI, *Procreazione assistita e tutela della persona*, Atti del convegno di Roma, 30 maggio 2010, Padova, 2011, p. 20.

¹⁰ Corte cost., 24 luglio 2000, n. 332, in *cortecostituzionale.it*.

¹¹ Basti qui il riferimento ai limiti soggettivi e oggettivi che delimitano il diritto di accedere alle pratiche in esame, alla fecondazione eterologa, al divieto di maternità surrogata, al trattamento degli embrioni sovranumerari (significativo, in particolare, il dibattito sul rapporto tra assunto diritto alla genitorialità e pratiche vietate dalla legge 40. Cfr. G. RECINTO, *Le “istruzioni” per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, in *Fam. dir.*, 2023, p. 403 ss.).

Sulla legge n. 40 del 2004, nella sua originaria formulazione, ma anche sulle criticità evidenziate nel tempo dalla dottrina v., *ex multis*, L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; S. AGOSTA, G. D’AMICO, L. D’ANDREA, *La procreazione medicalmente assistita: bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, Atti delle giornate di studio, Messina, 5-6 maggio 2016, Napoli, 2017; A. BARENGHI, *Procreazione assistita e tutela della persona: atti del Convegno di Roma, 30 maggio, 2010*, cit. Del resto, già all’indomani dell’entrata in vigore della l. n. 40, la dottrina aveva evidenziato criticità e prospettive di sviluppo. V., *ex multis*, D. CARUSI e S. CASTIGNONE, *In vita, in vitro, in potenza: lo sguardo del diritto sull’embrione*, Atti del convegno di Genova (10 maggio 2010), Torino, 2011; L. D’AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un’occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico*, in *Dir. fam.*, 2004, p. 793 ss.; B. MASTROPIETRO, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa, ivi*, 2005, p. 1379; N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Riv. trim.*, 2005, p. 517 ss.; G. BALDINI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili problematici, prime esperienze applicative e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 350 ss.

¹² Cfr. A. D’ALOIA e P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Il governo del corpo*, II, in *Trat-*



in questa prospettiva, osservarne i diversi ‘usi’ nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale: è invocato in tema di fecondazione *post mortem*¹³; è declinato come diritto al concepimento di un bimbo sano; è utilizzato a supporto delle spinte riformatrici della legge 40 del 2004 e, in particolare, a fondamento della richiesta di superamento dei limiti soggettivi di accesso alle tecniche procreative¹⁴.

Tali ipotesi – citate esemplificativamente – mostrano in che termini la procreazione sia un «contenitore complesso, un crocevia di diritti e interessi, anche conflittuali, di principi e valutazioni oggettive, di “funzioni” e responsabilità, di doveri»¹⁵. Un «crocevia» che ben si evidenzia nel tessuto normativo della legge n. 40 del 2004, ma anche nei ripetuti arresti della giurisprudenza costituzionale e di quella di merito e di legittimità, impegnate, ormai da un ventennio, a ridisegnare la disciplina della procreazione medicalmente assistita, nella costante ricerca di un adeguato punto di equilibrio tra interessi diversi¹⁶.

D’altro canto, pur nel costante bilanciamento con altre situazioni giuridiche, l’interesse a realizzare un progetto di genitorialità trova indubbio riconoscimento nel vigente sistema ordinamentale. Ed è su tale base che poggia la successiva indagine relativa alle ipotesi nelle quali la condotta inadempiente della struttura tenuta alla crioconservazione o del medico

tato di biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 1342 s., ove si legge: il «diritto alla procreazione cosciente e responsabile è un “pezzo” importante di quel “pieno sviluppo della persona” che costituisce l’obiettivo prioritario del progetto costituzionale di liberazione della promozione umana». Ciò, tuttavia, non può essere spinto al punto da assecondare un desiderio di genitorialità «“senza limiti”, da realizzare “ad ogni costo”, e non importa con quali strumenti». Legittimi risultano limiti sui tempi e sui modi della procreazione: il diritto alla procreazione, infatti, «deve confrontarsi ragionevolmente con altri diritti e interessi, non è una monade autoreferenziale, ma vive in una dimensione relazionale, di reciproco riconoscimento» (corsivo aggiunto). V. anche P. STANZIONE, *Linee d’ombra e tratti di (dis)continuità legislative: il “diritto” alla maternità tra aborto e procreazione medicalmente assistita*, in *Itinerari di diritto privato*, Salerno, 2007, p. 71 ss.

¹³ V. O. CLARIZIA, *Divieto di procreazione medicalmente assistita post mortem e trasmissione mortis causa dei gameti*, in questo fascicolo.

¹⁴ Da ult. v. l’ordinanza del Tribunale di Firenze, 4 settembre 2024, con la quale è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell’art. 5, l. 40/2004, ove preclude l’accesso alla PMA per i *single*. L’ordinanza è pubblicata, per esteso, in *associazionelucacoscioni.it*.

¹⁵ A. D’ALIOIA e P. TORRETTEA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., p. 1341.

¹⁶ V. tra gli altri Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, entrambe in *cortecostituzionale.it*. I ripetuti interventi della Corte hanno condotto ad un «progressivo sgretolamento» del modello costruito nel 2004 dal legislatore italiano a séguito degli «interventi demolitori» della Corte costituzionale», sí che – si afferma – la stessa normativa non dovrebbe essere interpretata seguendo il canone ermeneutico della «intenzione del legislatore» (F.D. BUSNELLI, *La sorte degli embrioni in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in A. BARENGHI, *Procreazione assistita e tutela della persona*, cit., p. 30).



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

101

determini la distruzione di un ‘bene’ per sua natura funzionale a garantire la realizzazione del menzionato progetto.

3. L’interesse, di stampo esistenziale, alla procreazione caratterizza sul piano funzionale il contratto di crioconservazione di gameti o di ovociti come l’accordo medico-paziente per la procreazione assistita. Rapporti diversi, là dove il primo è sovente qualificato in termini di deposito¹⁷, sebbene non senza riserve¹⁸; diversamente dal secondo per il quale si discorre di contratto di prestazione d’opera professionale¹⁹. In ogni caso, l’inadempiamento delle obbligazioni assunte può incidere – talvolta irrimediabilmente – sulla opportunità di realizzare un progetto di genitorialità.

I gameti crioconservati sono campioni biologici²⁰, porzioni della realtà materiale, ma non *res* in senso stretto. Essi sono espressione di un «diritto

¹⁷ Sulla qualifica in termini di deposito, da ult., A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Napoli, 2024, spec. p. 132 ss., la quale tuttavia circoscrive detta qualifica all’ipotesi nella quale l’attività di crioconservazione sia indipendente dallo svolgimento di attività medico-sanitarie (p. 132), precisandosi, inoltre, che rispetto all’attività medica di prelievo del materiale da crioconservare, si configura un collegamento tra rapporti (p. 133). V. anche M. CICONI, T. MANGIULLI, G. MONTANARI VERGALLO, P. FRATI e G. BOLINO, *Profili medico-legali e giuridici circa due casi di scongelamento accidentale di ovociti ed embrioni crioconservati*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1054 ss., spec. § 4, ove si distingue a seconda che la conservazione risulti parte integrante del ciclo di trattamento da quella nella quale essa sia finalizzata ad una probabile e futura utilizzazione: nel primo caso la distruzione ‘colpevole’ determinerebbe inadempimento del contratto di prestazione d’opera professionale; diversamente dal secondo nel quale, invece, si concretizzerebbe inadempimento dell’obbligo di custodia che connota il contratto di deposito.

¹⁸ La tendenza a qualificare il contratto di crioconservazione alla stregua di un tipico contratto di deposito ha suscitato talune perplessità, posto che tale vincolo si caratterizza per l’obbligazione di custodire in vista della restituzione della *res*; diversamente dall’ipotesi in esame nella quale la ‘restituzione’ non soddisfa alcun interesse del titolare, il quale conserva non per ‘riavere’, ma per garantirsi un uso, eventuale, futuro, a fini procreativi. Sí che – si osserva: «appare preferibile ricondurre l’accordo di crioconservazione dei gameti non già allo schema del contratto di deposito, ma a una fattispecie negoziale atipica e complessa, assimilabile alle prestazioni professionali di carattere sanitario»; con la conseguenza che «la diligenza richiesta al debitore dovrà essere parametrata non già all’obbligo di restituzione della *res* depositata, ma al conseguimento del risultato cui il negozio tende e cioè al mantenimento della capacità procreativa» (L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, p. 1612 ss., § 4).

¹⁹ A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, cit., p. 132.

²⁰ Sui gameti quali «campioni biologici», cfr. art. 6, lett. c, l. n. 89/2009; prov. Autorità garante per la protezione dei dati personali, 5 giugno 2019. In dottrina, cfr., D. FARACE, *Campioni biologici - Diritto civile*, in *Enc. giur.* Treccani, IX Appendice, t. 1, Roma, 2015, p. 215 ss.; G. NOVELLI e I. PIETRANGELI, *I campioni biologici*, in AA.Vv., *Il governo del corpo*, t. 1, in *Trattato di biodiritto* Rodotà-Zatti, Milano, 2011, p. 1027 ss.; C. SARTEA, *Verso uno statuto biogiuridico dei campioni biologici umani. Premesse teoriche*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, cit., p. 113 ss.

to personalissimo alla propria identità non solo spirituale, ma altresì fisica, biologica e genetica»²¹. Ci «sono in essi messaggi genetici e straordinarie potenze di trasmissione d'umanità». Sí che «la riduzione del seme, dell'uovo e dell'embrione a “cose” qualsiasi non sembra [...] accettabile»²². I gameti, insuscettibili di circolazione a titolo oneroso, non hanno un valore di mercato, ma hanno uno specifico valore d'uso per il relativo titolare che mira, attraverso la crioconservazione, a preservare la possibilità di generare²³.

In questa prospettiva si pone una recente sentenza di merito che ricorda – per alcuni versi – una piú risalente e nota pronuncia della Corte di cassazione tedesca dei primi anni '90²⁴, oltre che altra giurisprudenza di merito che – sebbene a diversi fini – ha affrontato la questione della natura dei gameti²⁵.

La vicenda dalla quale originano le pronunce, del Tribunale interno e della Corte tedesca, è per alcuni versi analoga: una clinica distrugge i gameti crioconservati da un uomo in vista di una successiva, probabile, perdita della capacità procreativa. In entrambi i casi l'interessato agisce per

²¹ Trib. Nola, 28 dicembre 2022, in *Dir. fam. pers.*, 2023, p. 1612, con nota di L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, cit. (su tale pronuncia v. *infra*). Del resto, che i gameti non siano ‘cose’ trova diretta e indiretta conferma nella disciplina che, a vario titolo, li prende in considerazione. Il riferimento è al divieto di commercializzazione degli stessi e, piú in generale, al fatto che i medesimi non abbiano un valore ‘di scambio’. Cfr. art. 12, comma 6, l. 40/2004; art. 1, lett. n, d.m. 28 dicembre 2016, n. 265.

²² Cfr. U. SCARPELLI, *Il diritto d'autore biologico*, in ID., *Bioetica laica*, Milano, 1998, p. 116.

²³ A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, cit., p. 141: «il desiderio di neutralizzare il rischio di perdita della fertilità [rappresenta] il substrato dell'operazione economica». Sulle ragioni che possono giustificare il ricorso a tale pratica v. TAR Lazio, sez. III *quater*, 22 dicembre 2022 n. 17330, cit.

²⁴ Bundesgerichtshof, 9 novembre 1993, in *Familienrecht*, 1994, p. 154 ss.

²⁵ Come è stato osservato in una pronuncia del Trib. di Roma, 8 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1952, in tema di fecondazione *post mortem*, le parti staccate del corpo costituiscono il luogo in cui i diritti della personalità e il diritto di proprietà si incontrano e si contaminano reciprocamente: «“beni”, quindi, sí, ma di una specie affatto particolare. Non soltanto per la loro intrinseca “sacralità” (nell'accezione romanistica del termine), in quanto beni *extra commercium*, ma anche, e soprattutto, per il legame strettissimo che essi conservano con il corpo dal quale derivano, pur dopo la loro separazione da esso, in quanto: a) portatori di informazioni personali di carattere sanitario, biologico e genetico, riferibili alla persona a cui appartengono, e b) capaci di generare una nuova vita avente uno stretto legame biologico con tale persona, cioè un figlio biologico di essa».

Incisivamente P. FEMIA, *Il campione biologico come oggetto di diritti. Bene giuridico e processi di valorizzazione*, in D. FARACE (a cura), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umana*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2016, p. 198, ove si legge «Il campione biologico non è giuridicamente riducibile a solo valore di scambio e nemmeno ad intangibile ipostasi assiologica; è un determinato fascio di usi entro uno spazio di conflitti, definito “oggetto” delle situazioni giuridiche in conflitto». V. altresì L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, cit., p. 1612 ss.



domandare il risarcimento dei danni non patrimoniali sofferti. Le conclusioni raggiunte sono diverse, ma è comune l'attenzione alla natura e alla funzione del bene andato distrutto, dalla definizione delle quali dipende la delimitazione del diritto al risarcimento dei danni.

Il Tribunale interno non accorda il risarcimento poiché ritiene la condotta della clinica in linea con quanto dedotto nel contratto di crioconservazione stipulato tra le parti²⁶. La domanda, dunque, è rigettata non per carenza di una lesione astrattamente risarcibile, ma perché, in concreto, difetta una condotta *contra jus*, ovvero sia un inadempimento, quale presupposto indefettibile del rimedio risarcitorio invocato. Tuttavia, in motivazione, il Giudice opera una riflessione sulla natura del bene 'distrutto': si tratta di parti distaccate del corpo, ma solo in senso lato di *res*. I gameti – nello specifico – «contengono dati personali sensibili, anzi informazioni genetiche, e [...] sono anche potenzialmente fertili; essi – in altri termini – sono strettamente inerenti (pur se separati) al corpo nella sua interezza e complessità; meglio ancora: sono componenti della persona umana nella sua unità fisica e psichica».

Più incisiva la posizione accolta dalla Corte tedesca che, diversamente, accorda il ristoro richiesto: «da una parte, lo sperma è separato dal corpo del soggetto di diritto in maniera irreversibile; dall'altra è destinato a realizzare una tipica funzione del corpo, quella della riproduzione. Anche se la conservazione dello sperma sostituisce la funzione riproduttiva, essa ha per l'integrità del soggetto di diritto e per la sua capacità personale di realizzazione e decisione la stessa importanza di un ovulo o di un'altra parte del corpo, protetti dai §§ 823 e 847 del BGB. Allo stesso modo dell'ovulo prelevato e destinato ad essere reimpiantato dopo una fecondazione artificiale, nel caso considerato lo sperma rappresenta l'unica possibilità che il soggetto di diritto ha di procreare e di trasmettere le proprie informazioni genetiche»²⁷. La Corte, dunque, riconosce il risarcimento del danno per la lesione al corpo, ancorché "distribuito" nello spazio.

In altri termini, le cellule riproduttive sono intese come parti del corpo, che, seppure distaccate, non divengono cose, ma continuano ad essere parti del medesimo. Sì che il corpo è inteso, unitariamente, comprendente anche entità collocate al di fuori di esso per consentire l'attuazione del diritto di all'autodeterminazione²⁸.

²⁶ Il materiale biologico veniva, infatti, distrutto sulla base di una clausola contrattuale che escludeva il rinnovo tacito del contratto, attribuendo alla clinica il diritto di distruggere il materiale in caso di irreperibilità dell'interessato. Sul punto v. *infra*.

²⁷ Bundesgerichtshof, 9 novembre 1993, in *Familienrecht*, 1994, p. 154 ss.

²⁸ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2018.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

104

3.1. Le due pronunce offrono un angolo visuale nella definizione dell'*an* risarcitorio: la perdita del materiale genetico crioconservato è intesa quale lesione di un componente della persona umana funzionale a realizzare un procedimento procreativo²⁹. Risulta, dunque, valorizzata la connessione tra la persona e il gamete crioconservato: «la parte è distaccata, ma in senso funzionale o identitario non isolata»³⁰.

Il danno che, nella sua veste 'patrimoniale', potrebbe trovare compensazione nelle spese sostenute per la crioconservazione³¹, è soprattutto non patrimoniale.

Non è questa la sede per ripercorrere le evoluzioni che hanno riguardato il risarcimento del danno non patrimoniale: il progressivo abbattimento dei confini di operatività dell'art. 2059 c.c.³², il riconoscimento del danno non patrimoniale da inadempimento³³, ma, al contempo, la spinta

²⁹ Basti pensare a tutti quei casi nei quali la crioconservazione avvenga in previsione di una futura incapacità procreativa, per ipotesi connessa ad una diagnosi avversa o alla necessità di intraprendere cure suscettibili di determinare detta incapacità.

³⁰ P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 117.

³¹ A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, cit., p. 140.

³² Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972. V. i commenti di P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 511 ss.; A. PALMIERI, *In tema di danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 121 ss.; R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*, *ivi*, c. 128 ss.; G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*, *ivi*, c. 134 ss.; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 38 ss.; EAD., *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Contratti*, 2010, p. 729. Per alcune riflessioni sugli effetti di tale pronuncia sulla giurisprudenza successiva: G. PONZANELLI, *Certezze e incertezze nel risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2020, p. 103 ss.; ID., *Risarcimento del danno alla persona: san martino 2019 si allontana da san martino 2008 e conferma gli equilibri risarcitori del 2018*, *ivi*, 2020, p. 65; P. STANZIONE, *Il danno non patrimoniale a dieci anni dalle sentenze di S. Martino*, in *www.comparazione.diritto.civile.it*. Nella giurisprudenza successiva, *ex multis*, v. Cass., 29 novembre 2023, n. 33276, in *Dejure online*; Cass., 17 maggio 2024, n. 13786, in *Guida dir.*, 2024, p. 34.

³³ Il «danno non patrimoniale, quando ricorrano le ipotesi espressamente previste dalla legge, o sia stato leso in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione, è risarcibile sia quando derivi da un fatto illecito, sia quando scaturisca da un inadempimento». Ciò «senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni». (Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.). Sul punto, cfr. M. FRANZONI, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, p. 734; F. BILOTTA, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1159 ss.; A.M. BENEDETTI, *Chi non adempie, o adempie male, deve risarcire «anche le lacrime»? Annotazioni sul danno morale dal contratto*, *ivi*, 2009, p. 1055 ss.; C. CICERO, *Inadempimento contrattuale e danno non patrimoniale. Verso il tramonto del danno esistenziale, all'alba del nuovo danno morale*, in *Riv. giur. sarda*, 2009, p. 16 ss.; M. GAZZARRA, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2009, p. 279 ss.; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto. Le apparenti asimmetrie*, *ivi*, 2009, p.



contenitiva realizzata attraverso l'abbandono di duplicazioni risarcitorie (a favore del principio dell'unitarietà del danno alla persona³⁴) e l'irrisarcibilità dei danni c.dd. bagatellari³⁵. Tuttavia, procedendo lungo le direttrici tracciate dalla giurisprudenza è possibile enucleare i profili di rilievo del danno alla persona in ipotesi di distruzione o lesione di gameti, imputabili ad inadempimento della parte tenuta alla loro conservazione. L'inadempimento – si osserva – è profilabile ogni qual volta quest'ultima non possa dimostrare di aver tenuto una condotta conforme alla diligenza professionale richiesta³⁶, nella consapevolezza che la prestazione in oggetto non si esaurisce nella «semplice collocazione del bene nella criobanca», ma ne comporta «la preservazione mediante monitoraggio costante sul buon funzionamento delle apparecchiature, nonché sull'idoneità delle sostanze utilizzate a garantire la lunga permanenza a basse temperature»³⁷.

374 ss.; G. CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, p. 707 ss.; G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento ed i diritti inviolabili*, *ivi*, 2010, p. 479 ss.; S. DELLE MONACHE, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, *ivi*, 2010, p. 720 ss.; M. FRANCISSETTI BROLIN, *Il danno non patrimoniale contrattuale: il modello tedesco e quello italiano*, in *Contr. e impr. eur.*, 2010, p. 421 ss.; C. AMATO, *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, Milano, 2011, p. 302 ss.; L. RIPA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2013, *passim*.

³⁴ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit. Tale principio si pone in coerenza con l'idea, sostenuta da una parte della dottrina già in epoca risalente, sulla unitarietà del valore-persona: P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 183. V. anche ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 354, ove a partire dalla citata pronuncia del 2008, si osserva: «Unitarietà del danno, onnicomprensività dello stesso, relativizzazione del regolamento contrattuale secondo “la causa concreta del negozio”, “di là del modello, anche tipico, adoperato”, confermano la lungimiranza della adeguata valorizzazione dell'interesse non patrimoniale anche in tema di rapporti obbligatori (art. 1174 c.c.)». Nella giurisprudenza più recente sull'unitarietà del danno alla persona: Cass., 17 maggio 2024, n. 13786, cit.

³⁵ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

³⁶ Tra gli argomenti addotti da una parte della dottrina in critica alla qualifica del contratto di crioconservazione quale contratto di deposito anche quello secondo il quale detta qualifica condurrebbe a valutare la diligenza del depositario in coerenza con il fine ultimo del contratto di deposito, ovvero sia la restituzione del bene. Diversamente, propendendo per l'atipicità ne uscirebbe valorizzata la funzione procreativa sottesa alla conservazione e, pertanto, la stessa diligenza potrebbe essere coerentemente concretizzata (L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, cit., p. 1612 ss., § 4). Pur condividendosi un approccio teso a esaltare la funzione del contratto in esame, deve rilevarsi che anche la dottrina che propende per il deposito opportunamente ricostruisce gli obblighi di diligenza del depositario in stretta correlazione al bene oggetto di deposito e, dunque, allo scopo sotteso al vincolo. Cfr. A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, cit., p. 133 s.

³⁷ A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, cit., p. 134. Nel giudizio di responsabilità acquistano decisivo rilievo le norme che regolamentano le modalità di conservazione e preservazione dei materiali biologici. V. Linee guida, emanate con d.m. 20 marzo 2024, contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medical-



Più complessa risulta, invece, la valutazione della condotta assunta qualora la distruzione del materiale genetico sia realizzata – non per incuria nella conservazione, ma – sulla base di una clausola contrattuale che definisca le ipotesi nelle quali essa sia consentita. Il citato caso del Tribunale di Nola offre un esempio in tal senso, ma, in linea generale, è frequente che nei contratti di crioconservazione siano inserite clausole con le quali, ad esempio, si disponga il rinnovo automatico, annuale, della crioconservazione, con la precisazione che, in caso di mancato pagamento della quota entro un dato tempo, la struttura sia automaticamente autorizzata alla distruzione; o ancora, sono comuni clausole che prevedono *ab origine* termini finali o che legano la conservazione al raggiungimento di una determinata età. Clausole siffatte mirano a soddisfare l'interesse della struttura incaricata, circoscrivendo l'impegno di crioconservazione in relazione ad un tempo definito o comunque al compiuto adempimento delle prestazioni a carico del titolare del materiale genetico.

In tali ipotesi, anche assumendo che la distruzione sia effettivamente avvenuta in conformità con quanto prestabilito, non si esclude il preliminare vaglio di meritevolezza della pattuizione³⁸ e di legittima esecuzione della clausola considerata, in conformità al principio di solidarietà che connota i rapporti negoziali (artt. 2 cost. e 1375 c.c.)³⁹, in debita considerazione dell'interesse non patrimoniale che caratterizza il rapporto e ne definisce la disciplina⁴⁰.

Come premesso, del resto, la crioconservazione dei gameti è funzionalmente destinata a preservare il progetto di genitorialità a fronte del rischio di una futura infertilità e, dunque, essa mira a garantire il desiderio di maternità o di paternità. L'intima connessione funzionale del rappor-

mente assistita le quali rinviano alla sezione B/6.2 «Crioconservazione e stoccaggio», B/7 «Attrezzature e materiali», E/6 «Stoccaggio», E/7 «Documentazione», E/8 «Controlli», E/9 «Crioconservazione degli embrioni: modalità e termini» dell'Accordo Stato-regioni 15 marzo 2012.

³⁸ Sul controllo di meritevolezza quale giudizio 'in positivo', da operarsi sulla causa concreta della singola operazione in considerazione degli interessi e dei valori in essa dedotti v. P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, p. 204 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, spec. p. 99 ss., ivi ampia bibliografia.

³⁹ Il confronto sull'abusiva esecuzione del contratto e sulla necessità di valorizzare il principio di solidarietà nell'ambito dei rapporti negoziali, si è animato in epoca relativamente recente a fronte di Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 577, con nota di E. GIORGINI, *Recesso ad nutum secondo ragionevolezza*; nonché in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA, *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, 2ª ed., Napoli, 2021, con nota di F. LONGOBUCCO, *Autonomia negoziale e abuso del diritto nei contratti tra imprese*, p. 197 ss.

⁴⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 37 ss.; ID., *L'interesse non patrimoniale e i contratti*, in *Ann. fac. econ. Benevento*, 16, Napoli, 2012, p. 19 ss.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

107

to in esame con una delle manifestazioni attraverso le quali si realizza la persona umana e la proiezione nel tempo del medesimo, impongono di potenziare la tutela accordata al titolare del materiale genetico. In questa prospettiva, appaiono di dubbia meritevolezza quelle clausole, che si rintracciano in alcuni modelli contrattuali, nelle quali – riprendendo l'esempio sopra richiamato – la distruzione è automaticamente legata al mancato pagamento della quota di rinnovo entro un dato tempo⁴¹.

L'imputabilità della distruzione legittima la domanda di risarcimento del danno alla persona, che non è *in re ipsa*.

Ferma la possibilità che l'istante lamenti e provi un danno alla salute, determinato – ipoteticamente – anche dai trattamenti eseguiti in funzione della crioconservazione (il riferimento è soprattutto alla crioconservazione di ovociti), anche sulla scia della giurisprudenza citata, l'indagine riguarda la possibilità di riconoscere un danno alla persona per lesione dell'interesse alla realizzazione di un progetto di genitorialità.

A tal fine, la giurisprudenza sopra richiamata antepone alla valutazione sui presupposti per la risarcibilità del danno per perdita di gameti la riflessione circa la natura dei medesimi, quali componenti della persona umana, sebbene da essa distaccati nello spazio. Nondimeno, è dalla prova di una lesione di un interesse di stampo esistenziale – qual è quello al concepimento – causalmente riconducibile all'altrui condotta, che deriva la risarcibilità o l'irrisarcibilità del lamentato danno. Eucleato il diritto alla procreazione quale manifestazione della persona umana alla base del rapporto di crioconservazione, occorrerà comunque valutare la concreta lesione di quella situazione, tenendo conto, ai fini della necessaria personalizzazione del danno, di tutte le circostanze del caso, tra le quali di indubbio rilievo appaiono l'età del titolare del materiale crioconservato, la relativa capacità procreativa, la presenza di figli e, soprattutto, l'interesse a dare avvio ad un

⁴¹ Affronta il problema della natura e della efficacia delle pattuizioni che regolamentano le sorti dei gameti crioconservati: L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, cit., spec. § 5. L'a. critica la lettura di tali pattuizioni in «una logica prettamente contrattuale», che induce a qualificare le medesime come 'regole' vincolanti per entrambe le parti. Nella prospettiva seguita, infatti, tale lettura non garantirebbe il controllo dell'interessato sulle sorti dei gameti. Diversamente dette dichiarazioni dovrebbero essere più opportunamente qualificate come atti di «natura autorizzativa, con cui l'interessato esprime, in via preventiva, il proprio consenso alla distruzione»; atti che, per loro natura, sarebbero sempre modificabili e revocabili *ad nutum*. A ben vedere, tuttavia, la valorizzazione del profilo funzionale del rapporto non impone di escluderne la qualifica contrattuale, purché si assegni il giusto peso all'interesse non patrimoniale che permea il contratto di crioconservazione. Tale interesse, incidendo sulla causa del rapporto, ne delinea la disciplina, giustificando il diritto al ripensamento e al recesso dal contratto (v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 40).



processo di procreazione medicalmente assistita⁴². In altri termini – e rinviando al séguito ulteriori considerazioni – anche accogliendo l’idea, fatta propria da una parte della giurisprudenza, del gamete crioconservato quale ‘parte’ del corpo, benché da esso distaccato, si esclude che la distruzione determini *ex se* un danno alla persona concretamente risarcibile; la prova del danno dovrà riguardare l’incidenza del fatto lesivo sulla possibilità per l’istante di realizzare il proprio progetto di genitorialità e, dunque, l’effettiva lesione del diritto alla procreazione sopra richiamato.

4. Diverso è il caso nel quale ad essere distrutto è l’embrione crioconservato; caso che – come anticipato in premessa – rimanda al dibattito sulla natura dell’embrione e sul ‘tempo’ a partire dal quale possa dirsi sussistente una ‘vita umana’, autonomamente tutelabile⁴³. La questione travalica lo spazio operativo della procreazione medicalmente assistita. È noto, del resto, l’ampio dibattito che ha riguardato lo statuto giuridico dell’embrione concepito⁴⁴.

L’attenzione si incentra sulla natura degli embrioni *in vitro*, i quali «non essendo impiantati non hanno possibilità di acquisire qualità idonee al loro sviluppo fetale»⁴⁵. Il tema è discusso, ben oltre i confini nazionali

⁴² Con specifico riferimento all’ipotesi in esame – in linea con l’orientamento più recente della Corte di cassazione – rimarca la necessità di evitare duplicazioni risarcitorie, attraverso una distinzione di un danno biologico e di un danno esistenziale da perdita di gameti: A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, cit., p. 141.

⁴³ Nell’ampia bibliografia, anche antecedente all’entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, v. G. OPPO, *L’inizio della vita umana*, in AA.VV., *Il diritto e la vita materiale*, Roma, 1984, p. 81 ss.; F.D. BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Dem. dir.*, 1988, p. 215 ss.; P. ZATTI, *Quale statuto per l’embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 438 ss.; ID., *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 149 ss.; A. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell’embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, *Fam. dir.*, 2005, p. 203 ss.; S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus. La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, *Ambiti e fonti del bio-diritto*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, p. 169 ss.; R. SENI-GAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un “ragionevole” bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1554 ss.; G. CHIAPPETTA, *Questioni transnazionali del diritto di famiglia e della vita nascente*, in P. PERLINGIERI e EAD., *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Napoli, 2017, p. 31 ss.

⁴⁴ Cfr., in giurisprudenza, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1258 ss., con nota di G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell’interpretazione*; in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1180 ss., con nota di G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura “integrata” dell’art. 1 c.c.*

⁴⁵ P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 158 ss. Discusso è anche il ‘tempo’ a partire dal quale può dirsi esistente un embrione, con tutti i corollari che ne discendono in ordine alla sua tutelabilità. Cfr. G. Russo, *Il pro-*



e a plurime finalità. Basti ricordare la già citata pronuncia emessa di recente dalla Corte Suprema dell'Alabama, la quale si è spinta al punto di equiparare gli embrioni *in vitro* ai bambini ai fini dell'applicazione della normativa in tema di omicidio dei minori⁴⁶.

La difesa della sacralità della vita, quale valore assoluto, si rintraccia anche entro i confini nazionali, là dove si rimarca il «diritto alla vita e allo sviluppo delle [...] potenzialità» dell'embrione⁴⁷, oltre al «dovere morale di trattare l'embrione [con il rispetto che si deve] agli individui umani a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persone»⁴⁸. D'altro canto, però, pur senza approdare ad un trattamento del medesimo alla stregua di una *res*, oggetto di un illimitato potere di godimento e di disposizione⁴⁹, non si tra-



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

110

cedimento di formazione dell'embrione. Momento ben preciso o continuum ininterrotto?, in S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA, *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, 2017, p. 107 ss. Sul punto anche A. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 203 ss.

⁴⁶ Il riferimento è caso, precitato, deciso dalla Alabama Supreme Court, 16 febbraio 2024, cit. La Corte ha esteso la disciplina dettata in tema di omicidio dei minori anche rispetto all'ipotesi di distruzione colpevole di embrioni in attesa di impianto: «The overriding public policy of this state recognizes and supports the sanctity of unborn children, including the right to life, and requires the protection of the rights of the unborn child in all manners and measures lawful and appropriate». La pronuncia della Suprema Corte dell'Alabama ha suscitato notevole clamore, oltre a comprensibili preoccupazioni in merito alle possibili implicazioni che la stessa potrebbe avere nel campo della procreazione medicalmente assistita. Preoccupazioni verosimilmente alla base di alcuni tentativi di riforma orientati a positivizzare la distinzione tra embrione ed essere umano. Il riferimento, a titolo esemplificativo, è alla proposta, attualmente in discussione nel *South Carolina* (Bill 5157 del 27 febbraio 2024), di riforma del Code of Laws, attraverso l'inserimento della sezione 16-3-100 secondo la quale «Any fertilized human egg or human embryo that exists in any form outside of the uterus of a human body shall not, under any circumstance, be considered an unborn child, a minor child, an unborn person, an unborn fetus, a natural person, or any other term that connotes a human being for any purpose under state law including, but not limited, under any provision of Chapter 3, Title 16 or Chapter 41, Title 44».

⁴⁷ P. CATTORINI e M. REICHLIN, *Bioetica della generazione*, Torino, 1996, p. 208.

⁴⁸ COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Identità e statuto dell'embrione umano*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1996, p. 6. Interessante anche il confronto con la giurisprudenza europea, sulla quale v. I. ZECCHINO, *La nozione di embrione umano nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 503 ss. Per una riflessione sistematica cfr. anche L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, spec. p. 82 ss.

⁴⁹ Esclude che l'embrione possa essere considerato come «una cosa governata dalle regole proprietarie», P. PERLINGIERI, *La tutela dell'embrione*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 317 s., il quale afferma che esso va tutelato nella sua specificità, quale «inizio di un processo di vita» [p. 324 (corsivo aggiunto)]. Nella giurisprudenza costituzionale v. Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, cit.; Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *cortecostituzionale.it*. Nella giurisprudenza europea v. Corte giust. UE, Grande sezione, 18 ottobre 2011, C-34/10, *Brüstle c. Greenpeace e V.*; Corte edu, Grande camera, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*.

scura la complessità di un fenomeno, la disciplina del quale deve tener conto delle sue specificità⁵⁰, degli interessi, altrettanto rilevanti, dei portatori del materiale genetico⁵¹, come degli altri valori coinvolti nella vicenda procreativa⁵². La questione presenta significative implicazioni sul piano applicativo. Basti il riferimento al dibattito, mai sopito, in tema di embrioni soprannumerari⁵³ e di diagnosi preimpianto⁵⁴, nonché alle problematiche – oggetto anche di recente dell’attenzione della dottrina e della giurisprudenza – relative al rapporto tra consenso all’impianto e crisi coniugale⁵⁵.

⁵⁰ Si avverte, dunque, la necessità di «abbattere quell’alternativa binaria di *res e personae*, [nella] quale spesso l’interprete, [...] pare essere imprigionato». Persuade l’idea che «l’embrione, appartenente al genere dell’entità organica socio-razionale, vada trattato come essere umano titolare di specifiche situazioni giuridiche soggettive, *ragionevolmente proporzionate alla sua condizione biologica e relazionale*»: R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un “ragionevole” bilanciamento tra interessi contrapposti*, cit., p. 1554 ss., § 1 (corsivo aggiunto).

⁵¹ G. SCIANCALEPORE e P. STANZIONE, *Filiazione e procreazione assistita*, ove si legge: la «dignità giuridica dell’embrione sin dalla nascita comporta pertinenti attribuzioni in termini di tutela. Tuttavia, non intendendo sminuire il significato dell’attribuzione, occorre essere consapevoli che ogni “intervento” sul feto non può non essere mediato dal corpo della gestante, il quale si atteggia – anche per altro verso – come una sorta di schermo che previene l’embrione», *ivi* il riferimento a A. GALASSO, *Diritto civile e relazioni personali*, in *La legge e il corpo*, in *Dem. dir.*, 1996, p. 256 e a R. LANZILLO, *Fecondazione artificiale, locazione d’utero, diritti dell’embrione*, in *Corr. giur.*, 1984, p. 639.

⁵² Cfr. G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.), Napoli, 2018, p. 283 ss.; in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.; e in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, p. 20 ss. (da quest’ultima si cita). È la stessa legge n. 40 del 2004, del resto, «a procedere dall’idea che non si debba assolutizzare il punto di vista della tutela dell’embrione, ma integrarla con la tutela dei beni degli altri soggetti che nella procreazione assistita sono direttamente coinvolti»: A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 1 ss.

⁵³ Sul punto, B. SALVATORE, *La sorte degli embrioni soprannumerari: il rilievo del valore della persona e la irragionevolezza della conservazione sine die*, in questo fascicolo.

⁵⁴ F. SCIA, *Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2012, *passim*.

⁵⁵ Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, cit. Su tale questione v., tuttavia, anche Trib. Siena, ord., 27 giugno 2024, in *avvocaturaefamiglia.com*, la quale rigetta la richiesta di una donna all’impianto degli embrioni fecondati con il materiale genetico dell’ex coniuge, stante la decorrenza del termine previsto nel modulo di consenso informato. Più nello specifico, il Tribunale reputa inapplicabili nel caso di specie i principi espressi dalla citata sentenza della Corte costituzionale, che giudica ragionevole consentire alla madre di procedere all’impianto anche qualora, per il decorso del tempo, sia venuto meno il progetto di coppia rispetto alla genitorialità e, dunque, il consenso del partner. L’applicazione di tale principio, infatti, presuppone, pur sempre, un consenso pienamente consapevole, reso sulla base di adeguata informativa. Nel caso di specie, tuttavia, il Tribunale ritiene l’informativa resa all’atto della prestazione del consenso alla PMA non adeguata a rendere l’ex coniuge pienamente consapevole in ordine alle conseguenze del consenso espresso.



Ai nostri fini, tuttavia, la questione rileva in una prospettiva che potrebbe definirsi ‘relazionale’: la distruzione dell’embrione crioconservato determina la recisione di un rapporto di genitorialità venuto ad esistenza nel momento stesso del concepimento (*in vitro*)? È possibile, dunque, comparare la perdita di embrione alla morte del feto o, ancor più, alla morte di un figlio, già vivente?

4.1. Nell’unico caso pubblicato nel quale la giurisprudenza interna è stata chiamata a decidere sulla domanda risarcitoria formulata da una coppia di coniugi che lamentava la distruzione degli embrioni in attesa di impianto, il giudicante evita di prendere posizione sulla natura del bene leso, incentrando l’attenzione sull’interesse degli aspiranti genitori e, dunque, sulla perdita subita dai medesimi⁵⁶.

Nello specifico, il caso riguarda una coppia che intraprendeva un procedimento di PMA. Il giorno prima del trasferimento in utero, a causa di un *black-out* elettrico, gli embrioni si danneggiano e divengono inutilizzabili. Il Tribunale di Milano riconosce il danno per la lesione del diritto costituzionalmente tutelato al concepimento, aderendo all’orientamento giurisprudenziale secondo il quale il risarcimento del danno di natura contrattuale deve comprendere (al pari di quanto previsto per l’illecito extracontrattuale) anche il danno non patrimoniale determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona.

Esclusa, per carenza di prova, la configurabilità di un danno biologico (riferito dalla parte attrice alle cure eseguite e preordinate all’impianto), il Tribunale esclude altresì la sussistenza di un danno «da perdita di un figlio»: la ‘creazione’ dell’embrione, come lo stesso suo trasferimento in utero, non sono atti preordinati automaticamente e necessariamente all’evento nascita, determinando piuttosto una «probabilità» di inizio di gravidanza⁵⁷. In definitiva, i coniugi perdono non un figlio, ma la possibilità di dare inizio ad un processo procreativo. Viene in rilievo, dunque, il già citato «diritto al concepimento» il quale rientra tra le fondamentali estrinsecazioni della persona umana riconosciute dalla Costituzione e catalogabili come diritti inviolabili (*ex artt. 2 e 29 cost.*)⁵⁸. Da qui il ricono-

⁵⁶ Trib. Milano, 21 maggio 2013, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1242, con nota di M. GORGONI, *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*, che ricorda anche altri due casi di perdita di embrione per scongelamento accidentale (imputabile alla struttura tenuta alla custodia), sebbene gli stessi non risultino oggetto di interventi giurisprudenziali.

⁵⁷ Nel senso della valenza meramente probabilistica, sebbene nel diverso campo della diagnosi preimpianto, Corte edu, 28 agosto 2012, ric. 54270/10, cit.

⁵⁸ Corte edu, 28 agosto 2012, ric. 54270/10, cit.



scimento, da parte del Tribunale di Milano, di un danno morale⁵⁹ a favore dei coniugi istanti. Si considera che i coniugi tentavano, per la seconda volta, la PMA (sí da esprimere un intenzionale e determinato desiderio di maternità e di paternità) e, dunque, si valorizza la conseguente frustrazione e disillusione per la mancata gravidanza, tenendo conto pure degli sforzi (anche in termini di terapie preventive) posti in essere per la sottoposizione alla PMA⁶⁰.

La stretta correlazione tra il risarcimento del danno non patrimoniale e la prova di una concreta lesione del diritto al concepimento traspare, in maniera piú marcata, in un precedente della *Cour administratif d'Appel de Douai*⁶¹, che interviene a fronte di una domanda di risarcimento del danno formulata da due coniugi per il danneggiamento di n. 9 embrioni conservati presso una clinica di fecondazione assistita. Nel caso specifico, la pretesa è respinta per carenza di prova in ordine alla sussistenza di un interesse alla genitorialità, ma è proprio la ragione che giustifica il rigetto ad evidenziare il tratto caratteristico delle azioni risarcitorie in oggetto. In quel caso l'istruttoria dimostrava che i coniugi non avevano interesse né intenzione di procedere all'impianto e che avevano realizzato già il proprio progetto di genitorialità.

La lesione, allora, non è data dalla distruzione in sé dell'embrione crioconservato, ma è legata alla possibilità che lo stesso sia impiantato e sia, dunque, funzionale alla realizzazione del progetto di genitorialità⁶²: in altri termini, l'embrione non è trattato come 'figlio', né la mera fecondazione in vitro determina *ex se* la nascita di un rapporto parentale suscettibile di essere leso⁶³. Piuttosto, la perdita dell'embrione determina la perdita

⁵⁹ Il Tribunale non riconosce anche il danno c.d. esistenziale, connesso alla modifica *in pejus* della qualità di vita degli istanti. Il dato è rilevato criticamente da una parte della dottrina secondo la quale quei giudici non avrebbero valorizzato a pieno gli effetti che la perdita ha determinato sulla vita dei soggetti istanti (A. NEGRO, *Note sul danno da perdita di embrioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 1095 ss.).

⁶⁰ Tale danno è quantificato, in via equitativa, con la somma di € 35.000,00 per la moglie e con la somma di € 30.000,00 per il marito.

⁶¹ Cour administrative d'Appel de Douai, II Sez., 6 dicembre 2005, n. 04DA00376, in *legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007604438*.

⁶² Le ipotesi di danno per lesione di embrione – come affrontate dalla giurisprudenza riportata – appaiono rilevanti in quanto pongono l'accento non sull'embrione in sé, ma sul medesimo quale «portatore di un'aspettativa di vita»: F. MANGANO, *La giurisprudenza civile sui campioni biologici*, in D. FARACE, *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, in *Dir. merc. tecnologia*, 2016, p. 279 s.

⁶³ Il risarcimento, infatti, è calcolato in relazione alla perdita della possibilità di generare, stante il mancato avvio della procedura di PMA. Si tratta, dunque, della riconosciuta rilevanza «di un'aspettativa, che trascende la materialità del campione biologico in sé e si identifica con le finalità del trattamento»: F. MANGANO, *La giurisprudenza civile sui campioni biologici*, cit., p. 279 s.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

113

di una possibilità di concepimento, rilevante se e nella misura nella quale l'istante dimostri un interesse a quella possibilità mancata⁶⁴.

È indubbio che il tema del danno non patrimoniale non si presti a generalizzazioni, dovendo la valutazione del risarcimento essere necessariamente calata nel caso concreto. Tuttavia, altra appare la rilevanza della lesione nell'ipotesi di distruzione di embrione in attesa di impianto, altra potrebbe essere la sorte del giudizio – anche in termini di quantificazione del risarcimento – in caso di distruzione di embrioni sovrannumerari.

5. Quanto sino ad ora rilevato evidenzia come la scomposizione del processo procreativo, realizzata grazie alle evoluzioni tecnologiche in tema di PMA, possa far emergere nuovi profili di danno, nuovi interessi suscettibili d'essere risarciti, in quanto manifestazioni della persona umana.

Per il tramite della crioconservazione o, comunque, mediante l'accesso ad una procedura di procreazione medicalmente assistita, il titolare del materiale genetico o gli aspiranti genitori mirano a garantirsi la *possibilità* di generare. L'evento lesivo può ridurre le probabilità o impedire che quella possibilità si concretizzi.

La giurisprudenza, a ben vedere, si è interrogata sulla rilevanza di una genitorialità meramente potenziale anche in casi differenti rispetto a quelli che ci occupano. Il riferimento è alla ipotesi del danno per perdita del feto. La vicenda è evidentemente diversa; tuttavia, pure rispetto ad essa, si constata la difficoltà delle nostre corti di definire i confini del danno alla persona e di determinare un *quantum* adeguato a soddisfare il danneggiato.

In particolare, escluse sovracompensazioni in tema di danno da perdita di feto – rimarcandosi l'impossibilità di riconoscere una funzione punitiva al risarcimento in oggetto⁶⁵ – si applicano criteri differenti ai fini della determinazione in via equitativa (*ex art. 1226 c.c. e 2056 c.c.*) del danno non patrimoniale lamentato dalla gestante⁶⁶. Il timore che l'equità diventi arbitrio giustifica ora il ricorso, operato dalla giurisprudenza maggioritaria, ai parametri tabellari adattati, al ribasso, in considerazione del fatto che il rapporto parentale non si è instaurato⁶⁷; ora l'applicazione del crite-

⁶⁴ Fatta comunque salva – come rilevato anche per la diversa ipotesi di distruzione di gameti – la possibilità di provare un danno alla salute (art. 32 cost.) correlato ai trattamenti eseguiti.

⁶⁵ Cass., 19 giugno 2015, n. 12717, in *giustiziacivile.com*, ove la Corte, dopo aver ribadito la funzione compensativa del risarcimento ha cassato con rinvio la pronuncia emessa nel merito che aveva riconosciuto alla gestante un *quantum* risarcitorio superiore ai 'massimi' previsti nelle tabelle di Milano.

⁶⁶ In termini più generali, sulla valutazione in via equitativa del danno non patrimoniale: Cass., 16 aprile 2024, n. 10155, in *Dir. & giust.*, 2024, 18 aprile.

⁶⁷ Nel caso di morte del feto, infatti, «è ipotizzabile solo il venir meno di una relazione



rio dell'equità calibrata⁶⁸, grazie al quale individuare un *quantum* prossimo alla media dei risarcimenti accordati in precedenti analoghi giudizi⁶⁹. Soltanto in residuali ipotesi si riscontra, invece, il ricorso al criterio della c.d. equità pura⁷⁰, svincolata dalle tabelle milanesi e dai precedenti giurisprudenziali (e giustificata dal fatto che non esistono in materia regole integratrici del concetto di equità, atte quindi a circoscrivere la discrezionalità dell'organo giudicante) oppure l'applicazione dei sistemi tabellari, negandosi che la perdita del feto concretizzi un danno di minore entità⁷¹.

affettiva potenziale (che, cioè, avrebbe potuto instaurarsi, nella misura massima del rapporto genitore figlio, ma che è mancata per effetto del decesso anteriore alla nascita), ma non anche una relazione affettiva concreta sulla quale parametrare il risarcimento, all'interno della forbice di riferimento. Cfr. Cass., ord., 20 ottobre 2020, n. 22859, in *Foro it.*, 2021, I, c. 1335, che considera legittima la decisione assunta nel merito di dimezzare il minimo tabellare (per un importo complessivo pari a € 82.000,00). La prospettiva non muta, quanto meno non in maniera decisiva, anche qualora si qualifichi il danno in oggetto danno da perdita di *chance* (Trib. Termini Imerese, 21 novembre 2022, n. 966, in *spagnoloassociati.it*, su un caso di *malpractice* sanitaria, che aveva condotto all'aborto di una donna alla 41ª settimana di gestazione): il rapporto parentale che si assume leso è meramente potenziale e non attuale, con la conseguenza che l'intensità della relazione è senza dubbio «più modesta», là dove si controverte di una sorta 'aspettativa' mancata. In altri termini, il risarcimento dei danni è funzionale a ristorare un interesse pretensivo, cioè l'interesse che la parte aveva all'instaurazione del rapporto parentale, che non si è potuto realizzare a causa della morte del feto. Anche in tal caso le Tabelle milanesi assurgono a parametro di riferimento affinché equità non assurga ad arbitrio, in contrasto con i principi di proporzionalità e di parità di trattamento che sorreggono la tutela risarcitoria (Trib. Termini Imerese, 21 novembre 2022, n. 966, cit.).

⁶⁸ Trib. Firenze, 17 luglio 2017, n. 2582, in *Dejure online*, che richiama, nel testo, le decisioni assunte in precedenza dalla giurisprudenza di merito (il riferimento è a: Trib. Roma, 24 gennaio 1995; Trib. Roma 3 gennaio 2007; Trib. Roma 8 marzo 2005; Trib. Roma 10 marzo 2004). In dottrina G. CASSANO, *In tema di prova e valutazione del danno esistenziale. Una proposta interpretativa: l'equità calibrata*, in *Arch. giur. circ.*, 2005, p. 1173 ss.

⁶⁹ La perdita riguarda, infatti, «il frutto del loro concepimento (il feto) e non il figlio». Con la conseguenza che la lesione invocata andrebbe nettamente distinta rispetto alla perdita di un rapporto parentale «in quanto si è in presenza della perdita di una speranza di vita e non di una vita» (Cass., 11 marzo 1998, n. 2677, *Giur. it.*, 1999, p. 735).

⁷⁰ Trib. Bari, 10 giugno 2024, n. 2721, in *dirittopratico.it*.

⁷¹ Trib. Vallo della Lucania, 14 aprile 2015, n. 191, in *Dejure online*. Cfr. anche Cass., 29 settembre 2021, n. 26301, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 417, la quale cassa con rinvio la pronuncia emessa nel merito che aveva accordato il risarcimento del danno decurtando i minimi tabellari. La Corte considera riduttiva la posizione assunta ove circoscrive il danno in oggetto quale danno «da perdita del frutto del concepimento». Detto danno è infatti qualificato quale danno da perdita del rapporto parentale, in considerazione della tutela sul piano costituzionale del concepito e della tutela della maternità (artt. 2 e 31, comma 2, cost.). Da qui l'applicazione, ai fini della quantificazione del danno, dei principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in tema di danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale.

In termini generali, sulla valenza dei sistemi tabellari Cass., 17 maggio 2023, n. 13540, in *Dir. fam. pers.*, 2023, I, p. 1511; Cass., 16 dicembre 2022, n. 37009, in *Foro it.*, 2023, I, c. 118; Cass., 8 settembre 2022, n. 26440, *Mass. giust. civ.*, 2022; Cass., 10 novembre 2021, n. 33005, in *Dir. fam.*



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

115

Di là dai casi, del tutto residuali, nei quali si profila una equiparazione della perdita del feto alla perdita del rapporto parentale, la giurisprudenza tende a tutelare l'aspettativa di genitorialità, a dare ristoro ad una lesione rispetto alla possibilità di instaurare un rapporto di genitorialità e, dunque, di concretizzare il proprio progetto di vita familiare. Il danno è, detto altrimenti, perdita di una 'possibile' nascita. Da qui l'opportuna valorizzazione di variabili (presenza di altri figli, conservazione della capacità procreativa, età) che coadiuvano il giudicante nella determinazione del danno concretamente sofferto dalla gestante e dal *partner*⁷².

La tutela di un'aspettativa di genitorialità connota, dunque, la domanda risarcitoria per danno da perdita del feto, come quella astrattamente formulabile per distruzione di gameti o di embrioni.

Le ipotesi, tuttavia, sono ontologicamente differenti. Differenze che non si riferiscono esclusivamente alle condotte lesive, ai diversi parametri adoperabili per definire la sussistenza di un inadempimento, ma che riguardano, specificamente, la configurabilità di un danno risarcibile. Il tempo o meglio la fase del processo procreativo nell'ambito della quale si verifica l'evento lesivo appare determinante nella valutazione del danno concretamente sofferto dagli istanti. In caso di danno da morte del feto non è in discussione l'aspirazione del danneggiato a realizzare il proprio progetto di genitorialità e le variabili prese in considerazione consentono all'organo giudicante di personalizzare il danno, tenendo conto, in particolare, della possibilità che la menzionata aspirazione possa in futuro realizzarsi.

Diversamente, in caso di perdita di gameti o di embrioni, enucleata l'imputabilità della condotta lesiva, si tratta di fornire la prova di una concreta lesione dell'interesse al concepimento, il quale caratterizza sul piano funzionale il contratto di crioconservazione, il rapporto medico-paziente ad esso correlato e quello nel quale si innesta la conservazione *in vitro* dell'embrione.

Nessun automatismo, dunque: la distruzione di gameti crioconservati può ledere l'interesse alla procreazione, fino al punto di precludere la realizzazione di un progetto di genitorialità. Al contempo, la distruzione di



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

116

pers., 2022, I, p. 69. La tendenza all'uso dei sistemi tabellari non va esente da critica, in considerazione del rischio che il ricorso ad essi possa incidere negativamente sulla necessaria personalizzazione del danno. Cfr. v. A. MALOMO, *Personalizzazione del danno alla persona e consequenziale superamento delle strettoie dei criteri tabellari*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2021, p. 503 ss.; EAD., *Perdita della vita e riparazione integrale*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 413, nota 110.

⁷² La giurisprudenza tende a riconoscere il diritto al risarcimento per il danno non patrimoniale anche al padre; tuttavia, nei casi analizzati, il danno è quantificato in misura minore rispetto alla madre-gestante, valorizzandosi il legame che si instaura tra la donna e il feto già nella fase della gravidanza.

un embrione – che, nella prospettiva seguita, non è (ancora) parte di un rapporto di genitorialità – è suscettibile di mortificare quell’interesse, ma potrebbe anche non arrecare un danno di natura non patrimoniale, qualora, ad esempio, non si intenda procedere all’impianto.

In altri termini, si esclude che la distruzione o il danneggiamento di gameti – pur intesi quali parti distaccate del corpo – determinino, necessariamente, un danno alla persona meritevole di risarcimento; d’altro canto, i condivisibili approdi della dottrina e della giurisprudenza, che hanno valorizzato la soggettività dell’embrione, anche *in vitro*, non hanno condotto a ritenere il medesimo come parte di un rapporto genitoriale, reciso per fatto altrui. In entrambe le ipotesi prese in considerazione, infatti, il danno lamentato può riguardare la perdita della possibilità di dare avvio ad un processo procreativo che *potrebbe* condurre alla realizzazione di un progetto di genitorialità. Sí che la parte che lamenta la lesione di quell’aspettativa di genitorialità non potrà che dimostrare la sussistenza di un interesse, concreto, alla medesima.

Le ipotesi considerate – di perdita di gameti o di embrioni – rappresentano soltanto un tassello di un quadro, piú ampio, che si svela, progressivamente, a fronte delle evoluzioni tecnologiche in tema di PMA. Dette ipotesi, tuttavia, appaiono paradigmatiche nell’ottica di evidenziare in che termini la menzionata scomposizione del processo procreativo possa far emergere ‘nuovi’ interessi suscettibili d’essere lesi. Le sfide che attendono l’interprete sono ardue, là dove le domande risarcitorie, potenzialmente proponibili, si inseriscono in un fenomeno di per sé intrinsecamente complesso, che ha condotto ad attribuire significati diversi ai concetti di genitorialità, di autodeterminazione procreativa, di soggettività, di negoziabilità. D’altro canto, la lettura in chiave costituzionale dell’art. 2059 c.c. e il superamento di radicate categorie concettuali hanno già consentito alle nostre corti, sovente sotto la spinta della dottrina, decise aperture nell’ambito del risarcimento del danno alla persona (basti il riferimento agli approdi in tema di risarcimento e soggettività del concepito). Sí che le medesime chiavi potranno consentire di schiudere nuove porte e di offrire, quando ne ricorrano i presupposti, adeguata risposta rimediale a nuovi bisogni di tutela.

settembre 2024

IMMACOLATA PRISCO

Abstract

Le evoluzioni tecnologiche in tema di PMA hanno determinato una scomposizione del processo procreativo, determinante, inevitabilmente, nuovi profili di



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

117

danno: l'evento lesivo può innestarsi in fasi differenti di tale processo ponendo all'interprete le questioni della enucleazione di una situazione giuridica astrattamente risarcibile e della definizione di un *quantum* adeguato a soddisfare la lesione stessa. Entro tale quadro sono paradigmatiche le ipotesi di danno da perdita di embrioni e di gameti, l'analisi delle quali risente delle perduranti incertezze, che si rintracciano nel formante dottrinale e giurisprudenziale, relative alla natura dei gameti, alla qualifica del contratto di crioconservazione, nonché alla valenza giuridica dell'embrione in vitro.

Technological advancements in Assisted Reproductive Technology (ART) have led to a fragmentation of the procreative process, inevitably determining new aspects of damage: the harmful event can occur at different stages of this process, posing to the interpreter the questions of the identification of a legally compensable situation and the definition of an adequate quantum to satisfy the damage itself. Within this framework, the hypotheses of damage from the loss of embryos and gametes are paradigmatic, the analysis of which is affected by the persistent uncertainties, which can be found in doctrine and case-law, concerning the nature of gametes, the qualification of the cryopreservation contract, as well as the legal status of the in vitro embryo.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

Direzione: Giuseppe Amadio, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi di Padova; Donato Carusi, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi di Genova; Alessandro Ciatti Càimi, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi di Torino; Antonio Cilento, Ordinario di diritto privato – Università Telematica “Universitas Mercatorum” Roma; Nicola Cipriani, Ordinario di diritto privato – Libera Università Mediterranea “Giuseppe Degennaro”; Marialuisa Gambini, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi “G. D’Annunzio” Chieti-Pescara; Stefania Giova, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”; Attilio Gorassini, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi “Mediterranea” di Reggio Calabria; Anna Carla Nazzaro, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi Internazionale di Roma; Andrea Nervi, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi di Sassari; Andrea Nicolussi, Ordinario di diritto privato – Università Cattolica del Sacro Cuore; Concetta Parrinello, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi di Messina; Giovanni Perlingieri, Ordinario di diritto privato – Università di Roma “La Sapienza”; Pietro Perlingieri, Emerito di diritto civile – Università degli Studi del Sannio; Chiara Tenella Sillani, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi di Milano

Comitato di valutazione: Tutti i professori ordinari di diritto privato italiani e stranieri

Responsabili della valutazione: Marialuisa Gambini, Stefania Giova, Giovanni Perlingieri

Comitato scientifico internazionale: Christian Baldus, Guido Calabresi, Carlo J. Maluquer de Motes Barnet, José Ramón de Verda y Beamonte, Ignacio Díaz De Lezcano, Bernhard Echer, Hans-Christoph Grigoleit, Gábor Hamza, Philipp Hellwege, Carlos Ignacio Jaramillo-Jaramillo, Peter Jung, Peter Kindler, Carlos Lasarte, Eugenio Llamas Pombo, Marco Loos, Augustín Luna Serrano, Heinz-Peter Mansel, Leonardo Bernardino Pérez Gallardo, José Luis Pérez-Serrabona Gonzáles, Otto Pfersmann, António J.M. Pinto Monteiro, Mauricio Troncoso Reigada, Stefan Vogenauer, Stephan Wolf

Comitato editoriale: Loredana Tullio, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi del Molise e Valerio Rotondo, Associato di diritto privato – Università degli Studi del Molise (Capoeditori); Roberta Serafina Bonini, Associato di diritto privato – Università di Urbino «Carlo Bo»; Annalisa Cocco, Ricercatore t.d. di diritto privato – Università degli Studi di Napoli «Federico II»; Giuseppe Foti, Associato di diritto privato – Università degli Studi di Messina; Isabella Martone, Associato di diritto privato – Università degli Studi della Campania «L. Vanvitelli»; Iliaria Maspes, Ricercatore t.d. di diritto privato – Università degli Studi di Milano; Maria Rita Nuccio, Associato di diritto privato – Università degli Studi di Bari; Luca Ettore Perriello, Associato di diritto privato – Università Politecnica delle Marche; Elisabetta Posmon, Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Padova; Anna Chiara Zanuzzi, Ricercatore – Università degli Studi di Padova; Mariacristina Zarro, Associato di diritto privato – Università Politecnica delle Marche; Mariangela Ziccardi, Ricercatore t.d. di diritto privato – Università degli Studi del Molise; Maria Zinno, Associato di diritto privato – Università degli Studi di Roma «La Sapienza»

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 44 del 12 ottobre 2016

Direttore responsabile: Stefania Giova

Criteri di valutazione e selezione dei contributi pubblicati:

La Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.* subordina la pubblicazione di ogni scritto a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie a una scheda che chiede di esprimere tre giudizi: uno analitico che prescindendo da eventuali divergenze di opinione sia riguardo al metodo che al merito delle tesi sostenute e tenga conto della complessità e del rilievo teorico e pratico della tematica trattata; uno sintetico sulla loro collocazione nella fascia dell'eccellenza scientifica o in una fascia inferiore; il terzo che elenchi gli elementi di pregio e quelli critici. I lavori presentati per la pubblicazione vengono sottoposti a un primo esame da parte di due componenti della Direzione i quali valutano se siano meritevoli di essere sottoposti al referaggio esterno. Una volta ottenuto il parere positivo vengono inviati a uno o due *referee* esterni scelti dai Responsabili per la valutazione tra i Professori ordinari italiani e stranieri in ragione della loro autorevolezza e competenza scientifica. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo ma segnalino criticità, i Responsabili della valutazione provvederanno a comunicarle all'Autore ai fini di un eventuale adeguamento del contributo, sempre garantendo l'anonimato del/i *referee*. La Direzione può assumere la responsabilità della pubblicazione di studi provenienti da autori, italiani o stranieri, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli

Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6 ottobre 1978

ELENCO OPERE SOCIETÀ ITALIANA DEGLI STUDIOSI DEL DIRITTO CIVILE (S.I.S.Di.C.)

Collana ATTI:

1. AA.Vv., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006
2. AA.Vv., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Napoli, 2007
 - 2.1 Tomo I: *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*
 - 2.2 Tomo II: *Rapporti civili rapporti etico sociali*
 - 2.3 Tomo III: *Iniziativa economica e impresa*
3. AA.Vv., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Napoli, 2009
4. AA.Vv., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2010
5. AA.Vv., *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Napoli, 2011
6. AA.Vv., *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Napoli, 2012
7. AA.Vv., *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, Napoli, 2013
8. AA.Vv., *Pubblicità degli atti e delle attività*, Napoli, 2014
9. AA.Vv., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Napoli, 2015
10. AA.Vv., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Napoli, 2016
11. AA.Vv., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017